

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

ZAMAN İÇERİSİNDE DEĞİŞEN KOŞULLARIN HUKUKİ İŞLEME ETKİSİ

Başak Z. BAYSAL ERMAN
2502020152

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Rona SEROZAN

İstanbul 2007

ZAMAN İÇERİSİNDE DEĞİŞEN KOŞULLARIN HUKUKİ İŞLEME ETKİSİ

Başak Z. Baysal Erman

ÖZ

Zamanla değişen koşulların hukuki işleme etkisi ve hukuki işlemin en önemli türü olan sözleşmenin değişen bu koşullara uyarlanması Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta, sözleşmeler hukukunun önemli ve tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır. Bu konuda pek çok farklı görüş ve teori ortaya çıkmış, hatta bazı ulusal ve ulusüstü hukuk düzenlerinde açık hükümler getirilmiştir. Tezimizin amacı bu teorilerin ve düzenlemelerin ışığında, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması kavramının içeriği, hukuki temeli, dayandığı teori ve ortaya çıkış biçimleri hakkında açıklamada bulunmak ve sonuç olarak Türk hukukunda olan ve olması gereken hukuk bağlamında eleştiri ve önerilerde bulunmaktır. Bunun için öncelikle karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında Türk hukuku bağlamında, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması açısından hangi hukuki temelin ve teorisinin geçerli olduğu üzerinde durulacak, sonra da bu teorisinin uygulama alanı, gerekleri ve sonuçları belirlenerek Türk hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara nasıl uyarlanacağı konusunda olabildiğince somut ölçütler sunulacaktır.

THE EFFECTS OF CHANGING CIRCUMSTANCES OVER TIME ON CONTRACT

Başak Z. Baysal Erman

ABSTRACT

The effect of changing circumstances on the contract and the adaptation of the contract to these circumstances is an important and debated subject matter of the law of contracts. Many different points of view and theories have arisen in this area of civil law. Some national and supranational law systems foresee specific provisions about this effect. The purpose of our dissertation is to explain the notion of the adaptation of contracts to changing circumstances, its legal basis, the theory it draws upon and its different forms and to make critique and proposals for the Turkish legal system, considering *de lege lata* and *de lege ferenda* approaches. In order to do this, at a first step we shall define the legal basis of and the theory to be applied to the adaptation of contracts, and then determine the field of application, preconditions and consequences of the preferred theory, providing for concrete criteria as to the implementation of it within Turkish law.

ÖNSÖZ

Zamanla değişen koşulların sözleşmeye etkisi ve sözleşmenin değişen bu koşullara uyarlanması Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta oldukça tartışmalı ve teorik bakımında son derece zengin bir konudur. Sözleşme kurulduğu esnada tarafların önceden göremediği değişiklikler sonucu, sözleşmenin ifası taraflardan biri için katlanılmaz hale gelebilir. Değişiklikler sonucu mağdur olan taraf için edimin ifası mümkün olsa da, ifade ısrar etmek çarpıcı bir adaletsizliğe yol açabilir. Bu adaletsizlik sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yoluyla giderilebilir. Bu durumda ortaya çıkan en büyük sorun, Borçlar hukukunun en temel ilkelerinden olan sözleşmeye bağlılık ilkesinin sözleşmenin uyarlanmasına engel teşkil edip etmediğidir.

Bu sorun elbette Türk Hukukuna özgü bir problem değildir. Bu nedenle tüm hukuk düzenlerinde bu problemle karşılaşmış ve sorunun teorik temelleri tartışılmıştır. Almanya, İtalya, Hollanda gibi bazı ülkeler sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını yasal bir temele dayandırırken; Türkiye'nin de dahil olduğu diğer bazı ülkeler meseleyi yargı kararları aracılığıyla çözüme bağlamaya çalışmışlardır.

Bununla birlikte bu sorun Türk hukukunda son yıllarda ortaya çıkan büyük ekonomik krizler nedeniyle özel bir önem kazanmıştır. Bu ekonomik krizler sonucu birçok sözleşme ilişkisinde edimler arasındaki denge bozulmuş; önceden görülemeyen, hesaba katılmayan bu değişiklik sonucu birçok kişi mağdur olmuştur. Bu durum özellikle kira sözleşmeleri ve banka kredi sözleşmeleri bakımından uygulamada büyük bir sıkıntı doğurmuştur. Yargıtay, mağduriyetlerin giderilmesinin çözümünü sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasında bulmuştur. Ancak ne yazık ki, verilen kararlar arasında tutarlılık ve birlik sağlanamamış; kira sözleşmesinde mağdur olan taraf sözleşmenin uyarlanması yoluyla korunurken, banka kredi sözleşmesi söz konusu olunca bu konuda çekingen bir tutum sergilenmiştir. Bunun ana nedeni, sözleşmenin uyarlanması gibi önemli bir konuda, hukuki ve teorik temel, şartlar ve sonuçlar bakımından kavramların yerine oturmamış olmasıdır. Yargıtay kararlarında çarpıcı bir şekilde ortaya çıkan bu belirsizliğin giderilmesi için, sözleşmenin uyarlanmasının hangi teoriye dayandığının, bu teorinin gereklerinin ve sonuçlarının mutlaka açıkça ortaya konması gerekir. Aksi takdirde, adaletli bir sonuca ulaşması için hakime gerekli dayanak noktaları sunulmamış olur; benzer olaylarda farklı çözümlerin ortaya çıkması da şaşırtıcı olmaz. Bu

nedenle, tezimizin ana amacını sözleşmenin uyarlanması konusunda mümkün olduğunca somut ölçütlere ulaşmak oluşturmaktadır. Böylelikle, sözleşmelerin uyarlanması konusunda hukuk güvenliğini tehdit eden keyfi kararların engellenmesi amaçlanmaktadır.

Tezimin hazırlanmasında, akademik, bilimsel ve manevi anlamda her türlü desteği gösteren, çalışmanın her aşamasında hiçbir yardımı esirgemeyen, kürsü içerisinde tez konuyla ilgili yoğun tartışma ortamını yaratarak, hukuki formasyonumu ve bakış açımı zenginleştiren, kürsüsünde yer almaktan onur duyduğum tez danışmanım Prof. Dr. Rona Serozan'a teşekkürü bir borç bilirim.

Yurtdışındaki tez çalışmalarımı sürdürmem, hak kazandığım İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü (*Institut Suisse de Droit Comparé*) tarafından verilen *van Calker, Tinçel Vakfı* ve *Max Planck Gesellschaft* bursları sayesinde mümkün olmuştur. Bu nedenle Tinçel Vakfı'na, bana hem burs hem de çalışma ortamı sağlayan Lozan'da bulunan İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürlüğü'ne (ISDC) ve Hamburg Max Planck Enstitüsü Müdürlüğü'ne (*Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*) teşekkür ederim. Ayrıca, bana bilimsel konularda yol gösteren başta İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürü Dr. Eleanor Cashin-Ritaine olmak üzere, Prof. Dr. Pascal Pichonnaz'ya, Prof. Dr. Ariane Morin'e, Prof. Dr. Günter Hager'e, her zaman desteğini hissettiğim Doç. Dr. Baki İlkey Engin'e, bana çalışma imkanı tanıyan Freiburg i. Br. Hukuk Fakültesi Kütüphanesi Müdürlüğü'ne, bana ayırdıkları zaman ve değerli yardımlarından dolayı Doç. Dr. Yeşim M. Atamer'e, Dr. Gian Paolo Romano'ya, Dr. iur. Hannes Rösler'e ve çalışma arkadaşım Araş. Gör. Tülay Aydın'a bu vesileyle teşekkür etmek isterim. Doç. Dr. Emine Yazıcıoğlu'nun ve sevgili arkadaşım Araş. Gör. Elif Başkaracaoğlu'nun çalışmanın son döneminde gösterdikleri özverili desteğin ise benim için özel bir ağırlığı vardır, onlara da teşekkürü borç bilirim.

Tezimin hazırlanması aşamasında tez izleme komitesinde görev yapmak suretiyle beni onurlandıran ve her türlü bilimsel desteği gösteren Prof. Dr. Hüseyin Hatemi ve Doç. Dr. Yener Ünver'e de şükranlarımı sunarım.

İÇİNDEKİLER

Öz / Abstract	iii
Önsöz	v
İçindekiler	vii
Kısaltmalar	xii
Giriş	1

Birinci Bölüm

Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması İle İlgili Teoriler ve Yasal Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanmasının Hukuki Temeli

I. Sözleşmeye Bağlılık İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması.....	5
A. Genel Olarak	5
B. Sözleşmeye Bağlılık İlkesinin Klasik Kökenleri	6
C. Sözleşmeye Bağlılık İlkesinin Yeniden Değerlendirilmesi	10
D. Sözleşmelerin Uyarlanmasının Amacı	14
II. Yabancı Hukuklarda Geliştirilen Teoriler ve Bu Teorilerde Sözleşmelerin Uyarlanmasının Hukuki Temeli	16
A. Genel Olarak	16
B. Clausula Rebus Sic Stantibus Teorisi	18
C. Alman Hukuku: İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi.....	23
1. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisinin Tarihsel Gelişimi.....	23
2. İşlem Temeli Çökmesi Teorisinin Hukuki Temeline İlişkin Görüşler ..	26
3. Alman Borçlar Hukuku Reformunda İşlem Temelinin Çökmesi.....	29
4. Alman Hukukunda İşlem Temeli Kavramı.....	34
D. Fransız Hukuku: Emprevizyon Teorisi.....	39
1. Emprevizyon Teorisinin Tarihsel Gelişimi ve Hukuki Temeli	39
2. Fransız Hukukunda Emprevizyon Teorisinde Yeni Açılımlar	46
E. İngiliz Hukuku: <i>Frustration</i> Teorisi.....	51
F. İsviçre Hukuku.....	57
1. Genel Olarak	57
2. İsviçre Hukukunda Sözleşmenin Uyarlanmasının Hukuki Temeli	58
a. Genel Olarak	58
b. Sözleşme Boşluğu Görüşü	59
c. Medeni Kanun'un İkinci Maddesine Dayanan Görüşler	62
d. Başkaca Görüşler	64
e. İsviçre Hukukunda İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi.....	66

III. Ulusalüstü Hukukta Sözleşmenin Uyarlanması.....	68
A. Genel Olarak	68
B. Unidroit İlkelerinde (PICC) ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde (PECL) Sözleşmelerin Uyarlanması	69
C. Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda Sözleşmelerin Uyarlanması	74
IV. Türk Hukuku	76
A. Sözleşmenin Uyarlanmasının Türk Hukukundaki Gelişimi.....	76
B. Türk Hukukunda Sözleşmelerin Uyarlanmasının Hukuki Temeli	80
1. Genel Olarak	80
2. Medeni Kanun'un İkinci Maddesine Dayanan Görüşler.....	81
3. Sözleşme Boşluğu Görüşü	83
4. Kanun Boşluğu ve Hukuki Kıyas Görüşleri.....	87
C. Karşılaştırmalı Hukukta Geliştirilen Teorilerin Türk Hukukundaki Yeri.....	89
D. Ara Sonuç ve Değerlendirme.....	90

İkinci Bölüm

İşlem Temelinin Çökmesi Teorisinin Uygulama Alanı ve Yakın Kavramlarla İlişkisi

I. İşlem Temelinin Çökmesinin Uygulama Alanı	97
A. Genel Olarak	97
B. Tek Taraflı Hukuki İşlemlerin Uyarlanması	98
C. İki veya Daha Çok Taraflı Hukuki İşlemlerin Uyarlanması	99
1. Genel Olarak.....	99
2. Borçlar Hukuku Sözleşmeleri Dışında Kalan Sözleşmelerin Uyarlanması	100
a. Genel Olarak	100
b. Aile Hukukuna İlişkin İşlemlerin Uyarlanması	101
c. Aynı Sözleşmelerin Uyarlanması.....	104
d. Miras Sözleşmelerinin Uyarlanması	104
3. Borçlar Hukuku Sözleşmelerinin Uyarlanması.....	106
a. Genel Olarak	106
b. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerin ve İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerin Uyarlanması	107
c. Ani Edimli Sözleşmelerin ve Sürekli Edimli Sözleşmelerin Uyarlanması	108
d. İfa Edilmiş Sözleşmelerin Uyarlanması.....	110
II. İşlem Temelinin Çökmesinin Yakın Kavramlarla İlişkisi	115
A. Genel Olarak	115
B. Sözleşmenin Yorumu, Tamamlanması ve Uyarlanması Arasındaki İlişki	116

C. Borçlunun Sorumluluktan Kurtulduğu Sonraki İmkansızlık İle İşlem Temelinin Çökmesi Arasındaki İlişki	120
D. Temel Hatası Oluşturan Saikte Esaslı Yanılma ve İşlem Temelinin Çökmesi Arasındaki İlişki	126
E. Ayıp Hükümleri İle İşlem Temelinin Çökmesi Arasındaki İlişki.....	135
F. Gabin ve İşlem Temelinin Çökmesi Arasındaki İlişki.....	136
G. Haksız Zenginleşme ve İşlem Temelinin Çökmesi Arasındaki İlişki.....	140
H. Değerlendirme	141

Üçüncü Bölüm

İşlem Temelinin Çökmüş Sayılması İçin Aranılan Gereklere

I. Genel Olarak	143
II. Durum Değişikliği	146
A. Genel Olarak	146
B. İşlem Temeli Oluşturan Durumlarda Değişiklik	147
1. Türk Hukukunda İşlem Temeli Kavramına Verilecek Anlam	147
2. Durum Değişikliğinin Esaslı Sayılacağı Başlıca Haller	151
a. Genel Olarak	151
b. Edimler Arasındaki Dengenin Sarsılması	152
c. Aşırı İfa Güçlüğü.....	154
d. Sözleşme İle İzlenen Amacın Boşa Çıkması	156
C. Durum Değişikliğinin Taşınması Gereken Özellikler.....	161
1. Genel Olarak	161
2. Olağan Durum Değişikliklerinin İşlem Temelinin Çökmüş Sayılmasına Yeterli Olması	162
3. Durum Değişikliğinin Uyarılma İsteyen Tarafa İsnat Edilememesi Gereği	167
III. Önceden Görülemezlik	170
A. Genel Olarak	170
B. Önceden Görülemezlik Kavramı.....	171
C. Önceden Görülemezlik Şartının Arandığı Diğer Düzenlemelerle Karşılaştırma.....	174
1. Genel Olarak	174
2. Tazminatın Belirlenmesinde Zararın Önceden Görülemezliği İle İşlem Temelinin Çökmesinde Aranılan Önceden Görülemezlik Şartının Karşılaştırılması	175
3. Mücbir Sebep Halinde Aranılan Öngörülemezlik Şartı İle İşlem Temelinin Çökmesinde Aranılan Önceden Görülemezlik Şartının Karşılaştırılması	177
4. Başkaca Düzenlemelerde Yer Alan Önceden Görülemezlik Kavramı	178
D. Önceden Görülemezliğin Ölçütleri	179
1. Genel Olarak	179

2. Önceden Görülemezliğin Değerlendirilmesine İlişkin	
Zamansal Ölçütler	180
a. Uyarlanması İstenen Sözleşmeye İlişkin Zamansal Ölçütler.....	180
(1) Sözleşmenin Kurulma Anı	180
(2) Sözleşmenin Süresi	181
b. Önceden Görülemez Olaya İlişkin Zamansal Ölçütler	183
2. Önceden Görülemezliğin Değerlendirilmesinde İşlemin	
Niteliğine ve Taraflarına İlişkin Ölçütler.....	184
a. Sözleşmenin Niteliği.....	184
b. Sözleşme Taraflarının Özellikleri	186
IV. Risk Dağılımı Anlayışına Uygunluk Çerçevesinde	
İfanın Beklenemezliği	190
A. Genel Olarak	190
B. İfanın Beklenemezliği Kavramı.....	191
C. Risk Dağılımı Kuralları Karşısında İfanın Beklenemezliği.....	193
1. Genel Olarak	193
2. Sözleşmede ve Kanunda Risk Paylaşımına İlişkin	
Hüküm Bulunması Hali	195
a. Sözleşmede Hüküm Bulunması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi	195
(1) Olumlu ve Olumsuz Uyarlama Hükümleri	195
(2) Sözleşmede Bulunan Uyarlama Hükümlerinin Yorumu.....	199
(3) Uluslararası Ticarete Kullanılan <i>Hardship</i> Klozları	201
b. Kanunda Risk Paylaşımına İlişkin Özel Hüküm Bulunması Hali	208
(1) Genel Olarak	208
(2) Eser Sözleşmesi.....	210
(3) Fahiş Cezaî Şartın İndirilmesi.....	213
(4) Borçlunun Acze Düşmesi.....	214
(5) Başkaca Düzenlemeler	215
3. Sözleşmede veya Kanunda Hüküm Bulunmaması Halinde	
Riskin Aşılması Nedeniyle İfanın Beklenemezliğinin	
Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Ölçütler	215
V. Değerlendirme	220

Dördüncü Bölüm

İşlem Temelinin Çökmesinin Sonuçları

I. Genel Olarak	224
II. Yabancı Hukuklarda Uluslararası Ticaret Hukukunda ve	
Türk Hukukunda Sözleşmelerin Uyarlanması Konusunda	
Kabul Edilen Başlıca Çözümler.....	225
A. Genel Olarak.....	225
B. Hakimden Uyarlamanın Talep Edilmesi	226
C. Uyarlamanın Kendiliğinden Sonuç Doğurması	227
D. Uyarlamadan Önce Sözleşme Taraflarının	
Sözleşmeyi Yeniden Müzakere Etme Amacıyla Biraraya Gelmesi.....	229

E. Uyarılmanın Yenilik Doğuran Hak Olarak Tanınması	237
F. Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirme	241
III. Uyarılama Hakkı.....	246
A. Genel Olarak	246
B. Uyarılama Hakkının Kullanılmasının Ön Koşulu: Yeniden Müzakerelere Davet Ödevi	246
C. Uyarılama Hakkının Özellikleri.....	248
D. Uyarılama Hakkı Sahibi ve Uyarılama Beyanının Yöneltileceği Kişi	249
E. Uyarılama Hakkının Sona Ermesi	251
IV. Uyarılama Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	253
A. Genel Olarak	253
B. Dar Anlamda Sözleşmenin Uyarılanması	254
1. Dar Anlamda Uyarılamanın Önceliği.....	254
2. Dar Anlamda Uyarılamanın Türk Borçlar Hukuku Sistemindeki Yeri	255
3. Dar Anlamda Uyarılanmanın Görünüş Biçimleri.....	257
4. Dar Anlamda Uyarılamada Dikkat Edilmesi Gereken Noktalar	258
C. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi	261
1. Genel Olarak.....	261
2. Sözleşmeden Dönme	262
3. Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Feshi.....	263
D. İşlem Temelinin Çökmesi Halinde Hakkaniyet Bedeli	267
V. Uyarılama Davası.....	269
A. Genel Olarak	269
B. Uyarılama Hakkının Mahkemeye Taşınmasına İlişkin Olasılıklar	269
1. Uyarılama Hakkı Sahibinin Uyuşmazlığı Mahkemeye Taşınması	269
2. Uyarılama Hakkı Muhatabının Uyuşmazlığı Mahkemeye Taşınması.....	270
3. Uyarılama Hakkının Doğrudan Doğruya Mahkemede İleri Sürülmesi	272
C. Uyarılama Davasının Başkaca Özellikleri.....	273
D. Hakimin Kararının Hukuki Niteliği ve Hakimin Müdahalesinin Sınırı	275
E. Hakem Mahkemesinde Sözleşmenin Uyarılanması	277
VI. Değerlendirme	278
Sonuç ve Öneriler	281
Kaynakça.....	286
Özgeçmiş	319

KISALTMALAR CETVELİ

A.C.	: Law Reports, Appeal Cases, (1891- 2007)
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Am. J. Comp. L.	: The American Journal of Comparative Law
AP	: Avant-projet de reforme du droit des obligations français
App. Cas.	: Law Reports, Appeal Cases (1875-1890)
Art./art.	: Artikel / Articolo / Article
aş.	: aşağıda
AT	: Allgemeiner Teil
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bölüm
b.	: bası
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Betriebs-Berater
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
B&S	: Best & Smith
BT	: Besonderer Teil
BT-Drucks.	: Bundestagsdrucksache

BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation - Chambres Civiles
c.	: cümle
C.	: cilt
CA	: Cour d'Appel
Cass. civ.	: Cour de Cassation-Chambre civile
Cass. com.	: Cour de Cassation-Chambre commerciale
CE	: Conseil d'Etat
CCI/ICC	: Chambre du Commerce International/ International Chamber of Commerce
CISG	: Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Birleşmiş Milletler Satım Hukuku Antlaşması)
concl.	: conclusion (sonuç)
CO	: Code des Obligations
çev.	: Çeviren
D.	: Recueil Dalloz-Sirey
DB	: Der Betrieb
DH	: Dalloz Hebdomadaire (1941'e kadar)
DP	: Dalloz Périodique (1941'e kadar)
DPCL	: Droit et Pratique du Commerce International
Diss.	: Dissertation
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör / Editörler
ed. (éd.)	: edizione / edicion / édition
ERPL	: European Review of Private Law
f.	: fıkra
Fr. MK	: Fransız Medeni Kanunu
FG	: Festgabe
FS	: Festschrift

Gaz.Pal.	: Gazette du Palais
HD	: Hukuk Dairesi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
IBLJ/RDAI	: International Business Law Journal/ Revue de Droit des Affaires Internationaux
ICC	: bkz. CCI
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İsv. FM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J.-Cl.	: Juris-classeurs
JdT	: Journal des Tribunaux
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JCP éd. E	: Juris-Classeur Périodique - Edition Entreprise (La Semaine Juridique)
JCP éd. G.	: Juris-Classeur Périodique - Edition Générale (La Semaine Juridique)
JR	: Juristische Rundschau
JURA	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
KB	: Law Reports, King's Bench
k.g.	: karşı görüş
kıs.	: kısaltma
L.G.D.J	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
m.	: madde
MüncKommBGB	: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

MK	: Medeni Kanun
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
N.	: Kenar numarası
No	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NZG	: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
obs.	: observation (inceleme)
OR	: Obligationenrecht
PECL	: Principles of European Contract Law
PICC	: Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004
préf.	: préface (önsöz)
PUF	: Presses Universitaires de France
RG	: Reichsgericht
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RDAI	: bkz. IBLJ
RDC	: Revue des Contrats
RDP	: Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RTD civ.	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
s.	: sayfa
Somm.	: Sommaire
sy.	: sayı
SJ	: Semaine Judiciaire
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
th.	: thèse
t.	: tome, tomo
TF	: Tribunal Fédéral
UklaG	: Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
v.	: versus

vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
Y.	: Yargıtay
y.y.	: Yayınvei yok
yuk.	: yukarıda
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZHR	: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR/RDS	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Revue de Droit Suisse

GİRİŞ

Hukuki işlemin en önemli türü olan sözleşme, gündelik yaşamımızda sıkça kurduğumuz, hukukçu olarak bile “şu anda bir sözleşme kuruyoruz” cümlesini düşünmeye vakit bırakmayacak kadar hızlı gelişebilen bir olgudur. Sözleşmelerin kısa ömrü, doğal olarak büyük hukuki sorunların ortaya çıkmasını engeller. Sözleşmelerin süresi uzadıkça, hukuki sorunların doğma olasılığı da yükselir. Hukuki sorunlara rağmen verilen sözde durulmalı, sözleşmede kararlaştırılan edimler ifa edilmelidir. Bu sözleşme hukukunun en önemli ilkesi olan sözleşmeye bağlılık ilkesinin gereğidir.

Bununla birlikte sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler sözleşmenin ifasını o derece katlanılmaz kılabilir ki, bu değişiklikler sonucu mağdur olan tarafa sözleşmenin o şekildeki ifasında ısrar edilmesi büyük adaletsizliklere açar. Bu, özellikle ekonomik krizlerin sıklıkla yaşandığı günümüzde çarpıcı örneklerle karşımıza çıkar. Ekonomik dalgalanmaların sözleşme taraflarından birinin ne derece mahvına yol açabileceğinin ülkemizde örnekleri çoktur. Son yıllarda Türkiye’deki ekonomik krizler sonucu birçok kişi mağdur olmuş ve bu mağduriyetin giderilmesinin hukuksal çarelerinin başında, sözleşmelerinin değişen koşullara uyarlanması gelmiştir. Bu denli önemli bir sorunun ortaya çıkması elbette sadece ekonomik krizlerle sınırlı değildir. Birçok beklenmedik olay sonucu sözleşmede kararlaştırılan edimin ifası güçleşebilir veya sözleşme ile izlenen amaç anlamsızlaşabilir. Eşinin anne babasına kendi mülkünde sükna hakkı taşıyan kişinin boşanmadan sonra bu duruma katlanması zorlaşabilir; bu zorluk somut olayda gerçek bir adaletsizlik yaratıyor ise başvurulacak yol yine sözleşmenin uyarlanmasıdır. Görüldüğü gibi, sözleşmenin uyarlanması sözleşmenin ifası sürecinde birçok olasılıkta gündeme gelebilir.

Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra sözleşmelerin uyarlanması ihtiyacı Avrupa’da güncel bir sorun haline gelmiştir. Her ülkede bu soruna ilişkin olarak farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Sözleşmeye kanun gücü tanıyan ve sözleşmeye bağlılık ilkesinden ödün vermeyen, Fransız *Code civil* geleneğinin kuvvetli olduğu

ülkelerde bu soruna görece muhafazakâr yaklaşım ve süreyle sınırlı, olaya ilişkin özel çözümlerle yetinilmiştir. Kazuistik yöntemi benimseyen ve somut olayda uyuşmazlıkların çözümünde daha esnek bir yaklaşıma sahip Alman BGB geleneğine yakınlık gösteren ülkelerde ise genel çözüm arayışına doğru bir yol izlenmiştir¹.

Türk hukukunda ise İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hissedilmeye başlanan sözleşmenin değişen ekonomik koşullara uyarlanması ihtiyacı, son dönemde ülkemizde yaşanan ekonomik krizlerin etkisi ile iyiden iyiye artmıştır. Bu ekonomik krizlerin etkisi ile sözleşmelerin uyarlanması Türk hukukunda özellikle kira sözleşmeleri ve banka kredi sözleşmeleri bakımından gündeme gelmiştir. Kira sözleşmelerinde mahkemelerin sözleşmelerin uyarlanması yönündeki olumlu tutumu, ne yazık ki, banka kredi sözleşmeleri söz konusu olduğunda, yerini daha katı bir anlayışa bırakmıştır. İçtihatteki bu tutarsız yaklaşım, sözleşmelerin uyarlanması konusunda nesnel ölçütlerin belirlenmesi ihtiyacını bir kat daha arttırmıştır.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkan tanıyan teoriler, çeşitli ülkelerde, uygulama alanı, kapsam, şartlar ve sonuçlar bakımından farklılıklar göstermektedir. Bu teorilerin birbirinden farkları öncelikle teorilerin adlarından anlaşılır. Belli başlı teoriler şunlardır: Klasik teori olarak adlandırabileceğimiz, *clausula rebus sic stantibus* teorisi; yine birçok ülkede uygulama alanı bulan *emprevizyon* teorisi, *işlem temelinin çökmesi* teorisi *frustration* teorisidir. Bu farklılıkların nedeni bazen tarihseldir, bazen de dogmatiktir. Bu nedenle sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili hangi teorinin hangi ülke hukukuna daha uygun olduğunun anlaşılması için, ilk olarak söz konusu ülke hukukunun özellikleri dikkate alınmalıdır². Bu Türk hukuku açısından da geçerlidir. Türk hukukuna en uygun teorinin değerlendirilmesi için mutlaka Türk hukukunun kendine özgü tarihsel ve dogmatik yapısı gözönünde bulundurulmalıdır.

¹ Piet Abas, “**Rebus sic stantibus**”: eine Untersuchung zur Anwendung der “**clausula rebus sic stantibus**” in der Rechtsprechung einiger europäischer Länder, C. Heymann, Köln vd., 1993, s.3. Fransız Medeni Kanunu'nun etkisinde hazırlanmış olmalarına rağmen, İtalyan (m. 1467-1469) ve Portekiz Medeni Kanunlarında (m. 438) sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda Alman hukukunun etkisi hissedilir. İki kanunda da sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hükümler mevcuttur.

² Wolfgang Wiegand, “Clausula rebus sic stantibus- Bemerkungen zu den Voraussetzungen ihrer Anwendung”, **Festschrift für Hans Peter Walter**, Ed. Peter Forstmoser, Heinrich Honsell, Wolfgang Wiegand, Stämpfli Verlag, Bern, 2005, s. 443-456, (s. 445).

Karşılaştırmalı hukukta geliştirilen çözüm farklılıklarına rağmen, aslında her teori sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen, önceden görülemeyen değişikliklerin sözleşmeyi nasıl etkileyeceğini ve değişen durumlar sonucu ortaya çıkan adaletsizliğin nasıl düzeltileceğini belirlemeyi amaçlamaktadır³. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını kabul eden teorilerin tümü, ilk olarak, uyarlamanın sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık içerip içermediğini sorgulamıştır⁴. Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde öncelikle sözleşmeye bağlılık ilkesinin anlamı ve kapsamı üzerinde durulacaktır. Daha sonra yine birinci bölümde karşılaştırmalı hukuktan faydalanarak, Türk hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda hangi hukuki temelin ve teorinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin belirlemede bulunulacaktır. Hangi teorinin kabul edilmesi gerektiği belirlendikten sonra ilk olarak ikinci bölümde, bu teorinin uygulama alanı ve yakın kavramlarla ilişkileri incelenecek ve teorinin kapsamı belirlenecektir. Üçüncü bölümde kabul ettiğimiz teori uyarınca sözleşmenin uyarlanmasının gerekleri üzerinde ayrı ayrı durulacaktır. Nihayet son bölümde de, sözleşmenin uyarlanmasında izlenilmesi gereken usul incelenecek, sözleşmenin uyarlanmasının sonuçları ayrıntılı bir şekilde ortaya konmaya çalışılacaktır.

Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda Türk hukukundan bir terim birliği bulunmamaktadır. Türk içtihat ve öğretisinde, sıklıkla eşanlamlı olarak kullanılan “*emprevizyon*”, “*clausula rebus sic stantibus*” ve “*işlem temelinin çökmesi*” teorilerinin, hukuki temel, şartlar ve sonuçlar bakımından taşıdığı farklılıklar yeterince vurgulanmamıştır⁵. Bu teorilerin dışında, meselenin birçok değişik isimle anılması da ortaya büyük bir terim kargaşası çıkarmıştır. Bu terimlere

³ Charles Besson, **La Force Obligatoire du Contrat et les Changements dans les Circonstances**, Yverdon, Imprimerie Henri Cornaz, 1955, s. 53.

⁴ Eleanor Cashin-Ritaine, “Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage: Pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr”, **Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, Das neue Schuldrecht. Freiburger Tagung, 5.-8. September 2001**, Ed. Georg Caspers/ Tobias Helms/Daniela Neumann, Boorberg Verlag, Stuttgart vd. 2001, s. 85-103, (s. 95).

⁵ Bu ifadelerin eşanlamlı olmadığı ve büyük farklar taşıdığı öğretilerde vurgulanmıştır. Ugo Draetta / Ralph Lake, **Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes** (çev. Laure Tournefier, Victoria Vohman), Bruylant, Bruxelles, 1996, s. 178; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, [kıs. Dürüstlük Kuralı], 2.b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 89. Yazar farka dikkat çekmekle birlikte *clausula rebus sic stantibus*'un işlem temelinin çökmesi veya sarsılmasını kapsadığını da belirtmiştir; *clausula rebus sic stantibus* ile işlem temelinin çökmesini gelişmeleri dikkate alarak da olsa eşanlamlı kullanmaktadır. BK Tasarısı madde 137'de ve söz konusu maddenin gerekçesinde bu terminoloji karışıklığının etkisi ilk bakışta göze çarpmaktadır.

örnek olarak “beklenmezlik”, “beklenmeyen hal”, “fevkalâde hal”, “sözleşmenin hakim tarafından tadil veya feshi”, “sözleşmenin düzeltilmesi” gibi terimler sayılabilir⁶. Terim fazlalığının başlıca nedeni uyarlamanın hukuki temeline ilişkin teorilerin ve görüşlerin çokluğudur⁷.

Çalışmamız dahilinde “*uyarlama*” terimi kural olarak hem sözleşmelerin uyarlanmasını, hem de sözleşmenin sona erdirilmesini kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılacaktır. Terimin bu şekilde geniş anlamda kullanılması öğretilerde kabul edilmektedir⁸. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının sonuçlarından sadece biri olan, sözleşmenin sona erdirilmeden içeriğinde bazı değişiklikler yapılarak değişen koşullara uydurulması ise, çalışmanın bütününde “*dar anlamda uyarlama*” olarak ifade edilecektir.

Terim karışıklığına yol açmamak için, emprevizyon, işlem temelinin çökmesi, clausula teorilerine baştan bir gönderme yapmayan, tarafsız bir ifade olan “*zaman içerisinde değişen koşulların hukuki işleme etkisi*”ni çalışmanın başlığı olarak belirlemeyi tercih ettik. Bununla birlikte, bu tercihimiz, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bir teoriyi benimsemeyeceğimiz anlamına gelmemektedir.

İncelemenin başlığı her ne kadar değişen koşulların sözleşmeye etkisi olarak seçilmiş olsa da, çalışmanın esas kapsamını borç sözleşmeleri oluşturmaktadır. Sözleşmelerin uyarlanması sorununun tüm özel hukuk sözleşmeleri bağlamında tek tek incelenmesi bir tezin kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte, borç sözleşmeleri dışında kalan diğer medeni hukuk sözleşmelerine de, yeri geldikçe değinilecektir. Ayrıca borç sözleşmelerinde belirlenen ilkelerin, yapılarına uyduğu sürece özel hukukun diğer sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle çalışmanın içeriğinde bu şekilde bir sınırlamaya gitmiş olsak da, çalışmanın başlığının sınırlanmamasını uygun gördük.

⁶ Bu terimlerin yerindeligi ile ilgili olarak bkz. Kenan Tunçomağ, “Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile ilgili Objektif Görüşler”, **İÜHFİM 1967**, s. 884-905, (s. 887).

⁷ Heinz Hausheer / Manuel Jaun, **Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB**, Stämpfli, Bern, 2003, Art. 2 N. 114, (dn.219).

⁸ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, gözden geçirilmiş 9. b., İstanbul, © Beta, 2006, s. 438.

I. BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SÖZLEŞMELERİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASI İLE İLGİLİ TEORİLER VE YASAL DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASININ HUKUKİ TEMELİ

I. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ VE SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASI

A. GENEL OLARAK

Zamanla değişen koşulların sözleşmeye etkisi denildiğinde akla iki Latince ifade gelir: *Pacta sunt servanda* (sözleşmeye bağlılık ilkesi) ve genel anlamda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını ifade eden *clausula rebus sic stantibus*.

Verilen söze sadık kalınmasını ifade eden sözleşmeye bağlılık ilkesi (*ein Mann, ein Wort*) irade özerkliği ilkesinin sözleşme hukukundaki yansıması olarak kabul edilmektedir⁹. Sözleşmeye bağlılık ilkesine göre, sözleşme tarafları, özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmede kararlaştırdıkları hükümlere, ne pahasına olursa olsun riayet etmeye mecburdurlar. Zamanla değişen hal ve şartların sözleşmeye herhangi bir etkisi olmamalıdır, koşullar bir taraf için ne denli zorlaşırsa zorlaşsın sözleşmenin kurulduğu şartlarda bir değişikliğe gidilemeyecektir. Bunu, her somut olayda kabul etmek ise, her zaman adalete uygun sonuçlar doğurmayacaktır. Bu noktada çözülmesi gereken sorunsal, başta özerk iradeye dayanan ve adaletli olduğu varsayılan sözleşmenin, sonradan ansızın adaletsiz hale gelmesi durumunda ne yapılacağıdır. Bu sorunu çözmek için, öne sürülmüş olan *clausula rebus sic stantibus*, terimsel olarak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliklerinin adaletsiz bir durum yaratması halinde sözleşmenin bu değişikliklere uyarlanmasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

⁹ Sözleşme özgürlüğü ilkesi ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Hasan Erman, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **İÜHFİM** 1973, s. 601-619.

İlk izlenim, doğal olarak, yukarıda anılan bu iki ilkenin birbiri ile çatıştığı ve birbirini dışladığı yönünde olacaktır. Ancak sözleşmeye bağlılık ilkesinin tanımı ve kapsamı hukukun gelişimine paralel olarak değişmiştir. Artık sözleşmeye bağlılık, sözleşme adaleti, sözleşmesel dayanışma gibi ilkelerle birlikte değerlendirilmesi gereken bir ilke haline gelmiştir. İrade özerkliği, sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti arasındaki diyalektiğin belirlenmesinde bu nokta dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, söz konusu iki ilke sözleşme adaletine hizmet eden ve birbirini tamamlayan ilkeler olarak kabul edilmelidir.

B. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİNİN KLASİK KÖKENLERİ

Sözleşmeye bağlılık ilkesi, ortaya çıkış itibarıyla ahlaki bir ilkedir. Roma hukukçuları tarafından katı biçimde anlaşılmayan bu ilke, özellikle Hıristiyan inancının söze bağlılık ilkesine verdiği önem sayesinde gelişmiştir¹⁰. Doğal hukuk anlayışını yansıtan, toplum düzenini sözleşme üzerine kuran görüş de bu gelişmeye katkıda bulunmuştur¹¹. Modern düşünce hukuk kurallarının anlamlarını dinsel öğelerle temellendirmekten vazgeçince, sözleşmeye bağlılık ilkesinin, sadece ahlaki söze bağlılık borcunun dışında, bireyi temel alan başka bir ilke ile de açıklanması gerekmiştir. Bu ilke irade özerkliği ilkesidir¹². Böylelikle dini ve ahlaki temelden arındırılan, birey iradesinin ürünü olarak değerlendirilen sözleşme kavramının kendisi kutsallaştırılmıştır (*sanctification du contrat*)¹³.

İrade özerkliği ilkesinin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan sözleşme kavramının ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin temelini oluşturduğu görüşü, liberal ekonomi öğretisinin gelişimine paralel olarak 19. yüzyılın sonundan

¹⁰ M.S. Serbesco, “Effets de la guerre sur l’exécution des contrats”, **RTDciv.** 1917, s. 349-359, N. 4; Henri Deschenaux, “La revision des contrats par le juge”, **ZSR** 1942, s. 509a-636a, (s. 518a); Roma hukukunda, olaylar temelinde de olsa, bu ilkeye istisna tanındığı görülmüştür. R.Tison, **Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français (Etude de droit interne)**, Les Editions Domat-Montchrestien, Paris, 1931, s. 20 vd. İrade özerkliği ilkesinin gelişmesinde, kanonik hukukun ve ilkenin saf uygulaması olan *solus consensus obligat* (mutabakat zorunlu kılmaya yeter) ilkesinin ortaya çıkışının etkisi büyüktür. Verilen söze sadık kalınması ve sözleşmenin verilen sözün yarattığı beklentiye uygun şekilde tutulması çok önemlidir. Tanrı hem bu anlaşmanın tanığı hem de asıl alacaklıydı. Söze aykırılık ona karşı yapılmış bir hareket sayılıyordu.

¹¹ Georges Ripert, **La règle morale dans les obligations civiles**, 4. b., L.G.D.J., Paris, 1949, s.37.

¹² Luc Grynbaum, **Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur**, L.G.D.J., Paris, 2004, N.69/70.

¹³ Grynbaum, N. 82.

itibaren geliştirilmiştir¹⁴. Bireylerin özgür ve eşit olduğu dogmasının sonucu olarak, onların doğal özerkliğine başka hiç bir iradenin hükmedememesi gerekir. Sosyal ilişkiler sadece iradi bir temel üzerinde kurulabilir; bu iradi temel de sözleşmedir. Bu bakış açısının sonucu olarak, tüm pozitif hukuk, tek bir doğal hukuk ilkesinden, sözleşmeye bağlılık ilkesinden doğar¹⁵. Sözleşmeye bağlılık ilkesi son derece önemlidir; zira verilen söze sadakatsizlik bu ilke sayesinde engellenebilir. Bu ilkeye getirilecek bir istisna, ilkenin temelini sarsacak, borçlulara bahaneler ve aciz halleri ileri sürme olanağını tanıyacaktır¹⁶.

İrade özerkliği ilkesinin sözleşme hukukunda iki önemli sonucu vardır: Kimse iradesi dışında borç altına sokulamaz ve özgür irade ile yapılmış her anlaşma adildir¹⁷. Özellikle ikinci sonuç konumuz açısından önem teşkil etmektedir. İdeal bir topluma ve ideal hukuka uygun olarak geliştirilmiş bu ilkeye göre, bireyler tam bir özerklik içerisindedirler. Hukukun tek görevi, bu özgürlüklerin eşitliğini sağlamaktır. İçeriği ne olursa olsun özgürce akdedilmiş her sözleşme, adil bir sözleşmedir¹⁸. Tüm insanlar da eşit olduğuna göre (*un homme vaut un homme*), eşit insanların karşılıklı özgür iradelerinden sadece adil bir anlaşma doğar. Tarafların işveren ve işçi gibi sosyal açıdan eşitsiz kabul edilen statülerde olmaları dahi bu sonucu değiştirmez; zira yasakoyucunun bu sosyal eşitsizliğe tek taraflı müdahale etmesi düşünülemez. Soyut eşitlik düşüncesinin doğal sonucu olarak, hakim, önüne gelen sözleşmede, sadece sözleşmenin özgürce kurulup kurulmadığına bakar. Edimler arasında dengesizlik mevcut olsa dahi, eğer bu dengesizlik, özgür iradenin sonucu ise, dikkate alınmayacaktır, sözleşme taraflarının egemen iradesi önce gelir¹⁹.

Salt sözleşmenin kurulmuş olmasının adaleti gerçekleştireceğine ilişkin inanç o denli kuvvetlenmiştir ki, doğal hukuk anlayışına göre, iradi olduğu sürece her anlaşma ahlaki düzene uygun görülmüştür²⁰. *Kant* da bu düşünceyi izlemiş ve kişinin

¹⁴ Philippe Malaurie / Laurent Aynès / Philippe Stoffel-Munck, **Les obligations**, 2. b., Défrenois, Paris, 2005, N. 748.

¹⁵ Jacques Ghestin, “L’utile et le juste dans les contrats”, **Archives de philosophie du droit**, 1981, s. 35-57 (s.36). İrade özerkliği ilkesinin temelleri XVII. yüzyılda Grotius tarafından atılmıştır.

¹⁶ René Demogue, **Traité des obligations en général, Effets des obligations**, [kıs. Traité], t. VI, Paris, Librairie A. Rousseau, 1931, s. 697.

¹⁷ Emanuel Gounot, **Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique)**, Paris, ed. Arthur Rousseau, 1912, s. 61 vd.

¹⁸ Gounot, s.76.

¹⁹ Gounot, s.78.

²⁰ Ripert, s.38.

kendi karar verdiği, iradesi serbest olduğu sürece ortaya çıkacak adaletsizliğin adaletsizlik olarak değerlendirilemeyeceğini savunmuştur (*volenti non fit injuria*)²¹. Fouillé daha da ileri giderek 19. yüzyılda şu ünlü sözü söylemiştir: Tüm adaletin kaynağı sözleşmedir, sözleşmesel demek, adaletli de demektir (*Toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste*)²².

Sözleşmeye bağlılık ilkesi Fransız Medeni Kanunu'nda (m. 1134/I) en güçlü ifadesini bulur: “*Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir*” (*lex contractus*)²³. Fransız Devrimi'nde “kanun” kavramının “kült” bir kavram olduğu da hatırlanacak olursa, *Code Napoléon*'un bu hükmünün gücü daha iyi anlaşılır²⁴. İrade özerkliğine bu *dogmatik* yaklaşım, Fransa'da çok gecikmeden, *Gounot* başta olmak üzere birçok yazar tarafından eleştirilmiştir. *Gounot* bu ilkenin ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin gerçek kapsamının bu kadar basit olmadığını vurgulamıştır²⁵. Buna göre, irade özerkliği sözleşmeye bağlılık ilkesinin temelini oluşturmamaktadır; sözleşmenin bağlayıcılığının iradeden kaynaklandığı kabul edilirse, sözleşme taraflarının iradelerinin sözleşmenin devamı esnasında değişmesi durumunda ne yapılacaktır?²⁶. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin temelinde taraf iradelerine saygı değil, sözleşmesel yükümlülüklerin durağanlığını sağlamaya yönelik sosyal bir ihtiyaç bulunmaktadır²⁷.

Özetle, irade özerkliği ilkesine getirilen iki önemli eleştiri vardır: İlk olarak, bu ilkenin, hukuki işlemi, onu çevreleyen maddi, sosyal ve ahlaki olaylardan

²¹ Gounot, s.79. *Rousseau* da kimsenin kendisine karşı adaletsiz davranamayacağı düşüncesinden hareketle bu görüşü temsil eder (“*Nul n'est injuste envers lui-même*”).

²² Alfred Fouillé, **La science sociale contemporaine**, 2.b., Paris, Hachette, 1885, s.410.

²³ Ripert, s. 37; Serbesco, N. 4; karş. Ulpianus, *Digesta*, Lib 50, 17.23: “*Hoc servabitur quod initio convenit; legem enim contractus dedit*” (Başta üzerinde anlaşılan şey muhafaza edilir; sözleşmeden doğan kanun bunu sağlamıştır). Bu formülün, sözleşmelerin gücünü anlatan bir mecazdan öte olmadığı görüşü için bkz. Grynbaum, N. 86 (dn.394).

²⁴ Ripert, s.37.

²⁵ Gounot, s. 76 vd.

²⁶ Hans Kelsen, “*La théorie juridique de la convention*”, **Archives de philosophie du droit**, 1940, s. 33 vd.

²⁷ Marin, X.; “*Nature humaine et Code Napoléon*”, **Droits**, 2, 1985, s. 117 vd. (özellikle, s. 120) (aktaran: Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 748). Öğretide bir görüş irade özerkliği ilkesini tamamen reddetmiş, sözleşmenin iradelerin uyuşması sonucu olmadığını belirtecek kadar ileri gitmiştir; bu görüşe göre icap her ne kadar iradi bir işlem olsa da, içeriği bakımından iradenin ötesinde, menfaatlerin, pratik ihtiyaçların ve davranışların belirlediği bir olgudur. Bu görüşün kaynağı, hukuku bireysel iradelerin değil, yasakoyucunun şekillendirdiği yönündeki normativist-pozitivist bakış açısidir ve buna göre bir sözleşmeyi kuran irade de ancak yasalarla belirlenen bir statüye dahil olup olmama noktasında belirleyici rol oynayacaktır. Rouette, G.; *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. ronéo, Paris, 1965. (aktaran, Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 748).

soyutlayarak, hukuki işlemin nihai amacını ve temelini etkilediği ifade edilmiştir; ikinci olarak da, çelişkili gibi görünse de, tam da bu ilkenin, hakimin keyfi kararlarına yol açma tehlikesi vurgulanmıştır²⁸. Şöyle ki, irade özerkliği ilkesinin gereği olarak, hukuki işlemin varlığının ve sonuçlarının yegane kaynağı onu kuran tarafların iradesidir. Bu nedenle, hukuki işlemin yorumunda, hakim, tarafların gerçek iradesine ulaşmaya çalışacaktır. Ancak bu istek pratikte yalnızca görünüşte kalacak; somut olayda, kendisi de bir insan olan hakim, bunu yaparken, zorunlu olarak, tarafların iradelerini yorumlama kisvesi altında aslında kendi iradesini tarafların iradesinin yerine koyacaktır²⁹.

Sorgulanması gereken bir diğer nokta da, sözleşmeye tanınan “kanun” gücünün mutlaklığıdır. Kişiye sözleşme ile kendi kanununu yaratma şansı veren irade özerkliği ilkesinin, Fransız Devrimi’nin bir başka önemli ilkesi olan eşitlik ilkesi ile ilişkisi, özellikle sözleşenlerin ve sözleşmesel edimlerin eşitliği bağlamında değerlendirilmelidir³⁰. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin, sözleşmenin içeriğinin sözleşmenin eşit pazarlık gücüne sahip kişilerce belirleneceği dogmasına dayanmasının, günümüzde beklenemeyeceği unutulmamalıdır³¹. Gerçekten, taraflar arasındaki sosyal eşitsizlik, hukuk sistemi tarafından kolayca görmezden gelinebilecek bir olgu değildir. Liberal ekonominin gelişimi ile birlikte, pazarlık gücü az olan sözleşme tarafının zayıflıklarından faydalanılması tehlikesi giderek artmış ve zayıf tarafın korunması ilkesi hukuk düzenlerine yerleşmiştir³².

Yukarıda anılan tüm bu noktalar düşünüldüğünde, günümüzde sözleşmeye bağlılık ilkesinin yeniden değerlendirilmesinin kaçınılmaz olduğu sonucuna varılmaktadır.

²⁸ Tison, s. 7.

²⁹ Tison, s. 7; Gounot, s. 215 vd.

³⁰ Ripert, s. 39.

³¹ Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi**, [kıs. GİŞ], 2. b, İstanbul, © Beta, 2001, s. 20; karşı. YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599: “Yeri gelmişken belirtelim ki, sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirir”. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, “Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken”, **JB 1983**, s. 561-574.

C. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİNİN YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

İrade özerkliği ilkesinin ve sözleşmenin mutlak gücünün sorgulanması sonucunda sözleşmeye bağlılık ilkesinin yeniden değerlendirilmesi kaçınılmaz olmuştur. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin ahlaki, dini veya siyasi temellerinin hepsi zaman içerisinde tartışma konusu olmuş ve üzerinde uzlaşmaya varılamamıştır³³. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin anlamı ve kapsamı günümüz ekonomik ilişkilerinin karmaşıklığı ve hukukun yeni bir ekonomik bakış açısıyla değerlendirilmesi sonucu değişmiş ve gelişmiştir. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin temel amaçlarından biri de, sözleşme adaletinin sağlanmasıdır.

Sözleşmeye bağlılık ilkesinin, dayanağını oluşturduğu savunulan irade özerkliği ilkesinden bağımsızlaştığı bir gerçektir. Günümüzde birçok yazar, sözleşmenin bağlayıcı gücünün, tarafların iradesinden değil, bu gücü ona tanıyan nesnel hukuktan kaynaklandığı noktasında birleşir³⁴. Eğer nesnel hukukun izlediği amaçlar farklılaşırsa, ilkenin de yeniden değerlendirilmesi kaçınılmaz olur. Geçmişte ekonomik gerekler ve ekonomik yarar, sözleşmelerin mümkün olduğunca durağanlığını gerektirmiş ise de, günümüzde sözleşmeden beklenen yarar daha farklı bir anlam taşımaktadır. Ekonomik bir mübadele aracı olan sözleşme, ekonomik yararlar ve gelişmelere de uydurulmalıdır³⁵. Bu nedenle geçmişte sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılığı tartışmasız olan bir durum, bugün nesnel hukuk düzenine hizmet eden sözleşmeye bağlılık anlayışı çerçevesinde böyle sayılmayabilir³⁶.

Bir ilkenin kapsamının anlaşılması için, söz konusu ilkenin ahlaki, felsefi, hukuki ve ekonomik temellerini değerlendirmek gerekir. Eğer bu temellerde bir değişiklik meydana gelmiş ise, doğal olarak ilkenin de yeniden değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi açısından da bu tespit geçerlidir³⁷. Günümüzde

³³ Grynbaum, N. 85.

³⁴ Catherine Thibierge-Guelfucci, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", **RTDciv.** 1997, s. 357-385, N. 12; Kelsen, N. 13; J. Hauser, **Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique**, th. Paris, L.G.D.J, 1971, préf. P. Raynaud, N. 42. (aktaran, Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 748).

³⁵ Thibierge-Guelfucci, N. 12.

³⁶ Thibierge-Guelfucci, N.13. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin temel unsurlarının yarar ve adalet olduğu yönünde bkz. Ghestin, s. 35-57; Philippe Stoffel-Munck; **Regards sur la théorie de l'imprévision**, PUAM, Aix-Marseille, 1994, N. 46 vd.

³⁷ Thibierge-Guelfucci, N. 12.

de, sözleşme özgürlüğü ilkesi geçmişteki önemini korumaktadır. Ancak sözleşme adaleti kavramı geçmişe göre oldukça gelişmiş ve sözleşme özgürlüğünün mutlaklığı anlayışı, yerini patolojik durumlara müdahale ve sözleşme adaletinin sağlanması için gerekli önlemlerin alınması anlayışına bırakmıştır. Bu anlayış, son yıllarda geliştirilen “sözleşmesel dayanışma” (*solidarisme contractuelle*) kavramı üzerinde yükselir. Sözleşmesel dayanışma ilkesi gereğince sözleşme tarafları birbirlerinin rakibi olarak görülmez. Sözleşenler, sözleşme ile izlenen amaca uygun davranışlarda bulunmalılar, bunu gerçekleştirmek için birlikte hareket etmelidirler. Bu bağlamda sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşmesel dayanışma çerçevesinde değerlendirilmelidirler³⁸. Bugün geçerli olan anlayışa göre asıl tartışma, sözleşme adaletinin sağlanması uğruna sözleşmeye bağlılık ilkesine ne derecede sadık kalınacağına belirlenmesi noktasındadır³⁹.

Sözleşme adaleti ve sözleşmeye bağlılık ilkesi arasında bir çatışma mevcutsa, bu çatışma sözleşmelerin uyarlanması yoluyla giderilmelidir. Demek oluyor ki, sözleşme adaleti ilkesine hizmet etmesi gereken sözleşmeye bağlılık ilkesi, amacından saparsa, bu amacına tekrar ulaşması için uyarlama yoluna gidilecektir. Bu durumda ilkelerin birbirlerini tamamladığı açıktır. Sözleşmelerin uyarlanması yoluyla, sözleşmeye bağlılık ilkesi amacından sapmamış olur. Uyarlama sözleşmeye bağlılık ilkesine bu anlamda hizmet eder, yani onu tamamlar. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin bu şekilde gerçek kapsamının belirlenmesi sözleşmenin uyarlanmasının sınırlarını belirleme açısından son derece önemlidir⁴⁰.

Tarafların özel bir birlik oluşturduğu ve sözleşme ile oluşturulan bu birliğin aslında her tarafın kendi özel çıkarını üstün tutmasına olanak veren bir birlik olmadığı söylenmiş, tarafların özel amaçlarını aşan sözleşme ile öngördükleri ve ulaşmaya çalıştıkları ortak bir amacın varlığı vurgulanmıştır⁴¹. Sözleşme taraflar arasında ortak bir esere kavuşmaya yönelik bir çeşit birlik yaratır. Sözleşme tarafları

³⁸ Christophe Jamin, “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”, **Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle**, Ed. Gilles Goubeaux/ Yves Guyon/ Chrisrophe Jamin/ Paul Lagarde/ Geneviève Viney/ Jean Waline, L.G.D.J, Paris, 2001, s. 441 vd.; Denis Mazeaud, “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, **L’avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré**, Ed. collectif, Dalloz/PUF/Jurisclasseur, Paris, 1999, s. 603-634.; k.g., Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 751.

³⁹ YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁴⁰ Matteo Ambrosoli, **La Sopravvenienza Contrattuale**, Milano, Giuffrè Editore, 2002, s. 31 vd.

⁴¹ Deschenaux, s. 546a vd.

birer rakip gibi görülmemelidir. Dürüstlük kuralı tarafları birbirine bağlayan bir kardeşlik zinciridir (*vinculum fraternitatis*) aslında⁴².

Sözleşme taraflarının bu birlikteliğinden kaynaklanan karşılıklı sadakat borcu, elbette ilk olarak akla sözleşmeye bağlılık ilkesini getirir. Bir tarafın ciddi fedakârlıklarına yol açsa da, sözleşmeye sadık kalınmalıdır. Ancak, önceden görülemeyen olaylar, en rasyonel beklentileri bile boşa çıkarabilir, tarafların karşılıklı borçları ve hakları arasındaki tüm dengeleri bozabilir. Karşılıklı sadakat ödevi, bu durumdan kârlı çıkan tarafa, durumdan faydalanma hakkı tanımaz⁴³. Sözleşmesel dayanışma ilkesi buna müsaade etmez. Bir görüşe göre ifada ısrar bu nedenle, hakkın kötüye kullanılması sayılabilir ve hukuk düzenince korunmaz.

Demogue'un sözleşme kavramına ilişkin bir belirlemesi bu noktada önemlidir⁴⁴: “Sözleşme ile kişiler ortak çıkarları için birleşir. Vurgulamak gerekir ki, yeni durumlar karşısında, yaşayan bir şey olan sözleşme katı kalamaz. Yaşamak, belirli bir yön doğrultusunda kalarak, dönüşmektir. Demek oluyor ki sözleşmenin uyarlanması gereklidir”.

Sözleşmenin varlık amacının hakkaniyet düşüncesi olduğunu vurgulayan yazarlar, sözleşme adaletine uymayan, sözleşmeden beklenen yararı ortadan kaldıran durumlar ortaya çıktığında, artık sözleşmenin bağlayıcılığının da kalmayacağını belirtirler⁴⁵. İrade özerkliği dogması, iradeye verilen önemi o denli yoğunlaştırmış ve iradeyi bir amaç olarak ele almıştır ki, irade sözleşmenin esaslı ögesi haline gelmiştir. Oysa, sözleşmede nesnel hukuk gereğince esas olan, tarafların ihtiyaçlarını tatmin suretiyle adaleti sağlamaktır; sözleşme taraflarından her biri sözleşmede verdiği dengini almalıdır⁴⁶.

⁴² Peter Jäggi / Peter Gauch; **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b (Art. 18 OR)**, [kıs. Art. 18 OR], 3. b., Schulthess, Zürich, 1980, N. 649.

⁴³ Deschenaux, s. 549a.

⁴⁴ Demogue, **Traité**, s. 697. Bununla birlikte, yazar, sözleşmelerin uyarlanmasının kabul edilmesinin sözleşmelerin durağanlıkla, sözleşme güvenliğiyle çatışacağını belirtip, bu ikisinden hangisi seçilirse seçilsin tatmin edici bir sonucun bulunamayacağını altını çizmektedir; René Demogue, “Des modifications aux contrats par volonté unilatérale”, **RTD civ. 1907**, s. 245-310 (s. 261 vd). “Neden ‘tarafların kanunu’nun bazı koşullarda, uygulanacağı hal ve şartlara uyum sağlaması için değişebileceğini kabul etmeyelim ki? Yasama organlarının metinleri bile sonsuza kadar sürmez. Bir kanunun yüzüncü yılını kutlamak oldukça istisnadır” (s. 263).

⁴⁵ Ghestin, Jacques; “L’utile et le juste dans les contrats”, **D. 1982**, s. 1-10 (s. 6).

⁴⁶ Ghestin, **D. 1982**, s. 6.

Özetlemek gerekirse, sözleşmelerin uyarlanmasının, sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnası olduğuna ilişkin yerleşik kanının bu gelişmeler karşısında geçerliliğini yitirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Sözleşmelerin sonradan değişen koşullara uyarlanması, sözleşmeye bağlılık ilkesinden farklı bir amaç taşımamaktadır. İki ilkenin de nihai amacı sözleşme adaletini sağlamaktır. Bu bakış açısıyla, sözleşmelerin değişen koşulların yarattığı adaletsizlikten kurtarılarak hükümlerini doğurmaya devam etmesini kabul etmek, sözleşmeye bağlılık ilkesini tamamlayıcı niteliktedir. Sözleşme taraflarını birbirlerinin rakipleri olarak değil yandaşları olarak değerlendiren anlayış da (*solidarisme contractuel*) bunun kabulünü gerektirir⁴⁷. Sözleşmenin uyarlanması söz konusu olduğunda, sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnasından değil, aksine sözleşmenin uyarlanmasının bu ilkenin gerçekleştirilmesine ve hayata geçirilmesine hizmet etmesinden bahsetmek daha doğru olacaktır⁴⁸. Sözleşmelerin uyarlanmasını sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnası olarak değerlendirmek, ileride göreceğimiz gibi, sözleşmelerin uyarlanmasında gereksiz sınırlamalara gidilmesine ve hukuki temel bakımından suni çözümler üretilmesine yol açmaktadır. *Pacta sunt servanda* ve *clausula rebus sic stantibus* birbirini tamamlayan iki ilke olarak ele alınmalıdır⁴⁹. Nitekim, günümüzde, sözleşmeye bağlılık ve sözleşmelerin uyarlanması karşıt ilkeler olarak değil, tam aksine birbirlerini tamamlayan ilkeler olarak değerlendirilmektedir. Bunun en önemli gerekçesi, iki ilkenin *ratio legis* 'inin de, sözleşme adaletini sağlama düşüncesinin oluşturmasıdır⁵⁰. Bunun yanı sıra, ekonomik bakış açısı da bu görüşü

⁴⁷ Sözleşmesel dayanışma kavramı (*solidarisme contractuel*) ile ilgili bkz. Luc Grynbaum / Marc Nicod (Ed.), **Le solidarisme contractuel**, Economica, Paris, 2004; Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, **Le solidarisme contractuel**, Litec, Paris, 2006.

⁴⁸ Turhan Feyzioğlu, **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Haller Meselesi)**, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1947, s. 27.

⁴⁹ Deschenaux, s. 520a/549a.-550a; Pierre Tercier, "Clausula rebus sic stantibus", **JdT 1979 I**, s. 194 vd. (s. 195), Yazar, *clausula* sorununun felsefi sorunsalına değinirken, şekli ve maddi adaletin çatışmasının burada özellikle karşımıza çıktığını haklı olarak vurgular.

⁵⁰ YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599: "Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK m. 4 ve m. 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (*Clausula Rebus Sic Stantibus-Beklenmeyen hal şartı sözleşmenin değişen şartlara uydurulması*) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır". (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

desteklemektedir, zira uyarlanan sözleşme hiç ifa edilmeyen sözleşme ile kıyaslandığında ekonomik açıdan daha yararlıdır⁵¹.

Bununla birlikte sözleşmeye bağlılık ilkesinin yeniden değerlendirilmesi hiç bir zaman bu ilkenin rafa kaldırılması anlamını taşımamalıdır. Bu ilke hukuk güvenliği ilkesinin temel dayanağını oluşturur⁵². Önemli olan, sözleşmeye bağlılık ilkesinin asıl işlevi olan sözleşme adaletini sağlama işlevini yitirmesini engellemektir.

D. SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASININ AMACI

Sözleşmenin, kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliklere uyarlanarak hüküm doğurmaya devam ettirilmesinin ana amacı, sözleşmenin kurulması aşamasında var olan risk paylaşımı dengesine tekrar ulaşmak ve bu şekilde sözleşme adaletini yeniden sağlamaktır⁵³.

İrade özerkliği dogmasına saplanmayan anlayışa göre sözleşme adaleti ve sözleşmeden beklenen yarar değişen koşullar sonucu tehlikeye düşer ise sözleşmeye müdahale edilmelidir⁵⁴. Değişen durumlar sonucu sözleşmeden beklenen fayda eksilmiş, sözleşmenin kurulması esnasında üstlenilen riskler, değişen koşullar sonucu sözleşme adaletine aykırı düşer hale gelmiş ise, sözleşmenin uyarlanması yoluyla, değişen durumların getirdiği riskler yine sözleşme adaletine uygun olarak tekrar paylaştırılmalıdır. Sözleşmenin uyarlanmasını kabul eden tüm sistemlerin ortak noktası, önceden görülemez değişiklik sonucu bu şekilde bozulan sözleşme ekonomisinin tekrar sağlanmasına çalışılmasıdır⁵⁵. Sözleşme ekonomisi değişen durumlar sonucu öylesine alt üst olmalıdır ki, sözleşmenin o haliyle ifasında ısrar edilmesi mağdur tarafın mahvına neden olacak sonuçlar doğurmalıdır.

⁵¹ Pascal Pichonnaz, **Impossibilité et exorbitance**, ed. Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1997, N. 755.

⁵² Deschenaux, s.519a.

⁵³ Rona Serozan, **İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Üçüncü Cilt**) [Kıs. İfa], gözden geçirilip genişletilmiş 4.b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006; § 20 N. 2; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975; s. 367.

⁵⁴ Ghestin, **Archives de philosophie du droit**, 1981, s. 40/41.

⁵⁵ Sébastien Pimont, **L'économie du contrat**, PUAM, Aix en Provence, 2004, s. 255/256. Sözleşme ekonomisi kavramı Fransız hukukunda kullanılan bir kavramdır. Fransız hukukunda sözleşme ekonomisi kavramının Alman hukukundaki işlem temeli kavramı ile aynı anlamda olduğu vurgulanmıştır; Cashin-Ritaine, s. 95.

Bununla birlikte, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması taraflar arasında mevcut olan güç dengesizliklerinin giderilmesi açısından, kural olarak, uygun bir araç değildir⁵⁶. Sözleşmenin uyarlanması yoluyla, durum değişiklikleri sonucu ortaya çıkan adaletsizliğin düzeltilmesi, ancak dolaylı yoldan olarak taraflar arasındaki güç dengesine müdahale eder. Taraflar arasındaki adaletsiz güç dengesine müdahale etmek üzere ortaya atılan zayıf tarafın korunması ilkesi, özel hukukta son yıllarda büyük ölçüde kabul görmüş ve uygulama alanı bulmuş bir ilkedir. Bu ilkenin sözleşmenin ifa aşamasına müdahale eden bazı hukuki mekanizmaların amacını oluşturduğu bir gerçektir. Tüketici hukukunda yer alan, sözleşmenin ifası aşamasındaki tüketiciyi koruyan düzenlemeler buna en önemli örnektir. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması durumunda ise doğrudan böyle bir müdahaleden bahsetmek zordur.

Uygulamada sözleşmenin uyarlanması sorununun çoğu zaman sözleşmenin değişen koşullar sonucu zayıf tarafı haline gelen kişi için gündeme geleceği bir gerçektir. Türk hukukunda özellikle banka kredi sözleşmelerinin ekonomik kriz sonrası uyarlanması gündeme geldiğinde, bu sözleşmelerin zayıf tarafını oluşturan kredi alan tüketiciler açısından, uyarlamanın sözleşmenin zayıf tarafının korunması sonucunu sağlayacağı da bir gerçektir⁵⁷. Sözleşmelerin uyarlanması, özellikle ekonomik güçlükler nedeniyle gündeme gelen sözleşmelerin uyarlanması olasılığında, dolaylı olarak sözleşmenin zayıf tarafının korunması sonucunu da beraberinde getirir. Ancak bu doğrudan değil, dolaylı bir sonuçtur. Sözleşmenin uyarlanması ile bozulan risk dengesini tekrar paylaştırarak, somut sözleşme adaletinin sağlanması birçok olasılıkta sözleşmenin zayıf tarafının avantajsız konumunu da düzelterektedir. Bununla birlikte sözleşmenin zayıf tarafının korunması, sözleşmelerin uyarlanmasının asal amacını oluşturmaz. Tersini kabul etmek sözleşmelerin uyarlanmasının uygulama alanını daraltmaktan öte bir sonuç doğurmaz. Şu da unutulmamalıdır ki, değişen koşullar sonucu mağdur olan taraf her

⁵⁶ Frank Bayreuther, **Die Durchsetzung des Anspruchs auf Vertragsanpassung beim Wegfall der Geschäftsgrundlage**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004; s. 65.

⁵⁷ Tüketicilerin taraf oldukları banka kredi sözleşmelerinin uyarlanması hususunda Yargıtay'ın uygulamasının eleştirisi için bkz. Halûk Burcuoğlu, **Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama – Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Dövize Endekli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması** [Kıs. Beklenmeyen Hal], Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 41 vd.

zaman sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen kişi değildir. Örneğin, Türk Hukukunda da, kira bedelinin sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullara uyarlanması sadece kiracı açısından değil kiraya veren açısından da kabul edilmektedir⁵⁸. Sözleşmenin uyarlanmasının zayıf tarafın korunması ilkesine hizmet etmesi gereği kabul edilirse, değişen koşullar sonucu mağdur olan ancak sözleşmenin zayıf tarafını oluşturuyor ise sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilecektir. Bu sınırlamanın sözleşmelerin uyarlanmasının yapısına aykırı olacağı ise bir gerçektir. Pekâlâ sözleşmenin zayıf tarafını oluşturmayan, örneğin kira sözleşmesinde kira bedelini değişen koşullar sonucu az bulan kiralayan da, şartlar oluşmuşsa sözleşmesini uyarlayabilmelidir. Bu nedenle işlevi gereği, sözleşmenin uyarlanması, zayıf tarafın korunması ilkesi bakımından tarafsız bir alanda yer almalıdır.

Özetlemek gerekirse, sözleşmelerin uyarlanması, sözleşmenin bozulan ekonomisini tekrar sağlama amacını güder. Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen beklenmedik gelişmeler sonucu edimini ifa etmesi dürüstlük kuralı uyarınca bekleneumeyen mağdur taraf, sözleşmenin uyarlanması yoluyla hakkaniyete uygun bir çözüme kavuşturulmuş olur. Hukuku katı uygulamanın en büyük adaletsizlikleri doğurabileceği, (*summum ius summa iniuria*), unutulmamalı ve sözleşmenin uyarlanması yoluyla sözleşme adaleti yeniden sağlanmalıdır.

II. YABANCI HUKUKLARDA GELİŞTİRİLEN TEORİLER VE BU TEORİLERDE SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASININ HUKUKİ TEMELİ

A. GENEL OLARAK

Zaman içinde değişen koşulların sözleşmeye nasıl bir etkisi olacağı, kanunda veya somut sözleşmede açıkça düzenlenmiş, yani risk paylaşımına ilişkin açık hükümler öngörülmuş olabilir. Ancak böyle bir düzenlemenin yokluğu veya yetersizliği durumunda adalete aykırı bir durumun ortaya çıkması yine de mümkündür. Kanunca veya taraflarca öngörülmuş risk paylaşımı kurallarını aşan, iki tarafa da atfedilemeyen, önceden görülemeyen durumların varlığı karşısında mağdur

⁵⁸ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 29-35.

taraf yararına bir müdahaleyi meşrulaştıracak hukuki temelin ne olabileceği, cevaplanması gereken ilk sorudur.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, zamanla değişen koşulların sözleşmeye etkisi konusunda farklı teorilerle çözüme ulaşılmaya çalışıldığını görmekteyiz. Bununla birlikte tüm bu teoriler aynı soruna cevap arar ve tarihsel gelişimlerinde aynı çıkış noktasına sahiptirler. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sorununa cevap arayan yaklaşımların kökeninde, tarihsel bakımdan klasik teori olarak adlandırılan *clausula rebus sic stantibus* teorisi yer alır⁵⁹. Bu teori daha sonra, özellikle Fransız hukuku etkisinde kalan hukuklarda emprevizyon teorisi olarak gelişmiştir. Alman hukukunda ise tarihsel gelişim farklı olmuş, öğretilerde geliştirilen görüşler sonucu işlem temelinin çökmesi teorisi doğmuştur. Bunun dışında Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki gelişmeler Kara Avrupası sisteminden tamamen farklı bir yol izlemiş ve *frustration* teorisi doğmuştur. Aşağıda bu teoriler detaylı olarak incelenecek ve Türk hukuku bakımından olan ve olması gereken hukuk açısından hangi teorinin uygulandığı veya uygulanması gerektiği belirlenmeye çalışılacaktır.

Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin teorilerin gelişimine en önemli katkıyı, yirminci yüzyıldaki iki dünya savaşı ve bu savaşları takip eden ekonomik krizler yapmıştır. Geliştirilen teoriler, çoğunlukla uygulamanın ulaştığı çözümlere hukuki temeli sonradan oluşturulmuş ve uygulamada ulaşılan çözümler sistematize edilmeye çalışmıştır⁶⁰. Bu nedenle sözleşmenin uyarlanması noktasında hangi teori kabul edilirse edilsin, bu teorilerin çıkış noktasının somut olay adaleti olduğu unutulmamalıdır.

Aşağıda belli başlı teorilerin geliştiği ülke hukukları incelenerek, teorilerin doğdukları ülkelerde nasıl bir gelişim gösterdiğinin ortaya konmasına çalışılacaktır. Bu teorilerin incelenmesinden önce tüm teoriler bakımından tarihsel önem taşıyan *clausula rebus sic stantibus* teorisi incelenecektir.

⁵⁹ Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen**, 6.b., JuS Schriftenreihe, © C.H. Beck, München, 2005; § 27 N. 5.

⁶⁰ Alfred Rieg, **Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand**, Pichon & Durand-Auzias, Paris, 1961, N. 530.

B. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS TEORİSİ

Günümüzde sözleşmelerin uyarlanması denilince akla gelen ilk teori, *clausula rebus sic stantibus* teorisidir. Bu teori günümüzde sözleşmelerin uyarlanmasını kabul eden diğer teorilerin de tarihsel kökenini oluşturur⁶¹. Roma Hukukuna yabancı olan *clausula rebus sic stantibus* teorisinin gelişimi asıl olarak postglossatörler ve kilise hukuku döneminde olmuştur⁶².

Cicero, *Seneca* ve *Aquino*'lu *Thomas*, *pacta sunt servanda* ilkesini savunmakla birlikte, bu ilkenin yumuşatılması gereğine işaret eden ilk düşünürlerdir, özel hukukta gelişecek olan *clausula* görüşü tarihsel kökenini bu filozofların düşüncelerinde bulmaktadır⁶³.

Cicero *De officiis* adlı eserinde, verilmiş bir sözün yerine getirilmesinin, vaatte bulunulan kişi açısından anlamsız hale geldiği durumlarda veya vaadi yerine getirecek kişi açısından oluşturacağı külfetin vaatte bulunulan kişinin sağlayacağı yarara göre çok daha fazla olması durumunda vaadin yerine getirilmeyeceğinden söz etmektedir⁶⁴.

Seneca "*De beneficiis*" de bunu şu şekilde belirtmiştir: "*Omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promiterem, ut promitentis fidem teneas*" (sözümü

⁶¹ Laurent Duvanel, **La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain**, Schulthess, Zürich, 2004, özellikle s. 238 vd.; Carlo G. Terranova, **Il codice civile commentario, L'eccessiva onerosità nei contratti**, Artt. 1467-1469, Milano, Giuffrè editore, 1995, s. 6 vd.; Giuseppe Osti, "La così detta clausola 'rebus sic stantibus' nel suo sviluppo storico", **Scritti Giuridici I**, Giuffrè editore, Milano, 1973, s.174-194; Leopold Pfaff, "Die Clausel: Rebus sic stantibus in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung", **Festschrift zum 70. Geburtstag von Joseph Unger**, [Kıs. FS Unger], Cotta Verlag, Stuttgart, 1898, s. 272-286.

⁶² Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 579; Jacques Ghestin / Christophe Jamin / Marc Billiau; **Traité de droit civil, Les effets du contrat**, 3.b., L.G.D.J., Paris, 2001, N. 295; Bischoff, Jacques; **Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus**, Schulthess Verlag, Zürich, 1983, s. 174/175; Wilhelm Haarmann, **Wegfall der Geschäftsgrundlage bei, Dauerrechtsverhältnissen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, s. 21; Köbler, Ralf; **Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz**, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1991, s. 24; Besson, s. 54; Abas, s. 7 *Corpus iuris civilis*'de genel *clausula* düşüncesi yer almamaktadır. Ancak bazı özel sözleşme biçimlerinde değişen koşulların etkisi dikkate alınmıştır; örneğin, kira sözleşmesinde, kiraya verenin, kira konusuna ilişkin önceden görülemez bir ihtiyacının ortaya çıkması durumunda sözleşmeyi feshetme hakkı (Digesta C. 4, 65, 3) gibi bu düşünceye yakın düzenlemeler bulunmaktadır.

⁶³ Zimmermann, s. 579/580; Stoffel-Munck, N. 8; Abas, s. 7; Serbesco, N. 4.

⁶⁴ Köbler, s. 23; Zimmermann, *Cicero*'nun *De officiis* adlı eserinde yer alan "*si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere*" (Aklı başında bir kişi sana kılıcını emanet etmiş olur da, delirdikten sonra gelip de geri isterse, kılıcı ona vermemek gerekir, vermek ise günah [kusurlu hareket] olacaktır) ifadesini bu görüşün bir sonucu olarak değerlendirmektedir (bkz. Zimmermann, s. 579).

tutabilmem için herşey söz verdiğim andaki durumda olmalıdır)⁶⁵. *Seneca* değişen koşulların sözleşmeye etkisini *Cicero*'ya nazaran daha açık bir biçimde vurgulamıştır⁶⁶.

Aquino'lu *Thomas* da açıkça *Seneca*'ya atıf yaparak *pacta sunt servanda* ilkesinin yumuşatılması gereğini şu şekilde ifade etmiştir: “Sözünü tutmayan kişi, eğer söz verirken haklı nedenlerin varlığını dikkate alarak söz vermiş ise sözünü tutmamış sayılmaz; sözünü tutmaması, şartların değişmesine bağlı ise sözüne sadakatsiz de sayılmaz”⁶⁷.

Ortaçağ'da bu düşüncenin devamı olarak, genel bir *clausula rebus sic stantibus* teorisi geliştirilmiştir. Postglossatörlerin ve kilise hukukçularının etkisi ile sözleşmenin ifasını zora sokan değişen koşulların sözleşme ile doğan bağlılığın normal akışını da etkileyeceği görüşü, 14. yüzyılın başından 17. yüzyıla kadar *Bartolus*, *Baldus* ve hümanist *Tiraquellus* tarafından savunulmuş ve ünlü *clausula rebus sic stantibus* genel bir ilke olarak kabul edilmiştir⁶⁸.

Özel hukukta ilk olarak *Bartolus* zımni bir şart olarak değerlendirdiği “*rebus sic se habentibus*” şartını sözleşmenin feshi bağlamında savunmuştur. *Baldus* ve *Tiraquellus* ise bu zımni şartın uygulama alanını genişletmişlerdir ve 15. yüzyılın sonlarında ilke geniş bir şekilde kabul görmüştür⁶⁹. Genel olarak da *clausula* düşüncesi şu şekilde özetlenmiştir: Uzun süre devam eden ve gelecekte olacak şeylere bağlı olan sözleşmelerin, yapıldıkları sırada mevcut olan koşulların değişmemesi şartına bağlı olarak akdedildiğinin kabul edilmesi gerekir (*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*)⁷⁰.

⁶⁵ Corneliu Mihail Popescu, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, L.G.D.J, Paris, 1937, s. 10.

⁶⁶ Köbler, s. 24.

⁶⁷ Stoffel-Munck, N. 8; Köbler, s. 29.

⁶⁸ Stoffel-Munck, N. 9; Serbesco, N. 5; Jean Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22. b., PUF, Paris, 2000, N. 148.

⁶⁹ Zimmermann, s. 580. “*Rebus sic se habentibus loquimur sic et promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus*” (*Baldus*); “*Et hoc quidem perpetuum est in omnibus actibus et dispositionibus ut scilicet semper intelligantur rebus sic stantibus*” (*Tiraquellus*), Pierre Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Ancienne Imprimerie Vagner, Nancy, 1922, s. 45; Yeni araştırmalara göre *clausula*'yı genel bir ilke olarak tanıyan ilk kişinin *Bartolus*'tan önce *Pillius* olduğu ifade edilmiştir, Köbler, s. 28, 30; Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, © Seçkin, Ankara, 2006, s. 22.

⁷⁰ Osti, s.174; Besson, s. 61; Stoffel-Munck, N. 9; Serbesco, N.6.

Clausula düşüncesini savunanların en ilginç özelliği aynı zamanda *pacta sunt servanda* ilkesinin de ateşli birer savunucusu olmalarıdır. Bu aslında bir çelişki değildir. İnsan iradesine kilise hukuku tarafından verilen özel önem nedeniyle, özgür iradenin kurduğu sözleşmeye bağlılık ilkesine (*pacta sunt servanda*) yine özgür iradeden kaynaklanan bir istisna getirilmiştir (*clausula rebus sic stantibus*)⁷¹.

18. yüzyıla kadar, *clausula* öğretisi Almanya ve İtalya’da neredeyse tüm hukukçular tarafından kabul gören bir formül olmuş, kapsamı da irade açıklamasının yer aldığı her hukuki işleme yaydırılacak kadar geniş kabul edilmiştir⁷². 18. yüzyılda büyük kodifikasyon hareketlerinde de bu teorinin etkisi açıkça görülür⁷³. Alman Hukukunda, *Clausula rebus sic stantibus* teorisi iki büyük kodifikasyonda yer almıştır⁷⁴: *Clausula rebus sic stantibus*’u tanıyan ilk modern Avrupa Medeni Kanunu özelliğini taşıyan *Codex Maximilianeus Bavarius Civilis* (1756) ve Prusya *Allgemeine Landrecht*’tir (1794). İtalyan hukukunda da, *Alciat*’nın etkisi ile *clausula* teorisi kabul edilmiş, kanuna girmese bile öğreti ve içtihatla geniş uygulama alanı bulmuştur⁷⁵.

17. yüzyıldan itibaren *clausula rebus sic stantibus* teorisine özellikle *Grotius* tarafından karşı çıkılmıştır⁷⁶. Bu yüzyılda, ilkenin çok geniş ve kısıtlama olmadan uygulanmasının hukuk güvenliğini sarsıcı etkileri ilk kez ortaya çıkmış, ilkenin sınırlanması ve daha belirgin koşullara bağlanması yolları araştırılmıştır⁷⁷. 19. yüzyıla gelindiğinde *clausula rebus sic stantibus*’nin sözleşme düzeninin

⁷¹ Zimmermann, s. 581; karşı. yuk. B. I/I/B.

⁷² Serbesco, N.6; Zimmermann, s. 581: O dönemde, *Clausula* teorisinin özel hukuk dışında özellikle devletler genel hukukuna önemli etkisi olmuştur. Devletler genel hukukunda yoğun ilgi gören bu teorinin etkisi günümüze kadar devam etmektedir. Bkz. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 62- *Şartların Esaslı Şekilde Değişmesi- 1. Bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan şartlarda meydana gelen taraflarca öngörülmeyen esaslı bir değişikliğe, aşağıdaki şartlar yerine gelmedikçe, andlaşmayı sona erdirme veya andlaşmadan çekilme için bir gerekçe olarak başvurulamaz: a- bu şartların mevcudiyeti, tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmedikçe; ve b- değişiklik andlaşmaya göre hala icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirme etkisini haiz olmadıkça.* (Madde metninin çevirisi için bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk-Temel Belgeler-Örnek Kararlar*, 5.b., Beta, İstanbul, 2003, s. 200).

⁷³ Emmerich, § 27, N.5/6.

⁷⁴ Bu hükümler ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Reiter, Christian, **Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, s. 10 vd.

⁷⁵ Terranova, s.11. Serbesco, N. 9; Osti, s. 46.

⁷⁶ Yves Picod, “Contrats et Obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions”, **J.-Cl. Code civil, Art. 1134 et 1135**, (à jour au 15.09.1999), [kıs. J-Cl Code civil], Editions du Juris-Classeur, Paris, N. 33; Serbesco, N.7.

⁷⁷ Köbler, s. 31.

durağanlığını tehdit ettiği görüşü ağır basmış, bu teorinin yeterince belirgin ve sınırlarının iyi çizilmemiş olduğu belirtilmiş, kötü niyetli borçlulara sözleşmelerini ifa etmemeleri için bahane oluşturacağını altı çizilmiştir⁷⁸. Bu dönemde, özellikle Fransız hukukunda bu düşüşün etkisi hissedilmiş, dönemin *Cujas, Doneau, Domat, Pothier* gibi önemli hukukçuları teoriyi hiç anmamışlardır⁷⁹. Bu hukukçular doğal hukuk ekolünden oldukça etkilenmiş, irade özerkliği ilkesine ve sözleşmenin mutabakatçı (*consensualiste*) bakış açısına sonuna kadar bağlı kalmışlardır⁸⁰. Sözleşmeye tanınan kanun gücü bu dönemin en önemli ilkelerinden biridir. 1804 tarihli *Code Napoléon* bu nedenle *clausula* teorisinde iz taşımaz⁸¹. *Pacta sunt servanda* ilkesinin ifadesini bulduğu en ünlü madde, Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesinin ilk fıkrasıdır. Bu hükme göre: “*Hukuka uygun olarak kurulmuş olan anlaşmalar, tarafları arasında kanun hükmündedir*”. Taraflar arasında kurulmuş sözleşmelere kanun gücü (*contrat-loi*) tanıyan bu hükmün etkisi Fransız hukuku ile sınırlı kalmamıştır. *Code Napoléon*’u takip eden birçok ülke Medeni Kanununda da bu hükmün benzerleri yer almıştır⁸².

Clausula teorisi, sözleşmenin değişen koşullar karşısındaki durumuna çözümü yine sözleşmenin kendi içinde arar⁸³. Bu teoriye göre, taraflar sözleşmeyi kurarlarken bir zımni şarta dayanırlar. Bu şart, sözleşmenin kurulduğu zamandaki durumların değişmemesi şartıdır⁸⁴. Sözleşmenin kurulmasından sonra şartlarda değişiklik olursa, taraflar bu şarta dayanarak sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayabilirler.

⁷⁸ Stoffel-Munck, N. 10; Serbesco, N.6; Zimmermann, s. 581.

⁷⁹ Voirin, s. 46-48; Serbesco, N. 8.

⁸⁰ Ghestin, *Archives de philosophie du droit*, 1981, s. 37; Bu hukukçuların etkisi sadece Fransa ile sınırlı kalmamış, diğer Latin devletleri de *pacta sunt servanda* ilkesine bu katı bağlılıkta ısrar etmiştir. Bunun en önemli örneği 1865 tarihli İtalyan Medeni Kanunu’dur, Terranova, s. 11.

⁸¹ Stoffel-Munck, N. 10. Theodor Bühler, “Die clausula rebus sic stantibus als Mittel der Zukunftsbewältigung”, *Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger*, Ed. Walter J. Habscheid vd., Stämpfli, Bern, 1989, s. 35-54 (s.36).

⁸² İtalyan MK m. 1372: “*Sözleşme taraflar arasında kanun hükmündedir*”, (İtalyan Medeni Kanunu’nun bu hükmü ile ilgili bkz. Francesco Galgano, “La Forza di Legge del Contratto”, *Scritti in onore di Rodolfo Sacco : la comparazione giuridica alle soglie del 3. millennio*, Ed. Paolo Cendon, t. II, Giuffrè ed., Milano, 1994, s. 507-527); İspanyol MK. m. 1091: “*Sözleşmeden doğan borçlar, sözleşmenin tarafları arasında kanun hükmündedir ve onlara aynı şekilde uyulması gerekir*”; Belçika MK m. 1134: “*Hukuka uygun olarak kurulmuş olan anlaşmalar, tarafları arasında kanun hükmündedir*”.

⁸³ Besson, s. 61.

⁸⁴ Hasan Erman, *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)*, [kıs. Beklenilmeyen Haller], Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 33; Rieg, N. 526; Besson, s. 61.

Bu teori birçok yönden eleştirilebilir. Sözleşmenin koşulların değişmeyeceğine ilişkin zımni bir şart içermesi görüşü, çok muğlaktır; hangi durum değişikliklerinin bu zımni şartın gerçekleşmesinde rol oynadığının belirlenmesi oldukça zordur. Tarafların önceden göremedikleri bir şey üzerinde ortak iradelerinin varlığını kabul etmek mümkün değildir, böyle bir iradeden bahsedebilmek için “tarafların öngörülemezini öngördükleri”nin kabulü gerekir. Bu noktada da teorinin varlık amacını kaybettiği haklı olarak öğretilerde de vurgulanmıştır⁸⁵.

Günümüzde bu teori, bu şekliyle artık savunulmamaktadır, ancak teorisinin terimsel etkisi yine de devam etmekte ve sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması birçok ülke hukukunda *clausula rebus sic stantibus* ismi altında incelenmektedir. Ancak günümüzde her ne kadar aynı isimle anılsa da bu teoriler kapsam bakımından oldukça farklıdır. *Clausula rebus sic stantibus* ifadesini kullanmayı tercih eden yazarlar, hukuki temel olarak zımni bir hükmün varlığına değil, başka çeşitli teorilere dayanmaktadırlar⁸⁶. Türk hukukunda da, bazı yazarlar bu farklılığın altını çizmek için, *clausula rebus sic stantibus*’u dar anlamda ve geniş anlamda olarak iki türlü kullandıklarını belirtirler⁸⁷. Geniş anlamıyla kullanıldığında, bu kavram tüm beklenilmeyen halleri içermektedir; dar anlamda ise, beklenilmeyen hal teorilerinden biri olan “örtülü şart” teorisini ifade eder⁸⁸.

Her ne kadar değişen koşulların sözleşmeyi etkileyebileceği düşüncesi tarihsel olarak bu teori ile ortaya çıkmışsa da, teorisinin temelinde, sözleşmenin zımni bir şartı olarak koşulların değişmeyeceği ön kabulü yer almaktadır. Günümüzde bu görüş artık geçerliliğini yitirmiştir ve gerçekçi bulunmamaktadır⁸⁹. Böyle bir ön kabulden artık yola çıkılmadığından ve yeni teoriler bambaşka bir yapıya sahip olduğundan dolayı, eski terime bağlı kalınması karışıklığa yol açacak niteliktedir ve bu nedenle farklı kapsamda da olsa kullanımı doğru değildir⁹⁰.

⁸⁵ Besson, s.62.

⁸⁶ Örneğin, *clausula* ifadesinin sıklıkla kullanıldığı İsviçre hukukunda baskın görüş, sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelini, sözleşmede değişen koşullara ilişkin bir boşluk (uyarlama boşluğu) bulunması ile açıklar. Bkz. aş. B. II/F/2/b.

⁸⁷ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 33; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117)**, [kis. İmkansızlık], Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 29; Arat, s. 53/54.

⁸⁸ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 33.

⁸⁹ YHGK 07.5.2003 E. 2003/13-332, K. 2003/340; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁹⁰ Pichonnaz, N. 1378; *Tunçomağ* da, bu terimin kullanılmasını isabetli bulmamakta ancak buna tamamen farklı bir gerekçe ile karşı çıkmaktadır. Yazara göre, *clausula* terimi Borçlar Hukukuna

C. ALMAN HUKUKU: İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ TEORİSİ

1. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisinin Tarihsel Gelişimi

Türk Hukukunda son yıllarda “işlem temelinin çökmesi” terimi ile öğreti ve içtihatla sıklıkla karşılaşılmaktadır⁹¹. İşlem temelinin çökmesi teorisi Alman hukukunda geliştirilmiş bir teoridir⁹². Alman Borçlar Hukuku reformu ile yasal bir düzenlemeye (§ 313 BGB) kavuşan işlem temelinin çökmesi teorisinin gelişimi ve bu teoriye ilişkin zengin tartışmalar, Türk hukuku açısından da sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeline ışık tutacak niteliktedir.

Alman hukukunda işlem temeli ve işlem temelinin çökmesi kavramları ilk olarak *Oertmann* tarafından yirminci yüzyılın başında kullanılmıştır⁹³. Ancak bu teorinin temelleri 1900 tarihli BGB'nin yürürlüğe girmesinden önceye kadar uzanır. Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi farklı isimler altında da olsa neredeyse 150 yıldır tartışma konusudur⁹⁴.

Oertmann'ın işlem temeli teorisinin doğmasına en büyük katkıyı, kuşkusuz büyük tartışmaları beraberinde getiren ve Almanya'da hemen hemen hiç kabul görmemiş *Windscheid*'in Gerek (*Voraussetzung*) teorisi sağlamıştır⁹⁵. Bu teorinin ortaya çıktığı 19. yüzyılda, Alman Hukukunda Pandekt ekolünün etkisi yoğun olarak hissedilir⁹⁶. Bu ekolden esinlenen *Windscheid* ilk olarak 1847'de Gerek teorisini öne sürmüştür⁹⁷. Bu teoriyle, *Windscheid*'in işlem temelinin çökmesi teorisine katkısı

yabancı bir terimdir ve bu terimin asıl ortaya çıktığı ve uygulandığı alan Devletler Özel Hukukudur. Tunçomağ, **İÜHF** 1967, s. 887.

⁹¹ Serozan, **İfa**, § 20 N. 1 vd.; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/ Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1005/1006. Son yıllarda içtihatlarda da kullanılan bu ifadenin her zaman Alman hukukundaki kapsamında anlaşılmağına dikkat çekmek gerekir, Akyol, s. 89.

⁹² Hans Wieling, “Entwicklung und Dogmatik der Lehre von der Geschäftsgrundlage”, **JURA** 1985, s. 505-511, (s. 507); Alman hukukunda teorinin içtihatları tarihsel gelişimi için bkz. ayrıca, Kenan Tunçomağ, “Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı”, **MHAD** 1967, s. 87-108.

⁹³ Paul Oertmann, **Geschäftsgrundlage-Ein neuer Rechtsbegriff**, Deichert, Leipzig, 1921.

⁹⁴ Medicus, Dieter; **Bürgerliches Recht**, 20. b., Heymann, Köln vd., 2004, N. 151.

⁹⁵ Oertmann, s. 1.

⁹⁶ Reiter, s.11 vd.; Denis -M. Philippe, **Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle**, Bruylant, Bruxelles, 1986, s. 218.

⁹⁷ Bernhard Windscheid, **Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung**, Buddeus, Düsseldorf, 1850; Bernhard Windscheid / Theodor Kipp, **Lehrbuch des Pandektenrecht I**, 9. bası, Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906, § §97-100; Bernhard Windscheid, “Die Voraussetzung”, **AcP** 1892, s. 161-202. Almanya'da kabul görmeyen bu teorinin İtalya'daki ilginç gelişimi için bkz. Philippe, s. 439 vd. Türk Hukukunda *Voraussetzung* ifadesi çeşitli şekillerde çevrilmiştir. Bizim de tercih ettiğimiz *gerek* ifadesi kavramı daha iyi karşılamaktadır, Serozan, **İfa**, § 20 N.1. Bununla

günümüzde tartışmasız kabul edilmektedir⁹⁸. *Windscheid*'ın gerek tanımı şu şekildedir⁹⁹: “*İrade açıklamasında bulunan kişi, bu iradenin hukuki sonuçlarını istemiş, hatta kayıtsız şartsız istemiş olsa dahi, bunu yaparken aynı zamanda bazı öngörü ve beklentilerin gerçekleşmemesi halinde bu hukuki sonuçları istemeyeceğini de ifade etmiştir, bu şekilde de iradesine içeriğe ilişkin bir çekince koymuş olur; bu çekince, beklenti ve öngörülerinde hatalı çıkması durumunda bu irade açıklamasının kendisi açısından bağlayıcılığını kaybedeceği yönündedir.*”

Windscheid'a göre “Gerek” iradenin kısıtlanmasını teşkil eder, gerek “geliştirilmemiş bir şart”tır (*unentwickelte Bedingung*)¹⁰⁰. Bir kimse irade açıklamasını şarta bağlar ise, bu şartın bağlı olduğu durumu, koşulu kesin kılmamış olur. “Gerek” söz konusu olduğunda ise “iradeyi” belirleyen durumlar, irade açıklamasında bulunan kişi için önceden verilmiş bir durum, bir “veri” olarak benimsenmiştir; öyle ki, bu kişi irade açıklamasını açıkça buna tabi kılmayı gerek görmemiştir¹⁰¹. Gerek, saik kavramından da farklıdır, saik irade açıklamasının ne için, hangi neden için yapıldığına ilişkindir, “gerek” ise onsuz yapılamayacak olan ögedir¹⁰². Gerek bu anlamda saik ile şart arasında yer almaktadır¹⁰³. Bununla birlikte, *Windscheid* da, saik hatası ile gerek arasındaki yakınlığı vurgulamıştır. Saik hatasında geçmiş ve bugünü şekillendiren maddi koşullar hakkında bir hata söz konusu iken, gerek kavramı geleceği ilgilendiren maddi koşulları da kapsar¹⁰⁴. Günümüzde de, sözleşmelerin uyarlanması ile temel hatası düzenlemeleri arasındaki bu zamansal farklılık vurgulanmakta ve Almanya başta olmak üzere, temel hatası

birlikte bu terim *önolgu* olarak da Türkçe’de kullanılmaktadır, Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 4.b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 877.

⁹⁸ Emmerich, § 27, N. 13; Abas, s. 3; *Windscheid*'ın kendisi de bunu şu şekilde belirtmiştir: “Çok kesin kanaatim odur ki, zımni olarak açıklanan gerek (*Voraussetzung*), buna ne kadar karşı çıkılırsa çıkılırsa, kendini sürekli olarak yeniden gündeme getirecektir. Kapıdan kovulsa, pencereden geri gelecektir. (*Zur Türe hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein*)”, *Windscheid, AcP 78 (1892)*, s. 197.

⁹⁹ *Windscheid, AcP 1892*, s.180/181.

¹⁰⁰ *Windscheid /Kipp*, s.507.

¹⁰¹ *Windscheid, AcP 1892*, s. 163.

¹⁰² *Windscheid, AcP 1892*, s. 195; Türk Hukukunda, gerek ve şart kavramları arasındaki fark için bkz. Oğuzman/Öz, s. 877; Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, BTHAE, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1995, s. 92 vd.

¹⁰³ *Wieling*, s. 506.

¹⁰⁴ *Windscheid, AcP 1892*, s. 195.

düzenlemeleri ile sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliklere uyarlanması arasında sonuçlar bakımından bir birliğe gidilmektedir¹⁰⁵.

Bu teori Almanya’da işlem temelinin çökmesi teorisinin gelişmesinin ilk ayağı sayılmaktadır. *Windscheid*, hukuki alanda borç altına giren kişinin iradesindeki gelişimi incelemiş ve bu kararı alırken hangi “veri”leri temel aldığına, bu kararın temelini ve arka planını oluşturan durumlara da önem vermiştir. Borcun bağlayıcılığının, onu destekleyen “veri”lerin gerçekleşmemesi durumunda ortadan kalktığını söylemiştir. Öğretide, *Windscheid*’ın en önemli katkısının “irade açıklamasının” arka planını incelemesi olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁶. *Windscheid*, irade açıklamasında bulunan kişinin iradesini yorumlayarak gerek kavramına varmaktadır. Bu teoriye göre, irade beyanında bulunanın kararını almasını etkileyenler dışındaki hiçbir durum değişikliği, sözleşme üzerinde etki doğurmaz. *Windscheid*, *clausula rebus sic stantibus* teorisini ise reddeder; ona göre sözleşme tarafları sözleşmeyi, üstlendikleri yükümlülüğün, içeriğinin değişmeyeceği koşuluna bağlı olarak kabul ettikleri iddiasında hiçbir zaman bulunamazlar¹⁰⁷.

Windscheid’i en çok eleştiren *Lenel* olmuştur¹⁰⁸. *Lenel*’e göre, gerek ile saik arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. *Lenel*’in görüşleri 1900 tarihli BGB’nin hazırlık çalışmalarını etkilemiş ve BGB hazırlayıcıları gerek teorisini kesin olarak reddetmişlerdir¹⁰⁹. Bunun yerine BGB’de özel hükümler aracılığıyla sorunu düzenlemeyi tercih etmişlerdir¹¹⁰.

BGB’nin hazırlayıcıları gerek ve “*clausula rebus sic stantibus*” öğretilerini reddetmelerinin gerekçelerini şu şekilde belirtmişlerdir¹¹¹: “*Bu teorinin kabulü, ticaret güvenliğini tehlikeye atmaktadır; ayrıca, ‘gerek’, kavramının ‘saik’*

¹⁰⁵ Bkz. aş. B. II/II/D.

¹⁰⁶ Philippe, s. 221/222.

¹⁰⁷ Windscheid, **AcP 1892**, s. 194.

¹⁰⁸ Otto Lenel, “Die Lehre der Voraussetzung”, **AcP 1888**, s. 213 vd.; RG de “*Voraussetzung*”u 13 Mayıs 1889 tarihli bir kararında sadece basit temel hatası olarak nitelendirmiş ve hukuki planda önemsiz bulmuştur (RG 13.05.1889, RGZ Bd. 24, s. 169). Bu karar bizzat *Windscheid* tarafından da yorumlanmıştır, Windscheid, **AcP 1892**, s. 188.

¹⁰⁹ **Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich**, Bd. I, Amtliche Ausgabe, 1896, s. 248-249; Emmerich, §27, N. 7; Philippe, s. 223/224.

¹¹⁰ Emmerich, § 27 N. 7; Gerhard Kegel, “Empfiehl es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht)”, **Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages**, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1953, s. 138 vd.

¹¹¹ **Protokolle zum Entwurf II des BGB**, Bd. II 1898, s. 690.

kavramından ayrılması da çok zordur. Bunun dışında bir sözleşmenin ifası için esas teşkil eden noktalar özel sözleşme ilişkileri tipleri açısından zaten dikkate alınmıştır ve dürüstlük kuralı ile örf adet hukuku da kanunda yer almaktadır.” Öğretide, gerekçeden yola çıkarak, yasakoyucunun, sonradan işlev ve amaç değişimi olduğu takdirde sözleşmenin uyarlanması fikrini reddetmediği, sadece bunun kanunlaşmasını reddettiğini haklı olarak belirtilmiştir¹¹².

BGB'nin yürürlüğe girmesinden sonra *Oertmann* 1921'de yeni bir kavram olarak işlem temeli terimini hukuk literatürüne sokan ünlü eserini yayınlamıştır¹¹³. Bu eser ile kavram, yargı ve öğretide, dönemin savaş ortamı ve ekonomik koşullarının da etkisi ile büyük bir yankı bulmuştur. Bugün bile bu eserde yer alan kavramlarla ilgili tartışmalar devam etmektedir.

BGB hazırlayıcılarının sözleşmelerin uyarlanması konusundaki katı tutumu yargı kararlarını da etkilemiş ve Alman İmparatorluk Mahkemesi BGB'nin yürürlüğe girmesinden sonra bu konuda oldukça katı bir tutum izlemiştir¹¹⁴. Alman hukukunda işlem temelini çökmesi ile ilgili ilk karar ünlü “*Vigognespinnerei*” kararıdır¹¹⁵. Mahkemenin, katı tutumundan, *Oertmann*'ın yeni teorisinin etkisiyle ve bu teoriye de açıkça gönderme yaparak vazgeçmesinin nedeni, Birinci Dünya Savaşı'nın yarattığı yoğun ekonomik buhran dönemidir¹¹⁶.

2. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisinin Hukuki Temeline İlişkin Görüşler

Alman hukukunda, uyarlamanın hukuki temeli, teorilerin tarihsel gelişimine paralel olarak değişmiştir. *Clausula* teorisinin etkisiyle uyarlamanın sözleşmelerin yorumu suretiyle yapılacağı düşüncesi, Alman hukukunda da etkili olmuştur¹¹⁷. Daha

¹¹² Philippe, s. 224.

¹¹³ Oertmann, s. 25 vd.

¹¹⁴ Emmerich, §27, N. 9; RGZ 50, 255 (257); RGZ 99, 258 (260 vd.).

¹¹⁵ RGZ 103, s.328 vd. (s. 331), işlem temelini çökmesi teorisinin ilk uygulandığı karar olan bu kararın başında *clausula rebus sic stantibus* ifadesi de yer almıştır; bu karardan önce bir kararda daha *clausula* öğretisi uygulanmış, dürüstlük kuralı bağlamında uyarlama kabul edilmiştir, RGZ 100, s. 129 vd. (s. 130); Eidenmüller, **Jura 12/2001**, s. 825; Hannes Rösler, “Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage I”, **JuS 12/2004**, s. 1058-1062, (s. 1058); Christian Hirsch, **Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 94.

¹¹⁶ Emmerich, §27, N. 12.

¹¹⁷ Heinrich Titz, **Richtermacht und Vertragsinhalt**, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1921, s. 12 vd.

sonra ise, baskın görüş, işlem temelinin çökmesi teorisinin hukuki temeli olarak dürüstlük kuralını (*Treu und Glauben*) kabul etmiştir¹¹⁸.

Alman hukukunda işlem temelinin çökmesini risk paylaşımı sorunu çerçevesinde çözen bir takım yazarlar ise, sözleşmede risk paylaşımına ilişkin bir boşluktan bahsederler¹¹⁹. Köhler de risk paylaşımı sorunu olarak gördüğü işlem temelinin çökmesini, risk dağılımının nasıl yapılacağına ilişkin bir tamamlayıcı yorum sorunu olarak değerlendirmektedir¹²⁰. İşlem temelinin çökmesini sözleşmede yer alan bir boşluğun tamamlayıcı yorum yoluyla doldurulması olduğunu savunan görüş, Alman hukukunda da taraftar bulmuştur; ancak baskın görüş, işlem temelinin çökmesinin tamamlayıcı yorum da olsa bir yorum sorunu olmadığı yönünde gelişmiştir. Yorum ile ilgili § 157 BGB kuralının işlem temelinin çökmesi ile ilgili § 313 BGB kuralından önce uygulanacağı, baskın görüş tarafından kabul edilmektedir¹²¹. Alman hukukunda § 313 BGB ile yorumla ilgili madde olan § 157 BGB arasındaki ilişki incelenirken, yorum yoluyla işlemin içeriğine dahil olmayan bir hususun bulunamayacağını, işlem temelinin de sözleşmenin içeriğine dahil olmaması dolayısıyla, taraf iradelerinin yorumu yoluyla ulaşılabilecek bir unsur olmadığı altı çizilmiştir¹²². Sözleşme boşluğu görüşünün özellikle amaç bakımından yeterli çözümü sağlamadığı da ifade edilmiştir. Tarafların durum değişikliklerini bilselerdi sözleşmeyi asla kurmayacakları anlaşıldığında sözleşmenin tamamlanması görüşü soruna çözüm bulmakta yetersiz kalmaktadır¹²³.

¹¹⁸ Karl Larenz, **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung** [Kıs. GG], Verlag C.H. Beck, München – Berlin, 1963, s. 156.

¹¹⁹ Fritz Nicklisch, “Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre- ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung?”, **BB 1980**, s. 949-953.

¹²⁰ Helmut Köhler, “Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung”, **50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, B.I**, Ed. Claus-Wilhelm Canaris vd., Beck, München, 2000, s. 295-327, (s. 304 vd. ve s. 326).

¹²¹ Emmerich, § 27 N. 28; Otto Palandt, **Bürgerliches Gesetzbuch**, [kıs. Palandt⁶³/İşleyen], 63. b., Beck, München, 2004, N. 23; Wolfgang Fikentscher, **Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos**, C.H. Beck, Münih, 1971, s. 34, 41; Horst Eidenmüller, “Der Spinnerei Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage” **JURA 12/2001** s. 824-832, (s. 826); Köhler, **FG Wissenschaft**, s. 304; k.g., Nicklisch, **BB 1980**, 949 vd.; Walter Erman, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, §§ 1 - 811, UKlaG**. [Kıs. ErmanBGB/İşleyen], Ed. Harm Peter Westermann vd., 11.b., Aschendorff-Rechtsverlag, Münster Köln, 2004, § 313 N. 33; Bayreuther, s. 24/25, s. 41; BGHZ 81, s.135 vd., (s.143); BGHZ 90, s. 69 vd., (s.74); BGHZ 121, s. 378 vd. (s.392).

¹²² Jauernig Othmar, **Bürgerliches Gesetzbuch**, [kıs. Jauernig/İşleyen], 12. b., Beck, München, 2007, § 313 BGB N. 8; Reiter, s. 157; Oertmann, s. 130.

¹²³ Reiter, s. 160.

Alman hukukunda baskın görüşe göre, işlem temelinin çökmesi teorisinin hukuki temelini dürüstlük kuralı oluşturur¹²⁴. Nitekim § 313 BGB yürürlüğe girmeden önce, işlem temelinin çökmesi teorisi § 242 BGB’de düzenlenen dürüstlük kuralı çatısı altında geliştirilmiş bir teoridir¹²⁵. Bir kanun hükmü ile düzenlenmiş olmasına rağmen işlem temelinin çökmesi teorisi bugün de dürüstlük kuralına dayanan bir teoridir¹²⁶.

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar sözleşme taraflarından biri için ifayı, ondan beklenemez hale sokuyorsa, özgür irade ile kurulmuş bu sözleşme ilişkisine düzeltici bir müdahale yapılmasının dayanağı dürüstlük kuralıdır¹²⁷. Sözleşmenin yorumu yoluyla sözleşmenin içindeki gizli anlamı aramak yerine, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temelini nesnel hukuk düzeninin genel bir ilkesi olan dürüstlük kuralında aramak daha uygundur¹²⁸.

Larenz, tarafların iradelerinin yorumlanmasıyla ile dürüstlük kuralı temelinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını birlikte uygulamaktadır. Buna rağmen *Larenz*’in sözleşme boşluğu görüşüne taraftar olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira *Larenz* sözleşmenin tamamlanmasından değil, düzeltilmesinden bahseder. Yazar açıkça tamamlayıcı yorumdan bu noktada bahsedilemeyeceğinin altını çizmektedir, bir sözleşme boşluğu kabul edilse bile, artık bu tamamlayıcı değil olsa olsa düzeltici yorum aracılığı ile doldurulmalıdır (*korrigierende Vertragsauslegung*); tamamlayıcı yorumda sözleşmenin lafzı açıklığa kavuşturulmaktadır, burada ise sözleşmenin lafzı düzeltilirken açıklığa kavuşturulan sözleşmenin ruhudur¹²⁹. İşlem temelinin çökmesinin dikkate alınmasının temelinde *Larenz*’e göre dürüstlük kuralı yer alır; buna göre değerlendirmenin en büyük ölçüsü somut sözleşmenin kendisidir, zira sözleşme denkleştirici sözleşme adaleti düşüncesini kendi içerisinde barındırır;

¹²⁴ Otto Palandt, **Bürgerliches Gesetzbuch**, [kıs. Palandt⁶⁶/*İşleyen*], 66. b., Beck, München, 2007, § 313 BGB N. 1; **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Band 2a, §§ 241 – 432**, [Kıs. **MünchKommBGB/İşleyen**], Ed. Wolfgang Krüger, Hrsg. Kurt Rebmann vd., 4.b., Beck, München, § 313 N. 1.

¹²⁵ **ErmanBGB/Hohloch**, § 313 N. 2.

¹²⁶ Hannes Rösler, “Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform”, **ZGS 2003**, s. 383-391, (s.385); **BT-Drucks 14/6040**, s. 174/175.

¹²⁷ **MünchKommBGB/Roth**, (2001) § 242, N. 589.

¹²⁸ *Larenz*, **GG**, s. 156/157.

¹²⁹ *Larenz*, **GG**, s. 166.

hukuksal sonuçların ortaya çıkartılması sözleşmenin düzeltici yorumu yoluyla yapılmalıdır¹³⁰.

3. Alman Borçlar Hukuku Reformunda İşlem Temelinin Çökmesi

Windscheid'ın teorisine getirilen eleştirilere verdiği cevabın haklılığı zaman içerisinde ortaya çıkmış ve işlem temelinin çökmesi “*kapıdan kovulup pencereden girmiştir*”¹³¹. Yasakoyucu, Almanya’daki son köklü Borçlar Hukuku reformunda, işlem temelinin çökmesi kurumunu yasalaştırmış ve yıllardır yerleşen içtihadı kanunlaştırmıştır¹³². Bu kanunlaştırma hareketi ile birlikte tartışmalar yeni bir boyut kazanmıştır.

Alman Hukukunda gerçekleştirilen köklü Borçlar Hukuku reformu ile (2001 tarihli *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) § 242 BGB altında doğmuş ve gelişmiş işlem temelinin çökmesi (*Störung der Geschäftsgrundlage*) teorisi, § 313 BGB ile genel bir hükümlerle de düzenlenmiştir¹³³. Bu maddenin BGB’de yer almasını olumlu karşılayanlar çoğunluktadır. Ancak maddenin işlem temelinin çökmesi öğretisinden farklı ve daha geniş olduğunu, bu kuralın muğlak formülünün sözleşme güvenliği ilkesini zedeleyebileceğini ve değerlendirme zorluklarına yol açabileceğini, sözleşme güvenliğini böylelikle tehlikeye attığını savunanlar da vardır¹³⁴.

Her ne kadar işlem temelinin çökmesi ile ilgili § 313 BGB yeni bir madde olsa da, gerekçede de açıkça belirtildiği gibi eski döneme ait içtihatlar ve özellikle teorik

¹³⁰ Larenz, **GG**, s. 184.

¹³¹ Windscheid, **AcP** 1892, s.197.

¹³² **BT-Drucks 14/6040**, s. 174/175; **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 1; Stephan Lorenz / Thomas Riehm, **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**, Beck, München, 2002, N. 387; Rösler, **ZGS** 2003, s.385.

¹³³ Emmerich, § 27 N. 1 vd.; Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeines Schuldrecht**, 30. b., Beck, München, 2004, § 27 N. 3. Reform ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Claus-Wilhelm Canaris, “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, **JZ** 10/2001, s. 499-524; Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku-Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler”, **İÜHF** 2000, Sayı: 1-2, s. 231-248.

¹³⁴ Barbara Dauner-Lieb / Thomas Heidel / Manfred Lepa / Gerhard Ring, **Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis**, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2002, § 3 N. 51; Barbara Dauner-Lieb, “Kodifikation von Richterrecht”, **Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz**, Ed. Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s. 305-331, (s. 321 vd.); Eduard Picker, “Schuldrechtsreform und Privatautonomie”, **JZ** 2003, s. 1035-1048, (s. 1045 vd.); BGB reformunun getirdiği imkansızlık sisteminin bu bağlamda eleştirisi için bkz. Bernd Nauen, **Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis-zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission**, Duncker und Humblot, Berlin, 2001, s. 264/265, s. 285 vd.

temelinin dürüstlük kuralı olması yeni düzenleme açısından da geçerlidir¹³⁵. Özellikle, daha önce § 242 BGB altında aranan işlem temelinin çökmesine ilişkin şartlar § 313 BGB çerçevesinde de aranacaktır; Alman hukukunda baskın görüş bu yöndedir¹³⁶. Ancak § 313 BGB'nin bazı noktalarda farklılık taşıdığı da belirtilmiştir¹³⁷. Yeri geldiğinde çalışmamızın kapsamı ölçüsünde bu farklara da değinilecektir.

Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisinin yasalaşması ilk kez, nasyonal sosyalizm zamanındaki *Volksgesetzbuch*'ta yoğun olarak tartışılmıştır, ancak bu çalışmanın § 313 BGB'ye hiç etkisi olmamış, borçlar hukuku reformunu hazırlayan 1984 tarihli komisyon, 1933'den 1945 tarihine kadarki çalışmaların dikkate alınmayacağını açıkça belirtmiştir¹³⁸.

§ 313 BGB hükmünün metni şu şekildedir:

(1) Sözleşmenin temelini oluşturan hal ve şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra kökten bir şekilde değişmişse, öyle ki taraflar bu değişikliği önceden görselerdi, sözleşmeyi hiç kurmayacaklar veya başka içerikle kuracaklar idiyse ve bu sözleşmenin kurulduğu şekilde ifası artık taraflardan birinden, somut olayın tüm özelliklerine ve özellikle yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma geldiyse, işbu sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.

(2) Hal ve durum değişiklikleri haline, sözleşmenin temeli durumuna gelen, temel tasavvurların yanlış çıkması hali de dahildir.

(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.

Alman hukukunda işlem temelinin sarsılması iki hukuki olguyu kapsar. İşlem temelinin ortadan kalkması ve işlem temelinin eksikliği. § 313 BGB, hem işlem temelinin baştan eksikliğini (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*), hem de sonradan

¹³⁵ **BT-Drucks 14/6040**, s. 176; Emmerich, § 27 N. 4.

¹³⁶ Brox / Walker, § 27 N. 3; **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 1 vd.; Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 1; Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 1; **ErmanBGB/Hohloch**, 313 N. 1 vd.; Hirsch, 94 .

¹³⁷ Medicus, **Bürgerliches Recht**, N. 151; **ErmanBGB/Hohloch**, § 313 N. 1; Helmut Heinrichs, "Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage- Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB", **Festschrift für Andreas Heldrich**, Ed. Stephan Lorenz vd., Beck, München, 2005, s. 183-197, (s. 183 vd); Hirsch, s. 93 vd.

¹³⁸ Heinrichs, **FS Heldrich**, s. 186; Julius von Staudinger; **Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2** [Kıs. **Staudinger/İşleyen**], 13.b., Schweitzer, Berlin, 1995, § 242 BGB N. 956.

çökmesini düzenlemiştir (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)¹³⁹. Türk hukukunda bizim işlem temelini çökmesi olarak nitelendirdiğimiz kavram, bunlardan sadece ilkinde karşılık gelir. İkinci halin İsviçre-Türk hukukundaki karşılığı ise BK 24/I b.4’de düzenlenen temel hatasıdır¹⁴⁰. Bu iki hali de kapsamı için madde başlığı “İşlem temelini sarsılması” olarak çevrilebilecek “*Störung der Geschäftsgrundlage*” olarak tercih edilmiştir¹⁴¹. § 313 BGB’ye göre işlem temeli baştan eksik olabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra da düşebilir.

İşlem temelini çökmesi için § 313 BGB’de aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Koşullar sözleşmenin kurulmasından sonra değişikliğe uğramalıdır;
- Bu koşullar sözleşmenin içeriğine dahil olmamalıdır;
- Taraflar bu değişikliği önceden görebilselerdi, sözleşmeyi ya hiç kurmayacak ya da başka bir içerikte kuracak olmalıydılar;
- Özellikle sözleşmesel veya kanuni risk dağılımı dikkate alındığında, taraflardan biri için bu değişen koşullarda sözleşmeye katlanması kendisinden beklenemez olmalıdır.

Gerek işlem temelini baştan eksikliği, gerekse işlem temelini sonradan çökmesi hallerine bağlanan hukuki sonuçlar aynıdır: Uyarılma veya bu mümkün olmazsa sözleşmenin feshi ya da sözleşmeden dönme.

Alman hukukunda Borçlar Hukuku reformu ile getirilen § 275 BGB hükmü ile § 313 BGB hükmü arasındaki ilişki oldukça tartışmalıdır¹⁴². § 313 BGB’nin kapsamının anlaşılabilmesi için bu düzenlemeyi ve tartışmayı anmak gerekir.

¹³⁹ Emmerich, § 27 N. 20; Dieter Medicus, **Allgemeiner Teil des BGB-Ein Lehrbuch**, [Kıs. AT], 8.b., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, N. 861; **ErmanBGB/Hohloch**, § 313 N. 1; **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N.3; Hirsch, s. 95.

¹⁴⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, “İşlem temelini çökmüş sayılabilmesi için sosyal felaket olarak nitelenebilecek olağanüstü bir olayın gerçekleşmesi şart mıdır?” Prof. Dr. M. **Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Ed. Rona Serozan/İlhan Uluslan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 503-514, (s. 511); Bkz. aş. B. II/ II/D.

¹⁴¹ Emmerich, § 27, N. 20; Hirsch, s. 85; İşlem temelini baştan eksikliği ile sonradan çökmesinin aynı düzenlemede yer almasının yanlış olduğu, baştan eksiklikle ilgili düzenlemenin § 119 BGB’de yer alması görüşünde: Ulrich Huber, “Das geplante Recht der Leistungsstörungen”, **Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz**, Ed. Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s. 31-57, (s. 37).

¹⁴² § 275 BGB değişikliğinden önce de bu noktada Alman hukukunda bir tartışma yoktu. Edimin imkansızlığı söz konusu ise işlem temelini çökmesi sorununun hiç doğmadığı kabul ediliyordu. Emmerich, § 27 N. 39; ayrıca karş. **BT-Drucks 14/6040**, s. 176.

Tartışma işlem temelinin çökmesini düzenleyen § 313 BGB ile pratik ifa imkansızlığını düzenleyen § 275 II BGB ve kişisel ifa imkansızlığını düzenleyen § 275 III BGB arasındaki yarışma sorununa ilişkindir. Bu son iki halde, § 275 BGB'nin ilk fıkrasından farklı olarak, aynen işlem temelinin çöktüğü durumlarda olduğu gibi, ortaya çıkan engelin varlığına rağmen ifa teorik olarak mümkündür. Bu nedenle Alman Borçlar Hukuku Reformu'nun iki önemli ayağını oluşturan, imkansızlık düzenlemesi ve işlem temelinin çökmesi düzenlemeleri arasındaki yarışma sorunu Alman öğretisinde son yıllarda yoğun olarak tartışılmaktadır. Gerçekten de § 275 BGB ile getirilen yeni düzenlemenin uygulama alanı bazı hallerde, işlem temelinin çökmesi teorisi ile karıştırılabilecek niteliktedir¹⁴³. § 275 II BGB'ye göre:

Borçlunun ifa edeceği edim için yapacağı masraflar borç ilişkisinin içeriği ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında, alacaklının bu ifadan sağlayacağı yarara nazaran orantısız hale gelmişse, borçlu, edimin ifasından kaçınabilir. Borçludan beklenen, beklenmesi gereken çabaların değerlendirilmesinde, ifa engelinin ortaya çıkmasındaki sorumluluğu da dikkate alınır.

Bu halde ifa teorik olarak mümkündür; ancak alacaklının ifadan sağlayacağı çıkarla borçlunun ifayı gerçekleştirmek için harcayacağı çaba aşırı derecede oransızdır. Borçlunun bu ifa engelinde kusuru olup olmaması da dikkate alınır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasının uygulanması için ise, kişisel edimler söz konusu olduğunda, ortaya çıkan engel ile alacaklının çıkarı karşılaştırılmalı ve buna göre karar verilmelidir. Hasta çocuğunun başında kalmak için sahneye çıkmayan şarkıcı, askerliğini yapmazsa ülkesinde ölüm cezasına çarptırılacak yabancı işçinin durumları buna örnek olarak verilebilir¹⁴⁴.

Öğretide pratik imkansızlığın ekonomik imkansızlıktan ayrımının zor olması sorun yaratmıştır, zira ekonomik imkansızlık § 313'e dahilken, pratik imkansızlık § 275'e yani imkansızlık düzenlemesine tabi olacaktır¹⁴⁵. İki düzenleme arasındaki sonuç farkı da düşünülürse, sınırların belirlenmesinin önemi daha da iyi anlaşılır¹⁴⁶.

¹⁴³Picker, *JZ* 2003, s.1046; Rösler, *JuS* 12/2004, s. 1060.

¹⁴⁴ *BT-Drucks* 14/6040, s. 176.

¹⁴⁵ Palandt⁶³/*Heinrichs*, § 313 BGB N. 25, 39; Rösler, *JuS* 12/2004, s. 1060.

¹⁴⁶ *Lobinger* Alman Borçlar Hukuku reformundan sonra bile, imkansızlık görüşünde ısrar etmiş ve aşırı ifa güçlüğü halinde her durumda, § 313 BGB'nin değil § 275/II'nin düzeltici yoruma tabi tutularak uygulanması gerektiğini savunmuştur. Thomas Lobinger; *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, s. 268.

Serozan da, başka bir açıdan yaklaşarak, § 275 III BGB’de düzenlenen kişisel ifa imkansızlığının, normatif imkansızlık çerçevesinde değerlendirilmesinin sonuç bakımından eleştirilebilir olduğunu haklı olarak belirtmiştir. Bu düzenleme ile, kişisel ifa engellerinde işlem temelinin çökmesi bağlamında uyarılma şansı (örneğin ifa gününü değiştirme olasılığını) elden alınmış olmaktadır¹⁴⁷.

Hohloch ise kural olarak § 313 BGB’nin § 275 BGB karşısında ikincil olduğunu, ancak işlem temelinin çökmesi halleri bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiğini belirtir¹⁴⁸. Aşırı ifa güçlüğü biçiminde ortaya çıkan işlem temelinin çökmesi halinde, güçlük soyut bir temele dayanıyorsa bu güçlüğe imkansızlık düzenlemesi ile çözüm bulunacak; ekonomik temele dayanıyorsa yine bir ayrıma gidilecektir. İfa teknik olarak mümkün ama ekonomik bakımdan anlamsız sayılacak ise, burada ekonomik imkansızlığın varlığı kabul edilip § 275 uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁹; diğer hallerde işlem temelinin çökmesi söz konusu olacaktır.

Öğretide, borçlanılan edimin ifasında ortaya çıkan ekonomik güçlüklerin § 313 BGB çerçevesinde değerlendirileceğine, zira § 275 II BGB hükmünün, borçlunun kişisel menfaatlerini kapsam dışı tuttuğuna, sadece alacaklının ifaya ilişkin çıkarı ile borçlunun katlanacağı fedakarlıklar arasındaki orantısızlığı dikkate aldığına, bunun ötesinde bunların borçlu bakımından çekilmez hale gelip gelmediğiyle ilgilenmediğine de dikkat çekilmiştir¹⁵⁰.

Bu iki hükmün birbirine karşı önceliği olmadığı görüşü de öğretide savunulmaktadır¹⁵¹.

İşlem temelinin çökmesi teorisi Türk hukukunda da son yıllarda birçok yazar tarafından savunulmakta ve mahkeme kararlarında da bu teoriye açıkça gönderme yapmaktadırlar. Bu nedenle Türk hukuku bakımından da aydınlatıcı olacak § 313 BGB şartlar ve sonuçlar bakımından yeri geldiğinde ilerideki bölümlerde incelenecektir.

¹⁴⁷ Serozan, *İÜHF* 2000, s. 240.

¹⁴⁸ *ErmanBGB/Hohloch*, § 313 N. 35.

¹⁴⁹ Alman öğretisinde bu noktada § 275 BGB’nin değil § 313 BGB’nin uygulanacağını düşünen görüş baskın görüştür. *MünchKommBGB/Roth*, § 313 BGB N. 140; Canaris, *JZ* 2001, 499 (s.501); Zimmer, *NJW* 2002, s. 1, 3; Palandt⁶³/*Heinrichs*, § 313 BGB N. 39.

¹⁵⁰ Mehmet Serkan Ergüne, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları”, *İÜHF* 2004, C. LXII, sy: 1-2, s. 351-380, (s. 355).

¹⁵¹ Emmerich, § 3 N. 68; Nauen, s. 285.

Türk borçlar hukukunda da, sözleşmelerin uyarlanması konusunda yasal düzenleme yapma düşüncesi giderek geçerli olmaktadır (karş. BKT m. 137)¹⁵². Alman hukukundaki yukarıda anılan düzenleme sözleşmelerin uyarlanması konusundaki en kapsamlı düzenlemedir. Türk hukukunda da, Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanırken sözleşmelerin uyarlanması konusunda bu madde hükmünün dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır¹⁵³.

4. Alman Hukukunda İşlem Temeli Kavramı

Alman hukukunda da işlem temelinin çökmesi teorisinin en zayıf noktası işlem temeline verilecek anlamdır. Bu kavramın, üzerinde uzlaşmaya varılmış bir kavram olduğunu söylemek mümkün değildir. *Chiotellis* 56 adet işlem temeli tanımından ve teorisinden bahsetmektedir¹⁵⁴. Tüm bu görüşler arasında, *Windscheid* ve *Oertmann*'dan sonra işlem temelinin çökmesi öğretisine en büyük katkıyı kuşkusuz, nesnel ve öznel işlem temeli ayrımı ile *Larenz* yapmıştır. *Larenz*'e göre, “öznel işlem temeli, sözleşme taraflarını, sözleşmenin kurulması aşamasında yönlendiren, belirli ortak tasavvur veya beklentileridir; her bir tarafın bu tasavvur veya beklentiye değerlendirmelerine dahil etmiş olması ve bunun yanlış olduğunu bilmesi durumunda sözleşmeyi hiç kurmayacak veya aynı içerikle kurmayacak olması veya en azından sözleşmenin karşı tarafının mantıklı bir düşünce ile bunu ondan bekleyemeyecek olması gereklidir; koşulların gelecekte değişeceğinin basit bir şekilde beklenmemesi yeterli olmayacağı gibi yalnızca bir tarafın saiklerinin karşı tarafça bilinmesi ve buna karşı çıkılmamış olması da yeterli değildir”¹⁵⁵. Buna karşılık nesnel işlem temelinin anlaşılması gereken ise “varlığının veya devamının sözleşmenin -her iki tarafın amaçları bağlamında- mantıklı bir düzenleme olarak ayakta durabilmesi için nesnel anlamda zorunlu bulunan koşulların bütünüdür”¹⁵⁶.

¹⁵² Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 137. maddesinin gerekçesinde açıkça “işlem temelinin çökmesi” teorisinden bahsedilmektedir. Bununla birlikte, madde işlem temelinin çökmesi teorisine göre çok daha dar kapsamda kaleme alınmıştır.

¹⁵³ Yeşim Atamer; “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, **HPD Mayıs 2006**, sy. 6, s.8-37, (s.26).

¹⁵⁴ Aristide Chiotellis, **Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen**, Beck, München, 1981, s. 29.

¹⁵⁵ Larenz, **GG**, s. 184.

¹⁵⁶ Larenz, **GG**, s. 185.

İşlem temeli kavramının belirlenmesi, hangi durum değişikliklerinin uyarlama imkanını vereceğinin belirlenmesi açısından önemlidir. § 313 I BGB'ye göre, sözleşmenin sonradan değişen koşullara uyarlanabilmesi için, işlemin temelini oluşturan olgularda, hal ve şartlarda esaslı bir değişikliğin meydana gelmesi gerekir. Sözleşmenin kurulması sırasında var olan hal ve şartlarda köklü bir değişiklik sözleşmenin uyarlanmasını meşru kılabilir¹⁵⁷.

§ 313 BGB'de işlem temeli kavramı tanımlanmamakta sadece ilk fıkrada işlem temeli oluşturan “durumlardan, hal ve şartlardan”, ikinci fıkrada da işlem temeli oluşturan “temel tasavvurlar”dan bahsedilmektedir.

Alman hukukunda verilen tanıma göre, işlem temeli, sözleşme içeriğine dahil olmayan, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan, mevcut veya gelecekteki bazı hal ve şartlara ilişkin olarak öyle ortak veya karşı tarafça bilinebilir de itiraz edilmeyen tek taraflı tasavvurlardır ki, tarafların işlem iradeleri bu tasavvurlar üzerine inşa edilmiştir¹⁵⁸. Örneğin taç giyme törenini izleme amacı ile kiralanan, tören alanına bakan daire (*coronation cases*) için yapılan kira sözleşmesinde işlem temelinin oluşturan olay balkonun baktığı meydanadaki törendir; bu törenin gerçekleşecek olması sözleşmenin içeriğine dahil bir unsur olmadığı için imkansızlıktan bahsedilemeyecektir, bu olasılıkta sadece işlem temelinin çökmesi gündeme gelecektir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Palandt⁶³/Heinrichs, § 313 BGB N. 14.

¹⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman'a Armağan**, s. 506; Brox/Walker, § 27 N.5. Bu tanımın yer aldığı Alman İçtihatları: Alman İmparatorluk Mahkemesinin işlem temelinin çökmesi ile ilgili ilk kararı, “*Oertmann'ın İşlem Temelinde ifade edildiği şekliyle, sorun tarafların işlemin kurulduğu anda ortaya çıkan ve bazı önemli ilişkilerin devamına yönelik olan tasavvurları anlamında işlemin temelinin çöküp çökmediğidir*”, RGZ 103, s.328 vd. (s.332); tarafların Doğu Almanya'ya özgü ekonomik ve toplumsal koşulların devam etmesine yönelik tasavvurunun işlem temeli oluşturduğu yönünde, BGHZ 131, s.209 vd. (s. 214/215); “*Federal Almanya'nın eski sınırları içinde devam edeceği ve televizyon yayının Doğu Alman eyaletlerinde yayınlanmayacağına ilişkin tasavvur işlem temelinden sayılamaz*”, BGHZ 133, s. 281 vd., (s.293); Sokakların aydınlatılmasına ilişkin tekel hakkı sahibi bir kurum buna güvenerek sözleşmeler kurmuş ancak sonradan bu tekel hakkının sınırlandırılması ile bu sözleşmeler açısından işlem temelinin çökmesi kabul edilmiştir. Bu kararda işlem temeli sokakların aydınlatılmasına ilişkin tekel hakkının devamıdır, BGHZ 89, s. 226 vd., (s.231); Eski Doğu Almanya'dan kaynaklanan arazilerin hak sahiplerince kendi üzerlerine tescil hakkı ve buna bağlı olarak Alman hükümetine karşı verdikleri taahhüt çerçevesinde arazinin üçüncü bir kişiye satılması durumunda hükümete ödenmesi gereken bedelin hükümetin sonraki ile ortadan kaldırılması durumunda araziye satmak için gayrimenkul satış vaadinde bulunmuş olan kişinin satış bedelinin uyarlanmasına yönelik olan talebi kabul edilmiştir. Bu olayda işlem temeli hükümete karşı ödenmesi gereken bedelin sürekliliğine ilişkin tasavvurlardır, BGH NJW 2001, s.1204-1207 (s.1205).

¹⁵⁹ Brox/Walker, § 27 N.5.

Alman öğretisinde sözleşmenin temelini oluşturan durumların sözleşmenin içeriğine dahil olmaması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁰. İşlem temelini sözleşmenin içeriğine dahil olmaması gereği aynı zamanda, uyarlamının sözleşmedeki bir boşluğun doldurulması olmadığına da bir göstergesidir; zira sözleşmenin içeriğine dahil olmayan bir noktadan yola çıkarak sözleşmedeki boşluğun doldurulduğunu savunmak elbette ki mümkün olmayacaktır¹⁶¹. Yok eğer bu olgu sözleşmeye dahil ise o zaman § 313 BGB uygulama alanı bulmayacak, sözleşmenin içeriğine dahil olan bu olguya ya tamamlayıcı yorumla ulaşıp sorun çözülecektir ya da kanunun başka hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁶². Örneğin, bir film gösterimi için satılan biletler daha sonra filmin yasaklanması nedeniyle kullanılamaz hale gelirse, bu durumda film gösterimi sözleşme içeriğine dahil bir unsur olduğu için işlem temelini çökmesi gündeme gelmeyecek, sinema işletmecisinin örneğin imkansızlık düzenlemesinden faydalanması akla gelebilecektir¹⁶³. Sözleşmenin içeriğine dahil olmadığı için “farazi irade”ye ulaşılmaya çalışılmayacaktır. İşlem temelini çökmesi işte bu nedenle “nesnelleştirilmiş” bir teoridir.

İşlem temelini oluşturan olayların üç ögesi bulunmaktadır: Gerçek öge (*reales Element*), farazi öge (*hypothetisches Element*), normatif öge (*normatives Element*)¹⁶⁴. Gerçek öğeden anlaşılması gereken, taraflardan en azından birinin bu olayı varsayması veya tasavvur etmiş olması ve her iki tarafın da sözleşme ilişkisinin aynı kalacağından hareket etmiş olmasıdır. Farazi öge, bu olay olmasaydı tarafların sözleşmeyi ya hiç kurmayacak ya da bu şekilde kurmayacak olmasıdır. Normatif öge ise bunun dikkate alınacağına diğer tarafça haklı bir şekilde beklenebilir olmasıdır.

¹⁶⁰ BGB § 313’ün gerekçesinde de değişen hal ve şartların işlemin içeriğine dahil olmaması açıkça belirtilmiştir: **BT-Drucks 14/6040**, s. 174/175; Emmerich, § 27, N. 21. Brox/Walker, § 27 N.6; Fikentscher, s. 41; Hanns Prütting / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich; **BGB Kommentar**, [kıs. Prütting/İşleyen], Luchterhand, Neuwied, 2006, § 313 BGB N. 8; Karl Riesenhuber/ Ronny Domröse, “Der Tatbestand der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB-Dogmatik und Falllösungstechnik”, **JuS 2006**, s. 208-211 (s. 210).

¹⁶¹ Helmut Köhler, “Grundprobleme der Lehre der Geschäftsgrundlage”, **JA 1979**, s. 498-506, (s. 500).

¹⁶² Brox/Walker, § 27 N. 6; Prütting/*Medicus*, § 313 BGB N. 8; BGHZ 81, s.135 vd., (s.143); BGHZ 90, s. 69 vd., (s.74).

¹⁶³ Brox/Walker, § 27 N.6.

¹⁶⁴ *Medicus*, **Bürgerliches Recht**, N 165a; Riesenhuber/Domröse, s. 210; Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1058; Rösler, **ZGS 2003**, s. 383 vd. (s. 386)

Alman hukukunda, işlem temeline ilişkin çeşitli tanımlar verilmiş, çeşitli ayrımlar yapılmıştır¹⁶⁵. Bu tanımlardan, işlem temeline ilişkin en öne çıkanı kuşkusuz *Larenz*'in yukarıda da değindiğimiz nesnel ve öznel işlem temeli ayrımı olmuştur¹⁶⁶. Öğretide *Larenz*'in bu ayrımı baskın görüş tarafından kabul edilmektedir¹⁶⁷. *Larenz*'in ayrımına uygun olarak, ilk fıkranın nesnel işlem temelini, ikinci fıkranın ise öznel işlem temelini düzenlediği de belirtilmiştir¹⁶⁸. Madde gerekçesinde de § 313 BGB hükmünde nesnel ve öznel işlem temeli ayrımının kabul edildiği açıkça belirtilmiştir¹⁶⁹. § 313 BGB hükmünün ilk fıkrasının nesnel işlem temelini, ikinci fıkrasının ise öznel işlem temelini karşıladığı belirtilmiştir¹⁷⁰.

Stadler, ilk fıkranın, yani işlem temelinin düşmesinin hem nesnel hem de öznel işlem temeli için söz konusu olabileceğini; ikinci fıkra yani işlem temelinin baştan eksikliğinin için ise sadece öznel işlem temelinin söz konusu olduğunu görüşündedir¹⁷¹. Ancak § 313 BGB'nin yeni düzenlemesine rağmen bir kısım yazar bu ayrımı reddetmektedir¹⁷². *Medicus*'a göre nesnel ve öznel işlem temeli kavramları arasındaki sınırlar siliktir¹⁷³. *Emmerich* de, bu ayrıma ilişkin yorumu zorunlu bulmamaktadır. Zira § 313 I BGB'de de işlem temelini oluşturan durumların, § 313 II BGB'de belirtildiği ve arandığı gibi tarafların tasavvurlarına dahil olması, tarafların sözleşme iradesinin bu durumlara dayanması gerekir. Bu kabul edildiğinde de iki fıkra arasında görünüşteki farklılık önemli ölçüde ortadan kalkmaktadır. Tek fark şimdiye kadarki uygulama ile de paralel bir şekilde sözleşme temelinin sonradan çökmesi halinde nesnel unsurların oynadığı rol, sözleşme temelinin baştan eksik olması durumundakine göre doğası gereği daha büyük olmasıdır; zira ikinci durumda

¹⁶⁵ Chiotellis, s. 29 vd., (dn.109).

¹⁶⁶ Larenz, **GG**, s. 184/185; Bu ayrımın eleştirisi için bkz. Werner Flume, "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", **Hundert Jahre deutsches Rechtsleben – Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I**, [kıs. FS Juristentag], Ed. Ernst von Caemmerer / Ernst Friesenhahn / Richard Lange, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, s. 135-238, (s. 206/207).

¹⁶⁷ **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N.3; Jauernig/*Stadler*, § 313 BGB N. 14; Eidenmüller, **JURA 12/2001**, s.831; karş. *Emmerich*, § 27 N. 23/24

¹⁶⁸ **MünchKommBGB/Roth**, § 313; **BT-Drucks 14/6040**, s. 176. Jauernig/*Stadler*, § 313 BGB N. 14. Eidenmüller, **JURA 12/2001**, s.831; karş. *Emmerich*, § 27 N. 23/24

¹⁶⁹ **BT-Drucks 14/6040**, s. 176.

¹⁷⁰ Brox/Walker, § 27 N. 4; Lorenz/Riehm, N.390; Riesenhuber/Domröse, s. 210.

¹⁷¹ Jauernig/*Stadler*, § 313 BGB N. 14; Eidenmüller, **JURA 12/2001**, s.831.

¹⁷² *Medicus*, **AT**, N.860; *Medicus*, **Bürgerliches Recht**, N. 165; *Emmerich*, § 27 N. 23/24.

¹⁷³ *Medicus*, **Bürgerliches Recht**, N. 165.

hata öğretisine yakınlık göz ardı edilemeyecek boyuttadır. Nitekim yasakoyucu § 313 II BGB'nin ön koşulu olarak tarafların ortak saik hatasını aramaktadır¹⁷⁴.

İşlem temelinin çökmesi öğretisinde, *Kegel* iki tür olay grubunu birbirinden ayırarak işlem temeline ilişkin başka bir ayırım yaratmıştır, bu büyük ve küçük işlem temeli ayrımıdır (*Große und kleine Geschäftsgrundlage*)¹⁷⁵. Büyük işlem temeli sözleşmeyi etkileyen sosyal felaketleri (savaş, ekonomik kriz, deprem-sel felaketleri, kanun değişiklikleri gibi) kapsarken; küçük işlem temeli ise bunun dışında kalan diğer halleri kapsar¹⁷⁶. Büyük işlem temelinin etkisi çok sayıda sözleşmede kendisini gösterir¹⁷⁷. *Kegel*'e göre, sözleşme taraflarından her biri kural olarak sözleşmenin getirdiği riski, tehlikeleri üstlenir; ancak bazı genel tehlikeler vardır ki, hiç kimse, bunları tek başına bir başkasının üstlenmesini bekleyemez, bunlar çok kişiyi birden etkileyen, zorlu tehlikelerdir; ya doğal afetler şeklinde ya da devletin eylem ve işlemleri sonucunda büyük grupların etkilenmesi durumlarında ortaya çıkar, bu tür risklerin de taşınması hakkaniyete uymaz¹⁷⁸. Küçük işlem temeli denilen durumlar ise büyük işlem temelinden farklı olarak sözleşme taraflarının kudret alanı içinde yer alır. Bu durumlarda dahi kişilere yardım etmek mümkün olacaktır¹⁷⁹. Sonuç olarak hangi durumlara müdahale edileceği bir hukuk politikası tercihidir¹⁸⁰. Büyük işlem temelini oluşturan olayların, çok sayıda sözleşmeyi etkilemesi nedeniyle çoğu kez yasakoyucunun da dikkatini çekeceği ve bu konuda düzenleme yapabileceği de belirtilmiştir; buna rağmen düzenleme yapılmaya kadar uzun bir süre geçmekte ve çoğu zaman yasakoyucuyu bu düzenlemeyi yapmaya o konuda çıkmış olan mahkeme kararları sevk etmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁴ Emmerich, § 27 N. 23/24. *Rösler* de aynı görüştedir; yazar özellikle sonuçlarının BGB § 313 açısından aynı olmasının bu ayırma odaklanmayı gereksiz kıldığını, herhangi bir ayırım yapılacaksa bunun sözleşmenin kurulması anına göre yapılması gerektiğini belirtmiştir. Hannes Rösler, "Hardship in German Codified Private Law- In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", **ERPL** 2007, vol. 15, No:4, s.496/497. Bu görüşle İsviçre-Türk hukuku açısından paralellik kurarsak, temel hatası ve işlem temelinin çökmesi olgularını sonuçları açısından değerlendirmenin yerinde olduğu sonucuna ulaşırız.

¹⁷⁵ *Kegel*, 199 vd.

¹⁷⁶ *Kegel*, s. 200-202; Medicus, **Bürgerliches Recht**, N. 152; Abas, s. 284; Hirsch, s. 87.

¹⁷⁷ Medicus, **AT**, N. 859.

¹⁷⁸ *Kegel*, s. 200.

¹⁷⁹ *Kegel*, s. 201/202.

¹⁸⁰ *Kegel*, s. 202.

¹⁸¹ Medicus, **AT**, N. 859. § 53, N. 859.

Görüldüğü gibi, yasada yer almasına rağmen Alman hukukunda işlem temeli kavramına ilişkin tartışmalar noktalanmamıştır. Türk hukukunda işlem temeliniin çökmesi teorisinin kabulü halinde bu tartışmalara yaratacağı sakıncalar düşünülebilir; ancak Türk hukukunda “işlem temeli” kavramının kanunda yer aldığı unutulmamalıdır. İşlem temeliniin çökmesi teorisinin kabulü ile var olan “işlem temeli” kavramından faydalanmamak akla uygun olmayacaktır¹⁸².

D. FRANSIZ HUKUKU: EMPREVIZYON TEORİSİ

1. Emprevizyon Teorisinin Tarihsel Gelişimi ve Hukuki Temeli

Fransız hukukunda hakimin sözleşmeye müdahalesine, tarihsel nedenlerle her zaman kuşkuyla yaklaşmıştır. Halkın iradesini yansıtan yasakoyucu, hakime bu müdahale yetkisini açıkça tanımadıkça, sözleşmenin hakim tarafından değiştirilmesi mümkün olamaz; hakim “hakkaniyet bakanı” (*ministre d'équité*) gibi davranamaz¹⁸³. Bununla birlikte hukuktaki gelişmeler, Fransız hakimini ve yasakoyucusunu sözleşmelere müdahale konusunda belli bir esneklik göstermeye zorunlu kılmıştır. Bu müdahale genişlemesinde en çok tartışılan, sözleşmelerin değişen koşullar sonucu bozulan dengesini tekrar sağlama imkanının Fransız hukukuna uygun olup olmamasıdır¹⁸⁴. Fransız hukukunda bu sorun “emprevizyon teorisi” başlığı altında tartışılmaktadır.

Teorinin tarihsel gelişimi incelenmeden önce hemen belirtmelidir ki, Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de cassation*) özel hukuk uygulamasında bu teorinin uygulanmasına izin vermemektedir¹⁸⁵. İlginçtir, özel hukuk sözleşmelerinde kabul edilmeyen emprevizyon teorisi öğretide ve idare hukukunda büyük bir gelişme göstermiştir¹⁸⁶.

¹⁸² Bkz. aş. B. III/II/B/1.

¹⁸³ François Terré / Philippe Simler / Yves Lequette, **Droit Civil, Les obligations**, 9. b., Dalloz, Paris, 2005, N.311.

¹⁸⁴ Hakimin sözleşmeye müdahalesini genişlettiği diğer haller ve bu müdahalelerin hukuki temelleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Terré / Simler / Lequette, N. 311 vd. ve N. 465.

¹⁸⁵ Picod, **J-CI Code civil**, N. 32 vd.

¹⁸⁶ Bir diğer ilginç nokta ise, Fransız öğretisinde ve idare hukuku uygulamasında geliştirilmiş olup Fransız özel hukuk uygulamasında yer bulamayan bu teorinin aynı isimle, Fransız hukukunun etkisindeki diğer ülkelerdeki kanunlarda açıkça düzenlenmesidir. Karş. Portekiz MK m. 437, Cezayir MK m. 107, Mısır MK m. 147, Suriye MK m. 148, Arjantin MK 1198 (ayrıca bkz. Arjantin MK Tasarısı m. 1060), Brezilya MK m. 478.

Fransız MK m. 1134 hükmünde sözleşmeye bağlılık ilkesi çok güçlü bir şekilde ifade edilmiştir¹⁸⁷. Bu hükme göre:

Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir.

Bu anlaşmalardan ancak tarafların karşılıklı anlaşmaları durumunda veya kanunca müsaade edilen hallerde dönülebilir.

Anlaşmaların ifası dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmalıdır.

Bu hükmün katı yorumlanması sonucu, Fransız hukukunda sözleşmeye bağlılık ilkesinden taviz verilmemiştir. Hükmün, sözleşmeye bağlılık ilkesine getirilecek istisnalar söz konusu olduğunda, özellikle de emprevizyon teorisinin uygulanmasına karşı çıkılması konusunda, öne sürülmesinin, teorik gerekçelerinin yanında çok önemli bir tarihsel gerekçesi vardır. Bu hüküm, Fransız hukukunda eski rejimde yer alan parlamentoların davranışlarına tepki niteliğindedir (*Dieu nous garde de l'équité des parlements*), tarafların kanunu olarak nitelenen sözleşme hakime dayatılmalıdır, onun tek görevi, bu sözleşmenin uygulanmasını sağlamaktır¹⁸⁸. Fransız hukukunda sözleşmelerin uyarlanması konusundaki muhafazakâr tutum değerlendirilirken, bu tarihsel gerekçe mutlaka hesaba katılmalıdır.

Fransız özel hukukunda emprevizyon teorisi 1876'daki ünlü *Canal de Craponne* davası ile birlikte anılır¹⁸⁹. Öyle ki, aradan bir asırdan fazla zaman geçmesine rağmen Fransız borçlar hukukunda, emprevizyon teorisi bu davada kabul edilen ilkeler doğrultusunda gelişmiş, son yıllarda yaşanan gelişmeler de sayılmazsa bu ilkelere sıkı sıkıya bağlı kalınmıştır. Bu davaya konu olan olay şöyledir: Adam de Craponne ile Pélissanne belediyesi arasında 22 Haziran 1567'de bir sözleşme akdedilmiştir. Bu sözleşme uyarınca belediye tarafından işletilen toprakların sulanması için, Adam de Craponne bir kanal inşası borcu altına girmiş ve devamında da bu kanalın bakımı ve iyi işleyişinden sorumlu tutulmuştur. Ancak yıllar geçtikçe bu kanalın bakım masrafları oldukça artmış ve karşılığında alınan miktar yetersiz kalmıştır. Bunun üzerine, Craponne'un mirasçısı Galliffet markizi bakım karşılığında alınan miktarın arttırılması için dava açmış, İlk Derece Mahkemesi ve daha sonra da İstinaf Mahkemesi Galliffet'yi haklı bulmuş ve miktarın arttırılmasına karar vermiştir.

¹⁸⁷ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 296; Bu formülün, sözleşmelerin gücünü anlatan bir metafordan öte olmadığı görüşü için bkz. Grynbaum, N. 86 (dn. 394).

¹⁸⁸ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 296.

¹⁸⁹ Cass. Civ. 6/3/1876, De Galliffet v. Commune de Pélissanne, D. 1876 I, 193, note *Giboulot*, Grands arrêts, N. 163.

Ancak Fransız Temyiz Mahkemesi bu kararları şu gerekçeyle esastan bozmuştur: “*Ne kadar adilane görünürse görünsün, hiç bir halde, taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmeyi zaman ve durumlar dikkate alınarak değiştirmek ve sözleşme taraflarınca özgürce kararlaştırılmış hükümlerin yerine yenilerine karar vermek mahkemenin yetkisinde değildir*”. Bu kararı birçok benzer karar takip etmiş ve bu içtihat geçerliliğini günümüze kadar korumuştur¹⁹⁰.

Fransız hukukunda Birinci Dünya Savaşı sonrası yaşanan ekonomik sıkıntılar, emprevizyon teorisinin kabulüne gerekli ortamı sağlamış olsa da, Fransız Temyiz Mahkemesi tutumundan vazgeçmemiştir¹⁹¹. Fransız hukukunda bu durumlara müdahale, hakimin değil yasakoyucunun yetkisinde görülmüştür. Ekonomik krizler sonucu sözleşme ilişkilerindeki dengelerin altüst olduğu zamanlarda, yasakoyucu çareyi özel ve bu döneme özgü yasalar çıkarmakta bulmuştur. Birinci Dünya Savaşı sonrasında çıkarılan *Loi Failliot* bunun en önemli örneğidir¹⁹². Bu kanun, Birinci Dünya Savaşından önce akdedilmiş sözleşmelerden dönmeye, sözleşme taraflarından birinin savaş nedeniyle önemli bir zarara uğraması halinde imkan tanımaktadır. Kanunun hazırlık çalışmaları esnasında sadece feshin değil, uyarılmanın da mümkün olması düşünülmüş ama bu görüş kanunun nihai metninde yer alamamıştır¹⁹³. Birçok kez bu kanuna benzer geçici kanunlar çıkarılmıştır¹⁹⁴.

Emprevizyon teorisinin kabul görmeyişi çeşitli gerekçelerle açıklanmıştır. Buna göre, bu teori, sözleşmenin ifasından kaçmak için zemin hazırlamaktadır; sözleşmelere müdahale hakimin keyfiyetine bırakılırsa hukuki güvenlik zedelenir; tek bir sözleşmedeki ekonomik dengenin sağlanması uğruna, sözleşme taraflarından birine uyarılma hakkı tanınarak, sözleşmelerin sağladığı genel ekonomi dengesi bozulamaz, genel ekonomik dengenin değerlendirilmesi hakimin rolünü aşan,

¹⁹⁰ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 307; Carbonnier, N. 151; Cass. Civ. 6/6/1921, S. 21, 1, 93, note *Huguency*, D. 21, 1, 73; 17/11/1925, D.H. 26, 35; Cass. Com. 18/1/1950, D. 50, 227; Cass. Civ. 15/11/1933, G.P. 34,1,68.

¹⁹¹ Terré / Simler / Lequette, N. 466; Yüksek Mahkeme, savaş ortamının yarattığı müşteri kaybına ve bunun sonucu doğan ekonomik sıkıntıya rağmen sözleşmenin uyarılmasını mümkün görmemiştir, Cass. civ., 4.8.1915, DP 1916.1.22, S. 1916.1.17 note *Wahl*. Ayrıca bu dönemde verilmiş önemli başka bir karar için bkz. CA Toulouse, 8.7.1920, DP 1920.2.105, S. 1920.2.97.

¹⁹² Loi du 21.1.1918 Bu kanunla ilgili detaylı bilgi için bkz. P. Tatry, **La loi du 21 janvier 1918 sur les marchés à livrer et les contrats commerciaux conclus avant la guerre**, Giard et Brière, Paris, 1920.

¹⁹³ Voirin, s. 199.

¹⁹⁴ Terré / Simler / Lequette, N. 468. Bu geçici yasalarla çözüm arayışı o dönem Fransız hukukunun etkisinde olan Belçika ve İtalyan hukuklarında da görülmüştür, Ghestin/Jamin/Billiau, N. 301, dn. 51.

yasakoyucunun değerlendirmesine muhtaç bir unsurdur, hakime sözleşmeyi değişen ekonomik koşullara uyarlama yetkisini tanımak, ona ekonomik konjonktür hakkında doğrudan müdahale yetkisi vermek anlamını taşır ki, bu da mümkün değildir¹⁹⁵.

Fransız idare hukukunda ise sözleşmelerin uyarlanması kabul edilmektedir. Bu hususta Fransız Devlet Konseyi (*Conseil d'Etat*) Fransız Temyiz Mahkemesi'nden farklı bir yol izlemiştir¹⁹⁶. *Gaz de Bordeaux* davasından itibaren, mahkeme emprevizyon teorisini idari sözleşmeler açısından kabul etmiştir¹⁹⁷. Bu davada, yükselen kömür fiyatları dolayısıyla idare ile akdedilen sözleşmenin ekonomisinin bozulduğu kabul edilmiş ve mahkeme, tarafları sözleşmeyi yeniden müzakereye davet etmiştir. Bir sonuca ulaşamamaları halinde bir tazminata hükmedileceği de mahkemece belirtilmiştir. Emprevizyon teorisinin uygulanması için Fransız idare hukukunda şu şartlar aranmaktadır¹⁹⁸: Sözleşmenin kuruluşu esnasından var olan hal ve şartlarda önceden görülemez değişiklik, bu durumun taraflara isnat edilebilir bir durum olmaması ve sözleşme ekonomisinin alt üst olması. Bu şartlar göz önünde bulundurulduğunda, basit bir kazanç kaybı, doğal olarak emprevizyon teorisinin uygulanmasına olanak tanımayacaktır. Fransız hukukunda, Fransız Devlet Konseyi'nin *Gaz de Bordeaux* kararından bu yana düzenli olarak emprevizyon teorisini idari sözleşmelere uygulaması, akla idarenin taraf olduğu sözleşmelerde niye bu ayrıcalığın tanındığı sorusunu getirmektedir. Bu Fransız öğretisinde "kamu hizmetinin devamlılığı" ilkesi ile açıklanmaya çalışılmıştır. Zira ortaya çıkan zorluklara rağmen kamu hizmeti devam etmelidir. Böylelikle kamu hizmetindeki sıklık sözleşmedeki esneklikle sağlanmaktadır¹⁹⁹. Devlet Konseyi'nin bütün bir şehrin kömür fiyatlarındaki bu beklenmedik artış nedeniyle gaz ve elektrik sıkıntısına düşmesi riskine kayıtsız kalmasının elbette beklenemeyeceği, ancak Fransız Temyiz Mahkemesi'nin özel endüstride yaşanan sıkıntılara kayıtsız kalmasının ise normal olduğu belirtilmiştir²⁰⁰. Günümüzde özellikle özel şirketlerin aralarında yaptıkları

¹⁹⁵ Jacques Flour / Jean-Luc Aubert / Eric Savaux, **Droit Civil, Les obligations, 1. Acte Juridique**, 11. b. , Armand-Colin, Paris, 2004, N. 410; Ghestin/Jamin/Billiau, N. 293.

¹⁹⁶ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 315; Stoffel-Munck, N.13.

¹⁹⁷ CE 30.3.1916, DP 1916, 3.25, concl. *Chardenet*.

¹⁹⁸ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 315.

¹⁹⁹ Terré/ Simler/ Lequette, N. 470.

²⁰⁰ Rieg, N. 528.

büyük ölçekli sözleşmelerin ekonomiye etkisi düşünülürse bu gerekçenin ne denli dayanaksız olduğu anlaşılacaktır²⁰¹.

Sözleşmenin uyarlanmasının reddedilmesi düşüncesi, 19. yüzyılda, Fransa dışındaki ülkelerde de geçerli bir düşünce olsa da, günümüzde Avrupa ülkelerinde bu düşünce artık terkedilmiştir. Bazı ülkelerde yasal düzenleme ile (Almanya, Yunanistan, İtalya, Portekiz) bazı ülkelerde de mahkeme kararlarıyla (İsviçre, İspanya, İngiltere) sözleşmelerin uyarlanması imkanının açıkça tanınmaktadır. Bu nokta Fransız öğretisinin de dikkatinden kaçmamıştır. Öğreti bu konuda Fransız hukukunun geri kaldığının altını çizmektedir²⁰².

Fransız Temyiz Mahkemesi emprevizyon teorisini özel hukuk sözleşmelerine uygulamayı reddetse de, öğreti, uzun zamandır, emprevizyon teorisinin, Yüksek Mahkemenin söyleminin aksine, Fransız özel hukukuna yabancı bir teori olmadığını savunmaktadır²⁰³. Klasik emprevizyon teorisinin Fransız özel hukukunda da kabul edilmesini savunan bu yazarlara göre, Fransız Medeni Kanunu'nun bazı maddeleri ve kurumları buna olanak sağlamaktadır.

Fransız hukukunda özellikle büyük ekonomik sıkıntılar sonrasında sözleşmelerin uyarlanması sıklıkla gündeme gelmiş ve öğreti, çeşitli hukuki mekanizmalara dayanarak sözleşmelerin uyarlanmasının mümkün olduğunu ispata çalışmıştır. Bu çaba yargı kararlarında yansımaları bulamasa da, Fransız hukukunda uyarlanmanın hukuki temeline ilişkin çok zengin tartışmaların doğmasına vesile olmuştur. Sebep (*cause*), gabin, hata, dürüstlük kuralı, klasik *clausula* görüşü, mücbir sebep, sözleşmelerin yorumu ve hatta Fr. MK m. 1150'da öngörülen tazminatın sınırlandırılmasına ilişkin önceden görülemezlik şartı sözleşmelerin hakim tarafından uyarlanmasının hukuki temeli olarak ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden bazılarını kısaca değinmekte fayda vardır.

Sözleşmelerin uyarlanmasını mücbir sebep kavramı altında inceleyen görüş, mutlak ve nispi mücbir sebep ayırımına dayanmıştır; imkansızlık katına çıkamayan aşırı ifa güçlüklerini nispi mücbir sebep çatısı altında değerlendirilmiştir (Fr. MK m.

²⁰¹ Bénédicte Fauvarque-Cosson, "Le changement de circonstances", **RDC** 2004/1, s. 67-92 (s. 72 vd.).

²⁰² Karş. Terré / Simler / Lequette, N. 471.

²⁰³ Terré/ Simler/ Lequette, N.471; Carbonnier, N. 150; Yves Picod, **Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat**, [Kıs. Le devoir de loyauté], L.G.D.J., Paris, 1989, N. 178 vd.

1147/1148)²⁰⁴. Bu görüş mücbir sebep kavramını bu denli genişletmesi ve böylelikle mücbir sebebin anlamını ortadan kaldırması nedeniyle eleştirilmiştir; mücbir sebep halinde tazminat söz konusu olmaz iken, aşırı ifa güçlüğü'nün nispi mücbir sebep sayılması halinde tazminata hükmedilebileceği, bunun da kavram kargaşasına yol açmaktan öte emprevizyonun yapısına aykırı olduğu ifade edilmiştir²⁰⁵. Fransız Temyiz Mahkemesi ise genişletilmiş mücbir sebep görüşünü uygulamayı I. Dünya Savaşının yarattığı koşullarda bile kabul etmemiş ve bu görüşünü günümüze kadar sürdürmüştür²⁰⁶.

Fransız ve İtalyan hukukunun aksine, İsviçre-Türk hukuk sistemine ve Alman sistemine yabancı olan, sözleşmenin dört geçerlilik şartından biri olarak kabul edilen sebebin (*cause*), emprevizyon teorisine temel teşkil edip edemeyeceği tartışılmıştır²⁰⁷. Sebep görüşü de emprevizyonun hukuki temeli ile ilgili önemli bir görüştür. Sözleşmenin sebebi, Fransız hukukunda anlaşmanın varlık amacını oluşturmaktadır²⁰⁸. Sebep, Fransız hukukunda, kural olarak, sözleşmenin kurulması esnasında dikkate alınan bir geçerlilik şartıdır. Fransız öğretisinde birçok yazar, sebep kavramının sözleşmenin kurulmasından sonra da rol oynamasını kabul etmektedir²⁰⁹. Buna göre sözleşmenin ifası sırasında sözleşmenin sebebi ortadan kalkar ise borçlu ifadan kurtulur. Karşı görüş ise sebebin sadece sözleşmenin kuruluşu aşamasında dikkate alınacağını savunur²¹⁰. Eğer sebebin sözleşmenin devamı sürecinde de aranacağı kabul edilirse, sözleşmenin sebebinin ifa sürecinde kaybolduğu durumlarda da sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir, bu da uyarlamaya hukuki temel oluşturabilir²¹¹. Ancak bu görüşün en önemli temsilcisi *Capitant* her ne kadar sözleşmenin sebebinin sözleşmenin kurulmasından sonra da

²⁰⁴ Jean Radouant, **Du cas fortuit et de la force majeure**, thèse, Paris, 1920 (aktaran, Stoffel-Munck, N. 83); J.-E. Gueullette, **Des effets juridiques de la guerre sur les contrats**, thèse, Paris, 1919 (aktaran, Stoffel-Munck, N. 83).

²⁰⁵ Serbesco, N. 2; Popescu, s. 48-50; Stoffel-Munck, N. 83; Picod, **Le devoir de loyauté**, N. 186, 189.

²⁰⁶ Cass. civ. 15.11.1921, Gaz.Pal. 1922, 1, 69; Cass. civ. 24.10.1922, Gaz.Pal. 1922, 2, 693; Cass.civ.26. 12.1923, Gaz.Pal. 1924,1, 384; Cass. civ. 20.12.1926, Gaz.Pal. 1927, 1, 457; Cass. civ. prem. 3.01.1979, Gaz.pal. 1979, Somm., s. 214.

²⁰⁷ Terré / Simler / Lequette, N. 470.

²⁰⁸ Philippe, s. 116.

²⁰⁹ Henri Capitant, **De la cause des obligations**, 3.b., Dalloz, Paris, 1927, N. 7-14; Terré / Simler / Lequette, N. 353.

²¹⁰ René Cassin, "Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution", **RTDciv. 1945**, s. 159-172 (s.167/168).

²¹¹ Stoffel-Munck, N. 84.

ortadan kalkabileceğini savunsa da, bunun nedeninin ancak mücbir sebep veya sözleşme tarafının kusuru olabileceğini belirtir, yoksa ortaya çıkan sonraki değişikliğin aşırı ifa güçlüğü halini oluşturmasını, sebebin geçersizliğine yol açabileceğini kabul etmez²¹².

Hata görüşü de, özellikle hatanın sözleşmenin kuruluşu ile ilgili olması ifa sürecindeki edimler arasındaki dengenin bozulması durumunda bir çare olamayacağı nedeniyle kabul görmemiştir²¹³. Gabin teorisi de aynı şekilde, gabinin baştaki bir eşitsizliğe dayanması nedeniyle ve Fr. MK m. 1118'de çok sınırlı uygulama alanı bulması nedeniyle kabul görmemiştir²¹⁴.

Bunun dışında birçok görüş ileri sürülmüş, ama hiçbiri Fr. MK m. 1134/III'de yer alan dürüstlük kuralı (*le principe de bonne foi*) görüşü kadar taraftar bulmamıştır²¹⁵. Borcun ifasında, borcun artık eski borca tekabül etmediğini bile bile ısrar eden alacaklı dürüstlük kuralına uygun davranmış sayılmayacaktır²¹⁶. Bu görüş Fr. MK m. 1135'den de faydalanarak, tarafların iradesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde değişen koşullar karşısında ne yönde olacağını tespitine çalışmaktadır²¹⁷. Fr. MK m. 1135 hükmüne göre:

Sözleşmeler sadece sözleşmede ifade edinilen hususlar bakımından değil, hakkaniyetin, teamüllerin ve kanunun, borcun niteliğine göre borca yüklediği anlamlara göre de borç doğurur.

Fransız MK m. 1156'ya da, emprevizyonun hukuki temeli olarak dayanılmıştır. Bu maddeye dayanarak klasik *clausula* görüşü bile savunulmuştur²¹⁸. Bu maddeye göre:

Sözleşmelerde, sözleşme hükümlerinin lafzi yorumuyla yetinilmemeli, sözleşme taraflarının ortak iradesinin ne olduğunun anlaşılmasına çalışılmalıdır.

²¹² Capitant, N.7.

²¹³ Stoffel-Munck, N. 85.

²¹⁴ Stoffel-Munck, N. 82; Voirin, s.70 vd.; Mostapha Mohamad El Gammal, **L' Adaptation du contrat aux circonstances économiques**, Pichon & Durand-Auzias, Paris, 1967, s. 140.

²¹⁵ Picod, **J-CI Code civil**, N.98; Béatrice Jaluzo; **La bonne foi dans les contrats- Etude comparative de droit français, allemand et japonais**, Dalloz, Paris, 2001, N. 1548 vd.

²¹⁶ Rieg, s.537. ,

²¹⁷ Arnaud Cermolacce, **Cause et exécution du contrat**, PUAM, Aix en Provence, 2001, N. 360; Denis Tallon, "La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé", **Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag**, Litec, Paris, 1997, s. 403-471 (s. 413/414); Stoffel-Munck, N. 245; Carbonnier, N. 150; k.g. Jacques Philippe, **Regards sur l'article 1135 du Code civil**, Dalloz, Paris, 2005, N. 169-9.

²¹⁸ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 339; Cass. civ., 15.04.1872, D.72,1,176.

Emprevizyon teorisinin hukuki temelini tarafların iradelerinde arayan görüş sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliklerin doğrudan tarafların iradelerine etki ettiğini, ortaya çıkan yeni durumların onların öngörüsünü aşması durumunda artık sözleşmeye bağlılık ilkesine sıkı bağlılığın tarafların iradelerine aykırı olduğunu, bu değişiklikler sonucu artık bir iradeden bahsedilemeyeceğini savunur, bu anormal değişikliklere ilişkin tarafların herhangi bir iradesi mevcut değildir ki bu iradeye bağlılıktan bahsedilebilsin²¹⁹. Buna karşılık haklı olarak hakimin yorum kisvesi altında tarafların sözleşmede kararlaştırdıklarına aykırı davranamayacağı, hakimin yorum hususundaki yetkisinin uyarlama için hukuki dayanak sağlayamayacağı belirtilmiştir. Hakim tarafların ortak iradelerine ulaşmaya çalışırken, sadece sözleşmenin kuruluş anını dikkate alabilir, daha sonra ortaya çıkan bir gelişme ile sözleşme dengesinin bozulması halini dikkate alamaz²²⁰.

Tüm bu tartışmalara rağmen Fransız Temyiz Mahkemesi sözleşmelerin uyarlanmasını kabul etmemiştir. Ancak son yıllarda özellikle uluslararası ticarete sözleşmelerin uyarlanmasının yaygın olarak kabul edilmesi ve Fransa'nın ticaret yaptığı ülkelerin büyük çoğunluğunun sözleşmelerin uyarlamasını kabul etmesi, Fransız hukukunda da sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin katı görüşlerin yumuşamasına yol açmıştır. Buna rağmen tam anlamıyla sözleşmelerin uyarlanmasının Fransız hukukunda kabul edildiğini söylemek bugün de mümkün değildir.

2. Fransız Hukukunda Emprevizyon Teorisinde Yeni Açılımlar

Fransız özel hukukunda, son yıllarda emprevizyon teorisinin kabul edilmesi yönünde, öğretideki görüşlerin artmasının ve uluslararası ticaretteki uyumlaştırma çalışmalarında uyarlamaya yer verilmesinin de katkısıyla, içtihatla bazı açılımların varlığı göze çarpmaktadır. Bu açılımlardan en önemlisi, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin yakın zamanda açıkça kabul ettiği sözleşmelerde “yeniden müzakere borcunun” varlığıdır. Bir diğeri de, Fransız hukukunda son yıllarda, Alman işlem temeli kavramına da yakınlığı vurgulanan, “sözleşme ekonomisi” kavramının yeniden keşfidir.

²¹⁹ Serbesco, N. 13.

²²⁰ Popescu, s. 63.

Yeniden müzakere borcu, Fransız hukukunda önce öğreti tarafından geliştirilmiş ve kabul edilmiş, daha sonra da bir dizi yargı kararında uygulama alanı bulmuştur²²¹. Yeniden müzakere borcunun kaynağı, Fransız MK m. 1134/III'de yer alan dürüstlük kuralıdır²²². Fransız hukukunda emprevizyon teorisinin hukuki temelini dürüstlük kuralı olarak değerlendiren görüşlerin tümü, yeniden müzakere borcunun varlığını kabul etmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi de, 1992 yılında ilk olarak *Huard* davasında dürüstlük kuralı kaynaklı yeniden müzakere borcunun varlığını kabul etmiştir²²³. Karara konu olan olayda, benzin istasyonu işletmecisi açısından, yakıt sağlayıcısı ile akdettiği uzun süreli sözleşme ilişkisinde, petrol fiyatlarının artışı karşısında sözleşmenin ifası aşırı güçleşmiştir. Yüksek Mahkeme bu olasılıkta, dürüstlük kuralından, doğan tarafların sözleşmeyi yeni koşullara uyarlama borcunun varlığını kabul etmiştir; mahkemeye göre, yakıt sağlayıcısının benzin istasyonu işletmecisiyle, değişen koşullara rağmen sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye yanaşmaması, sözleşmenin ifasında dürüstlük kuralına aykırı davranması anlamına gelmektedir²²⁴. Bu kararı sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi yükümünü açıkça kabul eden birçok karar takip etmiştir²²⁵. Fransız hukukundaki bu gelişmeye rağmen, yeniden müzakere borçlusu tarafların anlaşamaması durumunda, hakimin sözleşmeyi tarafların iradesine rağmen uyarlayabilmesi, Fransız içtihadında mümkün görünmemektedir²²⁶.

“Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi yükümü” Fransız Medeni Kanunu'nun üçüncü kitabının borçlar hukuku ile ilgili üçüncü kısmında önemli değişiklikler getiren 2005 yılında hazırlanan Borçlar Hukuku ve Zamanaşımı Reformu Ön Tasarısı'nda da üç madde ile düzenlenmiştir²²⁷. Ön tasarının 1135-1, 1135-2 ve

²²¹ Picod, 199-226.

²²² Carbonnier, N. 151.

²²³ Cass.com. 3.11.1992, RTD civ. 1993, s. 124, obs. *Mestre*; JCP éd. E 1993 II 22164, note *Virassamy*; D. 1995, Somm. s. 85, obs. *D. Ferrier*.

²²⁴ Bertrand Fages, “Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando”, **D. 2003**, s. 2386-2390, (s. 2388).

²²⁵ Cass. com. 24. 11. 1998, RTD civ. 1999, s. 98, obs. *Mestre*; JCP éd. E 1999, s. 1242, obs. *Jamin*.

²²⁶ Fages, s. 2389.

²²⁷ **Avant-projet de reforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)**, [kis. AP/*İşleyen*], Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministère de la Justice, 22 septembre 2005. <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf> (çevrimiçi, 29.11.2006); Başak Baysal, “Fransız Borçlar Hukuku Reformuna İlişkin Ön Tasarıya (Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations) Genel Bir Bakış”, **İÜHFİM**, 2006/II, s. 215-234.

1135-3'üncü maddelerine göre, sürekli borç ilişkilerinde karşılıklı edimler arasındaki dengenin, taraflardan biri için, sözleşmenin anlamını yitireceği ölçüde bir değişikliğe uğraması durumunda, sözleşmenin tarafları anlaşmalarında değişiklik yapmak için müzakerede bulunacakları hususunda anlaşabilirler; böyle bir anlaşma yoksa sözleşmeden beklenen faydayı yitiren taraf mahkemeden yeniden müzakereye girişilmesine hükmetmesini talep edebilir; müzakereler kanunda belirtilen şekilde yürümez ve kötü niyetli bir şekilde kesilirse her iki taraf da sözleşmeyi sona erdirebilir.

Bu maddeler incelendiğinde, bu düzenlemenin, sözleşme taraflarını sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye yönlendirme amacı taşıdığı rahatlıkla söylenebilir²²⁸. Öğretide, bu maddelere rağmen, hakimin sözleşmeye müdahalesinin ve emprevizyon teorisinin ön tasarıda da kabul edilmediği belirtilmiştir²²⁹. Ön tasarının 1135-1'inci maddesi, tarafların sözleşmelerine uyarlama klozları koymalarının gerekliliğine işaret eder niteliktedir. Bu klozların yokluğu halinde taraflar hakimin gözetiminde sözleşmelerini yeniden gözden geçirmelidirler. Hakim hiçbir şekilde sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayamaz, sadece yeniden müzakerelere girişilmesine hükmeder. Müzakerelerin kötü niyetli bir şekilde kesilmesi ise her iki tarafa sözleşmeyi feshetme hakkı vermektedir.

Tasarı gerekçesinde de, sözleşmeyi ayakta tutmayı arzulayan tarafı fedakârlıkta bulunmaya iten bir sistem kuran bu düzenlemelerin yerinde olduğu görüşü savunulmuştur²³⁰. Ön tasarı bu maddelerle hakimin sözleşmeyi uyarlaması imkanını tanımadığı gibi, müzakerelerin başarıya ulaşmaması durumunda da sözleşmelerin uyarlanmasına müsaade etmemektedir. Gerçekten de bu maddeler hakime sözleşmeyi doğrudan uyarlama yetkisi vermemektedir. Ön tasarının genel gerekçesinde, tasarının mimarı *Catala*, açıkça ön tasarının bu hususta PECL'den ayrıldığına işaret eder²³¹. Oysa, son yıllarda durum değişiklikleri karşısında sözleşmenin yeniden müzakeresini düzenleyen PICC (6.2.3.) ve PECL (6:111)'de yeniden müzakerelerin başarıya ulaşmaması durumunda, mahkemeye sözleşmeyi

²²⁸ Bénédicte Fauvarque-Cosson, "La réforme du droit français des contrats: perspective comparative", **RDC 2006-1**, s. 147-166 (s. 161).

²²⁹ Fauvarque-Cosson, **RDC 2006-1**, s.165 vd.; Madde gerekçesinde de bu nokta açıkça vurgulanmıştır: **AP/Ghozi**, (art. 1134 à 1143)", s. 35/36.

²³⁰ Ghozi, s. 36; k.g. Fauvarque-Cosson, **RDC 2006-1**, s.162.

²³¹ **AP/Catala**, Présentation générale, s. 6.

uyarlama yetkisi açıkça tanınmıştır²³². Ön tasarının bu maddelerinin, sözleşme hukukunun uyumlaştırılması çalışmaları karşısındaki durumunu değerlendiren *Lando*, bu hükümlerin PICC ve PECL karşısında çok daha dar olduğunu, hakimin uyarlama imkanının sınırlı olduğunu, bu noktada Fransız geleneğinin Avrupa'daki diğer ülkelerin aksine devam ettiğini vurgulamış ve hakime olan bu güvensizliği eleştirmiştir²³³. Ancak Fransız hukukunda bunun nedeni hakime duyulan güvensizliğin yanında, devrim geleneğinden gelen Fransız hukukunda taraf iradelerine verilen önemdir; ne de olsa, Fransız hukukçularına göre, tarafların kendilerini ilgilendiren hususlarda, yine kendileri tarafından varılacak çözümlerden daha iyisi olamaz²³⁴.

Fransız hukukunda bir diğer önemli açılım da “Sözleşmenin ekonomisi” (*l'économie du contrat*) kavramının geliştirilmesidir²³⁵. Sözleşmenin ekonomik temelini sarsılmasından ilk olarak *Gaz de Bordeaux* davasında bahsedilmiştir²³⁶. Bu davada, sözleşmenin ekonomisinin alt üst olması (*le bouleversement de l'économie du contrat*), emprevizyonun kabul edilmesinin şartlarından biri olarak değerlendirilmiştir²³⁷. Sözleşme ekonomisi kavramının temeli ve şartları öğretide oldukça tartışmalıdır²³⁸.

Son yıllarda Fransız hukukunda sıklıkla kullanılan sözleşmenin ekonomisi kavramının emprevizyon teorisine etkisi de önemli olmuştur. Sözleşmenin ekonomisi kavramının Fransız hukukunda emprevizyon teorisinin kabulüne yardımcı bir kavramı olduğu savunulmuştur; sözleşme ekonomisinin sarsılmasının sözleşmenin uyarlanmasını gerekli hale getirdiği, bu uyarlamanın da sözleşmenin baştaki ekonomisinin tekrar sağlanması suretiyle yapılacağı belirtilmiştir²³⁹. Bu kavram sayesinde, hakim, tarafların gerçek iradelerine de saygı göstererek, sözleşmeye müdahale edebilecektir; böylelikle sözleşme ekonomisi kavramı bir yandan hakimin

²³² Bkz. aş. B I/III/B.

²³³ Ole Lando; “L’avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences”, **RDC 2006-1**, s. 167-178 (s.173).

²³⁴ Fauvarque-Cosson, **RDC 2006-1**, s. 164.

²³⁵ Popescu, s. 2/3. Cashin-Ritaine, s. 85-87.

²³⁶ CE 30.3.1916, DP 1916, 3.25, concl. *Chardenet*; S 1916, 3, 17, concl. *Chardenet*, note *Hauriou*.

²³⁷ Pimont, N. 4.

²³⁸ Cashin-Ritaine, s. 86; Ana Zelcevic-Duhamel, “La notion d'économie du contrat en droit privé”, **JCP éd. G, 2001 I 300**; Jacques Moury, “Une embarrassante notion : l'économie du contrat”, **D. 2000**, Chronique s. 382-391.

²³⁹ Pimont, N. 426.

sözleşmeyi uyarlamasının hukuki temelini teşkil ederken diğer yandan da bu müdahalenin sınırını belirleyecektir²⁴⁰.

Fransız hukukunda son yıllarda sözleşmelerin uyarlanması konusunda Alman işlem temelini çökmesi öğretisinin etkisi de tartışılmaktadır²⁴¹. Bu teorinin Fransız emprevizyon teorisinin kapsamını aşan bir teori olduğu da vurgulanarak yeni düzenlemelere etkisi kabul edilmektedir²⁴². Gerçekten de, Fransız emprevizyon teorisi ile Alman işlem temelini çökmesi teorisi birbirlerinden oldukça farklıdır. Alman işlem temelini çökmesi teorisinin uygulama alanı Fransız hukukunda gelişen emprevizyon teorisinden çok daha geniştir²⁴³. Fransız hukukunda özellikle sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması, emprevizyon teorisinin kapsamında değerlendirilmemektedir. İçtihatla bu olasılık *cause* kavramı altında değerlendirilmiştir²⁴⁴. Bunun yanı sıra, Fransız öğretilinde, emprevizyonun söz konusu olabilmesi için, edim – karşı edim ilişkisinin mutlaka parasal bir değerle ifade edilebilmesi aranmaktadır²⁴⁵. Bu noktada da, Fransız hukuku Alman hukukuna göre sözleşmelerin uyarlanmasını daha dar kapsamda kabul etmektedir.

Bununla birlikte, Fransız hukukunda son yıllarda emprevizyon teorisinin kabulüne ilişkin öne sürülen sözleşmenin ekonomisi kavramı, Fransız hukukunda Alman hukukundaki işlem temelini keşfi olarak değerlendirilmiş, işlem temeli kavramı ile sözleşmenin ekonomisi kavramı arasındaki bu yakınlık birçok yazarın dikkatini çekmiştir²⁴⁶.

Yukarıda anılan tüm bu gelişmelere rağmen, bugün Fransız özel hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının mümkün olduğu kural olarak söylenemez. Tarafları sözleşmelerini değişen koşullara uyarlama yönünde teşvik eden yeniden müzakere borcunun kabulü bu anlamda yeterli bir gelişme sayılamaz

²⁴⁰ Pimont, N. 425.

²⁴¹ Pascal Ancel / Bénédicte Fauvarque-Cosson / Robert Wintgen; “La théorie du ‘fondement contractuel’ (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français”, **RDC** 2006/3, s. 897-913. Fransız ve Alman hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusundaki karşılaştırmalı hukuk çalışmaları için bkz. Peter Jung, **Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen**, Nomos, Baden-Baden, 1995; Kathrin Angermeier, **Geschäftsgrundlage im deutschen und französischen Recht**, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2004.

²⁴² Ancel/Fauvarque-Cosson/Wintgen, s. 897.

²⁴³ Rieg, N. 524 (dn.353).

²⁴⁴ Ancel/Fauvarque-Cosson/Wintgen, s. 910 vd.

²⁴⁵ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 291.

²⁴⁶ Cashin-Ritaine, s. 95; Ancel/Fauvarque-Cosson/Wintgen, s. 898, s. 910.

zira müzakereler başarıya ulaşmadığı takdirde ne hakimin ne de tarafların sözleşmeyi uyarlama yetkileri Fransız hukukunda mevcut değildir.

E. İNGİLİZ HUKUKU: *FRUSTRATION* TEORİSİ

Frustration teorisi kapsamı, şartları ve sonuçları bakımından Kıta Avrupası hukukundan önemli farklar taşımaktadır. Bu nedenle, bu teori, değişen koşulların sözleşmelere etkisi bakımından önemli karşılaştırmalı hukuk verileri sağlar. Bu teorinin etkisi İngiltere ile sınırlı kalmamıştır, bazı farklarla da olsa tüm *common law* sisteminde kabul edilmiştir²⁴⁷.

Frustration teorisi aslında bir imkansızlık teorisidir (*impossibility, impracticability*)²⁴⁸. Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar sonucu ifanın güçleşmesi, daha doğrusu anlamsızlaşması, bu teorinin bir bölümünü oluşturur. İfa ile izlenen amacın boşa çıkması söz konusu olduğunda, bu teorinin bir uygulaması olan *frustration of purpose* söz konusu olur²⁴⁹. Bu teorinin esasını, tarafların ortak niyetlerinin, anlaşmayı kökünden sarsacak beklenmedik bir olay sonucunda boşa çıkması oluşturur²⁵⁰.

İngiliz hukukunda, *Paradine v. Jane* davasında belirlenen ilkeler uyarınca, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri, mücbir sebep de teşkil etseler, ifa etmeme açısından bir gerekçe olarak ileri sürüleliyordu²⁵¹. Bu dava İngiliz hukukunda, Kıta Avrupası'nda *pacta sunt servanda* ilkesine karşılık gelen, *Sanctity of Contracts* veya *absolute contracts* teorisinin²⁵² emsal kararı

²⁴⁷ *Frustration* teorisinin İngiltere ve diğer common law sistemini kabul eden ülkelerdeki gelişimi ve uygulaması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Guenter H. Treitel, **Unmöglichkeit, "Impracticability", und "Frustration" im anglo-amerikanischen Recht**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991.

²⁴⁸ Ewan McKendrick, "Discharge by Frustration", **Chitty on Contracts - Common Law Library**, Ed. H. Beale, 29. b., Sweet and Maxwell, London 2004, N. 23-001-23-096, (N.23-005).

²⁴⁹ Guenter H. Treitel, **The Law of Contracts**, 11. b., Thomson Sweet & Maxwell, London, 2003, s. 885.

²⁵⁰ Aydın Aybay, **İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması Sorunu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 90 dn. 25.

²⁵¹ *Paradine v. Jane* (1647), 82 ER 897.

²⁵² İngiliz hukukunda sözleşmeye bağlılık, irade özerkliği ilkesi bağlamında değerlendirilmemelidir. İngiliz hukukunda, Fransız devriminde gelişen bireyin iradesinin üstünlüğü Kıta Avrupası hukukunda algılandığı hassasiyetle algılanmamıştır. Hamed Zaki, **L'imprévision en droit anglais**, Librairie A. Rousseau, Paris, 1930, s. 167.

(*leading case*) olma özelliğini bugün de sürdürmektedir²⁵³: Sözleşme ile borç altına giren kişi bununla her ne olursa olsun bağlıdır, bu sözleşmelerin mutlak karakterinden kaynaklanır (*You shouldn't promise what you can't perform*)²⁵⁴. Bu dava ile İngiliz hukukunda imkansızlık nedeniyle borçlunun sorumluluktan kurtulması mümkün görülmemiştir²⁵⁵.

Bu davada belirlenen ilkelere ilk istisna *Taylor v. Caldwell* davasında yer alır²⁵⁶. Bu davada, mahkeme, konser mekanının bir yangın sonucu kullanılamaz hale gelmesi sonucunda edimin ifasının imkansız hale geldiğini kabul etmiştir. Bu karar ile birlikte *frustration* teorisi de gelişme ve uygulanma imkanına kavuşmuştur. Bu kararda mahkeme, sözleşmenin içeriğinde örtülü bir şartın (*theory of implied condition*) varlığını kabul etmiş, bu şartın sözleşmenin devamı için edimin imkansızlaşmaması gereğini içerdiğini belirtmiştir²⁵⁷. Böylelikle, İngiliz hukukunda örtülü şartın, bu şekilde *frustration* teorisine temel oluşturduğu görüşü ilk olarak *Taylor v. Caldwell* davasında kabul edilmiş olur. Birçok başka karar da bu kararı izlemiştir²⁵⁸.

Bu teorinin *frustration* teorisine katkısı, tıpkı *clausula rebus sic stantibus* teorisinin Kıta Avrupası hukuklarındaki sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin teorilere katkısında olduğu gibi yadsınamaz²⁵⁹. Ancak, yine *clausula* teorisinde olduğu gibi bu teori de öznel öğelere ağırlık verdiği için eleştirilmiş, *frustration* teorisinin daha nesnel bir temele dayanması gerektiği belirtilmiştir²⁶⁰. *Implied term* görüşü, özellikle tarafların farazi iradelerinin yorumuna dayanması nedeniyle eleştirilmiştir²⁶¹. *Dahl v Nelson, Donkin&Co* davasında Lord Watson'ın bu hususta söyledikleri teorinin

²⁵³ Treitel, **The Law of Contracts**, s. 867; Stefan Schmiedlin, **Frustration of contract und clausula rebus sic stantibus- eine rechtsvergleichende Analyse**, [Kıs. Frustration], Helbing & Lichtenhahn, Basel vd., 1985, s. 21.

²⁵⁴ Zaki, s. 192.

²⁵⁵ Zaki, s. 190/191.

²⁵⁶ *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B&S 826 (836);

²⁵⁷ Joern Rimke, "Force majeure and Hardship : Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Pace University (Ed.), **Review of the Convention of the Sale of International Goods**, 2001, s. 193-243, (s. 203).

²⁵⁸ McKendrick, **Chitty on Contracts**, N. 23-010.

²⁵⁹ Philippe, s.348. *Larenz*, "Implied condition" ile "Clausula" öğretisi arasında bir yakınlık olduğunu belirtmiştir. İki teoride de sözleşmenin yorumlanması yoluyla bir çözüme ulaşılmaya çalışılmaktadır. *Larenz, GG*, s. 156.

²⁶⁰ McKendrick, **Chitty on Contracts**, N. 23-011; Schmiedlin, **Frustration**, s. 28/29.

²⁶¹ Schmiedlin, **Frustration**, s. 29;

nesnelleştirilmesi açısından oldukça önemlidir: “ Sözleşmenin anlamından, sözleşme taraflarının neyi kastettiği değil (...), tarafların, dürüst ve makul insanlar olarak böyle bir olasılığı öngörebilmiş olsalardı, olasılığın gerçekleştiği durumda çeşitli hak ve yükümlülükleri arasına açık bir düzenleme ile sokacakları ve üzerinde tahminen anlaşmış olacakları unsurların neler olacağı anlaşılmalıdır”²⁶².

Bu teorinin kendi içerisinde aslında *sanctity of contracts (pacta sunt servanda)*’ı barındırdığı belirtilmiş ve bu nedenle hakime sözleşmenin içeriğinden bağımsız hareket etme imkanı vermemesi de eleştiri konusu olmuştur²⁶³. Ayrıca, *frustration* teorisinin hukuki temelini sözleşmedeki bir zımni şarta dayandırılması durumunda, tarafların sözleşmelerinde koşullardaki değişikliğe ilişkin bir hüküm koymaları halinde *frustration*’ın mümkün olmadığı, oysa *frustration* teorisinin bu olasılıklarda da uygulanmasının gerekli olabileceğinin altı çizilmiştir²⁶⁴. Görüldüğü gibi *implied terms* görüşü Kıta Avrupası’ndaki *clausula* görüşüne yakındır. Bu nedenle *clausula*’ya getirilen eleştiriler buraya da taşınabilir.

Taylor v. Caldwell davasında kabul edilen ilkeler sadece edimin ifasının imkansızlaştığı hallerle sınırlı kalmamış, daha sonra sözleşmenin amacının zedelendiği (*frustrated*) olasılıklar da bu kapsamda değerlendirilerek *frustration* teorisinin uygulama alanı geliştirilmiştir²⁶⁵. Teorinin uygulama alanının bu şekilde genişletildiği ilk ve en önemli karar ise *Krell v. Henry* kararıdır²⁶⁶. Bu karar bugün sadece İngiliz hukukunda değil, sözleşmelerin uyarlamasını kabul eden tüm ülke hukuklarında sözleşmelerin uyarlanması teorilerinin geliştirilmesi bakımından dikkate alınmıştır, öyle ki bu davanın emsal karar olma özelliği, İngiliz hukuku ile sınırlı kalmamıştır demek yerinde olacaktır²⁶⁷.

Davaya konu olan olayda, *Henry*, 26 ve 27 Haziran’da gerçekleşecek olan Kral VII. Edward’ın taç giyme törenini seyretme amacıyla, tören alanına bakan *Krell*’in dairesini kiralamıştır. *Henry*’nin sözleşmeyi kurmadaki amacı taç giyme törenini

²⁶² (1881), 6. App. Cas. 38, 59.

²⁶³ Philippe, s. 348.

²⁶⁴ McKendrick, **Chitty on Contracts**, N. 23-011 ve N. 23-057.

²⁶⁵ Treitel, **The Law of Contracts**, s. 866/867.

²⁶⁶ *Krell v. Henry* (1903) 2 KB 740; kararın yorumu için bkz. Ewan McKendrick, **Contract Law, Text, Cases and Materials**, [Kıs. Contract Law], Oxford University Press, 2. b., Oxford, 2005, s. 883-884.

²⁶⁷ Larenz, **GG**, s. 74 vd. ve s. 172, yazar bu davayı öznel ve nesnel işlem temelini kesişmesine örnek olarak vermektedir.

seyretmektir, ancak, 20 Haziran 1902'de imzaladıkları sözleşmede bu amaca veya törene herhangi bir gönderme yapılmamakta, sözleşmenin içeriğinden bu amaç anlaşılmamaktadır. Sözleşmede, *Henry*'nin dairesinin tüm odalarını sadece gündüzleri olmak üzere belirlenen günlerde kullanacağı kararlaştırılmıştır. *Henry* depozito olarak belli bir bedel ödemiş ve 24 Haziran tarihinde de ödemeyi yapacağını belirtmiştir. Daha sonra kralın ciddi olarak hastalanmasıyla, taç giyme töreni iptal edilmiştir. Bunun üzerine, *Henry* 24 Haziran tarihinde ödeyeceği kira bedelini ödemeyi reddetmiş ve *Krell* ödemenin yapılması için dava açmıştır. *Henry* de, ödemiş bulunduğu depozito bedelinin iadesi için karşı dava açmıştır. İlk derece mahkeme *Henry*'yi haklı bulmuş, bunun üzerine *Krell* uyuşmazlığı üst derece mahkemesine taşımış, üst derece mahkeme de *Henry*'yi haklı bulmuştur. Üst derece mahkemesi, kira bedelinin talep edilemeyeceğini, zira sözleşme amacının zedelendiği sonucuna varmıştır. Dairesinin kiralanmasının asıl amacı, kraliyet töreninin seyredilmesidir. Kararda, bu özel amacın sözleşmenin taraflarının her ikisi tarafından da sözleşmenin temeli olarak (*the foundation of contract*) görüldüğü belirtilmiştir²⁶⁸.

Sözleşmenin içeriğinde yer almasa da, sözleşmenin temeli sayılan şartlar bakımından da, *Taylor&Caldwell* davasında yer alan ilkelerin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Sözleşmenin konusunun imkansızlaşmasına gerek olmadan, sözleşmenin amacının ve sözleşmenin temelini zedelendiği olasılıklarda da, *frustration* teorisinde kabul edilen ilkeler uygulama alanı bulacaktır. Gerçekten de, bahsedilen bu olayda sözleşmede kararlaştırılan edimin ifasının imkansızlaşması söz konusu değildir, davacı sözleşmede kararlaştırılan günlerde kiralanana kullanabilme imkanına sahiptir²⁶⁹. *Krell v. Henry* kararıyla, bu haller de *frustration* teorisinin kapsamına alınmıştır. Karara göre teori, sözleşmeyi ifa edilemez hale getiren olayın, sözleşmenin özüne dayanan ve ifası açısından olmazsa olmaz nitelikte bulunan bir koşulun veya durumun ortadan kalkması veya hiç olmaması şeklinde ortaya çıkması halinde de uygulanacaktır²⁷⁰. Sorun sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan

²⁶⁸ *Krell v. Henry* (1903) 2 KB 740 (748). İşlem temeli kavramının hem İngiliz hem de Alman hukukunda sözleşmenin uyarlanması bakımından kullanılması dikkat çekicidir. Bkz. yuk. B I/II/C.

²⁶⁹ Treitel, **The Law of Contracts**, s. 867.

²⁷⁰ *Krell v. Henry* (1903) 2 KB 740 (s. 748). Bu kararda kabul edilen *frustration* teorisinin sözleşmenin temelini zedelendiği durumlara da uygulanması konusunda başka bir kararda,

değişikliğin riskini kimin taşıyacağı noktasındadır²⁷¹. Bu kararlar birlikte *frustration of purpose, frustration* teorisinin bir uygulaması olarak kabul edilmiştir. *Krell v. Henry* kararını benzer birçok karar takip etmiş, hatta bu kararların bazıları içerik benzerliği dolayısıyla öğretide taç giyme davaları (*coronation cases*) olarak anılmıştır²⁷².

İngiliz hukukunda *Frustration* teorisinin sonuçları esas itibarıyla *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*'de düzenlenmiştir²⁷³. *Frustration*, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmaktadır²⁷⁴. Hatta tarafların ortaya çıkan durum değişikliğinden sonra da sözleşme varlığını sürdürüyormuşçasına ilişkiye devam etmeleri de bu sonucu değiştirmemektedir²⁷⁵. Sözleşme taraflarının bu anlamda bir talepte bulunmalarına gerek yoktur; bu nedenle, taraflara seçme şansı veren *breach of contract*'tan ayrılır²⁷⁶.

Frustration teorisinin diğer teorilerden ve düzenlemelerden en önemli farkı sonuç bakımındandır²⁷⁷. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması Kıta Avrupası'nın aksine İngiliz hukukuna yabancıdır²⁷⁸. Bu anlamda, teorisinin sonuçları işlem

şartlardaki değişikliğe rağmen sözleşmenin temelini zedelenmediği sonucuna varılmıştır: *Herne Bay Steam Boat Company v. Hutton*, (1903), 2 KB 683. Benzer olayların söz konusu olduğu bu iki kararda neden iki farklı sonuca varıldığı öğretide tartışma konusu olmuştur. McKendrick, **Contract Law**, s. 877, 883 vd.

²⁷¹ McKendrick, **Contract Law**, s. 884.

²⁷² Treitel, **The Law of Contracts**, s. 886.

²⁷³ McKendrick, **Contract Law**, s. 886-888; McKendrick, **Chitty on Contracts**, N. 23-068 vd.

²⁷⁴ Treitel, **The Law of Contracts**, s. 909.

²⁷⁵ *Hirji Mulji v Cheong Yue SS Co Ltd.* (1926) A.C. 497 (509). İngiliz hukukundaki, bu “ya hep ya hiç” durumu (*the all or nothing situation*) Lord Simon tarafından eleştirilmiş ve *Frustration* teorisinin daha esnek olabileceği söylenmiştir. *National Carriers Ltd. v Panalpina (Northern) Ltd.* (1981) A.C. 675 (s. 707); Bu aslında haklı eleştirinin son yıllarda çok fazla dile getirilmemesinin nedeni, sözleşmelerin değişen şartlar karşısındaki durumunun, genellikle sözleşme ile düzenlenmesi olduğu belirtilmiştir, Guenter H. Treitel, **Frustration and force majeure**, [Kıs. Frustration], 2. b., Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004, N. 15-001.

²⁷⁶ D. G. Cracknell, **Obligations, Contract Law**, 4. b., Old Bailey Press, London, 2003, s. 293.

²⁷⁷ Schmiedlin, **Frustration**, s. 182.

²⁷⁸ Treitel, **Frustration**, N. 15-037; Gottfried Hammer, **Frustration of contract, Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage- ein Vergleich der Lösungansätze englischer und deutscher Rechtsprechung**, Duncker&Humblot, Berlin, 2001, s. 98/99. *Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Smelting Co. Ltd.*, A.C. 154, 187; *National Carriers Ltd. v. Panalpina Ltd.*, A.C. 675. Bazı yazarlar sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının mümkün olduğu görüşünü İngiliz hukukunda da savunmaktadır, Ewan McKendrick, **Force majeure and frustration of contract**, 2. b., Lloyd's of London Press, London, 1995, s.156/157.

temelinin çökmesinden çok, mücbir sebebe yakındır²⁷⁹. Ancak *frustration* teorisinin esas itibarıyla bir imkansızlık teorisi olduğunu unutmamak gerekir.

Amerikan hukukunda ise bazı davalarda uyarılama kabul edilmiştir. Örneğin *Alcoa* davasındaki çözüm Alman hukukundaki çözümle benzerlikler taşımaktadır²⁸⁰. Bu davada sözleşme değişen şartlara uyarlanmış ve mahkeme taraflardan birinin sözleşmenin başında kararlaştırdıkları bedelden daha yüksek bir bedel ödemesine karar vermiştir. Bu karar *sanctity of contract* ilkesi dolayısıyla birçok eleştiriye konu olmuştur. *Uniform Commercial Code*'un da bazı maddelerinde uyarlamaya ilişkin izler bulmak mümkündür (2-613(b)/2-615). İngiliz hukukunda ise bazı istisnai kararlar dışında²⁸¹, sözleşmelerin hakim tarafından uyarlanmasının mümkün olmadığı öğreti ve içtihatla yerleşmiş bir görüşür²⁸².

İngiliz hukukunda geliştirilen *frustration* teorisinin Türk hukukunun da dahil olduğu Kara Avrupası hukukunda uygulanabilirliği yoktur. Buna karşın, İngiliz hukukunda geliştirilen sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması karşısında sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi imkanı, Alman işlem temelinin çökmesi teorisine doğrudan *frustration* teorisinin etkisi ile girmiştir. Bu bağlamda *frustration* teorisinin de Kara Avrupası hukukuna önemli bir katkısı olmuştur.

²⁷⁹ Henry Lesguillons, "Frustration, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage", **DPCL 1979**, s. 507-533, (s. 515).

²⁸⁰ *Aluminum Corp of America v Essex Group Inc.*, 499 F. Supp. 53 (1980); Treitel, **Frustration**, N. 15-038.

²⁸¹ *Minnevitich v Café de Paris (Londres) Ltd.* [1936] 1 All E.R. 884. Bu davada, kamuya açık eğlence mekanlarının Kral V. George'un ölümü nedeniyle iki gün boyunca kapatılması sonucu, Café de Paris'nin işletmecilerinin, işletmelerinde bu tarihlerde gösteri yapacak grubun performansını bu iki gün boyunca erteleyip sonraki dört gün boyunca kabul etmelerinin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Sonradan ortaya çıkan bu gelişmenin *Café de Paris* işletmecisinin söz konusu iki günle ilgili reddinin haklı gerekçesi olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak bu davada sözleşmenin değiştirilmesinden çok geçici bir ifa engelinin olduğu, bu olayın sözleşmeyi sarsmadığı öyle olsa idi sözleşmenin sona erdirileceği, zira mahkemenin böyle bir yetkisi olmadığı ifade edilmiştir. Treitel, **Frustration**, N. 15-040.

²⁸² Süveyş kanalı davalarında (*Suez cases*) da dar anlamda uyarılama kabul edilmemiştir. Bu davalarda olaylar Süveyş kanalının 1956 tarihinde kapanmasına bağlı olarak gelişmiştir, gemiler Ümit burnu yolunu kullanmak zorunda kalmışlar ve bu da masraflarda önemli bir artışa neden olmuştur, bkz. Treitel, **Frustration**, N. 15-04.

F. İSVİÇRE HUKUKU

1. Genel Olarak

İsviçre hukukunda değişen koşulların sözleşmeye etkisi kanunda sadece bazı sözleşme tiplerinde özel olarak düzenlenmiştir. Bunun en önemli örneği İsv. BK m. 373/II'dir. Alman hukukundaki gibi genel bir düzenleme mevcut değildir²⁸³. İsviçre hukukunda, kanunda düzenlenmemesine rağmen, öğretilerde ve içtihatla, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kabul edilmektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda İsviçre hukukunda geliştirilmiş özgün bir teori yoktur. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması, sözleşmede yer alan uyarlama boşluğunun doldurulması, temel hatası düzenlemesinin bazı şartlarla gelecekteki olgulara ilişkin yanlış tasavvurlara da uygulanması yoluyla veya kanunda yer alan benzer diğer maddelerin kıyasen uygulanması yoluyla sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına imkan tanınmaktadır.

İsviçre hukukunun sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin en önemli özelliği hem Alman hem de Fransız hukukunun etkisinin bir arada hissedilmesidir. Bu özellik sözleşmenin uyarlanması ile ilgili öne sürülen görüşler bakımından zenginlik yarattığı gibi zaman zaman karışıklığa da yol açmıştır²⁸⁴. Alman hukukunda olduğu gibi sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kabul edilmektedir, ancak Fransız hukukunda olduğu gibi soruna, sözleşmeye bağlılık ve irade özerkliği ilkelerinin kapsamında kalarak sınırlı bir uygulama alanında yaklaşmaktadır.

İsviçre hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeli bakımından diğer ülke hukuklarına göre önemli görüş ayrılıkları mevcuttur. Bu nedenle İsviçre hukukunda da sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması bakımından bir terim birliğine rastlanmaz. "Sözleşmenin düzeltilmesi" (*correction du contrat*), "Sözleşmenin uyarlanması" (*Anpassung des Vertrags*), özellikle Fransızca eser ve kararlarda, Fransız hukukunun etkisiyle, "emprevizyon" (*imprévision*) ifadeleri de kullanılmaktadır. İsviçre Hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda somut bir teorinin olmaması böylesi bir terim çokluğuna yol açmış ve bu terim karışıklığı büyük ölçüde Türk hukukuna da yansımıştır. Bu terimlerin yanında,

²⁸³ Theo Guhl / Alfred Koller / Anton K.Schnyder / Jean Nicolas Druey; **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. b., Schulthess, Zürich, 2000, § 38, N. 25; Wiegand, **FS Walter**, s. 446.

²⁸⁴ Philippe, s. 555.

sıklıkla “*clausula rebus sic stantibus*” sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, *clausula* teorisi, bugün tarihsel bakımdan önemini korumaktadır. Ancak hukuki temel olarak, sözleşmede yer alan koşulların değişmeyeceğinin ön kabulüne ilişkin bir zımni şartı kabul eden bu teori artık geçerli bir teori değildir. İsviçre hukukunda da, bu terim sıklıkla kullanılmakla beraber, hukuki temeller aşağıda görüleceği gibi oldukça farklıdır. Bu nedenle İsviçre hukukunda da, eski terime bağlı kalınmasının sakıncalarına dikkat çekilmiştir²⁸⁵.

Her ne kadar İsviçre Hukukunda sözleşmelerin uyarlanması bakımından bir hukuki teori kabul edilmese de, Türk Borçlar Hukukuna kaynaklık eden İsviçre Hukukunun incelenmesi Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini belirlemesi bakımından önemlidir.

2. İsviçre Hukukunda Sözleşmenin Uyarlanmasının Hukuki Temeli

a) Genel Olarak

20. yüzyılın başında, İsviçre’de de diğer birçok ülkede olduğu gibi sözleşmeye bağlılık ilkesinin katı bir uygulaması ile karşılaşılmaktadır²⁸⁶. Yine birçok ülkede olduğu gibi sözleşmenin uyarlanması ihtiyacı ilk olarak Birinci Dünya Savaşı ve bu savaşın etkileri nedeniyle ortaya çıkmıştır. Öyle ki, o dönemdeki sözleşmeler “savaş sözleşmeleri” (*contrats de guerre*) olarak nitelendirilmiştir²⁸⁷. İçtihatteki gelişmelerle birlikte *clausula* Federal Mahkeme tarafından ilk olarak *St Jean c./ Hinderberger* davasında açıkça kabul edilmiştir²⁸⁸. *Hüni* davasında ise, Federal Mahkeme ilk olarak, *clausula*, nedeniyle sözleşmenin sadece sona erdirilmesini değil değişen koşullara uydurularak devam ettirilebileceğini kabul

²⁸⁵ Pichonnaz, N. 1378.

²⁸⁶ RO 28 II 246, JdT 1903 s. 615 (Bu dava *clausula* sorununun ortaya konduğu ilk dava olarak değerlendirilir, Besson, s. 72).

²⁸⁷ Besson, s. 71/72; RO 44 II 510, JT 1919 s. 332; RO 43 II 532, JT 1917 s. 636. Bu davalarda sorun daha çok imkansızlık kavramı çerçevesinde çözüme bağlansa da, ortada imkansızlıktan çok aşırı ifa güçlüğü durumu söz konusudur. Bu olaylarda, mahkeme borçlunun ifa etmemeden doğan tazminat sorumluluğunda indirime giderek soruna dolaylı bir çözüm bulmuştur.

²⁸⁸ RO 45 II 351, (aktaran, Besson, s. 73); Kemal Tahir Gürsoy, **Hususî Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus- Emprevizyon Nazariyesi**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950, s. 58. Bu davada, Federal Mahkeme tarafların *rebus sic stantibus* kaydıyla borç altına girdiklerini kabul etmiştir. Durumların değişmemesi şartı nedeniyle, 1914 yılında savaşın çıkmasıyla tarafların sözleşme ile bağlı kalması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bu nedenle herhangi bir tazminat söz konusu olmadan taraflar sözleşmeyi sonlandırabilir.

etmiştir²⁸⁹. Bu davalarda tam olarak bir teorinin doğmasından bahsedilemez. Federal Mahkeme, soruna, ekonomik imkansızlık kavramının geniş yorumlanması veya kanundaki maddelerin kıyasen uygulanması yoluyla çare bulmaya çalışmıştır²⁹⁰.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını kabul eden öğreti ve içtihat, sözleşmenin uyarlanmasını farklı hukuki temellere dayandırmaktadır²⁹¹. Federal Mahkeme, bunu İsv. MK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralına ve(ya) hakkın kötüye kullanılması yasağını sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeli olarak görürken, öğretilerde baskın görüş sözleşmelerin uyarlanmasını, sözleşmedeki boşluğun doldurulması sorunu olarak değerlendirmektedir²⁹². Bunun yanında İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki bazı maddelerin söz konusu hukuki sorunun çözümünde kıyasen kullanılacağı görüşleri de mevcuttur.

b) Sözleşme Boşluğu Görüşü

Bir sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması sıklıkla gündeme gelen sorunlardır. Sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması sorunlarının birbirine yakın ancak birbirinden farklı sorunlar olduğu hususunda öğretilerde görüş birliği mevcuttur²⁹³. Sözleşmenin yorumlanması, tarafların karşılıklı irade beyanlarının ortak anlamını tespit etme amacıyla yapılır²⁹⁴. İrade beyanlarının yorumuyla, akdin uyumsuzluk konusu ikinci derecede noktalarının sözleşmede düzenlenmemiş olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmede boşluk olduğu

²⁸⁹ BGE 47 II 314, JdT 1921 I 561. Bu davada Federal Mahkeme eser sözleşmesinin değişen hal ve şartlara uyarlanması ile ilgili İsv. BK m. 373/II’nin kıyasen uygulanmasını kabul etmiştir. Bunun yanında sözleşme boşluğu görüşü de ilk olarak bu davada yer almıştır. Besson, s. 74/75.

²⁹⁰ Besson, s. 75.

²⁹¹ Luc Thévenoz/ Franz Werro (Ed.), **Commentaire Romand, Code des obligations I art. 1 - 529, loi sur le crédit à la consommation, loi sur les voyages à forfait**, [kıs. Commentaire Romand/İşleyen], Helbing & Lichtenhahn, Genève vd., 2003, art. 18 CO N. 193; Stefan Sulzer, **Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht**, Schulthess, Zürich, 2002, s. 205; Wiegand, **FS Walter**, s. 443-456.

²⁹² **Commentaire Romand/Winiger**, art. 18 CO N. 193; Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529**, [kıs. Basler Kommentar/İşleyen], 3. b., Helbing&Lichtenhahn, Basel-Frankfurt am Main, 2003, Art. 18 OR N 95 vd.; BGE 122 III 97(www. swisslex.ch); BGE 100 II 345, 349 (www. swisslex.ch); BGE 101 II 17 (www. swisslex.ch); BGE 107 II 343(www. swisslex.ch).

²⁹³ Oğuzman/Öz, s. 150 vd.

²⁹⁴ Oğuzman/Öz, s. 150.

anlamına gelir. Sözleşme boşluğu, sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin çeşitli yöntemlerle doldurulur²⁹⁵.

Sözleşmenin tamamlanması ile uyarlanması arasındaki ilişki konusunda İsviçre hukukunda önemli görüş ayrılıkları vardır. İsviçre’de baskın görüş sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını, sözleşmenin tamamlanması sorunu olarak ele almaktadır; sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sözleşmede var olan risk veya uyarlama boşluğunun doldurulması suretiyle olur (*gerichtliche Vertragsanpassung=Vertragsergänzung*)²⁹⁶. Sözleşmenin yorumu sonucu bir çözüme ulaşılamıyorsa, bu durumda sözleşmenin tamamlanması yoluna gidileceği, yorumun uyarlamadan önce geleceği bu görüş açısından da geçerlidir²⁹⁷.

Sözleşmede boşluk olduğu ve bu boşluğun hakim tarafından doldurulmasını savunan bu görüşe göre, sözleşmedeki boşluk yeni ortaya çıkan durumun taraflarca öngörülememesinden doğmuştur. Değişen koşulların ortaya çıkması ile oluşan durumun taraflarca sözleşmenin kuruluş aşamasında düşünülmemiş ve bu nedenle düzenlenmemiş bir durum olması bir uyarlama boşluğu (*Anpassungslücke*), bir risk boşluğu (*Risikolücke*) doğurmuştur²⁹⁸. Sözleşmelerin uyarlanması “sonradan ortaya çıkan bir sözleşme boşluğu”nun doldurulmasıdır (*nachträgliche Vertragslücke*) ve bu boşluk genel olarak sözleşme boşluğunda olduğu gibi doldurulmalıdır²⁹⁹. Burada söz konusu olan nitelikli bir boşluk doldurmaz; zira sonradan ortaya çıkan bir boşluk

²⁹⁵ Detaylı açıklama için bkz. Oğuzman/Öz, s. 153 vd.; Paul Piotet; “Le complètement judiciaire du contrat”, **RDS 1961/I**, s. 367-401; Wilhelm Yung; “L’interprétation supplétives des contrats”, **ZBJV 1961**, s. 41-63.

²⁹⁶ Ernst Kramer/Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Teilband 1**, [Kıs. Berner Kommentar/İşleyen], Stämpfli, Bern, 1986, Art. 18 OR N. 275, 297 ve N. 325 vd.; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR N. 591-594**; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N. 116; Peter Gauch / Walter R. Schlupe / Jörg Schmid / Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil : ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 8. b. Schulthess, Zürich vd. 2003, N. 1293; Herbert Schönle, “L’Imprévision de faits futurs lors de la conclusion d’un contrat”, **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift**, Ed. Hans Peter v.d., Universitätsverlag, Freiburg, 1982, s. 413-441, (s. 437); Pichonnaz, N. 1395; Claire Huguenin, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. b., Schulthess, 2006, N. 289; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4.b., Stämpfli, Bern, 2006, N. 35.05. Pichonnaz, N. 1395; karş. BGE 127 III 300, 307 (www.swisslex.ch).

²⁹⁷ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 1261; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR N. 533**; Reto Erdin, **Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR**, St. Gallen, Diss., Verlag Paul Haupt, Bern vd., 1997, N. 134 vd.

²⁹⁸ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR N. 591-594**; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 297 ve N. 322; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N. 116; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 1293; Schönle, s. 437; Pichonnaz, N. 1395.

²⁹⁹ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR N. 592**; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 328.

vardır ve hakimin amacı sözleşmeyi tamamlamak değil sözleşmeyi düzeltmektir, aynı anda hem düzeltme hem de doldurmadır, bu nedenle düzeltici bir boşluk doldurmadan bahsedilmelidir (*korrigierende Vertragsergänzung*)³⁰⁰.

Bu boşluğun nasıl doldurulması gerektiği de öğretide belirtilmiştir³⁰¹. Sözleşmede veya kanunda, koşullardaki değişiklik, sözleşmenin her ne olursa olsun uyarlanmayacağına ilişkin olumsuz bir uyarılma hükmü ile çözüme bağlanmış ise artık bir uyarılma boşluğundan bahsedilemeyecektir. Eğer hakim buna rağmen adaletli bir sonuç olarak gördüğü uyarlamaya karar vermek istiyor ise, öncelikle bu kuralı bertaraf edebilmek için hakkın kötüye kullanılması normundan yola çıkabilir³⁰². Sözleşmede ortaya çıkan yeni duruma ilişkin bir hüküm yoksa, hakim sözleşme boşluğunu doldururken sözleşmede yer alan risk dağılımı ilkelerini dikkate alarak bunları kıyasen genişletip ortaya çıkan yeni duruma göre sözleşme boşluğunu doldurabilir³⁰³. Sözleşmede olaya uygulanabilecek herhangi bir risk paylaşımı ilkesi yok ise, hakim dürüstlük kuralına uygun olarak tarafların farazi iradelerine ulaşmaya çalışır³⁰⁴. Hakim, tarafların sözleşmenin kuruluşu aşamasında, sonradan değişen bu durumları bilselerdi ne şekilde hareket ederlerdi sorusunu cevaplayarak sözleşmedeki bu boşluğu doldurur³⁰⁵. Hakim sözleşmede yer alan uyarılma boşluğunu doldururken, sözleşme ilişkisini dikkate almalı ve bu boşluğu tarafların farazi iradelerine göre doldurmalıdır³⁰⁶. Sözleşmenin kendisinden veya ruhundan uyarlamaya ilişkin hiçbir dayanak noktası çıkartılmıyor ise artık tarafların farazi

³⁰⁰ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 642; karş. Larenz, **GG**, s. 166; *Kramer*, bu noktada haklı bir eleştiri getirmektedir: Ortada doldurulması gereken bir boşluk varsa sözleşmeye hakimin düzeltici bir müdahalesinden bahsedilmesi çelişik olacaktır, **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 329.

³⁰¹ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 648 vd.

³⁰² Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 647; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 206.

³⁰³ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 326.

³⁰⁴ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 326; yazar Federal Mahkeme'nin bir kararını örnek göstermektedir. Enerji satımına ilişkin yapılan on yıllık sözleşme kurulduktan bir yıl sonra elektrik satın alan sözleşme tarafının fabrikası yandığı için artık bu sözleşmeden beklediği faydayı kaybeder. Mahkeme, öncelikle satın alınan bir eşyanın kullanım riskinin alıcıda olduğunu belirtiyor. Mahkeme, somut durumda ise böyle bir engeli düşünmüş olsalardı tarafların ticari doğruluk gereğince en azından fabrikanın yıkılması durumunda enerji satın alma yükümlülüğünün en azından fabrikanın yeniden kurulmasına kadar askıya alınacağına ilişkin bir hüküm getirmiş olacaklarını belirtmiştir, BGE 48 II 366, 372 (www.swisslex.ch).

³⁰⁵ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 651.

³⁰⁶ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 651; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 326; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 1294.

iradelerinden yola çıkan sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan bahsedilemez³⁰⁷. Değişen koşullar karşısında aslında dürüstlük kuralı gereği taraflar biraraya gelip soruna çözüm bulmalıdırlar; bu gerçekleşmediği takdirde hakimin hukuksal sonuçları belirlemesi yedek bir çözümdür³⁰⁸. Hakimin sözleşmede yer alan boşluğu doldurma işlevinden çıkan en önemli sonuç, hakimin bunu yaparken sözleşme bağlamında hareket etmesi gereğidir, kararına dayanak olarak alabileceği nedenler somut sözleşme ilişkisi ile bağlantılı nedenler olabilecektir; örneğin, hakim tarafların genel maddi durumunu kural olarak dikkate alamayacaktır³⁰⁹. Görüldüğü gibi bu görüş sözleşmenin uyarlanması için sözleşmenin içinde bir dayanak noktası aramaktadır.

Bu görüşün karşısında ise sözleşmedeki boşluğun, sözleşmenin tamamlanması yoluyla giderilmesi mümkünse sözleşmenin uyarlanması hiç gündeme gelmeyeceği yönündeki görüş yer alır³¹⁰. Bu görüşe göre, boşluk ancak tarafları sözleşme yapmaya iten saikte olabilir, sözleşmede değil; bu nedenle sözleşme boşluğu yoktur; hakim müdahalesini taraflar sözleşme kurulduğunda ne istediklerine göre değil, müdahale esnasında ne istemeleri gerektiğine göre şekillendirecektir. Hakim, tarafların beklenmeyen hali önceden görselerdi ne isterlerdi diye bakmaz, yeni durum karşısında ne istemeleri gerekir diye bakar. Hakim sözleşmeyi yorumlamaz veya tamamlamaz onu değiştirir.

c) Medeni Kanun'un İkinci Maddesine Dayanan Görüşler

Sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeli olarak, İsviçre hukukunda da birçok yazar dürüstlük kuralına dayanmaktadır³¹¹. Sözleşmenin kurulmasından sonra

³⁰⁷ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 330. Bununla birlikte, yazar bu gibi durumlarda da sözleşmenin uyarlanmasının gerekli olabileceğini vurgulamadan geçememekte ve bu konuda hakime takdir hakkı tanımaktadır. Görüldüğü gibi, sözleşme boşluğu görüşü her zaman somut olay adaletine hizmet etmemekte, tamamlamanın olanaksız olduğu bu gibi durumlarda hukuki temele ilişkin zorlama çözümlere başvurmamaktadır.

³⁰⁸ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 649.

³⁰⁹ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 650; karşı. Larenz, **GG**, s. 165, ancak *Larenz* hukuksal sonuçlardan değil, işlem temeline verilecek anlamdan bahsederken sözleşme ile ilişkilendirmiştir: “İşlem temeli anlamında ancak somut sözleşme ilişkisini ilgilendiren onun içeriğini ve niteliğini değiştirebilecek olan koşullar dikkate alınabilecektir”.

³¹⁰ Besson, s. 62; Descheneaux, s. 532a.

³¹¹ Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Art. 1-456** [kis. Basler Kommentar/İşleyen], 2. b., Helbing & Lichtenhahn, Basel-Frankfurt am Main, 2002, Art. 2 ZGB N. 19; Bischoff, s. 191; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 181 vd.; Descheneaux, s. 548a vd.; Hausheer/Jaun, Art. 2 ZGB N. 3.104; Bühler, s. 52; BGE 117 II 218, 224; BGE 118 II 297, 300; BGE 97 II 390, 398(www.swisslex.ch); BGE 122 I 328, 341 (www.swisslex.ch). Aslında sözleşme boşluğu görüşü tarafları

ortaya çıkan değişiklik sonucu mağdur olan taraftan sözleşmeye o şekilde devam etmesi dürüstlük kuralına aykırı olacak ise sözleşme uyarlanmalıdır.

İsviçre hukukunda dürüstlük kuralı taraftarları, sözleşmenin uyarlanması konusunda hakkın kötüye kullanılması yasağına da dayanmıştır³¹². Önceden görülemez değişiklikler sonucu sözleşmede edimler arası dengenin bozulmasına rağmen, taraflardan birinin talebinde ısrar etmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir³¹³. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan önceden görülemez değişiklik sonucu edim ve karşı edim arasındaki denge aşırı ölçüde bozulmuş ise, buna rağmen ifa talebinde ısrar eden sözleşme tarafı İsv. MK 2/II uyarınca hakkını kötüye kullanmış sayılmalıdır.

Federal Mahkeme de birçok kararında *clausula* uygulamasını İsv. MK m. 2/II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırmaktadır³¹⁴. Mahkeme'ye göre sonradan ortaya çıkan ve önceden görülemeyen koşullar nedeniyle, edim ve karşı edim arasında taraflardan birinin talebinde ısrarının hakkın kötüye kullanılması olarak görülmesine neden olacak derecede, büyük bir dengesizliğin ortaya çıkması durumunda hakim İsv. MK m. 2/II gereği sözleşmeyi değiştirmeli veya ortadan kaldırmalıdır³¹⁵. Federal Mahkeme bu kararlarında İsv. MK m. 2'yi sadece sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeli olarak görmemekte aynı zamanda uyarlamayı hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan davranışların önüne geçme yöntemi olarak da kullanmaktadır³¹⁶. Federal Mahkeme'ye göre, uzun süreli bir sözleşme ilişkisinde, sözleşme tarafları, sözleşmenin kurulması anında var olan koşulların sonradan değişebileceğini de dikkate almalıdırlar; bu gibi değişikliklerin karşılıklı edimlere etkisini engellemekten açıkça veya zımnen imtina etmişler ise sözleşmenin özü gereği kurulduğu şekliyle ifa edilmesi zorunludur;

da, sözleşmede yer alan uyarlama boşluğunun tamamlanmasının dürüstlük kuralı uyarınca yapılmasını belirterek, sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelinde MK m. 2'yi dışlamazlar. Bu görüş taraftarlarınca, sözleşmede yer alan uyarlama boşluğunun doldurulmasının gerekçesi dürüstlük kuralı olarak değerlendirilir, karşı. Pichonnaz, N. 1395.

³¹² Deschenaux, s. 549a; Merz, **ZSR 1942**, s. 508a.

³¹³ BGE 97 II 390, 398 (www. swisslex.ch).

³¹⁴ **Basler Kommentar/Honsell**, Art. 2 ZGB N. 19; Sulzer, s. 205; BGE 97 II 390, 398 (www. swisslex.ch); BGE 101 II 17,19, 21(www. swisslex.ch); BGE 100 II 345, 349 (www. swisslex.ch); BGE 107 II 343, 348, (www. swisslex.ch).BGE 122 III 97 (www. swisslex.ch); karşı. **Basler Kommentar/ Wiegand**, Art. 18 OR N. 123 vd.

³¹⁵ BGE 97 II 390, 398 (www. swisslex.ch).

³¹⁶ Wiegand, **FS Walter**, s. 446/447.

taraf lar bunu yapmamış ve uyar lama klozu öngörmemiş lerse kural olarak her taraf de ğiş en koş ulların kendisine getirdi ğ i riski taş ımakla yük ümlü dür, hakim in mü dahalesi ancak aradaki orantıs ızlı ğ ın aş ırı bir şekilde sö mürüldü ğ ü ve buna ba ğ lı olarak açık bir hakk ın kötü ye kullanılması durumunun ortaya ç ıktı ğ ı hallerde söz konusu olabilir³¹⁷.

Hakk ın kötü ye kullanılması gö rüş ü özellikle son yıllarda ö ğ retide eleştirilmiştir. Bu gö rüş e göre hakim in yaptığı uyar lamanın, hakk ın kötü ye kullanılması normu ile desteklenmesine gerek yoktur, hakk ın kötü ye kullanılması ancak bir hakk ın kullanılmasının engellenmesini sa ğ layabilir, yani uyar lama sorununa kapsayıcı bir ç özü m getiremez³¹⁸. Buna ra ğ men hakk ın kötü ye kullanılması bakış aç ısı da, hem uyar lama sorununu dür üstlük kuralına dayandırarak hem de hakim in sözleşmeyi uyar larken temkinli davranması gere ğ ini vurgulayarak do ğ ru sonuç lara gö türmemektedir³¹⁹. Hakk ın kötü ye kullanılmasının sözleşmelerin uyar lanmasına yeterli hukuki dayanak sa ğ lamadı ğ ını düş ünen bu yazarlar dür üstlük kuralı bakımından bu eleştiriyi getirmemişlerdir.

Hausheer/Jaun eserlerinde hakim in risk paylaşımına istisnai olarak mü dahale edebilece ğ ini, bunun da dayana ğ ının İsv. MK m.2/II'de yer alan hakk ın kötü ye kullanılması yasa ğ ı oldu ğ unu belirtmekle beraber³²⁰, hemen arkasından sözleşme boş lu ğ u gö rüş üne uygun olarak hakim in sözleşmedeki boş lu ğ u dolduraca ğ ını ifade etmişlerdir³²¹. Hakk ın kötü ye kullanılması ve sözleşme boş lu ğ u gö rüş ünün bir arada savunulması ise ç eliş kilidir.

d) Baş kaça Gö rüş ler

İsviçre Borç lar Kanunundaki bazı hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla sözleşmenin de ğ iş en koş ullara uyar lanmasının mümkün oldu ğ unu savunan çe şitli gö rüş ler mevcuttur.

³¹⁷ BGE 107 II 343, 347, (www.swisslex.ch).

³¹⁸ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 646; Peter Gauch, "Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge", **Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht**, Ed. Peter Gauch v.d., Schulthess, Zürich 2001, s. 209-244, (s. 234/235).

³¹⁹ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 646.

³²⁰ Hausheer/Jaun, **Art. 2 ZGB** N. 114.

³²¹ Hausheer/Jaun, **Art. 2 ZGB** N. 121.

Sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini ahlaka aykırılık butlanı olduğu görüşü, İsviçre hukukunda sadece *Stammler* tarafından savunulmuş ve fazla taraftar bulamamıştır³²². Başlangıçta, ahlaka aykırılık taşımayan bir sözleşme, zaman içerisinde ahlaka aykırı hale gelebilir. Bu durumda zarar gören taraf geçersiz hale gelmiş sözleşmenin ifasını reddedebilir. Bu görüş eleştirilmiştir. Ahlaka aykırılık, her zaman, kendi başına ifanın özüne ilişkin bir durumdur; edim-karşı edim ilişkisi veya muhatabın amacının boşa çıkması ile ilgisi yoktur³²³.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerinin yarattığı adaletsiz durumu imkansızlık sorunu olarak değerlendiren görüşler günümüzde de mevcuttur³²⁴. İsviçre hukukunda İsv. BK 373/II'nin kıyasen uygulanması görüşü de yaygın olarak savunulmuştur. Bir diğer ilginç görüş de, *Bucher* tarafından ileri sürülmüştür. *Bucher, clausula* sorununun kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamayacağını öngören İsv. MK m. 27/II çerçevesinde çözülebileceğini savunmuştur³²⁵.

Kanunda yer alan uyarlama mantığı taşıyan özel hükümlerin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla sözleşmelerin uyarlanabilmesi görüşü öğretilmiştir. Kanunda uyarlamaya ilişkin özel hükümlerin varlığı aslında yasakoyucunun genel bir hükümlerle uyarlamayı düzenlemek istememesi gerekçesiyle de açıklanabilir, özellikle de, sözleşmelerin uyarlanması ile ilgili açık tek hükmün genel hükümlerde yer almayıp, sadece eser sözleşmesine ilişkin maddede bulunması bunu destekler niteliktedir³²⁶. Bu nedenle, sözleşmenin uyarlanması ile ilgili özel hükümlerin kıyasen uygulanması görüşü yeterli dayanak oluşturamamaktadır.

³²² Rudolf Stammler, "Änderung laufender Verträge", **ZBJV** 58, s.49-62.

³²³ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 193.

³²⁴ Oliver Kälin, "Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR und clausula rebus sic stantibus", **Recht** 2004, s. 246-256; İmkansızlık düzenlemesinin birçok durumda daha yerinde olduğu görüşünde, Stefan Sulzer, "Clausula rebus sic stantibus und der gestörte Vertragszweck", **AJP** 2003, s. 987-994 (s.994).

³²⁵ Eugen Bucher, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband; Kommentar zu Art. 27 ZGB**, 3. b., Stämpfli, Bern, 1993, N. 197.

³²⁶ Deschenaux, s. 528a.

Sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeli olarak kanunda bu yönde bir boşluk olduğu görüşü İsviçre hukukunda *Bischoff* tarafından ileri sürülmüştür³²⁷. Yazara göre değişen koşulların sözleşmeye etkisi konusunda kanunda veya sözleşmede risk paylaşımına ilişkin bir hüküm yoksa, sözleşmenin hakim tarafından uyarlanmasına ilişkin mağdur tarafın ilkesel bir hakkı yoktur, bu karar bütünüyle hakimin takdir yetkisine dahildir. Değişen koşullara ilişkin adaletli bir risk dağılımı kuralı yok ise, bu gibi riskleri hükme bağlamak için İsv. MK m. 1'den faydalanılabilir. Bu hüküm hakime yasakoyucu yerine geçerek (*modo legislatoris*) kanun boşluğunu doldurma yetkisi tanımaktadır. Sözleşmesel risk alanları dışında yer alan riskler tam olarak *clausula*'nın uygulama alanına düşmektedir, bu nedenle *clausula rebus sic stantibus*, *Bischoff*'a göre bir kanun boşluğu doldurma işlemi olmak zorundadır.

Sözleşmelerin uyarlanması konusunda İsviçre hukukunda oldukça taraftar toplayan bir başka görüşe göre ise, bazı şartlarda geleceğe ilişkin olgular konusundaki yanlış tahminler sözleşmenin uyarlanmasına değil, sözleşmenin temel hatası nedeniyle iptaline yol açar. Bu görüşe aşağıda temel hatası ile sözleşmenin uyarlanması arasındaki ilişkiyi incelediğimiz bölümde daha detaylı olarak değineceğiz³²⁸.

e) İsviçre Hukukunda İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi

İsviçre öğretisinde, Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin kabul edildiğini söylemek mümkün değildir³²⁹. İşlem temelinin çökmesi teorisi, bir Alman hukuku teorisi olarak değerlendirilmektedir³³⁰. Özellikle *Bischoff* bu teoriyi kesin bir dille reddedip, İsviçre sözleşme hukukunun yapısına aykırı bulmakta ve hukuk güvenliğini tehdit eder nitelikte görmektedir. Alman hukukundan farklı olarak,

³²⁷ Bischoff, s. 177/178. Engel, bir kanun boşluğundan bahsedilebilmesi için hakime verilecek bu yetkiyi haklı kılacak yeterince olayın olup olmadığını sorgulamıştır, Engel, s. 792 vd.

³²⁸ Bkz. aş. B. II/II/D.

³²⁹ İsviçre Hukukunda Alman öğretisinin bu konudaki etkisi için bkz. Wolfgang Wiegand / Bernhard Berger, **Die Einführung des Euro-Auswirkungen auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse in der Schweiz**, 2. b., Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 83 vd.

³³⁰ **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N. 97.

“işlem temeli” kavramının İsv. BK m. 24’de düzenlenmiş olmasını da, görüşünü destekleyen bir gerekçe olarak sunmaktadır³³¹.

İsviçre hukukunda, işlem temelinin çökmesi terimi kural olarak Alman hukuku bağlamında kullanılmakta, İsviçre öğretisinde kabul edilen görüşlerle ortak yönlerinin bulunması nedeniyle zaman zaman bunlarla birlikte anılmaktadır³³². Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin sadece sözleşmelerin uyarlanmasını değil, sözleşmenin haklı nedenle feshini ve temel hatasını da kapsadığı; oysa İsviçre hukukunda bunların ayrı kurumlar olduğu, sadece teorik temellerinin büyük ölçüde özdeş olduğu da belirtilmiştir³³³. Gerçekten de, Alman işlem temelinin çökmesi teorisi, İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak temel hatasını da kapsar, bu anlamda temel hatası Alman hukukunda işlem temelinin baştan eksikliği olarak (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*) ifade edilir. İşlem temelinin baştan eksikliği açısından da dar anlamda uyarlama sonucu geçerlidir; oysa İsviçre-Türk hukukunda bir irade bozukluğu hali olan temel hatasının sonucu uyarlama değil iptal edilebilirliktir. Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanının İsviçre hukukuna göre daha geniş olması da, bu görüşün İsviçre’de kabul edilmeyişin bir başka gerekçesidir. Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi sadece sosyal felaket niteliğindeki olaylarla sınırlanmamıştır³³⁴.

İsviçre borçlar hukukundaki bu özelliğin Türk hukuku açısından önemi ve etkisi mutlaka değerlendirilmelidir. Ancak yargı kararlarında ve öğretilerde sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda İsviçre sisteminden ayrıldığımızı dikkat etmek gerekir. İsviçre’deki gelişimin aksine, Türk hukuk öğretisi ve uygulaması Alman işlem temelinin çökmesi teorisini reddetmemiş aksine son yıllarda baskın görüş olarak savunmuştur³³⁵.

Özetle İsviçre hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisinin kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, İsviçre hukukunda sorun baskın görüş tarafından sözleşmelerin tamamlanması çerçevesinde çözüme kavuşturulduğu için, Alman ve Fransız hukukundan farklı olarak sözleşmelerin uyarlanması konusunda

³³¹ Bischoff, s. 202.

³³² **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N. 97; **Basler Kommentar/Honsell**, Art. 2 ZGB N. 19.

³³³ **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N. 97.

³³⁴ karşı. Bischoff, s. 202.

³³⁵ Bkz. aş. B. I/IV/C.

tam bir teorinin geliştiği de söylenemez. Sorun sözleşme çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır. İsviçre hukukunda öğreti sözleşmeye hakimin müdahalesinin şartları ve sonuçları üzerinde durmuş, bu müdahalenin hukuki temeline ilişkin bir teori üretmemiştir. Her ne kadar sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeli olarak MK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı öne sürülse de, dürüstlük kuralı tek başına emprevizyon veya işlem temelini çökmesi teorisi gibi bir teori değildir. Bu teorilerin de çıkış noktası dürüstlük kuralıdır ancak önemli olan somut ölçütler ortaya koymaktır³³⁶. Sözleşme boşluğunun doldurulması görüşü de bir teori değildir; zira soruna sözleşmenin içinde cevap arayan bir görüştür. İsviçre’de bir teorinin oluşmamış olmasının önemli bir sonucu da, kanunda yer alan başka hükümlerin doğrudan veya kıyasen uygulanması yoluyla çözüm arayışının somut bir teoriye sahip Alman hukukuna oranla oldukça yoğun olmasıdır. Bu noktalar Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının hukuki ve teorik temeli değerlendirilirken hesaba katılmalıdır. Ancak İsviçre hukukunda işlem temelini çökmesi teorisinin kabul edilmemesi, bu konuda Türk hukukunda varılacak sonucu doğrudan etkilememelidir. Türk hukukunda, aşağıda görüleceği gibi, işlem temelini çökmesi teorisi, İsviçre hukukuna göre öğreti ve içtihatla yer almış bir teoridir. Bu da, Türk hukukundaki gelişmelerin İsviçre hukukundan farklı bir yönelim izlediğini gösterir.

III. ULUSALÜSTÜ HUKUKTA SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI

A. GENEL OLARAK

Sözleşme hukukunun uyumlaştırılması özellikle son dönemde ivme kazanmış, özel hukuk ve ticaret hukukundaki uluslararası uyumlaştırma çalışmalarına paralel olarak gelişmiştir. Sözleşme hukukunun uyumlaştırılması denildiğinde akla ulusalüstü dört önemli düzenleme gelmektedir: Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC), Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (PECL), Avrupa Borçlar Kanunu Ön Tasarısı ve satım sözleşmesine ilişkin olan uyumlaştırma çalışmalarının en önemlisi Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında

³³⁶ Besson, s. 79-82.

Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)³³⁷. Uluslararası ticaret hukukunda *lex mercatoria* niteliği tartışmalı olsa da PICC ve PECL'in uluslararası ticaretteki önemi açıktır³³⁸. Türkiye henüz CISG'e taraf olmasa da yakın gelecekte taraf olabilme ihtimali oldukça yüksektir. Avrupa Borçlar Kanunu Ön Tasarısı ise şu aşamada daha çok bilimsel kaynak niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte Avrupa Birliği uyumlaştırma sürecinde borçlar hukukunun uyumlaştırılması oldukça önem verilen bir konudur.

Ulusalüstü hukuktaki bu düzenlemelerin tümünde değişen koşulların sözleşmelere etkisi ile ilgili hükümler mevcuttur. Sözleşmelerin uyarlanması konusundaki bu hükümler yukarıda açıklanan ülke hukuklarından ve teorilerden belli açılardan etkilenmişlerdir. Bununla birlikte, bu düzenlemeler, sözleşmelerin uyarlanması açısından, özellikle uluslararası ticaret pratiği dikkate alınarak hazırlanmıştır. Uluslararası ticaret pratiğinin sözleşmelerin uyarlanması konusundaki önemi dikkate alındığında, bu konuyu inceleyen bir çalışmanın kapsamında kısaca da olsa bu hükümleri anmak gereklidir, ancak bu hükümlerle ilgili detaylı bir inceleme yapmak bu çalışmanın sınırlarının dışında kalmaktadır.

B. UNIDROIT İLKELERİNDE (PICC) VE AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİNDE (PECL) SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI

PICC ve PECL'de sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin hükümler mevcuttur. PICC ve PECL'deki bu hükümler uluslararası ticaretteki gelişmeler dikkate alınarak hazırlanmıştır, bilindiği gibi uluslararası ticarete *hardship* klotzlarının yaygın uygulama alanı bulunmaktadır³³⁹.

1994 tarihinde, özel hukukun birleştirilmesi amacını taşıyan bir uluslararası enstitü olan *Unidroit* tarafından yayınlanan PICC'nin 6.2.1-6.2.3 arasındaki

³³⁷ Sözleşme hukukuna ilişkin uluslararası uyumlaştırma çalışmaları ve CISG ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yeşim Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, [kis. CISG], Beta, İstanbul, 2005.

³³⁸ Arzu Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği", **AÜHFD 2001**, sy. 3, s. 11-53.

³³⁹ Bkz. aş. B. III/IV/C/2/a/3.

maddelerinde *hardship* düzenlenmiştir³⁴⁰. PICC'nin *lex mercatoria* niteliği bile tartışmalıyken, bu hükümlere öğretilde gösterilen ilgi büyüktür³⁴¹.

Bu hükümlerin, ifa ile ilgili bölümde yer alması tesadüf değildir; PICC'nin mücbir sebep ile ilgili 7.1.7. maddesi, ifa etmeme bölümünde yer alır. Bunun nedeni madde kaleme alınırken, uluslararası ticaretteki *force majeure* ve *hardship* klostarı arasındaki farkın dikkate alınmış olmasıdır³⁴². Bilindiği gibi uluslararası ticarete sıklıkla kullanılan *force majeure* (mücbir sebep) klostarı ile *hardship* klostarı kural olarak farklı alanları düzenler³⁴³. Mücbir sebep bir ifa etmeme ve imkansızlık sorunu iken *hardship* ifa sürecinde karşılaşılan ve ifayı imkansız kılmayan ancak zorlaştıran bir engeldir³⁴⁴. PICC düzenlemesinin bu hükümler açısından sistematığı de bu ayrıma dayanır. Uluslararası ticaretteki pratik dikkate alınarak hazırlanan PICC'de *hardship* ifadesinin tercih edilmesi de, uluslararası sözleşmelerdeki sıklıkla kullanılan terminolojiyi ne kadar dikkate aldığını gösterir³⁴⁵.

PICC'nin altıncı kısmın ikinci bölümünün ilk maddesi (6.2.1.) sözleşmeye bağlılık başlığını taşır. Bu hükme göre:

Taraflar, borçlarının ifası aşırı derecede güçleşmiş olsa bile, aşırı ifa gücüğü ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla borçlarını ifa etmek zorundadırlar.

³⁴⁰ Bu maddelerin hazırlık çalışmaları için bkz. Dietrich Maskow; **Working group for the preperation of principles for international commercial contracts, Chapter 5, Performance, Section 2: Hardship, (Draft and Comment)**, [kıs. Draft], Roma, Unidroit Study L-Doc. 46, 1990.

³⁴¹ Milletlerarası Ticaret Odası, *hardship* klostalarının sıklıkla kullanımına rağmen PICC'nin *hardship* ile ilgili hükümlerinin *lex mercatoria* niteliğini genelde kabul etmemektedir. ICC, No. 9029, 1998, **Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de CCI**, 1999, s. 91-99; ICC No. 8873, 1997; Ugo Draetta, "Les clauses de force majeure et de Hardship", **RDAI 2002**, s. 347-359, (s.351 dn. 11); Ancak bazı kararlarda bu kabul edilmiş ve *rebus sic stantibus* ilkesi uluslararası hukukun genel ilkelerinden sayılmıştır ICC N. 471, 1987, **Journal du Droit International**, 1987, s. 1012-1018, obs. *Jarvin*; ICC N. 7365, 1997, **Revue de Droit Uniforme**, 1999/3, s. 796-799.

³⁴² Anne Janzen, "Unforeseen Circumstances and the Balance of Contract- A Comparison of the Approach to Hardship in the Unidroit Principles and the German Law of Obligations", **Journal of Contract Law 2006**, s. 156-169, (s. 158).

³⁴³ Bkz. aş. B. III/ III/C/2/(3).

³⁴⁴ Draetta, **RDAI 2002**, s. 348/349. Her ne kadar uluslararası ticarete bu iki klost arasındaki sınır her zaman bu kadar belli olmasa da, klasik olarak mücbir sebep ve *hardship* farklılığı bu noktadadır.

³⁴⁵ Marcel Fontaine, "L'harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle" **Les grandes clauses des contrats internationaux, 55e séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires**, [kıs. Les grandes clauses] Ed. la Revue de droit des affaires internationales/le Groupe de Travail Contrats Internationaux, Bruylant, 2005, s. 1-15, (s. 11).

Unidroit ilkelerinde de sözleşmeye bağlılık ana ilke olma özelliğini korumaktadır. Böylelikle *hardship*'in istisnai karakteri düzenlemede vurgulanmaktadır³⁴⁶.

Hardship'den bahsedilebilmesi için gerekli şartlar PICC'nin 6.2.2. maddesinde sayılmıştır. "Tanım" başlığını taşıyan bu maddeye göre:

Hardship'in söz konusu olabilmesi için, edimlerin dengesini temelden sarsan olayların ortaya çıkması gerekir. Bu olaylar, borçların ifası için yapılacak masrafların yükselmesi veya karşı edim değerinin düşmesi sonucunu doğuracak şekilde ortaya çıkabilir. Bunun yanı sıra:

Söz konusu olayların ortaya çıkışı veya mağdur tarafça öğrenilmesi sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşmelidir;

Mağdur tarafın, sözleşmenin kuruluşu esnasında bu tür olayların ortaya çıkışını hesaba katamaması akla uygun olmalıdır;

Bu olaylar mağdur tarafın kontrolü dışında gelişmiş olmalıdır ve bu olayların riskini mağdur taraf üstlenmemiş olmalıdır.

Bu maddede edimlerin dengesini temelden sarsan olayların varlığı aranmıştır³⁴⁷. Bu olayların ne tür olaylar olması gerektiğine ilişkin herhangi bir ayrıma gidilmemiştir³⁴⁸. Olayların ne zaman edimlerin dengesini sarsar nitelikte olabileceği her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir³⁴⁹.

Olayların sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra ortaya çıkması mümkündür. Olaylar sözleşmenin kurulması anında mevcut ise, bunun mağdur tarafça sözleşmenin kurulması anında bilinmemesi gerekir. Bu düzenleme Kıta Avrupası hukukundaki düzenlemelerden oldukça farklıdır. Bu düzenlemede sözleşmenin kuruluşu esnasında var olan bir durumda hataya düşülmesinin yaptırımı olarak sözleşmenin uyarlanması imkanı getirilmiştir. Kıta Avrupası hukukundaki düzenlemelere bakıldığında sözleşmenin kurulmasından önce mevcut böyle bir olay, irade bozuklukları düzenlemelerinin uygulanması yol açacaktır. İrade bozuklukları

³⁴⁶ ICC arbitration-Case No 7365/FMS, 05.05.1997, Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems Inc., **Uniform law review** 1999, s. 796-799; Janzen, s. 158.

³⁴⁷ Janzen, s.158.

³⁴⁸ Maurício C.A Prado, "La théorie du hardship dans les Principes de l'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: Une approche comparative des Principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain", **Diritto del commercio internazionale- Pratica Internazionale e diritto interno**, t. 11, Giuffrè editore, Milano, 1997, s. 323-373, (s. 362). Yazar bu noktada Fransız hukuku ile farka da işaret ediyor. Fransız hukukunda ortaya çıkan olayların daha çok ekonomik düzenle ilişkili olması aranmıştır. Ghestin/Jamin/Billiau, N. 291.

³⁴⁹ Janzen, s. 158/159.

düzenlemeleri, birçok ülkede sözleşmenin geçerliliğine ilişkin şartlarla ilgilidir ve yaptırım sözleşmenin iptal edilebilirliğidir³⁵⁰. Kıta Avrupası'nda sadece Alman hukukundaki işlem temelinin baştan eksikliğini düzenleyen § 313 BGB, PICC 6.2.2. ile bu anlamda benzerlikler taşır. Bu maddede de irade bozukluğu hali olan temel hatasının sonucu olarak dar anlamda uyarlama imkanı getirilmiştir.

Olayın önceden görülemez niteliği de, *hardship*'in uygulanması için gerekli şartlardan biridir³⁵¹. Önceden görülemezlik şartının çok katı bir değerlendirmeye tabi tutulmayacağı söylenebilir, zira “*bu tür olayların ortaya çıkışını hesaba katamamanın akla uygun olması*” yeterlidir³⁵². Olayların mağdur tarafın kontrolü dışında gelişmiş olaylar olması da bir başka şarttır. Tarafların bu olayın riskini üstlenmemiş olmaları aranmaktadır.

Hardship düzenlemesi başka bazı yönlerden öğretilde eleştirilmiştir³⁵³: *Hardship* klozları uluslararası ticari ilişkilerde her geçen gün gelişmekte ve ihtiyaçlara göre değişmektedir. Bu nedenle *hardship* ile ilgili kanunlaştırma hareketinin de buna ayak uydurmak için sürekli değişim göstermesi yani yenilenmesi gerekir. Bu, uluslararası ticaret pratiğindeki gelişmelerin maddeye dökülme çabasının getirdiği doğal bir risktir. Bir yandan, ilerideki gelişmelerin hepsini kapsayacak kadar mükemmel bir düzenleme yapmak, uyarlama söz konusu olduğunda oldukça zordur. Diğer yandan da, düzenlemede öngörülen risk paylaşımı düşüncesi ne kadar adaletli olursa, uluslararası ticarete o kadar uygulama alanı azalacaktır. Büyük ölçekteki sözleşmelere taraf olan bankalar, finansman şirketleri haklı olarak riski minimuma indirmeye çalışacak; bu nedenle de *hardship* ile ilgili düzenlemeden uzaklaşacaktır.

Görüldüğü gibi, PICC düzenlemesi birçok açıdan öğretilde tartışma konusu olmuştur.

PECL'nin sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması ile ilgili 6:111 maddesi ise “durum değişiklikleri” başlığını taşır. Hiçbir teoriye, şarta ve sonuca göndermede

³⁵⁰ PICC'deki bu düzenleme Amerikan hukuku ile benzerlik göstermektedir (*Existing Impracticability or Existing Frustration*), Prado, **Diritto del commercio internazionale 1997**, s.362. (karş. Restatement Second of Contracts parç. 266, Prado, **Diritto del commercio internazionale 1997**, s. 346/347).

³⁵¹ Janzen, s.159.

³⁵² Prado, **Diritto del commercio internazionale 1997**, s. 363.

³⁵³ Detaylı bilgi ve pratikteki örnekler için bkz. Draetta, **RDAI 2002**, s. 352-358.

bulunmayan bu başlık sadece sorunun temelini göstermektedir³⁵⁴. Bu maddeye göre:

(1) Taraflardan biri için, gerek ifa masraflarının artmasından gerekse karşı edimin değerinin düşmesinden dolayı ifa külfetli hale gelse de, bu taraf borçlarını yine de ifa etmelidir.

(2) Bununla birlikte, ifa durum değişikliği sonucu aşırı derecede külfetli hale gelmişse, taraflar, sözleşmelerinin uyarlanması veya sona erdirilmesi yönünde yeniden müzakerelere girişmek borcu altındadırlar. İşbu durum değişikliği;

(a) sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmiş olmalı;

(b) tarafların sözleşmenin kurulması esnasında göz önünde bulundurmalarının makul olmadığı bir değişiklik olmalı;

(c) ve mağdur taraf sözleşme uyarınca bu değişikliğin getirdiği riski üstlenmemiş olmalıdır.

(3) Tarafların makul bir sürede anlaşamaması durumunda, mahkeme:

(a) Sözleşmeyi belirlediği tarih ve koşullarda sona erdirebilir;

(b) veya taraflar arasında, durum değişikliğinden kaynaklanan kayıpları ve kazançları adil bir biçimde dengeleyecek şekilde sözleşmeyi uyarlayabilir.

Bu iki halde de, mahkeme taraflardan birinin müzakerelere yanaşmamasından veya dürüstlük kuralına aykırı biçimde müzakerelere son vermesinden kaynaklanan zararın tazminine de karar verebilir.

Bu düzenlemelerin yanında *Gandolfi* tasarısı olarak bilinen Avrupa Borçlar Kanunu Ön Tasarısı'nın (*Avant projet du code européen des contrats*) “İfa edilmemiş olarak kabul edilemeyecek borçlar” başlığını taşıyan 97. maddesinin ilk fıkrasını burada anmak gerekir:

« Borçlu³⁵⁵ ediminin ifasında gecikmiş veya edimini kısmen ifa etmiş olsa da, bu durum ifayı aşırı derecede güçleştiren olağanüstü ve önceden görülemez olaylar sonrasında gerçekleşmiş ve bunun sonucu olarak da – m. 157’de öngörüldüğü gibi- sözleşmenin yeniden müzakeresini isteme hakkı vermişse, artık ifa edilmmeden bahsedilemez. Bununla birlikte borçlu alacaklısına bu başvuruda bulunacağına ilişkin niyetini, ifa zamanı gelmeden veya alacaklı 96. maddenin a bendinde yer alan ihtarı göndermeden, bildirmelidir ».

³⁵⁴ Fauvarque-Cosson, **RDC 2004/1**, s.68.

³⁵⁵ Fransızca, Almanca, İngilizce, İtalyanca ve İspanyolca metinlerde “borçlu” ifadesi kullanılmıştır. Oysa, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar sonucu uyarlama isteyen sözleşme tarafı borçlu olabileceği gibi alacaklı da olabilir. Bu nedenle, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusundaki birçok düzenlemede “mağdur taraf” ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifade zaafiyeti PICC ve PECL’nin ilgili maddelerinin Fransızca metinlerinde de mevcuttur ancak aynı hükümlerin Almanca metninde “mağdur taraf” ifadesi kullanılmıştır. Benzer bir yanlışlık Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da mevcuttur (karş. BKT m. 137); Bkz. aş. B IV/III/D.

C. ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NDA SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI

CISG m. 79 f. 1'e göre³⁵⁶:

Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmeme dolayısı sorumlu tutulmaz.

Bu maddenin yukarıda açıklanan PICC m. 6.2.2 ve PECL m. 6:111'den en önemli farkı, sözleşmelerin aşırı ifa güçlüğü halinde uyarlanmasına ilişkin açık bir düzenleme olmamasıdır³⁵⁷. Bu maddede hem mücbir sebebin hem de aşırı ifa güçlüğü'nün birlikte düzenlendiği öğretide savunulsa da, madde metni bu konuda PICC ve PECL'den farklı olarak açık bir ayrıma gitmemiştir³⁵⁸. Bununla birlikte, sözleşmelerin uyarlanması ihtiyacı, uluslararası ticarete ve uluslararası satım sözleşmelerinde de sıklıkla gündeme gelmektedir. Bu nedenle maddenin aşırı ifa güçlüğü halini kapsayıp kapsamadığı, bu madde ile ilgili en önemli tartışmalardan biridir³⁵⁹. CISG'de açıkça yer almamasına rağmen, baskın görüş, özellikle ifadaki aşırı ifa güçlüğü hallerini m. 79 kapsamında değerlendirmektedir³⁶⁰. Buna gerekçe olarak madde metnindeki "engel" (*impediment*) ifadesinin kullanılması gösterilmekte, bu ifadenin mücbir sebebe nazaran daha esnek bir ifade olduğu belirtilmektedir³⁶¹.

Aşırı ifa güçlüğü halinin, m. 79 kapsamına girdiği kabul edilse bile, sözleşmelerin dar anlamda uyarlanması sonucunun, bu maddeye göre, mümkün olup

³⁵⁶ CISG'in Adalet Bakanlığına tevdi edilen çevirisi için, bkz. Atamer, **CISG**, Ek 1, s. 491.

³⁵⁷ Atamer, **CISG**, s. 463.

³⁵⁸ Draetta, **RDAl 2002**, s. 349. PICC ve PECL'de *force majeure* ve *hardship* ayrımının bu denli açık olmasının gerekçelerinden biri de, CISG'deki düzenlemeden uzaklaşmaktır. Piero Bernardini, "Hardship e force majeure", **Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT**, Ed. Michael J. Bonell v.d., Giuffrè, Milano, 1997, s. 193-214, (s.200,207).

³⁵⁹ Rimke, s.218-227; Christoph Brunner, **UN-Kaufrecht-CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 ; unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht**, [Kis. UN-Kaufrecht-CISG], Stämpfli, Bern, 2004, Art.79, N.27.

³⁶⁰ Rimke, s. 219, s. 226/227; Brunner, **UN-Kaufrecht-CISG**, Art. 79 N. 27; Atamer, **CISG**, s. 464

³⁶¹ Rimke, s. 226.

olmadığı oldukça tartışmalıdır³⁶². Bir görüşe göre, bu olasılıklarda sadece sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir³⁶³. Diğer bir görüşe göre ise, m. 79'da var olan boşluk CISG m. 7, f.2 yardımıyla genel ilkelere göre doldurulmalı, Unidroit ilkelerinde yer alan *yeniden müzakere etme* yükümlülüğü ve uyarlama imkanı burada da tanınmalıdır³⁶⁴.

CISG m. 79'un aşırı ifa güçlüğü halini düzenlediğini kabul etmekle beraber uyarlama hakkını vermediğini savunan görüşe göre, CISG'de sözleşmelerin uyarlanması olgusu göz ardı edilmemiş (karş. CISG m. 50), ancak buna m. 79'da yer verilmemiştir; bu da bu noktanın ulusal hukuklara bırakılmadığını, aşırı ifa güçlüğünde uyarlamanın CISG sisteminde kabul edilmediğini gösterir³⁶⁵. Buna rağmen CISG'de bir boşluğun olduğu ve bunun doldurulması gerektiği savunulamaz. Bu görüşteki yazarlara göre CISG'ı hazırlayanların *hardship* veya emprevizyon veya işlem temelini çökmesi teorilerini antlaşmaya almamak hususunda iradeleri de açıktır³⁶⁶. Bu görüşe karşı çıkan yazarlar ise, CISG m. 79'un bu hususta bir boşluk içerdiğini ve bu boşluğun Unidroit ilkeleri yardımıyla doldurulması gerektiğini, sözleşmenin yeniden müzakeresine ilişkin usulün ve sözleşmelerin uyarlanmasının bu ilkelere göre yapılması gerektiğini savunurlar³⁶⁷.

Bununla birlikte CISG m. 79'un hiç bir koşulda uyarlama hakkı vermediğini şiddetle savunan ve bununla ilgili çeşitli gerekçeler sunan *Pichonnaz*, CISG m. 79'un bu doğrultuda değiştirilmesinin yerinde olacağını, PICC ve PECL'deki düzenlemelere de bakılırsa gelişmelerin bu yönde olduğunu ve maddenin bu anlamda gözden geçirilmesini de savunmaktadır³⁶⁸. Demek oluyor ki, iki görüş açısından CISG m. 79'un sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin açık bir düzenleme içermemesinin eksikliği vurgulanmaktadır. Bizim görüşümüze göre, bu noktada eksikliğin kabulünden sonra maddede bir değişikliğin umulması ve beklenilmesi yerine, antlaşmada bu hususta bir boşluk olduğunun kabul edilip PICC ve PECL

³⁶² Tartışmaların ayrıntısı için bkz. Atamer, **CISG**, s. 466.

³⁶³ Pichonnaz, N. 1821; Rimke, s.227.

³⁶⁴ Brunner, **UN-Kaufrecht-CISG**, Art. 79 N.27.

³⁶⁵ Pichonnaz, N. 1819.

³⁶⁶ Pichonnaz, N. 1755.

³⁶⁷ Alejandro M. Garro; "The Gap-Filling Role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and CISG", **Tulane Law Review** 1995, s. 1149-1257, (s.1183/1184); Brunner, **UN-Kaufrecht-CISG**, Art. 79 N.27.

³⁶⁸ Pichonnaz, N 1821-1823.

düzenlemeleri dikkate alınarak bu boşluğun doldurulması daha yerinde bir çözümdür³⁶⁹. Uluslararası ticarete büyük önem taşıyan CISG'in sözleşmelerin uyarlanması hususunda borçlar hukukundaki uyumlaştırma çalışmalarından geri kalması düşünülemez.

IV. TÜRK HUKUKU

A. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASININ TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

Türk hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması çok uzun süreden beri gerek öğreti gerek içtihat tarafından kabul edilmektedir. Türk hukukunda da Fransız hukukunda olduğu gibi sözleşmelerin uyarlanması ilk olarak Danıştay tarafından kabul edilmiştir³⁷⁰. Karara konu olan olay özetle şu şekilde gelişmiştir³⁷¹: İstanbul Haliç Şirketi, yolcu sayısının 1329 senesinde 10 milyon iken, 1934 senesinde 4 milyona inmiş olmasından dolayı, hasılatının işletme masraflarını karşılayamayacak kadar düşmesi ve bu nedenle büyük zararların baş göstermeye başladığını ileri sürerek imtiyaz sözleşmesinin uyarlanmasını talep etmiştir. Danıştay, ortaya çıkan ve önceden görülemez bir olay sonucu, imtiyaz sözleşmesi tarafının, idareden, bu olayın sürdüğü olağanüstü devre için tazminat talebinde bulunmaya hakkı olduğu sonucuna varmıştır. Kararda, davacının hizmeti terk etmiş olması nedeniyle bu hakkının olmadığı sonucuna varılsa da, bu kararlar Danıştay, idari sözleşmelerde uyarlanmanın “tazminat ödeme” suretiyle yapılacağına karar vermiştir. Bu kararı, sözleşmelerin uyarlanması konusunda birçok karar takip etmiş ve Danıştay içtihadı sözleşmelerin uyarlanması konusunda birçok ilke geliştirmiştir³⁷².

Yargıtay'ın sözleşmelerin uyarlanması sorunuyla karşılaşması ise, 1939 yılında savaşın etkisinin hissedilmesiyle olmuştur. Yargıtay'ın uyarlamaya ilişkin ilk içtihadı

³⁶⁹ *Erdem* de CISG m. 79'da uyarlamamanın yer almadığı görüşündedir, yazar bu noktada antlaşmanın yeterli olmadığını ve sözleşmelerin çoğu kez bu konuda CISG yerine başka düzenlemeler tercih edeceklerini belirtmiştir. Ercüment Erdem, **La Livraison des marchandises selon la Convention de Vienne**, Editions Universitaires, Fribourg, 1990, N. 1205.

³⁷⁰ Feyzioğlu, s. 30 vd; Samim Gönensay, “Mukavelelerin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi”, **Cemil Bilsel'e Armağan**, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939, s. 161-171, (s. 168/169 dn. 10).

³⁷¹ Gürsoy, s. 70/71.

³⁷² Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Gürsoy, s. 71-73; Feyzioğlu, s. 30 vd.

ise 1942 yılındadır³⁷³. Bu kararda eser sözleşmesinin uyarlanmasına ilişkin BK m.365/II'nin uygulanmıştır. Bu kararlarla Yargıtay genel olarak dürüstlük kuralı ve BK m.365/II hükmü gereğince sözleşmelerin uyarlanabileceğini ilk kez, ilkesel olarak kabul etmiştir³⁷⁴. Ancak durumun özelliklerinin müteahhidin *mahv ve perişanîyetini mucip olmadığından*, Yargıtay sözleşmenin tadiline gerek görmemiştir³⁷⁵.

Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması sorununun özellikle Almanya ve Fransa'ya göre daha geç ortaya çıkmasının ana nedeni savaş ortamının olmamasıdır³⁷⁶. Buna rağmen özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı ekonomik sıkıntılar Türkiye'ye de yansımıştır. İlk kararlarında Yargıtay'ın mücbir sebep kavramını geniş yorumlayarak meseleye çare bulduğu gözlemlenir³⁷⁷.

Yargıtay kararlarında sözleşmelerin uyarlanması ile ilgili içtihat son yıllarda büyük bir artış göstermiştir. Son yıllarda ülkemizde yaşanan büyük ekonomik krizler ve bu krizlerin yabancı para borçlarına olumsuz etkileri bunun en önemli nedenidir. Yargıtay'ın önüne her ekonomik kriz döneminde sayısız olay gelmiş ve Yargıtay ekonomik krizden etkilenen sözleşmeler konusunda bazı esaslar kabul etmiştir. Bununla birlikte, bu kararlarda sözleşmelerin uyarlanması konusunda tutarlı bir yaklaşımın varlığından bahsedilemez. Bu konuda en çarpıcı örnek, aynı ekonomik kriz döneminde kira sözleşmelerinin uyarlanması noktasında tereddüt etmeyen mahkemelerin, banka kredi sözleşmeleri söz konusu olduğunda, çoğunlukla ekonomik krizin önceden görülemez sayılmadığını kabul edip uyarlamamasıdır³⁷⁸.

³⁷³ T.D. 02.06.1942 (Halis H. Sungur, **Borçlar Kanunu ve Tatbikatı II, Akdın Muhtelif Nevileri**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1943, BK m. 365, s. 240/241); Gürsoy, s. 75; Feyzioğlu, s. 24-27.

³⁷⁴ Feyzioğlu, s. 26.

³⁷⁵ “Davacı müteahhidin 6000 lira zarara düşürülmesi Borçlar Kanununun 365 inci maddesinde derpiş edilen son derece işkâl vaziyetinde telâki edilemeyeceğinden ve işbu müsbet taahhüdün davacının mahv ve perişanîyetini mucip olamayacağından davanın reddine karar verilmiştir” (Sungur, s. 241).

³⁷⁶ Andreas Schwarz, “Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri”, **Adliye Dergisi 1944**, s. 186-202, (s.197).

³⁷⁷ Gürsoy, s. 89.

³⁷⁸ Y. 11. HD. 12.12.1994, E. 1994/5786, K. 1994/9585, “Döviz endeksli Yuva Kredisi sözleşmesi tarafların serbest iradeleri ile kurulmuş olup her ay ana paradan ödenen miktar düşüldükten sonra tekrar faiz yürütüldüğüne göre, faize faiz uygulaması olmadığı, BK m. 83. maddesine göre yabancı para üzerinden işlem yapılmasının mümkün olduğu, davacının TL'ye uyarlama istediği halde bu husustaki davalı tekliflerini de kabul etmediği, (...) hakimin sözleşmeye müdahalesi için ‘sözleşmenin yapılmadan sonra olağanüstü bir durumun meydana gelmesi, bu durumun önceden tahmin edilemeyen olması veya tahmin olunup da taraflarca gözönüne alınmış olması ve bu durumun edalar arasında hüsnüniyete aykırı fahiş fark meydana getirmesi’ şartlarının gerekli olup, Türkiye’deki yıllardır seyreden enflasyon nazara alındığında olağanüstü bir durum (değildir), (...). Davalı bankanın davacı tarafça alınan kredi bakımından teklif ettiği uyarlamaya ilişkin koşullar bugünün

İçtihatteki bu tutum haklı olarak öğretilerde eleştirilmiştir³⁷⁹. Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması konusunda Yargıtay'ın somut ölçütlere ve bir teoriye dayandığı ne yazık ki söylenemez. Yargıtay kararlarında gözlemlenen tutarsızlığın en önemli nedeni budur.

Bununla birlikte Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlarda işlem temelinin çökmesi konusunda bir ilerlemenin varlığına da işaret etmek gerekir. Bu ilerlemenin ilk göstergesi Yargıtay'ın işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanını daha geniş bir çerçevede kabul etmesi, sadece borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerle sınırlı tutmayıp nafakaya ve mal ayrılığı rejiminde boşanmadan sonra hesaplanacak katkı payına ilişkin aile hukuku işlemlerinde de bu teoriyi uygulamasıdır³⁸⁰. Bunun yanı sıra Yargıtay kısa süreli sözleşmeler bakımından da artık uyarlamanın mümkün olduğunu kabul etmiştir³⁸¹.

Yargıtay'ın banka kredi sözleşmeleri konusunda ise bankalar yandaşı tutumunda bir değişiklik ne yazık ki görülmemektedir. Son yıllarda banka kredi sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, Yargıtay bankaların özelliklerine dikkat çekmekte ve bu özelliklerin sözleşmenin uyarlanması konusunda mutlaka dikkate alınmasına özel bir önem vermektedir. Yargıtay'ın bu kararlarında şu ifadeler sürekli

ekonomik koşullarına uygun olduğu (...) anlaşılması bulunmasına (...) göre ve bu durumda davacının işbu davayı açmakta haklı olmadığı sonucuna varılmakla (...)"; Bankaların özel durumlarını sözleşmenin uyarlanması halinde dikkate alınması gerektiğini belirten aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Y. 11. HD. 01.04.2002, E. 2001/10794, K. 2002/2870; Buna karşılık dövizde endeksli bir kredi sözleşmesinin uyarlanmasını kabul eden bir karar için bkz. Y. 13. HD. 06.04.1995, E. 1995/145, K. 1995/3339, "Demek ki dövizde endeksli satım sözleşmelerinin kurulmasında tarafların gerçek ve ortak amaçları sırf zaman zaman yükselen enflasyonun olumsuz etkilerinden satıcıları korumak ve güvence altına almak iradesinden kaynaklandığının kabulü zorunludur. O nedenle, sözleşmenin in'ikadı anında ileride ekonominin aniden bozulacağını, hükümetçe bir dizi kararlar alınacağını tarafların tahmin edip, bunun olumsuz sonuçlarına yalnız alıcının peşinen katlanacağını kararlaştırdıkları şeklinde bir yoruma gidilmesi mümkün değildir" (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

³⁷⁹ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 41 vd.; Halûk Burcuoğlu; "Hukukta Uyarlama – Özdellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizde Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama", **MHAD 1996, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan**, s. 59-91, (s. 76 vd.); Murat Baykal, "Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", **BATİDER 1998**, s. 231-265; Serozan, **İfa**, § 20 N. 10.

³⁸⁰ Bkz. aş. B. II/I/C/2/b.

³⁸¹ YHGK 30.10.2002 E. 2002/13-852, K. 2002/864, Yargı Dünyası, Şubat 2003, sayı 86, s. 38-43: "Yerel Mahkeme ile yüksek özel daire arasındaki uyuşmazlık bir yıl gibi kısa süreli kira sözleşmesinde de kira bedelinin olağanüstü durumlar nedeniyle uyarlanmasının olanaklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır(...). Yasalarımızda uyarlama davalarının koşullu olarak açılacağına dair bir sınırlama bulunmadığından, bir yıllık kısa süreli kira sözleşmesine dayanılarak uyarlama davasının açılabilmesinin kabulü gerekir".

yer almaktadır³⁸²: “Bankalar Hükümetin izni ile faaliyette bulunan, öz kaynaklarından ziyade, faiz karşılığında topladıkları mevduatı, Türk Ekonomisinin gelişme hedefleri doğrultusunda kredi olarak ekonominin kullanımına sunan Ticari kuruluşlardır. Yine başlıca kaynakları; yurt dışından sağlanan prefinansman ve sendikasyon kredileri, bankalar arası para piyasası, T.C. Merkez Bankası, Varlığa dayalı menkul kıymet ihracı, Menkul kıymet Alım-Satımı, repo işlemleridir. Bu kaynaklardan sağlanan olanaklara karşı, bunlara faiz ödemesinde bulunurken kur değişimleri nedeniyle, kambiyo zararına maruz kalabilecekleri, kambiyo zararlarını asgariye indirmek, taahhütlerini karşılayabilmeleri hususunda kur riski ve döviz likiditesi düzenlemelerine para otoritelerinin (Hazine ve Merkez Bankası) uyguladıkları, Disponibilite ve mevduat munzam karşılığı yükümlülüklerine uymak zorunda buldukları çok açıktır. Öte yandan, bu faktörler direkt maliyeti oluşturduğu gibi personel, kira, reklam, kırtasiye büro makinaları, sabit kıymet amortismanları ve benzeri unsurların da maliyete ekleneceği belirgindir. Bankanın bu özel durumları, sözleşmenin uyarlaması yapılırken gözden irak tutulmamasına özen gösterilmesi gerekir”. Yargıtay, bankaların genel eğilim olarak iyiniyet gösterip müşterilerine kredi geri ödemelerini Türk Lirasına çevirme önerisinde bulunmalarını da sözleşmelerin uyarlanmasını kabul etmeme yönünde bir gerekçe olarak sunmaktadır³⁸³. Oysa dövize endekli kredi sözleşmelerinde ekonomik kriz sonrasında dövizin olağanüstü artmış olması asıl sorunu oluşturur, ekonomik kriz sonrasında dövizin Türk Lirasına çevrilmesi teklifi bu nedenle banka kredi borçlusuna getirilmiş adil bir teklif sayılamaz.

³⁸² Y. 11. HD. 01.04.2002, E. 2001/10794 K. 2002/2870, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); YHGK, 19.02.1997, E. 1996/11-762, K. 1997/77, YKD 1997/5, s. 681-682; YHGK 19.02.1997, E. 1996/11-674, K. 1997/87, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

³⁸³ YHGK 17.09.1997, E. 1997/11-460 K. 1997/651, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); 2001 yılındaki ekonomik krizin dolara etkisine rağmen banka kredi sözleşmesinin uyarlanmasına bankanın özel durumlarını dikkate alarak gerek görmeyen Yargıtay şu ifadelerle uyarlamayı reddetmiştir: “Somut olaya gelince; davacı, davalı bankadan 3.8.2000 3.7.2003 tarihleri arasında geri ödemesi yapılacak olan 36 ay vadeli, aylık ödemesi 59.95.USD olan, toplam 1.630 USD. bedelli dövize endekli kredi kullanmıştır. Davacının kullandığı kredi miktarı ve aylık taksit miktarı ve taksitlerin uzun vadeye bağlanması dikkate alındığında, yukarıda açıklanan sözleşmenin uyarlanma şartlarının dava konusu olayda gerçekleşmediği ve davacı talebinin hakkaniyet ve nesafet kurallarına uymadığının kabulü ile, davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir”, Y. 11. HD. 01.04.2002, E. 2001/10794 K. 2002/2870, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

B. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASININ HUKUKİ TEMELİ

1. Genel Olarak

Sözleşmelerin uyarlanması konusunda Türk hukukundaki gelişmeler İsviçre hukuku ile önemli paralellikler gösterir. Türk hukukunda da sözleşmelerin uyarlanması, İsviçre’de olduğu gibi önce içtihadta kabul edilmiş, daha sonra öğreti çeşitli hukuki temel arayışlarına girmiştir. Hukuki temelle ilgili bir teoriye dayanılmamış olmasının doğurduğu sıkıntı, İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da yaşanmaktadır. Birçok yazar sadece dürüstlük kuralına dayanmakta, herhangi bir teoriye atıf yapmamaktadır. Bununla birlikte, sözleşmelerin uyarlanması konusunu, emprevizyon teorisi başlığı altında inceleyen ve Fransız öğretisinde geliştirilen bu teoriye yakınlık gösteren görüşler de mevcuttur. Bunun yanı sıra, özellikle son yıllarda bir Alman teorisi olan işlem temelinin çökmesi teorisi, İsviçre’den farklı olarak, Türk hukukunda yankı bulmuş ve birçok yazar tarafından, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasına temel teşkil eden teori olarak savunulmuştur. Yargı kararlarında da, işlem temelinin çökmesinden bahsedildiğine oldukça sık rastlanmaktadır.

Türk hukukunda baskın görüş, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını MK 2/I’de yer alan dürüstlük kuralına dayandırır³⁸⁴. Sözleşmelerin uyarlanmasının dürüstlük kuralı temeline dayanması ile MK 2/II hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılması karıştırılmamalıdır. Türk hukukunda yargı kararlarına bakıldığında da, uyarlamanın hukuki temeli çoğunlukla dürüstlük kuralı olarak değerlendirilmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliklerin sözleşme dengelerini alt üst etmesi durumunda sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olacaktır. Türk yargı kararlarında hukuki temel açısından da net bir sonuca ulaşılmamıştır, birçok kararda, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye

³⁸⁴ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 54; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 83 vd.; Gönensay, **Bilsel Armağanı**, s. 170; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 13. b., Arıkan, İstanbul, 2006, s. 219/220; Zahit İmre, “Türk Medeni Hukukuna Göre Hakim’in İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medeni Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk var mıdır?)”, **Prof. Dr. Fikret Arık’a Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 153-194. (s.190); Ferit H. Saymen/Halit K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler**, C.II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958, s. 882-884; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kurah)**, [kıs. **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık**], Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 197/198 (dn. 78), s. 208 dn. 91.

kullanılması ve sözleşmedeki boşluğun doldurulması uyarlamasının hukuki temeli olarak bir arada sunulmuştur³⁸⁵.

Burada Türk hukukunda savunulan bir diğer önemli görüşü de kısaca anmak gerekir. Bu görüşe göre eser sözleşmesinde götürü ücretli sözleşmelerde evvelce öngörülemeyen haller dolayısıyla ücretin artırılmasını veya sözleşmenin feshini düzenleyen BK m. 365/II, Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde yer almasına rağmen genel kural niteliğindedir ve kıyas yoluyla diğer bütün sözleşme tiplerine de uygulanabilir ve sözleşmeler bu hükümde aranan şartlar dahilinde uyarlanabilir³⁸⁶. Bu görüş artık günümüzde geçerliliğini yitirmiştir³⁸⁷.

2. Medeni Kanun'un İkinci Maddesine Dayanan Görüşler

İsviçre-Türk hukukunda Medeni Kanun'un ikinci maddesi hem dürüstlük kuralı (f.I) hem de hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenler (f.II). Dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılmasının konumuz açısından taşıdığı önem tartışmasızdır; zira sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeli olarak hem dürüstlük kuralı hem de hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılabilir.

MK m. 2'nin iki fıkrası Türk-İsviçre hukukundaki baskın görüşe göre farklı amaçlara hizmet etmektedir³⁸⁸. MK 2/I karşılıklı bağlılık ve güvene uyma zorunluluğunu yani dürüstlük kuralını, MK 2/II ise hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenler³⁸⁹. Öğretide fıkraların farklı amaçlar taşıması nedeniyle uygulama alanlarının da farklı olduğu ifade edilmiş ve MK 2/I'in en önemli işlevleri şu şekilde sıralanmıştır³⁹⁰: Hukuki işlemleri ve özellikle sözleşmeleri yorumlamak ve tamamlamak, sözleşmeleri gerektiğinde yeni şartlara uydurmak ve sözleşme

³⁸⁵ YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

³⁸⁶ Schwarz, s. 186; Sermet Akman, "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar", **İBD 1989**, s. 624-636, (s. 626); Sermet Akman, "Yüksek Enflasyon ve Ani Ekonomik Krizin Para ve Döviz Borçlarına Etkisi, Ek (Munzam) Zararların Tazmini", **İBD 1994**, s. 181-194, (s. 183); İsmail Doğanay, "Sözleşmenin Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdın Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?", **Yargıtay Dergisi 1975**, s. 23-46, (s. 39 vd.).

³⁸⁷ karşı. Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 54.

³⁸⁸ Atamer, **GİŞ**, s. 168; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 23; Rona Serozan; **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, [Kıs. Medeni Hukuk], Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, II § 9 N. 9 vd.; Oğuzman/Barlas, s. 188 vd.; Hans Merz, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1-10 ZGB**, [Kıs. **Berner Kommentar/Merz**], Stämpfli, Bern, 1966, Art. 2 ZGB N. 17 vd.

³⁸⁹ Serozan, **Medeni Hukuk**, II § 9 N. 9.

³⁹⁰ Serozan, **Medeni Hukuk**, II § 9 N. 9; Atamer, **GİŞ**, s. 168/169.

taraflarının uyması gereken edim ve davranış yükümlülüklerini belirlemek, güven sorumluluklarını kurmak. MK 2/II'nin uygulandığı hallerde ise, kanundan veya sözleşmeden doğan bir hakkın sınırlarını belirlemek söz konusudur. Sözleşmelerin yorumu ve tamamlanması MK 2/I yoluyla, içeriğinin denetlenmesi ise MK 2/II yoluyla olmaktadır³⁹¹.

Türk hukukunda baskın görüş, önceden görülemeyen nedenlerle sözleşmedeki dengenin aşırı derecede bozulması durumunda sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesini veya feshini MK m. 2/I'de yer alan dürüstlük kuralına dayandırmaktadır³⁹². Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan önceden görülemez değişiklikler sonucu ifa beklenemez hale gelmiş ise ve bu durum dürüstlük kuralına aykırı düşüyor ise sözleşme değişen bu şartlara uyarlanır³⁹³. Demek oluyor ki, dürüstlük kuralı uyarınca değerlendirilecek olan, ifanın değişen şartlara rağmen beklenebilir olup olmadığıdır. Bizim görüşümüze göre de sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelinde dürüstlük kuralı yatar.

Türk hukukunda öğretide hakkın kötüye kullanılması yasağının sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelini teşkil ettiğine dair görüş fazla taraftar bulamamıştır. Öğretide sadece *Gürsoy*, sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeli olarak hakkın kötüye kullanılması yasağını göstermektedir³⁹⁴. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulan bu görüşün Türk hukukunda yankı bulmaması sözleşmelerin uyarlanması konusunda İsviçre hukukundan farklı bir yön izlendiğinin bir başka göstergesidir.

³⁹¹ Alman hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ayrı iki hükümde düzenlenmiştir. § 242 BGB dürüstlük kuralını, § 226 BGB ise hakkın kötüye kullanılmasını düzenler. Bilindiği gibi Alman hukukunda işlem temelini çökmesi teorisi § 242 BGB altında geliştirilmiş bir teoridir. İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda hiçbir yazar işlem temelini çökmesi teorisinin hukuki temeli bakımından § 226 BGB'yi ileri sürmemiştir. Ancak § 226 BGB'ye göre hakkın kötüye kullanılmış sayılması için “yalnızca bir başkasına zarar vermek amacının” güdülmesi gereğinin İsviçre-Türk hukukunda aranmadığı unutulmamalıdır. Nami Barlas, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, **İÜHF** 1997, s. 191-208 (s. 197/198); Atamer, **GİŞ**, s. 169. Fransız hukukunda ise kanunda bulunmayan hakkın kötüye kullanılması teorisi öğretide geliştirilmiştir, Ripert, N. 89 vd.

³⁹² Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 54; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 83 vd.; Gönensay, **Bilsel Armağanı**, s. 170; Oğuzman/Barlas, s. 219/220; İmre, s. 190; Saymen/Elbir, s. 882-884; Hatemi, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık**, s. 197 (dn. 78).

³⁹³ Oğuzman/Barlas, s. 219/220.

³⁹⁴ Gürsoy, s. 36/37 ve s.176. İçtihat da hakkın kötüye kullanması görüşüne zaman zaman rastlanmaktadır, YHGK, 19.02.1997, E. 1996/11-762, K. 1997/77, YKD, 1997/5, s. 681-682. Kararda açıkça belirtilmemekle birlikte, MK m. 2/II kuralına atfen soruna çözüm bulunmuştur.

Hakkın kötüye kullanılması görüşü sonuç bakımından da sözleşmelerin uyarlanmasına uygun değildir. Sözleşmelerin uyarlanması hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılır ise, hakim dava dosyasından sözleşmelerin uyarlanması şartlarının oluştuğunu anladığında bu durumu re'sen nazara alabilir³⁹⁵. Değişen koşullara rağmen taraflar sözleşmelerini uyarlamamayı seçebilmelidir; bu nedenle bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Sonradan ortaya çıkan değişiklikler karşısında taraflardan birinin kendi talebinde direnmesinin hakkını kötüye kullanması sayılmasının ayrıca araştırılmasına gerek yoktur, dürüstlük kuralı tek başına yeterlidir³⁹⁶.

3. Sözleşme Boşluğu Görüşü

Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması sözleşmelerin tamamlanması sorunu olarak ele alan görüşler mevcuttur³⁹⁷. *Eren*'e göre sözleşme veya kanunda uyarlama kuralları bulunmadığı takdirde, sözleşmede bir uyarlama boşluğu söz konusu olur, bu uyarlama boşluğu karşısında hakim, MK m. 1/II'ye göre hukuk kuralı yaratmalı ve bunu yaparken dürüstlük kuralını esas almalıdır; bu kural çerçevesinde hakim tarafların farazi iradelerini araştırıp tespit ederek sözleşmeyi değişen şartlara uyarlar, farazi iradenin tespiti mümkün değil ise, adalet ve hakkaniyet kurallarını esas alır³⁹⁸. Yazar sözleşme boşluğu görüşünü savunmakla birlikte hakimin sözleşmeye müdahalesini kanun boşluğu ile açıklamaktadır. Oysa, sözleşmedeki boşluğu tamamlayacak hakim bunu yaparken kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin ilkelerden değil, sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin ilkelerden faydalanacaktır³⁹⁹.

Yargıtay da bazı kararlarında sözleşme boşluğu görüşünü sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli olarak savunmuştur⁴⁰⁰. Yakın tarihli bir

³⁹⁵ karş. Oğuzman/Barlas, s. 203.

³⁹⁶ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 54, dn. 70; Arat, s. 83; Hatemi, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık**, s. 208, dn. 91; İmre, s.190.

³⁹⁷ Eren, s. 440/441; Kaplan, İbrahim; **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Gözden geçirilmiş genişletilmiş 2. b., Seçkin, Ankara, 2007, s. 129 vd.

³⁹⁸ Eren, s. 440/441; Kaplan, s. 129.

³⁹⁹ Hakimin kanun boşluğunu doldurmasının şartları ve uygulayacağı yöntem konusunda bkz. Oğuzman/Barlas, s. 89-93.

⁴⁰⁰ 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*

kararında, Yargıtay görüşünü şu şekilde ifade etmiştir⁴⁰¹: “Görülüyor ki; başlangıçtaki durum değişmiş, işin başında alınan bedele göre değişen durum davalı şirket lehine, davacı idare aleyhine dengeleri bozmuştur. Taraflar zaman içinde bir tedbir öngörmediklerinden, ortaya çıkan bu durum bir boşluk doğurmuştur. Bu boşluk, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan dürüst davranma kavramı kapsamında açılan dava sebebiyle mahkemece doldurulmalı, taraflar arasında zaman içinde ortaya çıkan dengesizlik adalete uygun bir biçimde tarafların iradeleri yerine geçmek üzere mahkeme hükmü ile doldurulmalıdır”.

Sözleşme boşluğu görüşü öğretilde eleştirilmiştir. Sözleşme boşluğu görüşüne karşı çıkan Gürsoy'a göre, sözleşmeyi kurmaya iten tasavvurlarda veya saiklerde bir boşluk bulunabilir ama bu tasavvurlar sonucu kurulan sözleşmenin içeriğinde böyle bir boşluktan bahsedilmez. Sözleşme kurulduktan sonra içine doğduğu sebep ve olaylardan ayrılır, kendi başına bir varlık teşkil eder, bu nedenle hakim değişen koşullar nedeniyle bir sözleşmeye müdahale ederse o sözleşmeyi yorumlamaz veya tamamlamaz fakat değiştirir⁴⁰².

Oğuzman/Öz de sözleşmenin tamamlanmasını ve sözleşmede değişiklik yapılmasını iki ayrı sorun olarak ele almışlar ve aradaki sınırı çizmişlerdir: Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebebe bağlı bir sonucun ikinci derece nokta niteliği taşıması halinde sözleşmede değişiklik yapılması değil, sözleşmenin tamamlanması söz konusu olur⁴⁰³.

Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması bir yorum ve sözleşmenin tamamlanması sorunu değildir. Tam tersine sözleşmede taraf iradelerinin yorumu yoluyla bir sonuca ulaşılıyorsa uyarlamaya yer ve gerek yoktur. Tarafların iradesinin yorumu yoluyla sözleşmenin uyarlanması mümkün değildir. Taraflar hal ve şartların değişeceğini önceden görmemişlerdir, bu nedenle de bu hususta herhangi bir iradeden bahsedilemez, dolayısıyla var olmayan iradenin araştırılması yoluyla sözleşmenin tamamlanması da mümkün görülmemelidir⁴⁰⁴. Hakimin sözleşmeyi

yorum yolu ile dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (MK md. 1). Bu yöntem sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denilir.”; Aynı yönde YHGK 07.5.2003 E. 2003/13-332, K. 2003/340; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁴⁰¹ Y. 14. HD. 06.07.2006, YKD Nisan 2007, c. 33 N. 4, s. 698-701 (s. 700).

⁴⁰² Gürsoy, s. 18 vd.

⁴⁰³ Oğuzman/Öz, s. 155, dn. 510.

⁴⁰⁴ Besson s. 62/63.

tamamlaması ile sözleşmeyi uyarlaması farklıdır. Hakim, sözleşmeyi tamamlarken sözleşmenin kurulması anını, sözleşmenin uyarlanması durumunda ise sözleşmenin kurulmasından sonraki durum değişikliklerini dikkate alır⁴⁰⁵.

Sözleşmenin tamamlanmasında sözleşmedeki boşluk tarafların farazi iradesine göre doldurulacaktır⁴⁰⁶. Farazi iradeden bahsedilebilmesi için ise tarafların bu iradeyi gerçek anlamda hiç açıklamamış olması gerekir, eğer bu sorun ortaya çıksaydı bu şekilde bir irade gösterirlerdi denilebilmelidir⁴⁰⁷. Oysa, sözleşmenin uyarlanması sorununda sözleşenler sözleşmede borçlarını ifa edeceklerine ilişkin açık irade göstermişlerdir. Önceden görülemeyen değişikliğin sonuçlarına ilişkin de açık veya zımni irade göstermiş olabilirler. Ancak buna ilişkin hiçbir hüküm yorum yoluyla da bulunamıyorsa artık tarafların farazi iradelerinin sözleşmenin uyarlanması olduğunu söylemek mümkün değildir; zira iki taraftan riske katlanması gereken tarafın “farazi iradesi” doğal olarak sözleşmenin uyarlanması yönünde olmayacaktır; sözleşmelerin uyarlanmasının taraflardan en az birinin iradesine rağmen yapıldığı unutulmamalıdır⁴⁰⁸. Sözleşme boşluğu görüşü taraftarları buna karşılık olarak hakimin uyarlama boşluğunu doldurmak konusunda iki tarafın birden olurlarına almaya ihtiyaç duymadığını, uyarlamaya karşı irade gösteren tarafa rağmen sözleşmeyi uyarlayabileceğini belirtmişlerdir⁴⁰⁹. Gerçekten de, sözleşenlerin farazi iradelerinin birbirine karşıt olduğu bu gibi diğer durumlarda öğretilerde tatmin edici çözümlere ulaşılmaktadır⁴¹⁰; sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında da, riske

⁴⁰⁵ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 339.

⁴⁰⁶ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N 238; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 1257, **Commentaire Romand/ Winiger**, art. 18 CO N. 172; karşı. BGE 127 III 300, 307 (www.swisslex.ch); BGE 111 II 260, 262 (www.swisslex.ch).

⁴⁰⁷ **Commentaire Romand/ Winiger**, art. 18 CO N 172.

⁴⁰⁸ Bu noktada Engel’in şu belirlenmesi çok önemlidir “*Yorum yapan, tarafların iradesini fazla zorlama riski ile karşı karşıyadır; zira boşluk çoğu zaman nitelikli susmadan başka birşey değildir: Sözleşme taraflarından biri ne olursa olsun sözleşme tarafların müdahale edilemez kanunu olarak kalsın istemiş olabilir*”, Engel, s.790.

⁴⁰⁹ *Winiger* sözleşmelerin uyarlanmasını İsviçre’deki baskın görüşü takip ederek sözleşmelerin tamamlanması sorunu olarak görse de bu hususta yazar, sözleşmenin uyarlanması her söz konusu olduğunda hakimin özel bir dikkat göstermesi gerektiğini zira hakimin sözleşmeye tarafların ortak arzusuna aykırı bir öge eklediğini, irade özerkliğine yapılan bu müdahalenin de özel bir dikkatle yapılmasının önemini vurgulamak gerektiğini duymuştur. **Commentaire Romand/Winiger**, art. 18 CO N. 213/214.

⁴¹⁰ Atamer, **GİŞ**, s. 224; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Giriş, Hukuki İşlem, Özellikle Sözleşme**, (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/Arpacı; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Birinci Cilt**) (Şu ana kadar basılmış formlardan faydalanılmıştır) [Kıs. Borçlar Hukuku], Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, § 39 N. 29.

katlanması gereken tarafın farazi iradesinin dikkate alınmayacağı, uyarılma isteyen tarafın farazi iradesinin dikkate alınacağı söylenebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, Türk hukukunda farazi iradeyle ilişkin bu görüş genel işlem şartları söz konusu olduğu zaman zayıf olan sözleşme tarafının korunması ilkesi nedeniyle⁴¹¹, gabin söz konusu olduğu zaman da sömürüleni koruma amacıyla geliştirilmiştir⁴¹². Oysa, sözleşmelerin uyarılmasında zayıf tarafı koruma amacı değil, ortaya çıkan riskin adaletli bir şekilde paylaşılması sorunu vardır. Bu nedenle riske katılması gereken tarafın farazi iradesinin hesaba katılmayacağını iddia etmek genel işlem şartlarında ve gabinde olduğu kadar kolay değildir. Sözleşmedeki boşluğun tamamlanmasının hakime sözleşenlerin iradesine aykırı bir şekilde uyarılma yetkisi vermediği de unutulmamalıdır⁴¹³.

Sözleşme boşluğu görüşü, hakimin sözleşmeyi değişen koşullara uyarılmasını, sözleşmeye bağlılık ilkesine getirilen bir istisna olarak değerlendirir ve bu nedenle hakimi sözleşme çerçevesinde çözüm bulmaya iter. Hakim sözleşme ile belirlenen ilkelerin ve taraf iradelerinin dışına çıkarak sözleşmeyi uyarlayamayacaktır. Oysa, bazı durumlarda, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerinin yarattığı adaletsizliğe çözüm, sözleşmenin çerçevesinden çıkmayı gerektirebilir⁴¹⁴. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarılmasını sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnası değil, tamamlayıcısı olarak değerlendiren anlayışa göre, somut olayda sözleşme adaleti bu şekilde sağlanabilir; sözleşme boşluğu görüşü ise, bu anlayışı yansıtmamaktadır. Bunun yanında, “ tarafların farazi iradeleri” kavramının sözleşmelerin tamamlanması ve yorumlanması halinde de ne kadar tartışmalı olduğu ve öğretilerde tanımlanmakta ne kadar zorlandığı unutulmamalıdır⁴¹⁵. Bizim görüşümüze göre bu tartışmanın

⁴¹¹ Atamer, **GİŞ**, s. 224

⁴¹² Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 39 N. 29.

⁴¹³ **Commentaire Romand/ Winiger**, art. 18 CO N. 178; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N 245; Ghestin/Jamin/Billiau, N. 339; “Sözleşmede yer almayan bir öğede yola çıkarak sözleşmenin tamamlanması hakime ait bir yetki değildir; hakimin işlevi kanuni düzenlemeler ve dürüstlük kuralı ışığında hükmü olduğu haliyle yorumlamaktır”, BGE 93 II 272, JdT 1968 I 130 (s. 133).

⁴¹⁴ Karş. **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 330.

⁴¹⁵ Vedat Buz; “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, **BATİDER 1998**, C. XIX, sy. 4, s. 51-82, (s. 66); Yeşim Atamer; “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Bazı Düşünceler”, **İÜHF 2005**, s. 171-191, (s. 179 vd.).

sözleşmelerin uyarlanmasına taşınmasına yer ve gerek yoktur. Sözleşmelerin uyarlanması bir sözleşmelerin tamamlanması sorunu değildir.

4. Kanun Boşluğu ve Hukuki Kıyas Görüşleri

Türk hukukunda, *Dural*, sözleşmelerin değişen durumlara uyarlanması konusunda kanunda bir boşluk bulunduğunu ve bu boşluğun MK m. 1 uyarınca hakimın hukuk yaratması yolu ile doldurulabileceği görüşündedir⁴¹⁶. Bununla birlikte yazar hakimın MK m. 1'in kendisine verdiği yetkiyi kullanabilmesi için bazı aşamaları dikkate alması gerektiğini belirtir⁴¹⁷. Buna göre, hakim önce BK m. 18'e göre, tarafların iradelerinin yorumu ile değişen durumlara uyacak bir hükmün bulunup bulunmadığını araştırır; yorum yolu ile bir sonuca ulaşabiliyor ise bu hükmü uygular; yorum yolu ile bir sonuca varamıyor ise, sözleşmede bir boşluk olduğu için bu boşluğu ya söz konusu sözleşme tipine uygun bir kanun hükmü ile ya da böyle bir hüküm yok ise artık kanunda da bir boşluk olduğu için MK m. 1'e göre hukuk yaratma yoluyla bu boşluğu dolduracaktır. Bu kanun boşluğunu doldururken de MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına uygun hareket edecektir.

Bu görüşün sözleşme boşluğu görüşünden önemli bir farkı bulunmaktadır. Bu görüşte de, yorum sonucu sözleşmenin uyarlanması konusunda bir hükme ulaşamıyor ise sözleşmede boşluk olduğu kabul edilmelidir; ancak bu boşluk kanunda yer alan benzer bir hükümle doldurulamadığı gibi, tarafların farazi iradelerine göre de doldurulamıyor olmalıdır. Bu noktada bir kanun boşluğunun olduğu kabul edilmeli ve hakimın hukuk yaratması yoluyla duruma çözüm bulunmalıdır.

Kanun boşluğu görüşüne yakın bir başka görüş de, hukuki kıyas görüşüdür. Yorum yoluyla kanunda bir boşluğa ulaşılmış ise bu boşluğun birden fazla kanuni hükmün temelinde yatan bir düzenleme ilkesi ile giderilmesi mümkündür. Bu durumda, birden fazla kanun hükmü kıyasen uygulanmış olacaktır. Bu da hukuki kıyas (*Rechtsanalogie*) olarak adlandırılır⁴¹⁸. Kanun boşluğunun bu şekilde birden fazla yasa kuralına dayanan ortak ve genel bir ilkeyle doldurulması Türk hukukunda

⁴¹⁶ Dural, *İmkansızlık*, s. 64.

⁴¹⁷ Dural, *İmkansızlık*, s. 65/66.

⁴¹⁸ Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 28. b., Carl Heymanns Verlag, München, 2004, § 3 N.67.

da kabul edilmektedir. Sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı nedenle feshi, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, *culpa in contrahendo* sorumluluk, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, güven sorumluluğu gibi kuramlar ve kavramlar da böylesi toplu hukuki kıyas ürünüdür⁴¹⁹. Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının dayandığı teoriye de hukuki kıyas yoluyla ulaşılabilir. Bu görüşe göre, sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini kanundaki tek bir maddeye dayandırılması zorunlu değildir; “*dokusunda sözleşme (mübadele) adaleti düşüncesi bulunan işlem temelini çökmesi kuramı birden fazla kuraldan hukuki (toplular) kıyas yoluyla üretilmiş bir genel hukuk ilkesini oluşturur*”⁴²⁰.

Hukuki kıyas görüşü kanun boşluğu görüşünden faydalanarak sözleşmelerin uyarlanması konusunda bir teorinin kabul edilmesine en uygun çözümü sunmaktadır. Hukuki temele ilişkin diğer görüşlerde eksik olan nokta budur. Diğer görüşler sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini sağlamlaştıracak bir teorinin hukuki zeminini hazırlayamamaktadır. Hukuki kıyas görüşünün oluşturduğu yapıda öncelikle kanunda sözleşmelerin uyarlanması konusunda bir boşluk olduğu kabul edilir, bu boşluk hukuki kıyas yoluyla türetilecek ve dürüstlük kuralı temelinde yükselecek bir kuramın kabulü ile doldurulur. Kabul edilecek kurama göre de sözleşmenin uyarlanmasının şartları ve sonuçlarının belirlenir. Bu çizgide Türk hukukunda hangi kuramın kabul edilmesinin daha uygun olduğu da aşağıda incelenecektir⁴²¹.

C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA GELİŞTİRİLEN TEORİLERİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Yukarıda görüldüğü gibi, günümüzde sözleşmelerin uyarlanması konusunda uygulama alanı bulan belli başlı üç teoriden bahsedilebilir. Bu teoriler, emprevizyon

⁴¹⁹ Serozan, **Medeni Hukuk**, I § 5 N. 36; Rona Serozan, “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi”, Prof. Dr. M. **Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Ed. Rona Serozan/İlhan Ulusan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 1013-1030 (s. 1024).

⁴²⁰ Serozan, **İfa**, § 20 N.7, (dn. 6); *Bischoff*, *clausula*’nın genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmesine karşı çıkmıştır (Bkz. *Bischoff*, s. 177). Ancak İsviçre hukukunda da *clausula*’dan genel bir hukuk ilkesi olarak bahseden yazarlara rastlanmaktadır Deschenaux, s. 201; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 207, 209.

⁴²¹ Türk hukukunda hukuki kıyas yolunda *culpa in contrahendo*, sözleşmenin müspet ihlali gibi başka teorilerin kabulü bakımından da faydalanılmıştır. Serozan, **İfa**, § 19 N. 2.

teorisi, işlem temelinin çökmesi teorisi ve *frustration* teorisidir. Klasik anlamıyla *clausula rebus sic stantibus* teorisinin günümüzde özel hukukta uygulama alanı yoktur. *Frustration* teorisi ise kendine özgün yapısı ve *common law* sisteminin farklılığı nedeniyle Türk hukukuna uygun bir çözüm içermemektedir. Demek oluyor ki, Türk hukukunda kabul edilebilecek teori belirlenirken iki teori arasında seçim yapmak gerekmektedir: Emprevizyon teorisi ve işlem temelinin çökmesi teorisi. Bu iki teori arasında var olan çeşitli farklılıklara yeri geldiğinde değinilmiştir. İşlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanı emprevizyon teorisinden çok daha geniştir⁴²². Sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halleri emprevizyon teorisinin kapsamının dışında kalır⁴²³. Emprevizyonun söz konusu olabilmesi için, edim – karşı edim ilişkisinin mutlaka parasal bir değerle ifade edilebilmesi de aranmaktadır⁴²⁴.

Türk hukukunda da, sözleşmelerin uyarlanması emprevizyon teorisi kapsamında daha dar bir uygulama alanında değerlendirilebilmektedir. Bunun yanı sıra, bu konuyu daha geniş bir uygulama alanında değerlendiren ve bu nedenle işlem temelinin çökmesi teorisini kabul eden görüşler de mevcuttur. Hangi teorinin Türk hukuk uygulamasına ve güncel gereklere daha uygun olduğunun belirlenebilmesi için öncelikle bu iki teorinin Türk hukukundaki yerini belirlemek gerekmektedir.

Türk hukukunda emprevizyon teorisi ilk olarak idare hukukunda kabul edilmiş ve uygulama alanı bulmuştur. Emprevizyon teorisinde, sözleşmenin uyarlanabilmesi için edim – karşı edim ilişkisinin mutlaka parasal bir değerle ifade edilebilmesi gerekmektedir⁴²⁵. Türk hukukunda da, bazı görüşler bu yöndedir; mali bir sarsıntı olmadan sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁴²⁶.

Türk hukukunda sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halleri işlem temelinin çökmesi kapsamında değil, kural olarak temel hatası kapsamında değerlendirilmektedir⁴²⁷. Bu da, emprevizyon teorisinin bir özelliğidir. Yukarıda da, belirtildiği gibi, Fransız öğretisinde, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hali

⁴²² Rieg, N. 524 (dn.353).

⁴²³ Ancel/Fauvarque-Cosson/Wintgen, s. 910 vd.

⁴²⁴ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 291.

⁴²⁵ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 291.

⁴²⁶ Fezyoğlu, s. 46.

⁴²⁷ BKT m. 137’de de sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hali madde kapsamına alınmamıştır. Bu öğretilerde eleştirilmiştir, Rona Serozan, “BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, **HPD Mayıs 2006**, sy. 6, s. 38-51, (s. 46).

emprevizyon kapsamında değerlendirilmemekte, başka hukuki mekanizmalar devreye sokulmaktadır.

Türk hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulanmasını kabul eden görüş son yıllarda ağırlık kazanmaya başlamıştır⁴²⁸. İctihatta da işlem temelinin çökmesi teorisinin anıldığı birçok karara rastlamak mümkündür. Bu kararların birçoğunda “işlem temeli” kavramı üzerinde de durulmuştur. Bununla birlikte icthatta terim birliğinin sağlandığını söylemek mümkün değildir. Aynı kararda emprevizyon teorisi, *clausula* teorisi ve işlem temelinin çökmesi teorisinin aynı anlamda kullanıldığına sıklıkla rastlanmaktadır⁴²⁹.

D. ARA SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Türk hukukunda, beklenmeyen hallerin ortaya çıkması durumunda, sözleşmelerin önceden görülemeyen bu hallere uyarlanacağı çok uzun zamandır öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir. Ancak sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının hukuki temeli ve hangi teoriye dayandırıldığı konusunda öğreti ve uygulamada bir belirginlik yoktur. Türk hukukunda birçok yazar sözleşmelerin hukuki temelini dürüstlük kuralını olarak değerlendirmektedir. Türk hukukunda emprevizyon teorisi, işlem temelinin çökmesi teorisi ve *clausula* teorisinin ismi sıklıkla kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra sorunu sözleşmenin kendi içerisinde çözmeye çalışan veya kanunda yer alan başka maddelerin kıyasen uygulanmasını savunan dolayısıyla sözleşmelerin uyarlanması hususunda bağımsız bir teoriye dayanmayan, daha çok hukuki temeli belirlemekle yetinen görüşler de mevcuttur. Ancak yukarıda detaylı olarak incelediğimiz gibi bütün bu teori ve görüşler birbirlerinden çok farklıdır. Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması gibi hassas

⁴²⁸ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 374 vd.; Serozan, **İfa**, § 20 N. 1 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 503-514; Atamer, **HPD 2006/6**, s. 26; Yeşim Gülekli, “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, **MHAD 1990**, s. 43-69; Gülsevil Alpagut, **Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi**, Kansu Matbaacılık, İstanbul, 2002, s. ;19 vd; Aydın Başbuğ, **İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Beta, İstanbul, 2007, s.30.

⁴²⁹ “Karşılıklı sözleşmeleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yüzünden altüst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale gelmesi durumunda “işlem temelinin çökmesi” gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya *Clausula rebus sic stantibus* kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir”, YHGK, 19.02.1997, E. 1996/11-762, K. 1997/77, YKD, 1997/5, s. 681-682.

bir konuda hukuki temel ve dayanılan teori konusunda belirsizlik sözleşme güvenliğini sarsar niteliktedir. Bu nedenle herşeyden önce sözleşmenin uyarlanması konusunda hangi hukuki temeli ve teoriyi savunduğumuzu gerekçelerimizle belirtmek isteriz.

İlk olarak şu belirleme yapılmalıdır: Sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelini neye dayandığı ile sözleşmelerin uyarlanması bakımından hangi teorinin kabul edileceği ayrı sorunlardır. Hukuki temele ilişkin sözleşmenin kendi içerisinde bir çözüm aranıyorsa veya diğer kuralların kıyasen uygulanması yoluyla soruna çözüm aranıyor ise sözleşmelerin uyarlanması noktasında bir teorinin geliştirilmemesi doğaldır, soruna çözüm ya sözleşmenin içindedir ya da kanundaki diğer hükümlerdedir. Ancak dürüstlük kuralı gibi genel bir ilkeye dayanılıyor ise bu ilkenin nasıl somutlaşacağına dair bir teorinin ortaya konulması gerekir.

Sözleşmenin yapısı gereği, dış değişikliklerin sözleşmeye bağlılığı etkilememesi gerekir. Bununla birlikte sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliklerin yarattığı adaletsiz durumda, kanun normunun amaca uygunluğunu dikkate alan ve sözleşme taraflarının haklı güvenlerini koruyan dürüstlük kuralı devreye girecektir ancak hiç bir durumda dürüstlük kuralı tek başına uygulanabilir bir kural değildir⁴³⁰.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının hukuki temelini tarafların varsayımlı iradesinde aramak doğru değildir. Bu nedenle uyarlamanın gündeme gelebilmesi için, sözleşmeden, taraf iradelerine ilişkin bir sonuç çıkarılamamış olması gerekir. Tarafların iradelerine ulaşılabilir ise ortada sözleşmelerin uyarlanması sorunu yoktur. Sözleşme boşluğundan, dolayısıyla sözleşmenin tamamlanmasından bahsedebilmek için, sözleşme taraflarının, sözleşme içeriğine dahil bir sorunu düzenlememiş veya eksik düzenlemiş olmaları gerekir⁴³¹. Sözleşmenin uyarlanması sorunu sözleşmenin tamamlanması sorunu değildir; soruna çözümün sözleşme içerisinde aranması doğru olmayacaktır. Sözleşmelerin uyarlanması konusundaki görüşler incelendiğinde bu konuda şöyle bir belirleme yapılabilir: Bazı görüşler sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sorununun cevabını yine sözleşmede ararken diğer teoriler sözleşmenin dışına çıkarak daha

⁴³⁰ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 189.

⁴³¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 1248.

nesnel temellere dayandırılmaya çalışılmıştır. Aslında bu sözleşmeye bağlılık ilkesine bakışla yakından ilgilidir. Sözleşmelerin uyarlanmasını sözleşmeye bağlılık ilkesine getirilmiş bir istisna olarak değerlendiren görüş, bu ilkenin korunması adına istisnayı dar yorumlamayı ve mümkün olduğunca sözleşme içerisinde kalarak sözleşenlerin irade özerkliğini korur bir tutum almayı tercih edecektir. Sözleşmeye bağlılık ilkesini klasik anlamda değerlendiren bu görüş, her ne kadar uyarlamayı kabul etse de, bunu ilke çerçevesinde kalarak veya ilkeyi zorlayarak sözleşmenin uyarlanmasını sağlamaya çalışmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin uyarlanmasının istisnai karakterine vurgu yapılmakta ve tarafların iradelerinin dışına çıkmama hususunda oldukça hassas davranılmaktadır.

Sözleşmelerin uyarlanmasını sözleşme adaletine hizmet eden, bu bağlamda da sözleşmeye bağlılık ilkesini tamamlayan bir olgu olarak değerlendiren görüş ise sözleşme ve taraf iradeleri ile bağlı kalmadan sözleşme adaletine en uygun çözümü arar. Bu nedenle çözümü sözleşmenin dışında taraf iradelerinden bağımsız olarak arayan daha esnek ve amaca daha uygun bir yaklaşımda bulunacaktır. Bugün bu yaklaşımın daha yerinde olduğu bir gerçektir.

Borçlar Kanunu'ndaki diğer kuralların kıyasen ve genişletilerek uygulanması da tatmin edici sonuçlar vermeyecek, sözleşmelerin uyarlanması sorununu dar bir alana hapsedecektir. En esnek çözüm dürüstlük kuralında bulunabilir. Amaç adil bir sonuca erişmek, sözleşme adaletini yeniden sağlamak olduğuna göre bu konuda en elverişli kural elbette dürüstlük kuralıdır.

Bununla birlikte sadece dürüstlük kuralına dayanmak yeterli değildir; yukarıda belirttiğimiz gibi dürüstlük kuralının ve sözleşme adaletinin somutlaştığı bir teoriye de ihtiyaç vardır⁴³². Dürüstlük kuralı genel bir ilke olarak sadece yol gösterici niteliktedir, sözleşmenin uyarlanması gibi oldukça dikkatli davranılması gereken bir konuda kararların keyfiliğinden sakınılmak isteniyorsa yol gösteren genel bir ilkedен daha fazlasına, bir teoriye ihtiyaç vardır⁴³³. Bu teoriye de hukuki kıyas yapılarak ulaşılabilir. Sözleşmelerin uyarlanması sorununu sadece MK 1, 2 veya diğer kurallara dayandırılması zorunlu görünmemektedir; işlem temelinin çökmesi kuramı aynı mantığı taşıyan birden fazla kuraldan hukuki kıyas yoluyla üretilmiş bir genel

⁴³² Besson, s. 80.

⁴³³ Schwarz, s. 197/198.

hukuk ilkesi olarak kabul edilmelidir⁴³⁴. Dürüstlük kuralı temelinde yükselen ancak özünde sözleşme adaleti düşüncesini taşıyan birden fazla kuraldan hukuki kıyas yoluyla üretilen işlem temelinin çökmesi kuramı sözleşmelerin uyarlanması sorununa en uygun çözümdür. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının gerekçesi kanunda örtülü bir kanun boşluğunun bulunmasıdır. Bu boşluk bizim görüşümüze göre hukuki kıyas yoluyla türetilen dürüstlük kuralı temeline dayanan işlem temelinin çökmesi kuramının kabulü yoluyla doldurulmalıdır. Nitekim Türk borçlar hukukunda dürüstlük kuralı temelinde birçok başka teori hukuki kıyas yapılarak kabul edilmektedir. *Culpa in contrahendo*, edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorilerinin tümü dürüstlük kuralına dayanmaktadır⁴³⁵. Bu teoriler de kanunda açık çözüme bağlanmamış adaletsiz durumlara çözüm oluşturmak amacıyla geliştirilmiştir. Bununla birlikte bu teoriler sadece dürüstlük kuralına dayanmaz, bu teorilere kanunda yer alan boşluğun birden fazla yasa kuralına dayanan ortak ve genel bir ilkeyle doldurulması yani hukuki kıyas yoluyla ulaşılmıştır⁴³⁶. Sözleşmelerin uyarlanması konusunda da dürüstlük kuralı temelinde yükselen işlem temelinin çökmesi teorisine hukuki kıyas yoluyla ulaşılabilir.

İşlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanı incelediğimiz diğer teorilerin uygulama alanından çok daha geniştir. Bir Alman teorisi olan işlem temelinin çökmesi teorisi emprevizyon teorisinin aksine sadece sözleşmenin bozulan ekonomik dengesini dikkate almaz, sözleşme ile izlenen amacın sarsılması hallerini de kapsar. Bu da önemli bir noktadır⁴³⁷. Sadece ekonomik dengenin bozulması halini dikkate alan diğer teorilerin bu olasılığı kapsamı olanağı yoktur⁴³⁸. Örneğin Fransız emprevizyon teorisinde bu olasılıkta tek çare mücbir sebep nedeniyle edimin ifasının imkansızlaşmasıdır ki, çoğu kez bu durum mücbir sebep kabul

⁴³⁴ Serozan, **İfa**, § 20 N.7, (dn.6). *Bischoff clausula*'nın genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmesine karşı çıkmıştır Bischoff, s. 177. Ancak İsviçre hukukunda da *clausula*'dan genel bir hukuk ilkesi olarak bahseden yazarlara rastlanmaktadır, Deschenaux, s. 201; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 207, 209.

⁴³⁵ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 115-119; Serozan, **İfa**, § 11 N 7 vd., § 18 N. 5, § 19 N. 2.

⁴³⁶ Serozan, **Medeni Hukuk**, I § 5 N. 36.

⁴³⁷ Son yıllarda, örneğin turistik gezi sözleşmelerinde, seyahatin yapılacağı ülkedeki terörist faaliyetler bir işlem temelinin çökmesi hali olarak gündeme gelmektedir, Saibe Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, Beta, İstanbul, 1997, s. 208-210.

⁴³⁸ Ancel/Fauvarque-Cosson/Wintgen, s. 908. bkz. aş.

edilmeyecektir⁴³⁹. İlginç bir karşılaştırmalı hukuk verisi olarak bu anlamda Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin İngiliz *frustration of purpose* ile paralellik taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁴⁰.

Alman işlem temelinin çökmesi teorisi karşılaştırmalı hukuktaki belli başlı teorilerin kesişme noktasını oluşturmaktadır. Sözleşmedeki edimler arasındaki dengesizliğe odaklanan Fransız emprevizyon teorisinde geliştirilen sözleşme ekonomisinin ve dengesinin bozulma hallerini kapsadığı gibi, İngiliz hukukunda geliştirilen sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hallerini de kapsar. Bu nedenle karşılaştırmalı hukuka bakıldığında en zengin içeriği bize Alman hukuku sunmaktadır.

İşlem temelinin çökmesi teorisi yukarıda açıkladığımız gibi Alman hukukunda geliştirilmiş bir teoridir. Diğer ülke hukuklarında bu teori uygulanmamakta, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması başka teorilerle ve değişik kapsamlarda kabul edilmektedir. İşlem temelinin çökmesi ifadesi de Alman ve Türk hukukları dışında çok kullanılan bir ifade değildir. İsviçre’de, *clausula*, sözleşmelerin uyarlanması, Fransa’da emprevizyon, *common law* sisteminde *frustration*, uluslararası ticaret hukukunda ise, *Hardship*, değişen durumlar, gibi ifadeler kullanılmaktadır. Bu terim ayrılığı sadece basit bir ifade tercihinin değil aynı zamanda uyarlamanın şartları, kapsamı ve sonuçları bakımından da farklılığa işaret etmektedir.

Türk hukukuna bakıldığında işlem temelinin çökmesi teorisinin Alman hukukuna yakınlık gösterdiği söylenebilir. Her ne kadar kaynak kanun ülkesi İsviçre’de farklı bir uygulama olsa da, bunun bizim Alman işlem temelinin çökmesi teorisini şartlar ve sonuçlar bakımından izlememize bir engel oluşturmayacağı açıktır. Gerçekten de, İsviçre hukukunda Alman işlem temelinin çökmesi teorisi baskın görüş tarafından reddedilmektedir. İçtihat da, işlem temelinin çökmesi teorisini uygulamamaktadır. Ancak İsviçre hukukunda sözleşmelerin uyarlanmasının Alman hukukuna göre oldukça dar kapsamda uygulama alanı bulduğuna dikkat etmek gerekir. Bir ülkenin sosyo-ekonomik yapısı ile yakın bir ilişki içinde olan uyarlama sorununun Türkiye’deki gelişmesi elbette ki farklı olmuştur. Ayrıca,

⁴³⁹ Cass. civ. I re, 8.12.1998, Bull.civ. I N. 346.

⁴⁴⁰ Ancel/Fauvarque-Cosson/Wintgen, s. 908.

İsviçre hukukunda sözleşmelerin uyarlanmasının, sözleşmenin tamamlanması sorunu olduğu baskın görüş tarafından savunulmaktadır. İsviçre hukukunda sözleşmelerin uyarlanması bu şekilde ele alındığı için tarafların farazi iradelerine göre sözleşmenin tamamlanması gerekmektedir. Türk hukukunda baskın görüş ise, sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelini, sözleşmelerdeki boşluğun tamamlanması sorunu olarak değerlendirmemekte, dürüstlük kuralına dayandırmaktadır⁴⁴¹. İşlem temelini çökmesi kuramı özellikle sözleşme boşluğu görüşünde yer alan ve zorlama bir çözüm olan, uyarlama bakımından farazi iradeye ulaşma çabasının sakıncalarından kurtarması bakımından da yerindedir.

Sözleşmelerin uyarlanması konusunda, Türk hukukunun İsviçre hukukundan ayrıldığını gösteren bir diğer önemli nokta da, İsviçre hukukunda uyarlama ile ilgili genel bir kural getirme girişiminin olmamasıdır. Oysa, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda sözleşmelerin uyarlanması konusunda genel bir hüküm getirilmiştir (BKT m. 137). Bu da Türk hukukunda bu noktada farklı bir yaklaşımın ve gelişmenin var olduğunun en önemli göstergesidir. Bu kuralın gerekçesinde de açıkça işlem temelini çökmesi teorisi anılmıştır⁴⁴².

Bununla birlikte bazı noktalara dikkat etmek gerekmektedir: Alman işlem temelini sarsılması teorisi işlem temelini baştan eksikliğini ve işlem temelini sonradan çökmesini kapsayacak biçimde geliştirilmiş bir teoridir. Türk-İsviçre hukukunda işlem temelini baştan eksikliği, temel hatası düzenlemesine dahildir. Alman işlem temelini çökmesi teorisini kabul ederken bu noktanın dikkate alınması gerektiği ve Alman hukukunda ki işlem temelini sarsılmasına ilişkin tartışmaların bizi kısmen ilgilendirdiği unutulmamalıdır. Bizim sistemimizin işlem temelini çökmesi teorisi açısından en önemli avantajı, “işlem temeli” kavramının, işlem temelini baştan eksikliği ile ilgili temel hatası düzenlemesinde yer almasıdır. Aşağıda daha detaylı inceleyeceğimiz bu konu bizi Alman hukukundaki işlem temelini tanımına ilişkin yapılmış yoğun ama net bir sonuca ulaşmamış

⁴⁴¹ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 54; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 83 vd.; Gönensay, s. 170; Oğuzman/Barlas, s. 219/220; İmre, s. 190; Saymen/Elbir, s. 882-884; Hatemi, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık**, s. 197 (dn. 78).

⁴⁴² Gerekçede açıkça işlem temelini çökmesi teorisinden de bahsedildiğine göre Tasarının 137. maddesi yasalarsa, bu kural işlem temelini çökmesi teorisi ışığında yorumlanmalıdır.

tartışmalardan da bir ölçüde kurtarmaktadır⁴⁴³. İşlem temelini çökmesi teorisini Türk hukukunun bu özelliğini dikkate alınarak uygulanmalıdır.

Bu nedenlerle, Türk hukukunda da sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda en tutarlı ve doyurucu çözümleri veren işlem temelini çökmesi teorisi kabul edilmelidir. Türk hukukunda son yıllarda öğretilerde ağırlık kazanan işlem temelini çökmesi yargı kararlarında bu kadar sıklıkla anılması, basit bir terim seçiminden ötede, işlem temelini çökmesi kuramının, Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı bir yol izlediğini ve Alman hukukundaki gelişmelere paralel olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, öğretide ve içtihadta sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sorununa işlem temelini çökmesi teorisi uygulansa da, savunulan teorisinin, kapsam ve sonuçlar bakımından tam oturmadığı, bazı durumlarda terimsel bir tercihten öteye gitmediğini de söylemek yanlış olmayacaktır. İlerideki bölümlerde, işlem temelini çökmesi teorisinin uygulama alanı, gerekleri ve sonuçları Türk hukukunun özellikleri dikkate alınarak incelenecek, Türk hukukunda kabul edilen işlem temelini çökmesi teorisinin uygulanması açısından somut sonuçlara ulaşılmaya çalışılacaktır.

⁴⁴³ Bkz. aş. B. III/II/A.

II. BÖLÜM

İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ TEORİSİNİN UYGULAMA ALANI VE YAKIN KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

I. İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİNİN UYGULAMA ALANI

A. GENEL OLARAK

İşlem temeliniin çökmesinin şartlarını ve sonuçlarını incelemeden önce, hangi hukuki işlemlerin değişen durumlara uyarlanabilmesinin mümkün olduğunu belirlemek gerekir. Çalışmanın esasının hukuki işlemin bir türü olan borçlar hukuku sözleşmelerinin değişen koşullara uyarlanması sorunu oluşturmaktadır; ancak hangi hukuki işlemlerin uyarlanmasının mümkün olduğunun belirlenmesi, çalışma konusunun uygulamadaki önemi bakımından yerinde olacaktır. İşlem temeliniin çökmesi teorisi adından da anlaşılacağı gibi sadece borçlar hukuku sözleşmelerine ilişkin bir teori değildir⁴⁴⁴. İşlem temeliniin çökmesi teorisinin uygulanması bakımından borçlar hukuku sözleşmeleri ve borçlar hukuku dışında kalan diğer sözleşmeler bakımından esaslı bir fark yoktur. Bu teori tüm sözleşme ilişkilerine şartları ve sonuçları bakımından kural olarak aynı esaslara tabi olarak uygulanmaktadır.

Tüm borçlar hukuku sözleşmelerinin değişen koşullara uyarlanabileceği noktasında öğretilerde görüş birliği vardır⁴⁴⁵. İşlem temeliniin çökmesinin en çok

⁴⁴⁴ Alman hukukunda BGB § 313'ün sistematik yerinin bu nedenle yadırgatıcı olduğu belirtilmiştir. İşlem temeliniin sarsılması başlığını taşıyan madde (*Störung der Geschäftsgrundlage*) "Sözleşmelerin uyarlanması ve sona ermesi" (*Anpassung und Beendigung von Verträgen*) alt başlığı altında düzenlenmiştir. Alman öğretilerinde bu durumun, işlem temeliniin çökmesinin sadece sözleşmelere özgü olduğu şekilde yorumlanmayacağı hususuna vurgu yapılmıştır. Riesenhuber/ Domröse, s.210. Karş. Rösler, **ERPL 2007**, s. 483-514, (s. 490).

⁴⁴⁵ Kaplan, s. 158/159; Palandt⁶³/Heinrichs, § 313 BGB N. 10; Jauernig/ Stadler, § 313 BGB N. 6; Hirsch, s.99.

karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde gündeme geldiği bir gerçektir⁴⁴⁶. Bununla birlikte, tek tarafa borç yükleyen borç sözleşmelerinin, borçlar hukuku dışında kalan diğer sözleşmelerin ve diğer hukuki işlemlerin de uyarlanması gerekebilir⁴⁴⁷.

B. TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLERİN UYARLANMASI

Tek taraflı hukuki işlemler, kurulması için bir kişinin irade beyanının yeterli olduğu hukuki işlemlerdir⁴⁴⁸. Tek taraflı hukuki işlemlerde işlem temelinin çökmesi sorunu sıklıkla gündeme gelmez. Alman hukukunda, baskın görüş tek taraflı hukuki işlemlerde, işlem temelinin çökmesinin kural olarak mümkün olmadığı yönündedir⁴⁴⁹. Bunun nedeni herhangi bir ortak veya karşı yanca bilinebilir bir tasavvurdan yani “işlem temeli”ni oluşturan bir tasavvurdan söz edilememesidir⁴⁵⁰. Alman hukukunda, bu işlemler açısından tamamlayıcı yorum yoluyla bir çözüm üretilebileceği görüşü hakimdir⁴⁵¹.

Tek taraflı hukuki işlemler denildiğinde akla ilk olarak vasiyetname, vakıf kurma ve yenilik doğuran işlemler gelir⁴⁵². Tek taraflı hukuki işlemlerden özellikle vasiyetnamenin değişen şartlara uyarlanması sorunu öğretide tartışılmıştır. Türk hukukunda da, tek taraflı bir hukuki işlem olan, vasiyetnamenin uyarlanmasında, işlem temelinin çökmesi kuramına yer olmadığı, tamamlama yolu ile çözüm aranması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁵³. Vasiyetnamenin yorumlanmasında miras bırakanın farazi iradesi araştırılacaktır, miras bırakanın, vasiyetnamenin düzenlenmesine esas olan maddi veya kişisel ilişkilerde meydana gelen değişiklikleri önceden bilseydi, ne gibi bir yol izleyeceği tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu

⁴⁴⁶ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 236; Köhler, **JA 1979**, s. 498.

⁴⁴⁷ Palandt⁶³/*Heinrichs*, § 313 BGB N. 10; Lorenz/Riehm, N. 389; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 206; Engel, s. 529; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 236 vd; Lorenz/Riehm, N. 389.

⁴⁴⁸ Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku-Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C.I, 3. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 167-168; Oğuzman/Barlas, s. 134.

⁴⁴⁹ Palandt⁶³/*Heinrichs*, § 313 BGB N. 10; **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 127 vd.; Prütting/*Medicus*, § 313 BGB N.3; BGH NJW 1993, 850; BGHZ 37 s. 233 vd. (s. 241); K. g., Köhler, **JA 1979**, s. 498.

⁴⁵⁰ Karl Larenz / Manfred Wolf, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. b., Beck, München, 2004, § 38 N. 30.

⁴⁵¹ Prütting/*Medicus*, § 313 BGB N. 3; **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 10; BGH NJW 1993, 850.

⁴⁵² Oğuzman/Barlas, s. 134/135.

⁴⁵³ Rona Serozan/İlkay Engin, **Miras Hukuku**, © Seçkin, Ankara, 2004, N. 543; BGH NJW 1993, 850.

yapılırken vasiyetname içi olgular, vasiyetname dışı olgularla gerektiğinde tamamlanabilecektir⁴⁵⁴.

Bir diğer tek taraflı hukuki işlem olan vakıf kurmada da farazi iradeye dayalı tamamlayıcı ve uyarlayıcı yorum yolu, vakfedenin iradesini yansıtmaz duruma düşen vakıf açısından kullanılır⁴⁵⁵. Vakıf kurma tek taraflı hukuki işlemde de işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulanması olanağı yoktur, tamamlayıcı yorum yoluyla meseleye çözüm bulunabilecektir.

Tek taraflı hukuki işlem ile kullanılan yenilik doğuran haklar yenilik doğuran işlem olarak adlandırılmaktadır⁴⁵⁶. Yenilik doğuran haklar kullanılmakla sonuçlarını doğururlar, şarta veya vadeye bağlanamazlar⁴⁵⁷. Yenilik doğuran hak kullanılmakla sonuç doğuracağı için kullanılması ile sonuç doğurması arasında kural olarak beklenemeyen, önceden görülemeyen bir durumun ortaya çıkması mantıken mümkün değildir⁴⁵⁸. Bu nedenle yenilik doğuran işlemlerde de işlem temelinin çökmesi kabul edilemez.

C. İKİ VEYA DAHA ÇOK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLERİN UYARLANMASI

1. Genel Olarak

İki veya çok taraflı hukuki işlemlerin uyarlanması denilince akla ilk olarak iki taraflı hukuki işlemlerin yani sözleşmelerin uyarlanması gelir⁴⁵⁹. Baskın görüşe göre her türlü sözleşmenin değişen durumlara uyarlanması gündeme gelebilir, bu hususta

⁴⁵⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, Hiç değiştirilmemiş 3. b., Filiz Kitapevi, İstanbul, 1987, s. 326/327. Audrey Leuba, "L'Interprétation des testaments", **SJ 2004 II**, s. 25-45 (s. 38 vd.); **Basler Kommentar/Breitschmid**, Art. 469 ZGB, N. 29; BGH NJW 1993, 850.

⁴⁵⁵ Serozan/Engin, N. 543.

⁴⁵⁶ Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, [Kıs. Yenilik Doğuran Haklar], Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 59.

⁴⁵⁷ Oğuzman/Barlas, s. 125/126.

⁴⁵⁸ İstisnaen yenilik doğuran hakların şarta veya vadeye bağlandığı durumlarda, örneğin şarta bağlı tanımada işlem temelinin çökmesi mümkün olabilir mi sorusu akla gelir. Örneğin soybağının reddedilmesi geciktirici şartına bağlı tanımayı kabul eden görüş bakımından bu düşünülebilir, karşı Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 204. Bununla birlikte bu durumda bile işlem temelinin çökmesi değil yenilik doğuran hakkın geri alınması kabul edilmelidir.

⁴⁵⁹ Diğer iki veya daha çok taraflı hukuki işlem türü kararlardır. Kararlar, bir kişi topluluğunun hukuki bir sonucu gerçekleştirmek üzere yeter sayıda kişinin iradelerini aynı yönde açıklamaları anlamını taşıyor Oğuzman/Barlas, s. 135. Kararın alınmasından sonra ortaya çıkan değişikliklerin, kararı nasıl etkileyeceği noktasında, topluluğun iç ilişkisini düzenleyen kurallara bakmak gerekir. Kararın alınmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler sonucu işlem temelinin çökmesi değil, bu iç mekanizmalar devreye girmelidir.

kural olarak bir sınırlamaya gidilmesine gerek yoktur⁴⁶⁰. Bu sözleşmeler, borçlar hukuku sözleşmeleri olabileceği gibi borçlar hukuku sözleşmeleri dışında kalan sözleşmeler de olabilir. Ancak sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması denilince akla ilk olarak ifası zamana yayılmış sözleşmeler gelir⁴⁶¹. Zaman faktörü, sözleşmenin kuruluşu esnasında göz önüne alınan durumların, değişmesi olasılığını artıran bir faktördür. Her ne kadar, uygulanma olasılığı daha düşük olsa da, sürekli sözleşmeler dışında uyarılmanın uygulanmayacağını kabul etmek mümkün değildir. Borçlar hukuku sözleşmelerinin dışında kalan medeni hukuk sözleşmelerinin de uyarlanması Türk hukukunda kabul edilmektedir.

İkiden çok tarafı olan sözleşmelerde de uyarılma mümkündür⁴⁶². Özellikle miras taksim sözleşmesi⁴⁶³ ve ortaklık sözleşmesi⁴⁶⁴ bakımından işlem temelinin çökmesi kabul edilmektedir. Borçlandırıcı bir sözleşme olan miras taksim sözleşmesinde, sözleşmenin kurulmasından sonra ekonomik koşulların değişmesi sonucu başta mevcut olan adil paylaşım sonradan katlanılmaz hale gelebilir. Örneğin miras taksim sözleşmesinde terekede yer alan çok değerli bir taşınmazın mirasçılardan birine geçeceği kararlaştırılmış ancak daha sonra yaşanan deprem nedeniyle taşınmazın bulunduğu semtte daire fiyatları aşırı derecede değer kaybetmiş ise miras taksim sözleşmesi değişen bu şartlara uyarlanabilmelidir⁴⁶⁵.

2. Borçlar Hukuku Sözleşmeleri Dışında Kalan Sözleşmelerin Uyarlanması

a) Genel Olarak

Borçlar hukuku sözleşmeleri dışında kalan sözleşmelerin de değişen koşullara uyarlanması mümkündür. Aile, miras ve eşya hukuku alanında yapılan sözleşmelerin bazılarının değişen koşullara uyarlanması Türk hukukunda da sıkça gündeme gelmektedir. Aile hukukunda özellikle nafaka alacağına ilişkin yapılmış

⁴⁶⁰ Philippe, s. 251; Hausheer/Jaun, Art. 2 ZGB N. 105, dn. 199.

⁴⁶¹ Hausheer/Jaun, Art. 2 N. 105.

⁴⁶² Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 56.

⁴⁶³ Jean Guinand/Martin Stettler/Audrey Leuba, **Droit des successions : (art. 457-640 CC)**, 6. b., Schulthess, Zürich v.d., 2005, N. 581; Stéphane Spahr, **Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales**, Ed. universitaires, Fribourg, 1994, s. 146.

⁴⁶⁴ Klaus-Georg Baier, "Die Störung der Geschäftsgrundlage im Recht der Personengesellschaften", **NZG 2004/8**, s. 356-360; Hans Peter Westermann, "Die Anpassung von Gesellschaftsverträgen an veränderte Umstände", **Festschrift für Wolfgang Hefermehl**, Beck, München, 1976, s. 225-242.

⁴⁶⁵ karşı. Spahr, s. 146.

sözleşmelerin ekonomik durumlardaki değişiklik sonucu uyarlanması talep edilmektedir. Miras hukukunda da, uyarılama sorunu miras sözleşmeleri bakımından önemli bir sorundur.

b) Aile Hukukuna İlişkin İşlemlerin Uyarlanması

Aile hukukuna ilişkin işlemlerin uyarlanması denildiğinde akla ilk olarak yoksulluk ve iştirak nafakalarının uyarlanmaları gelmektedir.

Taraflar, boşanma davası açılmasından önce ya da dava sırasında boşanmanın yan sonuçları hakkında anlaşma yapabilirler⁴⁶⁶. Türk hukukunda MK m. 166/III ve MK m. 184/V hükümleri, taraflarca boşanmanın sonuçlarını düzenleyen anlaşmaları düzenlemektedir. Bu iki hükümde yer alan anlaşmalar birbirlerinden farklıdır, bununla birlikte iki anlaşmada da taraflar boşanmanın mali sonuçlarını düzenlerken, yoksulluk ve iştirak nafakası ile ilgili hükümler getirebilirler. Nafaka miktarının da belirlendiği bu anlaşmaların, hakim tarafından uygun bulunması gerekmektedir⁴⁶⁷. Anlaşmada kararlaştırılan nafaka miktarının sonradan ortaya çıkan değişiklikler sonucunda yetersiz kalması veya tam tersine enflasyondaki ani değişiklikler sonucu özellikle yabancı para ile kararlaştırılan nafaka miktarının aşırı derecede değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, bu anlaşmalar uyarılama talebiyle hakim önüne gelebilirler⁴⁶⁸. İştirak nafakası ile ilgili “durumun değişmesi” başlığını taşıyan MK m. 331 ve yoksulluk nafakası ile ilgili MK m. 176/IV uyarınca hakim nafaka miktarını değişen durumlara uyarlayabilir.

Nafaka alacağının değişen durumlara uyarlanması ile, Yargıtay uygulamasında sıkça karşılaşılmaktadır. Yargıtay’ın nafaka alacağının değişen koşullar karşısındaki durumuna ilişkin kararlarında borçlar hukuku sözleşmelerinin uyarlanmasına ilişkin ilkelerden faydalandığı görülmektedir. Ekonomik krizlerin nafaka alacağına etkisi

⁴⁶⁶ Gülçin Elçin-Grassinger, “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, **İÜHFM 1997**, s. 235-241 (s. 235).

⁴⁶⁷ Bu farklar ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Nevzat Özdemir, **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2003, s. 155-158; MK m. 184/V’de yer alan, boşanmanın ve ayrılığın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmanın geçerliliği, Türk hukukunda baskın görüş tarafından hakimin onayına bağlı sayılmaktadır. MK m. 166/III’de yer alan anlaşmanın geçerliliği ise kanun gereği hakimin onayına bağlıdır. bkz. Özdemir, s. 154 ve s. 170.

⁴⁶⁸ Y. 3. HD. 26. 05.2005, E. 2005/5426, K. 2005/5859; Y. 3. HD. 07.10.2004, E. 2004/11065, K. 2004/10658; Y. 3. HD. 20.05.2003, E. 2003/6447, K. 2003/6152, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

bakımından Yargıtay, tarafların nafaka alacağına ilişkin anlaşmalarının değişen koşullara uyarlanacağını açıkça kabul etmektedir⁴⁶⁹.

Yargıtay, nafaka alacağına ilişkin anlaşmaların uyarlanmasında, değişen durumlar karşısında işlem temelinin çöküp çökmediğini değerlendirmektedir⁴⁷⁰. Bu da işlem temelinin çökmesi teorisinin Yargıtay uygulamasında da, sadece borçlar hukuku sözleşmeleri ile sınırlı olmadığını göstermektedir.

Yargıtay uygulamasında nafaka alacağının uyarlanmasına ilişkin nafaka alacağının özellikleri doğrultusunda bazı ilkeler kabul edilmektedir. Yargıtay nafaka alacağının belirlendiği anlaşmalar açısından da genel sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanacağını kabul etmektedir⁴⁷¹. Borçlar hukuku sözleşmeleri açısından aranan önceden görülemezlik, değişen durumlar karşısında sözleşmeye bağlı kalınmasının beklenemezliği, risk paylaşımı kurallarının bunu değerlendirmede dikkate alınması gibi şartlar nafakaya ilişkin anlaşmalar açısından da Yargıtay uygulamasında aranmaktadır. Yargıtay kararlarında, bu, dürüstlük kuralının bir gereği olarak değerlendirilmektedir. Nafaka alacaklarının uyarlanmasına ilişkin kanunda açık hüküm bulunması da diğer hukuki dayanaktır. Bu sözleşmeler uyarlanırken, nafaka alacağının ve boşanma sonucu gerçekleştirilen anlaşmanın özellikleri de dikkate alınmaktadır. Bu nedenle Yargıtay, kararlarında, genel borçlar hukuku sözleşmelerinin uyarlanması bakımından dayanılan hukuki temelle ilgili ilkeler yanında başka ilkelere de dayanmaktadır. Bu ilkelere en ilginç “ivazsız iktisabın korunmazlığı” ilkesidir⁴⁷². Bizim görüşümüze göre, işlem temelinin çökmesi sadece

⁴⁶⁹ Y. 3. HD. 04.03.2003, T. 2003/1941, E. 2003/2097; Y. 3. HD. 26. 05.2005, E. 2005/5426, K. 2005/5859; Y. 3. HD. 07.10.2004, E. 2004/11065, K. 2004/10658; Y. 3. HD. 20.05.2003, E. 2003/6447, K. 2003/6152, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁴⁷⁰ “O nedenle, uyuşmazlığın çözümünde; sözleşmenin temel edimi olan ve taraflarca başlangıçta kabul edilen döviz fiyatlarındaki normal artışlar dışında sözleşmenin in'ikadından sonra gerçekleşen ekonomik kriz ve hükümetçe alınan kararlarla işlem temelinin çöküp çökmediğinin araştırılması gerekir.” Y. 3. HD. 04.03.2003, T. 2003/1941, E. 2003/2097, (Serhan Gürsoy / Harun Bulut, **Aile Mahkemeleri Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 697); Y. 3. HD. 20.05.2003, E. 2003/6447, K. 2003/6152: “döviz cinsinden ödenmesi kararlaştırılan nafaka ve yükümlülüklerin Türk Lirasına çevrilmesi ve indirilerek uyarlanması; ancak önemli ölçüde döviz kurunda meydana gelebilecek değişiklik nedeni ile edimin aynen ifasının borçlu yönünden katlanılmaz hal almasına ve böylece işlem temelinin çökmüş bulunmasına bağlıdır” (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası). Aynı yönde bir başka karar için bkz. Y. 3. HD. 26. 05.2005, E. 2005/5426, K. 2005/5859, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁴⁷¹ Y. 3. HD. 04.03.2003, T. 2003/1941-2097, (Gürsoy/Bulut, s. 696).

⁴⁷² Y. 3. HD. 04.03.2003, T. 2003/1941, E. 2003/2097, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası), “Taraflar MK'nun 134/3. maddesi çerçevesinde ‘anlaşmalı olarak’ boşanmışlardır. Aralarında yaptıkları protokol, hukuki niteliği itibarıyla Medeni Kanun hükümlerinden kaynaklanmakta ise de;

borçlar hukuku alanında geçerli bir teori olmadığından medeni hukukun diğer alanlarındaki sözleşmeler bakımından ek hukuki dayanak geliştirmeye gerek bulunmamaktadır.

İşlem temelinin çökmesinin gündeme geldiği bir diğer aile hukuku işlemi de, evlilik süresince geçerli olmak üzere yapılan ve aile hukuku temeline dayalı bir işlem olan, eşin diğer eşin malvarlığına yaptığı katkıyı sağlayan işlemdir. Mal ayrılığı rejimine tabi bir evliliğin sona ermesinden sonra, diğer eşin malvarlığında bulunan bu katkı nasıl geri alınacaktır⁴⁷³. Bu tür işlemlerde, eşlerin diğerinin malvarlığına katkısı ne gerçek anlamda ne de görünüşte katkı sağlama amacı taşımaksızın, sadece aile olmaktan kaynaklanmıştır. Bu tür işlemlerde, karşı tarafı karşılıksız yararlandırma kastı bulunmadığından gerçek bir bağışlama söz konusu değildir. Evliliğe bağlı olarak amaçlanan bu işlemlerin temelinde bir aile hukuku işlemi kabul edilmelidir⁴⁷⁴. Aile hukuku sözleşmesi olarak kabul edilen bu işlem için aile birlikteliğinin sona ermesi anlamına gelen boşanmanın veya ölümün işlem temelinin çökmesi sonucunu doğurduğu ve katkının bu çerçevede kabul edileceği öğretide vurgulanmıştır⁴⁷⁵.

*genel sözleşme hükümlerine tabidir. (...), tarafların protokol ile döviz üzerinden nafaka ve diğer yükümlülükler üstlenmesindeki bir amaç ta; ülkedeki ekonomik yapı gereği enflasyonun yüksek olması ve paranın satın alma gücünün azalması nedeni ile nafaka alacaklısının güvence altına alarak korumaktır. Başka bir ifadeyle nafaka alacağının enflasyon karşısında erimesini önlemek ve ileride artan ihtiyaçları karşılayabilmek için yeniden nafakanın artırılması yönünde dava açılmasını önlemektir. (...), edimler arasındaki denge, umulmadık gelişmeler yüzünden sonradan bozulacak olursa (...) güven sorumluluğu ve iyazsız iktisabın korunmazlığı ilkesi gereğince sözleşme koşulları değişen koşullara uyarlanır. Buna göre, sözleşenlerin eğer gelişmeleri baştan kestirebilselerdi, sözleşmeyi bambaşka koşullarla kurmuş olacakları söylenebiliyorsa, ayrıca, beklenmedik gelişme yüzünden sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla olduğu gibi katlanmak taraflardan biri için özveri sınırının aşılması anlamına geliyorsa, nihayet, yasal ve sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde taraflardan sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla bağlı kalmaları beklenmiyorsa, sözleşmeye Hakim'in müdahalesi gündeme gelir. Yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde, döviz cinsinden ödenmesi kararlaştırılan nafaka ve yükümlülüklerin Türk Lirasına çevrilmesi ve indirilerek uyarlanması (...) işlem temelinin çökmüş bulunmasına bağlıdır. (karar metni için ayrıca bkz. Gürsoy/Bulut, s. 695-697; Ömer Uğur Gençcan, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu**, 1. Cilt, Genişletilmiş 2. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.114-116 ve s.1354-1356).*

⁴⁷³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Saibe Oktay-Özdemir, "Mal ayrılığı rejiminde eşlerin mali yükümlülükleri ve evlilik sona erdikten sonra diğer eşin malvarlığında bulunan katkıların iadesi", **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, Çizgi Basım Yayın, İstanbul, 2007, s. 980-993.

⁴⁷⁴ Oktay-Özdemir, s. 986/987.

⁴⁷⁵ Oktay-Özdemir, s. 987; Alman Federal Mahkemesi de aynı gerekçelerle işlem temelinin çökmesini bu tür işlemlere uygulamaktadır, BGHZ 84, s.361 vd. Alman öğretisinde de, bu katkının işlem temelinin çökmesi kapsamında sadece mal ayrılığı rejiminde talep edilebileceği kabul edilmektedir, Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 34; Emmerich, § 27 N. 46/47. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, katkının hesaplanmasına ilişkin bu rejimin özel hükümleri uygulanacaktır.

Bu konuda Türk içtihadına bakıldığında işlem temelinin çökmesi teorisinin esaslarının uygulandığı söylenebilir. Yargıtay kararlarında her ne kadar açıkça “işlem temelinin çökmesi” nitelendirmesi yapılsa da, bu kararları inceleyen öğreti, Yargıtay’ın açıklamalarından teorinin uygulandığı sonucunu çıkartmaktadır⁴⁷⁶. Kararlara bakıldığında, Yargıtay’ın gerçekten de, evlilik birliğinin süreceğine ilişkin inancın boşa çıkmasının yararlanmaya dönük akdi ilişkinin temelini çöktüğü gerekçesi ile malvarlığının edinilmesine yapılan katkının iadesine hükmettiği kolaylıkla görülebilir⁴⁷⁷. Bu noktada, işlem temelinin çökmesinin ortaya çıkış biçimlerinden olan, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hali mevcuttur⁴⁷⁸.

c) Aynı Sözleşmelerin Uyarlanması

Bir aynî hakkın kurulmasına, aynî hakkın değiştirilmesine veya aynî hakkın devrine ilişkin eşya hukuku sözleşmelerine aynî sözleşme denmektedir⁴⁷⁹. Bununla birlikte aynı tasarruf sözleşmeleri, bir hakkı başkaca bir eyleme ve işleme gerek bırakmaksızın kuran “iş bitirici” hukuki işlemlerdir⁴⁸⁰. Bu nedenle de sözleşmenin kurulması ile sonuç doğurması arasında koşulların değişikliği de söz konusu olmayacaktır. Bu durumda da sözleşmenin uyarlanmasından bahsedilemeyecektir. Özetle, eşya hukukuna ilişkin sözleşmelerin uyarlanması kural olarak düşünülemez⁴⁸¹.

d) Miras Sözleşmelerinin Uyarlanması

Miras sözleşmesi Medeni Kanun’un 527. ve 530. maddeleri aralarında düzenlenmektedir. Miras sözleşmeleri olumlu ve olumsuz miras sözleşmeleri olarak ikiye ayrılır. Her iki miras sözleşmesi de ivazlı veya ivazsız olabilir⁴⁸². Miras

⁴⁷⁶ Oktay-Özdemir, s. 991.

⁴⁷⁷ Oktay-Özdemir, s. 993.

⁴⁷⁸ Bkz. aş. B. III/V/D.

⁴⁷⁹ Dural/Sarı, s. 170.

⁴⁸⁰ Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, 2. b., Filiz Kitabevi, 2007, s. 79.

⁴⁸¹ BGH NJW 1986, s. 1333 vd. Mahkemeye göre, eşya hukuku ilişkilerinde işlem temelinin çökmesinin söz konusu olabilmesi için, eşya hukukundan kaynaklanan bir hakka ilişkin dürüstlük kuralından kaynaklanan bir talebin bulunabilmesi gereklidir; bu da ancak aynı hakkın ortaya çıkmasından önceki aşamada söz konusu olabilecektir. Aynı hak bir kez oluşturulduktan sonra ise, tarafların dayandığı bir işlem temeli artık söz konusu olamayacağından, önceden görülemeyen durum değişiklikleri nedeniyle bu işlem temelinin çöktüğü de ileri sürülemeyecektir (s. 1334); Bununla birlikte eşya hukukundaki sözleşmelerin de uyarlanması öğretilde kabul eden görüşler mevcuttur; bkz. Lorenz/Riehm, N. 389.

⁴⁸² Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, 4. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 85; Serozan/Engin, N. 380-382.

sözleşmelerinin uyarlanması özellikle sağlararası ivazlı miras sözleşmeleri bakımından gündeme gelebilir.

Miras sözleşmelerinde, vasiyetnamelerden farklı olarak, irade kuramı değil, güven kuramı geçerlidir⁴⁸³. Miras sözleşmesinde serbestçe geri alınamayan iki yanlı tasarruflar açısından, güveni korunmayı hak eden bir lehdar vardır; iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesinde iradenin yöneldiği bir kişi mevcut olduğundan, bu sözleşmeler irade ilkesine göre yorumlanamaz⁴⁸⁴.

Bu nedenle, vasiyetnamelerde basit bir saik hatası bile iptale yeterli olabilecek iken, miras sözleşmelerinde lehdarın güveni korunacaktır. Vasiyetname, saik hatası nedeniyle iptal edilmeden önce tamamlayıcı yorum yoluyla düzeltilmeye çalışılacak iken, miras bırakan tarafından önceden tahmin edilemeyen gelişmeler karşısında, serbestçe geri alınamayan miras sözleşmesinde yorum yoluyla düzeltme mümkün değildir; bu sözleşmeler ancak işlem temelinin çökmesi durumunda uyarlanabilecektir⁴⁸⁵.

Bizim görüşümüze göre miras sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkan gelişmeler karşısında miras sözleşmesinin uyarlanması mümkün olmalıdır. Örneğin olumlu ve ivazlı bir miras sözleşmesinde, miras bırakanın bir ölüme bağlı kazandırmasına karşılık, sözleşmenin karşı yanı, miras bırakana ölünceye kadar bakma konusunda sağlararası bir edim borcu yüklenmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra miras bırakanın bakıma ihtiyacı ortadan kalkarsa miras bırakan işlem temelinin çökmesini ileri sürebilmelidir⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, s. 327; Serozan/ Engin, N.404 ve 424/425.

⁴⁸⁴ Mustafa Dural/ Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku-Miras Hukuku**, C. IV, 3. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 217; Miras sözleşmesinin yorumunda güven ilkesinin rolü için bkz. Vito Piconi, **Die Auslegung von Testament und Erbvertrag**, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1955, s. 108 vd.

⁴⁸⁵ Serozan/ Engin, N. 543.

⁴⁸⁶ Olumlu sağlararası ivazlı miras sözleşmesi bakımından *Hatemi*'ye göre, sağlararası ivaz sadece ölünceye kadar bakma akdi çerçevesinde geçerli olabilir (karş. BK m. 511/son), Hatemi, **Miras**, s. 85. (karş. Serozan/Engin, N. 380, yazarlar da edim borcunun genelde ölünceye kadar bakma konusunda olduğunu belirtmiştir). Bakıma ihtiyaç olmayan biriyle yapılan olumlu ve ivazlı miras sözleşmesinde uyarlama gündeme gelebilir. Bununla birlikte *Hatemi*, bu durumda sağlararası ivaz yükümlüsünün bir nevi muhataralı sözleşme yaptığını kabul ettiği için (karş. Hatemi, **Miras**, s. 86) uyarlamayı kabul etmeyecektir.

Miras sözleşmesinin, bağlayıcı olmayan, vasiyetname niteliğinde bulunan hükümlerinde irade kuramı çerçevesinde yorum yapılabileceği de unutulmamalıdır⁴⁸⁷.

Miras sözleşmelerinin uyarlanması denildiğinde yakın bir tartışma daha akla gelir. Bu da miras sözleşmelerinde gabinin söz konusu olup olmadığıdır⁴⁸⁸. Öğretide, bu konuyu tartışmaya açan *Hatemi*'ye göre sağlararası ivazlı miras sözleşmelerinde “ölünceye kadar bakma” karakteristik edim borçlusu olan taraf gabin hükümlerinden faydalanabilir. Bunun yanı sıra sağlararası edim alarak mirastan feragat eden saklı paylı mirasçı da gabin hükmüne dayanabilir; terekesinden feragat edilen, yüksek bir feragat bedeli ödediği öne sürülen tarafın gabin imkanından faydalanması tereddüt doğursa da yine de kabul edilmelidir⁴⁸⁹. Miras sözleşmelerinin uyarlanmasına kimin dayanabileceği konusunda da benzer bir ayrıma gidilmesi düşünülebilir.

3. Borçlar Hukuku Sözleşmelerinin Uyarlanması

a) Genel Olarak

Borçlar hukuku sözleşmelerinde uyarlama sıklıkla iki tarafa borç yükleyen karşılıklı sözleşmelerde gündeme gelir⁴⁹⁰. Edim değiş tokuşunun olduğu bu sözleşmelerin (*Austauschverträge*) dışında tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanması da öğreti ve uygulamada tartışma konusu olmuştur. Bunun dışında ani edimli sözleşmelerin uyarlanıp uyarlanmayacağı da tartışmalıdır. Genel olarak zamana yayılan sözleşmelerde değişikliklerin sonradan ortaya çıkması ihtimali daha çok olduğundan, ani edimli sözleşmelerin uyarlanmasına kuşkuyla bakılmıştır.

Sözleşmenin ifa edilmiş olmasının sözleşmenin uyarlanmasına etkisi de oldukça tartışmalı bir konudur. Bu konuda son yıllarda ağırlık kazanan eğilim, sözleşmenin ifa edilmiş olmasının uyarlamaya engel teşkil etmeyeceği yönündedir. Somut olayda hakkaniyetin gerektirdiği bazı durumlar bunu gerekli kılabilir.

⁴⁸⁷ Dural/Öz, s.217/218.

⁴⁸⁸ Hüseyin Hatemi, “Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir Mi?”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 189-193.

⁴⁸⁹ Hatemi, **Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 192/193.

⁴⁹⁰ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 236; Bischoff, s. 223; Öğretide, önsözleşmelerde de işlem temelinin çökmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 8; Alman Federal Mahkemesi de bu görüştedir, BGHZ 47 s. 387 vd. (s.393).

Şu nokta da belirtilmelidir ki, borçlar hukuku sözleşmeleri bakımından kabul edilen, uyarılmanın uygulama alanı, şartları ve sonuçları bakımından belirlenen ilkeler, yapılarına uyduğu sürece diğer sözleşmelere de uygulanabilir.

b) Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerin ve İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerin Uyarlanması

Uyarılmanın kabul edildiği tüm hukuklarda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanması noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Uyarılmanın sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle sınırlı olmadığı, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de “edimler arası dengenin” bozulabileceği öğretide kabul edilmiştir⁴⁹¹. Bu sözleşmelerde bir taraf her zaman borç altına girmekte, diğer taraf ise ancak bazı şartlar gerçekleştiğinde borç altına girmektedir⁴⁹².

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden daha çok gündeme gelir; gerçekten de edim ve karşı edim arasındaki değişim nedeniyle değişen durumların bu ilişkiye etkisi daha belirgindir⁴⁹³. Edim değiş tokuşunun olmadığı tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arası dengenin bozulması hali ortaya çıkamaz. Bununla birlikte aşağıda daha detaylı açıklayacağımız üzere sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi, karşılıklı edimler arasında dengesizlik (*Äquivalenzstörung*) ile sınırlı değildir sadece uygulamada en çok karşılaşılan işlem temelinin çökmesi halidir⁴⁹⁴. Edimler arasındaki dengesizlik tek taraflı hukuki işlemin yapısı ile bağdaşmasa da, amacın boşa çıkması veya aşırı ifa güçlüğü türündeki işlem temelinin çökmesi halleri tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de olabilir. Bu nedenle edim değiş tokuşunun olmaması tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanmayacağına ilişkin bir gerekçe oluşturmaz.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uyarılmanın mümkün olup olmadığı öğretide tartışılmıştır⁴⁹⁵. Uyarılmayı büyük ölçüde edim ve karşı edim ilişkisi içinde değerlendiren görüşler, doğal olarak tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin

⁴⁹¹ Deschenaux, s. 564a; Engel, N.798.

⁴⁹² Oğuzman/Öz, s. 42.

⁴⁹³ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 236; Engel, N 247; Bischoff, s. 223.

⁴⁹⁴ Serozan, **Oğuzman’a Armağan**, s. 1018. Bkz. aş. B. III/V

⁴⁹⁵ Bischoff, s. 224/225.

uyarlanmasına daha çekingen yaklaşmaktadırlar⁴⁹⁶. Bununla birlikte, öğretide ağırlıklı görüş tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uyarlanmanın mümkün olduğu yönündedir⁴⁹⁷. Sözleşmenin uyarlanması için sonradan ortaya çıkan durum değişikliğinin sosyal bir felaket olmasını savunan görüş bile, sosyal felaketin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından da oluşabileceğini belirterek bu sözleşmelerin de uyarlanmasını kabul eder⁴⁹⁸. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanması bakımından herhangi bir sınırlamaya gidilmesine gerek yoktur.

Tek tarafa borç yükleyen kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi ve bağışlama sözleşmesi gibi sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi gündeme gelebilir. Bağışlama sözleşmesi ile ilgili Borçlar Kanunu'nda bağışlamanın geri alınmasına ilişkin özel bir uyarlama hükmü de mevcuttur (BK m. 245).

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin de değişen koşullara uyarlanmasının ne şekilde olacağı öğretide tartışılmıştır. Bu sözleşmelerde adaletsiz durumun sözleşmenin içeriğinin uyarlanması ile değil, sözleşmenin çözülmesi yoluyla düzeltileceği savunulmuştur⁴⁹⁹. Bizim görüşümüze göre böyle bir sınırlamaya gidilmesine de gerek yoktur. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de işlem temeli çökebilir ve dar anlamda uyarlama veya sözleşmenin sona erdirilmesi mümkün olabilir.

c) Ani Edimli Sözleşmelerin ve Sürekli Edimli Sözleşmelerin Uyarlanması

Genelde sözleşmelerin uyarlanması, sözleşmenin ifası belli bir süreye yayıldığında gündeme gelir; zira, zaman faktörü durum değişikliklerinin

⁴⁹⁶ Tamamen reddeden görüşler için bkz. Hans Reichel, **Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände**, Franz Vahlen Verlag, Berlin, 1933, s. 19; Hans Weber, **Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen**, Hummel-Honer, Zürich, 1924, s. 14; Andreas von Tuhr / Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, 2. Bd., 3. b., Schulthess, Zürich, 1974, s. 172 dn. 76. Sınırlayıcı bir şekilde yaklaşan bir görüş için bkz. Deschenaux, s. 563a-566a.

⁴⁹⁷ Dural, **İmkansızlık**, s. 30; Serozan, **Oğuzman'a Armağan**, s. 1018; Bischoff, s. 225; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 207 **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 8.

⁴⁹⁸ Bischoff, s. 225.

⁴⁹⁹ Serozan, **Oğuzman'a Armağan**, s. 1018.

gerçekleşmesi bakımından önemlidir⁵⁰⁰. Bununla birlikte, öğretide birçok yazar, sözleşmelerin uyarlanmasını sürekli borç ilişkilerine özgü bir sorun olarak görmemiş, ani edimli sözleşmelerde uyarlanmanın bazı olasılıklarda ortaya çıkabileceğini savunmuştur⁵⁰¹. Sözleşmenin kurulması anı ile ifa anı arasında bir süre olması durumunda ani edimli sözleşmelerin de uyarlanması mümkündür. Bu sürenin kısa veya uzun olmasının önemli değildir⁵⁰². Bunun yanı sıra ani edimli sözleşmelerin ifasının daha sonra gerçekleşmesi halinde de uyarlama mümkün olabilir⁵⁰³. Zaman faktörü, sözleşmelerin uyarlanmasının gündeme gelebilmesi açısından gerçekten önemlidir. Ani edimli ilişkilerde de, sözleşmenin kuruluşu ile ifası arasında bir süre söz konusu olabileceğinden, ani edimli sözleşme ilişkilerinin uyarlanamayacağını söylemek mümkün değildir⁵⁰⁴.

Bir başka açıdan yaklaşıldığında aslında, sorunun, sözleşme ilişkisinde edimin ani edimli mi, sürekli edimli mi sorunu olmadığı daha iyi anlaşılır. Asıl sorun borcun ifa edildiği durumlarda uyarlanmanın yine de istenip istenemeyeceği noktasındadır. Bu durum ani edimli ilişkiler bakımından şüpheye düşmeye neden olmaktadır⁵⁰⁵. Ani edimli sözleşmelerde genelde ifa hemen gerçekleştiği için uyarlamaya yer ve gerek olmadığı düşünülebilir; bu aslında ifadan sonra uyarlanmanın talep edilemeyeceğine ilişkin bir tepkidir. Ani edimli sözleşmede kuruluş ile ifa

⁵⁰⁰ Zaman faktörünün önemli olduğu bir başka nokta da, önceden görülemezlik şartının değerlendirilmesi bakımındandır. Kısa süreli sözleşmelerde durum değişikliklerinin önceden görülmesi daha olasıdır, Deschenaux, s. 557a. Bkz. aş. B.III/II/B/2/d/(2)/i/(b).

⁵⁰¹ Tercier, *JdT 1979 I*, s. 196; *Basler Kommentar/Honsell*, Art. 2 ZGB N.19, Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 38, N. 27; Dural, *İmkansızlık*, s. 30. Yazar ertesi gün ifa edilecek bir alım satım sözleşmesinin yapıldığı gün akşamı hiç beklenmeyen bir devalüasyonun borçlunun edimini fevkaleda ağırlaştırması örneğini veriyor. Fauvarque-Cosson, *RDC 2004/1*, s.68; Hervé Lécuyer, “Le contrat acte de prévision”, *L’avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Ed. collectif, Dalloz/PUF/Jurisclasser, Paris, 1999, s. 641-659 (s.658); YHGK., 3.2.1988 T., E.11-411, K.66, (Turgut Uygur; *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Giriş ve Madde 1 – 40*, [Kıs. Giriş], C. 1, 2. b., Seçkin, Ankara, 2003, s. 295 vd.

⁵⁰² Dural, *İmkansızlık*, s. 30; Wiegand, *FS Walter*, s. 453.

⁵⁰³ Tercier, *JdT 1979 I*, s. 196; Fauvarque-Cosson, *RDC 2004/1*, s. 68.

⁵⁰⁴ Selim Kaneti; “Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil turc”, *Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels (Journées d’Istanbul)*, *Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XXIII, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 585-604, (s. 602); Wiegand, *FS Walter*, s. 453. *Wiegand*, 11 Eylül olaylarından bir gün önce akdedilmiş ve ifası 15 Eylül’de gerçekleştirilecek sözleşme örneğini vermektedir.

⁵⁰⁵ YHGK., 3.2.1988 T., E.11-411, K.66, “*Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesinin ani edimli sözleşmelerde uygulanmayacağı aşikârdır; zira edim yerine getirildikten sonra artık şartların ağırlaştığı vs. söz konusu olamaz. Bu ilkenin sürekli (sürekli edimli) borç ilişkilerinde uygulanabileceği ise kuşku götürmez*”, (Uygur, *Giriş*, s. 295).

arasında bir süre söz konusu olursa uyarılma daha akla yatkın gelecektir, bu da bize aslında sorunun ani edimli sözleşmelere ilişkin olmadığını gösterir⁵⁰⁶.

Ayrıca “sürekli sözleşmelerde dönme hakkının yerini fesih hakkı alır” ifadesi (BKT m. 137) sıklıkla kullanılmaktadır. Karşıt yorumdan çıkan anlama göre ise “ani edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkı”nın kullanılacağıdır. Bunun anlamı da ani edimli ilişkiler açısından da uyarılmanın mümkün olduğudur. Sürekli sözleşme ilişkisi “fesih” ile sona ererken, ani edimli sözleşme ilişkisi “dönme” ile sona erer ya da değişen koşullara uydurulur⁵⁰⁷.

Türk hukukunda da sözleşmelerin kısa süreli veya uzun süreli olmasının sözleşmelerin uyarlanması bakımından bir fark yaratmayacağı vurgulanmış, uyarılmanın şartlarının gerçekleşmiş olması yeterli görülmüştür⁵⁰⁸. Ancak, özellikle kira sözleşmeleri bakımından, ani edimli olmasa bile sözleşmenin kısa süreli olmasının uyarılma imkanını ortadan kaldıracığına dair görüşlere ve içtihata da rastlanmaktadır⁵⁰⁹. Özellikle Yargıtay uygulamasına bakıldığında birçok kararda “kısa süreli sözleşmelerin uyarlamaya konu olamayacağı” açıkça belirtilmektedir⁵¹⁰.

Bizim görüşümüze göre sözleşmenin ani edimli olması sözleşmenin uyarlanmasına engel değildir. Sözleşmenin kısa süreli olması da sözleşmenin uyarlanmasını engellemez. Sözleşmenin kuruluşu ile ifası arasında çok kısa da olsa

⁵⁰⁶ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 366/367 (özellikle dn. 224).

⁵⁰⁷ karş. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 383; K.g. Erden Kuntalp/Nami Barlas/Ahu Ayanoglu Morali/Pelin Çavuşoğlu Işıntan/Mehtap İpek/Mert Yaşar/Sedef Koç, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, GSÜ, 2005, s. 84, yazarlar BKT'nın “sürekli sözleşmelerde dönme hakkının yerini fesih hakkı alır” ifadesini, maddenin sanki ani edimli borç ilişkilerinde de uygulanabileceği sonucunu doğuracağı için eleştirmişlerdir. Oysa *Arat*'ın da yerinde olarak belirttiği gibi uyarılmanın ani edimli sözleşmelerde de yapılabileceği için bu eleştiri yerinde değildir, karş. *Arat*, s. 90.

⁵⁰⁸ Gürsoy, s. 123; Kaplan, s. 159; Burcuoğlu, **Sungurbey'e Armağan**, s. 75 vd.; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 39; Ömer Camcı, “Kira Parasının Kiracı Lehine Uyarlanması”, *İBD* 1994, s. 232-238, (s.237-238).

⁵⁰⁹ Bkz. aş. B.III/II/B/2/d/(2)/i/(b).

⁵¹⁰ Y. 13 HD. 10.06. 1996- 5657/5877; Y. 13 HD. 04.02.1993-10063/767; Y. 13 HD. 03.02.1992- 8966/877; Y. 13 HD. 06.12.1990-4342-8281; Y. 13 HD. 06.12.1994- 10255/10974. Bununla birlikte, bu son kararda Yargıtay kısa süreli sözleşmelerin istisnaen uyarlanabileceğini kabul eder görünmektedir “*Kısa süreli akıtlar için uyarılma söz konusu olamaz. Kısa süreli akıtlarda işlem temelinin çok istisnai olaylar nedeni ile çökmesi kabul edilebilir. Davacının dayandığı enflasyon olgusu bu istisnai olgulardan sayılamaz.*” (Erkan Ertürk, **Kanunlar Açıklamalar ve İçtihatlarla Uygulamada Kira Tespiti ve Uyarılma Davaları**, © Adil Yayınevi, Ankara, 2005, s. 578-582); Y. 13. HD. 21.04.2003, E. 2002&15326, K. 2003/4726, “(...) uyarılma, uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olabilir. (...) sözleşmenin uzun süreli olmaması, (...) dolayısıyla olayda uyarılma koşulları mevcut değildir”, (*İBD* 2003, s. 805-809, (s. 809)).

bir süre mevcut ise ve bu süre içerisinde esaslı bir durum değişikliği sonucu işlem temeli çökmüş ise sözleşme uyarlanabilir.

d) İfa Edilmiş Sözleşmelerin Uyarlanması

Sözleşmenin ifa edilmemiş olmasını, bazı yazarlar sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının şartları arasında saymaktadırlar⁵¹¹. Aslında, ifa edilmiş sözleşmelerin uyarlanıp uyarlanmayacağı sorunu, işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanı ile ilgili bir sorundur. İşlem temelinin çökmesi teorisinin şartlarının varlığının araştırılabilmesi için ilk olarak bu teorisinin hangi sözleşmelere uygulanacağını belirlemek gerekir. Teorisinin uygulama alanının belirlenmesi ilk aşamadır. İşlem temelinin çökmesi teorisinin ifa edilmiş sözleşmelere uygulanmayacağı sonucuna varılıyorsa artık şartların değerlendirilmesine gerek yoktur. İşlem temelinin çökmesi, bir şart eksikliğinden dolayı değil, uygulama alanına dahil olan bir sözleşme ilişkisinin yokluğu nedeniyle, ifa edilmiş sözleşmelerde uygulanmayacaktır.

İfa edilmiş sözleşmenin uyarlanıp uyarlanmayacağı oldukça tartışmalı bir konudur. Öğretide baskın görüş işlem temelinin çökmüş kabul edilebilmesi için edimlerin henüz ifa edilmemiş olması gerektiği yönündedir⁵¹². *Bischoff*'a göre, sözleşmenin ifasından sonra koşulların değişmesinin taraflardan birinin menfaat durumuna etki ettiği kabul edilebilirse de, bu durum sözleşmenin kendisine etki edemez, çünkü sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin sözleşmeye uygun biçimde ve ihtirazi kayıt olmaksızın yerine getirilmesi ile sözleşme sona erer, bu nedenle de sözleşmenin uyarlanmasına konu olamaz⁵¹³. Sözleşmesel ilişki tam ifa ile sona ermiş, edimler ifa edilmiş ise, bu sözleşmenin uyarlanması mümkün değildir⁵¹⁴.

⁵¹¹ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 12; Kaplan, s. 152/153; Arat, s. 123; Jauernig/ *Stadler*, § 313 BGB N. 27, karşı. Köhler, **FG Wissenschaft**, s. 318 vd.

⁵¹² Eren, s. 441; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 91; Bischoff, s. 220; Y. 13. HD. 21.04.2003, E. 2002&15326, K. 2003/4726, “ (...) uyarlama, uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olabilir. (...) satım bedelinin ödenmesine yönelik edimlerin çok büyük bir kısmının yerine getirilmiş olması (...) dolayısıyla olayda uyarlama koşulları mevcut değildir”, (**İBD 2003**, s. 805-809, (s. 809)).

⁵¹³ Bischoff, s. 220.

⁵¹⁴ Kaplan, s. 152/153; Akyol, 93/94; Gülekli, s. 53; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 675; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 345; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 225; Max Baumann / David Dürr / Viktor Lieber / Arnold Marti / Bernard Schnyder, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.1. Einleitung. Teilband 1, Art. 1-7 ZGB**, [Kıs. **Zürcher Kommentar/İşleyen**], 3.b., Schulthess, Zürich, Art. 2 ZGB N. 455; Bischoff, s. 219.

Dikkat edilirse, edimlerin tam olarak ifasından bahsedilmektedir, yoksa sadece borcun ifa edilmiş olması sözleşmenin uyarlanmasını engellemez. Borcun ifa edilmesinden değil sözleşmenin tam ifa ile sona ermesinden bahsedildiğinde, önemli olan borcun ifa edilmemiş olması değil sözleşmesel ilişkinin tam ifa ile sona ermemiş olmasıdır. Taraflardan yalnızca biri borcunu ifa etmiş ya da tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlu kısmi ifada bulunmuş ise sözleşme yine de uyarlanabilir⁵¹⁵.

Diğer bir görüş ise, borcun ifa edilmiş olmasının, bizatihi ifanın güçleşmediğini gösterdiğini ileri sürerek, sadece borcun ifası halinde dahi sözleşmenin uyarlanmasını mümkün görmez. Edimin ifası zaten ortada bir güçlük olmadığını göstermektedir⁵¹⁶. Bu görüştekiler, sadece borcun ifa edilmiş olmasının artık sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması imkanını ortadan kaldırdığı, ifada bulunmakla, borçlu hem borcun varlığını hem de borcun ifasının değişen şartlara rağmen kendisinden beklenebilir olduğunu kabul ettiğini ileri sürerler⁵¹⁷.

Bizim görüşümüze göre, borcun ifa edilmiş olması ifanın güçleşmediğini göstermez. Sözleşmelerin uyarlanmasının, sadece borçlu tarafından değil, alacaklı tarafından da talep edilebildiği düşünülürse bu daha iyi anlaşılır. Alacaklının (örneğin kiralayanın kira bedelinin uyarlanması talebi) uyarlama talebi söz konusu olduğunda, alacaklı edimini ifa etmeye devam edecektir (kiralananın kullandırılması)⁵¹⁸. Türk hukukunda alacaklının sözleşmeyi değişen koşullara uyarlaması ise kabul edilmektedir⁵¹⁹. Alacaklının edimini ifa etmiş olması ifanın onun için güçleşmediği anlamını taşımamaktadır.

Bunun yanı sıra, edimlerin ifa edilmiş olmasının ifanın güçleşmesi özelliğini kaldırmış olması, sadece aşırı ifa güçlüğü türünde işlem temelinin çökmesi halleri açısından söz konusu olur. Amacın boşa çıkması şeklinde ortaya çıkan işlem temelinin çökmesi olasılığında ise bu geçerli olamaz; zira bu olasılıkta borçlunun

⁵¹⁵ Gülekli, s. 53.

⁵¹⁶ Arat, s.123; Kaplan, s. 153.

⁵¹⁷ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 12; Massimo Bianca, **Diritto Civile-La Responsabilità**, t. V, Milano, Giuffrè, 1995, s. 392.

⁵¹⁸ Sürekli borç ilişkilerinde edimlerin ifa edilmemiş olması şartının ifaya başlanmaması şeklinde değil, ifa süresinin sözleşmeye göre tamamlanmamış olması şeklinde anlaşılacağı görüşünde, Oğuzman/Öz, s. 157, dn. 520a; Arat, s. 123.

⁵¹⁹ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 13.

ifada bulunmuş olması, ifanın kendisinden beklenebilir olduğu anlamını taşımaz. Ayrıca ifadan sonra da amacın boşa çıktığı anlaşılabilir.

Sözleşmenin ifa edilmiş olmasının her zaman sözleşmenin uyarılma imkanını ortadan kaldırmadığı görüşü son yıllarda ağırlık kazanmıştır⁵²⁰. Somut bir ilişki ve bu ilişkinin tarafları açısından, ölçüsüz bir fedakarlığı gerektirmiş ifaya geri dönülmesini zorunlu kılacak nedenler olabilir. Gerçekten de, bazı durumlarda sözleşmenin ifasına rağmen, sözleşmenin uyarlanması adaletli bir çözüme ulaşılması için tek yoldur⁵²¹.

Şu örnekte somutlaşan adaletsizlik, sözleşmenin ifa edilmiş olmasına rağmen uyarılması gerektiğini çarpıcı biçimde gösterir: Törenin yapılacağı inancı ile, sırf bu töreni seyretmek için, tören alanına bakan balkonu kiralayan kişi ödemeyi peşin olarak yapmış ve daha sonra törenin iptal edildiğini öğrenmiştir. Bu kişi edimini ifa ettiği için sözleşmenin uyarlanmasını talep edemeyecektir, oysa kira bedelini peşin değil, kiralananın kullanımından sonra vermiş olsa idi, işlem temelinin çöktüğünü iddia edebilecekti. Bu durumda, edimin ifa edilmesinin sözleşmenin uyarlanması imkanını kaldırdığı görüşü savunulursa, kira bedelini peşin ödemek neredeyse cezalandırılmış olacaktır.

Alman hukukunda da ifa edilmiş sözleşmede işlem temelinin çökmüş sayılmayacağı yönündeki görüşün⁵²², içtihat ve öğretide eski geçerliliğini kaybettiği söylenebilir⁵²³. Buna göre sözleşmenin kısmen veya tamamen ifasından sonra dahi işlem temelinin çökmesine dayanılması kural olarak mümkündür. İki tarafın da tam olarak ifa ettiği sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi yine de

⁵²⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 366/367, dn. 224.

⁵²¹ Yargıtay'ın sözleşmelerin uyarlanması konusunda görüş belirttiği ilk karar olarak kabul edilen 1942 tarihli kararında da "*taahhüdün ifa edilmiş olması borçlar kanununun 365 inci maddesinin tatbikini*" engellemeyeceğini belirtilmiştir. Uyarılma ile ilgili ilk kararında Yargıtay'ın edimin ifasının sözleşmenin uyarlanmasına engel teşkil etmeyeceğini kabul etmesi tarihsel bakımdan da önemlidir. Feyzioğlu, s. 25/26.

⁵²² Palandt⁶³/Heinrichs, § 313 BGB N. 19; Jauernig/ Stadler, § 313 BGB N. 27; Emmerich, § 27, N.54/55; Köhler, **FG Wissenschaft**, s. 308; karşı. BGH NJW 1983, s. 2143 vd. (s. 2144).

⁵²³ Hirsch, s. 134; **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 52; **ErmanBGB/Hohloch**, § 313 N. 15; *İşlem temelinin çökmesi, sözleşmenin ilişkisinin değiştiği anda iki tarafça tamamen ifa edilmiş olması halinde imkansız hale gelmez*", BGHZ 131, s. 209 vd. (s.216) aynı yönde BGHZ 74, s.370 vd. (s. 373); "*İşlem temelinin çökmesinin işlemin sona erdirilmesi sonrasında dikkate alınmayağına yönelik istisnasız bir kural yoktur. Kaldı ki, burada söz konusu olan da, gönüllü bir ödeme değil, davacının iradesinden bağımsız malvarlığından alınmış bir miktardır*", BGHZ 25, s.390 vd. (s.393/394).

olanaklıdır⁵²⁴. Mağdur tarafın edimini yerine getirmiş olması, aslında bu edime hangi karşı edimin hakkaniyete uygun bir şekilde denk geleceğini belirlemeye yetmez⁵²⁵. İşlem temelinin çökmesindeki tek geçerli ölçüt mağdur taraftan uyarlanmamış edimin ifasının hangi andan itibaren beklenemez hale geldiğinin tespitidir⁵²⁶. Bununla birlikte mağdur olduğunu iddia eden taraf işlem temelinin çöktüğünü bildiği halde ediminin ifasını gerçekleştiriyorsa, artık ifanın ondan beklenemez olduğunu kural olarak iddia edemeyecektir; zira ifa ile birlikte beklenemezliği ortadan kaldıran bir güven ilişkisi yaratır⁵²⁷. Görüldüğü gibi, Alman hukukunda günümüzde baskın görüş, sözleşmenin ifa edilmemiş olması şartını aramamaktadır; bu sorunu işlem temelinin çökmesi şartlarından olan ifanın beklenemezliği şartı kapsamında değerlendirmektedir⁵²⁸.

İsviçre-Türk hukukunda bir orta yol bulmak ve adaletsiz durumların önüne geçmek amacıyla, ifa edilmiş sözleşmenin ancak belli şartlarla uyarlanabileceği görüşü öne sürülmüştür. Bu görüşe göre, ancak edimin ifasının ihtirazi kayıtla yapılmış olması durumunda uyarlama mümkün olmalıdır⁵²⁹. Bu görüş özellikle sözleşmenin zayıf tarafı durumunda olan kişileri korumak için ortaya atılmıştır; ülkemizde yaşanan ekonomik krizler sonucu mağdur olan kişileri dikkate alarak geliştirilmiştir. İfa edilmiş sözleşmenin uyarlanmasının genel olarak mümkün olduğu görüşünü benimsediğimiz için bu hususta herhangi bir sınırlamaya gitmeye gerek görmüyoruz; kaldı ki, sözleşmenin uyarlanmasının şartlarının değerlendirilmesi zorluğuna bir de ihtirazi kayıt var mı yok mu değerlendirilmesinin eklenmesi pratik açıdan da yerinde olmayacak, değerlendirmeyi güçleştirecektir.

⁵²⁴ **MünchKommBGB/Roth**, § 313, N. 52.

⁵²⁵ Medicus, **AT**, N. 872; Hirsch, s. 134/135.

⁵²⁶ Bkz. aş. B. III/III/B; Hirsch, s. 135.

⁵²⁷ Haarmann, s. 101; Hirsch, s. 135.

⁵²⁸ karşı **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 225. İtalyan Medeni Kanunu m. 1467’de “edimi ifa etmesi gereken taraf”tan (*la parte che deve tale prestazione*) bahsedildiği için, İtalyan hukukunda sözleşmenin ifa edilmemiş olması gereği öğretide savunulmuştur, Bianca, s. 392. İtalyan hukukunda aşırı ifa güclüğü dışında uyarlama imkanı tanınmadığı düşünülürse bu görüş tutarlıdır.

⁵²⁹ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s.13; Arat, s. 124; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 345; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 675; Bischoff, s. 219; BKT m. 137. “(...) 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”.

İfa edilmiş sözleşmenin değişen koşullara ne şekilde uyarlanabileceği de öğretide tartışılmıştır⁵³⁰. Kural olarak ifa edilmiş sözleşmenin uyarlanmasının, sadece sözleşmenin ileriye etkili biçimde sona erdirilmesi şeklinde olabileceği, ancak istisnai hallerde, sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi şeklinde, geriye etkili bir uyarılma (*rückwirkende Vertragsanpassung*) kabul edilir⁵³¹. İfa edilmiş sözleşmenin uyarlanması mantığı hukukumuza da yabancı değildir (BK m. 245)⁵³². İfa edilmiş sözleşmenin dar anlamda uyarlanması noktasında gerçekten daha dikkatli davranılması gerekir; ancak durum değişikliğinin getirdiği adaletsizlik ve somut olayın özellikleri, sözleşme taraflarının durumu, ifaya rağmen ifanın beklenemezliğini işaret ediyorsa, dar anlamda uyarılma da pekâlâ mümkün görülmelidir.

Bizim görüşümüze göre de, değişen koşullar sonucu ifa, somut ilişki ve bu ilişkinin yanları açısından ölçüsüz bir fedakarlığı gerektiriyorsa, sözleşmenin ifa edilmiş olması sözleşmenin uyarlanmasına engel olmamalıdır.

II. İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİNİN YAKIN KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Sözleşmenin kuruluşu sırasında tarafların önceden hesaba katmadıkları gelişmelerin ortaya çıkması mümkündür. Sözleşmenin kuruluşu esnasında var olan durumların sözleşmeye etkisi irade bozukluklarının uygulama alanına girer. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri ise imkansızlık, haksız zenginleşme veya işlem temelini çökmesinin alanına girebilir. İrade bozuklukları ile işlem temelini çökmesi arasındaki ayrım zamansal bir ayrımdır. Durum değişikliği sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkarsa işlem temelini çökmesine yol açarken, sözleşmenin kurulması anında mevcut bir durumun sözleşmeye etkisi irade bozuklukları veya gabin hükümlerinin uygulanmasıdır. İmkansızlık, haksız zenginleşme gibi düzenlemelerle işlem temelini çökmesi

⁵³⁰ Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N. 676; Hirsch, s. 135.

⁵³¹ Larenz, GG, s. 137 vd; Chiotellis, s. 58; Hirsch, s. 135; Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N. 676; Berner Kommentar/Kramer, Art. 18 OR N. 345; k.g. Bischoff, s. 220.

⁵³² Karş. Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N. 676.

arasındaki ayırım ise zamansal değil kavramsaldır. İşlem temelinin çökmesi kuramının uygulama alanı, yukarıda anılan ve diğer birçok hukuksal kurumla sınırlanmaktadır. Bunların yanında işlem temelinin çökmesi ile yakın olan başka bir hukuki kurum sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanmasıdır.

Kanunda risk paylaşımına ilişkin özel uyarılama hükümleri bulunabilir ve bu kurallar da işlem temelinin çökmesi kuramına göre öncelikle uygulanırlar. Ancak, bu gibi kurallar yine de geniş anlamda işlem temelinin çökmesinin alanı dahilinde bulunurlar. Dolayısıyla, değişen koşullar sonucu mağdur olan taraf açısından, bu özel kanuni risk paylaşımı kurallarının işlem temelinin çökmesine göre önceliğinin belirlenmesi için, öncelikle işlem temelinin çökmesinin uygulama alanının belirlenmesi gerekir. Aşağıda incelenecek işlem temelinin çökmesinin gereklerinden olan kanuni risk paylaşımının dikkate alınması şartı ancak işlem temelinin çökmesi kurumunun yakın kavramlarla ilişkisi ve sınırları belirlendikten sonra araştırılabilir⁵³³. Hangi yakın kavramların işlem temelinin çökmesini dışladığının belirlenmesinden sonra, kanunda öngörülen özel risk paylaşımı kurallarının ne zaman genel işlem temelinin çökmesi kuramını devre dışı bıraktığı veya hangi hallerde özel kurala rağmen işlem temelinin çökmesinin uygulanabileceği anlaşılabilir.

Kanuni risk paylaşımı kuralları ile diğer hukuksal kurumların işlem temelinin çökmesine etkileri arasındaki fark şu noktadır: Aşağıda incelenecek olan hükümlerin uygulama alanına giren bir durum söz konusu ise işlem temelinin çökmesinin şartlarının araştırılmasına gerek yoktur; bu kuram uygulanmayacaktır. Özel kanuni risk paylaşımı hükümlerinin varlığında ise, işlem temelinin çökmesi kuramı bu hükümlerin varlığı nedeniyle şart eksikliğinden dolayı kural olarak uygulanmayacaktır; bununla birlikte bu son durumda, hal ve şartlar gerektiriyor ise işlem temelinin çökmesi yine de özel kanuni risk paylaşımı kurallarının önüne geçerek uygulama alanı bulabilir. Diğer bir deyişle, ilk olasılıkta işlem temelinin çökmesi kuramının uygulanma olanağının hiç bulunmazken, ikinci olasılıkta hal ve şartlar gerektiriyor ise özel risk paylaşımı hükmüne rağmen bu kuram uygulanabilecektir.

⁵³³ Bkz. aş. B. III/ III/C/2/b.

Bu bölümde özel risk paylaşımı veya kanuni uyarlama hükümleri değil, işlem temelinin çökmesinin uygulama alanını belirleyen, yakın kavramlar incelenecektir. Bunlar özellikle sözleşmenin yorumu ve tamamlanması, temel hatası, imkansızlık, ayıp hükümleri, gabin ve haksız zenginleşmedir.

B. SÖZLEŞMENİN YORUMU, TAMAMLANMASI VE UYARLANMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Taraflar sözleşmede ilerideki gelişmeleri düşünerek bazı hükümler kararlaştırabilirler. Bu hükümlere verilecek anlam konusunda daha sonra çeşitli yorum yöntemleri ile bir sonuca ulaşılmaya çalışılır. Bazı durumlarda da taraflar sözleşmedeki bazı ikinci derecedeki noktalarda, ileride ortaya çıkacak gelişmelere ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamışlardır. Bu durumda gerek yedek hukuk kurallarıyla gerekse başka yollarla sözleşmenin tamamlanması gündeme gelir⁵³⁴. Ancak sözleşmenin, tarafların kuruluş aşamasında kararlaştırdıkları şekilde uygulanması zorlaşabilir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan gelişmeler karşısında, sözleşmede kararlaştırılan hüküm anlamını yitirmiş veya edimler arasındaki denge aşırı derecede bozulmuş veya ifa taraflardan biri için aşırı derecede güçleşmiş olabilir. Bu bağlamda sözleşmede kararlaştırılan hüküm, sözleşmenin kararlaştırılması anındaki anlamından ve yararından uzaklaşmıştır. Bu noktada sözleşmenin değişen bu koşullara uyarlanıp uyarlanmayacağı sorunu gündeme gelir⁵³⁵. Sözleşmenin yorumu, tamamlanması ve uyarlanması sorunları birbirleri ile yakın ilişkide ancak birbirlerinden farklı sorunlardır.

İsviçre hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının hukuki dayanağını sözleşmede var olan uyarlama boşluğunun doldurulması olarak savunan görüş ağırlıktadır⁵³⁶. Bizim görüşümüze göre sözleşmenin uyarlanması sözleşmenin yorumu veya tamamlanması sorunu olarak değerlendirilmemelidir. Bununla birlikte sözleşmenin yorumu, tamamlanması ve uyarlanması arasındaki ilişkinin ve sınırların belirlenmesi gerekmektedir, zira sözleşmenin yorumlanması söz konusu ise artık

⁵³⁴ Serozan, **Medeni Hukuk**, s.265; Yeşim Atamer, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İÜHFİM 2005/1-2**, s. 171-191.

⁵³⁵ Abas, s. 1; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N. 57.

⁵³⁶ Bkz. yuk. B. I/II/F/b.

sözleşmenin uyarlanması gündeme gelmez. Sözleşmenin yorumu yoluyla tarafların iradesine ilişkin bir sonuca ulaşılıyorsa tarafların zımnen de olsa bu noktayı düzenledikleri kabul edilir⁵³⁷. Bu nedenle, sözleşmelerin uyarlanmasından önce sözleşmenin yorumlanması oldukça önemlidir⁵³⁸.

Sözleşmenin tamamlanması ise sözleşmede var olan bir sözleşme boşluğunun doldurulmasıdır⁵³⁹. Sözleşmenin uyarlanmasının aslında sözleşmedeki bir uyarlama boşluğunun tamamlanması işlemi olduğu görüşü kabul edilecek olursa, sözleşmenin uyarlanması ile sözleşmenin tamamlanması arasında pratikte bir farkın varlığı da iddia edilemeyecektir. Yukarıda açıkladığımız üzere, kabul ettiğimiz yaklaşıma göre koşullar karşısında sözleşmede bir uyarlama boşluğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle, sözleşmenin tamamlanması ve sözleşmenin uyarlanması birbirlerinden ayrı incelenmelidir.

Sözleşmede taraf iradelerinin yorumlanması sonucu bir hususun sözleşmede düzenlenmemiş olduğu sonucuna varılıyorsa, artık yorum yolu tükenmiş demektir. Bu durumda ikinci aşama olarak sözleşmede bir boşluk olduğunun kabul edilip sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilir⁵⁴⁰. Sözleşmede boşluktan bahsedilebilmesi için, tarafların o konuda örtülü biçimde de olsa bir irade göstermemiş olmaları gerekir, susmuş olmaları dahi, bu konuda olumsuz bir çözümü benimsemiş olmaları anlamını taşımamalıdır, sözleşmede bir boşluktan bahsedebilmek için önce onu yorumlamak gerekir⁵⁴¹.

Sözleşmenin yorumlanmasında sorun, sözleşmenin belli bir hükmünün, içeriğinin anlamını bulma noktasındadır. Bu durumda sözleşme tarafları sözleşme ile bağlılık konusunda hemfikirdirler ancak sözleşmenin bir unsuruna verilecek anlam konusunda anlaşmazlık vardır⁵⁴².

Sözleşmenin tamamlanmasında ise sorun sözleşmedeki var olan boşluğun hangi hükümlerle doldurulacağı konusundadır. Bu olasılıkta da tarafların geçerli sözleşme ile bağlılık hususunda bir şüphesi yoktur; ancak sözleşmede bir noktayı ya

⁵³⁷ Medicus, **Bürgerliches Recht**, N. 154; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 623.

⁵³⁸ Palandt⁶³/Heinrichs, § 313 BGB N. 23; karşı. BGHZ 81, s.135 vd., (s.143).

⁵³⁹ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 1248; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 483 vd.; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 206 vd.

⁵⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 153

⁵⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 33 N. 1.

⁵⁴² Pierre Tercier, **Le droit des obligations**, [Kıs. Obligations], 3. bası, Schulthess, Zürich, N. 845 vd.

tamamen ya da kısmen düzenlenmemişlerdir. Yorum neticesinde sözleşmenin ilgili konuda sessiz kaldığı sonucuna varılmalı ve boşluk ya gerçek irade ya da farazi irade doğrultusunda doldurulmalıdır⁵⁴³. Sözleşmenin uyarlanmasında ise sorun sözleşmede var olan ve varlığı noktasında bir şüphe olmayan bir hükmün, durum değişiklikleri sonucu taraflardan birisi için aşırı külfetli hale gelmesi veya anlamını kaybetmesi durumunda ne yapılacağı konusundadır⁵⁴⁴.

Sözleşmenin uyarlanmasının, sözleşmenin yorumlanmasından ve tamamlanmasından en önemli farkı, uyarlamaya konu olan sözleşme hükmünün varlığı veya anlamı konusunda herhangi bir uyuşmazlığın söz konusu olmamasıdır. Sözleşme hükmünün varlığı ve bu hükmeye verilen anlam konusunda sözleşmenin kuruluşunda taraflar tam bir uyuşma içerisindedirler. Sözleşmenin yorumunda veya tamamlanmasında ise sözleşmenin kuruluşunda böyle bir uyuşma mevcut değildir. Sözleşmenin uyarlanması, sözleşmenin kuruluşu aşamasında sorun doğurmayan bir hükme dayanmanın bazı durum değişiklikleri sonrasında adaletsiz sayıldığı olasılıkta başvurulan bir yoldur. Alman hukukunda da tamamlayıcı yorumla ve işlem temelini çökmesi arasındaki sınırlar tartışmalıdır⁵⁴⁵. Baskın görüş sözleşmenin yorumu ile bir sonuca varmanın mümkün olması halinde işlem temelini çökmesine yer olmadığı, tamamlayıcı yorum yoluyla da olsa herhangi bir sonuca ulaşamaması halinde işlem temelini çökmesi kuramının uygulanabileceği yönündedir⁵⁴⁶.

Bu farkların dışında sözleşmenin yorumu, işlem temelini çökmesinin şartlarının oluşup oluşmadığının anlaşılması bakımından da son derece önemlidir⁵⁴⁷. İşlem temelini çökmüş sayılması için gerekli şartlardan biri de, işlem temelini çöktüğünü iddia eden tarafın ortaya çıkan durum değişikliğinin riskini üstlenmemiş olmasıdır. Aşağıda daha detaylı inceleyeceğimiz üzere, risk paylaşımı kuralları kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenmiş olabilir. Riskin sözleşme ile üstlenilmiş olduğu sonucuna varılabildiğinde, riski üstlenen taraf durum değişikliği

⁵⁴³ Tercier, **Obligations**, N. 860 vd.

⁵⁴⁴ Tercier, **Obligations**, N. 868 vd.

⁵⁴⁵ Medicus, Dieter; "Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage", **Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag**, Bd.I., O. Schmidt, Köln, 1978, s. 629- 647; Nicklisch, **BB 1980**, 949 vd.

⁵⁴⁶ Emmerich, § 27 N. 28; Palandt⁶³/*Heinrichs*, N. 23; Fikentscher, s. 34, 41; Eidenmüller, **JURA 12/2001**, s. 826; Köhler, **FG Wissenschaft**, s. 304; k.g., Nicklisch, **BB 1980**, 949 vd.

⁵⁴⁷ Medicus, **Bürgerliches Recht**, N. 165a; Emmerich, § 27 N. 28; Lorenz/Riehm, N. 389; Markus Müller-Chen, **Folgen der Vertragsverletzung**, Schulthess, Zürich, 1999, s. 235/236; Bischoff, s. 107 vd.

nedeniyle mağdur olsa dahi işlem temelinin çökmesi kuramına dayanamayacaktır. Sözleşme hükümleri risk paylaşımı hususunda çok açık hükümler getirmişse sorun yoktur; ancak bazen risk paylaşımını belirlemek için sözleşme yoruma muhtaçtır. Sözleşmenin yorumu bu olasılıkta da uyarlanmasından önce gelir, zira yorum sonucunda durum değişikliği riskinin mağdur taraf için katlanılması gereken bir risk olduğu sonucuna ulaşılabilmekte ise, artık sözleşmenin uyarlanması mümkün olmayacaktır.

C. BORÇLUNUN SORUMLULUKTAN KURTULDUĞU SONRAKİ İMKANSIZLIK İLE İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Zaman içerisinde değişen koşulların sözleşmeye etkisi denildiğinde işlem temelinin çökmesinin dışında, kanunda düzenlenmiş olan sonraki imkansızlık kurumu akla gelir. Borçlunun sorumluluktan kurtulduğu sonraki imkansızlığı düzenleyen BK m.117 hükmünün sonraki subjektif imkansızlık olasılığını da kapsadığı, baskın görüş tarafından kabul edilmektedir⁵⁴⁸. Sonradan ortaya çıkan beklenmedik ve iki tarafa da isnat edilemeyen gelişmenin subjektif bir imkansızlık mı, işlem temelinin çökmesi mi olduğunu belirlemek her zaman kolay değildir⁵⁴⁹. Özellikle aşırı ifa güçlüğü biçimindeki işlem temelinin çökmesi ile bu türdeki imkansızlık arasındaki sınırlar oldukça siliktir.

⁵⁴⁸ Engel, N. 251; Huguenin, N. 582. Sonraki subjektif imkansızlığı artık bir imkansızlık hali olarak değil borçlu temerrüdüne yol açan bir ifa engeli olarak değerlendiren İsviçre'deki yeni görüşler için bkz. Tercier, **Obligations**, N. 1370.

⁵⁴⁹ Eser sözleşmelerinde işlem temelinin çökmesini özel olarak düzenleyen BK m. 365 f.II ile BK m. 117 f. II arasındaki ilişki de öğretilerde incelenmiştir. Madde metninde geçen “*İşin yapılmasına mani olma*” ifadesinin, işin yapılmasını imkansız kılması anlamına gelmediği belirtilmiştir, Peter Gauch, **Le contrat d'entreprise**, (çev. Benoit Carron), Schulthess, Zürich, 1999, N. 1055. Eserin meydana getirilmesinde ne iş sahibine ne de müteahhide isnat edilemeyen mutlak bir imkansızlık varsa BK 365 f. II'nin değil, kusursuz imkansızlığa ilişkin BK m. 117 f.II'nin uygulanacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin ifası aşırı derecede güçleşirse, BK 365 f. II uygulama alanı bulacaktır, sözleşmenin ifası imkansızlaşır ise BK 117 uygulanacaktır, Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, [Kıs. C.II], 4. tıpkı basım, Evrim Basım Yayım, Ankara, 1989, s. 246. Yazar, BK m. 365 f.II'deki “*işin yapılmasına mani olur*” ifadesinin bu nedenle eksik ve yanıltıcı olduğunu, ifadenin “*işin tesbit edilmiş olan götürü ücretle yapılmasına engel olur*” şeklinde anlamak gerektiğine işaret eder. Aynı yönde bkz. Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 81-83. Yazar maddenin bu şekilde kaleme alınmasını eleştirmiş, hatta bu ibarenin çıkarılıp kanuna gerekli açıklığın getirilmesi gereğine işaret etmiştir.

Borçlunun sorumluluktan kurtulduğu sonraki sübjektif imkansızlık ile sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını gerektirecek durumlar arasındaki benzerlik yadsınamaz. İki durumda da önceden görülemeyen ve iki tarafa da isnat edilemeyen bir gelişme söz konusudur. Bu benzerlik nedeniyle imkansızlık hükümlerinin bu durumlara doğrudan değil ama kıyasen uygulanması görüşü de savunulmuştur⁵⁵⁰.

Alman ve İsviçre hukuklarında, değişen koşulların sözleşmeye etkisi uzun süre sadece imkansızlık kavramı altında değerlendirilmiştir. İmkansızlık mekanizmasının genişletilmesi ve adaletsiz durumlara çözüm oluşturması görüşü, İsviçre Medeni Kanunu'nun ilk dönemlerinden bu yana tartışılmaktadır⁵⁵¹. Birinci Dünya Savaşı sonrasında verilen kararlarda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de genişletilmiş bir imkansızlık kavramına dayandığı gözlemlenmektedir⁵⁵². İfanın borçlu için çok daha külfetli hale gelmesi de imkansızlık kapsamına alınmıştır. Gerçek imkansızlıktan kurgusal imkansızlığa bu geçiş ekonomik imkansızlık kavramı aracılığıyla yapılmıştır; ifa ekonomik yönden öyle farklılaşmıştır ki artık talep edilemez hale gelmiştir. Bu varsayımda ifanın ekonomik kimliğinde bir eksiklik söz konusudur⁵⁵³. Sözleşmelerin uyarlanması hususunda genel bir hüküm içermeyen 1900 tarihli BGB'nin yürürlüğe girmesinden hemen sonra, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasını katı biçimde reddeden Alman İmparatorluk Mahkemesi aşırı ifa güçlüğü hallerinde, ekonomik imkansızlık kavramıyla meselelere çözüm aramıştır⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ İmkansızlık düzenlemesinin uygulanması alanında da önemli tartışmalar vardır. Bir görüşe göre ifanın kesin olarak gerçekleşmeyeceği belli olmadan ifanın imkansızlığı kabul edilemez (**Basler Kommentar/ Wiegand**, Art.119 OR N.5). Bu görüşün karşısında ifanın imkansızlığının değerlendirilmesinde daha esnek davranan görüş yer alır (karş. Besson, s. 50). Bizim konumuz açısından bu tartışmanın şöyle bir önemi vardır: İmkansızlık kavramının kapsamının daha dar veya daha geniş bir şekilde belirlenmesi, işlem temelinin çökmesinin uygulanma alanını da daraltmakta veya genişletmektedir. Gerçekten, İsviçre hukukunda imkansızlık değerlendirmesinde katı davranan yazarlar, ortaya çıkan aşırı ifa güçlüğü halleri bakımından *clausula* görüşüne yakınlık gösterirler (karş. **Basler Kommentar/ Wiegand**, Art. 97 OR N. 14; Pichonnaz, N. 301); Diğer görüşü savunanlara göre imkansızlık ile aşırı ifa güçlükleri arasındaki sınırlar daha az belirgindir ve işlem temelinin çökmesinin uygulama alanı da bu görüş çerçevesinde daralmaktadır (Pichonnaz, N.304/305).

⁵⁵¹ Besson, s. 49 vd. *Welti*'nin görüşü bu bakımdan ilginçtir. Yazar, Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda yaşanan krizlere, bir refah döneminde hazırlanan Borçlar Kanunu'nun yetersiz kaldığını, bu kanundaki mücbir sebep düzenlemesinin bu nedenle çözüm getirmediğini savunmuş ve imkansızlık benzeri (*quasi-impossibilité*) kavramını öne sürmüştür, (aktaran Besson, s. 50).

⁵⁵² Besson s. 50 dn. 3; Alman hukuku da benzer bir tarihsel gelişme izler. Bu hukuk sisteminde de söz konusu durumlar yine aynı dönemde *ekonomik imkansızlık* çatısı altında değerlendirilmiştir.

⁵⁵³ Besson s. 50/51.

⁵⁵⁴ Emmerich, § 27 N. 10; RGZ 99, s. 258 vd. (260 vd.); RGZ 100, s.129 vd. (131 vd.).

Alman hukukunda bugün işlem temelinin çökmesi imkansızlık düzenlemesinden çatısı altında değerlendirilmemektedir. Alman hukukunda geliştirilen, doğrudan dürüstlük kuralı temeline dayanan ve imkansızlık teorisinden bu nedenle kopan “ifanın beklenemezliği” (*Unzumutbarkeit*) kavramı, hakime sözleşmenin bozulan dengesine tekrar kavuşmasını sağlama imkanı vermiştir⁵⁵⁵. Bugün bu kavramın, işlem temelinin çökmesinin de esas şartını oluşturduğu kabul edilmektedir. Alman hukukunda son yıllarda borçlar hukuku alanında yapılan en önemli reform, belki de imkansızlık sistemindeki değişikliktir. İmkansızlık kavramı ile ilgili tüm ayrımlar kaldırılmış, hatta imkansızlık düzenlemesinin bile kaldırılması gündeme gelmiş, ancak bu görüş kabul görmemiştir. Bununla birlikte, nesnel-özel, baştan-sonradan imkansızlık ayrımını kaldırıp, imkansızlık rejimin değiştiren bu kanunla, *Serozan*'ın ifadesiyle “yalnız imkansızlıktan işlem temelinin çökmesine inen basamaklar öngörülmüştür”; Alman Borçlar Hukuku Reformu ile § 275 BGB, çeşitli imkansızlık ayrımlarını tek bir çatı altında toplamıştır⁵⁵⁶. Bu değişiklik sonrasında fiziksel ifa imkansızlığını düzenleyen § 275 I BGB'nin, § 313 BGB'ye göre ikincil olduğu da belirtilmiştir⁵⁵⁷. Bir sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için öncelikle sözleşmenin varlığı aranır; imkansızlık ise borç ilişkisini sona erdirdiğinden, uyarlanacak bir sözleşmeden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Federal Mahkeme de, sonraki kararlarında yukarıda anılan görüşünü değiştirmiş ve ifa güçlüğü ile ifa imkansızlığı arasındaki ayrımın altını çizmiştir⁵⁵⁸.

Bununla birlikte İsviçre hukukunda ve Alman hukukunda bazı yazarlar günümüzde de imkansızlık düzenlemesi ile *clausula rebus sic stantibus* arasında benzerlik kurmakta ve soruna imkansızlık hükümlerinin uygulanması ile çözüm getirmeye çalışmakta, imkansızlık düzenlemelerinin bu hususta da yeterli olduğunu savunan yazarlar günümüzde de vardır⁵⁵⁹. Bu görüşe göre şartlar arasındaki benzerlik büyüktür: Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir değişiklik, bu değişikliğin önceden görülemez olması ve değişikliğin borçluya atfedilemeyen bir

⁵⁵⁵ k.g. Besson s. 64.

⁵⁵⁶ Serozan, **İÜHF** 2000, s. 240.

⁵⁵⁷ Palandt⁶³/*Heinrichs*, § 313 BGB N. 25.

⁵⁵⁸ İfanın savaş ekonomisi koşulları nedeniyle sadece güçleşmiş olması durumunda imkansızlıktan bahsedilemeyeceği yönünde, BGE 68 II 169, JdT 1943 s. 99-110, note *Deschenaux* (s. 102/103); Besson s. 51.

⁵⁵⁹ Kälın, **Recht** 2004, s.253 vd; Lobinger, s. 268; Volker Beuthien, **Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis**, Mohr, Tübingen, 1969, s. 304 vd. ; karş. Sulzer, s. 215.

nedenden kaynaklanması. Sadece imkansızlık durumunda işlem temelinin çökmesine göre edimler arasındaki dengenin daha fazla derecede bozulmuş olması gerekir. Buna göre, edimler arasındaki dengesizlik ne kadar büyük ise borçlanılmış edim imkansızlığa o derece yaklaşır⁵⁶⁰. Bazı yazarlar ise, sorumluluğu gerektirmeyen sonraki imkansızlık düzenlemesinin, sonraki sübjektif ifa imkansızlığını da kapsadığının kabul edilmesiyle, emprevizyonun bu madde bağlamında değerlendirilmesine teorik bir engel olmadığı görüşündedir; bununla birlikte aynı yazarlar, imkansızlıktaki radikal çözümün, yani sözleşmenin sona erdirilmesi şeklindeki müdahalenin, sonradan değişen koşullara her zaman adalet sağlamayacağını da kabul ederler⁵⁶¹.

Baskın görüş ise aşırı ifa güçlüğü durumunda imkansızlık düzenlemesinin uygulanmayacağı yönündedir⁵⁶². İşlem temelinin çökmesinde söz konusu olan ifanın imkansızlığı değil, aşırı derecede güçleşmesi, külfetli hale gelmesidir⁵⁶³. Bu nedenle imkansızlık kavramını muğlaklaştıran, ifa edemiyor olmayı ifa etmek zorunda olmamak ile denk tutan imkansızlık teorisi, ağırlıklı olarak reddedilmiştir. İmkansızlık kavramının bu şekilde genişletilmesi, imkansızlık düzenlemesinin amacına da aykırıdır. Bu madde zorluk halini değil, imkansızlık halini düzenlemektedir⁵⁶⁴. Karşı görüş özellikle sonuçlar bakımından farklılıkları dikkate almaması bakımından da eleştirilebilir. Bir diğer eleştiri , edimler arası dengenin olağanüstü derecede bozulmuş olması ile edimin ifasının imkansızlaşması arasında doğrudan bir bağlantının kurulamayacağı noktasında getirilebilir. Türk hukukunda da BK 117'deki imkansızlık hükmünün kıyasen uygulanmasını savunan görüşün günümüzde geçerliliğini yitirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁶⁵. Türk hukukunda, borcun yerine getirilmesinin aşırı olarak güçleşmesinin ekonomik imkansızlık sayılıp, bu durumda imkansızlık sonuçlarının uygulanması şu şekilde eleştirilmiştir⁵⁶⁶: İlk olarak, imkansızlık hükümlerinin uygulanması durumunda

⁵⁶⁰ Kälin, **Recht 2004**, s. 256.

⁵⁶¹ Engel, N. 251.

⁵⁶² **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 191; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 3299; Schönle, s. 419 vd.; Pichonnaz, s. 317; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 600, art. 18; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 312; Besson, s. 51, 63, 99; von Büren, AT, s. 390; Engel, s. 708, 790.

⁵⁶³ Besson, s. 63.

⁵⁶⁴ Besson s. 51.

⁵⁶⁵ Alpagut, , s. 15.

⁵⁶⁶ Dural, **İmkansızlık**, s. 25 vd.

borçlu borcundan kendiliğinden kurtulmuş olacaktır ki, bu hem borçlu hem alacaklı açısından sakıncalar taşımaktadır. Bu durum borçluyu bazı hallerde kendi istediğinden fazla korumak anlamına da gelebilir⁵⁶⁷. Ortaya çıkan güçlüğü rağmen bazı durumlarda borçlu borcunu yerine getirmek isteyebilir; borçlunun elinden bu imkanın alınması onu iradesi dışında borçtan kurtarma anlamını taşır⁵⁶⁸. Aşırı güçlük hallerinin imkansızlık hallerinden farkı da vurgulanmıştır: İfa aşırı derece güçleşmiş olsa da halen mümkündür. İkinci olarak, ekonomik imkansızlık kavramının muğlaklığı da bir başka sakıncadır: “*Neyin iktisaden imkansız olduğunun anlaşılabilmesi için, imkansızlık sisteminde temeli bulunmayan araştırmaların yapılması gereklidir*”⁵⁶⁹. Gürsoy da ifanın aşırı derecede güçleşmesi, külfetli hale gelmesinin imkansızlık olarak değerlendirilemeyeceğini, bu görüşün imkansızlığın anlamı ile bağdaşmayacağını belirtmiştir⁵⁷⁰. Yazara göre, edimin imkansız olup olmadığını değerlendirmeye gerek yoktur. Borçluyu aşırı ifa güçlüğü halinde borcundan kurtaracak olan şey, ifanın kendisinden *beklenememesidir*⁵⁷¹. “Borçlu ifa edebilir mi” sorusu ile “borcu ifa etmeli midir” sorusu birbirinden farklıdır⁵⁷².

Aşırı ifa güçlüğüne işlem temelinin çökmesi değil imkansızlık düzenlemesine dahil eden görüşün bir başka zayıf noktası ise, borçtan kurtulmanın temellerinin farklı olmasıdır. İmkansızlıkta borçlunun borçtan kurtulmasının sebebi, alacaklıyı tatmin imkanının ortadan kalkmasıdır; aşırı güçlük durumunda ise borçtan kurtulmanın sebebi, bu imkanın ortadan kalkması değil sözleşmenin konusunun sonuçsuz kalmasıdır; bu durumda edimin bu hali ile yerine getirilmesinin istenememesi, alacaklıyı tatmin imkanının ortadan kalkmasından farklı bir temel oluşturur⁵⁷³. Doğuracağı sonuçlar bakımından da iki kurumun farklıdır. İmkansızlıktaki “ya hep ya hiç” ilkesinin aşırı güçlük hallerine uygulanmasının yaratacağı adaletsizlikleri de hesaba katmak gerekir⁵⁷⁴.

⁵⁶⁷ Gürsoy, s. 27.

⁵⁶⁸ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 51.

⁵⁶⁹ Dural, **İmkansızlık**, s. 25.

⁵⁷⁰ Gürsoy, s. 25 vd.

⁵⁷¹ Bkz. aş. B. III/III/B.

⁵⁷² Gürsoy, s. 26/27.

⁵⁷³ Dural, **İmkansızlık**, s. 25.

⁵⁷⁴ Yargıtay bir kararında, işlem temelinin çökmesinden ve hatta sözleşmenin uyarlanmasından bahsetmesine rağmen, sonuçta ortaya çıkan sözleşmenin temelinin çökerten gelişmeyi BK 117’de düzenlenen imkansızlık halinin kapsamına sokmasına karşın sözleşmede öngörülen uyarılama hükmünün uygulanmasını kabul etmiştir. Bu kararın vardığı sonuç doğru olmakla beraber, hukuki

Borçlunun kusuru olmadan ifanın imkansız hale gelmesinin nedeni mücbir sebep olabilir. Bu halde ifa talebi düştüğü gibi borçlunun tazminat sorumluluğu da yoktur. İfanın güçleşmesi tek başına bir mücbir sebep hali teşkil etmemektedir. Eğer borçlu tarafından olmasa bile, başka herhangi biri tarafından borcun ifası mümkünse artık mücbir sebepten bahsedilemez, oysa sözleşmelerin uyarlanması için ifanın imkansızlaşması gerekmez⁵⁷⁵.

Mücbir sebep ile işlem temelinin çökmesi, bu iki kurumun uygulanmasına neden olan olayın önceden görülemezliği nedeniyle benzese de, şartlar ve sonuçlar bakımından farklıdır⁵⁷⁶. Çoğunlukla, mücbir sebep borcun geçici veya sürekli olarak imkansızlığına yol açarken, işlem temelinin çökmesi halinde edimin ifası mümkündür⁵⁷⁷. Bununla birlikte, bazı durumlarda mücbir sebep sadece borcun zamanında ifasına engel olur. Bu olasılıkta borçlu gecikmeden sorumlu olmaz, ancak ifası halen mümkün olan borcu ifa ile yükümlü olur⁵⁷⁸. Bu noktada işlem temelinin çökmesi ile bir yakınlıktan bahsedilebilir, ancak işlem temelinin çökmesinin borçlunun kusur sorumluluğu ile ilgisi yoktur, sorun bir risk paylaşımı sorunudur⁵⁷⁹.

temel bakımından kullanılan kavramlar açık bir karışıklığa yol açmaktadır. Y. 11. HD., 13.5.1993 T., E. 7652, K.3447 “*Bilirkişi çoğunluk görüşünde belirtildiği üzere, hükümet tarafından 12.10.1988 tarihinde alınan çok nitelikteki ekonomik kararların BK’nun 117. maddesinde düzenlenen sebeplerden sayılması gerekmesine, bundan başka taraflar arasındaki sözleşmenin 5. maddesi hükmünce, finansman bonolarının sözleşmede belirlenen tarihlerde davalı bankaya tevdi edilememesi sonucu piyasa şartlarının değişmesi sebebiyle, davalı bankanın iskonto şartları yönünden yeniden görüşmek ve anlaşmak için davacıya yaptığı teklifin davacı tarafça reddedilmiş bulunmasına göre ve bu gerekçelerle davanın reddinin doğru bulunması sebebiyle hükmün onanması gerekmiştir*” (Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat hukuku, Madde 109-213**, [Kıs. m. 117], C. 4, 2. b., Seçkin, Ankara, 2003, s. 4041vd. (s.4042)). Ayrıca bkz. uyarlama olanağının “*Medeni Kanununun 2. maddesindeki objektif dürüstlük kuralları ile Borçlar Kanununun 117/1. maddesi hükmünün doğal sonucu*” olduğu yönünde, Y. 11. HD., 4.11.1984 T., E. 4170, K.4731 (Uygur, **Giriş**, s. 292 vd. (s.293)).

⁵⁷⁵ Henri Konarski, “Force majeure and hardship clauses in international contractual practice”, **IBLJ 2003**, s. 405-428 (s. 405); Oğuzman/Öz, s. 357, dn. 336.

⁵⁷⁶ Özer Seliçi, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, [Kıs. III. Sempozyum], s. 61-69.

⁵⁷⁷ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 326; Konarski, **IBLJ 2003**, s. 407; Didier Matray / Françoise Vidts; “Les clauses d’adaptation de contrats”, **Les grandes clauses des contrats internationaux, 55^e séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires**, Ed. la Revue de droit des affaires internationales / le Groupe de Travail Contrats Internationaux, Bruylant, 2005, s.93-165 (s.106). Mücbir sebebin sonucu olarak sözleşmelerin uyarlanması mümkün değildir, mücbir sebep sonucunda ifası beklenen edim sürekli veya geçici olarak imkansızlaşır. Mücbir sebebin uyarlamaya sebep olacağı görüşüne bu nedenle katılmıyoruz. Bu görüşte, Arat, s. 95. Bununla birlikte yazar, mücbir sebebi teşkil eden hallerin ifayı imkansızlaştırmasına da işaret etmiştir hatta mücbir sebebin sözleşmeyi ancak sona erdirdiğine eserinin başka bir bölümünde işaret etmektedir, s. 105, (dn. 100).

⁵⁷⁸ Oğuzman/Öz, s. 357, dn. 336.

⁵⁷⁹ Serozan, **İfa**, § 20 N. 1.

Bununla birlikte uluslararası ticari ilişkilerde sözleşme hükümlerine bakıldığında mücbir sebep (*force majeure*) ve *hardship* klozlarının sıklıkla birlikte kullanıldığını ve bazı durumlarda kavramlar arasındaki sınırların bu sözleşmelerde silikleştiğini de belirtmek gerekir. Bazı sözleşmelerde yer alan *force majeure* hükümlerinde genelde *hardship*'e bağlanan sonuçları (uyarlama, yeniden müzakere gibi) görmek mümkündür⁵⁸⁰. Bu konu aşağıda detaylı olarak incelenecektir⁵⁸¹.

Görüşümüzü özetlemek gerekirse, imkansızlık hükümleri ile işlem temelinin çökmesi birlikte uygulanamaz, bu iki düzenleme birbirini dışlar. Sözleşmenin uyarlanmasının söz konusu olması için, ifası zor da olsa hala mümkün bir edim söz konusu olmalıdır. Bu nedenle imkansızlık düzenlemesinin doğrudan uygulanması mümkün değildir. Bu düzenlemenin kıyasen uygulanması halinde ise şu sakınca ortaya çıkar: Borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki ifa imkansızlığının mümkün olan tek sonucu, sözleşmenin sona ermesidir. Yani, bu şekildeki bir ifa imkansızlığının ortaya çıkmasına rağmen sözleşmenin uyarlanması söz konusu olamaz. Bu nedenle, imkansızlık düzenlemesinin aşırı ifa güçlüğü durumlarında kıyasen uygulanması, teknik hukuk bakımından hatalı kabul edilmese bile, doğurduğu sonuçlar bakımından kabul edilemez. Aşırı ifa güçlüğünde asıl ve ilk amaç, sözleşmenin yeni koşullara uydurularak ayakta tutulmaya çalışılmasıdır⁵⁸². Bununla birlikte, somut olayda öyle haller olabilir ki, ifanın aşırı derecede güçleşmesinden mi yoksa imkansızlaşmasından mı bahsedileceği tartışılır⁵⁸³. Bu konuda klasik örnek, sözleşme ile ifası kararlaştırılmış olan, fakat sözleşmenin kurulmasından sonra denize düşen yüzük örneğidir: Yüzüğün ifasının aşırı derecede güçleşmesinden mi, yoksa imkansızlaşmasından mı bahsedilmek gerekecektir⁵⁸⁴? Böylesi tereddütlü durumlarda sonuç bakımından daha esnek bir çözüm sunan işlem temelinin çökmesi lehine karar vermek amaca uygun olacaktır.

⁵⁸⁰ Konarski, **IBLJ 2003**, s. 407; Matray/Vidts, s.106/107.

⁵⁸¹ Bkz. aş. B. III/IV/C/2/a/(3).

⁵⁸² Besson s. 64; Alpagut, s. 15; Arat, s.72.

⁵⁸³ *Pichonnaz* bu olasılıkta aşırı ifa güçlüğü mü yoksa imkansızlık mı olduğunun hakim tarafından bir tespit hükmü ile belirlenebilmesinin düşünülebileceğini belirtmiştir; yazar tarafların bu hususta menfaatlerinin bulunduğunu da savunur. *Pichonnaz*, N. 743 (dn. 936).

⁵⁸⁴ Bu örnek Alman hukukunda BGB § 275 II ile ilgili öğretide verilen tipik örnektir. Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1060; BT-Dr 14/6040, s. 129/130; İtalyan hukukundaki güzel bir örnek ve kriterler için bkz. Bianca, s. 386.

D. TEMEL HATASI OLUŞTURAN SAİKTE ESASLI YANILMA VE İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Temel hatası oluşturan saikte esaslı yanılma ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişki iki bakımdan incelenmiştir. İlk olarak temel hatası ile ilgili BK m. 24/I b.4’de “sözleşme temeli” (*notwendige Grundlage des Vertrages*) kavramının açıkça yer alması nedeniyle bu hükmün işlem temelinin çökmesi bakımından işlevi tartışılmıştır⁵⁸⁵. İkinci olarak da, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir gelişmenin, temel hatasına ilişkin BK m. 24/I b. 4 hükmü uyarınca sözleşmeyi iptal hakkı verip vermeyeceği İsviçre-Türk hukukunda yoğun tartışmalara neden olmuştur⁵⁸⁶.

İlk tartışma temel hatası düzenlemesinde yer alan işlem temeli kavramının işlem temelinin çökmesi teorisinde yer alan işlem temeli kavramına esas oluşturup oluşturmayacağı sorusuyla açıklanabilir. Hata ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ayrımın kronolojik bir ayrım olduğunu vurgulayan yazarlar bu soruya olumlu cevap vermektedir⁵⁸⁷. Hatta BK 24/I b.4’de düzenlenen temel hatasının, bazı yazarlarca işlem temelinin baştan eksikliği olarak nitelendirildiğini görürüz⁵⁸⁸. BK 24/I b.4’e dahil bir temel hatası sayılabilmesi için hataya düşüldüğü iddia edilen unsurun sözleşmenin temeli olarak değerlendirilmesi (*özel unsur*) ve bu şekilde değerlendirilmesinin de dürüstlük kuralına uygun olması gerekmektedir (*nesnel unsur*)⁵⁸⁹. İşlem temelinin çökmesindeki işlem temeli tanımında da bu özellikler esas alınmalıdır. Ancak şunu hemen belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda işlem temeline ilişkin BK 24/I b. 4’de dikkate alınan unsurlar işlem temelinin çökmesinde işlem

⁵⁸⁵ Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31**, Stämpfli, Bern, 1995, Art. 23/24 OR N. 239 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 507/508; Engel, N. 251.

⁵⁸⁶ Schönle, s. 413-441; Bruno Schmidlin, “Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose”, **AJP 1992**, s. 1386-1392; *Wiegand*, bu tartışmanın geri planında temel hatası ile ilgili maddede “işlem temeli” kavramının açıkça yer almasının etkisini vurgulamış, bu görüş ile işlem temelinin çökmesi teorisi arasındaki ilişkiye dikkat çekmiştir. *Wiegand*, **FS Walter**, s. 448.

⁵⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 511; Serozan, **İfa**, § 20 N. 1; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 370.

⁵⁸⁸ **Basler Kommentar/Honsell**, Art. 2 ZGB N. 19; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 375 dn.241.

⁵⁸⁹ Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 16 N. 10; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, [Kıs. Hata], Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s. 159.

temeli kavramının belirlenmesinde son derece önemlidir. Bu tartışma işlem temelinin uygulama alanı ile ilgili bir tartışma olmadığından daha detaylı olarak aşağıda incelenecektir⁵⁹⁰.

İşlem temelinin çökmesi ile temel hatası düzenlemesi arasındaki uygulama alanı bakımından önemli olan ikinci tartışmadır. Tartışma şu soruyla açıklanabilir: Geleceğe ilişkin maddi vakıalar konusundaki yanlış tahminler BK 24/I b.4 hükmü anlamında temel hatası sayılıp sözleşmenin iptal edilebilirliğine neden olabilir mi⁵⁹¹?

Bu hususta İsviçre hukukunda önemli bir görüş ayrılığı vardır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan, “gelecekteki olaylara” ilişkin yanlış tasavvurlarda hataya düşmenin, belli şartlarla temel hatası sayılacağını savunan görüşün karşısında⁵⁹²; temel hatası hükmünün sadece sözleşme kurulduğu sırada varolan veya geçmişteki olgulara ilişkin tasavvurları kapsadığı, gelecekteki olaylar açısından hiç bir ayrıma gitmeye gerek olmaksızın, temel hatası hükmünün uygulanmayacağı görüşü yer alır⁵⁹³.

Gelecekteki olaylara ilişkin yanlış tasavvurlarda hataya düşmenin temel hatası sayılacağını savunan görüşe göre, “önceden görülebilir kesin gözü ile bakılan olaylar” söz konusu olunca “gelecekteki olaylara ilişkin yanılma” da temel hatası sebebiyle iptale elverişlidir⁵⁹⁴. Bir maddi vakıanın gelecekte ortaya çıkacağına ilişkin hataya düşen tarafın bu vakıanın bu niteliğini düşünmüş ve bunu kesin şekilde öngörmüş olması gerekir⁵⁹⁵. Ancak geleceğe ilişkin somut tasavvur yoksa hata hükümleri uygulanmaz. Önceden görülmemiş, düşünülmemiş konularda “hatalı” tasavvurdan değil, “tasavvur yokluğundan” söz açmak gerekir⁵⁹⁶. Bu görüşe göre,

⁵⁹⁰ Bkz. aş. B.III/II/A/1.

⁵⁹¹ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 302 vd.; Schönle, s. 413-441; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 199; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 16 N. 16; Huguenin, N. 463 vd.

⁵⁹² **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 309; Ernst A. Kramer, **Der Irrtum beim Vertragsschluss-eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme**, [Kıs. Irrtum], Schulthess, Zürich, 1998, N.140; Pierre Engel, **Traité des obligations en droit suisse- dispositions générales du CO**, 2.b., Stämpfli, 1996, N. 252 ; **Basler Kommentar/ Wiegand**, Art. 18 OR N. 105/106; Schmidlin, **AJP 1992**, s. 1386; BGE 117 II 218, 224; BGE 118 II 297, 300; BGE 82 II 332, (www.bger.ch, 31.07.2005).

⁵⁹³ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N 795vd. 801/800; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 194; Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 610; Tercier, **Obligations**, N.735; Bischoff, s. 144; Schönle, s. 413-441

⁵⁹⁴ BGE 117 II 218, 224; BGE 118 II 297, 300; BGE 82 II 332; (www.bger.ch, 31.07.2005); **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N.309; Kramer, **Irrtum**, N.140; **Berner Kommentar/ Schmidlin**, Art 23 OR N. 227 vd.; **Basler Kommentar/ Wiegand**, Art. 18 OR N. 105/106.

⁵⁹⁵ Schmidlin, **AJP 1992**, s. 1393.

⁵⁹⁶ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 309.

temel hatası düzenlemesi, temel hatasına düşmüş kişiye, belli bir öngörüü sözleşmeye olurlunu vermesi için onsuz olmaz şart saymasına müsaade etmektedir; bunu yaparken bu kişi belli verilere dayanır, bu verilerin değışmesi sonucu, taraflar beklentilerinde hataya düşmüş sayılmalılardır; *geleceği şimdinin bir devamı* olarak nitelendiren bu görüş değışen koşullar karşısında sözleşmede bu hususta beklentisi karşılanmayan tarafın hataya düşmüş sayılacağını kabul eder⁵⁹⁷.

Federal Mahkemenin bazı kararlarında ve bazı yazarlarca savunulan bu görüş birçok yazar tarafından eleştirilmiştir⁵⁹⁸. Gelecekteki olaylara ilişkin yanlış tasavvurlar söz konusu ise, İsv. BK 24/I b. 4 hükmü, hiçbir ayrıma gidilmesine gerek olmaksızın kesin olarak uygulama alanı bulmaz, bu durumlarda sadece sözleşmelerin uyarlanması söz konusu olur. Aksinin kabulü, öncelikle “hata” kavramının kendisine yabancıdır, hata doğası gereği şimdiki ve geçmişteki olaylara ilişkindir; aksi görüşün kabulü hata ile zımni şart arasındaki sınırları ortadan kaldırır ve kanunda yer alan risk paylaşımına da ters düşer⁵⁹⁹. Şöyle ki, hataya ilişkin hükümler, gelecek üzerine tahminlerde bulunup, hayal kırıklığına uğrayan kişileri değil, somut tasavvurlarında yanlış kişileri koruma amacını güder. Federal Mahkeme de bazı kararlarında bunu kabul etmiş ancak farklı gerekçeler öne sürmüştür. Federal Mahkeme bu kararlarında gelecekteki olaylara ilişkin yanlış tasavvurlara temel hatası hükümlerini uygulamayı reddetmiştir: “*Hata yalnız insanın bilebileceği hususlarda söz konusu olur. Geleceği ise, insan bilemez ancak tahmin eder*”⁶⁰⁰.

Federal Mahkeme sonraki kararlarında bu açık tavrını kaybetmiştir⁶⁰¹. Federal Mahkeme sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir durumda da, bu durumun sözleşmenin kurulması anında “öngörülebilir, hesaba katılabilir” bir durum olması şartıyla sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmasına rağmen, temel hatası hükmünün uygulanabileceğini kabul etmiştir⁶⁰². Böylelikle, sözleşmenin

⁵⁹⁷ Engel, N.252; k.g. **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 194.

⁵⁹⁸ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 194; Schönle, s. 413-441; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 199.

⁵⁹⁹ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 194; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 199.

⁶⁰⁰ BGE 59 II 374, (aktaran, **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 194).

⁶⁰¹ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 194;

⁶⁰² BGE 95 II 407, **JdT 1970 I 325**, (s. 327/328); karara konu olan olayda uyuşmazlık bir arazi satım sözleşmesinde idarenin imar izni vermemesi nedeniyle doğmuştur. Olayda Federal Mahkeme satın alınan arazide bina yapma imkanının davacı için temel hatasına yol açabilecek işlem temeli olarak değerlendirmiş, idarenin imar izni vermemesi durumunda temel hatası düzenlemesine dayanılabileceğini kabul etmiştir. Federal Mahkeme’ye göre, işlem temeli oluşturan tasavvurlarda hata geleceğe yönelik olaylar bakımından da söz konusu olabilir. Taraflardan biri gelecekte imar

kurulması aşamasında taraflar hiç değilse tasavvurlarını oluştururken bu ögeyi tasavvurlarına dahil etmiş olmaktadırlar. Öğretide, Federal Mahkemenin bu çelişik kararları vurgulanmış ve eleştirilmiştir⁶⁰³. Temel hatasına ilişkin hükmün gelecekteki olayların yanlış değerlendirilmesine de uygulanacağını savunan görüşü bazı kararlarında savunan⁶⁰⁴, bazı kararlarında reddeden⁶⁰⁵, bazı kararlarında ise muğlak bir değerlendirmeye tabi tutan⁶⁰⁶ Federal Mahkemenin bu çelişik tutumu gerçekten eleştirilebilir niteliktedir.

Federal Mahkemenin kullandığı gelecekteki tasavvurlara temel hatası hükmünün uygulanması için aradığı “öngörülmiş olayın ‘önceden görülemez’ niteliği” ise belirsiz bir ifadedir ve bu belirsizlik hukuk güvenliğini tehdit eder niteliktedir⁶⁰⁷. *Schönle* Federal Mahkeme kararlarındaki tutarsızlığı da şu çarpıcı karşılaştırmayla vurgulamaktadır: Evliliğin öngörülememesi, (nişan yüzüğünün satın alınmasından sonra evliliğin gerçekleşmemesi) temel hatası hükümlerinin uygulanmasına dolayısıyla sözleşmenin iptal edilmesine yol açarken⁶⁰⁸, boşanmanın öngörülememesi (evlilik süresince eşinin anne babasına taşınmazında süknâ hakkı tanıyan kişinin evliliğin sona ermesi ile düştüğü durum) uyarlamaya yol açmaktadır⁶⁰⁹. Yazara göre bu örnekte, kendi kusuruyla gelecekteki bir olayı öngöremeyen kişiyi, kusuru olmadan sadece gelecekteki olaylar öngörülemez nitelikte olduğu için kusursuzca risk alan kişiden daha avantajlı duruma getirmektedir. Geleceğin yanlış değerlendirilmesi hiç bir durumda temel hatası sayılmamalıdır⁶¹⁰.

Türk hukukunda geleceğe ilişkin bazı yanlış tasavvurların temel hatası teşkil edebileceğini savunan görüşün en önemli temsilcisi *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre, önceden tahmini mümkün gelecekteki olgulara ilişkin bir saikte hata var ise ve bu

iznin alınacak olmasını işlem temeli saymıştır, bunun gerçekleşmemesi halinde diğer şartlar da gerçekleşmiş ise temel hatasına düşmüş sayılabilir.

⁶⁰³ Schönle, s. 413 vd.; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 194.

⁶⁰⁴ BGE 95 II 407, 409, (www.bger.ch, çevrimiçi 31.07.2005).

⁶⁰⁵ BGE 107 II 144, 150, (www.bger.ch, çevrimiçi 31.07.2005).

⁶⁰⁶ BGE 98 II 15, JdT 1972 I 547, (s.550/551).

⁶⁰⁷ Schönle, s. 421 vd.

⁶⁰⁸ *Folletti v. Molteni*, TF 16.06.1966 (aktaran, Schönle, s.414, dn. 6). Olayda nişanlısına bir taşınmazında ömür boyu intifa hakkı tanıyan kişinin evliliğin gerçekleşmemesi üzerine temel hatasına düştüğü kabul edilmiştir.

⁶⁰⁹ TF 16.05.1980, sem.jud. 1981 17, 23.

⁶¹⁰ Besson, s.65.

hata BK 24/I b. 4 anlamında temel hatası niteliği kazanmışsa, bu hata sözleşmenin iptaline yol açabilecek nitelikte bir saik hatası sayılabilir⁶¹¹.

Bununla birlikte Türk hukukunda ağırlıklı görüş, geleceğe ilişkin yanlış tasavvurların temel hatası teşkil etmeyeceğini savunmaktadır⁶¹². Buna göre, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen önemli değişikliğin sözleşmeye etkisi, işlem temelinin çökmesinin alanına girer ve böylece işlem temelinin çökmesinin uygulama alanı ile hata hükümlerinin uygulama alanı arasındaki sınır belirsizliğe düşmez. Geleceğe ilişkin kanaatte hataya düşme halinde, sözleşmenin yapılmasına yol açan düşünce ile sözleşmenin yapılması sırasındaki gerçek arasında bir farklılık yoktur; sonradan vuku bulan değişiklik, sözleşmenin yapıldığı tarihteki gerçeği etkilemez.

Bizim görüşümüze göre önceden tahmini mümkün gelecekteki olguda yanılmanın diğer şartların da gerçekleşmesi ile temel hatası sayılabileceği görüşünde muğlak olan nokta, “önceden tahmini mümkün gelecekteki olgu”nun nasıl belirlenebileceğidir.

Örneklerle görüşler arasındaki farkı daha iyi somutlaştırabiliriz. Bu konuda öğretilerde verilen bir örnekte, Tekel idaresi ile anlaşma yapan bir şarap üreticisinin, Tekel şaraplarının piyasada tutulmaması üzerine sözleşmeyi temel hatası nedeniyle iptal edip edemeyeceği tartışılmıştır⁶¹³. Tekel şaraplarının piyasadaki olumlu durumunun devam edeceği yönündeki tasavvur, önceden tahmini mümkün gelecekte gerçekleşen bir olayda yanılma teşkil eder; zira bu tasavvur gerçekleşmemiş ve tekel şaraplarının piyasadaki durumu kötüleşmiştir. Bununla birlikte bu durum temel hatası nedeniyle sözleşmenin iptalini sağlayacak ağırlıkta değildir, zira “alışveriş hayatına hâkim nesnel iyiniyet kuralları” gereğince, anlaşma yapan kişi piyasada kendi aleyhine gerçekleşecek gelişmenin sonuçlarına katlanmalıdır; bu onun katlanması gerekli bir risktir. Bu örnekte işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulandığı kabul edilirse çözüm çok daha basitleşecek, önceden görülebilir gelecekte gerçekleşen bir olay söz konusu olduğu için, önceden görülemezlik şartı

⁶¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 45/46, dn. 21; Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 509/510.

⁶¹² Serozan, **İfa**, § 20 N 1; Oğuzman/Öz, s.88/89 (dn.183); Kaplan, s. 141; Elçin-Grassinger, **Kefilin Savunma İmkanları**, s. 182, (dn. 477); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 430 vd.; Gürsoy, s.22; Arat, s. 69; Doğanay, s. 42/43.

⁶¹³ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 45/46, dn. 21.

gerçekleşmemiş olacak, önceden görülen bir olayın riskinin de bunu önceden görüp gerekli önlemleri almamış kişiye yüklenmesi adaletli bir çözüm olacaktır. Görüldüğü gibi temel hatası görüşünün vardığı sonuca işlem temelinin çökmesi teorisi daha kolay bir yoldan ulaşmakta, ayrıca sözleşmenin iptali yerine uyarlanması gibi çok daha esnek bir sonuç getirmektedir.

Bir başka örnek görüşler arasındaki sonuç farkını daha çarpıcı olarak ortaya koymaktadır⁶¹⁴: Büyük bir alışveriş merkezinde bir kitapçı dükkanı açan B, A ile yaptıkları kira sözleşmesinde aylık 10.000 Avro kira bedeli hususunda anlaşmışlardır. Yeni kurulan bu alışveriş merkezi için büyük reklam yatırımları yapılmıştır, açılış da önemli bir politikacının katılımıyla gerçekleşmiş ve televizyondan da canlı yayınlanmıştır. Ancak daha sonra pazarlama stratejilerindeki aksaklıklar ve de beklenmedik bir şekilde alışveriş merkezinin hemen önündeki ana yolda yapılan uzun süreli ve bir türlü bitmek bilmeyen yol çalışmalarından dolayı bu alışveriş merkezine beklenen kadar ziyaretçi gelmemiş ve B ödediği kira bedeli kadar bile kâr edememeye başlamıştır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış bu beklenmedik değişiklik “önceden görülebilir kesin gözüyle bakılan bir olay” üzerinde hatalı bir tasavvur niteliği taşır, zira büyük yatırımlarla açılmış bir alışveriş merkezinde taraflar çok sayıda müşterinin alışveriş merkezine geleceği hususunda somut bir tasavvur sahibidir. “Önceden görülebilir kesin gözüyle bakılan olaylar” söz konusu olduğundan, gelecekteki olaylara ilişkin yanılmada da temel hatasını uygulayan görüş kabul edilirse B sözleşmeyi iptal edebilecektir. Ancak bunun kabulünün B için avantajlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira B’nin talebi kira bedelinin, kitap satışlarından elde ettiği kâra orantılı olarak indirilmesi ve (belki de yol yapım çalışmaları bittiğinde tekrar müzakere edilerek) sözleşmenin uyarlanması şeklinde olacaktır, yoksa dükkanını kapatıp tüm yatırımlarını riske atmak yönünde değil⁶¹⁵.

Temel hatası ile sözleşmelerin uyarlanması arasındaki ilişkiyle ilgili son olarak BK m. 25/II düzenlemesi akla gelir. Bu hükme göre, taraflardan birinin hataya düşmesi halinde sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmeyi gerçek arzuya göre ifaya hazır

⁶¹⁴ Benzer bir örnek için bkz. Hannes Rösler, “Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage II”, **JuS 2005/1**, s. 27-32 (s. 27/28).

⁶¹⁵ Bu örnekte mağdur tarafın sözleşmeyi haklı nedenle feshi de gündeme gelebilir, Rösler, **JuS 2005/1**, s. 28.

olduğunu beyan etmesi koşuluyla, hataya düşenin iptal hakkını etkisizleştirebilecektir⁶¹⁶.

BK 25/II'deki düzenlemede bir anlamda sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin mantık yer almaktadır⁶¹⁷. Bu hükme göre hata nedeni ile iptal yenilik doğuran hakkı, bu karşı yenilik doğuran hakla engellenebilir⁶¹⁸. Türk hukukunda bu maddenin esas itibariyle beyan hatalarında uygulama alanı bulacağı, ancak temel hatasında uygulanmasına teorik bir engel bulunmadığı, bunun kıyas yoluyla temel hataları için de uygulanacağı belirtilmiştir⁶¹⁹. Ancak, İsviçre hukukunda baskın görüş, bu hükmün temel hatalarında uygulanmayacağı görüşündedir. Bu olasılıkta akla sadece BK m. 20/II'deki kısmi butlan yaptırımı gelebilir⁶²⁰. Türk hukukunda ise, BK m. 25/II'nin özellikle temel hatasına da kıyasen uygulandığı baskın görüş tarafından kabul edildiği için, bizim hukukumuz açısından bu hüküm bir uyarılma hükmü olarak yorumlanabilir. Bu durumda, sözleşmenin gerçek arzuya uygun olarak ifa edileceğine yönelik bildirim de yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasından ibaret olacaktır⁶²¹.

Temel hatası ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişki ile ilgili görüşlerimizi özetlemek faydalı olacaktır: Bizim görüşümüze göre de, sözleşmenin kurulması anından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri hiç bir halde temel hatası teşkil etmeyecektir. Temel hatasında iradenin oluşması esnasında nazara alınan geçmişe veya şimdiki zamana ilişkin yanlış tasavvurlar söz konusu iken, işlem temelinin çökmesine yol açan önceden görülemez gelişme ve buna ilişkin tasavvur ise geleceğe yöneliktir⁶²². Gelecekteki olaylara ilişkin tasavvurlarda hataya düşülmüş

⁶¹⁶ Oğuzman/Öz, s.91.

⁶¹⁷ Schwarz, s. 200.

⁶¹⁸ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 319.

⁶¹⁹ Oğuzman/Öz, s. 91; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 36, N.83; Eren, s. 355; Zekeriya Kursat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, Kazancı, İstanbul, 2003, s. 100.

⁶²⁰ **Berner Kommentar/Schmidlin**, Art. 25 OR N 21 vd.; **Basler Kommentar/Schwenzer**, Art. 25 OR N. 8; Schwenzler, N. 39.19; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 849.

⁶²¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s.165, dn.88; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.379; İtalyan Medeni Kanunu'nun 1467. maddesi aşırı ifa güçlüğü (*excessiva onerosità*) ile karşılaşan tarafa sözleşmeyi sona erdirme yetkisi tanımış ancak karşı tarafa da bunu engellemek için sözleşmenin hakkaniyete uygun bir şekilde değiştirilmesini teklif edebilme yetkisini vermiştir. Bu düzenleme, her ne kadar ilk bakışta, sözleşmenin sona erdirilmesini ilk çare olarak öne sürmüş görünse de, gerçekte tarafları sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye yönlendiren bir sistemdir (Bkz. Carbonnier, N. 149). İtalyan hukukundaki sözleşmenin tek taraflı olarak bu şekilde sona erdirilmesinin karşı tarafça engellenmesi BK m.25/II'deki sistemle benzerlik taşır. Karş. Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 114.

⁶²² Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.370.

olması bu nedenle temel hatası değil, olsa olsa işlem temelinin çökmesi sayılabilir. Temel hatası ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ayrımın kronolojik bir ayrım olması, iki kurum arasındaki sınırların belirlenmesi açısından önemli ve bizim görüşümüze göre tek ölçüttür. Sınırların belirlenmesinde böyle belirgin bir ölçütümüz var iken, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerini belli şartlarla da olsa temel hatası saymak bu ölçütü zayıflatacak, aradaki sınırların silikleşmesine yol açacaktır. Bu sınırların silikleşmesi ilk bakışta kabul edilebilir gibi görünmektedir. Kronolojik açıdan ayrımlı olguların ortak bir rejime bağlanması gereği ilkesi günümüzde oldukça önemli ve geçerli bir ilkedir⁶²³. Nitekim Borçlar Hukuku alanında son yıllardaki gelişmelere bakıldığında da özellikle temel hatası ile işlem temelinin çökmesi hükümlerinin sonuçları bakımından bir birliğe gidildiği gözlemlenebilir. Alman hukukunda, 2002 reformuyla getirilen § 313 BGB hükmü temel hatası ile işlem temelinin çökmesi rejimini aynı şartlar ve yaptırımlara bağlamıştır. § 313 (2), işlem temelinin baştan eksikliği düzenlemektedir.⁶²⁴ Borçlar hukukundaki uyumlaştırma çalışmaları da bu yöndedir, *Unidroit* ilkelerinde de hata ile *hardship* aynı düzenlemede yer alır, sonuçları arasında birliğe gidilmiştir (PICC 6.2.2).

Bununla birlikte, İsviçre-Türk hukukunda durum böyle değildir. Zira temel hatası düzenlemesinin yaptırımının uyarılama değil, sözleşmenin sona erdirilmesi olduğu unutulmamalıdır. Aradaki rejim farkının bu kadar büyük olması ve temel hatası düzenlemesinin yaptırım rejiminin esnek olmaması, temel hatası düzenlemesinin alanını genişletmek yönünde değil ancak daraltmak yönünde bir yorum yapılmasına gerekçe olur. Temel hatasında sözleşmenin uyarlanması kabul edilmediği için, “ya hep ya hiç” yaptırımına sahip bu düzenlemenin alanının sınırlı tutulmasının ve sadece sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkmış olaylara

⁶²³ Serozan, **Oğuzman’a Armağan**, s. 1029/1030.

⁶²⁴ Emmerich, § 27, N 22. *Arat*, Alman ve İsviçre hukuku arasındaki düzenleme farkına dikkat çekmekte; temel hatasının Alman hukukunda düzenlenmediğini, bunun sonucu olarak temel hatasına ilişkin olayların ne zaman gerçekleştiklerine bakılmaksızın, işlem temelinin çökmesi kavramı içerisinde değerlendirildiğini belirtmiş ise de bu görüş BGB § 313’ün yürürlüğe girmesinden önceki dönem için geçerlidir. Yeni hükümde işlem temelinin baştan eksikliği açıkça düzenlenmiştir ve artık Alman hukukunda da bu konuda açık bir düzenleme vardır. Karş. *Arat*, s. 67. Yazarın bu yeni düzenlemeyi eserinin başka bir bölümünde dikkate almış olması da dikkat çekicidir. (Karş. *Arat*, s. 87/88).

inhisar edilmesinin daha uygun olduğu düşüncesindeyiz⁶²⁵. Temel hatasının sonucu, sözleşmenin tek taraflı bir beyanla iptal edilerek baştan itibaren hükümsüz hale gelmesidir. İşlem temelinin çöktüğü kabul edilirse sözleşme değişen koşullara uyarlanarak varlığını devam ettirebilir. Sürekli sözleşme ilişkilerinde de, geleceğe ilişkin tasavvurların yanlış çıkması durumunda hata hükümlerine başvurmak tatmin edici olmayacaktır. Özellikle bu ilişkiler açısından iptal edilebilirlik uygun bir yaptırım değildir.

Karşı görüşün kabul edilmesi halinde işlem temelinin çökmesi alanının oldukça daralması tehlikesi de söz konusu olacaktır; zira sözleşmenin kurulması anından önce veya sonra ortaya çıkan değişiklikler için ilk olarak temel hatası düzenlemesi düşünülecek, sözleşmenin kurulması anından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerinin bulunması halinde ise niteliğine bakılarak sınırlı şartlarda işlem temelinin çökmesi halinin uygulanması kabul edilecektir. İşlem temelinin çökmesi kuramını sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak görme ve bu nedenle dar yorumlama yönündeki hukuki refleksin bununla birleşeceği düşünüldüğünde ise, uygulamada olayların büyük çoğunluğunun temel hatası düzenlemesi ile halledilmeye çalışılacağı öngörüsünde bulunmak yanlış olmayacaktır.

Bu nedenlerle geçerli hukuk açısından temel hatasının işlem temelinin çökmesinden kesin çizgilerle ayrılması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız. Bununla birlikte yeniden vurgulayalım ki, asıl sorun temel hatasının hukuksal sonuçlarının Türk-İsviçre hukuk sistemindeki düzenleniş şekline dayanmaktadır. Bir başka deyişle, Alman hukukundaki § 313 BGB düzenlemesindeki gibi kronolojik açıdan ayrımlı bu iki olgunun şartlar ve sonuçlar bakımından ortak bir rejime bağlanması durumunda, yukarıdaki tartışmanın pratik önemi de ortadan kalkacaktır⁶²⁶.

E. AYIP HÜKÜMLERİ İLE İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Somut olayda ayıp hükümlerinin uygulama alanına giren bir durumda işlem temelinin çökmesinin uygulanmasının yine mümkün olup olmadığı düşünülebilir. Bu

⁶²⁵ Dural, **İmkansızlık**, s. 64; Schwarz, s. 200/201.

⁶²⁶ Karş. Rösler, **ERPL 2007**, s.496/497,

konuda Alman hukukunda baskın görüş ayıp hükümlerinin uygulama alanına giren bir durumda artık işlem temelinin çökmesinden bahsedilemeyeceği yönündedir⁶²⁷.

Satıcının ayıptan sorumluluğunun işlem temelinin çökmesinden en önemli farkı, söz konusu ayıbın sözleşmede yarar ve hasarın alıcıya geçmesi anında var olması şartıdır; hasarın alıcıya geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplar satıcının sorumluluğuna yol açmaz, ancak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve işlem temelinin çökertecek bir değişiklik sayılırsa sözleşmenin uyarlanmasına yol açabilir. Bu nedenle, temel hatası düzenlemesi ile kavramsal ve kronolojik yakınlık taşıyan ayıp hükümleri ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ayrım yine kronolojik olacaktır⁶²⁸. Örneğin, bir site içerisinde yer alan sıralı müstakil evlerden birinin satın alınmasının gerekçesi sıra ortasında yer alması ise ve komşu arazinin imara açılmaması nedeniyle bu ev köşe ev olur ise burada artık ayıp hükümleri değil şartları oluşmuş ise işlem temelinin çökmesi uygulanır⁶²⁹. Bir başka örnekte fark daha da somutlaşır⁶³⁰: Sözleşme tarafları, satın alınan bir arazinin sözleşmenin kurulması anından imara açık olup olmadığı konusunda bir ihtilafa düşmüş ise bu noktada ayıp hükümleri devreye girer; arazi satın alınırken imara açık değil ancak imara açılacağına kesin gözüyle bakılıyorken sözleşmenin kurulmasından sonra imara açılmayacağı belli olmuş ise ancak işlem temelinin çökmesi uygulanabilir.

F. GABİN VE İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Iustinianus zamanından beri bilinmekte olan ve glossatörler tarafından geliştirilen “*laesio enormis*” 19. yüzyıla kadar sözleşme adaletini sağlama

⁶²⁷ Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 12; Jauernig/ Stadler, § 313 BGB N.10; BGHZ 98, s. 103 vd. (s. 117).

⁶²⁸ Bununla birlikte ayıp sorumluluğu ile işlem temelinin çökmesi arasında yarışma sorunu bazı olasılıklarda gündeme gelebilir. Ayıbın yarar ve hasarın alıcıya geçmesi anında var olması her zaman sözleşmenin kurulması anında ayıbın var olması anlamına gelmez. Parça satımında sözleşmenin kurulması anında var olması gereken ayıp, çeşit satımında, ayırt etmeden veya yollanmak üzere elden çıkarmadan önce ve sözleşme kurulduktan sonra var olabilir; çeşitteki ayıp sözleşmenin kurulmasından çok sonra ortaya çıkabilir (Bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 135). Bu olasılıklarda sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ayıp pekâlâ sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış bir değişiklik sayılabilir.

⁶²⁹ Örnek için Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 12.

⁶³⁰ Emmerich, § 27 N. 38.

hususunda en önemli araçtı⁶³¹. Fransız Devrimi'nin ve liberalizmin etkisi ile gabin de, *clausula* öğretisi gibi etkinliğini yitirmiştir. Nitekim Fransız Medeni Kanunu *clausula* öğretilerinden eser taşımadığı gibi gabin kurumunu da çok sıkı şartlar altında düzenlemiştir⁶³².

Türk Hukukunda gabinı düzenleyen BK m. 21 uyarınca, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler arasındaki dengenin varlığı, bu tür sözleşmelerin geçerlilik şartları arasında sayılmaktadır⁶³³. Taraflardan biri diğer tarafın müzayaka halinde bulunmasından, tecrübesizliğinden veya hiffetinden yararlanarak edimler arasında aşırı bir oransızlık meydana getirirse, zarara uğrayan taraf sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir⁶³⁴.

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşulların sözleşmeye etkisini, gabin hükümleri çerçevesinde çözen görüşler de mevcuttur⁶³⁵. Bu görüşe göre, gabin hükümlerinin uygulama alanı sözleşmenin kurulmasından sonraya da yaydırılabilir. Bu durumun bir yönden sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen gabin olduğu da söylenmiştir (*une lésion subséquente, lésion postérieure à la conclusion du contrat*). Temel hatası görüşünde olduğu gibi, gabin hükmünün kıyasen uygulanmasını savunan görüş de teknik bakımından, gabin hükmünün uygulanmasını sözleşmenin kuruluşu anından, sözleşmenin ifası süresine de kaydırarak genişletmek istemektedir

Bu görüşe karşı, ilk olarak gabin hükmünün yaptırımının temel hatasında olduğu gibi “ya hep ya hiç” çözümünün, sözleşmenin uyarlanması şansı vermediği

⁶³¹ Haarmann, s. 22; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 300; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 52.; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 196.

⁶³² Fransız Medeni Kanunu'nun 1118. maddesinde gabinin sadece bazı sözleşmelerde ve bazı kişiler açısından dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Bu dar düzenlemeye karşılık, Fransız Borçlar Hukuku Reformu ön tasarısında önemli bir değişiklik, gabin düzenlemesinin tehdit ile ilgili düzenlemenin içerisinde yer almasıdır. Bu durumun gabin olarak değil, son yıllarda çok tartışılan bir kavram olan ekonomik tehdit (*la violence économique*) olarak düzenlenmesi tasarının en ilginç yönlerindedir. Ön Tasarının 1114-3'üncü maddesine göre: “Taraflardan birinin gereklilik veya bağımlılık durumu içerisinde iken sözleşme kurması durumunda karşı taraf bu müzayaka durumunu sömürerek sözleşmede kendine açıkça aşırı bir menfaat sağlıyor ise yine tehdit söz konusudur. Müzayaka durumu hal ve şartların bütünü, özellikle bu durumda olan kişinin zayıflığı, taraflar arasındaki geçmişteki ilişki veya ekonomik dengesizlik dikkate alınarak değerlendirilir”, Baysal, s. 223.

⁶³³ Oğuzman/Öz, s. 113.

⁶³⁴ Gabin konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Halid Kemal Elbir, **Türk Borçlar Hukuku'nda Gabin**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1951; Burcu Kalkan, **Türk Hukukunda Gabin**, Vedat Kitapçılık, 2004.

⁶³⁵ Reichel, s. 21.

için sonuç bakımından tatmin edici olmadığı söylenmiştir⁶³⁶. Hakimin müdahalesinin BK 21'e dahil olmadığı, kanunun hazırlık çalışmaları esnasında da açıkça belirtilmiştir⁶³⁷. Ancak bu gerekçe, eskiden hakim olan görüşün, yani sömürülenin sözleşmeyi tümüyle iptal etmek zorunda olduğu, sözleşmenin uyarlanmasını istemeyeceği yolundaki görüşün zayıflamasıyla, geçersiz hale gelmiş sayılabilir. Son yıllarda gabin halinde edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması görüşü ağırlık kazanmıştır. Sömürülen taraf, ivazlar arasındaki dengesizliğin düzeltilerek sözleşmenin ayakta kalmasını talep edebilir⁶³⁸. Özellikle sözleşmenin kısmen iptal edilmesinin maddenin amacına da daha uygun olduğu söylenmiştir⁶³⁹. Önceleri bu görüşe katılmayan İsviçre Federal Mahkemesi'nin baskın görüşü takip eden yakın tarihli çok önemli bir kararı bulunmaktadır⁶⁴⁰. Mahkeme söz konusu olayda sözleşmenin kısmen geçersiz sayılmasına karar vermiştir. Sözleşme adaleti kavramına dayanan mahkemenin bu kararı dikkate alındığında edimler arası dengesizliğin sonradan ortaya çıkan bir gelişme ile bozulması halinde gabin hükümlerinin uygulanması pekâlâ düşünülebilir.

Her ne kadar gabinin sonuçlarından biri olarak dar anlamda uyarılama kabul edilse bile, yine de gabin hükmünün yapısının, sözleşmenin sonradan değişen koşullara uyarlanmasına hukuki temel sağlamaya uygun olduğunu kabul etmek zordur; bu gabinin yapısına aykırıdır⁶⁴¹. Yasakoyucu gabin hükmü ile edimler arası dengesizliği çözmekten çok sömürüyü engellemeyi amaçlamıştır. Özel öge ön plandadır, en önemlisi de edimler arası dengesizlik sömürünün sonucu olmalıdır⁶⁴². BK m. 21 hükmünün yasakladığı, aşırı bir yükümlülük altına girme olgusu değil,

⁶³⁶ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 52/53; Besson, s. 66; Arat, s. 75.

⁶³⁷ Besson, s. 66.

⁶³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 39 N. 28; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.466; Halûk Tandoğan, **La Nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats- Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques**, [Kıs. Nullité], Kundig, Genève, 1952, s. 270 vd.; Buz, **BATİDER 1998**, s. 53 vd.; kısmen, Arat, s. 75; k.g. Kalkan, s. 151-154; karşı. BKT 28 "(...) zarar gören (...) sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir".

⁶³⁹ Engel, N.65.

⁶⁴⁰ BGE 123 III 292 (www.bger.ch, çevrimiçi, 19.08.2006).

⁶⁴¹ Besson, s. 65; Hans Merz, "Die Revision der Verträge durch den Richter", **ZSR 1942**, s. 393a-508a, (s. 450 a), Descheneaux s. 539 a; Ripert s. 151.

⁶⁴² Besson, s. 66; Engel, N. 248.

aşırı oransızlığın meydana getiriliş biçimidir⁶⁴³. Gabinin aksine, sözleşmelerin sonradan değişen koşullara uyarlanmasının şartlarından biri “müzayaka” halinde bulunma değildir. Edimler arası dengesizlik tarafların iradesinden bağımsız olarak, değişen koşulların sonucu oluşmuştur⁶⁴⁴. Bunun dışında gabinde, sömürenin sömürülenin bu durumundan bilerek faydalanması gerekir ki, bu da uyarlamanın şartlarından değildir⁶⁴⁵. Gabin, sözleşmenin başında, sözleşmenin özünde bir eşitsizliğe, dengesizliğe dayanır; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan edimler arasında eşitsizlik, dengesizlik gabinin dışında kalır⁶⁴⁶. Gabinin uygulama alanının iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle sınırlı olması da bir başka farktır⁶⁴⁷.

Sözleşmenin geçerlilik şartlarında olduğu gibi, gabin de sadece sözleşmenin kuruluşu esnasında aranır. Kronolojik fark gabin açısından da geçerlidir: Edimler arasındaki dengesizlik sözleşmenin kuruluşu aşamasında var olmalıdır ve gabinin varlığı sözleşmenin kuruluş anı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasında ise edimler arasındaki dengesizlik sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkar. Sözleşmelerin uyarlanması sonradan ortaya çıkan ve tarafların iradesinin dışında kalan, önceden görülemez dış bir etkenin gerçekleşmesi durumunda söz konusu olur; ortaya çıkan durum tarafların iradelerinden bağımsızdır⁶⁴⁸. Sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan dengesizlik ile sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan dengesizlik farklı rejimlere bağlanmıştır.

Bizim görüşümüze göre, hem yapısal hem de sonuç bakımından yukarıda anılan farklar dikkate alındığında gabin düzenlemesinin işlem temelini çökmesi hallerini kapsamı mümkün değildir. Gabinde dar anlamda uyarlama sonucunun

⁶⁴³ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 734; Buz, **BATİDER 1998**, s.60; Atamer, **GİŞ**, s. 166; Peter Gauch “BGE 107 II 343, Grundlagenirrtum und Clausula rebus sic stantibus”, **Recht 1989**, s. 16-19, (s. 19).

⁶⁴⁴ Engel, s. 788; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s.52.

⁶⁴⁵ **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 196; Kalkan, s. 169, yazar, gabinde yer alan sömürü durumunun, değişen hal ve şartların etkisiyle borçlunun düştüğü durumla benzerlikler gösterdiğini belirtmiştir. Bizim görüşümüze göre, bu olasılıkta değişen koşullara rağmen mağdur olan tarafın sömürülmesi kural olarak söz konusu değildir; zira tarafların iradelerinden bağımsız gerçekleşen bir dış etken sonucu ortaya çıkan durumun, bir tarafın mahvına sebep olması diğer tarafın sömürü niyetinden kaynaklanmaz. Karşı tarafın, değişen durumlar sonucu artan menfaati, onun sömürme arzusunun sonucu değildir.

⁶⁴⁶ Rieg, N.526; Engel, N. 64 ve N. 248; BGE 99 II 366, s.372, SJ 1974 s. 433, 439; Ghestin/Jamin/Billiau, N. 290.

⁶⁴⁷ Arat, s. 75; Oğuzman/ Öz, s. 113.

⁶⁴⁸ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 300; Tercier, **JdT 1979 I**, s.209; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N 196; Deschenaux, s. 540a; Sophie Le Gac-Pech; **La proportionnalité en droit privé des contrats**, L.G.D.J, Paris, 2000, N. 786.

uygulanabileceği kabul edilse bile, gabin için aranan şartların işlem temelini çökmesi halindeki şartlara ek olarak aranması bizim görüşümüze göre pratik bir yaklaşım olmayacaktır. Temel hatasından farklı olarak gabinde aranan ek şartlar, özellikle sömürenin, karşı tarafın zayıf durumundan bilerek yararlanmak suretiyle ivazlar arasındaki açık dengesizliği gerçekleştirmesi şartı, bu iki kurum arasındaki ayırımın ne denli derin olduğunu gösterir⁶⁴⁹. Maddi bakımdan da işlem temelini çökmesi ile gabin farklı hukuki sorunları düzenlemektedirler. Özetle, bu hükmün sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına uygulanması ne doğrudan ne de kıyasen mümkün olabilir.

G. HAKSIZ ZENGİNLEŞME VE İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Haksız zenginleşme türlerinden sadece edimden ötürü zenginleşme sayılan sebebin sonradan çökmesi veya boşa çıkması (*condictio ob causam finitam, futuram*) ile işlem temelini çökmesi arasında bir yakınlık vardır. Hukuki sebebin baştan eksikliği veya edim dışı zenginleşmelerde işlem temelini çökmesi ile bir kesişme yoktur.

Gelecekte belirli bir olayın gerçekleşeceğine ilişkin beklentinin boşa çıkması, sebebin sonradan boşa çıkması ile; gelecekte belirli bir olayın gerçekleşmeyeceğine ilişkin beklentinin boşa çıkması da baştan var olan sebebin sonradan düşmesi ile çakışır⁶⁵⁰. Bununla birlikte sebep ve işlem temeli kavramları arasında fark bulunduğu unutulmamalıdır. İki yanlı ve edimle ilişkili teknik tipik kazandırma amacı veya sınırlı sayıda benzeri amaçlar işlem temelini üstünde yer alırlar⁶⁵¹.

Edimin başlangıçta bulunan sebebinin sonradan çökmesi ve amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi dolayısıyla zenginleşme ile işlem temelini çökmesi arasında sınırın oldukça silik olduğu örnekler olabilir. Öğretide verilen bir örnek yukarıda belirtilen noktaları somutlaştırmaktadır⁶⁵²: Kendisine ait bir binayı fakültesine, öğrenci yurduna çevrileceği beklentisi içinde çok ucuza devretmiş bir

⁶⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 39 N 4, N 21 vd.;

⁶⁵⁰ Serozan, **İfa**, § 20 N. 3.

⁶⁵¹ Serozan, **İfa**, § 20 N. 3.

⁶⁵² Serozan, **İfa**, §25 N. 8.

hukuk hocası, üniversitenin böyle bir yurt açmaması durumunda binasını neye dayanarak geri alabilir? Bu örnekte işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeden dönme veya fiyatı uyarlayıp arttırma gündeme gelmelidir. Zira kuşku halinde daha esnek bir çözüm sunan işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulanması düşünülmelidir⁶⁵³.

Aşırı ifa güçlüğü veya edimler arasındaki dengenin bozulması türündeki işlem temelinin çökmesi durumlarında haksız zenginleşme kurallarıyla ilişki, kural olarak gündeme gelmez. Sebebin sonradan çökmesi veya amacın gerçekleşmemesi ancak sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması türündeki işlem temelinin çökmesi ile kesişebilir. Bununla birlikte öğretide, enflasyon nedeniyle para değerinin düşmesi sonucu sözleşme taraflarından birinin mağdur olması diğer tarafın bu durumdan çıkar sağlamasında, sağlanan çıkarın sebepsiz olduğu bu nedenle haksız zenginleşme teşkil edebileceği öne sürülmüştür⁶⁵⁴. Değişen koşulların alacaklı yararına bir haksız zenginleşme yarattığı ve bu zenginleşmenin onun yanına kâr bırakılmaması gerektiği söylenmiştir. Bu görüşe karşı, zenginleşmenin sebepten yoksun olması için sebebin kaynağının sözleşme olması gerektiği vurgulanmıştır⁶⁵⁵. Edimler arasındaki dengenin bu şekilde bozulması durumunda bizim görüşümüze göre haksız zenginleşme hükümlerinin devreye girmesi düşünülemez. Sözleşmenin bir tarafının çıkar sağlaması ifanın haksız hale geldiğini göstermez ne de olsa ifanın sebebi olan sözleşme sona ermemiştir⁶⁵⁶.

H. DEĞERLENDİRME

Uyarlamanın yakın kavramlarla ilişkisini incelerken birçok defa aradaki sınırların somut olaylarda nasıl silikleşebildiğinin altını çizmeye çalıştık.

Yukarıda incelediğimiz hukuki mekanizmaların bazıları tarafların iradelerine ilişkin diğerleri ifa sürecine ilişkin düzenlemelerdir. İşlem temelinin çökmesi ise birbirleriyle genelde kesişmeyen bu iki mekanizmanın ortasında yer alır. Zira işlem

⁶⁵³ Serozan, İfa, §25 N. 6.

⁶⁵⁴ Görüşler için bkz. Arat, s. 79.

⁶⁵⁵ Rieg, N.526.

⁶⁵⁶ Arat, s. 80.

temeli “bir üst katındaki işlem konusu (imkansızlık), causa ve şart kavramlarıyla, bir alt katındaki saik kavramının arasında, ortasında yer alır”⁶⁵⁷.

Bu nedenle, bu kavramlar arasındaki geçişler ve sınırların silikliği doğal karşılanmalıdır. İşlem temelini çökmesinin en önemli özelliği ve gücü de bu esneklikte saklıdır. Köhler’in işlem temelini çökmesi teorisi ile ilgili ünlü ifadesi bu konuda bize destek olmaktadır: “İşlem temeli teorisinin gücü onun zayıflığında, hem öğeleri bakımından hem de sonuçları bakımından belirsizliğinde yatar”⁶⁵⁸.

Tüm bunlar dikkate alındığında tereddüt halinde kavramlar arasında boğulmak ve sınırların kategorik olarak belirlenmesi ile uğraşmak yerine somut olaya ve somut olay adaletine en uygun çözüm seçilmelidir. Bizim görüşümüze göre işlem temelini çökmesinin birincil sonucunun “dar anlamda uyarılma” olması ve özel hukukta yaptırımlarda “ya hep ya hiç” ilkesinin yerini “ölçülülük ilkesine” bırakması, tereddüt halinde işlem temelini çökmesinin tercih edilmesi için önemli bir gerektir. Tereddüt halinde işlem temelini çökmesi ilke olarak tercih edilmelidir. Ancak somut olayda başka bir çözüm adaleti sağlamaya daha iyi hizmet ediyorsa, sınırların silikliği halinde bu çözüm de tercih edilebilmelidir.

İlkesel olarak bunu belirttikten sonra, işlem temelini çökmesinin uygulama alanı bakımından görüşlerimizi şu şekilde özetleyebiliriz:

Bizim görüşümüze göre işlem temelini çökmesi sözleşmenin yorumlanması veya tamamlanması sorunu değildir. Sözleşmenin uyarılmasında sözleşmenin tamamlanmasında olduğu gibi tarafların farazi iradelerine ulaşma gereği yoktur. Borçlunun sorumluluktan kurtulduğu sonraki imkansızlık düzenlemesi ise işlem temelini çökmesinden farklı bir alanı düzenler, imkansızlıkta edimin ifası mümkün değil iken, işlem temelini çökmesinde ifa mümkündür ancak aşırı derecede güçleşmiştir. Temel hatası ise sözleşmenin kuruluşu anında var olan bir olguya dayanır, yoksa sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen bir olgu bizim görüşümüze göre hiçbir şekilde temel hatası teşkil etmez ancak işlem temeli çökmüş sayılabilir. Gerek imkansızlık gerekse temel hatası düzenlemeleri sonuç bakımından da elverişli düzenlemeler değildirler. Borçlunun sorumluluktan kurtulduğu sonraki imkansızlıkta veya temel hatasında sözleşmenin dar anlamda uyarılması mümkün

⁶⁵⁷ Serozan, İfa, §20 N. 3.

⁶⁵⁸ Köhler, FG Wissenschaft, s. 296.

değildir. Oysa, birçok olasılıkta dar anlamda uyarlama daha adil ve esnek bir çözüm olacaktır. Bu nedenle sınırların silik olduğu bu ve bunun gibi başka olasılıklarda da (haksız zenginleşme, ayıp hükümleri gibi) daha esnek bir çözüm sunan işlem temelinin çökmesinin varlığı kabul edilmelidir.

III. BÖLÜM

İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMÜŞ SAYILMASI İÇİN ARANAN GEREKLER

I. GENEL OLARAK

İşlem temeliniin çökmesinden bahsedebilmek için belirli şartların oluşması gerekir. İfa sürecinde karşılaşılan her aksilik ve olumsuzluk sözleşmenin uyarlanması imkanını vermemelidir. İşlem temeliniin çökmesi teorisi son çare (*ultima ratio*) olarak uygulanmalı ve gerekleri titizlikle değerlendirilmelidir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için her somut olay nesnel bir değerlendirmeye tabi tutulmalı, bu değerlendirme tarafların ve uyarlanması istenilen sözleşmenin özelliklerine göre yapılmalıdır. Bu nesnel değerlendirmenin yapılabilmesi için yol gösterici nitelikte bazı şartların ve ölçütlerin belirlenmesi gereklidir. Karşılaştırmalı hukukta aranan şartlara bakıldığında, bu şartların büyük benzerlik taşıdığı görülmektedir. Sözleşmenin uyarlanmasının kabul edildiği tüm hukuk sistemlerinde aranan ilk şart sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen durum değişikliğidir. Bu durum değişikliğinin aranan özellikleri ve nitelikleri hukuk sistemleri arasında farklılık gösterebilmektedir. Örneğin bazı ülke hukuklarında bu durum değişikliklerinin olağanüstü değişiklikler olması aranırken bazı ülke hukuklarında buna gerek görülmemiştir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının ilk kilit kavramı bu nedenle durum değişikliğidir⁶⁵⁹.

Hangi tür durum değişikliğinin sözleşmenin uyarlanması imkanı vereceği ve bu durum değişikliklerinin özellikleri belirlenmelidir. İşlem temeliniin çökmesi teorisi hangi tür durum değişikliklerinin uyarlama imkanı vereceğinin belirlenmesi açısından karşılaştırmalı hukuktaki diğer teorilere nazaran daha nesnel veriler

⁶⁵⁹ Claude Witz, "Force obligatoire et durée du contrat", **Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats**, Ed. Pauline Rémy Corlay / Dominique Fenouillet, Dalloz, Paris, 2003, s. 175-186 (s.181). Yazar, durum değişikliklerinin taraflarca önceden görülemezliğinin değil, bu değişikliklerin yarattığı dengesizliğinin, sözleşmelerin uyarlanmasının itici gücü olduğunu belirtmiştir.

sunmaktadır. Bu teoride, ancak işlem temelini oluşturan durumlarda esaslı değişiklik sözleşmenin uyarlanması imkanı bulunmaktadır..

İşlem temelini çökmüş sayılabilmesi için ortaya çıkan durum değişikliğinin önceden görülemez bir değişiklik olması gerekir, öyle ki sözleşme tarafları bu değişikliği önceden görmüş olsalardı sözleşmeyi hiç kurmayacak ya da başka bir içerikle kuracak olmalıdırlar.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için aranan bir diğer gerek de, değişen koşullar sonucu sözleşmenin ifasının, bu değişiklik sonucu mağdur olan taraftan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olmasıdır. Bu beklenemezliğin nasıl belirleneceği ise yabancı hukuklarda her zaman somut olarak cevaplanmamaktadır. Bu konuda en somut ölçütleri yine Alman işlem temelini çökmesi teorisinde bulmak mümkündür. Beklenemezliğin (*Unzumutbarkeit*) belirlenmesinde, özellikle risk paylaşımı kuralları dikkate alınmalı ve üstlenilen riskin aşılp aşılmadığına bakılmalıdır. İşte bu risk ögesi ve ifanın beklenemezliği, işlem temelini çökmüş sayılıp sayılmayacağıının belirlenmesindeki diğer kilit kavramlardır.

İşlem temelini çökmesinin gereklerini incelemeye geçmeden önce bir nokta üzerinde durulmalıdır. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanabilmesi için işlem temelini çökmesi ile durum değişikliği arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Ortaya çıkan ifa güçlüğü, önceden görülemeyen durum değişikliklerinin sonucu olmalıdır. Bu işlem temelini çökmesinin kapsamının belirlenmesi açısından çok önemlidir. Ortaya çıkan durum değişikliği ile nedensellik bağı içinde olmayan ifa güçlükleri ve ifanın anlamsızlaşması sözleşmenin uyarlanması imkanı vermez.

Örneklerle somutlaştırırsak bu şart daha iyi anlaşılabilir: Beklenmedik kriz, kira sözleşmesinde kira bedelinin adaletsiz hale gelmesine yol açabilir. Ekonomik kriz ile kira bedelinin ödenmesindeki güçlük arasında nedensellik bağlantısı vardır. Ancak kira sözleşmesinden doğan, kira konusunu özenle kullanma borcuna, ekonomik krizin herhangi bir etkisi yoktur. Bu nedenle, kiracı bedelin ödenmesi dışında kalan, kira sözleşmesinden doğan diğer borçları için uyarlama talep edemez. Grev sonucu mal gecikmeli olarak teslim edilecekse, “grev” ile nedensellik bağı olan aşırı ifa güçlüğü halleri dikkate alınır⁶⁶⁰. Malları korumayarak çürümelerine neden

⁶⁶⁰ Karş. Atamer, *CISG*, s. 475.

olunması durumunda nedensellik bağı kurulamayacaktır; malların geç ifa edilmesi işlem temelinin çökmesi ile açıklanabilirken, bozulmuş olarak ifa edilmesi bununla açıklanamaz. Malların korunmaması nedeniyle çürümesi durum değişikliğinin sonucu değildir. Ortaya çıkan durum değişikliği ile ilgili olmayan ifa eksiklikleri ve aksaklıkları uyarılma kapsamının dışında tutulmalıdır.

Sonuç olarak işlem temelinin çökmüş sayılması için aranan gerekler üç ana başlıkta toplanabilir: İşlem temelini oluşturan durumlarda sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan esaslı bir değişiklik, bu değişikliğin önceden görülemez bir değişiklik olması ve değişen koşullar sonucu sözleşmenin ifasının, bu değişiklik sonucu mağdur olan taraftan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması.

Son olarak şunu belirtmek isteriz ki, işlem temelinin çökmesinin değerlendirilmesinde yukarıda anılan bu gerekler sözleşmenin uyarlanmasında yalnızca yol gösterici niteliktedir. Bu gerekler birebir uygulanacak bir şablon olarak ele alınmamalıdır. Aşağıda daha iyi görüleceği gibi, işlem temelinin çökmesinin gerekleri birbirleri ile çok yakın ilişki içindedirler. Uyarılmanın kabul edildiği ülkelere bakıldığında bazı şartların bazı ülkelerde başka bir şart adı altında arandığı göze çarpmaktadır. Kavramların yakın ilişkisi nedeniyle, somut olayın özelliklerine göre şartlardan birinin eksikliği diğer şartların varlığı karşısında önemsiz kalıyorsa, yine de işlem temelinin çökmesinden bahsedilebilmelidir. Bu yaklaşım irade bozuklukları ve gabinde kabul edilen “kum yığını kuramı”nda da vardır. Bu kurama göre, öğelerden birinin zayıflığı, başka bir öğenin ağırlığı ile kapatılabilir⁶⁶¹. Bu kuram işlem temelinin çökmesi açısından da geçerli olmalıdır. Örneğin spekülasyon işlemlerinde kural olarak risk üstlenilmiş sayılır; ancak somut olaya da bakılmalı ve önceden görülemez değişikliğin yarattığı durum mutlaka değerlendirilmeli, riskin üstlenilmiş olmasına rağmen hakkaniyet gerektiriyorsa sözleşme uyarlanabilmelidir.

Sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin tüm teorilerin aslında son kertede somut olay adaletine ulaşmaya çalıştığı unutulmamalıdır. Son aşamada asıl belirleyici olan dürüstlük kuralıdır. Kişiden beklenebilir özveri eşiğinin (*Opfergrenze*) aşılmış değilse, dürüstlük kuralı ışığında incelenmelidir.

⁶⁶¹ Serozan, **İfa**, § 20 N. 8; Karş. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 39 N. 24.

II. DURUM DEĞİŞİKLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Her türlü durum değişikliğinin sözleşmelerin uyarlanması imkanını vermeyeceği mutlaklıdır⁶⁶². Durum değişikliği esaslı bir değişiklik olmalıdır. Örneğin Alman Federal Mahkemesi bir kararında Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesini ve planlı ekonomiden kapitalist ekonomiye geçişi kural olarak tek başına esaslı bir değişiklik saymamış, bu değişikliğin sözleşmenin bir tarafını ciddi anlamda zora sokması gerektiğini belirtmiştir⁶⁶³. Alman hukukunda hangi tür değişikliklerin sözleşmelerin uyarlanması imkanını vereceği sorusu şu şekilde cevaplanır: İşlem temelini oluşturan hal ve şartlarda esaslı bir değişiklik. Diğer tüm teorilerde en büyük eksiklik, sadece durum değişikliklerinden bahsedilmiş olması ve bununla ilgili herhangi bir belirlemeye gidilmemiş olmasıdır. Her türlü durum değişikliğinin sözleşmelerin uyarlanması imkanı vermeyeceği diğer sistemlerde de belirtilmiş, ancak bunun nesnel bir temele dayandırılmasına çalışılmamıştır⁶⁶⁴. Sadece işlem temelini çökmesi teorisinde bu yapılmış ve taraflardan birinin her durum değişikliğinde sözleşmenin uyarlanmasını isteme imkanı bu şekilde nesnel bir sınırlamaya tabi tutulmuştur.

Türk hukukunda da öğreti ve içtihat her türlü durum değişikliğinin sözleşmenin uyarlanması imkanını vermeyeceği vurgulanmıştır⁶⁶⁵. Bu noktada durum değişikliği bakımından nesnel bir sınırlama kabul edilmeli ve sözleşmelerin uyarlanması için işlem temelini oluşturan durumlarda değişiklik aranmalıdır. Bu nedenle, işlem temelini çökmesi teorisinin Türk hukukunda kabul edilmesinin en önemli getirilerinden biri, işlem temelini tanımlanmaya çalışılması ve işlem temelini oluşturan durumlardaki değişikliklerin dikkate alınmasıdır⁶⁶⁶. Aşağıda ilk olarak Türk hukukunda işlem temelini çökmesi teorisinde işlem temeli kavramına

⁶⁶² Fauvarque-Cosson, **RDC 2004/1**, s. 68.

⁶⁶³ BGHZ 121, s. 378 vd. (s.393).

⁶⁶⁴ PECL'nin sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması ile ilgili maddesi 6:111'in başlığı "durum değişiklikleri"dir. Bu madde başlığı hiçbir teoriye, şarta ve sonuca göndermede bulunmadığından tarafsız bir niteliktedir.

⁶⁶⁵ Arat, s. 95; YHGK 07.5.2003 E. 2003/13-332, K. 2003/340, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁶⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman'a Armağan**, s. 506/507; Serozan, **İfa**, § 20 N. 1-4; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1005; Tandoğan, **C.II**, s. 239.

verilecek anlam üzerinde durulacaktır. Daha sonra da, işlem temelini çökerten durum değişikliğinin özellikleri incelenecektir.

B. İŞLEM TEMELİ OLUŞTURAN DURUMLARDA DEĞİŞİKLİK

1. Türk Hukukunda İşlem Temeli Kavramına Verilecek Anlam

İsviçre-Türk Borçlar Kanunları'nda işlem temeliyle ilgili bir hüküm mevcuttur, bu hüküm temel hatasını düzenleyen hükümdür. BK m. 24/I b.4 hükmüne göre “*Hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibara alınması ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması*” halinde hata esaslı sayılacaktır. Hükümde “işlem temeli” kavramı açıkça yer almamaktadır; “akdin lüzumlu vasıfları” ifadesi kullanılmıştır. Bununla birlikte, öğreti Almanca metinden de yola çıkarak bu hükümde “işlem temeli” kavramının yer aldığını kabul etmektedir⁶⁶⁷. Türk hukukunda temel hatasını düzenleyen bu hükümde yer alan işlem temeli (*élément nécessaire, notwendige Grundlage*) teriminin, Alman işlem temelinin çökmesi öğretisindeki “işlem temeli” kavramı ile birebir örtüşüp örtüşmediğinin belirlenmesi işlem temelinin çökmesinin Türk hukukunda uygulanması bakımından yadsınamaz bir öneme sahiptir. Türk hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi kabul edildiğinde, “işlem temeli” kavramından ne anlaşılması gerektiği, bu kavramın Türk hukukunda, Alman hukukunda işlem temeline verilen anlamdan farklı bir anlam taşıyıp taşımadığı mutlaka cevaplandırılması gereken sorulardır.

Alman işlem temelinin çökmesi öğretisi ile İsviçre-Türk hukukundaki temel hatası düzenlemesi arasında tarihsel bakımdan bir yakınlık vardır. Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin, daha doğrusu bu teorinin doğumuna yol açan *Windscheid*'in “gerek” öğretisinin, İsviçre BK 24/I b.4'e ve bu maddenin oluşmasındaki etkisi tartışılmıştır⁶⁶⁸. Öğretide bazı yazarlar “gerek” (*Voraussetzung*)

⁶⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman'a Armağan**, s. 507; Eren, s. 349; ayrıca Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da açıkça işlem temeli ifadesine yer verilmiştir: *BKT m. 32- Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Ancak yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da alışveriş yaşamındaki dürüstlük ilkelerine uygun olması hâlinde, yanılma esaslı sayılır.*

⁶⁶⁸ Wiegand, **FS Walter**, s. 447/448; Roland Jaton, **L'article 24, chiffre 4, CO, Contribution à l'étude de l'erreur dans le droit positif suisse**, Lausanne, Imprimerie Lausannoise, T, Geneux, 1939, s. 120-127.

ve işlem temelini çökmesi teorisinin BK 24/I b.4'e etkisini açıkça vurgulamıştır⁶⁶⁹. *von Tuhr* da BK 24/I b.4'de yer alan işlem temelini *Windscheid*'in *Voraussetzung* kavramıyla örtüştüğü görüşündedir⁶⁷⁰. Türk hukukunda ise *Edis* temel hatası düzenlemesinin hukuki temeli açısından *Voraussetzung* ve işlem temelini çökmesi teorilerini değerlendirmiş ancak iki teorisinin de, düzenlemenin teorik temelini oluşturmadığı kanaatine varmıştır⁶⁷¹. Öğretide “Gerek” (*Voraussetzung*), “İşlem temeli” (*Geschäftsgrundlage*) ve BK 24/I b.4'te yer alan “sözleşmenin zorunlu vasıfları” (*notwendige Grundlage – zorunlu temel*) kavramlarının farklı olduğunu ve bunların ayrılması için özen gösterildiği de belirtilmiş; buna karşın kavramların yakınlığının açık olduğu gerçeği de vurgulanmıştır⁶⁷². Bu tartışmanın kesin bir sonuca vardığını söylemek mümkün olmasa da, kavramlar arasındaki mantıksal ve tarihsel yakınlık inkâr edilmez⁶⁷³.

Baskın görüş açısından BK 24/I b.4 anlamında bir temel hatasından bahsedebilmek için fiilî duruma ilişkin üç şartın bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁷⁴: Hata, hataya düşen açısından sözleşmeyi yapması için *condictio sine qua non* teşkil eden bir fiilî duruma ilişkin olmalıdır; hataya düşenin söz konusu belirli fiilî duruma ilişkin yanlış tasavvura bu derece önem verdiği, onun bu tasavvuru ile sözleşme arasında bir nedensellik bağı bulunduğu, karşı tarafça bilinmeli veya bilinebilir olmalıdır; hata konusu fiilî durum, tarafların iradesinden bağımsız olarak, nesnel bakımdan sözleşmenin yapılmasında esaslı rol oynayan bir olgu sayılabilmelidir.

Temel hatasındaki fiilî duruma ilişkin unsurları, işlem temelini çökmesindeki işlem temeli kavramı için verilen tanımla karşılaştırsak aslında birbirlerine yakın kavramlar olduğunu görürüz. BK 24/I b. 4'ün esas aldığı işlem temeli kavramı öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır⁶⁷⁵: “Taraflardan birinin ‘onsuz olmaz şart’

⁶⁶⁹ Engel, s. 329/330; karşı. Tandoğan, *Nullité*, s. 235-236.

⁶⁷⁰ Andreas von Tuhr / Emile Thilo, *Partie générale du Code Fédéral des Obligations*, 2.b. Imprimerie Centrale, Lausanne, 1933, (s.259-260).

⁶⁷¹ Seyfullah Edis, *Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata*, Ankara, 1973, s. 41-44.

⁶⁷² Jaton, s. 125/126.

⁶⁷³ Wiegand, *FS Walter*, s. 448.

⁶⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 86/87; Oğuzman/Öz, s. 86-90; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 431; Eren, s. 349-352.

⁶⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Oğuzman'a Armağan*, s. 508.

(*condictio sine qua non*) olarak gördüğü belirli bir duruma ait tasavvuru, karşı tarafça bilinebiliyor ve bu tasavvurun konusu olan olay, iş hayatının görüşlerine ve dürüstlük kuralına göre yeterince önem ve ağırlık taşıyorsa, hukuki işlemin üzerine inşa edildiği temeli oluşturmuş sayılacaktır”. Alman hukukunda işlem temeline ilişkin verilen genel tanımı tekrar etmek gerekirse, işlem temeli “sözleşme içeriğine girmeksizin, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan, mevcut yahut gelecekteki bazı hal ve şartlara ilişkin öyle ortak veya karşı tarafça bilinebilip de itiraz edilmeyen bir taraflı tasavvurlar anlaşılır ki, tarafların işlem iradeleri işte bunlar üzerine inşa edilir”⁶⁷⁶. BK 24/I, b.4’deki işlem temeli, Alman hukukundaki işlem temeli tanımından şu noktalarda ayrılmaktadır⁶⁷⁷: Alman hukukundan farklı olarak burada “ortak veya karşı tarafça itiraz edilmemiş bir taraflı tasavvurlar” ayrımı temel hatasında yapılmamıştır. Alman hukukunda yer almayan “iş hayatının görüşleri ile dürüstlük kuralı” temel hatasının değerlendirilmesi bakımından esas alınmaktadır.

Yukarıda anılan farklılara temel hatasına esas olan işlem temeli kavramının, işlem temelinin çökmesi ihtimali için de geçerli olmasına engel değildir. “*Temel hatasına ilişkin BK m. 24/I b.4 hükmü ile işlem temelinin çökmesine ilişkin kuralların uygulama alanını belirleyen faktör zaman faktörüdür. (...). Aradaki tek fark, söz konusu olayların ne zaman gerçekleştiği ile ilgilidir, yoksa olayların niteliği bakımından bir fark yaratılması söz konusu olamayacaktır.(...)İşlem temeli kavramını, bunu esas oluşturan olayların gerçekleşme anına göre değiştirmek söz konusu olamayacaktır. (...), temel hatasının tespitinde rol oynayan görüşler, işlem temelinin çökmesi halinde de önem taşır*”⁶⁷⁸.

Bu görüşün karşısında yer alan *Arat* ise temel hatası ile işlem temelinin çökmesi arasındaki sadece zamansal bir fark bulunduğunu reddetmektedir. Yazara göre “*hata sebebiyle yapılan iptallerde, hataya düşenin çoğu zaman karşı tarafa bir tazminat ödemesi gerekmektedir. Oysa uyarlamada – sona ermede hakkaniyetin gerektirmesi durumu hariç – böyle bir tazminat söz konusu olmaz. Bu da sözleşmenin diğer tarafı için adil bir çözüm olmaz. (...), öngörülemezlik, edimler arası denge,*

⁶⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 506/507.

⁶⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 508.

⁶⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 511/512; Serozan, **İfa**, § 20 N.1; Serozan, **Oğuzman’a Armağan**, s. 1028.

kusursuzluk gibi diğer kriterler olduğu sürece tekrar bir şart olarak değişikliğin BK m. 24/I b.4'deki esaslı temel hatası ağırlığına ulaşmasına gerek yoktur"⁶⁷⁹. Bu görüşün zayıf noktası iki kurumu nitelik bakımından değil öngörülen sonuçlar bakımından karşılaştırmasıdır. Nitekim iki kurum arasındaki sonuç farkı sadece tazminat talebinden ibaret değildir; birinin sonucu uyarılma iken diğerininki iptal edilebilirliktir. Bununla birlikte olayların niteliği bakımından bir fark bulunmamaktadır, sözleşmenin kuruluşu esnasında var olan ve temel hatasına yol açabilecek bir durum sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkarsa pekâlâ işlem temelinin çökmesine yol açabilir.

Türk hukukunda temel hatasına esas olan işlem temeli kavramının, işlem temelinin çökmesi teorisinde yer alan işlem temeli kavramına esas oluşturacağı görüşü birçok yönden en isabetli görüştür. Öncelikle bu görüşün kabulü, Alman hukukunda "işlem temeli" kavramı için yapılan ve somut sonuca ulaşmamış birçok tartışmanın Türk hukukuna taşınmasını engelleyecektir⁶⁸⁰. Bunun yanı sıra, Türk hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi açısından var olan bir işlem temeli kavramını yok saymak tutarsızlık yaratacaktır. Sözleşmenin kurulması esnasından var olan temel hatasının saptanmasında dikkate alınacak işlem temeli ile, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak durum değişiklikleri sonucu işlem temelinin çöküp çökmediğinin araştırılmasında dikkate alınacak işlem temeli kavramları arasında fark yaratmak, aynı kavramı farklı kalıplara sokmaya çalışmaktan başka bir anlam taşımaz. Kaldı ki, temel hatası düzenlemesi ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ayrımın kronolojik bir ayrım olduğu kabul edilmektedir. Sadece kronolojik bir ayrımın söz konusu olduğu iki hukuki kurum arasında da kavramsal farklılıklara gitmenin yeri ve gereği yoktur.

Bir örnekle somutlaşırsak: En yakın arkadaşına düğün hediyesi almak için bir kuyumcuyla anlaşan A, kuyumcu B'den düğünün yapılacağı yere hediye yüzüğü göndermesini ister ancak anlaşma kurulduğunda düğün çoktan iptal edilmiştir ama A bunu bilmemektedir ve temel hatasına düşmüş sayılabilir, bunun için düğünün yapılacak olması işlem temeli sayılmalıdır. Anlaşmanın kurulmasından sonra

⁶⁷⁹ Arat, s. 104.

⁶⁸⁰ karşı. Hatemi, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık**, s. 197/198, dn. 78, yazara göre de, işlem temeline BK 24/I b. 4'deki anlamında yer verilmeli ve Alman hukukundaki işlem temeli görüşünün muğlak akımlarına karşı Türk hukukunun sınırları kapatılmalıdır.

düğünün iptal edilmesi halinde de işlem temeli çökmüş sayılacaksa işlem temeline verilecek anlam farklı olamaz; işlem temeli bu durumda da yine düğünün yapılacak olmasıdır. İki halde de belirlenmesi gereken, düğünün yapılacak olmasının, alışveriş yaşamındaki nesnel iyi niyet kuralları gereğince, hediye yüzüğün alımına ilişkin kurulan sözleşmenin temelini teşkil edecek bir durum sayılıp sayılmayacağıdır.

Önemli olan, ilk aşamada bir durumun işlem temelini teşkil edip etmediğinin belirlenmesidir. Bu yapıldıktan sonra işlem temelini çöküp çökmediği diğer şartların varlığı araştırılarak belirlenecektir. İşlem temeli ağırlığı taşıyan bir durum söz konusu değilse, bu durumdaki değişikliğin ne temel hatası düzenlemesi açısından ne de işlem temelini çökmesi açısından hukuki bir önemi olacaktır.

Son olarak işlem temelini oluşturan durumlara verilen bazı örneklerle işlem temeli kavramının somutlaştırabiliriz: A, sinema işletmecisi B'den bir film gösterimi için bilet satın almıştır, daha sonra bu filmin gösterimi yasaklanmıştır. "Film gösterimi" olgusu sözleşme içeriğine dahildir. Bu olayda B imkansızlık nedeniyle borcundan kurtulacak, A ise haksız zenginleşme hükümlerine göre parasını geri alacaktır. Oysa, taç giyme törenini izlemek için astronomik fiyata kiralanan balkon örneğinde durum böyle değildir, zira "törenin gerçekleşmesi" borçlanılmış değildir, yani sözleşmenin içeriğine dahil değildir⁶⁸¹. Üstüne denklik parası verilerek eski taşıt aracını satıcıya bırakıp yeni araç alan bir müşteri, eski aracını kusuru olmadan teslim edemeyecek duruma gelirse (araç park yerinden çalınmış), burada da işlem temeli çökmüş sayılabilir⁶⁸². Olayda taraflarca izlenen amaç düşünüldüğünde, kullanılmış eski aracın teslimi ve hesaptan düşülmesi işlemin temelini oluşturmaktadır⁶⁸³.

2. Durum Değişikliğinin Esaslı Sayılacağı Başlıca Haller

a) Genel Olarak

İşlem temelini oluşturan bir durum olsa da, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelecek her değişiklik sözleşmenin uyarlanması imkanını vermez. Bu

⁶⁸¹ Brox/Walker, § 27 N.6.

⁶⁸²Serozan, **İfa**, § 20 N. 9; karşı. Rona Serozan, "Atipik Sözleşmelerde Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol-İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası", Prof. Dr. **Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. II, Ed. Abuzer Kendigelen, Beta, İstanbul, 2002, s. 1223-1232.

⁶⁸³ Burada eski aracın tesliminin sözleşmenin içeriğine dahil olduğu ve bu nedenle imkansızlık hükümlerinin de uygulanacağı düşünülebilir.

değişiklik esaslı bir değişiklik olmalıdır. Değişikliğin esaslı olduğu işlem temelinin çökmesi halleri üç ana grupta toplanabilir⁶⁸⁴. Bu haller, edimler arası dengenin sarsılması, aşırı ifa güçlüğü ve işlem ile izlenen amacın boşa çıkması halleridir⁶⁸⁵.

Borçlar Kanunu Tasarısı m. 137'de bu hallerden sadece aşırı ifa güçlüğü düzenlenmiştir. Karşılıklı sözleşmelerde edimler arası dengenin sonradan bozulması veya sözleşme ile izlenen amacın sonradan boşa çıkması madde kapsamına alınmamıştır. Bu da haklı olarak öğretilerde eleştirilmiştir⁶⁸⁶.

b) Edimler Arasındaki Dengenin Sarsılması

Edim ve karşı edim arasındaki dengenin bozulması hali (*Äquivalenzstörung*), işlem temelinin çökmüş sayıldığı hallerden ilk akla gelendir. Ancak bu halden bahsedebilmek için, edim ve karşı edim ilişkisi, yani iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olmalıdır⁶⁸⁷. İki taraflı sözleşmelerde sonradan ortaya çıkan ve önceden görülemeyen ilişkiler nedeniyle aşırı bir orantısızlığın var olması durumunda edimler arası dengenin sarsılması söz konusu olur⁶⁸⁸.

Bazı yazarlar sözleşmelerin uyarlanması hususunda sadece bu olasılığı dikkate alırlar⁶⁸⁹. Uyarılmanın sadece bu olasılığa inhisar edilmesi, beraberinde buna bağlı birçok sonuç getirir. Öncelikle edim ve karşı edim arasındaki dengesizlikten bahsedildiği için, edim ve karşı edim ilişkisini barındırmayan hukuki ilişkilerin uyarlanması kabul edilmeyecektir (örneğin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler, kefalet sözleşmesi)⁶⁹⁰. Edimler arası dengenin bozulması, sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından geçerli olacağından, diğer sözleşmelerin uyarlanması bakımından yeterli bir ölçüt sunmamaktadır⁶⁹¹.

Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması sıklıkla ekonomik krizler sonucu edimler arasındaki dengenin bozulmasında gündeme gelmiştir. Son yıllarda işlem

⁶⁸⁴ Jauernig/Stadler, § 313 BGB, N: 16.

⁶⁸⁵ **BT-Drucks 14/6040**, s. 174; Emmerich, § 27, N. 22; Jauernig/Stadler, § 313 N. 16-18; Peter Schlechtriem, **Schuldrecht, AT**, 5.b, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, N. 414-417; Lorenz/Riehm, N. 401-405.

⁶⁸⁶ Serozan, **HPD 2006/6**, s. 46.

⁶⁸⁷ Germar Brockmeyer, **Das Rechtinstitut der Geschäftsgrundlage aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts**, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1993, s. 100.

⁶⁸⁸ Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 16.

⁶⁸⁹ Gürsoy, s. 119.

⁶⁹⁰ Nitekim bkz. Gürsoy, s. 148. Yazar tek taraf için borç doğuran sözleşmelerin uyarlanmasını, karşılıklı bir edim ilişkisi olmaması nedeniyle reddetmektedir.

⁶⁹¹ Dural, **İmkansızlık**, s. 69.

temelinin çökmesi hususundaki içtihat sayısındaki artış, yaşanan iki önemli ekonomik krize bağlıdır. Bunlardan ilki 1994, diğeri ise 2001 ekonomik krizleridir. Bu ekonomik krizler sonucu, sözleşmede edimler arasındaki denge bozulmuş ve mağdur taraf, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep etmiştir⁶⁹².

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, ekonomik krizlerin sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin teorilerin doğmasına ve gelişmesine katkısı açıkça görülür. Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi uygulanmasını, 1920'lerdeki ekonomik kriz sağlamıştır⁶⁹³. BGB hazırlayıcılarının, kanuna düzenleme olarak koymayı reddettiği sözleşmelerin uyarlanması, hemen ertesindeki ekonomik krizle beraber içtihatla uygulanmıştır⁶⁹⁴.

Ekonomik krizin ne zaman sözleşmelerin uyarlanması imkanı vereceği ise, içtihat ve öğretide tartışılmıştır. Para değerindeki her düşüşün edimlerin uyarlanması imkanını sağlayamayacağı öğretide haklı olarak belirtilmiştir⁶⁹⁵. İchtihatlarda da, özellikle ekonomik krizlerin önceden görülemezlik şartını her zaman gerçekleştirmediği noktası üzerinde durulmuştur⁶⁹⁶. Para borçlarında geçerli nominalizm ilkesi gereğince de, para alacaklısının enflasyon riskini taşıması gerekmektedir⁶⁹⁷. Bununla birlikte, özellikle ülkemizde son dönemde yaşanan türdeki ekonomik krizlerin sözleşmeyi uyarlama imkanı vereceği konusunda şüphe yoktur.

Edimler arasındaki dengenin bozulması, edimin değerinin yükselmesinden kaynaklanabileceği gibi, edimin değerinin önceden görülemez gelişmeler sonucu düşmesinden de kaynaklanabilir⁶⁹⁸. Petrol krizinin patlak vermesi sonucu,

⁶⁹² 1994 krizinin etkileri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 13.

⁶⁹³ Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1058.

⁶⁹⁴ İşlem temelinin çökmesi teorisinin kabul edildiği ilk karar *Vigognespinnereifall* olarak adlandırılan karardır, RGZ 103, s.328 vd.; ayrıca bkz. RGZ 100, s. 129 vd. (s. 130); Eidenmüller, **Jura 12/2001**, s. 825; Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1058.

⁶⁹⁵ Jacques Droin, "Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil suisse", **Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels (Journées d'Istanbul), Travaux de l'Association Henri Capitant**, t. XXIII, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 547-583 (s. 566).

⁶⁹⁶ YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599; YHGK 07.5.2003 E. 2003/13-332, K. 2003/340; Y. 13. HD. 28.6.2004, E. 2004/2610, K. 2004/10082, Y. 13. HD. 23.9.2003, E. 2003/5912, K. 2003/10490, Y. 13. HD. 3.7.2003, E. 2003/4607, K. 2003/9022, Y. 13. HD. 10.6.2003, E. 2003/3622, K. 2003/7636,(Kazancı Mevzuat ve İchtihat Bankası); YHGK., 18.4.1984 T., E. 11-139, K.426 (Uygur, **m. 117**, s. 4029 -4030); Y. 15. HD., 2.6.1987 T., E. 26, K.2433 (Uygur, **m. 117**, s. 4031/4032).

⁶⁹⁷ Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1059; Serozan, **İfa**, § 20 N. 7.

⁶⁹⁸ Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1061.

Ortadoğu'dan tankerle petrol taşıyan taşıyıcının ediminin değeri, sözleşmenin kurulması aşamasına göre önemli ölçüde artmış olabilir⁶⁹⁹. Kira sözleşmelerinde de kiralanan yerin değeri sözleşmenin kurulmasından sonraki gelişmeler sonucu oldukça artmış, sözleşmenin kurulmasında kararlaştırılan bedel oldukça düşük kalmış olabilir. Bu olasılıklarda da, edimler arasındaki dengenin bozulması söz konusudur.

Edimin değerinin yükseldiği her olasılıkta, işlem temelinin çöktüğünü iddia etmek mümkün değildir. Örneğin, bir alışveriş merkezinde normal bir bedelle dükkan kiralayan bir kişi, işletmesine çok müşteri çekiyor diye kiralayan tarafından bedelin uyarlanmasını talep etme, işletmenin başarısını cezalandırma anlamı taşıyabilir⁷⁰⁰.

Ekonomik krizler Türk hukukunda edimler arası dengenin bozulmasına yol açan başlıca gelişmeler olsa da, Yargıtay uygulamasına bakıldığında, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan başka değişikliklerin de edimler arasındaki dengenin bozulmasına neden olabileceği görülmektedir. Yargıtay, yakın tarihli bir kararında, orman idaresi ile bir ticari şirket arasında akdedilen, ormanlık alanın belli bir süre için tahsisine ve bu alanda belli yatak kapasiteli bir tesisin kurulmasına ilişkin bir sözleşmede, yatak kapasitesi ve kullanılan alanın artırılması sonucu edimler arası dengenin bozulduğuna ve bu sözleşmenin değişen yeni şartlara uyarlanmasına karar vermiştir⁷⁰¹.

c) Aşırı İfa Güçlüğü

Aşırı ifa güçlüğü, edimin imkansızlaşmamasına rağmen borçlunun borç ilişkisi ile bağlantısını koparacak ağır çabalarla edimini ifa edecek olması halinde söz konusu olur⁷⁰².

Aşırı ifa güçlüğü ile edimler arasındaki dengenin bozulması şeklinde işlem temelinin çökmesi halleri birbirine yakındır. Gerçekten aşırı ifa güçlüğü'nün ortaya çıktığı pek çok durumda, edimler arası denge de bozulmuş olacaktır⁷⁰³. Bununla

⁶⁹⁹ Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1059.

⁷⁰⁰ Rösler, **JuS 2005/1**, s. 29.

⁷⁰¹ Y. 14. H.D., 06.07.2007, E: 2006/4025, K: 2006/8017, YKD, Nisan 2007, s. 698-701.

⁷⁰² Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 17.

⁷⁰³ Lorenz/Riehm, N. 402; Peter Jung, **Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, s. 20 vd.

birlikte, bu iki hal birbirleriyle her zaman birebir örtüşmez. Aşırı ifa güçlüğü, anlaşılacağı gibi sadece borçlunun başvurabileceği bir işlem temelinin çökmesi hali iken edimler arasındaki dengenin bozulması halinde, hem borçlu hem de alacaklı sözleşmenin uyarlanmasını talep eden mağdur taraf olabilecektir. Nitekim aşırı ifa güçlüğü halini dikkate alan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 137. maddesi, sözleşmenin uyarlanması imkanını sadece borçluya tanımıştır.

Aşırı ifa güçlüğü hali ilk olarak ekonomik imkansızlık çatısı altında değerlendirilerek çözüme kavuşturulmaya çalışılmış; daha sonra ise bu soruna işlem temelinin çökmesi öğretisi çerçevesinde yaklaşılmıştır⁷⁰⁴. Bununla birlikte aşırı ifa güçlüğü türünde işlem temelinin çökmesi ile imkansızlık arasındaki sınırlar zaman zaman oldukça siliktir⁷⁰⁵. Aşırı ifa güçlüğü konusundaki bu zorluğu açıklayan klasik örnek, sözleşme ile ifası kararlaştırılmış ama sözleşmenin kurulmasından sonra denize düşen yüzük örneğidir, yüzüğün ifasının aşırı derecede güçleşmesinden mi yoksa imkansızlaşmasından mı bahsedilecektir⁷⁰⁶? Alman hukukunda öne sürülen bir görüşe göre bu konuda seçim hakkı borçluya ait olmalıdır: Borçlu ister imkansızlık hükümlerine isterse işlem temelinin çökmesine dayanabilecektir⁷⁰⁷.

Aşırı ifa güçlüğü hallerinin pratikteki önemi, aslında o kadar büyük değildir. Zira birçok durumda ifadaki güçlükler para ile aşılabilecek nitelikte olacaktır. Para borcunun ifasında da, paranın tedarik edilmesinde bir güçlükten bahsedilemeyecektir. Yukarıda verilen yüzük örneğinde olduğu gibi paranın bulunması aşırı derecede güçleşmez. Sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğü riskini kural olarak borçlu taşıyacaktır. Özellikle satım sözleşmesinde, satıcı bakımından kendini gösterir. Satıcı, çeşit borcunda, satım sözleşmesinde ifası kararlaştırılan malı piyasadan temin etmekle yükümlü olacaktır. Bu durumun istisnaları düşünülebilir: Örneğin malın piyasadan tamamen çekilmesi hali⁷⁰⁸. Ancak görüldüğü gibi aşırı ifa güçlüğünün işlem temelinin çökertmesi için, deyim yerindeyse, neredeyse ifanın imkansızlaşması gerekmektedir. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü yerine edimler arasındaki dengenin bozulması türünde işlem temelinin çökmesine dayanılması daha

⁷⁰⁴ Emmerich, § 28 N. 25.

⁷⁰⁵ Lorenz/Riehm, N. 402.

⁷⁰⁶ Rösler, **JuS** 12/2004, s. 1060.

⁷⁰⁷ Emmerich, § 28 N. 25.

⁷⁰⁸ Emmerich, § 28 N. 27.

akılcı olacaktır. Edimler arasındaki dengenin bozulması türündeki işlem temelinin çökmesi bu nedenle uygulamada daha çok karşımıza çıkacaktır.

Aşırı ifa güclüğü ile ilgili yukarıdaki belirlemelerimizden çıkan sonuç, BKT m. 137'nin sadece bu hali dikkate alarak düzenlenmiş olmasının yanlış olduğudur. Aşırı ifa güclüğü sadece borçlu için söz konusu olabilir ve uygulanma olasılığı işlem temelinin çökmesinin diğer hallerine göre daha düşüktür. İfanın güçleşmesinden bahsedilmesi için, daha sıkı ölçütler her zaman aranacaktır. Oysa, edimler arası dengenin bozulmasında veya sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkmasında, ifa güçleşmiş mi diye araştırılmaz, dengenin ne derece bozulduğuna amacın ne derece boşa çıktığına bakılır. Bu halleri birbirlerinden ayırt etmek hem teorik hem de pratik bakımdan son derece önemlidir.

d) Sözleşme ile İzlenen Amacın Boşa Çıkması

İşlem temelinin çökmesi hallerinden sayılan sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hali (*Zweckstörung*), belki de en çok tartışılan ve Alman hukuku dışında çoğunlukla kapsam dışı bırakılan işlem temelinin çökmesi halidir⁷⁰⁹. Bu durumda, önceden görülemeyen değişiklikler nedeniyle sözleşmenin amacının ifanın mümkün olmasına rağmen artık ulaşılmaz hale gelmektedir⁷¹⁰.

Sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması ile ilgili en önemli örnek İngiliz hukukundaki taç giyme davalarıdır⁷¹¹. Bu davalar İngiliz hukukunda *frustration* teorisinin doğumuna neden olan başlıca davalar olmanın yanında, diğer ülkelerdeki uyarılama teorilerinde, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması olasılığında sözleşmenin uyarlanmasına da temel örnek oluşturmuştur⁷¹². Bu nedenle, bu davaların etkisi İngiliz hukuku ile sınırlı kalmamıştır.

Sözleşme ilişkisinde, tarafların sözleşmeyi kurarken sözleşmenin içeriğinde yer almayan, ancak sözleşmenin kurulmasında önemli rol oynayan bazı amaçlar olabilir. Örneğin taç giyme davalarında olduğu gibi, önemli bir töreni izlemek üzere tören alanına bakan balkonun kiralanmasında, sözleşme kira bedeli karşılığında kiralanana kullanmak üzere kurulmuştur. Töreni izlemek, sözleşmenin kurulmasında rol

⁷⁰⁹ Arjantin Medeni Kanunu Tasarısında sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hali ayrı madde ile düzenlenmiş (Arjantin MK Tasarısı m. 1059).

⁷¹⁰ Jauernig/*Stadler*, § 313 BGB N. 18.

⁷¹¹ Schlechtriem, N. 417; Brockmeyer, s. 102; Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1062.

⁷¹² Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s.42/43.

oynayan önemli bir amaç, daha doğrusu işlem temelidir. Törenin iptali halinde bu amaç anlamsızlaşacak, boşa çıkacak, edim alacaklısı açısından ifası mümkün olan edim tüm anlamını yitirecektir⁷¹³. Deniz kıyısında tatil olanağından denizde meydana gelen ani bir petrol kirliliği nedeniyle faydalanmayan kişinin artık otel odasından beklediği faydayı sağlayamaması da bu duruma başka bir örnektir⁷¹⁴.

İfası mümkün ancak anlamını yitirmiş bu edimin işlem temelinin çökmesi uyarınca uyarlanıp uyarlanamayacağı oldukça tartışmalı bir noktadır. Gerçekten de sözleşme ile izlenen amacın işlem temeli oluşturması mümkündür. Bununla birlikte, sözleşme ile izlenen her türlü amaç işlem temeli oluşturacak ağırlıkta değildir⁷¹⁵.

İsviçre’de baskın görüş, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması durumunda sözleşmenin uyarlanmasını kabul etmemektedir⁷¹⁶. Bu tür olaylara temel hatası, imkansızlık ve özel hükümler yoluyla çözüm bulmaktadır. Fransız hukukunda ise, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması durumunda hata düzenlemeleri gündeme gelir⁷¹⁷. Sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halinde, özellikle temel hatası düzenlemesi akla gelebilir⁷¹⁸. Özellikle İsviçre hukukunda temel hatası düzenlemesinin belli şartlarda gelecekteki olgularda yanılmayı da kapsayabileceği görüşü, amacın boşa çıkması hallerine temel hatası düzenlemesinin uygulanması için gerekli temeli sağlamaktadır⁷¹⁹. Bizim görüşümüze göre gelecekteki olgular söz konusu olduğunda hiç bir ayırım yapmaya gerek olmadan sadece işlem temelinin çökmesi gündeme gelebilir.

Federal Mahkeme’nin önüne gelen bir olayda, davacı, evlenirken eşinin anne ve babasına taşınmazında bu sükna hakkını tanımış ancak evlilik belli bir süre sonra beklenmedik bir şekilde sona ermiştir; sükna hakkı tanıyan eş taşınmazını sükna hakkından kurtarmak istemiştir⁷²⁰. Bir başka örnekte nişanlısına ömür boyu intifa

⁷¹³ Gülekli, s. 60.

⁷¹⁴ Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 18.

⁷¹⁵ Mustafa Dural, “Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler”, **BATİDER 1975**, s.907-936, (s. 914).

⁷¹⁶ Bischoff, s. 199 vd. (özellikle s. 203). *Jäggi/Gauch*, sözleşmenin uyarlanmasının edimler arası dengenin bozulması (*Äquivalenzstörung*) halinden başka nedenlerle de mümkün olabileceğini belirtmiştir Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 687; Gauch/Schmidt/Schlupe/Rey, N. 1301; k.g. **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N.212.

⁷¹⁷ Jung, s. 152.

⁷¹⁸ Gülekli, 60-62; karşı. Sulzer, s. 215.

⁷¹⁹ Gülekli, s. 61/62.

⁷²⁰ BGE 82 II 332 (www.bger.ch, çevrimiçi, 16.03.2006).

hakkı tanıyan bir kişi sonradan nişanın bozulmasıyla bu intifa hakkını sonlandırmak istemektedir⁷²¹. Başka bir örnekte de, bir binanın lokanta olarak işletilmek üzere satın alınması söz konusudur, satıştan sonra idare beklenmedik biçimde işletme ruhsatını vermeyi reddetmiştir. Tüm bu olasılıklarda temel hatası düzenlemesinin belli şartlarda gelecekteki olgularda yanılmayı da kapsayabileceği görüşüne göre burada taraflar BK m. 24/I b.4'e dayanabilecekler ve temel hatasına düşmüş olma sebebiyle sözleşmeyi iptal edebileceklerdir⁷²². Bizim görüşümüze göre ise burada sözleşme ile izlenen amacın ortadan kalkması türünde bir esaslı durum değişikliği vardır. Bu nedenle de bu örneklerde işlem temelinin çökmüş sayılacağı kabul edilip, sözleşme dar anlamda uyarlanmalı, somut olayın özellikleri gereği bu mümkün değil ise sona erdirilmelidir.

Sözleşme ile izlenen amacın ortadan kalkması, sözleşme ile izlenen amacın düşmesi veya ifa dışı yoldan gerçekleşmesi olasılıkları ile karıştırılmamalıdır⁷²³. Kurtarılacak geminin kendiliğinden yüzmesi örneğinde olduğu gibi, bu durumda amaç ifa dışı yoldan gerçekleştiği için olsa olsa imkansızlıktan bahsedilebilir⁷²⁴. Sözleşme ile izlenen amacın ortadan kalkması ise imkansızlıktan farklıdır; zira amacın boşa çıkması durumunda, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler karşısında edimin ifası imkansızlaşmamış edim, sadece anlamını yitirmiştir⁷²⁵. Nikah için satın alınan yüzüğün, törenin iptali durumunda, alıcı açısından anlamsızlaşması buna örnektir⁷²⁶. Tören alanına bakan pencerenin astronomik bedelle kiralanması durumunda törenin iptalinde de imkansızlık söz konusu değildir; zira kiralanmış odanın kullanımı mümkündür, ayrıca törenin yapılması sözleşmenin içeriğine dahil bir edim yükümlülüğü olmadığı için imkansızlık mekanizması devreye girmez⁷²⁷. Bu olasılıklarda, olsa olsa işlem temeli çökmüş sayılabilir.

Alman hukukunda kırklı yıllardan beri işlem temelinin çökmesi teorisi ile çözüm üretilen bu durum daha önceleri sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla çözüme

⁷²¹ Schönle, s.414.

⁷²² Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman'a Armağan**, s. 509.

⁷²³ Gülekli, s. 60.

⁷²⁴ **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 213; Brockmeyer, s.101; Jung, s. 162.

⁷²⁵ Emmerich, § 28 N. 43;

⁷²⁶ Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1**, [kıs. Bamberger/Roth/İşleyen], Beck, München, 2003, § 313 BGB, N. 64.

⁷²⁷ Rösler, **JuS 12/2004**, s. 1062.

bağlanmaktaydı⁷²⁸. Alman hukukunda bugün baskın görüş, işlem temelini çökmesi hallerinden biri olarak sayılan sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halinde uyarılmanın mümkün olduğu yönündedir⁷²⁹. Alman işlem temelini çökmesi teorisinin bu hali kapsadığı, bizzat *Bischoff* tarafından da belirtilmiş ve hatta İsviçre hukukunda işlem temelini çökmesi teorisinin kabul edilmemesinin gerekçesi olarak değerlendirilmiştir; zira yukarıda belirttiğimiz gibi işlem temelini çökmesi teorisi İsviçre’de kabul gören bir teori değildir⁷³⁰.

İşlem temelini çökmesi için mutlaka olağanüstü bir olayın varlığını arayan sosyal felaket görüşü de doğal olarak kişisel amaçların boşa çıkmasını dikkate almayacaktır. Sözleşme ile izlenen öznel amaçların boşa çıkması kural olarak olağanüstü bir durum kabul edilmeyeceğinden işlem temelini çökmesi mümkün görülmemektedir. Oysa aşağıda görüleceği gibi, günümüzde ağırlık kazanan görüş işlem temelini çökmüş sayılması için olağanüstü bir durum değişikliğini aramamaktadır.

Amacın boşa çıkması olasılığında dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da, bu amacın sözleşmenin içeriğine dahil olmaması gereğidir. Eğer bu amaç sözleşmede yer alıyor ise artık sorun sözleşme dahilinde çözümlenmelidir⁷³¹. Taç giyme davalarında, törenin izlenmesi, sözleşmenin içeriğine dahil bir unsur olmadığından, işlem temeli sayılabilmektedir. Film gösterimi için sinema bileti alınmasından sonra filmin gösterilmemesi durumunda ise artık işlem temelini çökmesinden değil sözleşme dahilinde çözülecek bir sorundan bahsedilir. Zira filmin gösterimi sözleşmenin içeriğine dahil olduğundan işlem temeli sayılamaz.

Ulusalüstü düzenlemelerde, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halinin sözleşmenin uyarlanması imkanı verip vermeyeceği noktası açık değildir. PICC’nin *hardship* hükmünün lafzı sadece edimler arası dengenin bozulması halinin uyarılma imkanı vereceği izlenimi vermektedir. PICC’nin 6.2.2. maddesine göre *hardship*’ten bahsedilebilmesi için edimlerin dengesini temelden sarsan olayların ortaya çıkması gerekir. Madde metninde, edimlerin dengesinin sarsılması halinin, *borçların ifası için yapılacak masrafların yükselmesi veya karşı edim değerinin düşmesi sonucunu*

⁷²⁸ Jung, s. 156/157.

⁷²⁹ Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 18; Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 35.

⁷³⁰ Bischoff, s. 201/202.

⁷³¹ Müller-Chen, s. 277;

doğuracak şekilde ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Edimlerin dengesinin temelden sarsılmasının sadece bu olasılıklarla sınırlı olup olmadığı tartışılmıştır⁷³². Resmi yorumda verilen örneklere bakılacak olursa sadece edimler arasındaki dengenin bozulması halinin değil, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halinin de düzenleme kapsamında olduğu anlaşılmaktadır⁷³³. Resmi yorumda karşı edimin değerinin ciddi şekilde düşmesi ile ilgili bölümde, bu durumun edimin durum değişikliği ile birlikte alacaklı için artık hiçbir değer taşımaması halini de kapsadığı belirtilmiştir⁷³⁴. Edimlerin değerinin ciddi şekilde düşmesi veya hiç kalmamasının iki şekilde ortaya çıkacağı belirtilmiştir: Pazar şartlarındaki radikal değişimler (enflasyonun yükselmesi gibi) ve sözleşmenin amacının ortadan kalması (bir binanın inşaatı için alınmış arazide inşaat yapmanın yasaklanması veya bazı malların ithalatının yasaklanmasıyla ithalat amacıyla alınan malların durumu). Bununla birlikte sözleşmenin amacının ortadan kalkması durumunun edimler arasındaki dengenin bozulması ile ilgisi olmadığı, öğretide, haklı olarak belirtilmiştir. Bu gibi olasılıklarda ortaya çıkan durum değişikliği, borçların ifasını değil, sözleşme taraflarının temel amaçlarını etkilemiştir⁷³⁵.

Hardship kavramının tanımı, edimler arası dengenin bozulması dikkate alınarak verilmiştir, ancak, *hardship* bunun dışında da gündeme gelir. Sözleşme, taraflar için edimler arası dengesini kaybetmese bile, ekonomik yararını kaybedebilir. Bu durumun, yorumda birçok defa anılmasına rağmen madde metninde yer almaması, eksiklik olarak değerlendirilmiş ve maddenin uygulanması ile ilgili tereddütler doğuracağı ve metnin gözden geçirilmesi esnasında bunun düzeltilmesi gereği vurgulanmıştır⁷³⁶.

⁷³² Marcel Fontaine, “Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure”, **Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT**, [kıs. Contratti], Ed. Michel Joachim Bonell, Giuffrè, Milano, 1997, s. 183-191 (s.184). Prado, **Diritto del commercio internazionale 1997**, s.366.

⁷³³ *Unidroit* ilkelerini, ilkelerin ayrılmaz parçası olarak kabul edilen resmi yorumlarıyla dikkate almak gerekir, Prado, **Diritto del commercio internazionale 1997**, s. 359. Yazar, bunu kabul etmekle birlikte, madde yorumlarının madde katına çıkarılmasının bazı sakıncalarına işaret ederek, yorumların yol gösterici olduğunu, metne dahil olsalar bile bağlayıcı güçlerinin olmadığını vurgulamaktadır.

⁷³⁴ Commentaire officiel 2 b)

⁷³⁵ Prado, **Diritto del commercio internazionale 1997**, s. 365; Maddenin hazırlık aşamalarında aksi görüş açıkça belirtilmiştir. Buna göre söz konusu olasılıklarda sözleşmenin edim dengesi bozulmaktadır, Maskow, **Draft**, s.4.

⁷³⁶ Prado, **Diritto del commercio internazionale 1997**, s.366.

C. DURUM DEĞİŞİKLİĞİNİN TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER

1. Genel Olarak

İşlem temelini oluşturan durumlarda değişikliğin işlem temelini çökmesine yol açabilmesi için bu değişikliğin bazı özellikleri üzerinde durulmalıdır. Türk hukukunda bu özellikler bakımından önemli ve zengin tartışmalar vardır. Durum değişikliğinin en önemli özelliği bu değişikliğin önceden görülemez olmasıdır. Bu özelliğin önemi nedeniyle önceden görülemezlik ayrı bir başlık altında aşağıda incelenecektir. Durum değişikliğinin bir başka önemli özelliği de, bu değişikliğin ortaya çıkmasında mağdur olduğunu iddia eden tarafın payının bulunmaması, bu değişikliğin ona isnat edilmemesidir. Oldukça tartışmalı olan noktalar ise durum değişikliğinin olağanüstü nitelikte bir değişiklik olmasına gerek olup olmadığı noktasındadır.

Tüm bu özelliklerinin yanında durum değişikliklerinin, kendinden anlaşılır bir diğer özelliği, bu değişikliklerin sözleşmenin kurulması anından sonra ortaya çıkması gereğidir (*critère de postériorité*)⁷³⁷. Sözleşmenin kurulması esnasında var olan ama tarafların bilmedikleri gelişmeler, ancak irade sakatlığı hallerine yol açar⁷³⁸. Sözleşmenin kurulması anında var olan bir dengesizliğe, sözleşmenin kurulmasından sonra işlem temelini çökmesi iddiası ile dayanılmaz. Örneğin, bir müteahhit sözleşmenin kurulmasından sonra, bina inşasının temel atımı sırasında hesaba katmadığı büyük kayaların ortaya çıkması durumunda, sözleşmenin uyarlanmasını isteyemez. Zira bu kayalar sözleşmenin kurulması esnasında vardır ancak ifa sürecinde fark edilmiştir⁷³⁹. Bu nedenle bu olasılıkta ancak irade bozuklukları hallerinin uygulanması akla gelebilir. Durum değişikliğinin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması gereği, işlem temelini çökmesi ile gabin, temel hatası gibi düzenlemeler arasındaki sınırı da belirler.

⁷³⁷ *Commentaire Romand/Winiger*, art. 18 CO N. 197; Arat, s. 95; BGE 97 II 390, 398 (www.swisslex.ch).

⁷³⁸ Abas, s.283; Tercier, *JdT 1979 I*, s.208

⁷³⁹ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 328.

2. Olağan Durum Değişikliklerinin İşlem Temelinin Çökmüş Sayılmasına Yeterli Olması

İşlem temelini çökertecek bir durum değişikliği düşünüldüğünde, ilk akla gelen, sel, deprem, olağanüstü ekonomik kriz gibi olağanüstü olaylara ilişkin örneklerdir. Durum değişikliği ile ilgili olarak böyle bir sınırlamaya gidilmesi konusunda ise, öğretide ve uygulamada önemli tartışmalar bulunmaktadır⁷⁴⁰.

Öğretide bu soruna ilişkin başlıca iki yaklaşım vardır: Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının söz konusu olabilmesi için sosyal felaket niteliğinde olağanüstü bir olayın varlığını arayan görüş ve bu nitelikte bir olayın varlığına gerek olmadığını savunan görüş⁷⁴¹.

Önceden görülemez olay için genelde olağanüstü nitelikte bir olaydan bahsedilir ve öğretide önceden görülemezlik ve olağanüstü nitelikte olay gereği birlikte değerlendirilir⁷⁴². Fransız emprevizyon teorisinde önceden görülemez olayın olağanüstü bir olay olması gerekmektedir. Hatta olay o denli olağanüstü nitelikte olmalıdır ki, aşırı ifa güçlüğüne değil de, imkansızlığa yol açsaydı mücbir sebep kapsamında değerlendirilebilmelidir⁷⁴³. Bizim görüşümüze göre, sonradan meydana gelen değişikliğin olağanüstü bir değişiklik olması ile önceden görülemez olması arasında doğrudan bir bağlantı yoktur⁷⁴⁴. Tek bağlantı, olağanüstü değişikliklerin önceden görülmesinin daha zor olmasıdır⁷⁴⁵.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için sosyal felaket niteliğinde (*Sozialkatastrophen*) olağanüstü bir olayın varlığını arayan görüşün İsviçre'deki en önemli temsilcisi *Bischoff*'tur⁷⁴⁶. Yazara göre sosyal felaketten bahsedebilmek için genel nitelikte tüm halkı veya halkın büyük bir çoğunluğunu etkileyebilecek nitelikte, savaş, deprem gibi sosyal varoluşu (*Sozialexistenz*) etkileyen bir değişiklik

⁷⁴⁰ Bu tartışma ile ilgili detaylı bilgi için, bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman'a Armağan**, s. 503 vd

⁷⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman'a Armağan**, s. 513/514.

⁷⁴² Deschenaux, s. 557a.

⁷⁴³ Serbesco, N. 16.

⁷⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman'a Armağan**, s. 512. Yazar, "olağanüstü" deyimini ile olayın "önceden görülemez" olduğunu vurgulanmasının da gereksiz olacağı, "önceden görülemezlik" şartına ek yeni bir şart bulunduğu izlenimi vereceğini haklı olarak belirtmiştir. Karş. **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 352, **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N.106.

⁷⁴⁵ Karş. Deschenaux, s. 557a.

⁷⁴⁶ Bischoff, s. 184 vd.

gerekmektedir⁷⁴⁷; bu değişiklik “kişiler üstü” olmalı ve birçok kişiyi etkilemelidir⁷⁴⁸. Bunun dışında kalan, birkaç kişiyi veya sadece sözleşme tarafını etkileyen olaylar, yazara göre, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması imkanını vermez. Sosyal felaket niteliğinde sayılabilecek olaylar siyasi veya doğal nedenlerden kaynaklanabilir⁷⁴⁹. Siyasi nedenlere örnek olarak savaşlar, ekonomik krizler ve para değerinin düşmesi gibi olasılıklar verilebilir.

Öğretide ayrıca içtihat veya kanun değişikliğinin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu tartişılmıştır⁷⁵⁰. Bu sorunun üzerinde durulması gerekir. Taraflar sözleşmeyi kurarken, kanunun veya içtihadın değişmeyeceğine güvenmiş olabilirler; ancak, örneğin kanun değişikliği sonucu vergi yükünde ciddi bir artış gündeme gelebilir. Kural olarak taraflar bu tür değişikliklerin riskini üstlenmiş sayılırlar⁷⁵¹. Ancak, yasakoyucunun olağandışı bir müdahalesi olursa uyarılmanın kabul edilebileceği de söylenmiştir⁷⁵². Sosyal felaket görüşündeki yazarlar, bunu kabul etseler de, bu nitelikteki kanun değişikliklerinin her zaman büyük kitleleri etkilemeyecek olmasının altını çizmeyi de ihmal etmemişlerdir⁷⁵³. Doğal nedenler ise deprem, sel felaketi gibi doğa kaynaklı olaylardır. Sosyal felaket görüşüne göre bu tür olayların da geniş kitleleri etkilemesi gerekir. Örneğin 1999 Marmara depremi bu nitelikte bir olaydır⁷⁵⁴.

Deschenaux ise olağanüstü durum değişikliklerinin aranmasının bir anlamı olmadığını, önemli olanın önceden görülemezlik olduğunu, olağanüstü olsa da sadece önceden görülemez ise dikkate alınacağını belirtmekle birlikte, olağan durum değişikliklerinin doğaları gereği önceden görülebilir olduğunu söylemiştir⁷⁵⁵. Yazar, durum değişikliğinin kişiler üstü, ferdi mahiyeti aşan (*caractère supra-individuelle*;

⁷⁴⁷ Özerk tasarruflar olarak görülen sözleşmelerin ancak sosyal varoluş çerçevesinde bir anlam ifade edecekleri kabul edildiğinden sosyal varoluştaki önemli değişikliklerin de sözleşmenin ifası sırasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir, Flume, **FS Juristentag**, s. 229.

⁷⁴⁸ Bischoff, s. 184; Reichel, s. 20; Deschenaux s. 202; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 38, N. 25.

⁷⁴⁹ Kegel, s. 200; Bischoff, s. 185; Benzer bir ayırım için bkz. Gürsoy, s. 106-107, 116-118.

⁷⁵⁰ Bischoff, s. 188; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art.18 OR N. 103.

⁷⁵¹ Bischoff, s. 188; Kanun değişikliğinin önceden görülemez olup olmadığı hususunda bkz. Schwenzer, N. 35.08.

⁷⁵² Bischoff, s. 188.

⁷⁵³ Bischoff, s. 188/189.

⁷⁵⁴ Arat, s. 97; karş. Y. 3. HD. 27.03.2000, E. 2000/2648, K. 2000/2640, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁷⁵⁵ Deschenaux, s. 557a.

überindividuell) bir nitelik taşıması gereğini savunur⁷⁵⁶. Bu nedenle, önceden görülemezlik ile olağanüstü durum değişikliği arasındaki doğrudan bağlantıyı kabul etmemesine rağmen, bu yazarın da ilk görüşü savunanlar arasında sayılması daha uygun olacaktır.

Türk hukukunda da bu görüş oldukça taraftar toplamıştır⁷⁵⁷. *Gürsoy*'a göre “*borcun ifasını zorlaştıran hadisenin, umumi hayat tecrübelerine ve yaşayış şartlarına göre, fevkalâde değişik ve gayri tabii bir durum olması*” gerekmektedir. *Kaplan* da, değişen hâl ve şartların olağanüstü ve nesnel nitelikte olmasını sözleşmelerin değişen hâl ve şartlara uydurulmasının bir şartı olarak aramaktadır⁷⁵⁸. *Oğuzman/Öz* de edimlerin dengesindeki değişikliğin sözleşme yapılırken öngörülemeyen olağanüstü sebeplerden ileri gelmesi gereğini aramışlardır⁷⁵⁹. Türk hukukunda BK 365/II ile ilgili olarak, *Tandoğan* önceden tahmin edilememe ve olağanüstülük kavramlarının birbirine bağlı olduğunu; bir olayın ne kadar olağanüstü nitelik taşıyorsa o kadar önceden görülemez olduğunu savunmakta ve hatta önceden görülememeyi olayın olağanüstü niteliğinin bir unsuru olarak değerlendirmektedir⁷⁶⁰. Uygulamaya baktığımızda, Türk uygulamasının, işlem temelini çökmüş sayılabilmesi için, “olağanüstü değişiklikleri” birçok kararda aradığını görmekteyiz⁷⁶¹.

Değişen koşulların sözleşmelere etkisi denildiğinde akla ilk gelen gerçekten koşullardaki olağanüstü değişikliklerdir (*Sozialkatastrophe*). Ancak, modern görüşler, büyük bir kesimi etkileyen olayların yanında, sadece sözleşmenin tarafı olan bir tek kişiyi etkileyen bir olayın bile duruma göre sözleşmenin uyarlanmasına yol açabileceğini savunmaktadır⁷⁶².

⁷⁵⁶ Deschenaux, s. 553a; Reichel, s. 20; Gürsoy, s. 107.

⁷⁵⁷ Gürsoy, s. 107 vd.; Kaplan, s. 147; Oğuzman/Öz, s. 157; *Kocayusufpaşaoğlu*, bu yazarların yanı sıra, açıkça durum değişikliğinin olağanüstü niteliğini aramayan ancak sözleşmelerin uyarlanması konusunda sürekli bu tür nitelikte örnek veren yazarlara da dikkat çekmiştir, *Kocayusufpaşaoğlu, Oğuzman'a Armağan*, s. 505.

⁷⁵⁸ Kaplan, s. 147.

⁷⁵⁹ Oğuzman/Öz, s. 157.

⁷⁶⁰ Tandoğan, **C.II**, s. 240/241.

⁷⁶¹ YHGK 19.02.1997 E. 1996/11-762, K. 1997/77; YKD 1997/5, s.681/682; YHGK, 18.11.1998, E. 1998/13-815, K.1998/835, Yasa 2000/1, s. 66 vd.

⁷⁶² *Kocayusufpaşaoğlu, Oğuzman'a Armağan*, s.513/514; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 368; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, 10/11; Serozan, **İfa**, § 20 N. 8; Arat, s. 96.

İsviçre’de, *Kramer*, “sosyal felaket” görüşünü eleştirmiştir⁷⁶³. Yazara göre olaylar temelinde böyle bir ayırımın yapılmasına ilişkin, işin yapısından kaynaklanan bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu görüş sözleşmeye müdahalenin sınırlandırılması amacıyla geliştirilmiş bir görüştür. Sadece tarafları ilgilendiren durumlarda da sözleşmenin uyarlanması yani uyarılmanın normal zamanlarda da gerçekleşmesi mümkündür⁷⁶⁴. Sorun durumun olağanüstü niteliği değil, önceden görülemez olup olmadığı noktasındadır⁷⁶⁵. *Tercier* de yeni ve önceden görülemez durum değişikliklerinin ortaya çıkmasının yeterli olduğunu, bu durum değişikliklerinin toplumun tamamını veya bir bölümünü etkileyecek genel bir değişiklik olabileceği gibi, sadece sözleşme taraflarını etkileyen özel nitelikte bir değişiklik de olabileceğini belirtir⁷⁶⁶.

Alman hukukunda baskın görüş, işlem temelini çökmesi için sosyal felaket niteliğinde bir olayın varlığını aramamaktadır. *Kegel* tarafından geliştirilen ve öğretide ile içtihatla kabul edilen, küçük işlem temeli kavramı sosyal felaket niteliğinde olmayan değişiklikleri kapsamaktadır⁷⁶⁷. İşlem temelini büyük ve küçük işlem temeli olarak ayıran Alman hukukçulara göre, büyük işlem temeli sosyal felaket niteliğinde değişikliklere, küçük işlem temeli ise bu nitelikte olmayan değişikliklere ilişkindir⁷⁶⁸. İki halde de işlem temelini çökmesi mümkündür.

Türk hukukunda *Kocayusufpaşaoğlu* işlem temelini çökmüş sayılabilmesi için olağanüstü nitelikte bir olayın varlığını aramayan görüşün en önemli temsilcisidir. Yazar işlem temelini çökmesi için olağanüstü bir olaya gerek olmadığını teknik bakımdan şu şekilde ispatlamıştır⁷⁶⁹. Yazara göre, temel hatası düzenlemesi ile işlem temelini çökmesi arasındaki ayırım sadece kronolojik bir ayırımdır, aradaki tek fark temel hatasına veya işlem temelini çökmesine yol açan olayların ne zaman gerçekleştiği ile ilgilidir. Olayların nitelikleri bakımından bir fark yoktur. İsviçre-Türk hukukunda, temel hatasında, yanlış tasavvur konusu olan olayların “sosyal felaket olarak nitelenebilecek olağanüstü olaylar” olarak aranması söz konusu

⁷⁶³ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 350-352; Haarmann, s.28.

⁷⁶⁴ karşı. Larenz, **GG**, s. 182; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 629.

⁷⁶⁵ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N.352.

⁷⁶⁶ Tercier, **JdT 1979 I**, s. 208.

⁷⁶⁷ Kegel, s. 201/202.

⁷⁶⁸ Medicus, **Bürgerliches Recht**, N.152.

⁷⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 511/512.

değildir. İşlem temeli kavramını da, buna esas olan olayların gerçekleşme anına göre değiştirmek de mümkün olmayacağına göre işlem temelinin çökmesine konu olacak olaylar bakımından da olağanüstü olma şartı aranmamalıdır. İşlemden önce gerçekleşen olayların olağanüstü olmasını aramayan bir hukuk sisteminde, işlemden sonra gerçekleşen olaylarda, sırf zaman faktörü dolayısıyla bunun dışında bir ölçüt uygulanamaz. Türk hukukunda birçok yazar, bu gerekçeyi kullanmasalar dahi, olağanüstü durum değişikliğini sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması şartları arasında saymamaktadır⁷⁷⁰.

Özetlemek gerekirse, ilk bölümde incelediğimiz teorilere bakıldığında, bu teorilerin çoğunun ortaya çıkışında savaş, ekonomik kriz gibi sosyal felaket niteliğindeki olayların olduğunu görürüz⁷⁷¹. Bu nedenle, sözleşmelerin uyarlanması gündeme geldiğinde, akla ilk olarak teorilerin doğumuna yol açan *sosyal felaket* niteliğindeki olayların gelmesi normaldir. Ancak, günümüzde ticari ve hukuki ilişkilerin yapısının ekonomik yönden değiştiği de göz önünde bulundurulmalıdır. Sosyal felaket niteliğinde olmayan, toplumu doğrudan etkilemeyen ancak sözleşme tarafı açısından yıkım oluşturabilecek olasılıklar artmıştır. Kanunda düzenlenmese de, sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilmesine önemli bir gerekçe, kanunların refah döneminde yapılması ve bu nedenle sözleşmenin uyarlanması ihtiyacının o dönemde olmamasıdır. Aynı akıl yürütme, sosyal felaket şartı açısından da yapılmalı, sözleşmeyi etkileyecek durum değişikliklerinin bu teorilerin ortaya çıktığı zamandakinden daha geniş bir yelpazeye yayıldığında dikkat çekilmeli ve sosyal felaket görüşü reddedilmelidir⁷⁷².

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın aşırı ifa güçlüğü ile ilgili hükmünün ilk halinde (BKT m. 143) sözleşmenin uyarlanması için durum değişikliğinin olağanüstü olması aranmamıştır. Olağanüstü bir sebebin varlığının madde metninde bir şart olarak yer almaması eleştirilmiştir⁷⁷³. Daha sonra Tasarı'nın aşırı ifa güçlüğü ile ilgili değiştirilmiş 137. maddesinde ise bu şart aranmıştır. Bizim görüşümüze göre bu

⁷⁷⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 368; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, 10/11; Serozan, **İfa**, § 20 N. 8; Olağanüstü durum değişikliğini aramamakla birlikte, bu konuda *Kocayusufpaşaoğlu*'nun gerekçelerini doyurucu bulmayan görüş için bkz. Arat, s. 96.

⁷⁷¹ Bunun tek istisnası, İngiliz hukukunda ortaya çıkan *Frustration* teorisidir. Bu teorisinin doğumuna, sosyal felaket niteliği taşımayan bir geçit töreni iptali yol açmıştır. Bkz. yuk. B. I/II/E.

⁷⁷² Karş. Abas, s. 287.

⁷⁷³ Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 84.

değişiklik yerinde olmamıştır, yukarıda açıkladığımız nedenlerle durum değişikliğinin olağanüstü bir değişiklik olmasına gerek yoktur.

Türk hukuku açısından, işlem temelini çökmesi ile arasındaki tek farkın, zamansal olduğunu kabul ettiğimiz temel hatası düzenlemesinde, olağanüstü bir olayın varlığının aranmaması, bu görüşümüzü teknik hukuk bakımından da ispatlamaktadır. Bir durum sözleşmenin kuruluşu esnasında temel hatası teşkil edecek şekilde işlem temeli oluşturuyorsa, sözleşmenin kurulmasından sonra da böylesi bir durumda değişiklik işlem temelini çökmesine yol açabilir. Temel hatası söz konusu olduğunda işlem temelini oluşturan bu durumun olağanüstü bir durum olmasını aramadığımızı göre işlem temelini çökmesinde de bunu arayamayız. Bu nedenle, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 137'nci maddesinde öngörülen, durum değişikliğinin olağanüstü nitelikte olması koşulu revize edilmelidir.

3. Durum Değişikliğinin Uyarılma İsteyen Tarafa İsnat Edilememesi Gereği

Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen durum değişikliğinin ortaya çıkmasında, bu değişiklik sonucu mağdur olduğunu iddia eden tarafın katkısı bulunuyor ise, artık bu kişi sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteyemeyecektir. Uyarılma hakkının değişen koşullar sonucunda mağdur olan tarafça kullanılabilmesi için, beklenmedik gelişmenin bu kişinin etki alanından kaynaklanan bir nedenle ortaya çıkmamış olması gerekir⁷⁷⁴.

Bischoff, bu şartın mantığını, kusurlu ve sorumluluğu gerektirmeyen sonraki imkansızlık arasındaki ilişki ile paralellik kurarak açıklamaktadır⁷⁷⁵. Madem ki imkansızlıkta bile imkansızlığa kendi kusuru ile yol açan kişinin borcu sona ermemektedir, o halde imkansızlıktan daha düşük derecede yer alan aşırı ifa güçlüğünde, kusuru ile bu duruma yol açan açısından evleviyetle aynı sonuç kabul

⁷⁷⁴ Serozan, *İfa*, § 20 N. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 368, 1007; Eren, s. 441; Arat, s. 135; Kaplan, s. 150/151; Erman, *Beklenilmeyen Haller*, s. 85 vd.; Jäggi/Gauch, *Art. 18 OR* N. 673; Bischoff, s. 216; *Berner Kommentar/Merz*, Art. 2 ZGB N. 227; Tercier, *JdT 1979 I*, s. 208; Deschenaux, s. 558a vd.; Oftinger, s. 233; von Tuhr/Escher, s. 170 dn. 70a; Alfred Siegwart, "Der Einfluss veränderter Verhältnisse", *Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Freiburg, 29. und 30. September 1924*, Weizinger, Fribourg, 1924, s. 77-189.s. 113 vd.

⁷⁷⁵ Bischoff, s. 216/217.

edilmelidir⁷⁷⁶. Bu görüşte haklılık payı vardır. Ancak, beklenmeyen halin mağdur tarafın etki alanından kaynaklanmaması gereği, teknik anlamda imkansızlıktaki kusur ögesinden daha geniştir. Mağdur taraf bu duruma kendisi yol açmamış, kendisi sebebiyet vermemiş, katkıda bulunmamış olmalıdır⁷⁷⁷. Burada kusurdan değil, olsa olsa “isnat edilebilirlik” ögesinden bahsedilebilir. Bununla birlikte Türk öğretisinde birçok yazar, bu şartı durum değişikliğinin ortaya çıkmasında ilgili tarafın “kusuru bulunmaması” şartı olarak ifade etmektedir⁷⁷⁸. Oysa bu şartın kusur kavramı altında değerlendirilmesi işlem temelinin çökmesinin yapısı ile bağdaşmaz; teknik anlamda kusur kapsamına girmeyecek bir davranış pekâlâ mağdur tarafın etki alanından kaynaklı sayılabilir ve bu nedenle de uyarılma imkanını dışlayabilir. Değişen koşullar sonucu mağdur olan sözleşme tarafının “*kendi etki ve egemenlik çevresinden, öz yaşam ilişkilerinden ve kendi gevşek, başıbozuk tutumundan kaynaklanan gelişmeleri bahane edip taahhütlerinden sıyrılmasına olanak verilmemelidir*”⁷⁷⁹. Bu bağlamda, genel adalet ilkesi gereği sorumlu tutulabildiği bir değişiklikten yakınmasının kabul edilememesi söz konusudur (karş. BK m. 44/I)⁷⁸⁰.

Ortaya çıkan durum değişikliğinin iyi değerlendirilememesi, önceden görülemezlik şartı kapsamında ele alınabileceği gibi, mağdur tarafa isnat edilememe şartının eksikliğine de yol açabilir. İşlem temelinin çökmesinin bu iki ögesi aslında diğer ögelerde olduğu gibi oldukça bağlantılıdır. Önceden görülebilir bir durum değişikliğini önceden görmemek veya önceden görülmesine rağmen önlem almamak da mağdur tarafa isnat edilebilir bir davranış olarak da, pekâlâ değerlendirilebilir⁷⁸¹.

Mağdur tarafın ortaya çıkan durum değişikliğine katkıda bulunmamış olması gereği iki aşamada aranır. Mağdur taraf durum değişikliğinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmamalı ve ortaya çıkmasından sonra da davranışlarına özen

⁷⁷⁶ Yazarın sözleşmelerin uyarlanması için sosyal bir felaketin ortaya çıkması görüşünü savunduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, bu şartı aramakla beraber kendisi de görüşü ile tutarlı olarak, sosyal felaketin ortaya çıkmasında sözleşme tarafının tek başına sorumlu olmasının mümkün olmadığını belirtmektedir, Bischoff, s. 217; Siegwart, s. 113; Deschenaux, s. 559a.

⁷⁷⁷ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 342; Deschenaux, s. 559a.

⁷⁷⁸ Kaplan, s.150; Eren, s. 441; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 85 vd.; Arat, s. 135. *Arat* bu şartı “kusurun bulunmaması” şartı olarak ifade etmekle birlikte, buradaki kusurun ne haksız fiil sorumluluğu ne de akdi sorumluluk anlamında bir kusur olarak anlaşılması gerektiğini haklı olarak vurgulamaktadır.

⁷⁷⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1007. aynı yönde Serozan, **İfa**, § 20 N. 8.

⁷⁸⁰ Deschenaux, s.559a; Reichel, s. 23; Oftinger, s. 233; Weber, s.60.

⁷⁸¹ Deschenaux, s.560a.

göstermelidir. Öncelikle, mağdur taraf, ortaya çıkan durum değişikliğinin yarattığı güçlüğü diğer tarafa vakit geçirmeksizin bildirmelidir⁷⁸². Durum değişiklikleri ağırlaşmadan bildirim yapılmalıdır; aksi halde, durum değişikliklerinin daha da ağırlaşmasına mağdur tarafın katkısı olur⁷⁸³. Bu durumda, sözleşmenin uyarlanmasında bu dikkate alınacak, sözleşme uyarlansa bile mağdur tarafa isnat edilebilen davranış nedeniyle bildirim yapılması gereken makul zamandan sonra ağırlaşan durum değişikliklerinin riskine mağdur taraf katlanacaktır.

İsnat edilebilirlik ile yakın ilişki içindeki bir başka şart ise, temerrüdün uyarlamayı dışlamasıdır. Baskın görüşe göre sözleşme tarafı temerrüt halinde ise uyarlama talebinde bulunamayacaktır⁷⁸⁴. Temerrüdün alacaklı veya borçlu temerrüdü olması fark yaratmaz, uyarlama talep eden taraf temerrüt halinde olmamalıdır (karş. BK m. 102/I)⁷⁸⁵. Bununla birlikte temerrüde düşmede kusuru yoksa, temerrüde düşen tarafın yine de uyarlama talep edebileceği öğretide belirtilmiştir (karş. BK 102/II)⁷⁸⁶.

İsnat edilebilirlik şartı değerlendirilirken dikkat edilmesi gerekli en önemli nokta bu şartın da sözleşme adaleti kapsamında değerlendirilmesi gereğidir. Mağdur tarafın katkıda bulunduğu durum değişikliği söz konusu olduğunda, aynen haksız fiilde tazminatın indirilmesinde hesaba katılan birlikte kusur ögesinin değerlendirilmesinde olduğu gibi, durumun özellikleri dikkate alınmalıdır⁷⁸⁷.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nda sözleşmelerin uyarlanmasını düzenleyen genel hüküm niteliğindeki 137. maddede, bu şarta yer verilmiştir. Madde hükmünde, durum değişikliğinin "*borçludan kaynaklanmayan bir sebeple*" ortaya çıkması aranmıştır. Madde metninde "kusur" kavramı yerine böyle bir ifadenin tercih edilmesi oldukça yerinde olmuştur⁷⁸⁸. Bununla birlikte, ifadede sadece "borçlu"dan

⁷⁸² Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 89.

⁷⁸³ Deschenaux, s.561a; Weber, s.62.

⁷⁸⁴ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 674; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 344; Bischoff, s. 218/219; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 227; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 208; Deschenaux, s. 561a vd.; Oftinger, s. 233; von Tuhr/Escher, s. 170 dn. 70a; Siegwart, s. 117; Larenz, **GG**, s. 139. Portekiz Medeni Kanunu'nun uyarlama ile ilgili 438. maddesinde bu şart açıkça belirtilmiştir.

⁷⁸⁵ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 674.

⁷⁸⁶ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 674; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 344; Bischoff, s. 219.

⁷⁸⁷ Deschenaux, s.561a/562a.

⁷⁸⁸ K.g. Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoğlu Işintan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 84, yazarlar sözleşmenin uyarlanması için mutlaka borçlunun kusurlu veya sorumluluğunu gerektirecek bir sebebin gerekli olduğunu bu nedenle sadece borçludan kaynaklanan bir sebebin yeterli olmadığını

bahsedilmiş olması yanıltıcıdır; hüküm sanki alacaklının durum değişikliğinden mağdur olamayacağı, sözleşmenin uyarlanmasını isteyemeyeceği ya da ona isnat edilebilir bir durum değişikliğine rağmen uyarlamayı talep edebileceği gibi son derece yanlış bir sonuç çıkartılabilecek nitelikte kaleme alınmıştır. Oysa, Türk uygulamasında uzun yıllardır, sözleşmenin uyarlamasını, hem borçlunun hem de alacaklının talep edebileceği kabul edilmektedir⁷⁸⁹.

III. ÖNCEDEN GÖRÜLEMEZLİK

A. GENEL OLARAK

Türk hukukunda ve uyarlamanın kabul edildiği diğer hukuklarda da, uyarlamanın söz konusu olabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durumun taraflarca sözleşmenin kurulması anında önceden görülemeyen bir durum olması gerekir. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda “önceden görülemezlik” şartının sözleşmelerin uyarlanması için aranan ana şartlardan olduğunu görürüz⁷⁹⁰. Hatta Fransız “emprevizyon teorisi” her ne kadar sadece bu şartı aramasa da, teorinin ismini bu şart vermiştir, Fransızca “*imprévision*” önceden görülemezlik demektir⁷⁹¹.

Durum değişikliklerinin önceden görülemezliği şartı uyarlamanın temel şartlarından birini oluşturur⁷⁹². Öyle ki, sözleşmelerin uyarlanmasına karşı çıkan

belirtirler. Bizim görüşümüze göre, kusur bulunmasa bile ortada mağdur tarafa isnat edilebilecek bir durum söz konusu ise uyarlama hakkı doğmaz, bu nedenle bu eleştiriye katılmamaktayız.

⁷⁸⁹ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 19 vd. Hatta Yargıtay uygulamasında, kira sözleşmelerinin uyarlanması ilk defa kiralayan, kira alacaklısı lehine kabul edilmiştir. Y. 13. HD. 12.2.1981, E. 1981/147, K. 1981/932, YKD 1982, s. 1561 vd.

⁷⁹⁰ Gürsoy, s. 108 vd.; Feyzioğlu, s. 39 vd; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s.77 vd; Oğuzman/Öz, s. 451; Serozan, **İfa**, § 20 N.8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 368, 1007; Arat, s. 104 vd; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR**, N.664; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB Art. 2 ZGB, N. 223; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 337; Gauch/Schmidt/Schlupe/Rey, N. 1298; Schwenger, N. 35.08; Guhl/Koller/ Schnyder/Druey, § 38, N. 27; Karl Oftinger, “Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge”, **SJZ 1940**, s. 229-236, 245-249 (s. 233); Treitel, **Law of Contract**, s.901; Ghestin/Jamin/Billiau, N. 329; Klasik clausula görüşünde de aranan bu şart için bkz. Osti, s. 43.

⁷⁹¹ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 337; Besson, s. 54; Böyle olsa da *Tunçomağ* bu teorinin ismini kullanmayı, sadece tek bir şarta göndermede bulunduğu için sakıncalı bulur, *Tunçomağ*, **İÜHF 1967**, s. 887.

⁷⁹² Öngörmek ifadesinin iki anlamı vardır. İlk anlamı ileride olacakları tahmin etmek, önceden kararlaştırmak, ileri için düşünmektir. İkinci anlamı ise hüküm altına almak, derpiş etmek, normatif alanda düzenlemektir. Bu iki anlamın hukuki anlamda birbirine karışmaması için, birçok yazarın da tercih ettiği “önceden görülemez” ifadesini kullanmayı tercih ettik. Zira değişen koşulların önceden önceden görülemezliği ile kastettiğimiz bunların derpiş edilememesi veya hüküm altına alınmaması

görüşlerin en önemli argümanı sözleşme kurmanın kendisinin, durum değişikliklerini önceden görme anlamını taşıdığıdır (*contracter c'est prévoir*); bu görüşün en önemli temsilcilerinden *Ripert*, sözleşme taraflarının önceden gördükleri şeyin değişikliklerin gerçekleşeceği olduğunu ve bu değişikliklere karşı sözleşmedeki hükümler yoluyla önlem aldıklarını, her ne kadar gelecekteki olaylar tam bir kesinlikle önceden görülemez de, değişikliğin kendisinin önceden görüldüğünü belirtir⁷⁹³.

Biz bu bölümde, önceden görülemezlik şartını, anlamı ve kapsamı bakımından detaylı bir şekilde inceleyecek, “önceden görülebilir” ve önceden görülmesi gereken, beklenen bu tür olayların hangi ölçütlere göre belirlendiğini değerlendirmeye çalışacağız.

B. ÖNCEDEN GÖRÜLEMEZLİK KAVRAMI

Hangi durum değişikliklerinin önceden görülebilir olduğuna ilişkin sınırlayıcı bir tanım vermek imkansız olsa da, “sözleşmenin kurulması anında neyi, ne kapsamda önceden görmek gerekir?” sorusunun bir takım somut ölçütler yardımıyla cevaplandırılması gerekir.

Olayın kendisinin önceden görülebilir olmasına rağmen sonuçlarının boyutunun önceden görülememesi mümkündür⁷⁹⁴. Örneğin savaşın yaklaştığı sözleşmenin kuruluşu aşamasında önceden görülebilir, ancak uzun sürebileceği veya ciddiyeti önceden görülemeyebilir⁷⁹⁵. Önceden görülebileceği halde, sonuçları bakımından normal olmayan genişlikte ortaya çıkan olaylarda önceden görülemezlik şartının gerçekleştiği Türk öğretisinde de kabul edilmektedir⁷⁹⁶. Bu bakış açısıyla, aslında durum değişikliğinin önceden görülemezliği değil, bu değişikliğin sözleşme

değil önceden tahmin edilememesidir, karşı. Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 71; Dural, **İmkansızlık**, s. 67.

⁷⁹³ Ripert, N. 81. karşı. **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 188.

⁷⁹⁴ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 670; Ghestin/Jamin/Billiau, N. 329; Tandoğan, **C.II**, s. 241/242. “Sözleşmeye müdahale için, (...), değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden görülebilir (tahmin edilebilir) veya beklenebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir”, YHGK 11.2.1998, E. 1998/13-4, K. 1998/87, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁷⁹⁵ Philippe, s.86; Bischoff, s.205. İkinci Dünya Savaşında, savaş önceden görülebilir nitelikte olsa da, düşmanla ticaret yasağı (*war-prohibition against trading with the enemy*) sonucu önceden görülemez kabul edilmiştir. Treitel, **Law of Contract**, s. 901. Yine, savaşın öngörülebilir ama savaşın deri piyasalarına etkisinin öngörülemez olabileceği ifade edilmektedir (Deschenaux, s. 556a).

⁷⁹⁶ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 80/81; Tandoğan, **C.II**, s. 241/242; Arat, s. 105.

ekonomisi üzerindeki etkisinin önceden görülemezliği daha doğru bir ifade olacaktır⁷⁹⁷.

Sonradan ortaya çıkan durum değişikliğinin önceden görülemezliği şartı her zaman bu şekilde ifade edilmese veya bağımsız bir şart olarak değerlendirilmese dahi, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını kabul eden ülkelerde ve uluslararası ticarete uyarlanmanın önemli ve temel bir şartıdır⁷⁹⁸.

Eğer bir kişi bir olayın gerçekleşebileceğini önceden görmüş ise, bu kişinin artık bu olay karşısında seçim şansının ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Kişi, olayın gerçekleşeceğini, önceden görmüş veya önceden görmesi gerekiyor idi ise, bu olay ve sonuçları artık kişiyi seçime götüren düşünceler silsilesine dahildir; kişi bu nedenle yaptığı seçimin, kurduğu sözleşmenin sonuçlarına da katlanmalıdır, zira artık gerçek anlamda bir dış etkenden bahsedilemez⁷⁹⁹.

Sözleşme kurulurken taraflar her olasılığı hesaba katmazlar. Ancak, öyle bazı haller vardır ki, taraflar hesaba katmadıkları, somut olarak düşünmedikleri ve somut olarak önceden görmedikleri halde, bu olayların sonuçlarına katlanırlar ve uyarlama talep edemezler. Bu hallerde de tarafların söz konusu durumları önceden görmelerinin, hesaba katmalarının beklendiği, zira olayların “önceden görülebilir” nitelikte olduğu söylenir⁸⁰⁰.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için aranan şartlardan önceden görülemezlik şartı, diğer şartlar ile yakın ilişki içerisindedir. Eğer sonradan ortaya çıkan gelişme taraflarca sözleşmenin kuruluşu esnasında dikkate alınmışsa, önceden görülmüşse, artık tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında bu “riski” üstlenmiş oldukları sonucuna varılır⁸⁰¹. Yok eğer taraflar sözleşmenin kurulması sırasında bu durumu düşünmemişler ancak ortaya çıkan gelişme önceden görülebilir, görülmesi

⁷⁹⁷ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 329.

⁷⁹⁸ PECL m. 6:111: Bu hükümde önceden görülemezlik ifadesi açıkça yer almamakla birlikte, tarafların sözleşmenin kurulması esnasında göz önünde bulundurmalarının makul olmadığı bir değişiklik olması belirtilerek bu şart yine de aranmıştır; aynı şekilde PICC m. 6.2.2. hükmünde de, önceden görülemezlik şartı, olayların ortaya çıkışının mağdur tarafça hesaba katılmamasının akla uygun olması şeklinde ifade edilmiştir.

⁷⁹⁹ Deschenaux, s. 555a; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 337; Fransız Devlet Konseyi *Fromassol* kararında önceden görülemez olayı şu şekilde tanımlamıştır “*Tarafların sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki hesaplarını bozan ve onların hesaba katabilecekleri sınırların ötesine geçen olay*”. Cons. d’Etat, 03.1920, RDP 1921, s. 80 (aktaran, Philippe, s. 84).

⁸⁰⁰ Arat, s.106.

⁸⁰¹ Sözleşmesel risk ile önceden görülemezlik şartı arasındaki fark için bkz. Arat, s. 106.

gereken bir gelişme ise, o zaman da bu bir anlamda işlem temelinin çökmesine dayanmak isteyen tarafa isnat edilebilir bir durum olur ve yine işlem temelinin çökmesi şartı gerçekleşmez⁸⁰². Demek oluyor ki, önceden görülemezlik şartı bir yandan riskin aşılması şartıyla, diğer yandan da beklenmeyen gelişmenin uyarlamayı talep eden kişiye isnat edilememesi şartıyla yakın ilişki içerisindedir. Bu nedenle öngörülemezlik şartının bağımsız bir şart olup olmadığı tartışılmıştır. Önceden görülemezliği risk ögesi kapsamında değerlendirilen, riskin aşılmasına ilişkin bir unsur olarak ele alan görüşler mevcuttur⁸⁰³. Bununla birlikte bu tartışmanın pratik bir önemi yoktur, hangi kapsamda değerlendirilirse değerlendirilsin, önceden görülemezlik işlem temelinin çökmesi için mutlaka aranan bir şarttır. Bununla birlikte şartlar arasındaki bu yakınlık bize bu şartların birer şablon olarak ele alınmaması gereğini, bir şartın eksikliğini çoğu zaman diğer şartın ağırlığının kapatacağını gösterir⁸⁰⁴. Zira birbirlerine bu kadar yakın, çoğu olasılıkta birbirlerinden bağımsız değerlendirilemeyen şartların tek tek ele alınıp değerlendirilmesi somut olay adaletine uygun olmayacaktır⁸⁰⁵.

Kişi olayı öngörmüşse riski de üstlenmiş sayılır⁸⁰⁶. Nesnel olarak önceden görülemez bir olayı taraflar önceden görmüşlerse artık uyarlama talep edemezler; zira artık bunun riskini de üstlenmiş sayılırlar⁸⁰⁷. Sözleşmelerin uyarlanmasının bu iki önemli şartı, yani olayların önceden görülemez olması ve tarafların hiçbir şekilde bu durumun riskini üstlenmemiş olması, birbirleri ile iç içe geçmiş şartlardır. Önceden görülemezlik ögesi aslında tarafların risk paylaşımını da belirler. Bu kısmen doğrudur. Ancak önceden görülemezlik şartı ile riskin aşılmış olması şartı birbirleriyle olan yakın ilgilerine rağmen birbirleri ile örtüşen şartlar değildir.

Ortaya çıkan durum değişikliğinin riskinin üstlenilip üstlenilmediğinin anlaşılması için önceden görülemezlik şartından yararlanılır. Eğer durum değişikliği önceden görülmüşse taraflar iki şekilde davranabilirler: Önceden gördükleri halde sözleşmede bununla ilgili herhangi bir düzenleme yapmazlar veya bu durum

⁸⁰² Deschenaux, s. 555a.

⁸⁰³ Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 24.; **MünchKommBGB/Roth**, § 313 N. 30. karşı, **BT-Drucks 14/6040**, s. 175/176; Deschenaux, s. 555a.

⁸⁰⁴ Karş. İrade bozuklukları ve gabinde benimsenen kum yığını kuramı, Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 39 N. 24.

⁸⁰⁵ Serozan, **İfa**, § 20 N. 8.

⁸⁰⁶ Deschenaux, s. 555a; Bischoff, s.204.

⁸⁰⁷ Philippe, s. 67.

değişikliğiyle ilgili risk paylaşımı kuralı belirlerler. İlk olasılıkta, yani herhangi bir düzenleme yapmadıkları olasılıkta durum değişikliğini önceden gördükleri için önceden görülememe şartı eksiktir, herhangi bir düzenleme yapmadıkları için de durum değişikliğinden mağdur olan taraf bu değişikliğin getirdiği riske katlanır. Bu olasılıkta önceden görülememe ögesi gerçekten de risk paylaşımını belirlemiştir. Ancak ikinci olasılıkta durum biraz daha farklıdır. İkinci olasılıkta, taraflar olumlu veya olumsuz uyarılma hükümleri getirirler. Olumlu uyarılma hükümleri varsa, bu sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kabul edilmiş demektir. Bu olasılıkta taraflar durum değişikliğini önceden görmüşler ve risk paylaşımı kuralı getirerek bir çözüm bulmuşlardır⁸⁰⁸.

Önceden görülme durumunda, önceden görülmenin sonucu olan üstlenilmiş risk, risk paylaşımı ile ilgili aksine bir hükümle tersine çevrilebilir. Bu nedenle bir durum değişikliği önceden görülmüş olsa da risk paylaşımı kuralları sözleşmenin uyarlanmasını yine de mümkün kılabilir. Dolayısıyla önceden görülme şartı değerlendirildikten sonra mutlaka yasal veya sözleşmesel risk dağılımına bakmak gerekir. Önceden görülmeye rağmen yasal veya sözleşmesel risk dağılımı kurallarına göre uyarılma mümkün olabilir.

C. ÖNCEDEDEN GÖRÜLEMEZLİK ŞARTININ ARANDIĞI DİĞER DÜZENLEMELERLE KARŞILAŞTIRMA

1. Genel Olarak

Önceden görülemezlik sadece sözleşmelerin uyarlanmasına özgü bir kavram değildir. Bu kavram özellikle mücbir sebebin değerlendirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun diğer hükümlerinde de, önceden görülemezlik kavramıyla (BK m. 303/II, BK m. 467) karşılaşırız⁸⁰⁹. Bunun dışında da, karşılaştırmalı hukukta yer alan, bizim hukukumuzda yabancı olan, CISG m. 74 ve Fr. MK m. 1150'de karşımıza çıkan tazminatın belirlenmesine ilişkin zararın önceden görülemezliği kavramını anmak gerekir.

⁸⁰⁸ Konarski, *IBLJ* 2003, s.419.

⁸⁰⁹ Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, [Kıs. Sürekli Borç İlişkileri], Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 199.

Andığımız tüm bu düzenlemeler her ne kadar farklı içerikte de olsa, önceden görülemezliğin kavramsal açıklaması bakımından, bu düzenlemelerde bu kavramın nasıl uygulandığının ve sözleşmelerin uyarlanmasındaki önceden görülemezlik şartından farklarının belirlenmesi, son kertede tek bir kavram olan önceden görülemezlik kavramının anlaşılması açısından önemlidir.

2. Tazminatın Belirlenmesinde Zararın Önceden Görülemezliği İle İşlem Temelinin Çökmesinde Aranan Önceden Görülemezlik Şartının Karşılaştırılması

Tazminatın sınırlandırılmasında zararın önceden görülemezliği ile ilgili en önemli düzenlemeler CISG m. 74 ve Fransız MK m. 1150'dir. Fr. MK m. 1150, CISG'deki düzenlemeye de örnek oluşturmuştur⁸¹⁰. Fr. MK 1150'ye göre zararın tazmini sözleşmenin kuruluşu esnasında öngörülebilir zararlarla sınırlıdır; bu hükme göre borçlu sadece sözleşmenin kuruluşu esnasında öngördüğü veya öngörebileceği zararlarla sorumludur. Örneğin taşıyıcı ona teslim edilen şeyi kaybederse, bu şeyin öngörebileceği değeriyle sorumludur⁸¹¹. CISG m. 74'e göre de, satıcının tazminat sorumluluğu, *“ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz”*⁸¹². Bu düzenlemeye göre de, sorumluluk önceden görülebilir zararlarla sınırlı bir sorumluluktur.

Fransız hukukunda, tazminatın sınırlandırılmasına ilişkin zararın önceden görülemezliği şartının, emprevizyon teorisine dayanak oluşturabileceği bile savunulmuştur⁸¹³. Her ne kadar ne öğretide ne de mahkeme kararlarında kabul edilmiş bir görüş olmasa da, tazminat sorumluluğunu öngörülebilir zararlarla sınırlayan Fr. MK m. 1150'de yer alan “önceden görülemezlik” kavramının Fransız emprevizyon hukuku ile ilgisinin kurulması dikkat çekicidir⁸¹⁴. Bu görüşün en önemli ve hatta tek temsilcisi *Fyot*'ya göre, borcunu ifa etmeyen borçlunun sorumlu olacağı tazminat miktarı önceden gördüğü veya görebileceği zararlarla sınırlı ise ve

⁸¹⁰ Atamer, *CISG*, s. 442/443.

⁸¹¹ Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 964.

⁸¹² Madde metninin çevirisi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 440.

⁸¹³ Louis Fyot, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, thèse Dijon, 1921 (aktaran, Roger Reviriot, *Le droit privé français et la théorie de l'imprévision: Essai sur un aspect de l'interprétation de la loi*, Nice, Imprimerie G. Mathieu, 1951, s. 29).

⁸¹⁴ Bu görüşün en zayıf noktası özellikle m. 1150'de yer alan, ifa etmemenin kasten olmaması gereğinin bu olasılıkta gerçekleşmemesidir, Reviriot, s. 31; ayrıca bkz. Rieg, N.526.

ortaya çıkan dengesizlikten sadece bu ölçüde sorumlu tutuluyorsa; borcunu ifa etmek isteyen kişi de sonradan ortaya çıkan öngörülemez dengesizlikten aynı derecede sorumlu tutulmalıdır, zira en azından borcunu ifa etmeyen kişi kadar korunmayı hak eder⁸¹⁵.

CISG düzenlemesinde yer alan önceden görülebilir zararlarla sınırlı sorumlulukta, önceden görülebilirlik araştırması, satıcının sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulmasının tespitinden sonra yapılır. Satıcı CISG m. 79'a göre sorumluluktan kurtulmuş ise artık CISG m. 74'e göre sorumluluğun sınırlandırılmasına da doğal olarak gerek kalmayacaktır⁸¹⁶.

Sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin önceden görülemezlik şartı ile işlem temelinin çökmesinin gereklerinden olan önceden görülemezlik birbirlerinden farklı unsurların değerlendirilmesine ilişkindir. İlkinde ortaya çıkan zararın önceden görülemezliği araştırılırken, ikincisinde sonradan ortaya çıkan durum değişikliğinin önceden görülemezliği değerlendirilir. Bunun yanı sıra, önceden görülemezlik gerekleri bu iki olasılıkta farklı iki aşamada değerlendirilmektedir, bu nedenle zamansal bakımdan da kesişmeyen ölçütlerdir; tazminatın hesaplanmasına ilişkin olan önceden görülemezlik, sorumluluğun kurulması aşamasına değil sorumluluğun sınırlandırılması aşamasında değerlendirilen bir ölçüttür⁸¹⁷. Bununla birlikte, iki olasılıktaki mantıksal benzerlik yadsınamaz. Taraflar sözleşmeyi kurarken belli riskleri dikkate alırlar ve bunları hesaba katarak sözleşmedeki dengeyi kurarlar⁸¹⁸. Bunun dışında kalan riskler bakımından tarafların sorumluluğu tekrar değerlendirilmelidir. Tazminat, önceden görülebilir zararlarla sınırlandırılmıştır zira (özellikle kusursuz sorumluluğun esas olduğu sistemlerde) sözleşmenin ihlali halinde taraflar kendilerini ne beklediğini bilmelidirler⁸¹⁹. Önceden görülemez değişiklik sonucu da, sözleşme ile üstlenilen risk paylaşımı kuralları aşılmış ve ifa beklenemez hale gelmiş ve de sonuç olarak işlem temeli çökmüş ise sözleşme uyarlanmalıdır, zira tarafların hesapladıkları, dikkate aldıkları edim dengesine kavuşturulmaları gerekir.

⁸¹⁵ Fyot, s. 32-58; (aktaran, Reviriot, s. 29).

⁸¹⁶ Atamer, CISG, s. 440/441.

⁸¹⁷ Atamer, CISG, s. 440; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N. 101.

⁸¹⁸ Atamer, CISG, s. 441.

⁸¹⁹ Atamer, CISG, s. 440/441.

Özetlemek gerekirse, tazminatın sınırlandırılmasına ilişkin bir ölçüt olan önceden görülemezlik, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkindir. Sözleşmelerin uyarlanması şartlarından olan önceden görülemezlik ise sorumluluğa ilişkin değil risk paylaşımına ilişkindir⁸²⁰. Zararın önceden görülemezliği ile durum değişikliğinin önceden görülemezliği bu nedenle farklıdır. Tazminatın belirlenmesinde öngörü zarara ilişkindir⁸²¹. İşlem temelinin çökmesi şartlarından olan öngörülemezlikte ise öngörü durum değişikliklerine, olaya ilişkindir. Bu nedenle bu iki kavramın birbiriyle ilişkisi ancak önceden görülemezliğin kavram olarak belirlenmesinde faydalanılacak ölçütler bakımından olabilir, yoksa önceden görülemezliğin neye ilişkin olacağı bakımından değil.

3. Mücbir Sebep Halinde Aranan Öngörülemezlik Şartı İle İşlem Temelinin Çökmesinde Aranan Önceden Görülemezlik Şartının Karşılaştırılması

Türk hukukunda mücbir sebebin varlığı için, ortaya çıkan olayın öngörülemez nitelikte bir olay olması aranmaktadır⁸²². Sonradan ortaya çıkan olay sözleşmenin kuruluşu esnasında öngörülebilir nitelikte ise, bunun dikkate alınıp gerekli önlemlerin alınmış olması gerekir, bu yapılmadığı takdirde ortaya çıkan durumun sonuçlarına katlanılmalıdır⁸²³.

Mücbir sebep halinde öngörülemezlik, önlenemezliğin bir parçasıdır; hatta bu şartın ayrı bir şart olup olmadığı bile tartışmalıdır⁸²⁴. Sözleşmelerin uyarlanmasında ise öngörülemezlik ayrı bir şarttır, önlenemezlik şartı ise ayrı bir şart olarak aranmaz. Mücbir sebepte öngörülmesine rağmen aşılamaz ve önlenemez bir durum söz konusu ise borçlu sorumlu tutulamaz. Sözleşmelerin uyarlanmasında ise öngörülmüş bir olay söz konusu ise artık bunu öngören mağdur taraf kural olarak riski üstlenmiş sayılır.

⁸²⁰ Serozan, **İfa**, § 20, N. 1.

⁸²¹ Atamer, **CISG**, s. 445.

⁸²² Seliçi, **III. Sempozyum**, s. 64.

⁸²³ Mücbir sebebin sorumluluğa etkisi oldukça tartışmalı bir konudur. Baskın görüş, mücbir sebebin, kişinin davranışı ile zarar arasındaki uygun illiyet bağımlı keserek sorumluluğun oluşmasına engel olduğu ve bu nedenle tüm sorumluluk hallerinde uygulanabileceği yönündedir. Seliçi, **III. Sempozyum**, s. 68.

⁸²⁴ Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 955; Patrice Jourdain, “Responsabilité civile”, **RTD civ.** 1994, s. 864-877, (s.871/872); Öngörülemezliğin şartının önlenememe şartının dışında ayrıca aranmasına gerek olup olmadığı hususundaki tartışma için bkz. Oğuzman/Öz, s. 358; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1003.

Yargıtay kararına konu olan bir olay bu farkı somutlaştırabilir; bir kararında Yargıtay, enflasyonu mücbir sebep hali olarak kabul etmemiştir⁸²⁵. Yargıtay bu kararda önceden görülemezlik şartı eksikliğine dayanmış ve enflasyonun önceden görülebilir olduğunu belirtmiştir. Bizim görüşümüze göre ise, ekonomik nedenlere rağmen para borcunun ifası halen mümkün olduğu için ve bu nedenle de önlenemez, kaçınılamaz sayılmadığı için mücbir sebep hali karara konu olan olayda mevcut değildir. Oysa enflasyonun aşırı derecede yükselmesi, sözleşmelerin uyarlanması için diğer şartların da gerçekleşmesi halinde yeterli sayılabilir.

4. Başkaca Düzenlemelerde Yer Alan Önceden Görülemezlik Kavramı

Borçlar Kanunu'nda önceden görülemezlik kavramıyla BK m. 303/II , BK m. 467 ve BK m.365/II'de karşılaşırız⁸²⁶. BK m. 365/II hükmünde yer alan eser sözleşmesinde müteahhidin belirlenen götürü ücretin değişen koşullara uyarlanmasını talep hakkı ve şartları aşağıda detaylı olarak incelenecektir; ancak hemen belirtmekte fayda vardır ki, bu maddede aranan önceden görülemezlik şartı ile genel işlem temelinin çökmesi kuramında aranan önceden görülemezlik şartı örtüşmektedir; zira madde hükmü işlem temelinin çökmesinin özel bir uygulama halidir.

Âriyet sözleşmesine ilişkin BK m. 303 hükmünün ikinci fıkrasına göre: “*Âriyet şey, (...) yahut evvelden bilinmeyen bir halden dolayı âriyeti veren ona acele muhtaç bulunduğu takdirde, daha evvel geri istenebilir*”. Bu hüküm uyarınca, âriyet verenin önceden bilinmeyen haller dolayısıyla âriyet konusu şeye acilen ihtiyacı olmuş ise, ariyet sözleşmesi ariyet veren tarafından feshedilebilecektir⁸²⁷.

Vedia sözleşmesine ilişkin BK m. 467 hükmüne göre de, vedia alan, evvelce tahmin edilemeyen hallerin, önceden görülemeyen durumların ortaya çıkması, sözleşmenin devamı halinde vedia konusu şey için tehlikeli olur ya da vedia alanın zararına yol açar ise, vedia alan belirli sürenin dolmasından önce sözleşmeyi

⁸²⁵ Y. TD., 16.12.1976, 5406/5406, YKD, 1977, s.817.

⁸²⁶ Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 199.

⁸²⁷ Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, [kıs. Hatemi/Serozan/Arpacı (Bölüm yazarı)], Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 281.

feshedebilir. Bu hükmün *clausula rebus sic stantibus*'un özel bir görünüm biçimi olduğu belirtilmiştir⁸²⁸.

Gerçekten de bu iki hükümde aynen işlem temelinin çökmesinde olduğu gibi önceden görülemeyen durum değişikliklerinin sözleşmeye etkisi bulunmaktadır. İşlem temelinin çökmesinden farklı olarak bu sözleşmelerin yapısı gereği, bu değişiklikler sonucu dar anlamda uyarılma değil, sadece sözleşmenin feshi imkanı öngörülmüştür. Bununla birlikte bu hükümlerde yer alan önceden görülemezlik şartının belirlenmesinde işlem temelinin çökmesi teorisinde yer alan önceden görülemezlik kriterleri rahatlıkla uygulanabilir.

D. ÖNCEDEDEN GÖRÜLEMEZLİĞİN ÖLÇÜTLERİ

1. Genel Olarak

Önceden görülemezliğin kapsamının belirlenmesi oldukça zordur. Kişiye göre değişen, öznel bir kapsam vardır. Bu nedenle özellikle “öngörülmesi beklenen” durumlar için, yol gösterici ölçütlerin belirlenmesine ihtiyaç vardır⁸²⁹. Ancak bu ölçütler değerlendirilirken her somut olayın ve taraflar arasındaki ilişkinin özelliklerinin mutlaka dikkate alınması gerekir. Aşağıda sıralayacağımız ölçütlerin yardımcı nitelikte olduğu unutulmamalıdır⁸³⁰. Önceden görülemezlik sorunu şematik bir çözümlenmeye müsait bir sorun değildir⁸³¹.

Durumların önceden görülemezliğini değerlendirmeden kasıt, önceden görülemez nitelikteki olayın, ortaya çıkmasını artıran olasılıkların oranına göre karar vermek değildir. Bazen küçük olarak nitelenebilen bir olasılık bile önceden görülemez sayılabilir⁸³². Bir olayın önceden görülemez niteliğine bakarken, mutlaka hayatın normal akışına göre değerlendirme yapmak gerekir⁸³³.

Bazı dönemlerde önceden görülemezliğin derecesi artarken, bazı dönemlerde ise azalır. Örneğin enflasyonist kriz başladıktan ve ağırlaştıktan sonra kurulan bir sözleşme ile enflasyonist kriz başlamadan önce kurulan bir sözleşme açısından para

⁸²⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı (*Hatemi*), s. 502.

⁸²⁹ Deschenaux, s. 555a.

⁸³⁰ Bischoff, s. 212.

⁸³¹ Merz, **ZSR 1942**, s. 499a.

⁸³² Deschenaux, s. 555a/556a.

⁸³³ Abas, s. 288.

değerindeki dalgalanmaların önceden görülemezliği aynı değildir⁸³⁴. Bu nedenle önceden görülemezlik belirlenirken sözleşmenin kurulduğu anın ve bu zamanda var olan konjonktürel ortamın mutlaka hesaba katılması gerekir.

İlk olarak önceden görülemezliğin değerlendirilmesinde hesaba katılacak zamansal ölçütler belirlenecektir. Daha sonra da önceden görülemezliğin değerlendirilmesinde işlemin niteliğine ve taraflara ilişkin özelliklerin ne şekilde dikkate alınacağı üzerinde durulacaktır.

2. Önceden Görülemezliğin Değerlendirilmesine İlişkin Zamansal Ölçütler

a) Uyarlanması İstenen Sözleşmeye İlişkin Zamansal Ölçütler

(1) Sözleşmenin Kurulma Anı

Sonradan ortaya çıkan durum değişikliğinin önceden görülebilir olup olmadığını, sözleşmenin kurulması anındaki koşullara göre saptanmak gerekir; önceden görülemezlik sözleşmenin kuruluşu anına göre değerlendirilir⁸³⁵.

Önceden görülemezliğin değerlendirilmesinde sözleşmenin kuruluşu anından önceki dönemdeki gelişmeler de önemlidir. Sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde uzunca bir süre, sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan durum değişikliği yaşanmamışsa, bu önceden görülemezlik açısından önemli olabilir. Örneğin sözleşmenin kuruluşundan önceki son yirmi yılda kömür fiyatları oldukça durgun iken sözleşmenin kuruluşundan sonra fiyatların bir anda yükselmesi halinde bu değişikliğin önceden görülemez olduğuna karar verilebilir⁸³⁶. Durum değişikliğinin önceden görülemez niteliği, sözleşmenin kuruluşundan önceki dönemde bu değişikliğin ne sıklıkla gündeme geldiğiyle ters, bu dönemin uzunluğuyla doğru orantılıdır⁸³⁷.

⁸³⁴ “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, tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir.”, YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); “Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır”, YHGK 07.05.2003 E. 2003/13-332, K. 2003/340, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁸³⁵ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 80; Gürsoy, s. 115; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 664; Deschenaux, s. 556a; Bischoff, s. 208; Stoffel-Munck, n: 206; Pichonnaz, N. 767; Abas, s.287; Philippe, s. 84; Atamer, **CISG**, s.448.

⁸³⁶ Philippe, s. 84; CE 30.3.1916, DP 1916, 3.25, concl. *Chardenet*; S 1916, 3, 17, concl. *Chardenet*, note *Hauriou*.

⁸³⁷ Philippe, s. 84.

Sözleşmenin kurulması anındaki konjonktürel durum da dikkate alınmalıdır. Örneğin kriz dönemlerinde önceden görülemezliğin derecesi de artar. Bir ülkede ekonomik krizin uzun sürmesi veya sık aralıklarla tekrarlanması ekonomik krize ilişkin öngörülerini kuvvetlendirdiği kabul edilir⁸³⁸.

Sözleşmenin kurulması anında önceden görülemez olan durum değişikliği, sözleşmenin kurulmasından sonra ama durum değişikliği ortaya çıkmadan önce taraflarca önceden görülürse ne olacaktır sorusu öğretide tartışılmıştır. *Bischoff* bu olasılıkta sözleşmenin uyarlanmasının yine de mümkün olduğu görüşündedir⁸³⁹.

(2) Sözleşmenin Süresi

Sözleşmenin süresi de önceden görülemezlik değerlendirilmesinde rol oynar⁸⁴⁰. Kısa süreli sözleşmelerde önceden görülemezlik derecesi azalırken, süre uzadıkça bu artar⁸⁴¹. Kısa süreli sözleşmelerde tahmin imkanının arttığı ve hatta bu gibi sözleşmelerde tahmin edilemezliğin *çoğunlukla* bir kusur -daha doğru bir ifadeyle isnat edilebilir bir davranış- oluşturduğu belirtilmiştir⁸⁴². Kısa süreli sözleşmelerde, gerçekten de sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen değişikliğin önceden görülemezlik düşük bir ihtimaldir. Ancak önceden görülemezlik şartının kısa süreli sözleşmeler bakımından asla gerçekleşmeyeceğini söylemek mümkün değildir. Süre ne kadar kısa olursa olsun sözleşmenin kendisini, sonradan ortaya çıkan ve işlem temelinin çökmesine yol açan durum değişikliğinin etkisinden kurtarması mümkün olmayabilir⁸⁴³. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da işlem temelinin çökmesinin kısa süreli sözleşmeler bakımından söz konusu olabileceğini kabul etmiştir⁸⁴⁴.

⁸³⁸ Y. 13. HD. 9.6.2005, E. 2005/1874, K. 2005/9749, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası). “Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, belli ekonomik dar boğazlardan sonra meydana geldiği de bilinen bir gerçektir. Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına girenlerin ülkedeki geçmişte yaşanan yüksek enflasyon ve ekonomik krizler karşısında dövizle borçlanmada bu tür artışların yaşanabileceğini öngörmesi, dövizin seyri karşısında davalının bunu tahmin etmesi gerekir”.

⁸³⁹ Bischoff, s. 212/213; Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N.667/668.

⁸⁴⁰ Philippe, s. 86.

⁸⁴¹ Deschenaux, s. 557a.

⁸⁴² Gürsoy, s. 115; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 80.

⁸⁴³ Gürsoy, s. 115; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 39.

⁸⁴⁴ YHGK 30.10.2002 E. 2002/13-852, K. 2002/864, **Yargı Dünyası, Şubat 2003**, sayı 86, s. 38-43: “Dava, kira parasının günün ekonomik koşulları altında çekilmez hal alması ve böylece işlem temelinin çökmesi olgusuna dayalı, kira parasının uyarlanması isteğine ilişkindir. Yerel Mahkeme ile yüksek özel daire arasındaki uyumsuzluk bir yıl gibi kısa süreli kira sözleşmesinde de kira bedelinin

Bununla birlikte Şu da unutulmamalıdır: Uzun süreli sözleşmelerde sözleşmenin süresinin uzunluğu, gerçekten önceden görülemez olayların gerçekleşme olasılığını artırır, ama öte yandan uzun süreli sözleşme yaparken, tarafların uzun süreli sözleşme kurmanın getirdiği riskleri hesaba katma ödevleri de artar⁸⁴⁵. Kısa süreli sözleşmelerde ise olayın önceden görülmesi olasılığı yüksek, ancak tarafların riskleri hesaba katma ödevleri düşüktür. Kısa süreli sözleşmeler ve uzun süreli sözleşmeler ile ilgili bu nokta dikkate alındığı sürece, sözleşmenin süresi, uyarlanması bakımından bir ek şart olarak değerlendirilmemelidir.

Bunun yanında, işlem temelini çökmesi bakımından bir sözleşmenin ne zaman kısa süreli ne zaman uzun süreli sayılacağının da belirlenmesi mümkün değildir. Örneğin işlem temelini çökmesi bakımından bir yıllık bir kira sözleşmesi kısa süreli sayılabilecek iken, bir kredi sözleşmesinde bir yıl uzun bir süre olarak görülebilir. Bunun ise ne kadar muğlak ve keyfi sonuçlara yol açacağı ise açıktır.

b) Önceden Görülemez Olaya İlişkin Zamansal Ölçütler

olağanıüstü durumlar nedeniyle uyarlanmasının olanaklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Yüksek özel daire, 'davacı kiracı bir yılın sonunda kira tespit davası açabileceğine göre kısa süreli sözleşmeye dayanarak, ayrıca kira bedelinin olağanıüstü durumlar nedeniyle talep edemez' görüşündedir. (...). Yasalarımızda uyarlama davalarının koşullu olarak açılacağına dair bir sınırlama bulunmadığından, bir yıllık kısa süreli kira sözleşmesine dayanılarak uyarlama davasının açılabilmesi kabulü gerekir.'; Yargıtay'ın kısa süreli sözleşmelerde uyarlamanın gündeme gelmeyeceğine ilişkin de kararları vardır: "Kısa süreli bir sözleşmenin koşulları borçlu için ağırlanmış olsa bile borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir.", Y. 3. HD. 17.6.2003, E. 2003/6633, K. 2003/7601; "(...) uyarlama, ancak uzun süreli akitlerde söz konusu olur taraflar arasındaki kira sözleşmesi 15.8.2000 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli olup kısa sürelidir. O nedenle kısa süreli sözleşmeye dayanılarak uyarlama talep edilemez.", Y. 13. HD. 25.4.2002, E. 2002/2820, K. 2002/4565, (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bankası); Ayrıca karş. Y. 3. HD. 27.03.2000, E. 2000/2648, K. 2000/2640, "Şimdi bir sorunun daha açıklığa kavuşturulması gerekir: Acaba kısa süreli (örneğin bir yıl) kira sözleşmelerinde uyarlama davası açılabilir mi? Genelde sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi ve değişen hal ve şartlara uyarlanması daha çok ve önemli ölçüde kısa süreli sözleşmelerde değil ve fakat uzun ve de sürekli borç ilişkilerinde sözkonusu olabilir. Zira sözleşmenin kurulması sırasında kararlaştırılan edimler arasındaki dengenin kısa bir süre içinde aşırı ölçüde ve açık biçimde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulduğu olayların öngörülmediği veya beklenilmediği, ayrıca bunların işlem temelini çökmesine neden olacak şekilde olağanıüstü bir boyuta kavuştuğunun kabul edilmesi çok istisnai durumlar dışında mümkün değildir. Örneğin (savaş, ekonomik kriz, yüksek devalüasyon, tabii afetler, hükümet kararlarında önemli değişiklikler gibi) önemli olağanıüstü olaylar nedeni ile edimlerdeki değişmeler henüz ifa süresi tamamlanmamış kısa süreli kira sözleşmelerinde de Hakimin sözleşmeye müdahale etmesine neden olabilir. Bunun dışında kısa süreli bir sözleşmenin koşulları borçlu için ağırlanmış olsa bile (sözleşmeye bağlılık) ilkesi içinde borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. O halde denilebilir ki, uyarlamanın gerektirdiği olağanıüstü koşullar nedeni ile edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde (kiracı) davacı aleyhine değiştireğinin kanıtlandığı takdirde işlem temelini çökmesi nedeniyle sözleşmenin kira parasına ilişkin hükmü için uyarlama gerçekleştirilebilir", (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bankası).

⁸⁴⁵ Berner Kommentar/Merz, Art. 2 ZGB N. 224; Bischoff, s. 208.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan önceden görülemez olay geçici nitelikte olabilir. Örneğin şehrin işlek caddelerinden birinde çok yüksek bedelle bir dükkan kiralanmış olsun; başlatılan ve uzun süren yol çalışmaları caddeye giriş çıkışın zorlaşması nedeniyle de dükkan sahibi ödediği kira bedelinin çok altında kazanmaya başlasın. Bu durumda dükkan sahibinin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteyip isteyemeyeceği sorusu düşünülebilir. Sorun, önceden görülemediğini varsaydığımız bu olayın geçici olmasının uyarlamaya engel teşkil edip etmeyeceğidir.

Türk öğretisinde *Gürsoy* geçici güçlüklerin, ne kadar ağır olurlarsa olsunlar, *olağanüstü bir durum* oluşturmadıkları için sözleşmelerin uyarlanmasına imkan vermedikleri görüşündedir. Yazar özellikle uzun süreli sözleşmelerde kısa süreli zorlukların hiç hesaba katılmaması gerektiğini savunur⁸⁴⁶. Geçici güçlükleri olağanüstü bir durum olarak değerlendirmek gerçekten zordur, ancak bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre işlem temelinin çökmüş sayılması için ortaya çıkan durum değişikliğinin olağanüstü olması gerekli değildir⁸⁴⁷.

Geçici durum değişikliklerinin sözleşmenin uyarlanmasına imkan vermemesi düşüncesinin arkasında yatan haklı kaygı, sözleşmenin her ortaya çıkan güçlükte uyarlanması imkanının sözleşme güvenliğini tehlikeye sokacağı düşüncesidir. Bunun yanında sözleşmenin süreli uyarlanmasının teknik hukuk bakımından da yaratacağı sıkıntılar vardır. Geçici güçlük ortadan kalkana kadar sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilmesi, uyarlamanın hangi ana kadar devam edeceğine nasıl ve kim tarafından karar verileceğine ilişkin de bir sorun doğurur.

Bunun yanı sıra, geçici ifa güçlüğü ile geçici imkansızlık arasında bağ kurarak bir yaklaşım geliştirilebilir. Türk hukukunda geçici imkansızlık konusu oldukça tartışmalıdır⁸⁴⁸. Baskın görüş, geçici imkansızlığın borcu sona erdirmediği, ilke olarak borçlu temerrüdüne yol açtığı yönündedir⁸⁴⁹. Bu bakış açısıyla, aşırı ifa güçlüğü'nün geçici olması durumunda, geçici uyarlamanın kabul edilmesi de güçleşir;

⁸⁴⁶ Gürsoy, s. 108; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s.74; “Sözleşme olaydaki gibi (on yedi hatta yirmi iki yıl) gerçekten uzun süreli akdedilmiş ise iyi seneler gibi kötü senelerin de geleceği hesaba katılmalıdır”, JdT 1922 I 546 (s. 558).

⁸⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s. 512/513.

⁸⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 909; Oğuzman/Öz, s. 315/316, 444; Serozan, **İfa**, § 14, N.2; Eren, s.1250.

⁸⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 909; Eren, s. 1250; Serozan, **İfa**, § 14, N.2.

zira geçici imkansızlıkta imkansızlık hükümlerinin uygulanması kabul edilmeyip geçici aşırı ifa güçlüğünde uyarlamanın kabul edilmesinin tutarsız olacağı akla gelebilir. Ancak öğretide savunulan başka bir görüşe göre, geçici imkansızlık halinde, tarafların farazi iradelerine de uygunsuzsa, ifa tarihinin imkansızlığın ortadan kalkmasına kadar tehir edilmesi mümkündür⁸⁵⁰. Muacceliyet ifa engelinin kalkacağı güne kadar ertelenebilir veya ifa için tanınacak uygun ek sürenin ifa engelinin süresi kadar uzun tutulacağı kabul edilebilir⁸⁵¹. Geçici imkansızlıkta kabul edilen bu çözüm önerisi, sözleşmelerin uyarlanmasının mantığına da pek uzak değildir. Geçici bir ifa güçlüğünde de aynı çözüm benimsenebilir; uyarlama olayın ve sözleşmenin özellikleri dikkate alınarak yapılabilir, borcun muacceliyeti ifa güçlüğünün ortadan kalkacağı güne kadar ertelenebilir veya ifa edilecek edimler ifa güçlüğünün ortadan kalkacağı güne kadar ortaya çıkan güçlüğün yarattığı olumsuzluklar hesaplanarak uyarlanabilir. Güçlük ortadan kalktığı anda mağdur taraf, sözleşmenin kuruluşu anındaki kararlaştırılan borcuna uygun olarak edimini ifa etmelidir. Geçici imkansızlık halinde bile kabul edilebilen bu esnek çözümün, daha alt basamakta yer alan geçici ifa güçlüğünde uygulanmayacağını savunmak elbette adaletsiz olacaktır.

3. Önceden Görülemezliğin Değerlendirilmesinde İşlemin Niteliğine ve Taraflarına İlişkin Ölçütler

a) Sözleşmenin Niteliği

Öğretide, spekülasyon sözleşmelerinde işlem temelinin çöktüğünün kabul edilemeyeceği; zira bu tür sözleşmelerde değişikliğin göze alındığı, hesaba katıldığı önceden görüldüğü ifade edilmiştir⁸⁵². Nitelikleri gereği riskli sözleşmeler olarak isimlendirilen sözleşmelerde de işlem temelinin çökmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur⁸⁵³. Teminat sözleşmeleri riskli sözleşmelerde ilk akla gelen sözleşmelerdir.

⁸⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 444.

⁸⁵¹ Serozan, **İfa**, § 14, N.2; Geçici ifa engelinin etkili olduğu süre boyunca sorumluluğu ortadan kaldıracakını öngören CISG m. 79/III de bu açıdan ilgi çekicidir. Atamer, **CISG**, s. 473.

⁸⁵² Deschenaux, s. 558a; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N. 226; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 13; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 88/89;

⁸⁵³ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 91 vd.

Bir sözleşmenin ne zaman spekülâtif bir öge taşıdığıın belirlenmesi gerekir. Bir sözleşmenin spekülâtif karakteri de derecelendirilebilir⁸⁵⁴. Bazı sözleşmeler özü itibariyle bütünüyle spekülâtifdir. Borsa işlemleri bu tür sözleşmelere en önemli örnektir⁸⁵⁵. Hisse senedi alımında, bu alımdan büyük kazanç elde etmeyi uman hisse senedi alıcısı bunun karşılığında herşeyi kaybetme riskini de alır, bunu hesaba katar⁸⁵⁶.

Bazı sözleşmelerde ise spekülâtif öge ön planda değildir, ancak mevcuttur. Bu tür sözleşmeler çok geniş bir yelpazede yer alır. Aslında uzun süreli sözleşme ilişkilerinin tümü spekülâtif bir öge taşır⁸⁵⁷. Ne de olsa, uzun süreli sözleşme akdeden kişiler geleceğin getireceği tüm riskleri bilemezler, ancak olumsuzluklarla karşılaşacaklarını hesaplayarak bu riske girerler. Bu nedenle, ilke olarak spekülâtif karakter taşıyan tüm sözleşmelerin uyarlamasının kapsamı dışında kalacağını söylemek yanlış olacaktır. Bununla birlikte sözleşmenin spekülâtif niteliği önceden görülemezlik ve risk öğelerinin değerlendirilmesinde mutlaka rol oynayacak ve değerlendirme bu tür sözleşmelerde daha sıkı koşullarda yapılacaktır.

Riskli sözleşmelerde de durum değişikliğinin, bu tür sözleşmelerin yapısı gereği önceden hesaba katıldığı; bu nedenle, önceden görülemezlik şartı eksikliği nedeniyle işlem temelinin çökmüş sayılamayacağı düşünülebilir. Bu tür sözleşmelerde beklentilerin aksine gelişmeler olması sözleşmenin yapılış amacıdır; taraflar bu tür gelişmelere karşı önlem alma amacını taşımaktadır⁸⁵⁸. Böyle olunca bu gibi sözleşmelerin bu özelliği de dikkate alınarak uyarlamasının mümkün olmadığı sonucuna varılabilir⁸⁵⁹. Ne de olsa taraflar riskli sözleşme kurmakla durum değişikliğinin getirdiği riskleri önceden görmüşlerdir. Bizim görüşümüze göre bu tür sözleşmelerin hiç bir zaman uyarlanmayacağını söylemek aşırı bir yorum olacaktır. Tıpkı spekülâtif sözleşmelerde olduğu gibi riskli sözleşmelerin de bu niteliği

⁸⁵⁴ Deschenaux, s.579a.

⁸⁵⁵ İsmail Kırca, **Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, BTHAE yayınları, Ankara, 2000, s. 234-236. Yazar, opsiyon borsalarının, o borsada işlem gören opsiyonların özelliklerini dikkate alarak, uyarlama konusunda önceden kurallar koymanın, uyumsuzlukları peşinen önlemesi yanında, opsiyon borsasına olan güveni de sağlayacağı görüşünde. Bizce de, değişen koşullara karşı spekülâtif sözleşmelerde önlem alınması oldukça önemlidir, ancak böyle bir önlem alınmamışsa yine de bu tür sözleşmelerin uyarlanması mümkün olabilir.

⁸⁵⁶ Ghestin/Jamin/Billiau, N.292.

⁸⁵⁷ Deschenaux, s. 582a.

⁸⁵⁸ Bischoff, s.215; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR N 589**.

⁸⁵⁹ Bischoff, s.215.

önceden görülemezlik ve risk ögelerinin değerlendirilmesinde hesaba katılacak ve değerlendirme bu tür sözleşmelerde daha sıkı koşullarda yapılacaktır. Bu tür sözleşmeleri, risk ögesini barındırmaları nedeniyle risk paylaşımı ile ilgili bölümde daha detaylı incelemek daha uygun olacaktır.

b) Sözleşme Taraflarının Özellikleri

Önceden görülemezlik ögesinin değerlendirilmesinde tarafların sosyal statüsü, eğitimi, düşünsel kapasitesi, meslekleri gibi öznel özellikleri de rol oynar⁸⁶⁰. Ancak önceden görülemezlik bu kapsamda değerlendirildiğinde oldukça göreceli bir özellik taşır. Bazı kişiler öznel özellikleri gereği daha fazla olasılığı dikkate alırken, bazı kişiler çok daha olasılığı hesaba katarak işlemi gerçekleştirirler. Bu göreceliğin nasıl değerlendirileceği, somut ölçütlere ulaşmaya çalıştığımız için oldukça önemlidir. Soyut bir değerlendirme mi (*in abstracto*) somut bir değerlendirme mi (*in concreto*) amaca daha uygun olacaktır? Eğer “normal olarak öngörülebilir” bir olaydan bahsedilecek ve soyut bir değerlendirme yapılacaksa, özenli bir kişi soyut olarak (*bonus pater familias*) dikkate alınacaktır; somut değerlendirmede ise mağdur tarafın kişisel, öznel özellikleri dikkate alınacaktır⁸⁶¹. Önceden görülemezliğin ölçütünün nesnel olması gerektiği düşünülürse, soyut değerlendirmenin kabul edilmesi amaca daha uygun olacaktır.

Yargıtay Türk hukukunda uyarlamaya ve imkansızlığa ilişkin verdiği kararlarda, ortaya çıkan değişikliğin önceden görülemezliğini değerlendirirken, soyut bir değerlendirme yapmaktadır. Yargıtay sözleşmenin uyarlanmasını isteyen tarafın tacir olması durumunda “basiretli bir tacir gibi davranma yükümünü” dikkate almaktadır. Yargıtay uygulaması bakımından, tacirlerin, tacir olmayanlara nazaran, sonradan ortaya çıkan gelişmeler, durum değişiklikleri karşısında daha sıkı bir değerlendirmeye tabi tutulmasına şu örnekler verilebilir: Tacir “*Maliye Bakanlığının döviz tahsis etme veya etmeme hususundaki yetkilerini herkesten iyi bilmeli ve basiretli ve tedbirli bir tacir gibi davranmalıdır*⁸⁶²”; “*hammadde üretimindeki düşüklük karşısında tacirler tedbirli bir iş adamı gibi hareket etmeli ve ihtiyaçları*

⁸⁶⁰ Philippe, s.67/68; Stoffel-Munck, N. 204.

⁸⁶¹ Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 955.

⁸⁶² YHGK., 18.4.1984 T., E. 11-139, K.426 (Uygur, m. 117, s. 4029 -4030).

olan malzemeyi daha önce depo etmelidirler⁸⁶³”. Yargıtay bu özel durumlar dışında, genel olarak özellikle istikrarsız ekonomik durumun önceden görülebilmesi konusunda tacirler bakımından oldukça sıkı ölçütler uygulamaktadır. Döviz üzerinden sözleşme kuran tacirlerin sözleşmelerinin uyarlanması, önceden görülemez şartının eksikliği nedeniyle çoğu kez reddetmektedir⁸⁶⁴.

Görülüyor ki, Yargıtay sözleşme tarafının tacir olmasını dikkate alıp, bu kişinin sözleşmenin ifası esnasında ortaya çıkan kişisel nedenlerini dikkate almamaktadır. Yargıtay uygulamasına bakıldığında soyut bir değerlendirme yaptığı, sözleşme tarafının öznel özelliklerini dikkate almadığı düşünülebilir. Bununla birlikte, Yargıtay uygulamasındaki, tacir olma sıfatından doğan basiretli davranma yükümünü soyut değerlendirmede tek başına ölçüt olarak kullanması yeterli değildir. Soyut değerlendirme yapılırken, değişen durumlar sonucu mağdur olan sözleşme tarafı, bu durum değişikliklerini önceden görmemiş olsa da, onun yerinde bulunan makul bir kişi (*bonus pater familias, reasonable man*) önceden görebilecek ise o zaman sözleşmenin uyarlanması mümkün olmayacaktır⁸⁶⁵. Tacir olan sözleşme tarafının uyarlama talep etmesi halinde, onun tacir olması mutlaka dikkate alınacak, ancak somut olayda onun durumunda bulunan makul bir kişinin, o durumdaki başka bir tacirin bile durum değişikliğini önceden göremeyeceği sonucuna varılıyor ise sözleşme tarafının tacir olması, önceden görülemezlik şartı eksikliği nedeniyle uyarlamayı reddetmeye yetmeyecektir.

Soyut değerlendirmeye verilebilecek başka bir örnek ise, yabancı ülkedeki bir girişimcinin o ülkenin gelenek ve görenekleri bilmemesi, bunun sonucunda, dini tatilde şantiyelerde işçilerin bulunmayacağını önceden görmemesi ve bu nedenle

⁸⁶³ Y. 15. HD., 2.6.1987 T., E. 26, K.2433 (Uygur, m. 117, s. 4031/4032).

⁸⁶⁴ YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599; YHGK 07.5.2003 E. 2003/13-332, K. 2003/340; Y. 13. HD. 28.6.2004, E. 2004/2610, K. 2004/10082, Y. 13. HD. 23.9.2003, E. 2003/5912, K. 2003/10490; “Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden, Türk parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması da kabul edilemez”, Y. 13. HD. 3.7.2003, E. 2003/4607, K. 2003/9022; “Davacı da TTK 18/1 maddesi hükmüne göre tacir olduğuna göre aynı yasanın 20/II maddesine göre de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum, tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilir bir keyfiyet olduğu halde, uzun süreli bir kira sözleşmesinde aylık kira bedeli döviz üzerinden kararlaştırılmıştır. Somut olayda öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır. Y. 13. HD. 10.6.2003, E. 2003/3622, K. 2003/7636,(Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁸⁶⁵ Karş. Atamer, CISG, s. 447.

teslimatı yetiştirememesi işlem temelinin çökmüş sayılmasına yetmeyecek olmasıdır⁸⁶⁶; zira soyut değerlendirme yapıldığında onun durumundaki makul bir kişinin bu tatilleri önceden öğrenip planlarını ona göre yapması gerektiği sonucuna varılır.

Soyut değerlendirmenin önemli bir sakıncası, bu değerlendirmenin katı bir şekilde yapılması halinde herşeyin öngörülebileceği sonucuna varılabilesidir⁸⁶⁷. Bunu engellemenin yolu, soyut değerlendirme yapılırken tarafların öznel özelliklerinin ve durumun gereklerinin yol gösterici, yardımcı ölçütler olarak dikkate alınmasıdır. Soyut değerlendirmede hesaba katılacak, aynı durumda nasıl davranacağına bakılan makul kişinin özellikleri, somut uyumsuzlukta uyarılama isteyen kişinin özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir. Örneğin, bir tacirin uyarılama talep etmesi durumunda, herhangi bir tacirin basiretli davranma yükümü dolayısıyla nasıl davranacağı değil, uyarılama talep eden tacirin özelliklerini, bilgisini taşıyan makul ve gerekli özeni göstermiş bir tacirin nasıl davranacağı önemlidir.

Önceden görülemezlik ve risk paylaşımı değerlendirilmesinde sözleşme taraflarının ekonomik gücünün ne ölçüde dikkate alınması gerektiği sorusu akla gelebilir. Somut değerlendirme yapılacağı kabul edilirse, bu unsurların dikkate alınacağı doğaldır. Türk hukukunda bu tartışma özellikle, işlem temelinin çökmesi teorisinin özel bir uygulaması olan BK m. 365/II açısından yapılmıştır.

Tandoğan, BK m. 365/ II'ye ilişkin olarak müteahhidin sosyal ve ekonomik durumunun dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Yazar, BK m. 365/II hükmünün daha çok ekonomik açıdan zayıf taraf konumunda olduğu kabul edilen küçük zanaatlarla uğraşan müteahhitleri koruma amacını taşıdığını, geniş olanaklara sahip piyasaya egemen firmaların müteahhitleri açısından da aşırı riskin daha zor kabul edilmesi gerektiği belirtir⁸⁶⁸.

Bizim görüşümüze göre tarafların sosyal ve ekonomik durumu, ancak önceden görülemezliğin soyut değerlendirilmesinde bir ölçüt olabilir. Değerlendirme her zaman mağdur tarafın özelliklerini taşıyan makul bir kişinin, durum değişikliğini önceden görüp göremeyeceğine göre yapılacaktır; yoksa o kişinin ekonomik gücü,

⁸⁶⁶ CE, 23.01.1952, (aktaran, Philippe, s. 85).

⁸⁶⁷ Deschenaux, s.555a.

⁸⁶⁸ Tandoğan, C.II, s. 245/246; aynı görüşte: Deschenaux, s. 584a/585a.

şahsi özellikleri dikkate alınarak değil. Tarafların özellikle ekonomik durumları, ortaya çıkan durumu önceden görmeleri gereğine, ancak yardımcı bir ölçüt olabilir. Tarafların öznel ekonomik ve sosyal durumları sözleşme ile ortaya çıkan riski mutlaka üstlenmelerini gerektirmez. İşlem temelinin çökmesi teorisinin zayıf tarafı koruma amacı taşımadığını ancak dolaylı yoldan bu amaca hizmet edebileceğini yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle, taraflardan birinin ekonomik durumunun iyi olması, riski mutlaka taşıması gerektiği anlamına gelmez. Müteahhidin büyük ve piyasaya egemen bir firmada çalışıyor olması, onun ortalama bir müteahhide nazaran çalıştığı piyasadaki riskleri daha iyi değerlendirmesine, bunun sonucu olarak da önceden görebilmesine neden olur, yoksa bu riski sırf ekonomik gücü nedeniyle üstlenmesine değil⁸⁶⁹.

Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında, yayın sözleşmesinde belirlenen bedelin uyarlanmasına ilişkin sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan yayıncının talebi kabul edilmemiştir⁸⁷⁰. Bununla birlikte, kararın gerekçesinden uyarlamanın kabul edilmemesinin nedeninin lisans sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturan eser sahibini korumak olmadığı anlaşılmaktadır; işlem temelinin çökmesinin şartlarından olan durum değişikliğinin yayıncı tarafından önceden görülmesi gerektiği için uyarlama kabul edilmemiştir⁸⁷¹.

IV. RİSK DAĞILIMI ANLAYIŞINA UYGUNLUK ÇERÇEVESİNDE İFANIN BEKLENEMEZLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ile ilgili öne sürülen teoriler incelendiğinde, en önemli sorunun, durum değişikliğinin getirdiği riske kimin

⁸⁶⁹ Vanoli, s.18-21, (aktaran Tandoğan, C. II, s. 245).

⁸⁷⁰ Y. 11. HD. 02.06.2003, E. 2003/1705, K. 2003/5811 (Cahit Suluk / Ali Orhan, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.II Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan, İstanbul, 2006, s.691); kararın yorumu için bkz. Şirin Aydınçık, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan, İstanbul, 2006, s. 169, dn. 747. Bu yönde başka bir karar için bkz. Y. 11 HD. 02.10.2003, E. 2003/9842, K. 2003/8670.

⁸⁷¹ İşlem temelinin çökmesi teorisinin lisans sözleşmelerinin zayıf tarafı eser sahibini koruduğu yönünde görüş için bkz. Emre Gökyayla, **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 265; bunu dolaylı bir sonuç olarak değerlendirip, önceden görülemezlik şartının eksikliğine bağlayan görüş için, bkz. Aydınçık, s. 169.

katlanacağıının belirlenmesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁸⁷². Taraflar sözleşmeyi kurarlarken belli bazı olumsuzluklarla karşılaşacaklarını öngörmelidirler. Bu, “bir öngörü işlemi” olan sözleşmeye bağlılıklarının da gereğidir, bu durum sözleşmenin riski (*risque du contrat*) olarak adlandırılmıştır⁸⁷³. Bu nedenle, olumsuzluklar sonucu sözleşmede edimler arası dengenin bozulması her zaman, uyarlamayı beraberinde getirmez⁸⁷⁴. Ancak, bu olumsuzluklar öyle bir boyuta ulaşır ki, artık tarafların bu olumsuzluklara katlanma riskini de üstlenmiş oldukları söylenemez; aksini iddia etmek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder⁸⁷⁵. Sözleşmenin “geleceğe ilişkin bir kumar” (*Ripert*) olduğu ifade edilirken, tarafların sözleşmeyi “geleceğe ilişkin bir garanti” olarak gördükleri de unutulmamalıdır⁸⁷⁶. Temelinden sarsılmış bir sözleşmede, tarafların sözleşme ile üstlendiği risklerin aşıldığı, sözleşmenin, geleceği garanti altına alan bir işlem olmaktan çıktığı bir gerçektir. Bu nedenle de, sözleşmenin bozulan ekonomisinin, sözleşmenin uyarlanması ile yeniden sağlanması gerekir.

Alman hukukunda birçok yazar, işlem temelini çökmesini, bir risk paylaşımı sorunu olarak değerlendirmektedir⁸⁷⁷. Gerçekten de, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerinin getirdiği riske kimin katlanacağıının belirlenmesi son derece önemlidir. Riske kimin katlanacağı, sözleşmesel veya kanuni risk paylaşımı kurallarına göre belirlenebilir, bu belirleme yorum yoluyla da yapılabilir. Riske kimin katlanacağı açıkça veya yorum yoluyla, sözleşmeden veya kanundan anlaşılamiyorsa, artık değerlendirilmesi gereken sözleşmenin bu şekilde devamının beklenebilir olup olmadığıdır. Varılan sonuca göre, bu değişikliğin riskine bir taraf katlanacaktır. Demek oluyor ki, risk paylaşımı iki aşamada değerlendirilmelidir. Risk paylaşımı sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan kurallarla çözülebiliyorsa, bu kurallara uygun olarak değerlendirme yapılmalıdır.

⁸⁷² Ghestin/Jamin/Billiau; N. 331.

⁸⁷³ Deschenaux, s. 570a.

⁸⁷⁴ Sözleşmenin uyarlanmasını gabin hükmü ile açıklamak bu nedenle de yerinde olmayacaktır; zira uyarlamada öne çıkan şart gabinde olduğu gibi edimler arasındaki dengenin bozulması değil, ifanın beklenemezliği ve mağdur tarafın durum değişikliği sonucu ortaya çıkan riske katlanmasının hakkaniyete uygun olmamasıdır. İşlem temelini çökmesi teorisinin, sözleşmesel edimleri eşit ağırlığa getirme işlevi, sözleşme adaletini sağlama işlevi kadar ağırlıklı değildir.

⁸⁷⁵ Deschenaux, s. 570a.

⁸⁷⁶ Stoffel-Munck, N. 102.

⁸⁷⁷ Bkz. Fikentscher, s. 47; Köhler, **FG Wissenschaft**, s. 299 vd.

Sözleşmesel veya kanuni risk paylaşımı kuralları yoksa, değerlendirme dürüstlük kuralına göre yapılmalı ve sözleşmeye bu şekilde devam edilmesinin hakkaniyete, sözleşme adaletine uygun olup olmadığına, ifanın bu haliyle beklenebilir sayılıp sayılmadığına bakılmalı ve buna göre kimin riske katlanacağına dair yeni bir risk paylaşımı kuralı belirlenmelidir .

Özetle, sözleşmede veya kanunda yer alan risk paylaşımı kuralları karşısında ifanın beklenemezliği, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması için mutlaka aranması gerekli bir şarttır. Borçlar Kanunu Tasarısı'nda bu şartın hiç anılmamış olması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁸⁷⁸. Sözleşmede veya kanunda durum değişikliklerinin getirdiği riske kimin katlanacağına ilişkin bir hüküm yoksa, değişiklik nedeniyle, sözleşmenin ifasının dürüstlük kuralı uyarınca beklenebilir olup olmadığına bakılacaktır; beklenemez olduğu sonucuna varılıyorsa artık bu değişiklik sonucu mağdur olan tarafın değişikliğin riskini tek başına üstlenmesi söz konusu olmayacaktır. Sözleşmenin uyarlanması ile risk dağılımı tekrar yapılacaktır. Bu nedenle üzerinde durulması gerekli ilk kavram özellikle Alman hukukunda geliştirilen “ifanın beklenemezliği” kavramıdır.

B. İFANIN BEKLENEMEZLİĞİ KAVRAMI

İşlem temelinin çökmüş sayılması için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri sonucu, sözleşmenin ifası sözleşmenin bir tarafı için, dürüstlük kuralı uyarınca, ondan beklenemez hale gelmelidir⁸⁷⁹. İfanın beklenemezliği kavramı (*Unzumutbarkeit*) işlem temelinin çökmesi öğretisi çerçevesinde Alman hukukunda geliştirilmiş bir kavramdır⁸⁸⁰. İşlem temelinin çökmüş sayılması için gerekli şartlardan biri olan, ifanın durum değişikliği sonucu mağdur taraftan beklenemezliği, aynı zamanda işlem temelinin çökmesinin sonuçları bakımından da önemli bir kavramdır. İfanın beklenemezliğinin dereceleri sonuçlar bakımından etkilidir⁸⁸¹. Sözleşmenin uyarlanarak da olsa ifası beklenemez ise

⁸⁷⁸ Serozan, **HPD 2006/06**, s. 46; Atamer, **HPD 2006/06**, s. 26; Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoğlu Işintan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 84; k.g. Arat, s. 92.

⁸⁷⁹ Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 23; Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 24; **ErmanBGB/Hohloch**, § 313 N. 27.

⁸⁸⁰ Fikentscher, s. 17-19; Haarmann, s. 46-51 ve s. 57-65.

⁸⁸¹ Jauernig/ Stadler, § 313 BGB N. 23, 29.

sözleşme sona erdirilir. Demek oluyor ki, durum değişikliğine rağmen ifanın mağdur taraftan beklenemeyeceği sonucuna ulaşıyorsa, işlem temelinin çöktüğü kabul edilecektir. Bu aşamadan sonra ifanın, sözleşmenin uyarlanması yoluyla beklenebileceği sonucuna ulaşıyorsa, sözleşme uyarlanacak, bu olmuyorsa sözleşme sona erdirilecektir. Beklenemezlik kavramının bu ikinci etkisi işlem temelinin çökmesinin sonuçları ile ilgili bölümde detaylı olarak incelenecektir⁸⁸².

İşlem temelinin çökmesinin şartlarından olan ifanın beklenemezliği, önceden görülemez durum değişiklikleri sonucu sözleşmenin ifasının dürüstlük kuralı uyarınca artık beklenemez derecede olması anlamını taşır. § 313 I BGB hükmünde beklenemezlik şartı açıkça aranmaktadır: “*sözleşmenin kurulduğu haliyle ifası artık taraflardan birinden, somut olayın tüm özelliklerine ve özellikle yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma geldiyse sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir*”. Bu hükümden de anlaşıldığı gibi, ifanın beklenemezliği değerlendirilirken, somut olayın özellikleri, özellikle de yasal ve sözleşmesel risk dağılımı dikkate alınmalıdır. Yasal ve sözleşmesel risk dağılımına yapılan bu vurgu önemlidir. İfanın beklenemezliği risk paylaşımı ögesine sıkı sıkıya bağlıdır. Alman hukukunda da, beklenemezlik kavramı, işlem temelinin çökmesi teorisinde, risk dağılımından bağımsız değerlendirilmemektedir⁸⁸³.

Sözleşmesel veya yasal risk dağılımı kuralları varsa bu kurallar öncelikle dikkate alınır. Bu nedenle, sözleşmenin kurulduğu biçimiyle ifasının ne zaman beklenemez olduğunu anlamak için, ilk olarak sözleşmesel ve yasal risk dağılımı kurallarına bakmak gerekir. Risk dağılımına ilişkin sözleşmesel ve yasal risk dağılımı kuralları bulunmuyorsa, somut olayın özellikleri dikkate alınacak ve ifanın sözleşmenin kurulduğu haliyle gerçekleştirilmesinin dürüstlük kuralına göre beklenebilir olup olmadığı belirlenecektir.

Beklenemezlik şartı, “ifayı talep etmenin hakkaniyete aykırı olması” şartı olarak, Türk hukukunda da aranmaktadır. Öğretide, sözleşmelerin uyarlanması konusunda, dürüstlük kuralına yapılan vurgu bu kapsamda değerlendirilmelidir⁸⁸⁴. Birçok yazar da, sözleşme dengesinin “çekilemez, katlanılamaz” biçimde

⁸⁸² Bkz. aş. B. IV/IV/C/2.

⁸⁸³ Haarmann, s. 57; Brox/Walker, § 27 N. 8; Serozan, **Oğuzman’a Armağan**, s. 1024.

⁸⁸⁴ Serozan, **İfa**, § 20 N. 8.

bozulmasından bahsederek, beklenemezlik şartına göndermede bulunmaktadır⁸⁸⁵. Yargıtay da işlem temelini çökmüş sayılabilmesi için, “sözleşmenin ifasının çekilmez hale gelmesi” aramaktadır⁸⁸⁶.

C. RİSK DAĞILIMI KURALLARI KARŞISINDA İFANIN BEKLENEMEZLİĞİ

1. Genel Olarak

Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını kabul eden çoğu düzenlemede, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının şartlarından biri olarak, “yasal veya sözleşmesel risk dağılımının dikkate alınması” (§ 313 BGB, Portekiz Medeni Kanunu m. 437/I) şartı açıkça belirtilmiştir. İtalyan Medeni Kanunu m. 1468’de ifade edilen durum değişikliğinin “sözleşmenin normal alanına” (*alea normale del contratto*) girmemesi gereği de, risk paylaşımı ile ilgili şarttır⁸⁸⁷. Uyarlamanın kabul edildiği diğer ülkelerde ise, açıkça kanun hükmünde yer almamakla birlikte, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasında tarafların sözleşme ile üstlendikleri risklerin, sözleşmesel veya kanuni risk dağılımı, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması şartlarından sayılmaktadır⁸⁸⁸. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin “durumların değişmesi” başlıklı 6:111. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendine göre de uyarlama şartlarından birisi “zarar gören tarafın bu durum değişikliklerinin getirdiği riske katlanmak hususunda sözleşmesel bir sorumluluğunun da olmaması”dır. Bunun yanı sıra uluslararası ticarete son derece önemli bir etkiye sahip olan Unidroit Prensipleri’nin sözleşmelerin uyarlanması ile ilgili maddesinde de, sözleşmenin uyarlanması için öncelikle risk dağılıma bakılacağı ifade edilmiştir. Şöyle ki, *Hardship*’ten bahsedebilmek için, Prensiplerin 6.2.3. maddesinin (e) bendinde “riskin zarar gören tarafından üstlenilmemiş olması” şartı açıkça aranmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan bu veriler ışığında, sözleşmenin uyarlanması için tarafların ortaya çıkan durum değişikliğinin getirdiği riski üstlenmemiş

⁸⁸⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1006.

⁸⁸⁶ YHGK 1.10.1997, E. 1997/13-493, K. 1997/87, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁸⁸⁷ Terranova, s. 154; Abas, s. 289; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 39.

⁸⁸⁸ Deschenaux, s. 569 a.; Bischoff, s. 177 vd.

olmalarının, işlem temelinin çökmesinin temel şartlarından olduğu açıktır⁸⁸⁹. Tarafların katlanması gereken risk sözleşmeden veya kanundan açıkça anlaşılabilmesi gibi sözleşmenin özelliklerinden yola çıkılarak da belirlenebilir⁸⁹⁰. Eğer taraflardan birinin ortaya çıkan durum değişikliğinin riskine katlanması gerekiyorsa, artık uyarlamadan bahsedilemeyecektir⁸⁹¹.

Eğer sözleşmede veya kanunda risk paylaşımına ilişkin bir hüküm bulunuyorsa, uyarlamada dikkate alınacak “katlanması gereken risk” eşiği, bu hükümlere göre belirlenecektir. Bu ilke, uyarlamanın ikinciliği ilkesi olarak ifade edilmiştir⁸⁹². Taraflarca sözleşmede öngörülen bir uyarlama klozu varsa veya kanun uyarlamaya ilişkin bir hüküm içeriyorsa sözleşmenin uyarlanması bu kurallara göre yapılır⁸⁹³. Risk dağılımına ilişkin bu tür hükümler mevcut değilse, ortaya çıkan adaletsiz sonucu çözmek için dürüstlük kuralına uygun yeni bir risk dağılımı yapılmalıdır.

İsviçre hukukunda, sözleşmede veya kanunda bir risk paylaşımı hükmü olmaması durumunda bir risk boşluğundan (*Risikolücke*) bahsedilmektedir; zira taraflar sözleşmede ortaya çıkan riske kimin katlanacağı hususunda sessiz kalmışlardır⁸⁹⁴. Hakim sözleşmedeki bu risk boşluğunu tarafların farazi iradelerine dolduracaktır⁸⁹⁵. Bizim görüşümüze göre, sorun bir sözleşme boşluğu sorunu olmadığı için bir risk boşluğundan bahsedilip bunun tarafların farazi iradelerine göre doldurulmasına gerek yoktur. Bu noktada söz konusu olan, değişen koşullar karşısından ifanın dürüstlük kuralı uyarınca beklenebilir olup olmadığıdır. İfanın

⁸⁸⁹ Deschenaux, s. 569 a; Heinrichs, **FS Heldrich**, s. 185; Bu hususa dikkat çeken Alman Federal Mahkemesi kararları: BGH NJW 1989, s. 289 vd. (s.290); BGHZ 74, s. 370 vd. (s.373); “İşlem temelinin çökmesinin dikkate alınabilmesi için sözleşmesel veya kanuni düzenlemeler gereği bir tarafın risk alanına dahil olmayan bir riskin gerçekleşmiş olması gerekir”, BGHZ 121, s. 378 vd. (s.392); BGH NJW 2000, s. 1714 vd. (s.1716).

⁸⁹⁰ Schwenger, N. 35.02; Bischoff, s. 181; Tercier, **JdT 1979 I**, s. 197.

⁸⁹¹ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 589; Schwenger, N. 35.07.

⁸⁹² Bischoff, s. 180.

⁸⁹³ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 622 vd; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB; **Zürcher Kommentar/Baumann**, Art.2 ZGB N. 453/454. Hausheer/Jaun, Art. 2 ZGB N. 106; Bischoff, 180; **Commentaire Romand/Winiger**, art. 18 CO N. 210; Müller-Chen, s. 235/236; Oğuzman/Öz, s. 155; Y.13. HD, 14.12.1990, E. 1990/5697, K. 1990/8708, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁸⁹⁴ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 591. Alman hukukunda benzer bir görüş için bkz. Köhler, **FG Wissenschaft**, s. 326/327.

⁸⁹⁵ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 639-644; **Basler Kommentar/ Wiegand**, Art. 18 OR N.116; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 322 vd.

beklenemez olduğu sonucuna varılıyor ise sözleşme yeni bir risk dağılımı anlayışı çerçevesinde uyarlanacaktır.

Sözleşmede veya kanunda risk paylaşımına ilişkin bir hükümün varlığına karşın, beklenmedik durum değişiklikleri karşısında hükümlerin o halleriyle uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açacak ise, bu hükümler yerine işlem temelinin çökmesi kuralları devreye girebilir; sözleşmede bulunan uyarılama hükmünün kendisi de uyarlamaya maruz kalabilir veya kanunda bulunan hüküm yerine genel işlem temelinin çökmesi uygulama alanı bulur⁸⁹⁶. Bu konuya aşağıda tekrar değinilecektir.

2. Sözleşmede ve Kanunda Risk Paylaşımına İlişkin Hüküm Bulunması Hali

a) Sözleşmede Hüküm Bulunması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi

Sözleşme özgürlüğünün bir gereği olarak, taraflar, sözleşmelerine bir uyarılama hükmü getirebilirler⁸⁹⁷. Sözleşmede risk dağılımına ilişkin hüküm var ise, sözleşmenin kurulduğu haliyle ifasının değişen durumlar sonucu mağdur olan taraftan beklenip beklenemeyeceği değerlendirilirken, sözleşmedeki bu hükümler dikkate alınacaktır. Bu nedenle, beklenemezlik ögesinin belirlenmesinde, sözleşmede yer alan risk dağılımı kuralları son derece önemlidir. Uyarılama hükümleri veya klozları olarak adlandırılan bu kurallar uluslararası ticarete büyük öneme sahiptir. Uluslararası ticarete uyarılama klozlarına *hardship* klozları denmektedir.

(1) Olumlu ve Olumsuz Uyarılama Hükümleri

Taraflar durum değişikliği riskini önceden görerek bu riski kontrol altına almak isteyebilirler. Bunu sağlamak için sözleşmelerinde “uyarılama hükümleri” kararlaştırabilir⁸⁹⁸. Uyarılama hükümleri olumlu ve olumsuz uyarılama hükümleri olarak ikiye ayrılır. İlk olarak *Jäggi/Gauch* tarafından yapılan olumlu ve olumsuz uyarılama hükümleri ayrımı İsviçre-Türk hukukunda kabul görmüş bir ayırmadır⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ **Zürcher Kommentar/Baumann**, Art.2 ZGB N. 454; Abas, s. 213; Emmerich, § 27 N. 36; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 12.

⁸⁹⁷ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N.576 vd; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 276; Hausheer/Jaun, Art. 2 ZGB N. 107; Kaplan, s. 122.

⁸⁹⁸ Stoffel-Munck, N. 107.

⁸⁹⁹ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 576; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 276 vd; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N.108, Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 1284, Bischoff, s. 91 vd;

Sözleşme tarafları, sözleşmelerinde olumlu uyarlama (*positive Anpassungsregeln*) hükmü koyarak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını kabul edebilirler veya olumsuz uyarlama hükmü koyarak (*negative Anpassungsregeln*), sözleşmenin değişen koşullara rağmen ayakta kalacağını kararlaştırabilirler⁹⁰⁰.

Olumlu uyarlama hükümleri söz konusu olduğunda, taraflar sözleşmenin değişen koşullara uyarlanacağı hususunda anlaşılır ve bu konuda bir düzenleme yaparlar. Olumlu uyarlama hükümleri sözleşmelerin uyarlanması sonucunu doğuran şartlardır⁹⁰¹. Sözleşmede öngörülen olumlu uyarlama hükümleri, gelecekteki bir olayın gerçekleşmesine bağlı olarak devreye girecektir.

Olumlu uyarlama klozlarında, taraflar, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri sonucu, sözleşmelerinin bu değişikliklere uyarlanacağına ilişkin genel ifadeler kullanabilirler. Bu genel kayıtlarda uyarlamanın gerçekleştirileceği ve şartları çok genel ifadelerle belirtilir⁹⁰². Örneğin, “sözleşmenin esasına ilişkin durumların temelden değişmesi” gibi genel bir ifade kullanılarak olumlu uyarlama hükmü getirilebilir⁹⁰³. Sözleşme tarafları bazen de, uyarlama durumunu “çelik fiyatlarının % 10 oranında artması” gibi çok somut olarak belirleyebilirler⁹⁰⁴. Olumlu uyarlama hükümlerinin uygulamada en sık rastlanılan şekli fiyat endeksi hükümleridir⁹⁰⁵.

Birçok uyarlama hükmünde, sözleşmenin kurulmasından sonra durum değişikliklerinin gerçekleşmesi halinde, tarafların, biraraya gelip sözleşmeyi yeniden müzakere edeceklerini kararlaştırırlar⁹⁰⁶. Uygulamada sıkça karşılaşılan, taraflara durum değişiklikleri karşısında sözleşmeyi yeniden müzakere borcu yükleyen bu

Commentaire Romand/Winiger, art. 18 CO N. 204-207; Hausheer/Jaun, Art. 2 N. 107/108; Burcuoğlu, s. 13; Kaplan, s. 122-128.

⁹⁰⁰ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N.1284.

⁹⁰¹ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 579; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 277; Bischoff, s. 96; Kaplan, s. 123 vd.

⁹⁰² Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 580; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 281; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N.111/122; Kaplan, s. 125.

⁹⁰³ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 1285.

⁹⁰⁴ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 1285.

⁹⁰⁵ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 577; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 277; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N.109.

⁹⁰⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 1285.

hükümlere, yeniden müzakere klozları (*Neuverhandlungsklauseln*) denmektedir⁹⁰⁷. Yeniden müzakere klozları taraflara sadece müzakere girişmek hususunda bir ödev yüklemiş olabileceği gibi, bir yüküm olarak da öngörülebilirler. Bu son durumda müzakerelere girişilmemesinin veya iyi sürdürülmemesinin tazminat talebine yol açabileceği de kararlaştırılabilir⁹⁰⁸. Bu klozların, taraflara sadece yeniden müzakerelere başlama yükümü değil, ayrıca uyarılama yükümü de getirmesi durumunda, sözleşmenin değiştirilmesine yönelik bir önsözleşme olarak nitelendirilebileceği de öğretide savunulmuştur⁹⁰⁹.

Sözleşmede, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi uyarlayabileceği de kararlaştırılabilir. Bu durumda sözleşmeye ilişkin tek taraflı yenilik doğuran hakların dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiği ilkesi de dikkate alınır⁹¹⁰.

Olumlu uyarılama hükümlerine özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde rastlanmaktadır. Örneğin teknoloji transferinin söz konusu olduğu know-how sözleşmelerinde, sözleşme süresince tekniğin, teknolojinin gelişme ihtimali dikkate alınarak uyarılama hükümleri getirilmektedir⁹¹¹.

Olumsuz uyarılama klozlarında ise, taraflar sözleşmelerinde değişen koşullara rağmen uyarılamanın gerçekleştirilmeyeceğini kararlaştırırlar. Bu klozlar uyarlamayı imkansız kılmayı amaçlarlar; sözleşmenin değişen bazı koşullara rağmen değişmeden yürürlükte kalacağını öngörürler⁹¹². Bu gibi klozlara açıkça yer verilmiş olabilir. Örneğin, bir alıcı alım fiyatını işlerinin durumundan bağımsız bir şekilde karşılayacağını vaat edebilir ya da taraflar genel olarak herhangi bir zorluğun sözleşmenin ifasına engel oluşturmayacağını kararlaştırmış olabilirler⁹¹³.

Olumsuz uyarılama hükümlerinin varlığına rağmen, bazı durumlarda işlem temelinin çökmesi yine de mümkün olabilir. Öğretide, risk paylaşımını belirleyen

⁹⁰⁷ **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N.121; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 286.

⁹⁰⁸ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N.286.

⁹⁰⁹ Ernst Steindorff, "Vorvertrag zur Vertragsänderung", **BB 1983**, s.1127-1131, (s. 1128); **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 286.

⁹¹⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 1285.

⁹¹¹ Philippe Fouchard, "L'adaptation des contrats à la conjoncture économique", **Revue de l'arbitrage**, 1979, s. 67-82, (s. 69).

⁹¹² Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR N. 584**; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N.110.

⁹¹³ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR N. 585**.

uyarlama hükümlerinin de uyarlamaya maruz kalabileceği kabul edilmektedir⁹¹⁴. Sözleşmede bulunan diğer hükümler gibi uyarlama hükümlerinin ifası da, önceden görülemeyen durum değişiklikleri sonucunda beklenemez hale gelebilir. Bu nedenle bu hükümlerin de uyarlanması gerekebilir.

Bununla birlikte, olumsuz uyarlama hükümlerinin varlığı karşısında, risk paylaşımına ilişkin değerlendirme doğal olarak daha sıkı yapılacaktır. Sözleşmede yer alan olumsuz uyarlama hükmü, durum değişikliğinin getirdiği riski daha üst bir kademeye taşımaktan öte anlamlandırılmamalıdır.

Türk hukukunda, Yargıtay sözleşmedeki olumlu veya olumsuz uyarlama hükmüne rağmen, sözleşmenin genel ilkelere göre uyarlanmasının mümkün olduğu görüşündedir. Bazı durumlarda, edimin ifasının aşırı derecede ağırlaşmasına rağmen, bu hükümlerde ısrar etmenin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı haklı olarak belirtilmiştir. Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında bu noktayı açıkça ifade etmiştir⁹¹⁵: “*Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK md. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır.*”

Bizim görüşümüze göre de olumlu veya olumsuz uyarlama hükümlerinin varlığı işlem temelinin çökmesinin hiç bir zaman uygulanmayacağı anlamına gelmez. Bazı öyle haller olabilir ki, sözleşmede yer alan uyarlama hükümlerinin kendisi adaletsiz duruma çözüm üretmediği gibi adaletsizliği daha da arttırabilir. Bu durumda bu hükümlerin de değişen koşullara uyarlanması gerekir. Uyarlama hükümlerinin kendisi uyarlamaya maruz kalabilir.

(2) Sözleşmede Bulunan Uyarlama Hükümlerinin Yorumu

⁹¹⁴ **Zürcher Kommentar/Baumann**, Art. 2 ZGB N. 454; Abas, s. 213, Stoffel-Munck, N. 109; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 12.

⁹¹⁵ YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); aynı yönde başka bir kararda da, Yargıtay banka ile akdedilen emeklilik sözleşmesinde var olan sözleşmenin feshinin şartlarına ilişkin açık hükme rağmen işlem temelinin çöktüğünü kabul etmiştir, Y. 11. HD. 25.01.2002, E. 2001/7365 K. 2002/477, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası),

Olumlu veya olumsuz uyarlama klozlarının hangi koşulları kapsadığı sorunu çoğu zaman yoruma muhtaç olacaktır. Bu nedenle, bu klozları içeren sözleşmelerin uyarlanmasında yorum özel bir önem taşır.

Olumlu uyarlama hükümlerinin yorumunda dikkat edilmesi gereken noktalar vardır. Olumlu uyarlama hükümlerinin kıyas yoluyla genişletilerek kapsamadıkları durum değişikliklerine uygulanmamasına dikkat edilmelidir. Buna karşın bu hükümler, yorum yöntemlerinin uygulanması yoluyla, lafzen söz konusu kuralların kapsamına girmeyen, ama kuralın amacına ve ruhuna uygun durumlara uygulanabilir⁹¹⁶. Örneklendirmek gerekirse, sözleşmede olumlu uyarlama hükmü olarak savaş halinde sözleşmenin taraflarca yeniden müzakere edilip uyarlanacağına dair bir hüküm yer alıyorsa, bu hükümden yola çıkarak aynı derecede güçlük yaratan bir doğal afetin hükmün kapsamına kıyasen dahil edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, savaş teriminin mantıksal çerçevede kapsamına girebilecek diğer olguların, örneğin bir iç savaşın veya bölgesel çatışmaların uyarlamaya imkan tanıyacağı sonucuna ulaşılmalıdır⁹¹⁷.

Olumsuz uyarlama klozunun genel bir ifade ile kaleme alınmış olması durumunda sözleşmenin bütünü mutlaka dikkate alınmalıdır, bu gibi hükümlerde çoğu zaman ortaya çıkan durum değişikliklerinin uyarlamaya imkan vermemesinin önceden görülebilir durum değişiklikleri ile sınırlı olduğu sonucuna varılabilecektir⁹¹⁸. Olumsuz uyarlama klozlarında, genel bir ifade kullanılması yerine belirli bazı değişiklikler dikkate alınmış ise, bunların dışında kalan durumlar bakımından sözleşmelerin uyarlanması genel esaslara tabi olacaktır. Demek oluyor ki, bu hükümlerin mefhum-u muhalifinden bir anlam çıkarılması suretiyle, açıkça öngörülmuş durumlar dışındaki tüm değişikliklerde, uyarlamanın mümkün olacağı sonucunun çıkarılamayacağıdır, bu amacı aşan bir yorum olacaktır⁹¹⁹. Bu değişiklikler bakımından da uyarlamanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacaktır.

⁹¹⁶ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 579; Reichel, s. 6.

⁹¹⁷ Reichel, s. 6.

⁹¹⁸ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 586.

⁹¹⁹ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 587; Merz, **ZSR 1942**, s. 409a.

Olumlu veya olumsuz uyarlama klozları sözleşmede açıkça kararlaştırılabildikleri gibi zımnem de kararlaştırılabilirler⁹²⁰. Ancak zımnem kararlaştırılmaları halinde, bu konuda özel bir dikkate gerek olduğu, öğretide, haklı olarak vurgulanmıştır⁹²¹. Yukarıda değinildiği gibi, klasik *clausula rebus sic stantibus* öğretisinde de, her sözleşmede uyarlamaya ilişkin zımnem bir şartın varlığı kabul edilmektedir. Bu görüş bugün geçerliliğini yitirmiş bir görüştür. Zımnem uyarlama klozlarının varlığı istisnai olarak kabul edilmelidir, aksi takdirde her sözleşmede zımnem bir uyarlama hükmünün varlığı kabul edilir, bu da eski *clausula* düşüncesine geri dönüş anlamı taşır ve kabul edilemez⁹²².

Olumsuz uyarlama klozunun zımnem kararlaştırılması durumunda, sözleşmenin yorumundan ve içeriğinden, tarafların, sözleşmenin değışen koşullara uyarlanmayacağına ilişkin bir irade gösterdiği sonucuna varılabilir. Buna örnek olarak, spekülatif sözleşmeler verilebilir⁹²³. Bu sözleşmelerin spekülatif karakteri, sözleşme taraflarının durum değışikliğine rağmen sözleşmenin uyarlanmayacağına ilişkin irade gösterdikleri anlamını taşıyabilir. Bununla birlikte, açıkça kararlaştırılan olumsuz uyarlama klozlarına rağmen işlem temelinin çökmesinin olabileceğinin kabul edildiği bir sistemde, bu tür sözleşmelerde uyarlamanın yine mümkün olabileceği de unutulmamalıdır. Sözleşmenin uyarlanmasının sözleşmede kararlaştırılan zımnem bir hüküm yoluyla imkansız kılınması, görüldüğü gibi aslında oldukça zordur.

Zımnem uyarlama klozlarının varlığının kabulü bakımından çok dikkatli hareket edilmelidir. Bu klozlara verilecek anlama yorum yoluyla ulaşılmaya çalışılmalı, tüm yorum yolları tüketildiğinde bu hükümlerin varlığı ve anlamı noktasında herhangi bir sonuca ulaşılamıyor ise, sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir hüküm bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

⁹²⁰ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 581, 585, 588; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N.280/288; **Basler Kommentar/Wiegand**, Art. 18 OR N.111; Bischoff, s. 107 vd. , 111; karş. BGE 99 II 290, (www.bger.ch, çevrimiçi, 30.04.2005).

⁹²¹ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 289.

⁹²² **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 289; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 583; **Basler Kommentar/ Wiegand**, Art. 18 OR N. 112.

⁹²³ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR**, N. 588; Kaplan, s. 126.

Sözleşme taraflarının sözleşmede herhangi bir hükümle konuyu düzenlememiş olmalarının, nitelikli bir susma sayılıp sayılmayacağıının da belirlenmesi gerekir⁹²⁴. İsviçre öğretisinde, değişen koşulların sözleşmeye etkisi hususunda tarafların susmuş olmalarının, kural olarak nitelikli susma sayılmayacağı, böyle sayılabilmesi için tarafların bunu gerçekten düşünmüş ve istemiş olmaları gereği ifade edilmiştir⁹²⁵. Spekülatif sözleşmelerde bunun kabul edilebileceği de belirtilmiştir⁹²⁶.

(3) Uluslararası Ticarete Kullanılan *Hardship* Klozları⁹²⁷

Sözleşmede uyarlamaya ilişkin hüküm bulunması, uluslararası ticari ilişkilerde sıklıkla karşılaşılan bir olgudur. Günümüz ticari ilişkilerinde, özellikle de uluslararası ticaretin hacmi ve sözleşmelerin süresi gerektirdiğinden, koşullardaki değişikliği öngören, bunun olasılığını hesaba katan taraflar, sözleşmelerinde önlem alırlar. Çoğunlukla uzun süreli yapılan bu sözleşmelerde, uyarlama klozunun olmamasına sıklıkla rastlanmaz⁹²⁸.

Karşılaştırmalı hukukta değişen koşulların sözleşmeye etkisi ile ilgili çözümlerin ve yaklaşımların birbirinden farklılık göstermesinin etkisi, özellikle uluslararası ticari ilişkilerde kendini göstermektedir⁹²⁹. Örneğin taraflarından birinin Alman ve diğerinin Fransız uyruklu olduğu bir hukuki ilişkide uygulanacak olan hukukun Fransız hukuku olması durumunda sözleşme değişen koşullara uyarlanmayacak iken, Alman hukuku olması durumunda sözleşme değişen koşullara işlem temelinin çökmesi şartları dahilinde uyarlanacaktır⁹³⁰. Uluslararası ticarete bu

⁹²⁴ Pichonnaz, N. 1383; **Berner Kommentar/Schmidlin**, Art 23 OR s.159; Tercier, **JdT 1979 I**, s.203/204; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 291.

⁹²⁵ Tercier, **JdT 1979 I**, s.204; Pichonnaz, N. 1383.

⁹²⁶ Pichonnaz, N 1383; Bischoff, s. 114; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR N 588**; **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N 293.

⁹²⁷ *Hardship* teriminin uluslararası ticarete de İngilizce olarak kullanılması ve bu şekilde yerleşmiş bir terim olması nedeniyle çalışmanın bütününde ifade İngilizce kullanılacaktır. Fransızca eserlerde de, bu ifadenin çevrilmemiş olması dikkat çekmektedir, Ghestin/Jamin/Billiau, N. 318; Bunun yanında, PICC'nin Fransızca metninin yorumunda da ifade İngilizce olarak bırakılmış ve madde yorumlarında da bunun gerekçesi olarak uluslararası ticaretteki yaygın uygulama gösterilmiştir. Hatta PICC'nin İtalyanca, İspanyolca ve Portekizce versiyonlarında da ifade bu şekilde bırakılmıştır, Marcel Fontaine / Filip de Ly, **Drafting international contracts**, Transnational publications, Ardsley New York, 2006s. 456; İtalyan hukukunda da ifade İtalyanca'ya çevrilmemektedir, Terranova, s. 145; ayrıca bkz. Fauvarque-Cosson, **RDC 2004/1**, s.68.

⁹²⁸ **Zürcher Kommentar/Baumann**, Art. 2 ZGB N. 447; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N.202;

⁹²⁹ *Hardship* klozlarının farklı ekonomik kültürlerden gelen kişiler arasında akdedilen sözleşmelerde doğuracağı sonuçlar için bkz. Fontaine/de Ly, s. 459.

⁹³⁰ Cashin-Ritaine, s. 103.

büyük farkın yarattığı riske rağmen taraflar genellikle sözleşmelerinde bu konuda önlem alacaklardır⁹³¹.

Uluslararası ticari sözleşmelerde rastlanan bu sözleşmesel uyarlama hükümlerine *hardship* klozları denmektedir. Uluslararası sözleşmelerin, çoğunlukla uzun süreli ve sürekli sözleşme niteliği taşıması nedeniyle de *hardship* klozları bu sözleşmelerde sıklıkla yer alır⁹³². Bu klozların kullanıldığı büyük ölçekteki sözleşmelerin başında petrol, gaz, kömür ve çeşitli diğer maden endüstrileriyle ilgili sözleşmeler gelir⁹³³.

Hardship düzenlemeleri önceden görülebilir nitelikteki durum değişiklikleri dikkate alınarak hazırlanırlar⁹³⁴. Bir durum değişikliğinin önceden görülmesi olasılığında iki şekilde davranılabilir, ya buna karşı bir önlem alınır ve uyarlama klozları sözleşmeye konulur ya da sözleşmede herhangi bir düzenleme yapılmaz. Bu son durumda, yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere, gerek önceden görülemezlik şartının gerçekleşmemesinden gerekse de öngörüye rağmen susmanın nitelikli susma sayılabilmesi nedeniyle, sözleşmenin uyarlanması imkanı ortadan kalkabilir⁹³⁵. Bununla birlikte bir uyarlama klozu şu şekilde de başlayabilir: “sözleşmenin kuruluşu esnasında tarafların bilmediği durum değişikliklerinin ortaya çıkması olasılığında (...)”⁹³⁶. Bu olasılıkta taraflar durum değişikliğini önceden görmüşler ama kapsamını ve büyüklüğünü önceden görmemişlerdir⁹³⁷. Bu durumda aslında, *hardship* klozu iyi kaleme alınmamış sayılabilir, nitekim sadece uyarlama kabul edilmiştir, genel ifadenin kullanılması büyük olasılıkla soruna çözüm oluşturmayacak ve mesele yine genel esaslara göre çözülecektir.

Bu klozlar bakımından en büyük sıkıntı muğlak ifadeler kullanılması durumunda ortaya çıkar; kullanılan ifadelere verilecek anlam bakımından taraflar

⁹³¹ Fontaine/de Ly, s. 455; Maurício C.A Prado, **Le hardship dans le droit du commerce international** [kıs. Le hardship], FEC vd., Paris vd., 2003N. 107/108; Brockmeyer, s. 3.

⁹³² Draetta/Lake, s. 170.

⁹³³ Matray/Vidts, s. 107; Bu klozların bulunduğu sözleşmelerin taraflarının daha çok gelişmiş ülkelerden olduğu, gelişmekte olan ülkelerden olan sözleşme taraflarının yaptıkları sözleşmelerde uyarlama hükümlerine daha az rastlandığı gözlemlenmiştir (bkz. Draetta/Lake, s. 191).

⁹³⁴ Konarski, s. 419.

⁹³⁵ Prado, **Le Hardship**, N.194.

⁹³⁶ Prado, **Le Hardship**, N.193 vd.

⁹³⁷ Prado, **Le Hardship**, N.194; Draetta/Lake, s. 194; Ghestin/Jamin/Billiau, N. 318.

ihtilafa düşebilirler⁹³⁸. Bu nedenle bu kuralların yazımında oldukça dikkatli davranmak gerekmektedir.

Hardship klozları genellikle hükmün ne zaman uygulama alanı bulacağını ve sonuçlarını düzenlemektedir⁹³⁹. Uluslararası pratikte çok çeşitli uyarlama klozlarına rastlamak mümkündür. Bu klozlarda, genel olarak kullanılan ifadelerle ekonomik, teknik veya siyasi durum değişikliklerine işaret etmekle yetinilebilir. Genellikle “*sözleşmenin kurulmasından sonra ekonomik, ticari, siyasi, teknik durumlarda esaslı değişiklik*” gibi ifadelerle sözleşmenin uyarlanması kararlaştırılır. Olabildiğince geniş bir çerçevede durum değişikliklerini kapsamak amacıyla tercih edilen bu ifadeler uluslararası ticarete oldukça geniş tutulur⁹⁴⁰. Fiyatlardaki dalgalanmalara karşı da sıklıkla bu klozlar yoluyla önlem alınır⁹⁴¹. Sözleşme tarafları genellikle nesnel bir ifade kullanmak adına “*sözleşmesel denge, edimler arası dengenin bozulması*” gibi ölçütlere başvurdukları gibi, “*hakkaniyet, dürüstlük kuralına göre durumun değerlendirilmesi*” gibi ölçütler de kullanılmaktadırlar. Bunun yanı sıra sözleşme tarafları hangi durumlarda sözleşmelerinin uyarlanacağını liste halinde sayabilir ve sonuçlarını sınırlı sayıda da kararlaştırabilirler⁹⁴². Sözleşmelerin uyarlanmasına yol açacak durum değişikliğinin, ne gibi bir durum değişikliği olduğunun belirlenmesi yararlı olacaktır. Bu değişiklik genel olarak ifade edilebileceği gibi, sadece belli bir değişikliğin uyarlama imkanı vereceği kararlaştırılabilir. Belli değişikliklerin uyarlama imkanı vermesinin kararlaştırılması halinde, bu değişiklikler listelenebilir (doğal afetler, savaş hali, grev, yangın, kanun değişikliği gibi)⁹⁴³. Bu yol tercih edilirse, sayılan bu durumların sınırlı sayıda olup olmadığının da belirlenmesi gerekir. Sınırlı sayıda olmadığı, özellikle genel bir ifadeden sonra bazı değişikliklerin

⁹³⁸ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 318.

⁹³⁹ Konarski, s.420.

⁹⁴⁰ Prado, **Le Hardship**, N.189.

⁹⁴¹ Draetta/Lake, s. 174.

⁹⁴² Konarski, s.420/421.

⁹⁴³ Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelecek kanun değişiklikleri de *hardship* klozlarının yazımında dikkate alınmaktadır, Fontaine/de Ly, s.465; *Model Exploration and Producing Sharing Agreement* m.34.12’de, sözleşmenin dengesi başlıklı bölümde böyle bir hüküm öngörülmüştür: “(...) gelecekte ortaya çıkan herhangi bir kanun, tüzük veya yönetmelik sözleşme tarafının finansal durumunu etkiler ve de özellikle gümrük düzenlemeleri % ... aşarsa, sözleşme tarafları sözleşmenin dengesini sağlama amacıyla biraraya gelip iyi niyetle bir sonuca ulaşmak için müzakerelere girişeceklerdir” (aktaran, Konarski, s.422).

sıralanması halinde anlaşılabilir⁹⁴⁴. *Hardship* klostarı özellikle uluslararası sözleşmelerde edimin değerinin korunması amacını taşır. Bu tip klostar genellikle paranın değer kaybı veya aşırı değerlenmesi olasılığında bedelin uyarlanmasına iliřkindir⁹⁴⁵.

Büyük ölçekteki anlaşmalarda rekabet kurumunun devreye girmesi ihtimali de hesaba katılmalıdır. Bir hükmün rekabeti bozucu niteliği nedeniyle rekabet kurumu tarafından yaptırıma bağlanması hali de sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan beklenmedik değişiklik sayılabilir⁹⁴⁶. Bu riski kimin taşıyacağının sözleşmede belirlenmesi oldukça faydalı olacaktır.

Hardship klostarı kaleme alınırken sözleşmeye uygulanacak hukukta uyarlama ile ilgili düzenlemelere bakılması faydalı olacaktır. Her ne kadar uyarlama ile ilgili düzenlemelerin kamu düzeninden sayılması pek mümkün görünmese de, uygulanacak hukukta kabul edilen uyarlama ilkeleri taraflara uygun gelebilir⁹⁴⁷. Böylece sadece uygulanacak hukuka gönderme yapılarak çözüm üretilmiş olur.

Hardship klostarı, uluslararası ticaret sözleşmelerinde çoğunlukla mücbir sebep (*force majeure*) klostarı ile birlikte yer alırlar⁹⁴⁸. Kural olarak *force majeure* klostarı ile *hardship* klostarı arasındaki fark, ilkinin edimin imkansızlığı halinde devreye girmesi, diğerinin ise edimin ifasının aşırı derecede güçleşmiş olması halinde uygulanmasıdır⁹⁴⁹. Bu fark mücbir sebep hali ile işlem temelinin çökmesi hali arasındaki farkla paraleldir⁹⁵⁰. Bununla birlikte, bu hükümler incelendiğinde aradaki sınırın mücbir sebep ve işlem temelinin çökmesi arasındaki fark kadar belirgin olmaması dikkat çeker. *Force majeure* hükümlerinde, genelde *hardship*'e

⁹⁴⁴ “Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan sözleşmenin dengesini bir taraf aleyhine bozan değişiklikler halinde örneğin, deprem, sel, savaş gibi değişiklikler söz konusu olursa sözleşme tarafları bir araya gelip sözleşmelerini değişen bu koşullara uyarlamakla yükümlüdürler” gibi bir hüküm bu olasılığa örnek olarak verilebilir. Uluslararası ticarete sıklıkla kullanılan *hardship* klostalarına ilişkin detaylı örnekler için bkz. Fontaine/de Ly, s.460.

⁹⁴⁵ Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) bu klostarın geçerliliğini kabul etmiş, ancak klostun yokluğu durumunda bedelin uyarlanmasını reddetmiştir, Draetta/Lake, s.173.

⁹⁴⁶ Draetta, **RDAl** 2002, s.355.

⁹⁴⁷ Matray/Vidts, s. 112.

⁹⁴⁸ Mücbir sebep klostarı olarak da çevirebilecek *force majeure* klostarı uluslararası ticari sözleşmelerde sıklıkla Fransızca olarak kullanılmaktadır, Konarski, s. 408.

⁹⁴⁹ Rimke, s. 201; Dietrich Maskow, “Hardship and Force Majeure”, **Am. J. Comp. L.** 1992, s. 657-674, (s.663).

⁹⁵⁰ Bkz. yuk. B II/II/C.

özgü uyarlama veya yeniden müzakere yaptırımları öngörülebilmektedir⁹⁵¹. Uluslararası ticarete bu klozlar arasındaki sınır giderek silikleşmektedir. Bu sözleşme özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu olasılıkta hükümlerin nasıl yorumlanacağı sorusu da karşımıza çıkar. Sözleşmede yer alan bir *force majeure* hükmü eğer sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin özellikler taşıyor ise, işlem temelinin çökmesinin uygulanması bakımından bir uyarlama hükmü olarak dikkate alınacaktır, bu noktada hükmün isimlendirilmesi önem taşımamaktadır.

Görüldüğü gibi *hardship* klozlarında kullanılan ifadeler sözleşmelerin uyarlanması imkanı bakımından çok çeşitli olabilir. Sözleşme özgürlüğünün doğal sonucu olarak bu hükümlerde, durum değişikliklerini detaylı olarak belirtilip, belirli bir durum değişikliğinde uyarlamanın gerçekleştirileceği kararlaştırılabileceği gibi çok genel ve geniş ifadeler kullanılarak uyarlama klozu getirilebilir. Genel bir ifadenin kullanıldığı hükümlerin uygulama bakımından tartışma doğurması daha muhtemeldir. Yine de uygulamada genel nitelikteki klozlara sıklıkla rastlanır.

Sözleşmelere bakıldığında *hardship* klozlarında çeşitli sonuçların öngörüldüğü gözlemlenir. Sözleşmenin durum değişikliklerine uydurulması amacıyla, sözleşme taraflarının yeniden müzakerelere girişmesinin kararlaştırılması en sık başvurulmuş yoldur. Yeniden müzakere borcu *hardship* klozlarının en karakteristik sonucu olarak görülür⁹⁵². Genelde yeniden müzakere taraflar için bir yüküm olarak kararlaştırılır. Müzakerelere yeniden girişilmesi için, çoğunlukla bir bildirim zorunluluğu da öngörülür⁹⁵³. Bu bildirim içeriğini, sözleşmede belirlenen şekilde *hardship* oluşturan durum değişikliğinin ortaya çıktığı bilgisi, bildirimde bulunan tarafın hükmün uygulanmasını isteme iradesi ve sözleşmede belirtilen diğer başkaca şartlar oluşturur⁹⁵⁴. Bu bildirim yapılmaması veya geç yapılması halinde yaptırımın ne olacağı sözleşmelerde düzenlenmemişse, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre çözüm bulunacaktır⁹⁵⁵.

⁹⁵¹ Konarski, s. 407; Matray/Vidts, s.106/107; Draetta/Lake, s.176 (özellikle dn.18); Draetta, **RDAl** **2002**, s.352.

⁹⁵² Prado, **Le Hardship**, N.141; Draetta, **RDAl** **2002**, s.350; Brockmeyer, s.3; Yeniden müzakere borcu ve klozları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Norbert Horn, "Neuverhandlungspflicht", **AcP** **1981**, s. 255-288 (s. 261/262).

⁹⁵³ Karş. Prado, **Le Hardship**, Ek III kloz N.1, N.12, 2, 16.

⁹⁵⁴ Prado, **Le Hardship**, N.205.

⁹⁵⁵ Prado, **Le Hardship**, N.206.

Bildirim yapılması ile birlikte genellikle yeniden müzakere safhası başlar. Yeniden müzakere borcu taraflara durum değişikliklerini değerlendirme ve bu değişikliklere uygun olarak sözleşmenin bozulan dengesini sağlamaya yönelik dürüstlük kuralına uygun olarak teklif ve karşı tekliflerini sunmaları borcunu yükler⁹⁵⁶. Bu borcun bir sonuç borcu olmadığı, bir vasıta borcu olduğu öğretide baskın görüştür⁹⁵⁷. Taraflar ellerinden geldiğince bir çözüme ulaşmaya çalışmalı ve dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde müzakereleri kesmemelidirler⁹⁵⁸. Yeniden müzakerelere hiç girilmez veya müzakereler dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kesilirse, sözleşmede veya sözleşmeye uygulanacak hukukta bu borca aykırılık halinde öngörülen sonuçlara bakılmalıdır. Müzakerelerin ve sözleşmelerin uyarlanmasının ne kadar sürede gerçekleşmesi gerektiği de sözleşmede kararlaştırılabilir. Bu konuda sözleşmede bir hüküm olmaması durumunda, kural olarak müzakere süreci devam ederken sözleşme hükümlerini doğurmaya devam eder⁹⁵⁹. Müzakereler taraflarca sürdürülebileceği gibi bir üçüncü kişi (örneğin hakem) tarafından da yönetilebilir⁹⁶⁰. Müzakereler düzgün yürütüldüğü halde başarısızlıkla sonuçlanırsa ne olacağının da sözleşmede belirtilmesi yerinde olacaktır; bu belirtilmemiş ise sözleşmeye uygulanacak hukukta öngörülen sonuçlara bakılmalıdır.

Uluslararası ticarete uygulamasındaki *hardship* klozlarının çeşitliliği, bu klozlarla ilgili tam ve kesin bir belirlemeye gitmeyi zorlaştırır⁹⁶¹. Bu klozlar yukarıda belirtilen özellikleri taşıyabileceği gibi bazı durumlarda, yakın başka kavramlarla içiçe (örneğin *force majeure* klozları) geçmiş olabilirler, bu nedenle uluslararası ticarete kullanılan *hardship* klozunun sınırlarının belirlenmesi ve tam bir tanımının verilmesi zordur. *Hardship* klozlarının uluslararası ticarete bu kadar yaygın kullanılmasının iki önemli sonucu olmuştur. Bu yaygın kullanım sonucu

⁹⁵⁶ Prado, **Le Hardship**, N.209.

⁹⁵⁷ Draetta/Lake, s. 195; Prado, **Le Hardship**, N.214; Ghestin/Jamin/Billiau, N. 319; ICC N. 5953 (1989) **Journal de droit international**, 1990, s. 1057.

⁹⁵⁸ Bazı *hardship* klozları bu hususta tartışmaya yol açmamak için açıkça tarafların müzakereleri yürütürken “ellerinden geleni” (*best efforts*) yapacaklarını belirterek bunun bir sonuç borcu doğurmadığını vurgularlar, bkz. Prado, **Le Hardship**, N.214 ayrıca Ek III kloz N. 12.

⁹⁵⁹ Draetta/Lake, s. 196; Müzakereler süresince sözleşmenin hükümlerinin doğurmasının askıya alınabileceği görüşünde, Ghestin/Jamin/Billiau, N. 319.

⁹⁶⁰ Bu noktada henüz bir uyuşmazlıktan bahsedilemeyeceği için hakeme gidilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda bazı tereddütler mevcuttur, Ghestin/Jamin/Billiau, N. 320.

⁹⁶¹ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 318.

sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının PICC ve PECL’de düzenlenmiş ve hatta uyarlamanın *lex mercatoria* niteliğinin tartışılmıştır. PICC ve PECL ile ilgili bu noktalara yukarıda değinilmiştir⁹⁶². Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği gibi, uluslararası ticari ilişkilerdeki ihtiyaç değişikliğinin sonucu olarak, bu klozlar değişen bu ihtiyaçlara göre şekillenmektedir. *Hardship* ile ilgili bir düzenlemenin yaratacağı en büyük sakınca da, bu klozların çeşitliliğini ve sürekli değişimini takip eden bir hukuki düzenleme yapmanın zorluğudur. Bu düzenlemeler *hardship* klozlarının gerektirdiği esnekliği gösteremeyecektir⁹⁶³.

Uluslararası ticari sözleşmelerde uyarlamanın sözleşmede öngörülme sıklığı karşısında, işlem temelini çökmesi öğretisinin pratik önemini, büyük ölçekteki uluslararası ticari ilişkiler bakımından kaybettiği düşünülebilir⁹⁶⁴. Buna karşılık, risk paylaşımı kuralının bizzat kendisinin de uyarlamaya maruz kalabileceği unutulmamalıdır. Bazı durumlarda bizatihi uyarlama klozları uyarlamaya maruz kalabilir⁹⁶⁵. Bu nedenle de, uygulamada uyarlama klozlarının büyük ölçüde kullanılması, işlem temelini çökmesi teorisinin pratikteki önemi azaltmaz⁹⁶⁶. Mükemmel ve boşluk içermeyen uyarlama klozlarının yapılması oldukça zordur. Uygulamada sözleşmenin uyarlanmasının hem koşulları hem de yöntemi bakımından eksiksiz sayılabilen uyarlama kurallarının kaleme alınması neredeyse imkansızdır. Üzerinde anlaşılan uyarlama kuralları çoğunlukla kendi içinde boşluklar barındır, bu kurallar genelde belirli durumlarda sözleşmenin uyarlanmasını öngörmekle birlikte, bunun hangi yöntemle yapılacağını kesin bir şekilde saptamazlar⁹⁶⁷. Uyarlama klozu tarafların öngörebildiği risk ile sınırlıdır, bunu aşan bir durum olunca sözleşmenin genel ilkelere göre uyarlanması yine de gündeme gelir. Uyarlama ile ilgili sözleşme hükümleri risk değerlendirmesini sadece bir üst kata taşımaktadır. Bu nedenle

⁹⁶² Bkz. yuk. B I/III/B.

⁹⁶³ Draetta, **RDAl 2002**, s.352-358.

⁹⁶⁴ Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 38, N. 30; **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N.202; Cashin-Ritaine, s. 96/97.

⁹⁶⁵ **Zürcher Kommentar/Baumann**, Art. 2 ZGB N. 454; Abas, s. 213, Stoffel-Munck, N. 109; YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁹⁶⁶ **Commentaire Romand/Winiger**, art. 18 CO N. 206; Fransız hukukunda ünlü *Gaz de Bordeaux* davasına konu olan sözleşmede bir uyarlama klozunun varlığına dikkat çekilmiştir, Stoffel-Munck, N. 110. Ayrıca bkz. BGE 122 III 97 (www.swisslex.ch).

⁹⁶⁷ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 1285.

uluslararası ticari sözleşmeler bakımından işlem temelini çökmesi öğretisinin pratik önemini kaybettiği söylenemez.

b) Kanunda Risk Paylaşımına İlişkin Özel Hüküm Bulunması Hali

(1) Genel Olarak

Türk hukukunda işlem temelini çökmesine ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır, ancak bazı sözleşmelere ilişkin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ile ilgili düzenlemeler mevcuttur⁹⁶⁸. Bu hükümler de olumlu ve olumsuz kanuni uyarlama hükümleri olarak tanımlanabilir⁹⁶⁹. Olumlu kanuni uyarlama hükümleri, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına müsaade eder. Olumsuz uyarlama hükümleri mevcutsa, değişen ilişkilerin varlığına rağmen sözleşmenin değişmeden devamı esastır⁹⁷⁰.

Bir sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin kanunda bir hüküm bulunuyor ise, sözleşmenin uyarlanmasında önce bu hüküm dikkate alınmalıdır. Zira bu, kanunda özel bir risk paylaşımı kuralı bulunduğu anlamına gelir. Sözleşmesel veya kanuni risk paylaşımı kuralı mevcutsa uyarlama bu hükümlere göre yapılır⁹⁷¹. Kanunda uyarlama hususunda özel düzenleme bulunması halinde, bu düzenleme ilgili sözleşmede taraflar arasında riskin nasıl paylaşılacağını gösterir. Risk paylaşımına ilişkin böyle bir hükmün varlığı karşısında, “uyarlamının ikincilliği” ilkesi gereği bu hükmün öngördüğü çözüm kabul edilecektir⁹⁷². Kanuni düzenlemeler aynen sözleşmesel düzenlemeler gibi işlem temelini çökmesine göre öncelik taşırlar. Bununla birlikte, kanuni düzenlemenin uygulanması beklenmedik

⁹⁶⁸ Hausheer/Jaun, Art. 2 ZGB N. 109.

⁹⁶⁹ Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N. 595.

⁹⁷⁰ Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N. 607. Bu hükme örnek olarak BK m. 183 verilmektedir. Bu maddeye göre, edimin kusursuz bir şekilde imkansız hale gelmesine rağmen karşı edim hala yerine getirilmek durumunda zira karşı edim borçlusu değişen ilişkilerin riskini yüklenmiştir. Bu hükmün Türk hukukundaki eleştirisi için bkz. Yeşim Atamer, “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı- Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183’ün Farklı Okunması Gereği”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Ed. Rona Serozan/İlhan Ulusan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 131-167. Bu hükmün adaletsiz düzenlemesi Borçlar Kanunu Tasarısı’nda düzeltilmiştir (BKT m. 207).

⁹⁷¹ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında bu noktayı şu şekilde belirtmiştir: “Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin kanunda bir düzenleme mevcut ise, emprevizyon teorisine veya clausula rebus sic stantibus’a başvurmaya gerek yoktur”, BGE 93 II 97, 109 (www.bger.ch, çevrimiçi 22.03.2005)

⁹⁷² Tercier, JdT 1979 I, s. 198.

değişiklikler karşısında anlamsız ve adaletsiz bir sonuç doğuracak ise, işlem temelini çökmesinin son çare olarak yine de uygulanabileceği kabul edilmektedir⁹⁷³.

Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kanunda özel hükümlerin varlığının nasıl değerlendirilmesi gerektiği önemli tartışmalara neden olmuştur. Artık aşıldığı kabul edilen bir görüş, bu tür hükümlerin varlığının yasakoyucunun sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin genel bir düzenleme yapmama iradesinde olduğunu ispatladığını, kanunda belirtilen haller dışında sözleşmelerin uyarlanmasının mümkün olmadığını savunmuştur⁹⁷⁴. Bu anlayış, Türk hukukunda da terkedilmiştir. Özel hükümlerin varlığından yola çıkarak genel bir uyarlama kuramını reddetmek için niteliğine tamamen aykırıdır⁹⁷⁵.

Özel bir risk paylaşımı öngören kanuni düzenlemenin mi, işlem temelini çökmesinin mi uygulanacağını belirlemek için, öncelikle olayın işlem temelini çökmesinin uygulama alanına girip girmediğine bakılmalıdır. Eğer işlem temelini çökmesinin dışlanması söz konusu ise, zaten kanunda risk dağılımına ilişkin özel hükmün varlığının araştırılmasına gerek yoktur. İşlem temelini çökmesinin uygulama alanı bulabileceği sonucuna varılıyor ise, bu sefer risk paylaşımına ilişkin özel bir düzenleme nin var olup olmadığı araştırılır. Böyle bir düzenlemenin varlığı durumunda kural olarak bu düzenleme uygulama alanı bulacaktır.

Bazı olumlu uyarlama hükümlerinin ters anlamından, bu hükümlerin kapsamı dışında kalan durumlarda uyarlamanın mümkün olmayacağı anlaşılabilir. Örneğin BK m. 282'ye göre hasılat kirasında, olağanüstü felâket hallerinde veya doğal olaylar sonucunda kira konusu ziraî gayrimenkulün her zamanki hasılatı önemli ölçüde azalırsa, kiracının kira bedelinden uygun bir miktarı indirim yetkisi vardır. Bu olağanüstü durumlar dışında, hasılatın önemli ölçüde düşmesine rağmen olağan talihsizlikler ve doğal olayların riskini, hasılat kiracısı taşır ve bu durumlarda sözleşme uyarlanamaz⁹⁷⁶. Gerçekten kanunda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin özel bir risk paylaşımı hükmü var ise, bu hükmün şartları işlem temelini çökmesine göre daha ağır olsa da sözleşme bu hükme göre uyarlanacaktır. Bununla birlikte, kanuni uyarlama hükmüne rağmen, bazı durum değişikliklerinin kanunda öngörülen risk

⁹⁷³ Bu görüşte Emmerich, § 27 N. 36.

⁹⁷⁴ karşı. **Deschenaux**, s. 528a.

⁹⁷⁵ Arat, s. 133/134.

⁹⁷⁶ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 608.

paylaşımı kuralını aşar nitelikte bir adaletsizlik doğurduğu sonucuna varılıyor ise, işlem temelinin çökmesi yine de gündeme gelmelidir.

Son olarak üzerinde durulması gerekli önemli bir nokta da, hem sözleşmede hem de kanunda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir hükmün varlığı halinde, bu düzenlemeler arasındaki ilişkinin niteliğidir. Sözleşmede özel bir düzenlemenin varlığı halinde kanundaki risk paylaşımı hükmü devre dışı kalacaktır, zira sözleşmenin uyarlanması ile ilgili kanun hükümleri kural olarak emredici nitelik taşımamaktadır. Kanunda yer alan sözleşmenin uyarlanması ile ilgili özel risk paylaşımı hükümleri, tarafların sözleşmede bu konuyu düzenlememiş olması halinde uygulanacaklardır⁹⁷⁷.

Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması ile ilgili birçok kanuni risk paylaşımı hükmü vardır. Bu hükümlerin bazılarının üzerlerinde önemleri nedeniyle daha fazla durulacaktır.

(2) Eser Sözleşmesi

Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin özel risk paylaşımı hükmü niteliği taşıyan ve işlem temelinin çökmesinin izlerini açıkça taşıyan eser sözleşmesi ile ilgili olan BK m. 365/II oldukça önemlidir. Bu maddenin sözleşmelerin uyarlanmasına hukuki temel teşkil ettiği savunulmuş, maddenin kıyasen diğer sözleşmelere de uygulanabileceği belirtilmiştir⁹⁷⁸. Her ne kadar bu görüş geçerliliğini yitirmiş olsa da, BK 365/II'nin işlem temelinin çökmesi teorisi ile yakın ilişkisi olduğu bir gerçektir. Bu hüküm, eser sözleşmelerindeki masraf artışı bakımından, işlem temelinin çökmesinin özel düzenlenmesi halidir. BK m. 365/I hükmü, eser sözleşmesinde ana kuralın sözleşmeye bağlılık ilkesi olduğunu belirttikten sonra ikinci fıkrasında bunun istisnasını belirlemiştir. Buna göre:

Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olup da iki tarafça nazara alınmayan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse, hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyid veya mukaveleyi fesheder.

⁹⁷⁷ Arat, s. 132 vd.; Kaplan, s. 150; Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N. 595 vd.

⁹⁷⁸ Schwarz, s. 186; Akman, İBD 1989, s. 626; Akman, İBD 1994, s. 183; Doğanay, s. 39 vd.; Weber, s. 74-78; BGE 47 II 314, JdT 1921 I 561; karşı. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.783/784.

Bu madde, götürü ücretli sözleşmelerde evvelce öngörülemeyen haller dolayısıyla ücretin arttırılmasını veya sözleşmenin feshini düzenler⁹⁷⁹.

Tandoğan, BK 365/II hükmünün, “sözleşmenin temelini teşkil eden koşullarda önceden görülemeyen önemli değişikliklerin ortaya çıkması yüzünden edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde bozulması halinde iyi niyet kurallarına dayanılarak hâkim tarafından sözleşmenin değiştirilmesine olanak tanıyan ‘*clausula rebus sic stantibus*’ kuralının, öngörememe (*umulmazlık, imprévision*) kuramının bir uygulamasını” oluşturduğunu belirtir⁹⁸⁰. Türk-İsviçre hukukunda baskın görüş de bu yöndedir⁹⁸¹. İşlem temelinin çökmesi kuramı ile bu hüküm arasında, genel kural özel kural ilişkisinin varlığından bahsedilebilir⁹⁸²

Öğreti, BK 365/II’nin uygulanma şartlarını şu şekilde sıralamıştır⁹⁸³: Önceden görülemeyen halin ortaya çıkması; bu durumun işin yapılmasını aşırı derecede güçleştirmesi; ortaya çıkan elverişli olmayan bu halin müteahhide isnat edilememesi; tarafların aksine sözleşmede bir hüküm öngörmemiş olmaları.

BK 365/II’den farklı olarak, bu maddenin İsviçre’deki karşılığı olan İsv. BK m. 373/II’in Fransızca ve Almanca metninde, sadece önceden görülemeyen hallerden değil, önceden görülemeyen olağanüstü hallerden (*ausserordentliche Umstände*,

⁹⁷⁹ Tandoğan, C.II, s. 239.

⁹⁸⁰ Tandoğan, C.II, s. 239.

⁹⁸¹ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 5 ve s. 81 vd.; Erdin, s. 29/30. Yazar bu konuda İsviçre Hukukunda bazı tartışmalara da dikkat çekmiştir. Federal Mahkeme bir kararında açıkça İsv. BK m. 373/II’nin *clausula*’nın kanundaki özel bir düzenlemesi olduğunu vurgulamıştır, BGE 104 II 314, 315 (www.bger.ch, çevrimiçi, 21.03.2006).

⁹⁸² BK m. 365/II hükmünün, işlem temelinin çökmesi kuramı ile yakın ilişki içinde olduğu bir diğer düzenleme olan, temel hatasını düzenleyen BK m. 24/I b. 4 hükmü ile ilişkisi de öğretilerde incelenmiştir. Temel hatasına ilişkin BK m. 24/I b.4 hükmünün genel hüküm olması dolayısıyla, temel hatası nedeniyle iptal hakkının kullanılması yerine özel hüküm BK 365 f. II’nin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir; bkz. Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 8.b., [kıs. OR/BT], Stämpfli, Bern, 2006, s. 296/297; Erdin, N.192-194; Tandoğan, C.II, s. 242; Gauch, N.1047; Federal Mahkemenin bu konuda önemli bir kararı vardır (BGE 109 II 335 JdT 1984 I s.209/210); bu kararda Federal Mahkeme İsv. BK 373 II’yi İsv. BK 24/I b. 4’e göre öncelikle uygulanması gereken bir özel hüküm olarak kabul etmiştir.

⁹⁸³ Tandoğan, C.II, s. 239-251; Bu şartların yanında BK 365/II’nin uygulanabilmesi için, karşı tarafa ihbar yapılmış olması da aranmaktadır. Tandoğan, C.II, s. 253; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 71-89; YHGK, 30.05.2001, E. 2001/15-402, K. 2001/459: “Koşulları yazılı sözleşme ile tesbit edilen bir binayı muayyen zaman içerisinde belli bir götürü bedel karşılığı yapıp teslim etmeyi kabul eden yüklenici, bu bedel karşılığında binayı yapmak zorundadır. Sözleşmede kararlaştırılan bedel ile harcamalar arasında işlem temelinin çökertecek derecede aşırı bir fark bulunmamaktadır. (...). Basiretli bir tacir, kısa süreli bu borç ilişkisinde gerekli önlemleri almak suretiyle ekonomik güçlüğü pekâlâ aşabilir. (...). Yüklenicinin uyarılma istemesi için davadan önce temerrüde düşmemesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş inşaatın ancak % 85’ini yapabirmiştir. O halde temerrüde düşen borçlu uyarılma talep hakkını yitirmiş olur.”

circonstances extraordinaires) bahsedilmiştir⁹⁸⁴. Türk hukukunda, madde metninde yer almasa da, bu maddenin uygulanma şartları bakımından olağanüstü hallerin ortaya çıkması aranmaktadır⁹⁸⁵.

BK m. 365/II'nin kaynak kanunun Almanca ve Fransızca metnindeki “olağanüstü hallerin” varlığı şartı karşısında, Türk hukuku bakımından da “olağanüstü hallerin” varlığını aramak mümkündür. Bununla birlikte, olağanüstü hallerinin varlığı sadece bu hüküm bakımından aranacaktır. Bu nedenle bu madde bakımından olağanüstü hallerin varlığının aranması, işlem temelinin çökmesi teorisinin genel uygulama hallerinde de olağanüstü durum değişikliğinin aranacağı anlamını taşımaz. Kanuni uyarılama hükmü bu bakımdan daha dar olabilir. Bunun önemli bir sonucu da şudur: Eser sözleşmeleri açısından, BK 365/II'nin kapsamı dışında kalan bir işlem temelinin çökmesi hali söz konusu olursa, genel işlem temelinin çökmesi teorisi uygulama alanı bulacak ve önceden görülemez halin olağanüstü olması şartı aranmayacaktır. Bununla birlikte, diğer sözleşme ilişkilerinde, ortaya çıkan durumun olağanüstü olması şartı aranmazken, özel kural niteliği taşıdığı için eser sözleşmesinde bu şartı aramanın adaletli bir çözüm getirip getirmediği tartışılabilir⁹⁸⁶.

Eser sözleşmesinde ifanın aşırı derecede güçleşmesi masraf artışından başka bir nedenden ileri geliyorsa BK m.365/II'nin mi işlem temelinin çökmesi teorisinin mi uygulama alanı bulacağı sorusunu da cevaplamak gerekir⁹⁸⁷. Bu durumda işlem temelinin çökmesi kuramı uygulama alanı bulmalıdır.

BK m. 365/II'nin lafzına bakıldığında, eser sözleşmesinin uyarlanması için mutlaka hakim kararının gerekli olduğu düşünülebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, BK m. 365/II hükmü açısından bunun kabul edilmesi, hükmün diğer uyarılama hallerine de kıyasen uygulanması görüşünü kabul etmediğimiz için, diğer uyarılama hallerinde de mutlaka hakim kararı aranacağına gerekçe gösterilemez⁹⁸⁸. Öğretide *Erman* maddenin lafzına rağmen sözleşmenin yeni şartlara uydurulması ile feshi

⁹⁸⁴ Tandoğan, **C.II**, s. 239, dn. 7; **Basler Kommentar/Gaudenz/Pulver**, Art. 373 OR N. 15. **Commentaire Romand/François Chaix**; Art. 373 CO N. 14; Gauch, N. 1074/1075.

⁹⁸⁵ Tandoğan, **C.II**, s. 239 vd.; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 74.

⁹⁸⁶ Özel kural - genel kural ilişkisinin biçimsel ve mekanik bir mantıkla çözülecek bir ilişki olmadığı ve değişik değerlendirmelere açık tutulması görüşü için bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, § 5 N. 62 vd.

⁹⁸⁷ Tandoğan, **C.II**, s. 246, dn.20a.

⁹⁸⁸ Gürsoy, s.179.

yollarından birinin seçiminin müteahhide ait olduğunu, bunun sonucunda hakimin uyuşmazlık halinde vereceği kararın yenilik doğurucu bir karar değil açıklayıcı bir karar olduğunu belirtmiştir. Hakim burada meydana gelen durumu tespit eder, sözleşmeyi fesih veya yeni şartlara uydurma beyanının haklı olup olmadığını, bu beyanların yapıldığı zamanı göz önüne alarak takdir eder. Hakimin yapacağı değerlendirme sonucu olaya uygulanacak hukuki sonucun değişik olması gerektiğine hükmederse, ancak o zaman kararı, yenilik doğuran bir karar olur. Bu takdirde müteahhit yapmış olduğu yanlış değerlendirmenin sonucuna katlanacaktır⁹⁸⁹.

(3) Fahiş Cezaî Şartın İndirilmesi

BK m. 161/III hakime fahiş cezaî şartın indirilmesi imkanı tanımıştır. Bu hükme göre *“hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir”*. Hakim kendisine verilen bu yetki dahilinde, sözleşmedeki edimi, miktarı yönünden indirmektedir; bu hükmün hukuki niteliği öğretilmiş tartışılmıştır⁹⁹⁰. Hukuki niteliği hususunda hangi görüş savunulursa savunulsun, burada sözleşmedeki bir hükmün hakim tarafından uyarlanmasının söz konusu olduğu bir gerçektir⁹⁹¹. Bununla birlikte, fahiş cezaî şartın indirilmesi ile işlem temelinin çökmesi arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Fahişliğin değerlendirilmesi ile işlem temelinin çökmesinin değerlendirilmesi ayrı şartlara bağlıdır. Bununla birlikte, özellikle sözleşmenin kurulması anında fahiş sayılmayan bir cezaî şartın, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler sonucu fahiş hale gelmesi durumunda hangi kuralın veya kuramın uygulanacağı sorulabilir⁹⁹².

Cezaî şartın aşırılığının tespitinde esas tutulacak anın sözleşmenin kurulduğu an olduğunu savunan görüş, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir değişikliği cezaî şartın indirilmesi bakımından dikkate almayacaktır; bu görüş kabul edilirse söz konusu durumda sadece işlem temelinin çökmesi gündeme gelebilir. Ancak baskın görüş, başta yüksek görünmeyen cezaî şartın sonradan durumun değişmesi nedeniyle, aşırı derecede yüksek görülmesinin mümkün olduğu yönündedir. Burada da, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen bir aşırı ifa

⁹⁸⁹ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s.115.

⁹⁹⁰ Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, [kıs. Cezaî Şart], İÜHF yayınları, İstanbul, 1963, s. 135 vd.

⁹⁹¹ Pichonnaz, N. 1391.

⁹⁹² Ayrıntı için bkz. Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 150/151.

güçlüğü hali söz konusudur. Bu durumda, bu düzenlemenin, cezai şart kararlaştırılan sözleşmelerin miktar bakımından özel bir uyarılama hükmü olduğu kabul edilmeli ve cezai şartın uyarlanması, hakim tarafından işlem temelini çökmesi kuramına göre değil, BK m. 161/III hükmüne göre gerçekleştirilmelidir.

(4) Borçlunun Acze Düşmesi

BK m. 82'ye göre, borçlu sözleşmenin kurulmasından sonra aciz haline düşmüş ve borçlunun bu aczi alacaklının alacağını tehlikeye sokmuşsa, alacaklı bazı imkanlara sahiptir⁹⁹³. Bu hükme göre iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan biri borcunu ifada güçsüzlüğe düşer ve bu durum nedeniyle özellikle iflas veya aleyhteki haczin neticesiz kalması sebebi ile diğer tarafın hakkı tehlikeye düşer ise, diğer taraf karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir; karşı tarafça uygun bir süre içinde istenilen teminat gösterilmez ise akdi feshedebilir.

Bu maddede genel bir uyarılama düşüncesinin izlerini bulmak mümkündür⁹⁹⁴. Bu hükmün genel nitelikte bir uyarılama hükmü olduğu Türk öğretisinde de belirtilmiştir⁹⁹⁵. Ancak burada, haklı olarak belirtildiği gibi, sözleşmenin kurulmasından sonraki işlem temelini oluşturan durumlarda bir değişiklik söz konusu değildir, borçlunun kişisel ödeme gücünde bir değişiklik mevcuttur⁹⁹⁶. Bu olasılıkta işlem temelini çökmesi uygulama alanı bulmayacak, borçlunun acze düşmesi ile ilgili kanuni bir risk paylaşımı hükmü olan BK m. 82 uygulama alanı bulacaktır.

Madde hükmünde sözleşmenin dar anlamda uyarlanması gibi bir sonuç öngörülmediğinden, uygun süre içinde teminat gösterilmemesi durumunda alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilecek ve bu hüküm borçlunun mali durumunun her kötüleştiği olasılıkta değil, sadece borçlunun acze düşmesi durumunda uygulanacaktır⁹⁹⁷.

(5) Başkaca Düzenlemeler

⁹⁹³ Oğuzman/Öz, s. 277/278.

⁹⁹⁴ Berner Kommentar/Weber, Art. 83 OR, N. 6. (2005). *Schwenzer* bu iki kurum arasında bir akrabalıktan bahseder, *Schwenzer*, N. 62.09. **Basel Kommentar/Leu** Art. 83 OR N.1; k.g., *Larenz, GG*, s. 102 vd.; ayrıca bkz. *Serozan, İfa*, § 20 N. 4; *Jäggi/Gauch, Art. 18 OR* N. 606.

⁹⁹⁵ *Arat*, s. 132.

⁹⁹⁶ **Berner Kommentar/Kramer**, Art. 18 OR N. 311; *Eren*, s. 956.

⁹⁹⁷ *Kaplan*, s.138; *Enis Sarıal*, “Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi (I)”, **Yargı Dergisi, Mart 1980/03**, s. 24-28, (s. 27/28).

Türk mevzuatında, sözleşmenin çözülebilmesi ya da değiştirilmesi konusundaki kural sayısı pek fazla değildir. İlk akla gelen kurallar, yukarıda detaylı olarak incelediğimiz götürü ücret üzerinden belirlenen eser sözleşmesinde müteahhidin beklenmeyen gelişmeler nedeniyle taahhüdünü gerçekleştirmede aşırı güçlüğe düşmesi (BK m. 365/II), borçlunun sonradan acze düşmesi (BK 82, karz akdi ile ilgili BK 310) ve fahiş görülen cezai şartın indirilmesidir (BK m. 161/III). Bu kuralların dışında da, bağışlayanın bağışlamadan dönmesi (BK 244/245), bazı sürekli sözleşme ilişkilerinde sözleşmenin haklı nedenle feshi (BK m. 264, BK m. 517 vd.), alacaklı temerrüdünde ya da alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığında, alacaklının karşı edimini düşürme olanağı (BK m. 252, BK m. 274), hasılat kirasında kiracının kira bedelinden uygun bir miktarı indirim hakkı (BK m. 282/I), yoksulluk ve iştirak nafakalarının uyarlanması (MK m. 176/IV ve MK m. 331), nişanlanmada hediyelerin iadesi (MK m. 122) ile ilgili kurallar kanuni uyarlama kurallarıdır⁹⁹⁸. Kamulaştırma kanunu m. 23 de böylesi bir uyarlama hükmüdür, bu hükme göre kamulaştırmanın üzerinden beş yıl geçtiği halde kamulaştırma amacına ulaşmazsa kamulaştırma yapılmaz.

Yukarıda anılan bu olumlu veya olumsuz kanuni uyarlama hükümlerinin uygulanabileceği sözleşmelerin uyarlanması gündeme gelirse, işlem temelinin çökmesi kuramı devre dışı kalacak, bu hükümler öncelikli olarak uygulanacaktır.

3. Sözleşmede veya Kanunda Hüküm Bulunmaması Halinde Riskin Aşılması Nedeniyle İfanın Beklenemezliğinin Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Ölçütler

Kanunda veya sözleşmede risk paylaşımına ilişkin açık veya yorum yoluyla ulaşılan bir kural yoksa, tarafların ortaya çıkan durum değişikliğinin riskine katlanmalarına gerek olup olmadığına, ifanın durum değişiklikleri sonucu mağdur olan taraftan beklenip beklenemeyeceğine, hal ve şartların genel bir değerlendirmesi yapılarak karar verilecektir (karş. § 313 I BGB)⁹⁹⁹. Ancak tekrar altını çizmekte fayda görüyoruz ki, sözleşmede yorum yoluyla da olsa risk paylaşımına ilişkin bir kurala ulaşılabiliyorsa, durum değişikliğinin getirdiği riske sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı bu kurala göre belirlenir.

⁹⁹⁸ Serozan, **İfa**, § 20 N. 4.

⁹⁹⁹ Deschenaux, s.578a.

Sözleşme tarafları, sözleşme ile karşılıklı beklentilerinin karşılanmasını amaçlarlar, ancak beklentilerinin boşa çıkma ihtimali her zaman vardır. İşte beklentiler ile ortaya çıkan gerçek arasındaki fark sözleşmesel risktir¹⁰⁰⁰. Daha genel bir başka tanıma göre ise, risk, katlanılması gereken kayıp olasılığıdır. Bu olası kaybın önceden görülebilirliği, katlanılması gerekli risk eşiğini de belirler¹⁰⁰¹. Bu anlamda durumun önceden görülebilirliği risk sınırını da belirleyen bir faktördür.

Sözleşmede veya kanunda hüküm olmaması durumunda, sözleşme taraflarının hangi riskleri üstlendiklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bunun belirlenmesinde sözleşmenin hukuki niteliği ve somut olayın özellikleri rol oynar. Bu değerlendirme, işlem temelinin çökmesinin her aşamasında olduğu gibi dürüstlük kuralı uyarınca yapılmalıdır.

Değişen koşullar sonucu mağdur olan tarafın, bu durumun getirdiği riski üstlenip üstlenmediğinin, bunun sonucu olarak da, ifanın ondan beklenip beklenemeyeceğinin belirlenmesinde, işlemin niteliğinin de hesaba katılması gerekir¹⁰⁰². Örneğin bir işlemin spekülative karakterinin, taraflar arasındaki risk paylaşımını belirlerken değerlendirilmesi gerekir. Öğretide, spekülative işlemlerde ilke olarak uyarılmanın kabul edilemeyeceği, zira bu işlemlerin nitelikleri gereği “risk” ögesini yapılarında barındırdığı ve tarafların zımnen değişen durumların riskine katlanacaklarını kararlaştırdıkları ifade edilmiştir¹⁰⁰³. Bununla birlikte, aslında tüm sözleşme ilişkileri tesadüfi unsurlara yer vererek az veya çok risk ögesini barındırır. Bizim görüşümüze göre gerçekten tamamen spekülative karakterde olmadıkça, sözleşmenin riskli bir sözleşme olması sözleşmelerin uyarlanması bakımından kendiliğinden olumsuz bir sonuç doğurmamalıdır¹⁰⁰⁴.

Riskli sözleşmelerden sayılan teminat sözleşmelerinin uyarlanması da öğretide tartışılmıştır¹⁰⁰⁵. Teminat sözleşmeleri, “*bir kimsenin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören bütün sözleşme ve*

¹⁰⁰⁰ Pichonnaz, N 45. *Flume* de işlem temelinin çökmesi öğretisinde temel sorunun “gerçeklik riski”ni (*Risiko der Wirklichkeit*) kimin yükleneyeceği sorusu olduğunu ifade etmektedir, bkz. *Flume*, **FS Juristentag**, s. 208; *Bischoff*, s. 19.

¹⁰⁰¹ *Deschenaux*, s.570a

¹⁰⁰² *Larenz*, **GG**, s. 185.

¹⁰⁰³ *Bischoff*, s. 213; *Larenz*, **GG**, s.91; *Guhl/Koller/ Schnyder/Druey*, § 38, N. 27.

¹⁰⁰⁴ *Ghestin/Jamin/Billiau*, N. 292.

¹⁰⁰⁵ Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve diğer garanti sözleşmelerinde uyarılmanın mümkün olmayacağı görüşünde *Engel*, s. 434 ve 787; k.g. **Berner Kommentar/Merz**, Art. 2 ZGB N 237.

anlaşmalar”dır¹⁰⁰⁶. Bu sözleşmelerin ana özelliği, “risk” ögesini yapılarında barındırmalarıdır. Teminat sözleşmelerinde, bir kimsenin, başkasının karşılaştığı riski üstlenmesi söz konusudur. Bu sözleşmelerde, diğer sözleşmelerden farklı olarak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak değişikliğin riskini bir üçüncü kişi başka bir sözleşme ile açıkça üstlenmiştir.

Şahsi bir teminat sözleşmesi olan kefalet sözleşmesinin uyarlanması sıklıkla gündeme gelir. Öğretide bu konu üzerinde durulmuş, soruna bazı ayrımlar yapılarak yaklaşmıştır¹⁰⁰⁷. Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra meydana gelen durum değişiklikleri sonucu, kefilin borcunu ifa etmesi güçleşebilir veya kefilin borcu anlamsızlaşabilir. Kefalet sözleşmesinde karşılıklı edimler söz konusu olmadığı için, kural olarak, edimler arası dengenin bozulması gündeme gelmez¹⁰⁰⁸. Bu nedenle edimler arasındaki dengenin bozulması türünde bir işlem temelinin çökmesi bu sözleşmeler bakımından ortaya çıkmaz. Bununla birlikte diğer türde işlem temelinin çökmesi halleri bakımından sorun düşünülmelidir. Kefalet sözleşmesi, yapısı gereği asıl borçlunun borcunu ödeyemeyeceği riski üzerine kurulmuş bir sözleşmedir. Bu nedenle özellikle asıl borçlunun sonradan ortaya çıkan değişiklikler sonucu borcunu ifa edememesi olasılığında işlem temelinin çökmüş sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmuş; bunun kefile herhangi bir savunma imkanı vermeyeceği kabul edilmiştir¹⁰⁰⁹. Zaten kefilin asıl borçlunun borcunu ödeyebileceğine duyduğu güven işlem temelini oluşturmaz, zira bu kefilin risk alanına dahil olan bir husustur¹⁰¹⁰. Kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun mali durumunun bozulması, ifa aczine düşmesinin riskine kural olarak kefil katlanır; ancak asıl borçlunun mali durumunun esaslı ölçüde ve önceden görülemez nedenlerle bozulması halinde işlem temelinin çökmesinin istisnai olarak kabul edilebileceği de belirtilmiştir¹⁰¹¹.

Bununla birlikte, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra değişen koşullar sonucu, kefilin borcunun ifası kendisi açısından çekilmez bir hal alabilir. Asıl

¹⁰⁰⁶ Tandoğan, C.II, s. 684.

¹⁰⁰⁷ Elçin-Grassinger, **Kefilin Savunma İmkanları**, s. 181-186; Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 47.

¹⁰⁰⁸ Serozan, **Oğuzman’a Armağan**, s. 1018.

¹⁰⁰⁹ Elçin-Grassinger, **Kefilin Savunma İmkanları**, s.181; Bischoff, s. 215;

¹⁰¹⁰ Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 47.

¹⁰¹¹ Elçin-Grassinger, **Kefilin Savunma İmkanları**, s.184. İsv. BK’de yer alan yeni m. 510, asıl borçlunun mali durumunun sonradan ağırlaşması halinde, kefile sözleşmeden dönme imkanı tanımaktadır.

borçlunun borcunu ödeyememesi dışında kalan bir durum sonucu kefilin borcu çekilmez bir hal alırsa bu durumda işlem temelinin çöktüğü kabul edilebilir¹⁰¹². Kefalet sözleşmesinin değişen koşullara uyarlanması işlem temelinin çökmüş sayılması için gerekli genel şartlara tabidir. Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra şartların değişmesi sebebiyle, kefilen borcunu yerine getirmesini talep etmek dürüstlük kuralına aykırı sayılacak ise, kefil kefalet sözleşmesinin uyarlanmasını veya feshini talep edebilecektir¹⁰¹³. İşlem temelinin çökmesi şartlardan özellikle risk paylaşımına ilişkin şart, kefalet sözleşmesi bakımından özel bir ağırlık taşır.

Tüm bunların dışında, risk ögesinin değerlendirilmesinde somut olayın özellikleri mutlaka dikkate alınmalıdır. Risk ögesinin değerlendirilmesi şematik bir çıkarıma tabi tutulmamalıdır. Bu nedenle de, örneğin tüm spekülasyon ve riskli sözleşmelerde uyarılma mümkün değildir diye bir sonuca önceden varmak doğru olmayacaktır. Somut olayın unsurları mutlaka dikkate alınmalıdır. Somut olayın nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin, öğretilerde verilen bir örnek bu bakımdan ilgi çekicidir¹⁰¹⁴: Bir sanatçının yapımcı firma ile yaptığı sözleşme sonucu, beş yıl boyunca kazancın sadece yüzde beşinden pay alacağı kararlaştırılmıştır. İlk albümü büyük başarı kazanan sanatçı kısa sürede yapımcı firmaya büyük kazanç sağlamıştır. Bunun üzerine payının az olduğunu düşünen sanatçı uyarılma talep etmiştir. Yapımcı firma bir sanatçıya yatırım yaparken risk almıştır. Sanatçının başarısı sadece yapımcı firmanın iyi bir yatırım yaptığını gösterir. Sanatçının büyük başarı kazanmış olması tek başına sözleşmenin uyarlanmasına gerekçe olamaz. Aksi kabul edilecek olursa firmaların ileride daha az risk alacakları da unutulmamalıdır. Yapımcı şirketin kazancının yanında sanatçının kazancı adaletsiz görünse de, sanatçının bu riski üstlenmiş olduğu kabul edilmelidir. Zira yapımcı bu sözleşme ile sanatçının başarısızlığı riskini üstlenmiştir, sanatçı da bir anlamda başarı riskini üstlenmiştir. Bu yatırımla ilgili sözleşmelerin bir özelliğidir. Sözleşmenin taraflardan biri için beklenenden daha fazla fayda getirmesi, diğer tarafın katlanması gereken bir risktir; zira sözleşme taraflarından her birinin amacı sözleşme ilişkisinden maksimum faydayı sağlamaktır. Beklenmedik gelişmeler sonucu böyle bir faydanın

¹⁰¹² Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 47.

¹⁰¹³ Elçin-Grassinger, **Kefilin Savunma İmkanları**, s.183; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N 589; Bischoff, s.215.

¹⁰¹⁴ Stoffel-Munck, s. 114/115.

sağlanmış olması tek başına sözleşmeyi uyarlama veya sonlandırma hakkı vermez. Ancak beklenmedik gelişmeler sonucu taraflardan birinin sözleşmeden sağladığı fayda olağandışı artmış ve bu artış diğer tarafın sözleşmeden sağladığı faydayı anlamsız kılacak biçimde edimler arası dengeyi bozmuş ise artık sözleşmesel risk dağılımının aşılmasından ve işlem temelini çökmesinden bahsedilir. Örneğin, yapımcı şirketin kazancının yüzde beş yüz artmış ise sözleşmeden sağlanan bu fayda, sanatçının sözleşmenin kuruluşunda üstlendiği bir risk sayılmamalı ve sözleşme değişen hal ve şartlara uyarlanmalıdır.

Risk ögesinin değerlendirilmesinde sözleşme taraflarının özellikleri ve konumları dikkate alınabilir. Önceden görülemezlik ölçütlerinde olduğu gibi somut, kişiye özel bir değerlendirme yapılmayacak, ancak soyut bir değerlendirme yapıp, aynı durumdaki makul bir kişinin riski üstlenip üstlenmediğine bakılırken, bu makul kişi somut olayda mağdur tarafın özelliklerini taşıyan bir kişi olarak hesaba katılacaktır. Bu noktada Yargıtay'ın banka kredi sözleşmeleri tarafı bankalar açısından yaptığı risk değerlendirmesine değinmek gerekir. Bankaların özel durumlarını hesaba katan Yargıtay şu noktanın üzerinde durmaktadır¹⁰¹⁵: “Bankalar kaynaklardan sağlanan olanaklara karşı, bunlara faiz ödemesinde bulunurken kur değişimleri nedeniyle, kambiyo zararına maruz kalabilecekleri, kambiyo zararlarını asgariye indirmek, taahhütlerini karşılayabilmeleri hususunda kur riski ve döviz likiditesi düzenlemelerine para otoritelerinin (Hazine ve Merkez Bankası) uyguladıkları, Disponibilite ve mevduat munzam karşılığı yükümlülüklerine uymak zorunda buldukları çok açıktır”. Yargıtay, bankaların sorumluluklarını hatırlatıp, bankaların riskli durumlarını vurgulamakta ancak bunu banka lehine yorumlar görmektedir. Bankaların yukarıda anılan riskli durumları bir gerçektir, ancak bu işlem temelini çökmesi durumunda banka lehine mağdur kredi borçlusu aleyhine karar vermek için gerekçe olamaz. Tam tersi banka bu riskli pozisyonunu hesaba katmalı, ülke ekonomisinin gereklerine uygun önlem almalıdır.

Sözleşmelerin süresinin de risk ögesinin değerlendirilmesinde önemi vardır. Uzun süreli sözleşmelerde edim dengesinin hiç bozulmadan aynı kalacağı

¹⁰¹⁵ Y. 11. HD. 01.04.2002, E. 2001/10794 K. 2002/2870, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); YHGK, 19.02.1997, E. 1996/11-762, K. 1997/77, YKD 1997/5, s. 681-682; YHGK 19.02.1997, E. 1996/11-674, K. 1997/87, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

düşünülemeyeceğinden buna ilişkin riskler bir dereceye kadar üstlenilmiş sayılabilir. Ancak mağdur tarafın çıkarlarıyla bağdaşmayacak ölçüde bir değişimin yaşanması durumunda bu risk eşiğinin aşıldığı ve işlem temelinin çöktüğü kabul edilebilir¹⁰¹⁶.

Sözleşme taraflarının riski üstlenip üstlenmediğinin, kim tarafından belirlenmesi gerektiği de tartışılmıştır. Öğretide, sözleşme taraflarından riski üstlenen tarafın her zaman bunun aksini söyleyeceğini, hatta bu öznel değerlendirmesinin belki de haklı olduğu ifade edilmiştir. Ancak risk paylaşımına ilişkin değerlendirme nesnel bir değerlendirmedir, sözleşme taraflarının öznel değerlendirmeleri önem taşımaz¹⁰¹⁷. Bununla birlikte, nesnel değerlendirmenin mutlaka hakim veya hakem gibi üçüncü bir kişi tarafından yapılması gerekmez. Nesnel değerlendirmeyi ortaya çıkan önceden görülemez değişiklik sonucu mağdur olan taraf da yapabilir. Değerlendirmesi yanlış ise, şartların eksikliği nedeniyle işlem temelinin çökmesi reddedilir.

V. DEĞERLENDİRME

İşlem temelinin çökmesinin gerekleri değerlendirilirken işlem temelinin çökmesine başvurmanın son çare olduğu unutulmamalıdır¹⁰¹⁸. İfa aşamasında karşılaşılan her aksilik işlem temelinin çökmüş sayılması için yeterli ağırlığı taşımaz. Bunun belirlenmesi için de somut ölçütlere ihtiyaç vardır. Bu nedenle işlem temelinin çökmesinin gerekleri iyi değerlendirilmelidir.

İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için şu gerekler aranır:

- İşlem temelinin oluşturan durumlarda sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen esaslı bir değişiklik;
- Bu değişikliğin sözleşme taraflarınca önceden görülememiş olması;
- Sözleşmesel veya kanuni bir risk dağılımı hükmü var ise bu hükümlere göre yoksa somut olayın özelliklerine göre adil risk dağılımı anlayışına göre ifanın beklenemezliği.

İşlem temelinin çökmesinin ilk şartı sonradan ortaya çıkan durum değişikliğidir. İşlem temelinin çökmesinin gereklerinin belki de merkezinde bulunan durum değişikliğinin bazı özellikleri vardır.

¹⁰¹⁶ BGHZ 77, s. 194 vd., (s.198/199).

¹⁰¹⁷ Deschenaux, s.572a.

¹⁰¹⁸ Brockmeyer, s. 2.

İşlem temelinin çökmesi teorisinde hangi tür durum değişikliklerinin uyarlama imkanı vereceği nesnel bir temele bağlanmıştır: Sadece işlem temelinin oluşturan olgularda değişiklik sözleşmelerin uyarlanması imkanı verir. Diğer teorilerin bizim görüşümüze göre eksik olan tarafı budur; sadece durum değişikliklerinin varlığına işaret edilmiş olması, hangi tür durum değişikliklerinin uyarlama imkanı vereceğinin muğlak bırakılması, sözleşmenin uyarlanmasının olaylar temelinde çözümlerle sınırlandırılmasına yol açmış; her tür durum değişikliğinin uyarlama şansı vermemesi de uyarlamanın istisnai niteliğiyle açıklanmaya çalışılmıştır.

İşlem temelinin çökmesi teorisini kabul etmekle beraber, işlem temeli kavramını tanımlarken, hukukumuzdaki işlem temeline ilişkin düzenlemenin (BK m. 24/I b.4) varlığını da dikkate almamız gerektiği görüşündeyiz. İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için “beklenmedik olgunun eğer baştan mevcut olsaydı esaslı temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptale elverişli sayılabilecek bir ağırlık taşıması gerekir”¹⁰¹⁹. Hangi tür durum değişikliklerinin sözleşmenin uyarlanması imkanı vereceğine belirlerken bu ölçütten mutlaka faydalanılmalıdır.

Kabul ettiğimiz teori olan ve Alman hukukunda geliştirilen işlem temelinin çökmesi teorisinde de, işlem temelinin baştan ve sonradan eksikliğinde işlem temeline verilecek anlam bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. İşlem temelinin baştan eksikliği bizdeki temel hatası düzenlemesine paralel olduğu için bizim hukukumuz açısından işlem temelinin varlığı belirlenirken mutlaka temel hatasına ilişkin düzenleme ile paralellik kurulmalıdır. Her ne kadar Alman hukukundan farklılık taşısa da, işlem temeli ile ilgili bir düzenleme varken bunu görmezden gelip, başka bir işlem temeli tanımı aramaya yer ve gerek yoktur. Bu nedenle, temel hatasına esas olan işlem temeli kavramının, işlem temelinin çökmesi ihtimali açısından da geçerli olduğunu kabul eden görüşe katılmaktayız¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁹ Serozan, **İfa**, § 20 N. 1; k.g. Arat, s. 104: Yazar sözleşmenin uyarlanmasının diğer şartları gerçekleştiği sürece değişikliğin esaslı temel hatası ağırlığına ulaşmasının ek şart olarak aranması gerektiğini savunmaktadır; böyle bir ek şartın sakıncasını ise BK m. 26’da yer alan tazminat sorumluluğu olarak göstermektedir. Oysa işlem temelinin çökmesi ve temel hatası arasındaki ayrımın zamansal nitelikte olmasının bu tazminat sorumluluğu ile ilgisinin kurulması güçtür, zira iki kurum arasındaki nitelik farkı, bunların farklı hukuksal sonuçları olduğu gerçeğinden yola çıkılarak saptanamaz. Bu nitelik farkının zamansal nitelikte olduğunu çürüten bir gerekçe olarak ileri sürülemez.

¹⁰²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **Oğuzman’a Armağan**, s.511; karş. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 160.

İşlem temeli oluşturan olaylardaki değişiklik istisnai nitelik taşımak zorunda değildir. Her durum işlem temeli oluşturmayacağı için her durum değişikliği de uyarılma şansı vermeyecektir. Sınırlama daha baştan nesnel şekilde yapılmaktadır. Bu nesnel sınırlama bizim hukukumuzda temel hatasında düzenlemesinde mevcuttur ve bu düzenlemede olağanüstü bir durumun varlığına gerek duyulmamıştır. Sadece işlem temelini oluşturan bir hususta hataya düşülmesi yeterlidir. Bu nedenle, işlem temeli kavramında birliği savunan bu görüşün bir diğer önemli sonucu da, işlem temelini çökmüş sayılması için olağanüstü bir olayın varlığına gerek olmamasıdır.

İşlem temelini çökmesine yol açabilecek nitelikte bir durum değişikliğinin bir diğer önemli özelliği de, önceden görülemez olmasıdır. Kapsamının belirlenmesi oldukça zor olan önceden görülemezlik kavramının sınırları belli yardımcı ölçütlerle belirlenebilir. Önceden görülemezliğin değerlendirilmesinde zamansal ölçütlerden faydalanılır. Bundan kasıt, bir durum değişikliğinin önceden görülemez olup olmadığının değerlendirilmesinde uyarlanmasında istenen sözleşmenin kurulma anının, sözleşmenin süresinin ve ortaya çıkan olayın geçici nitelikte mi yoksa sürekli nitelikte mi bir olay olduğunun dikkate alınmasıdır. Önceden görülemez değişikliğin değerlendirilmesi her ne kadar sözleşmenin kuruluş anına göre yapılacak olsa da, sözleşmenin kuruluşundan önceki gelişmeler de değerlendirme açısından önemlidir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliği sözleşmenin kurulmasından önceki uzun bir dönemde ortaya çıkmamışsa bu da değerlendirmede hesaba katılmalıdır. Bunun yanı sıra, durum değişikliğinin ortaya çıktığı dönem de önemlidir; bazı dönemlerde önceden görülemezliğin derecesi arttığı, bazı dönemlerde ise azaldığı unutulmamalıdır. Sözleşmenin süresinin uzun olması da kural olarak önceden görülemezliği artıran bir olgudur.

Önceden görülemezliğin değerlendirilmesinde uyarlanmasında istenen sözleşmenin niteliği de önemlidir. Spekülatif ve riskli sözleşmelerde önceden görülemezlik ögesi daha sıkı takdir edilir. Bununla birlikte bu, bu tür sözleşmelerin asla uyarlanmayacağı anlamına gelmemelidir, sadece değerlendirmede dikkate alınacak bu nokta önceden görülemezlik derecesini azaltabilir. Sözleşme taraflarının özellikleri de, mutlaka dikkate alınmalıdır. Tarafların sosyal statüsü, eğitimi, düşünsel kapasitesi, meslekleri gibi unsurlar önceden görülemezlik değerlendirilmesinde önemli rol oynayabilir. Bununla birlikte bu unsurlar dikkate

alınırken önceden görülemezlik değerlendirilmesinde sadece belirli bir rol oynadıkları unutulmamalı, tarafların özellikleri bir şart eksikliği olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle Yargıtay uygulamasının aksine, sözleşme taraflarından birinin tacir olması tek başına sözleşmelerin uyarlanmasının reddi için yeterli değildir.

Durum değişikliği sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmalıdır. Bu işlem temelinin çökmesinin uygulama alanının temel hatası ve gabin gibi yakın kavramlardan ayrılmasına yarayan önemli bir ölçüttür.

Durum değişikliği, işlem temelinin çöktüğünü iddia eden kişinin etki alanından kaynaklanan bir nedenle ortaya çıkmamış olmalıdır. Bu özellik, bu iddiada bulunan kişinin kusurlu bir hareketinin aranacağı anlamına gelmez. Bu öge kusur kavramından çok daha geniş bir alanda değerlendirilmelidir. Bu nedenle, mağdur tarafın kusuru olmamasından değil, durum değişikliğinin uyarlama talep eden tarafa isnat edilememesinden bahsetmek daha doğru olacaktır.

İşlem temelinin çökmesi ile ilgili belki de en önemli gerek, risk paylaşımı kuralları karşısında ve dürüstlük kuralı ışığında değişen koşullara rağmen ifanın beklenip beklenemeyeceğinin değerlendirilmesidir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerinin taraflar arasındaki risk dağılımını nasıl etkilediğini belirlemek için ilk olarak sözleşmede bir uyarlama hükmünün olup olmadığına bakılmalıdır. Böyle bir hüküm varsa uyarlama bu hükme göre yapılmalıdır. Sözleşmede böyle bir hüküm yoksa kanuna bakılmalı, kanunda özel bir uyarlama hükmü varsa bu hüküm de işlem temelinin çökmesine göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. Sözleşmede veya kanunda uyarlama hükümleri yoksa ve ifa değişen koşullara rağmen dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez ise işlem temeli çökmüş sayılacaktır. Bu durumda yeni ve adil bir risk paylaşımı kuralının belirlenmesi suretiyle sözleşme değişen koşullara uyarlanır.

IV. BÖLÜM

İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİNİN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Sözleşme kurulduktan sonra değişen koşullar sonucu, sözleşme, taraflarından biri veya birden fazlası için katlanılmaz hale gelmiş ve işlem temeli çökmüş ise, artık sözleşmenin ne şekilde değişen koşullara uyarlanacağı sorunu gündeme gelir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için gerekli şartlar oluşmuşsa, uyarlamanın ne şekilde talep edileceği oldukça tartışmalı bir noktadır. Bu konuda iki eğilim vardır: Tarafların kurdukları sözleşmeyi kendilerinin değişen koşullara uyarlamak hususunda ilk yetkili olduğu yolundaki eğilim ve taraflara bu konuda yetki tanımayan, hakime doğrudan yetki tanıyan eğilim. Bu eğilimlerden hangisinin daha amaca uygun olduğu, uyarlama talebinin hukuki niteliği, içeriği ve kimin tarafından kullanılabileceği gibi sorunların karşılaştırmalı hukuktaki veriler ışığında aydınlatılması yoluyla, belirlenebilir. Bu sayede, Türk hukukuna en uygun çözüm önerisinde bulunulabilir.

Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanabileceğini kabul eden hukuklarda karşılaşılan en büyük sorun, uyarlamanın nasıl gerçekleşeceği sorunudur. Sözleşmelerin uyarlanmasında izlenmesi gereken usul, birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sıkı şartlara bağlansa bile aslında en büyük sıkıntı, sonuçların ne olacağı ve bu sonuçlara hangi yolla ulaşılabileceği noktasındadır¹⁰²¹. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında farkların şartlardan çok sonuçlarda yoğunlaştığını söylemek abartılı olmayacaktır. Değişen koşullar sonucu mağdur olan tarafa tanınan sözleşmenin uyarlanması imkanının nasıl kullanılacağı, karşı tarafın menfaatleri de dengelenerek belirlenmesi gereken bir sorundur. Sözleşme nasıl uyarlanacak sorusu son derece somut ve nesnel ölçütlere bağlanmalıdır.

¹⁰²¹ Stoffel-Munck, N. 224.

İşlem temelini çökmüş olduğu sonucuna varılmış ise, uyarlama hakkının ne şekilde, kim tarafından ve hangi usul izlenerek kullanılmalıdır sorunları açıklığa kavuşturulmalıdır. Ancak bu sorunlar uyarlamanın kabul edildiği tüm hukuk sistemlerinde en tartışmalı konulardandır ve ne yazık ki, tam bir fikir birliğine varılamamıştır. Türk hukukuna en uygun ve adil çözümün belirlenmesi açısından, belli başlı sistemlerdeki sonuçların bir dökümünü vermek aydınlatıcı olacaktır. Bunu yaparken Türk hukukuna özgü unsurların da dikkate alınması ve özellikle işlem temelini çökmesinin doğurabileceği usuli sorunların cevaplandırılmaya çalışılması gerekmektedir.

II. YABANCI HUKUKLARDA ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI KONUSUNDA KABUL EDİLEN BAŞLICA ÇÖZÜMLER

A. GENEL OLARAK

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, sözleşmelerin uyarlanması konusunda kabul edilen usullerin çok çeşitli olduğu gözlemlenebilir: Sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin şartlar gerçekleştiğinde doğrudan hakimden uyarlamanın talep edilmesi; uyarlama hakkının mağdur tarafa yenilik doğuran bir hak olarak tanınması; uyarlamanın şartlarının gerçekleşmesi ile kendiliğinden (*ipso iure*) sonuç doğurması ve özellikle son yıllarda büyük taraftar kazanan sözleşmenin değişen koşullar karşısında taraflarca yeniden müzakere edilmesi, bunun bir ödev veya yüküm olarak taraflara yüklenmesi. Son olasılıkta, tarafları bu yola başvurmakta serbest bırakmakla, onları zorlamak (hakimin yeniden müzakerelere karar vermesi; yeniden müzakerenin borç olarak tanınıp, aykırılığın tazminatla sonuçlanması vb.) arasında çeşitli yollar mevcuttur.

B. HAKİMDEN UYARLAMANIN TALEP EDİLMESİ

Türk hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusunda en çok kabul gören çözüm, uyuşmazlığın hakim önüne getirilmesidir¹⁰²². Sözleşme tarafları mahkemeye başvurarak sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanmasını talep edebilirler. Hakim de durumun özelliğini göz önünde tutarak sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayabilir veya sözleşmeyi sonlandırabilir¹⁰²³. Bu sistemde uyuşmazlık hakimin önüne gelmeden, uyarlama yönünde, taraflara herhangi bir hak tanınmaz. Hakim tarafların iddia ve savunmalarını dinler, koşullardaki değişikliği değerlendirir ve sözleşmenin uyarlanıp uyarlanmayacağına karar verir.

İsviçre hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hakimin çözmesi gereken bir meseledir. İsviçre hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini sözleşmede yer alan uyarlama boşluğunun doldurulması olarak savunan baskın görüşe göre bu boşluk tüm sözleşme boşluklarında olduğu gibi hakim tarafından doldurulacaktır. İsviçre’de hukuki temel konusunda başka görüşleri savunan yazarlar ve Federal Mahkeme de sözleşmenin uyarlanmasını hakimin yetkisinde bir konu olarak değerlendirmektedir.

İşlem temelini çökmesi sonucu sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının da, sözleşmeden dönülmesinin de hakimden talep edilmesi gerektiğini savunan görüş, işlem temelini çökmesi durumunda, sözleşmeden dönme hakkının da hakimden talep edilmesini kabul eder¹⁰²⁴. Bilindiği gibi, sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu görüşü günümüzde baskın görüştür¹⁰²⁵. İşlem temelini çökmesi durumunda sözleşmeden dönme hakkını, artık yenilik doğuran bir hak olarak değil, hakimden talep edilecek bir talep hakkı olduğunu savunan görüş bunu işlem temelini çökmesindeki menfaat dengesi ile açıklar¹⁰²⁶: “*Bu durum sözleşmeden dönme hakkının tarihsel gelişimi ile de uyumludur. Bu hakta söz konusu olan şey sözleşmeye sadık kalan tarafın sözleşmeyi ihlal edene karşı elinde bulundurduğu tipik bir silahtır. İşlem temelini çökmesi halinde ise çıkar durumu*

¹⁰²² Kaplan, s. 144/145; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 92-93, 104; Eren, s. 441 vd.; Oğuzman/Barlas, s. 220; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 14-15; Başbuğ, s. 108.

¹⁰²³ Oğuzman/Barlas, s. 220.

¹⁰²⁴ Haarmann, s. 110.

¹⁰²⁵ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 45 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 74; Oğuzman/Öz, s. 381, dn. 457; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 964; Eren, s. 1075.

¹⁰²⁶ Haarmann, s. 110.

tam tersinedir. Burada söz konusu olan şey sözleşmeye sadık kalmamak isteyen tarafın o ana kadar sözleşmenin değiştirilmesi veya feshi konusunda herhangi bir çıkarı bulunmayan tarafa karşı olan haklarıdır. Bu nedenle ağırlıklı olan görüşün karşısında işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı bir talep hakkıdır”.

Hakimin vereceği kararın inşai bir karar mı yoksa bir eda hükmü mü olacağı belirlenmelidir. Sözleşmelerin uyarlanmasının bir talep hakkı olduğu kabul edilirse hakimin vereceği karar da bir eda hükmü olacaktır. Hakimin kararına inşai nitelik tanımak ise inşai kararların istisnai karakteri de dikkate alındığında yerinde bir çözüm olmayacaktır.

Türk hukukunda da işlem temelinin çökmesinin sonuçlarından biri olan dar anlamda uyarlanmanın hakimden talep edilmesi gerektiği baskın görüştür. Bununla birlikte sözleşmeden dönme hakkı bakımından bir ayrıma gidilmekte, bu hakkın işlem temelinin çökmesi olasılığında da yenilik doğuran hak olma özelliği korunmaktadır.

Sözleşmenin uyarlanması konusunda hangi usul kabul edilirse edilsin çoğu kez uyuşmazlığın hakim önüne geleceği bir gerçektir. Bununla birlikte uygulamada uyuşmazlığın çoğu kez hakimin önüne gelecek olması teorik bakımdan sözleşmelerin uyarlanmasının hakimden talep edilmesinin gerekçesi olamaz.

C. UYARLAMANIN KENDİLİĞİNDEN SONUÇ DOĞURMASI

İşlem temelinin çöktüğü durumlarda sözleşmenin kendiliğinden uyarlanmış sayılıp, herhangi bir talebe ihtiyaç olmadığı görüşü Alman hukukunda özellikle reform öncesi savunulmuştur¹⁰²⁷. Alman hukukunda § 313 BGB yürürlüğe girmeden önce Alman Federal Mahkemesi ve öğreti uyarlanmanın kendiliğinden sonuç doğuracağı (*kraft Gesetzes*) görüşündeydi¹⁰²⁸. Mağdur tarafın sözleşmenin

¹⁰²⁷ İşlem temelinin baştan eksikliği ve sonradan çökmesi arasında, reform öncesinde de kabul edildiği gibi, sonuç bakımından bir fark gözetilmemiştir: **ErmanBGB/Hohloch**, § 313 N. 1; BGHZ 25, s. 390 vd. (s. 393); BGH NJW 1976, s.565 vd. (s.566); BGH NJW 1986, s. 1348 vd. (s.1349).

¹⁰²⁸ Köhler, **FG Wissenschaft**, s. 307; § 313 BGB yürürlüğe girmeden önceki içtihatlar, uyarlanmanın kendiliğinden sonuç doğuracağı görüşü savunuluyordu, “*Hakimin işlem temelinin çöküp çökmediğinin re’sen araştırılması gerekir, bunun mağdur tarafça ileri sürülmesi aranmaz*”, BGHZ 54, s.145 vd. (s.155); “*İşlem temelinin bulunmadığı ya da sonradan çöktüğü durumlarda sözleşme taraflarından birinin buna ilişkin bir irade beyanında bulunmasına gerek yoktur. Önceden*

uyarlanmasına ilişkin bir talebine gerek yoktu. Usuli açıdan bakıldığında da, mahkemeye gidildiğinde hakimin uyarlamaya ilişkin vereceği hüküm tespit hükmü olarak değerlendirilmekteydi¹⁰²⁹. İşlem temelini çökmesinin şartlarının gerçekleşmesi ile uyarlama kendiliğinden sonuç doğuracağı için, ifa talebi de doğrudan uyarlanmış edim doğrultusunda gerçekleştirilecekti¹⁰³⁰. § 313 BGB yürürlüğe girmeden önce de buna karşı çıkan birçok yazar işlem temelini çökmesinin kendiliğinden sonuç doğurmasını eleştirmiştir; bu görüştekiler uyarlamının mutlaka bir irade açıklaması gerektirdiğini belirtmişlerdir¹⁰³¹.

Yeni § 313 BGB ile sonuçlar bakımından farklı bir yol izlenmiştir. Yeni düzenleme karşısında eski görüşün artık geçerliliğini yitirdiği belirtilmiştir; zira madde metninde “sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir” (“*die Anpassung [kann] verlangt werden*”) ifadesi açıkça yer almaktadır¹⁰³². Uyarlama talep eden mağdur tarafın karşı taraftan bir talebinin olacağı, karşı taraf ile anlaşmazlık halinde ise mahkemeye gidileceği vurgulanmıştır¹⁰³³. Yeni düzenleme ile artık uyarlama talebinden ve uyarlama davasından bahsedilmektedir¹⁰³⁴. Yeni maddeye göre, eğer sözleşmenin uyarlanması mümkün değil veya taraflardan biri için katlanılamaz ise, mağdur taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli edimli sözleşmelerde, sözleşmeden

görülemeden bir gelişme nedeniyle mağdur olan taraf açısından sözleşmenin başlangıçtaki düzenlemesine bağlı kalmanın dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemeyeceği durumlarda uyarlama kendiliğinden sonuç doğurur”, BGH NJW 1972, s. 152 vd. (s. 153). Karş. reform sonrasındaki bir karar BAG NJW 2003, 3005. Bununla birlikte, işlem temelini çökmesinin kendiliğinden sonuç doğurması Alman Federal Mahkemesi kararlarında sadece dar anlamda uyarlama için kabul edilmiş, sözleşmenin sona erdirilmesinin (dönme veya fesih) yenilik doğuran bir beyanla olabileceği kabul edilmiştir, “*İşlem temelini çökmesinin ilk sonucu sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasıdır. (...) Olayda ise işlem temelini çökmesi ile ilgili sözleşmenin sona erdirilmesi gündeme gelecektir. Bu etki ise kendiliğinden sonuç doğurmayıp, davalının dönme beyanına bağlıdır*” BGH NJW 1993, s.1641 vd (s. 1642); karşı. BGH NJW 1987, s.2674 vd. (s.2676).

¹⁰²⁹ Felix Christopher Hey, “Die Kodifizierung des Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, **Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris**, München, 2002, s.21-46, s. 32/33.

¹⁰³⁰ Horn, **AcP 1981**, s. 276.

¹⁰³¹ Eidenmüller, **JURA 12/2001**, s. 831 vd.; Köhler, **FG Wissenschaft**, s. 308; Haarmann, s. 103 vd; bkz. Emmerich, § 29, N. 6.

¹⁰³² **BT-Drucks 14/6040**, s. 175/176; Jauernig/Stadler, § 313 BGB N. 27; Brox/Walker, § 27 N: 10; Lorenz/ Riehm, N. 397/398; **ErmanBGB/Hohloch**, § 313 N. 4, N. 40 vd.; Palandt⁶³/Heinrichs, § 313 BGB N. 29; Horst Ehmman / Holger Sutschet, **Modernisiertes Schuldrecht – Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten**, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, s. 173/174; Hey, s. 32; Köhler, **FG Wissenschaft**, s.308; Emmerich, § 29 N 11 vd.

¹⁰³³ Brox/Walker, § 27 N. 10.

¹⁰³⁴ **ErmanBGB/Hohloch**, § 313 N. 40.

dönme hakkının yerini, fesih hakkı alır. Bu nedenle artık uyarlamamanın kendiliğinden sonuç doğurması çözümlü günümüzde geçerliliğini yitirmiştir.

D. UYARLAMADAN ÖNCE SÖZLEŞME TARAFLARININ SÖZLEŞMEYİ YENİDEN MÜZAKERE ETME AMACIYLA BİRARAYA GELMESİ

Sözleşmenin değişen koşullar karşısında yeniden müzakere edilmesi eğilimi gerek ulusal hukuklarda gerekse de uluslararası hukukta son yıllarda ivme kazanmıştır. Uluslararası hukuk açısından bunun pratik nedeni uluslararası ticarete sıkça kullanılan *hardship* hükümlerinin çoğunlukla değişen koşullar karşısında taraflara sözleşmenin yeniden müzakere etme yükümünü veya ödevini yüklemesidir. Sözleşmenin taraflarının hakim önüne gitmeden önce biraraya gelmelerinin amaca daha uygun olması nedeniyle, ulusal hukuklarda da, sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin yerindeliği vurgulanmaktadır. Uyarlama hakkının kullanılmasının ilk doğurduğu sonucun beyan muhatabını sözleşmenin yeniden müzakeresine zorunlu kılıp kılmadığı, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda karşılaştırmalı hukuktaki en güncel tartışmalardandır.

Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi imkanının tanınması, sözleşme taraflarına sözleşmelerini değişen durumlara uyarlama şansı vermesi nedeniyle irade özerkliği ilkesine daha uygun görülmüştür¹⁰³⁵. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliğinin sözleşmenin uyarlanması ve sona erdirilmesi sonuçlarının ilk aşaması olan bu gereğe göre, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasından önce taraflar biraraya gelip sözleşmeyi yeniden müzakere etmelidirler.

Yukarıda incelediğimiz gibi uluslararası ticari sözleşmelerde *hardship* klotlarında öngörülen en önemli sonuçlardan birisi değişen koşullara karşısında tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere etmeleri gereğidir. Uluslararası ticaret pratiğindeki bu durumu dikkate alarak hazırlanan PICC'de ve PECL'de yeniden müzakere ve sonuçları ile ilgili açık düzenlemeler mevcuttur.

¹⁰³⁵ Horst Eidenmüller, "Neuverhandlungspflicht bei Wegfall der Geschäftsgrundlage", *ZIP* 1995, s. 1063-1071 (s. 1063).

PICC'nin "*Hardship*" düzenlemesi özellikle sonuçları bakımından birçok yeni ve ilginç özellik taşır. PICC'nin *hardship*'in sonuçlarını düzenleyen 6.2.3. maddesine göre:

- 1) *Hardship* durumunda, mağdur taraf müzakerelerin açılmasını talep edebilir. Bu talep vakit geçirmeden yapılmalı ve gerekçeli olmalıdır.
- 2) Talepte bulunmuş olma mağdur tarafa kendiliğinden borçlarının ifasını askıya alma yetkisi vermez.
- 3) Makul bir süre içerisinde taraflar anlaşmaya varamazlar ise, taraflardan her biri mahkemeye başvurabilir.
- 4) Bir *Hardship* durumunun söz konusu olduğuna karar veren mahkeme gerek görürse:
 - a) Sözleşmeyi belirlediği tarih ve şartlarla sona erdirebilir; veya
 - b) Edimler arası dengeyi tekrar sağlama amacıyla sözleşmeyi uyarlayabilir.

Bu maddede iki aşamanın varlığı hemen dikkat çeker¹⁰³⁶: Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi aşaması ve mahkeme önündeki aşama. Önceden görülemeyen olayların ortaya çıkması sonucu mağdur olan taraf sözleşmenin diğer tarafından *hardship* halini çözüme kavuşturmak amacıyla, sözleşmenin yeniden görüşülmesini talep edebilir. Taraflar bir çözüme ulaşamazsa hakim duruma müdahale eder. Unidroit ilkelerinde öngörülen hakimin tarafların anlaşamaması durumunda müdahale yetkisi uluslararası ticarete uygun düşmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰³⁷. Ancak baskın görüş bu çözümün yerinde olduğu savunur¹⁰³⁸.

PECL m. 6: 111'e göre de:

- (2) (...) ifa durum değişikliği sonucu aşırı derecede külfetli hale gelmişse, taraflar, sözleşmelerinin uyarlanması veya sona erdirilmesi yönünde yeniden müzakerelere girişmek borcu altındadırlar. (...)
- (3) Tarafların makul bir sürede anlaşamaması durumunda, mahkeme:
 - (a) Sözleşmeyi belirlediği tarih ve koşullarda sona erdirebilir;
 - (b) veya taraflar arasında, durum değişikliğinden kaynaklanan kayıpları ve kazançları adil bir biçimde dengeleyecek şekilde sözleşmeyi uyarlayabilir.

Bu iki halde de mahkeme taraflardan birinin müzakerelere yanaşmamasından veya dürüstlük kuralına aykırı biçimde müzakerelere son vermesinden kaynaklanan

¹⁰³⁶ Prado, **Diritto del commercio internazionale**, s. 367.

¹⁰³⁷ Fontaine, **Contratti**, s. 188; ICC No 8.873 1997 (Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de CCI, 1999, s. 81).

¹⁰³⁸ Fontaine, **Les grandes clauses**, s. 12.

zararın tazminine de karar verebilir.

Her iki sistemde de, durum değişikliklerinin borçtan kurtarıcı bir etkisi yoktur; sözleşme yeniden müzakere edilirken edimlerin ifasına devam edilmelidir¹⁰³⁹.

Fransız hukukunda ise emprevizyon teorisinin sonuçları bakımından öğretide iki olasılıktan bahsedilir: Hakimin sözleşmeyi uyarlaması veya hakimin tarafları sözleşmenin yeniden müzakeresine zorlaması ve bu müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda bunun sonuçlarına karar vermesi¹⁰⁴⁰. İki olasılıkta da yetki hakimdedir. Fransız hukukunda sözleşmenin sona erdirilmesi bile taraflara yenilik doğuran bir hak olarak tanınmamıştır. Sözleşmenin sona erdirilmesi hakimin yetkisi dahilinde bir sonuçtur, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönmek Fransız hukukunda mümkün değildir. Bu nedenle tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin uyarlanması veya uyarlamanın kendiliğinden gerçekleşmesi Fransız borçlar hukuku sistemine uygun değildir.

Her ne kadar tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi uyarlayamasalar da, dürüstlük kuralı (*bonne foi*) temelinde, değişen koşullar karşısında, tarafların yeniden müzakere borcu altında olduklarını kabul etmek gerçekten de Fransız hukukuna daha uygun bir çözüm olmuştur. Emprevizyon teorisi taraftarları arasında baskın görüş, sözleşme ekonomisinin bozulmasının borçlunun borcunu ifa etmesine engel olmadığı sadece tarafları sözleşmenin yeniden müzakere borcu altına soktuğu yönündedir¹⁰⁴¹. Bu da sözleşmeyi sona erdirmeye yerine ayakta tutma anlayışının bir görünümüdür, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması bakımından modern anlayış da bunu destekler.

Yeniden müzakere borcunun hukuki temeli sözleşmelerin ifası sürecinde de aranan dürüstlük kuralına uygun davranma yükümüdür¹⁰⁴². Bu borcun, Fransız hukukunda baskın görüşçe kabul edilen dayanışma yükümünün devamı olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴³. *Picod*, sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi borcunu, emprevizyon nedeniyle hakimin müdahalesinin de temeli olarak değerlendirir. Yazara göre, hakimin sözleşmeye müdahalesi bir borcun varlığından ve bu borca

¹⁰³⁹ Pimont, N. 408.

¹⁰⁴⁰ Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 757.

¹⁰⁴¹ Pimont, N. 408 vd.; Tallon, s. 414.

¹⁰⁴² Picod, **Le devoir de loyauté**, N. 176 vd.; Pimont, N. 413.

¹⁰⁴³ Pimont, N. 413; ayrıca bkz. Mazeaud, s. 620-622.

aykırılıktan bahsedilebildiği ölçüde mümkündür, bu da sözleşmesel dayanışmanın en yüksek görünümü olan yeniden müzakere etme borcudur¹⁰⁴⁴. Fransız hukukunda yeniden müzakere borcu, emprevizyonun dürüstlük kuralı hukuki temeline dayanmasının hukuki sonucu olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁴⁵. Tarafların dayanışma borcundan kaynaklanan yeniden müzakere borcu Fransız hukukunda son dönemde içtihat tarafından da kabul edilmiştir. Fransa’da çok önceden beri yine idare mahkemesi idare hukuku sözleşmeleri bakımından tarafları yeniden müzakereye davet etmekteydi¹⁰⁴⁶. Fransız Temyiz Mahkemesi’nin yeniden müzakere borcuna sıcak bakması öğretisi tarafından emprevizyon teorisini reddeden mahkemenin bu boşluğu doldurma yolu olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁴⁷.

Yeniden müzakerelere başlama iki şekilde düşünülebilir¹⁰⁴⁸: Taraflardan birinin diğer tarafa sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir teklif götürmesi veya her iki tarafın da nihai anlaşma için bir araya gelip müzakerelere başlamaları. Yeniden müzakere borcunun borçlusu kimdir sorusu da tartışmalıdır. Üç olasılık vardır: Mağdur taraf (karş. PICC m. 6.2.3. b. 5), ortaya çıkan durum değişikliğinden etkilenmeyen taraf (karş. İtalyan Medeni Kanunu m. 1467)¹⁰⁴⁹, her iki tarafın müzakerelere başlama inisiyatifine sahip olması (karş. PECL m. 6: 111, b. 2)¹⁰⁵⁰. Yeniden müzakere borcu taraflara olumlu ve olumsuz iki yük yükler: Müzakereleri dürüstlük kuralına uygun sürdürmek (müzakereleri gereksiz yere uzatmamak ve haksız yere kesmemek) ve sözleşmenin ekonomisi gerçekten bozulmamış ise müzakerelere girişmemek. Bu borcun bir vasıta borcu olduğu hususunda ise şüphe yoktur, sadece yeni tekliflerle sözleşmenin diğer tarafına gidilmeli, sözleşme birliğini ayakta tutma yönündeki iyi niyet ispatlanmalıdır¹⁰⁵¹. Bu borca aykırılık halinde tazminat sorumluluğunun doğacağı da belirtilmiştir¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁴ Picod, **Le devoir de loyauté**, N. 190.

¹⁰⁴⁵ Picod, **J-CI Code civil**, N. 98; ayrıca bkz. Picod, **Le devoir de loyauté**, N. 176-207; Terré/Simler/Lequette, N.446; Christophe Jamin, “Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l’article 1134 du Code civil”, **Droit & Patrimoine 1998/03**, s. 46-57 (s. 54); Mazeaud, s. 620-622; Stoffel-Munck, N. 130 vd. ve N. 245 vd.

¹⁰⁴⁶ Stoffel-Munck, N. 245.

¹⁰⁴⁷ Bkz. Jamin, **Droit & Patrimoine 1998/03**, s. 55-57.

¹⁰⁴⁸ Pimont, N. 414.

¹⁰⁴⁹ Bu görüşte, Picod, **Le devoir de loyauté**, N. 188 vd.

¹⁰⁵⁰ Bu görüşte, Pimont, N. 414.

¹⁰⁵¹ Picod, **Le devoir de loyauté**, N. 190; Pimont, N. 414.

¹⁰⁵² Pimont, N. 414.

Alman hukukunda, § 313 I BGB'nin yürürlüğe girmesi ile tarafların uyarılmanın şartları gerçekleştiğinde yeniden müzakere borcunun olup olmadığı tartışması yeniden alevlenmiştir. Alman hukukunda, işlem temelinin çökmesinin bir sonucu olarak genel bir yeniden müzakere etme yükümlülüğü, ilk olarak *Horn* tarafından savunulmuştur¹⁰⁵³. *Horn* Alman hukukunda, sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi yükümlülüğünü, işlem temelinin çökmesinin genel bir sonucu olarak görür¹⁰⁵⁴.

Alman hukukunda § 313 BGB yürürlüğe girmeden önce işlem temelinin çökmesinin kendiliğinden (*ipso iure*) sonuç doğurduğu baskın görüş ve içtihat tarafından kabul edildiği için, yeniden müzakerelere girişilebilmesi mantıken de mümkün görülmemekteydi¹⁰⁵⁵. İşlem temelinin çökmesinin şartlarının gerçekleşmesi ile kendiliğinden, şartlar gerçekleştiği anda sonuçlarını doğuracağı için yeniden müzakerelere girişilmesine fırsat ve gerek kalmıyordu. *Horn*, *ipso iure* öğretisini § 313 BGB yürürlüğe girmeden önce de reddettiği için yeniden müzakere yükümlülüğünün bu gerekçeyle reddedilmesine de katılmıyordu¹⁰⁵⁶. İşlem temeli öğretisi çerçevesinde uyarılmanın tarafların anlaşması sonucunda gerçekleştiği ve tarafların bu mutabakata ulaşmak için çaba göstermek yükümlülüğünde buldukları görüşü, § 313 BGB yürürlüğe girene kadar yalnızca azınlıktaki görüş tarafından açıkça savunulmaktadır¹⁰⁵⁷.

§ 313 BGB'nin yürürlüğe girmesi ile yeniden müzakere yükümlülüğünün yeni düzenleme ile uygunluğu tartışılmıştır. § 313 BGB hükmü yeniden müzakere borcu veya ödevi hususunda herhangi bir açıklık taşımamaktadır¹⁰⁵⁸. Ancak bu hükümle uyarılma artık kendiliğinden sonuç doğurmadığı, sözleşmenin

¹⁰⁵³ Horn, **AcP 1981**, s. 256.

¹⁰⁵⁴ Horn, **AcP 1981**, s. 276. Eidenmüller, **ZIP 1995**, s. 1067; K.g. Michael Martinek, "Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten Bestandsaufnahme, Kritik... und Ablehnung", **AcP 1998**, s. 329-400 (s. 363 vd).

¹⁰⁵⁵ Bkz. Martinek, s. 334.

¹⁰⁵⁶ Horn, **AcP 1981**, s. 276-277.

¹⁰⁵⁷ *Eidenmüller* de, işlem temelinin çöktüğü hallerde, yeniden müzakere etme borcunun hukuki bir sonuç olarak değerlendirilmesinin, irade özerkliği ilkesinin bir sonucu olduğunu savunmuştur Eidenmüller, **ZIP 1995**, s. 1067. Gabriele Fecht, **Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen**, VVF, München, 1989, s. 36. Buna karşılık, Alman öğretisinde, özellikle *Martinek* bu görüşe karşı çıkmış ve genel bir yeniden müzakere etme borcunun varlığını kabul etmemiştir. Martinek, s. 334 vd., s. 368/369.

¹⁰⁵⁸ Rösler, **ZGS 2003**, s.388.

uyarlanmasının talep edilmesi söz konusu olduğu için yeniden müzakerelere girişilmesine ilişkin tartışma yeniden alevlenmiştir¹⁰⁵⁹. Bazı görüşler, bu hükmün bir müzakere çözümünü içerdiğini ancak yeniden müzakere yükümlülüğü kadar ağır bir sonucun çıkarılmayacağını savunur. Bu görüşe göre, yeniden müzakereye yanaşılmaması durumunda bir tazminat borcu söz konusu olmaz; müzakerede uyuşamazlarsa taraflar hakime gideceklerdir, mahkeme tarafların sözleşme iradelerini dikkate almalı ve sözleşmeyi mümkün olduğunca ayakta tutmaya yönelik bir müdahalede bulunmalıdır¹⁰⁶⁰. Madde gerekçesinde de tarafların öncelikle kendileri uyarılma hususunda müzakerelere girişmeleri gereği açıkça vurgulanmıştır¹⁰⁶¹. Bazı yazarlar ise yeniden müzakere borcunun veya ödevinin kabul edilmesini usul ekonomisi açısından yerinde bulmamakta, müzakerelerin çözümü geciktireceğini savunmaktadırlar¹⁰⁶².

Avrupa borçlar hukuku alanında uyumlaştırma çalışmalarında, hakimin sözleşmeyi uyarlamak için devreye girmesi yeniden müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması şartına bağlanmıştır.

Yukarıda anılan sistemlerde yeniden müzakereden genellikle bir borç olarak bahsedilmesine karşın, bunun bir yükümlülük değil de bir ödev olarak değişen koşullar sonucu mağdur olan tarafa dayatılıp dayatılamayacağı akla gelir. Bu noktada, yükümlülük ile ödev arasındaki ayrıma değinmemiz yerinde olacaktır. Bilindiği gibi ödev kavramı *kendisine yüklenen bazı davranış ödevlerini yerine getirmeyen kişinin haklarını tamamen veya kısmen kaybetmesini* ifade eder; söz konusu ödevi yerine getirmekle yükümlü olan kişiden ödevin aynen ifası veya ödevi uyulmaması sebebiyle tazminat talebinde bulunulamaz, sadece yükümlü olduğu ödevi yerine getirmeyen kişi bazı haklarını kaybeder¹⁰⁶³. Bir yükümlülük söz konusu ise bu yükümlülüğe aykırılık tazminat sorumluluğunu da beraberinde getirir. Sonuç bakımından var olan bu farklılık nedeniyle sözleşmede bir belirlemeye gidilmediğinde, değişen koşullar karşısında sözleşmenin yeniden müzakeresinin

¹⁰⁵⁹ Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 41; Jauernig/ Stadler, § 313 BGB N. 27

¹⁰⁶⁰ Jauernig/ Stadler, § 313 BGB N. 27.

¹⁰⁶¹ BT-Drucks 14/6040, s. 176.

¹⁰⁶² Rösler, ZGS 2003, s.389; Köhler, FG Wissenschaft, s. 324/325.

¹⁰⁶³ Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 2 N. 48. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nejat Aday, Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları, Beta, İstanbul, 2000, s. 13-18.

tarafra bir yükümlülük mü yoksa bir ödev olarak mı dayatılacağıın belirlenmesi son derece önemlidir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan yeni gelişmeler karşısında sözleşme taraflarını sözleşmelerini yeniden müzakere etmeleri tarafların bir yükümlülüğü olarak görülürse, yeniden müzakereye yanaşmayan tarafın tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır; yok eğer bu onlara yüklenen bir ödev kabul edilirse, buna aykırılık halinde kural olarak bir tazminat sorumluluğu doğmayacak ancak ödevde aykırılık nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin haklarının kaybı mümkün olabilecektir. Bu tartışma özellikle Alman hukukunda gündeme gelmiştir¹⁰⁶⁴. Yükümlülük kabul eden görüş sözleşmenin yeniden müzakeresine yanaşmayan veya müzakereleri dürüstlük kuralına uygun sürdürmeyen tarafın tazminat sorumluluğunu kabul eder¹⁰⁶⁵. Buna karşılık, sözleşmenin uyarlanması hali için öngörülen yeniden müzakerelere girişimin bir ödev olduğu kabul eden görüş, yeniden müzakerelere girme ödevine aykırılık halinde kendi yararına uyarlama imkanı olan tarafı bu imkandan yararlandırmaz¹⁰⁶⁶.

Ulusalüstü hukukta sözleşmenin yeniden müzakeresine ilişkin PICC m. 6:111'e bakıldığında yeniden müzakerenin daha çok bir yükümlülük olarak değerlendirildiği söylenebilir. Bu hükme göre, *“mahkeme taraflardan birinin müzakerelere yanaşmamasından veya dürüstlük kuralına aykırı biçimde müzakerelere son vermesinden kaynaklanan zararın tazminine de karar verebilir”*. Bu hükümde yeniden müzakereden açıkça bir borç olarak bahsedilmiş ve buna uygun olarak da buna aykırılık halinde tazminat sorumluluğu kabul edilmiştir.

Buna karşılık yeniden müzakerenin bir yükümlülük olarak tanınmasının doğurabileceği sakıncalar da unutulmamalıdır. Sözleşmelerin müzakerelere rağmen uyarlanmasının mümkün olmamasının yaratacağı en büyük sakınca, müzakerelerin uzayan süresinin bozulan sözleşme ekonomisini daha da bozacak olmasıdır¹⁰⁶⁷. Hakimin yeniden müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde nasıl

¹⁰⁶⁴ Andreas Nelle, **Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten**, Beck, München, 1993, s. 11 vd.; Martinek, s. 335-337; karşı. Horn, **AcP 1981**, s. 282 vd., özellikle bkz. s. 286. Fransız hukukunda da azınlıkta kalan bir görüş yeniden müzakereyi bir yükümlülük olarak değil bir ödev olarak kabul ederler (*devoir de renégociation*), Fages, s. 2389.

¹⁰⁶⁵ Horn, **AcP 1981**, s. 286.

¹⁰⁶⁶ Martinek, s. 336.

¹⁰⁶⁷ Pimont, N. 421.

davranacağı da tartışma konusudur. Hakimin bu yükümlülüğe aykırılık halinde tazminat sorumluluğuna ne şekilde karar vereceği, zararı ve kusuru nasıl dikkate alacağı da çözümlenmelidir. Bunun yanı sıra, hakimin tarafları bir kez daha yeniden müzakerede bulunmalarına karar vermesi de kabul edilirse, uzayan bu süreç karşısında sözleşmenin değişen koşullara uydurulmasının bir anlamı kalmayacaktır.

Şu da unutulmamalıdır, sözleşmenin değişen koşullara uydurulması hususunda müzakere etmeyi daha akılcı bir yol olarak değerlendiren taraflar, bu bir yükümlülük olarak dayatılmasa da gerçekleştirecektir. Buna yanaşmayan veya bundan bir sonuç alınamayacağını belli olduğu sözleşme tarafları söz konusu olduğunda, bu bir yükümlülük olarak karşılıklarına çıksa da, vasıta borcu söz konusu olduğu için bunun gereğini yerine getirecek ama sonuçta yine hakim önüne gideceklerdir. Bu da uyarılama sürecini uzatmaktan başka bir işe yaramayacaktır. Tarafların, değişen koşullar karşısında sözleşmelerini bir araya gelip gözden geçirmeleri mutlaka yerinde bir çözümdür. Ancak bunun yapılmasının tek çaresi yeniden müzakerenin bir yükümlülük olarak kabul edilmesi değildir.

Bizim görüşümüze göre yukarıda anılan bu sakıncaları engelleyecek en uygun çözüm yeniden müzakerenin bir yükümlülük değil bir ödev olarak tanınmasıdır. Ödevde aykırılık halinde çözüm de pratik olacak, ödevde aykırılık eden tarafın tazminat sorumluluğu olmayacak ancak uyarılama hakkını ödevi yerine getirmediği için kullanamayacaktır. Bu da, uyarılama hakkını kullanmak isteyen tarafın yeniden müzakerelere girişmeye iten yeterli bir etken olacaktır.

Tüm bunlardan çıkan sonuç şudur: Değişen koşullar sonucu tarafların sözleşmelerinin uyarlanmasına ilişkin haklarını kullanmadan önce bir araya gelmesi önemlidir. Gerçekten de, sözleşmenin uyarlanmasını hakimin yetkisinde gören görüş ile uyarılamanın yenilik doğuran bir hak olduğunu savunan görüş arasında bu noktada bir ortaklık vardır; bu tarafların sözleşmelerini son bir kez gözden geçirmelerinin amaca uygunluğudur. Ancak tarafları biraraya getirmenin tek yolu yeniden müzakerenin bir yükümlülük olarak tanınması değildir. Yeniden müzakere taraflara bir ödev olarak dayatılarak da bu amaç gerçekleştirilebilir. Böylelikle yeniden müzakerenin yükümlülük olarak dayatılmasının sakıncaları engellenecek, taraflar haklarını kullanmadan önce bir araya gelecek, ancak anlaşamamaları durumunda uyarılama süreci uzamayacaktır.

Yukarıda andığımız sakıncaların engellenmesinin bir diğer yolu da, müzakereler düzgün yürütüldüğü halde başarısızlıkla sonuçlanması durumunda ne olacağının da sözleşmede belirtilmesidir. Bu nokta sözleşmede düzenlenmemişse, uyarılama hakkı kullanılana kadar sözleşme hükümlerini doğurmaya devam edecektir¹⁰⁶⁸. Başarısızlıkla sonuçlanırsa, uyarılama hakkı yine de kullanılabilir. Uyarılama hakkının kullanılması sözleşmenin yeniden müzakeresinin başarı ile sonuçlanmasına elbette ki bağlı tutulamaz. Müzakereler başarı ile sonuçlanır ise müzakereler sonucu ortaya çıkan yeni hükümleri içeren sözleşmenin baştaki sözleşme ilişkisine göre yeni bir sözleşme sayılıp sayılmayacağı akla gelir; ancak tarafların bu konuda aksine açık bir iradesi mevcut değilse bir tecditten bahsetmek zordur, aynı sözleşme ilişkisi devam etmektedir¹⁰⁶⁹. Bilindiği gibi, tecdit ancak tarafların anlaşması ile olur, tarafların bu konuda bir iradeleri yok ise, tarafların borcu sona erdirmeden değişiklik yapmak istedikleri kabul edilir (BK m. 114/I)¹⁰⁷⁰.

E. UYARLAMAMIN YENİLİK DOĞURAN HAK OLARAK TANINMASI

Türk hukukunda da savunulan bir görüşe göre sözleşmenin değişen koşulları sonucu mağdur olan tarafın sözleşmeyi uyarlaması hakkı yenilik doğuran bir hak¹⁰⁷¹. Sözleşmenin uyarlanması mağdur tarafa ait olan bir yenilik doğuran hak¹⁰⁷². Yenilik doğuran hak görüşünü işlem temelinin çökmesinin tüm hukuksal sonuçları bakımından bir ayrıma gitmeden savunan yazarların yanında¹⁰⁷³, bu görüşü sadece işlem temelinin çökmesinin sonuçlarından biri olan sözleşmeden dönme hakkı açısından savunan yazarlar da vardır¹⁰⁷⁴.

İlk görüşteki yazarlar bakımından, işlem temelinin çökmesinde tanınan dönme hakkı ile sözleşmenin uyarlanması hakkı arasında, bu hakların niteliği ve kullanılışı

¹⁰⁶⁸ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 321.

¹⁰⁶⁹ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 322.

¹⁰⁷⁰ Oğuzman/Öz, s. 437.

¹⁰⁷¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 383; Gürsoy, s. 184; Arat, s. 173.

¹⁰⁷² Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 383.

¹⁰⁷³ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 383; Gürsoy, s. 184; Arat, s. 173.

¹⁰⁷⁴ Kemal Oğuzman, "Rapport général-Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil et en droit du travail", **Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels (Journées d'Istanbul)**, **Travaux de l'Association Henri Capitant**, t. XXIII, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s.337-354 (s. 348).

bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur¹⁰⁷⁵. Bu görüşü savunanlar, borçluya değiştirme ve dönme yenilik doğurucu hakları arasında serbestçe seçme yetkisi veren ve onun bu haklardan birisini mahkeme dışında da hukuksal sonuç doğurabilecek biçimde kullanmasına olanak sağlayan çözümün en pratik çözüm olduğunu savunmaktadır¹⁰⁷⁶. Durumun ağırlığına dayanamayan tarafın tek taraflı bir irade beyanı ile söz konusu sözleşmeyi uyarlayabilecektir, kendisini bu yükten kurtarmak için hakimin kararına ihtiyacı yoktur, kullanılan bu hak yenilik doğuran bir haktır¹⁰⁷⁷.

İkinci görüşteki yazarlar bir ayırma gitmekte, yenilik doğuran hak görüşünü, uyarılma hakkının sözleşmeden dönme ile kullanılması hali ile sınırlamaktadırlar¹⁰⁷⁸. Bu görüşe göre, değişen koşullar sonucu mağdur olan sözleşme tarafı, sözleşmeyi dar anlamda uyarlamak istiyor ise mevcut uyumsuzluğu mahkemeye taşımalıdır; ancak sözleşmeden dönecek ise yenilik doğuran hakkını kullanarak sözleşmeden dönecek ve sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması dönme yenilik doğuran bildirim ile kullanılacaktır. Karma görüş olarak niteleyebileceğimiz bu görüş sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin sözleşmeden dönme ve sözleşmenin uyarlanması sonuçları bakımından bir ayırma gitmektedir: Sözleşmeden dönme sonucunun öngörüldüğü diğer düzenlemelerde kabul edilen sözleşmeden dönmenin yenilik doğuran bir hak olduğu görüşü, işlem temelini çökmesi halinde de geçerlidir¹⁰⁷⁹. Tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesi üzerine bir anlaşmazlık çıkar ve mahkemeye gidilirse, hakimin kararının sadece açıklayıcı nitelikte olacaktır¹⁰⁸⁰. Ancak dar anlamda uyarılma için hakimin müdahalesinin şart olduğu savunulmaktadır¹⁰⁸¹.

Uyarılma hakkının, işlem temelini çökmesinin tüm hukuksal sonuçları bakımından, yenilik doğuran hak olduğunu savunan görüş öğretilerinde eleştirilmiştir¹⁰⁸². Bu görüşün sözleşme taraflarından birini amacı aşan biçimde koruduğu, zira yenilik

¹⁰⁷⁵ Gürsoy, s. 180; Haarmann, s. 110.

¹⁰⁷⁶ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.383/384.

¹⁰⁷⁷ Gürsoy, s. 177; karşı. BK m. 82, 262, 344, 365/II. *Erman* da, seçim hakkını mağdur tarafa tanımakta, hakimin uyumsuzluk halinde vereceği kararın yenilik doğurucu bir karar olmadığını, açıklayıcı bir karar olduğunu belirtmektedir *Erman*, **Beklenilmeyen Haller**, s. 114/115.

¹⁰⁷⁸ Oğuzman, s.348; Kaneti, s. 603.

¹⁰⁷⁹ Oğuzman, s.348; Kaneti, s. 603.

¹⁰⁸⁰ Oğuzman, s.346; Kaneti, s. 603.

¹⁰⁸¹ Oğuzman, s.348; Kaneti, s.603/604.

¹⁰⁸² Haarmann, s.108/109.

doğuran hak sahibinin, maddi talep hakkı sahibine göre çok daha güçlü olduğu belirtilmiştir; sözleşmenin karşı tarafının her türlü müdahalesinden bağımsız olan yenilik doğuran hak sahibi taleplerini mahkeme kanalıyla gerçekleştirmek zorunda olan kişiye göre öncelikli konumdadır. Yenilik doğuran hak görüşünün sözleşmenin yeniden müzakeresini zorlaştırdığı da savunulmuştur. Sözleşme taraflarının, mağdur tarafın girişimi ile öncelikle hukuksal sonuçları müzakere etmeleri çok büyük önem taşımaktadır, yenilik doğuran hak görüşünün kabulü ise bu müzakereleri olanaksız hale getirmeyecekse de, mağdur taraf zaten değiştirilmiş bir konumdan hareketle müzakereye başlayacağı için çok daha güçlü bir ele sahip olmuş olacaktır; ayrıca, yenilik doğuran hakkın kullanıldıktan sonra geri alınamaması nedeniyle mağdur taraf da kullandığı hakla bağlı olacak ve müzakerelerde esnekliğini kaybedecektir¹⁰⁸³. Bunun yanı sıra, yenilik doğuran haklara bakıldığında bu hakların kural olarak yalnızca tek bir hukuksal sonucun gündeme geleceği durumlarda kabul edildiği görülmektedir. İşlem temelinin çökmesi olasılığında ise, uyarlamadan feshe kadar çeşitli sonuçlar mümkündür; kesin hukuksal sonuç somut olayda kolaylıkla belirlenemeyecektir, bu nedenle yenilik doğuran irade beyanı beyanda bulunan kişinin yalnızca beyanın hukuksal koşullarını denetlemesini değil aynı zamanda zaten muğlak olan hukuksal sonuçlara ilişkin bir karara da varmasını gerektirecektir. Bu kadar muğlak bir durumda tek taraflı bir yenilik doğuran hak, işlem temelinin çökmesi düşüncesine yani sözleşme adaletinin sağlanması düşüncesine hizmet etmeyecektir¹⁰⁸⁴.

Bu eleştiriler yerinde olmakla birlikte, işlem temelinin çökmesi kurumunun amacı ve işlevi dikkate alındığında aşılabilir niteliktedir. Şöyle ki, yenilik doğuran hak görüşünün mağdur tarafı amacı aşan bir şekilde koruması, tarafların bu hak kullanılmadan önce biraraya gelip sözleşmeyi müzakere etmesi ile engellenebilir. Tarafların sözleşmeyi yeniden müzakeresi, yenilik doğuran hak kullanıldıktan sonra değil, bu hak kullanılmadan önce gerçekleşirse, sözleşme tarafları arasındaki güç dengesi de korunmuş olacaktır. Bunu sağlamak için, aynen ayıp haklarında olduğu gibi, mağdur tarafa tanınan bu yenilik doğuran hakkın kullanımını bir hukuki ödevle bağlanabilir, bu hukuki ödev uyarlama hakkının kullanımından önce mağdur tarafın

¹⁰⁸³ Haarmann, s. 109

¹⁰⁸⁴ Haarmann, s.109/110; Schwarz, s. 144.

karşı tarafı sözleşmeyi müzakerede bulunmaya çağırması ve bu müzakereleri iyi niyetle sürdürmesi ödevidir. Türk hukukunda yenilik doğuran hak görüşünü savunanlar, bu hakkın kullanımından önce karşı tarafa bir uzlaşma teklif edilmesini aramaktadır¹⁰⁸⁵. Bu uzlaşma teklifi, ödevi, yukarıda anılan diğer endişeleri de karşılayacak niteliktedir. Uzlaşma teklifi ortaya çıkan somut durumda mağdur tarafa yenilik doğuran hakkını ne şekilde kullanacağını da gösterecek ve hukuksal sonuçlar bakımından belirsizlik endişesine yer olmayacaktır.

Yenilik doğuran hak görüşünü sözleşmeden dönme hakkıyla sınırlayan görüş de haklı olarak eleştirilmiş, işlem temelinin çökmesinin sonuçları bakımından farklı iki rejim öngörülmüş olması bir çelişki olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁸⁶: İşlem temelinin çökmesi halinde sözleşmeden dönülmesi gerçekte sözleşmenin uyarlanmasının en ağır şeklidir; bu durum “sıfıra uyarlama” (*Anpassung auf Null*) terimiyle de vurgulanmaktadır¹⁰⁸⁷. Demek oluyor ki, bu görüşün kabulü aynı hukuksal sonucuna iki farklı yoldan ulaşılması anlamı taşır, bu da tutarsızdır. Türk öğretisinde de, dönme gibi ağır bir yaptırımın hakime gitmeden; buna karşılık uyarlama gibi daha hafif bir yaptırımın hakime gidilerek devreye sokulması bir tezat olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁸⁸. Bu tezat şu düşünüldüğünde daha da belirgindir: Bugün baskın görüş tarafından kabul edildiği üzere, sözleşmenin dar anlamda uyarlanması işlem temelinin çökmesinin birincil sonucudur. Hal ve şartlardan sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının mümkün olmadığı anlaşılıyor ise, işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeden dönülebilir. Bu bakımdan, birincil sonuç olan uyarlanmanın hakim yetkisinde kabul edilirse, hakim uyarlamanın mümkün olmadığına kara verirse, sözleşmeden dönme mağdur tarafça yenilik doğuran hak olarak kullanılabilir, bunun tutarsızlığı ve usul ekonomisine aykırılığı ise ortadadır.

Açıklanan bu nedenlerle, işlem temelinin çökmesinin tüm hukuksal sonuçları aynı rejime bağlanmalıdır; bu iki hukuksal sonuç ya hakimden talep edilecek talep

¹⁰⁸⁵ Gürsoy, s. 173.

¹⁰⁸⁶ Haarmann, s. 110.

¹⁰⁸⁷ Fikentscher, s.107.

¹⁰⁸⁸ Atamer, **HPD 2006/6**, s. 16; Bununla birlikte yazar, makalesinde işlem temelinin çökmesi düzenlemesi için değişiklik önerisini şu şekilde kaleme almıştır: “(II) Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı veya taraflardan birinden dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyecek olduğu hallerde mağdur olan taraf sözleşmeden dönebilir(...). (III) Hal ve şartların dönmeyi haklı göstermemesi halinde *hakim uyarlamaya karar verebilir*”.

hakları olarak değerlendirilecek¹⁰⁸⁹, ya da hakimin kararına ihtiyaç duymayan yenilik doğuran hak olarak kabul edilecektir¹⁰⁹⁰. Bu çözümler arasında, yukarıda açıklanan gerekçelerle en tutarlı gözükten iki hakkın da, yenilik doğuran hak olarak tanınmasıdır.

F. TÜRK HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Çeşitli sistemlerin dökümünü yaptıktan sonra şu sonuca varabiliriz. Sözleşmelerin uyarlanmasında iki yol arasında bir tercih yapılmaktadır. Sözleşmelerin uyarlanması, değişen koşullar sonucu mağdur olan tarafa bir talep hakkı olarak tanınabileceği gibi bir yenilik doğuran hak olarak da tanınabilir. İki durumda sözleşme tarafları arasındaki usuli dengenin nasıl korunacağı asıl sorunu teşkil etmektedir. Yenilik doğuran hakkın hak sahibine verdiği büyük güç uyarlama söz konusu olduğunda karşı tarafa verilecek bir son şans da beraberinde getirir, getirmelidir. Yok eğer mağdur tarafın sadece bu konuda bir talep hakkına sahip olduğu düşünülüyorsa bu sefer de karşı tarafın sözleşmeyi yeniden müzakere etme borcu altında olduğu kabul edilmelidir. Demek oluyor ki, uyarlamanın sonuçlarında da önemli olan şartların değerlendirilmesinde olduğu gibi sözleşme taraflarının menfaatlerini dengede tutmaktır. Uyarlama hiç bir zaman mağdur tarafın gereğinden fazla korunması sonucunu doğurmamalıdır.

Tüm bu çözümlere bakıldığında ve uluslararası ticaret alanındaki gelişmeler de dikkate alındığında son yıllarda ağırlık kazanan eğilimin sözleşmelerin değişen koşullar karşısında uyarlanması hususunda ilk olarak tarafları biraraya getirme yönünde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Uyarlama hakkının hukuki niteliği sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeli ile sıkı ilişki içindedir. Eğer sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sözleşmelerin yorum yoluyla tamamlanması sorunu olarak ele alınırsa, sözleşmenin sadece hakim tarafından uyarlanabileceği kabul edilebilir. Sözleşme boşluğu görüşü, uyarlamanın yenilik doğuran bir hak olduğu görüşü ile bağdaşmaz; zira sözleşme boşluğu ancak hakim tarafından doldurulabilir, taraflardan birinin yenilik doğuran hakkını kullanarak bu boşluğu doldurması düşünülemez. Farazi irade yenilik doğuran

¹⁰⁸⁹ Bu görüşte, Haarmann, s. 110.

¹⁰⁹⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.383/384; Gürsoy, s. 180.

beyanla keşfedilemez. Bu nedenle sözleşmenin uyarlanması Türk Hukukunda da hakim inhisari yetkisinde gören görüşteki yazarlar aynı zamanda sözleşmenin uyarlanmasını sorununu sözleşmede yer alan uyarılama boşluğunun doldurulması olduğunu savunan yazarlardır¹⁰⁹¹.

İşlem temelinin çökmesi ile yakın kavramlarda öngörülen sonuçların hukuki niteliğinin belirlenmesi işlem temelinin çökmesinin sonuçları bakımından hukuki nitelik tartışmamıza ışık tutacaktır. İşlem temelinin çökmesinin kendine has yapısı nedeniyle diğer hukuki düzenlemelerle karşılaştırmanın faydası olmadığı düşünülebilir¹⁰⁹². Ancak bazı kurumlarla sınırın sadece kronolojik olması ve zamansal bir rastlantının uygulanacak rejimi değiştirmesinin sakıncası, benzer düzenlemelerde öngörülen sonuçlarla karşılaştırmanın gerekliliğinin gösterir; hatta bu kadar benzer kurumlar arasında, rejim farkının olmaması bile savunulurken, varolan sonuç farklıklarının karşılaştırılarak birlikte değerlendirilmesi ve sonuçların birbirleri ile uyumlu hale getirilmesi son derece önemlidir.

Sözleşmeden dönme, sözleşmenin haklı nedenle feshi, ayıplı ifa dolayısıyla kullanılan haklar da (semenin tenzilini talep) karşı tarafa yöneltilen beyanlarla kullanılmaktadır, demek oluyor ki uyarılama talebinin böyle bir beyanla karşı yana ulaşması ile sonuç doğurmasının kabulü sistemimize yabancı değildir¹⁰⁹³. Gabin halinde de edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilmesini hakkının da mahkeme dışı kullanılabilen yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹⁴. Türk hukukunda baskın görüşe göre ayıplı ifa halinde de alıcı seçim hakkını, satıcının onayına veya mahkeme kararına ihtiyaç duymadan tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile kullanabilecektir¹⁰⁹⁵. Satılanın ayıbından ötürü alıcının kullanabileceği seçimlik haklarından özellikle satım parasının indirilmesi (BK m. 202/I) ile sözleşmelerin uyarlanması kavramları birbirlerini yakın kavramlardır. Alıcı yenilik doğuran hakkını kullanarak satım parasının indirilmesi yolunu seçtikten sonra taraflar satım parasından indirilecek tutar konusunda anlaşabilirler; bu konuda anlaşamamaları halinde satım parasının tutarının tespiti mahkeme kararı ile

¹⁰⁹¹ Eren, s. 440/441; Kaplan, s. 129.

¹⁰⁹² Haarmann, s. 104.

¹⁰⁹³ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 512 vd; Atamer, **HPD 2006/6**, s. 26.

¹⁰⁹⁴ Buz, **BATİDER 1998**, s. 68; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 39 N. 28.

¹⁰⁹⁵ Cevdet Yavuz / Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri, (Özel Hükümler)**, 4. b. , Beta, İstanbul, 2006, s. 63 vd.

olacaktır¹⁰⁹⁶. Görüldüğü gibi, alıcının satım parasının indirilmesine yönelik yenilik doğuran hakkını kullanırken, satım parasından indirilecek tutarı kesin olarak belirlemek gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yukarıda anılan düzenlemelerin çoğu ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ayrım sadece zamansaldır. Uyarılama hakkını, bu hakkın doğumuna yol açan olgunun sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olmasıyla yenilik doğuran hak olarak kabul etmek, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması durumunda basit bir talep olarak nitelendirmek ve hakim kararına ihtiyaç duymak tutarsız bir çözüm olacaktır¹⁰⁹⁷. Türk hukukunda *Arat* da, yasakoyucunun benzer durumlar için öngörülen hakların tek taraflı irade beyanı ile kullanılmasını kabul ettiğini, bu nedenle uyarılama bakımından da bunu kabul etmenin sakınca doğurmadığı görüşündedir¹⁰⁹⁸.

Uyarılama hakkının kullanılmasının sonuçlarından biri olan sözleşmeden dönmenin yenilik doğuran bir hak olduğu konusunda şüphe yoktur. Demek oluyor ki, tartışma sadece dar anlamda uyarılamanın yenilik doğuran bir hak tanınması ile ilgilidir. Uyarılama hakkının iki sonucunun farklı hukuki nitelikte olduğunu kabul etmek, sözleşmeden dönmenin yenilik doğuran hak olduğu kabul edilirken dar anlamda uyarılamanın hakimden talep edilecek bir hak olarak tanımak tutarsız olacaktır. Sözleşmeden dönme gibi ağır bir yaptırımın hakime gitmeden, dar anlamda uyarılama gibi hafif bir yaptırımın hakime gidilerek devreye sokulması öğretide de bir tezat olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁹⁹. Ayrıca sözleşmeden dönmenin işlem temelinin çökmesinde son aşamada “sıfıra uyarılama” olduğu da unutulmamalıdır, işlem temelinin çökmesinin iki sonucu bakımından hukuki nitelikleri farklı kılacak yapısal bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle iki sonuç açısından da yenilik doğuran hak görüşü yerindedir.

Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması ancak mahkeme önünde dermeyan edileceği savunulursa, mahkemenin vereceği hükmün de inşai nitelikte bir hüküm olduğunun kabulü zorunludur. Tüm bu gerekçelerin yanında, yenilik doğuran davalar bakımından kural, bu davaların kanun tarafından düzenledikleri takdirde

¹⁰⁹⁶ Yavuz/Özen, s. 79.

¹⁰⁹⁷ Aynı görüşte, Gürsoy, s. 176/177.

¹⁰⁹⁸ Arat, s. 173.

¹⁰⁹⁹ Atamer, **HPD 2006/6**,s .26.

geçerli olmalarıdır; istisnai hallerde içtihatla sosyal gerekler icabı kabul edilmektedirler¹¹⁰⁰. Uyarılma davasının yenilik doğuran bir dava olmasının kabulü bakımından bizim görüşümüze göre böylesi istisnai bir sosyal gerek mevcut değildir. Uyarılma hakkı bakımından söz konusu olacak dava, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile ilgili bir tespit davası, uyarılma hakkı sonucu bir edimin ifası söz konusu olacak ise de (örneğin ifa edilmiş sözleşmenin uyarlanması), tespit hükmü sonrasında bir eda davasıdır¹¹⁰¹.

Şu pratik sonuç gözden kaçırılmamalıdır. Mahkeme özellikle sözleşmenin içeriğini değiştirerek uyarlamaya karar verirse, bu inşai kararı geçmişe etkili olamaz, ileriye yönelik sonuç doğurur. Oysa, uyarılmanın mantığı gereği, sözleşme, daha geride yer alan bir anda, güçlüklerin ortaya çıktığı, işlem temelinin çöktüğü andan itibaren uyarlanmalıdır, yoksa karar anından itibaren değil¹¹⁰². Türk öğretisinde de, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hüküm anından itibaren sağlamanın işin bünyesine ve pratik gereklere de uygun olmadığı haklı olarak belirtilmiştir¹¹⁰³.

Bununla birlikte aynen sözleşmeden dönme hakkında kabul edildiği gibi uyarılma hakkının olası uyuşmazlığın önünü kesmek için mahkemede kullanılmasına da engel yoktur¹¹⁰⁴. Bu olasılıkta yenilik doğuran hakkın davada kullanılması durumunda yargılama işlemine dönüşüp dönüşmediğine ilişkin tartışma da gündeme gelir¹¹⁰⁵.

Uyarılma beyanını alan muhatap da çaresiz değildir, işlem temelinin çökmüş olmadığını düşünen taraf mahkeme önünde yine bir “menfi tespit davası” açarak, şartların oluşmadığını ispat ederek uyarılma beyanının geçersizliğini ileri sürebilir. Hakim bu aşamada şartların oluşup oluşmadığına karar verecektir.

Karşı görüşün taşıdığı önemli bir kaygı, uyarılmanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, gerçekleşmiş ise şartların ağırlığının uyarlamayı mı yoksa feshi

¹¹⁰⁰ Karş. Yavuz Alangoya / Kâmil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 6.b., © Alkım Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 228 vd.

¹¹⁰¹ Karş. Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 115.

¹¹⁰² 2002’de yürürlüğe giren yeni Brezilya Medeni Kanunu’nda uyarılmanın bir kanun maddesiyle düzenlendiği Brezilya hukukunda bunu engellemek için, 478. maddede fesih kararının, talepte bulunulduğu tarihten itibaren hüküm doğuracak şekilde geriye yürürlü sonuç doğuracağı hükmü bağlanmıştır.

¹¹⁰³ Gürsoy, s.177; k.g. Schwarz, s.201.

¹¹⁰⁴ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 514.

¹¹⁰⁵ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 514/517 vd.

mi haklı gösterdiğinin tespitinin zorluğudur¹¹⁰⁶. Bu kaygı da yersizdir, uyuşmazlık gerektiğinde mahkeme önüne götürülebilir ve hakim yenilik doğuran hakkın gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini denetler. İşlem temelini çökmesinin mağdur tarafa verdiği hakkın ne şekilde kullanılacağına belirli olmaması, mağdur tarafın bu hakkı kazanmasına engel olamaz¹¹⁰⁷.

Bizce verilen tepkilerin temelinde aslında sözleşmeye bağlılık ilkesi gibi köklü bir ilkenin delineceği kaygıları yatsa gerekir. Taraflara duyulan bu güvensizlik Fransız hukukunda hakime duyulan güvensizlikle karşılaştırılabilir. Hakimin keyfiliğinden duyulan kaygı ile sözleşme taraflarının keyfiliğinden duyulan kaygı arasında sanıldığı kadar büyük fark yoktur. İkisinin de temelinde, usulüne uygun kurulan bir sözleşmenin taraflar indinde kanun hükmünde olduğu düşüncesi yatar. Bu güçte bir hukuki yapıya ne hakim müdahale edebilir ne de taraflardan birinin tek taraflı iradesi. Tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin feshinin kabul edilip dar anlamda uyarlanmasının kabul edilmemesinin temelinde de bu düşünce yatar. Ne de olsa, sözleşmenin dar anlamda uyarlanması irade özerkliğine aykırı sayılmıştır, sözleşme taraflarının özgür iradesinin sonucu olmayan bu değişiklik, sözleşmenin bağlayıcılığı ilkesi ile bağdaşmaz görünmüştür. Görüldüğü gibi sözleşmeye bağlılık ilkesi sözleşmenin uyarlanması arasındaki çekişme her aşamada kendini göstermektedir.

Türk hukuku açısından uygun gördüğümüz sistemi özetlemek gerekirse, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması hakkının dava yoluyla kullanılmasına gerek yoktur. İşlem temeli çökmüş ise mağdur taraf sözleşmeyi uyarlamak veya uyarlama mümkün değilse sözleşmeden dönmek amacıyla tek taraflı olarak yenilik doğuran hakkını kullanır. Karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duymadan yenilik doğuran bu hak, kullanılmakla sonuçlarını doğurur. Mağdur taraf yenilik doğuran hakkını sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin olarak kullanmışsa sözleşme yenilik doğuran beyanın muhataba ulaştığı andan itibaren yeni koşullara uyarlanarak hüküm doğurur (*değiştirici yenilik doğuran hak*). Yenilik doğuran hak sözleşmeden dönme hakkı yönünde kullanılmışsa yine beyanın muhataba ulaştığı andan itibaren sözleşme

¹¹⁰⁶ Schwarz, s. 201.

¹¹⁰⁷ Gürsoy, s. 180.

ilişkisi çözümlür (*bozucu yenilik doğuran hak*). Sürekli borç ilişkilerinde ise sözleşmeden dönme değil fesih söz konusu olur.

Uyarılama hakkı yenilik doğuran bir haktır ancak bu hakkın kullanımı yeniden müzakere ödevini yerine getirilmesine şartına bağlı tutulmalıdır. Uyarılama yenilik doğuran hakkı kullanılmadan önce sözleşme tarafları biraraya getirmek, onlara sözleşmelerini yeni koşullara uyarılama konusunda son bir şans vermek yerinde bir çözüm olacaktır. Yeniden müzakere taraflara bir ödev olarak dayatılmasıyla bu amaç gerçekleştirilebilir. Bu yeniden müzakerenin yükümlülük olarak dayatılmasına göre daha uygun bir çözüm olacaktır, taraflar haklarını kullanmadan önce bir araya gelecek, ancak anlaşamamaları durumunda uyarılama süreci uzamayacak, yüküme aykırılıktan dolayı bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

III. UYARILAMA HAKKI

A. GENEL OLARAK

Uyarılama hakkının yukarıda açıklanan gerekçelerle, yenilik doğuran bir hak olduğunun kabulü sistemimize en uygun çözümü oluşturur. Uyarılama hakkının yenilik doğuran hak olarak tanınmasının sözleşme taraflarından birini aşırı derecede güçlendirdiği düşünülebilir. Bunu dengelemenin en yerinde yolu sözleşme taraflarını bu hak kullanılmadan bir araya getirmektir. Sözleşme taraflarının uyarılama hakkının kullanılmasından önce son bir kez sözleşmeyi yeniden müzakere etmeleri sağlanmalıdır. Bir yenilik doğuran hak olan uyarılama hakkının yapısına en uygun olan da, mağdur tarafın sözleşmeyi uyarılamadan önce karşı tarafı sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye davet etmesidir. Bu bir ödev olarak mağdur tarafa dayatılmalıdır.

B. UYARILAMA HAKKININ KULLANILMASININ ÖN KOŞULU: YENİDEN MÜZAKERELERE DAVET ÖDEVİ

Türk hukukunda birçok yazar sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması mümkün olabilmesi için karşı taraf bir bildirim yapılması gerektiği görüşündedir¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁸ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 89; Gürsoy, s. 169 vd.; Başbuğ, s. 36.

Hatta mağdur tarafın ortaya çıkan durum değişikliğinin yarattığı güçlüğü diğer tarafa vakit geçirmeksizin bildirmemesi, durum değişikliklerinin daha da ağırlaşması sonucunu doğurursa, bu mağdur tarafa isnat edilebilir bir davranış olarak da değerlendirmiştir¹¹⁰⁹.

Türk hukukunda *Gürsoy*, mağdur tarafın sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin yenilik doğuran hakkını kullanmasından önce yapacağı bu ihtarla karşı tarafa bir uzlaşma teklif etmesi gerektiği görüşündedir; yazara göre mağdur tarafın bu bildirimde bulunmaması ancak uzlaşma talebinin reddedileceği kesin veya uzlaşmanın mümkün olmayacağı kadar ifa ağırlaşmışsa mazur görülebilir¹¹¹⁰.

Uyarlama hakkının kullanılmasından önce tarafları bir araya getirmeyi amaçlayan böyle bir son şans Türk hukuk sistemine de uygundur. Bununla birlikte, uyarlama hakkının kullanılmasından önce mağdur tarafın uzlaşma talebinin hukuki niteliğinin ve içeriğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bizim görüşümüze göre uyarlama hakkından önce mağdur tarafın karşı tarafa yönelteceği bu uzlaşma isteği sözleşmenin yeniden müzakeresine davettir. Mağdur tarafın uyarlama yenilik doğuran hakkını kullanması yeniden müzakere ödevini yerine getirilmesine şartına bağlıdır.

Uyarlama hakkı sahibinin yeniden müzakere ödevini yerine getirmiş sayılması için öncelikle karşı tarafa durum değişikliklerine ve bu değişikliklerin sözleşmeye etkisine ilişkin bir bildirimde bulunması gerekir. Bu bildirim sözleşmenin yeniden müzakeresine ilişkin daveti de içermelidir. Bu durumda uyarlama hakkı muhatabı müzakereler hiç yaşanmaz veya dürüstlük kuralı uyarınca bu müzakerelerden bir sonuç alınamayacağı açıksa artık uyarlama hakkı sahibinin ödevini yerine getirdiği sonucuna varılmalıdır. Müzakereler başladığı takdirde de, yeniden müzakere ödevinin yerine getirilmiş sayılması için müzakerelerin dürüstlük kuralına uygun şekilde devam ettirilmesi gerekir. Uyarlama hakkı sahibi bu konuda elinden geleni yapmalıdır.

Özetlemek gerekirse, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen durum değişiklikleri sonucu mağdur olan taraf sözleşmeyi tek taraflı yenilik doğuran beyanı

¹¹⁰⁹ Deschenaux, s.561a; Weber, s.62.

¹¹¹⁰ Gürsoy, s. 173.

ile değişen bu koşullara uyarlayabilir. Ancak bu hakkını kullanabilmesi için önce sözleşmenin diğer tarafı ile sözleşmeyi yeniden müzakere etmelidir. Bu mağdur taraf açısından bir yüküm değil bir ödevdir. Bu ödevde uymaması durumunda herhangi bir tazminat sorumluluğu doğmaz ancak bu hukuki ödevi yerine getirmez ise mağdur taraf uyarılama hakkını kullanamaz. Uzlaşma teklifi sonucu, karşı tarafın sözleşmenin ayakta tutulmasına yanaşmayacağı anlaşılıyor ise, mağdur taraf yenilik doğuran hakkını sözleşmeden dönme şeklinde kullanabilmelidir. Eğer, karşı tarafın sözleşmeyi değişen koşullara uyarılama niyeti var ise müzakereler neticesiz kalsa bile mağdur taraf hakkını sözleşmeyi sona erdirme şeklinde kullanamamalıdır.

C. UYARLAMA HAKKININ ÖZELLİKLERİ

Sözleşmenin geniş anlamda uyarlanması hakkının yenilik doğuran hak olarak kabulünün bazı önemli sonuçları vardır. Yenilik doğuran hakların bazı ortak özellikleri vardır¹¹¹¹. Uyarılama hakkı da bir yenilik doğuran hak olduğu için yenilik doğuran haklarla ilgili bu özellikleri taşır. Uyarılama hakkının usulüne uygun kullanılmasıyla bu hak sona erer, kullanıldıktan sonra geri alınamaz, süreye bağlanamaz ve uyarılama hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın hüküm ifade etmesi kural olarak bir şarta bağlanamaz¹¹¹².

Uyarılama yenilik doğuran beyanının uyarılama sebebini de kapsaması gerekip gerekmediği sorusu da cevaplanmalıdır. Sözleşmenin haklı nedenle tek taraflı feshinde benzer bir tartışma vardır¹¹¹³. Bu tartışmadan yola çıkarak uyarılama yenilik doğuran beyanının uyarılama sebebini de kapsaması daha yerinde bir çözüm olarak görünmektedir. Hakkın hangi nedenlerden doğduğu açıkça belirtilmelidir¹¹¹⁴.

Uyarılama hakkının kullanılması herhangi bir şekilde bağlı deęildir¹¹¹⁵. Borçlar hukukuna egemen olan şekil serbestisi ilkesine uyarılama hakkının kullanılması bakımından istisna tanınacak bir durum yoktur. İşlem temelinin çöktüğü sözleşme şekle tabi bir sözleşme olsa da, bu sözleşme ile ilgili kullanılacak uyarılama hakkı

¹¹¹¹ Oğuzman/Barlas, s. 125-127.

¹¹¹² Gürsoy, s.184.

¹¹¹³ Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 160.

¹¹¹⁴ Gürsoy, s. 184.

¹¹¹⁵ Gürsoy, s. 184.

herhangi bir şekle bağlı değildir¹¹¹⁶. Uyarılama hakkının kullanılması böyle bir geçerlilik şekline bağlanmış olmasa da ispat şekli bakımından genel esaslar uygulanır.

D. UYARLAMA HAKKI SAHİBİ VE UYARLAMA BEYANININ YÖNELTİLECEĞİ KİŞİ

Değişen koşullar sonucu mağdur olan taraf borçlu olacağı gibi alacaklı da olabilir¹¹¹⁷. Borçlu için aşırı ifa güçlüğü (*Leistungserschwerung*) söz konusu olurken alacaklı için de ifanın değersizleşmesinden (*Leistungsentwertung*) söz edilir¹¹¹⁸. Bu nedenle, uyarılama hakkı sahibinden sadece borçlu veya alacaklı olarak bahsedilmesi yerinde olmayacaktır. Karşılaştırmalı hukuka ve ulusalüstü hukuktaki düzenlemelere bakıldığında uyarılama hakkı sahibinden durum değişiklikleri sonucu mağdur olan taraf, kısaca “mağdur taraf” olarak bahsedildiği görülmektedir (*la partie lésée, benachteiligte Partei*)¹¹¹⁹. Yaygın kullanılan bu ifade bizim görüşümüze göre de yerindedir.

Türk hukukunda da, uyarılamanın alacaklı veya borçlu tarafından talep edilebileceği kabul edilmektedir. Yargıtay’ın kiralayan lehine uyarılama davaları alacaklı lehine sözleşmenin uyarlanmasına verilecek başlıca örnekleridir¹¹²⁰. Bu davalarda, kiralayanın kira alacağı uyarlanmaktadır, bu nedenle de uyarılama talep eden ifanın değersizleştiğini öne süren alacaklıdır¹¹²¹. Buna karşılık BKT m. 137’de sözleşmenin uyarlanması hakkının sadece borçluya tanındığı gibi bir sonuç çıkabilir. Zira madde metninde sadece borçludan ve borçlunun sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına

¹¹¹⁶ karş. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 505.

¹¹¹⁷ Alman hukukunda § 313 BGB’de uyarılamanın kim tarafından talep edileceği noktasında bazı tartışmalar hakkında bkz. Martin Schmidt-Kessel / Christian Baldus, “Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht”, **NJW 2002**, s. 2076-2079, (s. 2076).

¹¹¹⁸ Schwenger, N. 35.01;

¹¹¹⁹ Karş. BGB § 313, PICC 6.2.2, PECL 6:111. Türk hukukunda bazı Yargıtay kararlarında “yarar dengesi aleyhine bozulan” taraftan da bahsedilmektedir, Y. 11. HD., 4.11.1984 T., E. 4170, K.4731 (Uygur, **Giriş**, s. 292 vd.), bu ifade de yerindedir ancak “mağdur taraf” ifadesi hem daha kısa hem de karşılaştırmalı hukukta daha çok kullanılan bir ifadedir. Bu nedenle biz de çalışmanın bütününde bu ifadeyi kullanmayı tercih ettik.

¹¹¹⁹ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 29 vd.

¹¹²⁰ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 29 vd.

¹¹²¹ Benzer başka bir karar için bkz. Y. 11. HD., 4.11.1984 T., E. 4170, K.4731 (Uygur, **Giriş**, s. 292 vd.). Bu kararda da uyarılama talep eden rödövan sözleşmesindeki bedel alacaklıdır. Rödövanın ton başına 4 TL’den 20 TL’ye çıkarılmasını talep etmiştir.

sahip olduğundan bahsedilmiştir. Türk hukukunda alacaklının da sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama hakkı kabul edildiği için bu hatalı ifade yanıltıcı olacaktır. Madde metninde “mağdur taraf” veya Yargıtay’ın kullandığı bir ifade olan “yarar dengesi aleyhine bozulan” taraf gibi ne borçluya ne de alacaklıya uyarlama hakkını inhisar etmeyen bir ifade tercih edilmelidir.

Borçlu ve alacaklının birden çok kişi olması da mümkündür. Alacaklık sıfatının birden fazla olduğu müteselsil alacaklılık ve borçluluk durumunda müteselsil alacaklılardan veya borçlulardan biri uyarlama hakkını tek başına kullanamaz ancak diğer alacaklıların rızasını almak zorundadır; iştirak halinde bir alacak veya borç söz konusu ise uyarlama hakkı alacaklıların veya borçluların tümü tarafından birlikte kullanılır¹¹²².

Sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme taraflarında değişiklik mümkündür. Borcun alacaklı tarafının değişmesi alacağın temliki ile, borçlu tarafının değişmesi ise borcun nakli ile olur¹¹²³. Uyarlama hakkının doğması durumunda, alacağın temliki veya borcun nakli olasılıklarını da değerlendirmek gerekir. Bu konuyu özel olarak düzenleyen Hollanda Medeni Kanunu m. 6: 258 (3) açıkça alacağı temlik alan yeni alacaklının da, borcun nakli gerçekleşmiş ise yeni borçlunun da uyarlama hakkına sahip olduğunu belirtir. Bu hükme göre “*maddenin uygulanması açısından, sözleşmeden doğan alacağı veya borcu devralan kişi de sözleşme tarafı gibi değerlendirilir*”. Bununla birlikte, Türk hukukunda hakim görüş uyarlama hakkının kullanılmasının sonuçlarından biri olan sözleşmeden dönme hakkının salt alacağı devralmış ve bu nedenle sözleşme ilişkisinin yanı sıra sıfatını kazanamamış bir üçüncü kişi tarafından kullanılamayacağını kabul etmektedir¹¹²⁴. Sözleşmeden dönme hakkını sonuç bakımından kapsayan uyarlama hakkı da sözleşmeden bağımsız bir hak olarak değerlendirilemez. Bağımlı yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilebilecek olan uyarlama hakkı üçüncü bir şahsa devredilebilir ancak bu hakkın sözleşmeden bağımsız olarak devri mümkün değildir¹¹²⁵.

¹¹²² karşı. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 294/295.

¹¹²³ Eren, s. 1175.

¹¹²⁴ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 492; Baki İlkey Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2002, s. 35 dn. 16a.

¹¹²⁵ karşı. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 299 vd; Engin, s. 35.

Sözleşmenin devri halinde ise uyarılama hakkı sözleşmeyi devralan tarafa geçecektir¹¹²⁶.

Sözleşme taraflarında değişiklik meydana gelmiş ise uyarılama hakkı bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer mesele de, uyarılama sebebi olan durumun taraf değişikliği nedeniyle ortadan kalkmamış olmasıdır¹¹²⁷. Örneğin işlem temelinin çökmesinde sözleşme tarafının maddi güçsüzlüğü etken ise ve sözleşmenin yeni tarafının maddi bakımdan bir zorluğu yok ise artık sözleşmenin yeni tarafının uyarılama hakkından bahsedilememelidir.

Varması gerekli bir yenilik doğuran hak olan uyarılama hakkı sahibinin uyarılama beyanını yönelteceği kişi kural olarak işlem temelinin çöktüğü sözleşmenin karşı tarafıdır. Bu kişi uyarılama hakkının muhatabıdır. Bununla birlikte uyarılama hakkının muhatabı, yani bu hakkın kullanılmasından etkilenen kişi ile uyarılama hakkının kullanıldığına ilişkin beyanın muhatabı farklı olabilir¹¹²⁸. Uyarılama hakkı muhatabının yetkili temsilcisine yapılan uyarılama hakkının kullanılmasına ilişkin beyanda durum böyledir.

E. UYARILAMA HAKKININ SONA ERMESİ

Uyarılama hakkının sona ermesi ilk olarak bu hakkın kullanılması suretiyle olur. Yenilik doğuran haklar usulüne uygun biçimde kullanılmakla sona ererler¹¹²⁹. Yenilik doğuran bir hak olan uyarılama hakkının kullanılmasıyla artık bu hak sonuçlarını doğurur ve ortadan kalkar.

Yenilik doğuran hakların sona erme sebeplerinden biri de bu hakların tabi olduğu hak düşürücü sürenin dolmuş olmasıdır¹¹³⁰. Uyarılama hakkı için, taraflar sözleşmelerinde bir hak düşürücü süre öngörmemişler ise herhangi bir hak düşürücü süre yoktur. Bununla birlikte, bir hak düşürücü süreye tabi olmayan yenilik doğuran haklar bakımından muhatap aleyhine bir belirsizliğe yol açmamak için öğretide çözümler üretilmiştir¹¹³¹. Bu tür bir sürenin belirtilmediği durumlarda bazen muhatabın süre tayin etmesi mümkün iken, hakkın kullanılmayacağı yolunda

¹¹²⁶ Karş. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 364.

¹¹²⁷ Karş. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 364.

¹¹²⁸ Karş. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 207.

¹¹²⁹ Oğuzman/Barlas, s. 126.

¹¹³⁰ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 397.

¹¹³¹ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 404.

muhatapta haklı bir güven yaratılması durumunda ise yenilik doğuran hak olan uyarılama hakkı etkisizleşecektir¹¹³². Bir görüşe göre hakkın dürüstlük kuralı uyarınca uzun bir süre boyunca kullanılmaması bu haktan feragat anlamını taşımaktadır¹¹³³

Uyarılama hakkının kullanılmasından önce mağdur tarafın yeniden müzakere daveti sonucu sözleşme tarafları biraraya gelmiş ve sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamışlar ise artık uyarılama hakkından bahsedilemeyecektir.

Mağdur taraf uyarılama hakkından feragat de edebilir. Bu da yenilik doğuran haklar bakımından bir başka sona erme nedenidir¹¹³⁴. Sözleşmenin uyarlanması için gerekli bütün şartlar tartışmaya yer bırakmayacak şekilde bulunsa bile, mağdur tarafın uyarılama talebinde bulunmaması mümkündür. İşlem temelinin çökmesinden sonra uyarılama hakkının kullanılmasından feragat sonucu bu hak sona erer, işlem temelinin çökmesine rağmen mağdur taraf uyarılama hakkını kullanmak zorunda değildir.

Uyarılama hakkı doğmadan uyarılama hakkından feragat ise yukarıda anılan bu durumdan farklıdır. Bu durumda, sözleşmenin uyarlanmayacağına ilişkin getirilen hüküm, aslında olumsuz bir uyarılama klozu olacaktır¹¹³⁵. İşlem temelinin çökmesinde de değişen koşullara rağmen sözleşmenin uyarlanmayacağına ilişkin olumsuz uyarılama klozlarının geçerliliği kabul edilmektedir¹¹³⁶. Olumsuz uyarılama klozunun kararlaştırılması ile sözleşmenin uyarlanmasından önceden vazgeçilmiştir. Bu şekilde olumsuz uyarılama klozunun varlığı kabul edilince, bu klozlar bakımından kabul edilen ilkeler de uygulama alanı bulacaktır. Bu klozlarda da somut olayın özellikleri gerektiriyor ise uyarlamaya maruz kalacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle durum değişiklikleri sonucu ortaya çıkan adaletsiz durumlarda olumsuz uyarılama klozunun varlığına rağmen yine de uyarılama mümkün olacaktır¹¹³⁷.

Örneğin, kira sözleşmesine getirilen şöyle bir kayıt geçerlidir: “Taraflar sonradan gerçekleşecek durum değişiklikleri nedeniyle uyarılama hakkının kullanılmasından peşinen feragat ederler”. Bu hüküm aslında uyarılama hakkından

¹¹³² Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 408.

¹¹³³ Gürsoy, s. 184.

¹¹³⁴ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 415/416.

¹¹³⁵ Türk hukukunda işlem temelinin çökmesinin özel düzenlemesi olan BK m. 365/II hükmünden önceden vazgeçmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

¹¹³⁶ Bkz. yuk. B. III/IV/C/2/a/(1).

¹¹³⁷ Karş. Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 126.

önceden vazgeçildiği olumsuz bir uyarlama klozudur. Bu nedenle enflasyon nedeniyle sözleşmede döviz üzerinden kararlaştırılan kira bedeli olağanüstü artmış ise bu kloz sözleşmenin uyarlanmasına engel olmayacaktır, sadece kiracının üstlendiği risk artmıştır.

Yargıtay da yakın tarihli bir kararında, sözleşmedeki böylesi bir uyarlama hükmünün uyarlama davası açılmasına engel olmadığını açıkça kabul etmiştir¹¹³⁸: “Sözleşmenin 4. maddesi ile taraflar kanuni ve iktisadi şartlarda bir değişiklik olduğunu ileri sürerek, kira bedelinin işbu mukaveledeki belirtilen miktarların fevkinde arttırılması isteğinde bulunmayacaklarını kararlaştırmışlardır. Sözleşmedeki bu hüküm tarafların uyarlama davası açmasına engel değildir. Sözleşmedeki bu kararlaştırmaya rağmen edimler arasında aşırı bir nispetsizlik çıkmışsa kira bedelinin günün koşullarına uyarlanması istenebilir”.

Bir başka görüşe göre de, beklenmeyen halden peşinen feragat mümkün olsa da, sözleşmede getirilen bu hükme dayanılarak uyarlamaya karşı çıkılması somut olaydaki koşullara göre hakkın kötüye kullanılması sayılabilir, bu durumda artık sözleşmedeki bu hükümden yararlanılamaz¹¹³⁹

Uyarlama hakkı sahibinin ölümü ile bu hak kural olarak sona ermez mirasçılara intikal eder. İşlem temelinin çökmesinin uyarlama hakkı sahibinin şahsı ile yakından ilgili ise uyarlama hakkı mirasçılara geçmez. Bir sanatçının kişisel bir nedenden dolayı sahneye çıkamamasının aşırı ifa güclüğü türünde işlem temelinin çökmesi hali oluşturduğu durum buna örnektir, sanatçının ölümü halinde uyarlama hakkı mirasçılara geçmeyecektir. Bu durumlarda çoğu kez zaten ortada borcun ifasının da talep edilebileceği bir mirasçı da olmayacaktır.

IV. UYARLAMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Uyarlama yenilik doğuran hakkının kullanılmasının gerekleri yerine getirildikten, yeniden müzakerelere girilip bundan sonuç alınamadıktan sonra, mağdur taraf uyarlama yenilik doğuran hakkını kullanabilir.

¹¹³⁸ Y. 13. HD. 03.03.2005, E. 2004/14870, K. 2005/3171, **Yargı Dünyası**, 2005/09, s. 91-95, (s.95).

¹¹³⁹ Enis Sarıal, “Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi (II)”, **Yargı Dergisi** 1980/04, s. 24-30 (s. 28).

Uyarlama yenilik doğuran hakkının kullanılmasının sonuçları da önemli tartışmaları içinde barındıran bir sorundur. Uyarlama yenilik doğuran hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin dar anlamda uyarlanması veya sona erdirilmesi mümkündür. Bu değişikliğin veya sona ermenin ne şekilde olacağı belirlenmelidir.

B. DAR ANLAMDA SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI

1. Dar Anlamda Uyarlamanın Önceliği

Günümüzde yabancı hukuklara ve teorilere baktığımız zaman sözleşmelerin değişen koşullara dar anlamda uyarlanması akla ilk gelen sonuçtur¹¹⁴⁰. Dar anlamda sözleşmelerin uyarlanmasının işlem temelini çökmesinin bir sonucu olup olmadığı ilk başta yoğun tartışmalara konu olmuştur¹¹⁴¹. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması, içeriğinin değiştirilerek sözleşmeye devam edilmesi, tarafların iradelerine aykırı bir sonuç olarak değerlendirilmiş, bu nedenle irade özerkliği ilkesi ve sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bağdaşmaz görünmüştür¹¹⁴². Sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi yaptırımının işlem temelini çökmesine daha uygun olduğu, bu görüş taraftarlarınca öne sürülmüştür¹¹⁴³. Dar anlamda uyarlamanın, hakime verdiği müdahale imkanı nedeniyle ancak polis devleti düşüncesinde kabul edilebileceği dahi iddia edilmiştir¹¹⁴⁴. Bu görüş bugün geçerliliğini yitirmiştir, zira bu görüş tüm zararın sözleşmenin tek bir tarafına yükletilmesi anlamını taşır, bu da sorumluluk hukuku ilkelerine ve adalet duygusuna da ters düşer. Ayrıca iki sonuç arasında kökten bir farklılık bulunmamaktadır, sözleşmeden dönme gerçekte sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının en ağır şeklidir, sözleşmeden dönme “sıfıra uyarlama” (*Anpassung auf Null*) olarak da isimlendirilmiştir¹¹⁴⁵. Bunun yanı sıra,

¹¹⁴⁰ Rösler, **JA 2001**, s. 219.

¹¹⁴¹ Reviriot, s. 7. Fransız Hukukunda *Loi Faillot* görüşmeleri esnasında sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sonucu yoğun olarak tartışılmıştır. Voirin, s.198-200. Alman hukukunda uyarlamanın BGB sistemine uygunluğu konusunda detaylı bilgi için bkz. Chiotellis, s. 64-92.

¹¹⁴² İngiliz hukukunda *Frustration* teorisinde sonucun uyarlama değil sözleşmenin sona ermesi olması sözleşmeye bağlılık ilkesi (*sanctity of contract*) ile açıklanır. Treitel, **Frustration**, N. 15-038 vd.; karşı. Tandoğan, **Nullité**, s. 302.

¹¹⁴³ Gürsoy, s. 195.

¹¹⁴⁴ Reichel, s. 26.

¹¹⁴⁵ Fikentscher, s.107.

irade özerkliğine aykırılık dolayısıyla dar anlamda uyarlamamanın reddedip sözleşmeden dönmenin veya feshin kabul edilmesinin bir mantığı yoktur¹¹⁴⁶.

Modern görüşlerde, dar anlamda uyarlamamanın, “ya hep ya hiç” ilkesine (*Alles-oder-nichts-Prinzip*) karşın ölçülülük ilkesine (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) daha uygun olduğunu haklı olarak savunulmuştur¹¹⁴⁷. İki taraf açısından da sözleşmenin bozulan dengesinin tekrar sağlanması, ölçülülük ilkesine daha uygun bir sonuç olacaktır. İşlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin dar anlamda uyarlanması adalete uygun bir sonuç sağlayacak ise, bunun yerine sözleşmenin sona ermesi sonucunu tercih etmek ölçülülük ilkesine uygun olmayacaktır. Sözleşmenin uyarlanması durumun gereklerinden dolayı mümkün değilse ya da sözleşmenin dengesi ciddi şekilde bozulmuş ve uyarlama bu dengenin tekrar bulunmasını sağlayamıyor ise o zaman sözleşmenin sona ermesi sonucu uygun olacaktır. Dar anlamda uyarlamamanın önceliği (*Lehre von Primat der Anpassung*) denilen bu ilkenin sözleşmeye bağlılık ilkesine de uygun olduğu haklı olarak belirtilmiştir¹¹⁴⁸.

Burada söz konusu olan bir risk paylaşımı sorunudur, bu nedenle mağdur olan taraf da riskin bir bölümünü üstlenecektir, bunu yapmanın tek yolu ise sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasıdır. Bugün artık dar anlamda uyarlama, tereddütsüz işlem temelinin çökmesinin en önemli (*par excellence*) sonucu kabul edilmektedir¹¹⁴⁹. Serozan’ın ifadesiyle “’Emprevizyon’da ilk çare ‘revizyon’dur’”¹¹⁵⁰.

2. Dar Anlamda Uyarlamamanın Türk Borçlar Hukuku Sistemindeki Yeri

Dar anlamda sözleşmelerin uyarlanmasının mantığı Türk hukuk sistemine yabancı değildir. Yasada öngörülen birçok kuralda sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının izleri bulunur. Bu kurallardan ilk akla gelenleri, BK m. 20/II’de öngörülen bölümsel hükümsüzlük, ayıplı ifada karşı edimin indirimi (BK m. 202), eksik geçerlilik (Ticaret Kanunu m. 1466), alacaklının ifayı engellemesinde borçlunun bu sayede tasarruf ettiklerinin edim alacağından indirilmesi (BK m. 252,

¹¹⁴⁶ Tandoğan, *Nullité*, s. 302/303.

¹¹⁴⁷ Chiotellis, s. 88 vd.

¹¹⁴⁸ Chiotellis, s. 91/92; Pimont, N. 408.

¹¹⁴⁹ Reviriot, s. 7; Köhler, *FG Wissenschaft*, s. 307.

¹¹⁵⁰ Serozan, *İfa*, § 20 N. 9.

274, 325) ve birlikte kusur halinde tazminatın indirilmesidir (BK m. 44)¹¹⁵¹. Kanunda öngörülen olumlu ve olumsuz uyarlama hükümlerinde de, çoğu kez sözleşmenin dar anlamda uyarlama sonucunu tanımaktadır, bu hükümlere yukarıda detaylı bir şekilde değinildiği için burada tekrar anmıyoruz¹¹⁵². Kanunda yer alan bu hükümlerde edimler arasındaki dengenin sağlanması amacıyla dar anlamda uyarlama imkanına benzer mekanizmalardan faydalanılmaktadır.

Yukarıda anılan kurallara bakıldığında, işlem temelinin çökmesinin sonucu olarak sözleşmenin dar anlamda uyarlanması yaptırımının sistemimizle çelişki teşkil etmediği görülür. İşlem temelinin çökmesinin sonuçları bakımından da dikkate alınan dürüstlük kuralına uygun olan da hiç kuşkusuz ortaya çıkan durum değişiklikleri ile sonuç arasında ölçülülük ilkesini gözetmek ve sözleşmeye ölçülü bir müdahaleyi kabul etmektir¹¹⁵³. Bunun da yolu sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasını işlem temelinin sonucu olarak kabul etmektir.

Türk hukukunda işlem temelinin çökmesinin sonucu olarak dar anlamda uyarlama baskın görüşçe kabul edilmektedir. Bu görüştekilerin büyük bir kısmı dar anlamda uyarlamanın işlem temelinin birincil sonucu olduğunu savunur¹¹⁵⁴. Bununla birlikte bazı yazarlar sözleşmenin dar anlamda uyarlanması ile sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından bir öncelik durumunu kabul etmez, iki sonucu da eşdeğer görür; bu görüşteki yazarlar sona erdirmenin kural, yeni durumlara uydurularak devam edilmesinin istisna olduğunu reddetmekle beraber, durumun her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtirler, önemli olan, adil bir risk paylaşımına hangi yolla gidileceğidir¹¹⁵⁵.

Bizim görüşümüze göre işlem temelinin çökmesinin sonuçları arasında bir derecelendirme mevcut olmalıdır. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkün ise sözleşme sona erdirilmemelidir. Değişen koşullara uydurularak sözleşmenin devam ettirilmesi, her halde sona ermiş bir sözleşmeye göre ekonomik bakımdan daha uygundur.

¹¹⁵¹ Serozan, **İfa**, § 20 N. 9.

¹¹⁵² bkz. yuk. B. III/IV/C/2/b.

¹¹⁵³ Tandoğan, **Nullité**, s.303.

¹¹⁵⁴ Serozan, **İfa**, § 20 N. 9; Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 14/15; Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 111; Arat, s. 191 dn. 327.

¹¹⁵⁵ Dural, **İmkansızlık**, s. 72; Kaplan, s. 154/155; karşı. Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR**, N: 637.

3. Dar Anlamda Uyarlamanın Görünüş Biçimleri

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması çeşitli şekillerde olabilir. Alacak veya borç dar anlamda uyarlanarak değişen koşulların sözleşmeye olan olumsuz etkisi giderilebilir. Dar anlamda uyarlama edimin konusunun değiştirilmesi, yükseltilmesi veya azaltılması, ifa zamanının veya yerinin değiştirilmesi gibi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir.

Sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi asli veya yan edim yükümlerinin değiştirilmesi veya sözleşmenin içeriğinde başka bir değişiklik yapılması suretiyle ortaya çıkar. Muacceliyet tarihinin ertelenmesi, taksitlerin yeniden düzenlenmesi, kısmi ifaya izin verilmesi, bir faiz hükmünün silinmesi veya ifa yerinin yeniden tespiti buna örnektir. Uygulamada en çok ortaya çıkan değişiklik ise taraflardan birinin ediminin yükseltilmesi veya düşürülmesidir¹¹⁵⁶. Kira sözleşmelerinde kiralanın yerin değişen koşullar sonucu aşırı değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkan dengesizliğin kira bedelinin yükseltilerek giderilmesi buna örnektir. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanabilmesi için ifanın konusunun mutlaka para borcu olması gerekmez¹¹⁵⁷. Edimin konusunun düşürülmesinin veya yükseltilmesinin konusunu sadece para borçları oluşturmaz, bununla birlikte dar anlamda uyarlamanın gerçekleşebilmesi için bir parça borcu söz konusu olmamalıdır.

Para borçlarında edimin konusunun düşürülmesinin veya arttırılmasının tazminat borçlarında söz konusu olup olmadığı da tartışılmıştır¹¹⁵⁸. *Deschenaux*'nın görüşünü paylaşarak tazminat borçlarında da dar anlamda uyarlamanın mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması bazen de ifa yerinin değiştirilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Örneğin sözleşmenin kurulmasından sonra malların teslim edileceği ülkede savaş çıkması halinde, teslimatın bu ülkede değil, bu ülkeye sınırı olan ve ifa yerine en yakın olan başka bir ülkede yapılması durumunda böyle bir uyarlamadan bahsedilir.

Edimin kalitesinin azaltılması suretiyle sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesine *Bischoff* karşı çıkmakta; böyle bir değişikliği borçlunun çıkarlarına

¹¹⁵⁶ Bischoff, s. 235.

¹¹⁵⁷ Deschenaux, s. 617a.

¹¹⁵⁸ Deschenaux, s. 621a.

aykırı bulmaktadır¹¹⁵⁹. Oysa, örneğin bir yayınevi ile anlaşan eser sahibinin kitabı, kağıt fiyatlarındaki aşırı artış nedeniyle, birinci hamur kağıda değil ikinci hamur kağıda basılarak sözleşmenin dar anlamda uyarlanması sağlanabilir. Böyle bir değişiklik karşı tarafın çıkarlarına aykırılık teşkil eder ve dar anlamda uyarlamanın somut olayda adaletli bir çözüm sağlamayacağı sonucuna varılırsa yapılacak olan sözleşmenin sona erdirilmesidir.

Bazı olasılıklarda koşullardaki önceden görülemez değişiklik süreyle sınırlı olabilir. Bizim görüşümüze göre sözleşmelerin zamanla sınırlı olarak uyarlanması noktasında teorik bir engel yoktur. Ancak bunun nasıl gerçekleşeceğinin iyi belirlenmesi gerekir. Bizce sonradan ortaya çıkan durum değişikliğinin geçici nitelikte olması durumunda edimler bu olayın ortadan kalkması anına kadar olayın gerektirdiği şartlar çerçevesinde uyarlanır. Örneğin işlek ve ticari bir caddede astronomik bir fiyatla kiralanan dükkan bu cadde de yapılan yol çalışmaları nedeniyle zarar etmiş ve kira bedeline oranla çok düşük kâr etmeye başlamışsa, başlangıçtaki kira bedeli ve kâr arasındaki orantı hesaplanarak sözleşmedeki kira bedeli bu çalışmaların bitimine kadar bu oran üzerinden uyarlanabilir.

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının bir başka görünüş biçimi de, dar anlamda uyarlama yoluyla sözleşmenin süresinin kısaltılması veya uzatılmasıdır. Bu çeşit uyarlamada, normal koşulların yeniden ortaya çıkması beklenip, borçlunun üzerinde anlaşılacak edimlerin yerine getirilebilecek duruma gelmesi beklenir, bunun için bu gerçekleşene kadar sözleşmede belirlenen ifa zamanı değiştirilebilir. Örnek olarak, edimin ifası ihracat yasağının ortadan kaldırılmasına kadar ertelenebilir¹¹⁶⁰.

4. Dar Anlamda Uyarlamada Dikkat Edilmesi Gereken Noktalar

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması her zaman mağdur tarafın mağduriyetini ortadan kaldıracak ölçüde olmalıdır. Örneğin edimin konusunun indirilmesi durumunda bu indirim hiçbir zaman edimin konusunu anlamsızlaştıracak ortadan kaldıracak derecede yapılmamalıdır; kira bedelinin artan enflasyon oranı dikkate alınarak indiriminde kira bedeli hiç bir zaman bu oranın altında kalacak şekilde indirilmemelidir. Türk hukukunda Yargıtay özellikle yabancı para üzerinden

¹¹⁵⁹ Bischoff, s. 236.

¹¹⁶⁰ Bischoff, s. 236.

belirlenen kira bedellerinin nasıl uyarlanacağına ilişkin bunu dikkate alarak bazı yöntemler ortaya koymuştur. Yakın tarihli bir kararında Yargıtay bu konuda oldukça somut ölçütler getirmiştir¹¹⁶¹: “Sözleşmenin kurulduğu günden dava tarihine kadar geçen süre içinde, ülkemizin yerleşmiş ekonomik koşullarının etkisiyle sözleşmedeki yabancı paranın (dövizin) Türk parası karşısında normal artışlarla ulaşması gereken değeri bulunmalı, bulunan bu değer sözleşme gereği kiralayan yararına kabul edilmeli, daha sonra 2001 yılı Şubat ayında başlayan ve aralıksız şiddetini artıran umulanın üstündeki dolardaki artış ve buna bağlı ekonomik krizin tabii sonucu ortaya çıkan, sözleşmedeki yabancı paranın Türk parası karşısındaki dava tarihi itibarıyla değer artışı tespit edilmeli, böylece belirlenecek iki değer arasındaki farklılık miktarı, sözleşmedeki özel hükümleri kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgede kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticari gelişmeler gibi değişiklikler, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışlar ile somut olayda görülebilen nesnel etkenlerle karşılaştırılıp, değerlendirilmelidir”. Görüldüğü gibi Yargıtay kira bedelini dar anlamda uyarlarken yabancı paranın Türk lirası karşısındaki değer artış oranını dikkate alarak kira bedelini uyarlamıştır.

Dar anlamda uyarlama işlem temelinin çökmesinin birincil sonucu olsa da, somut olayın özellikleri dar anlamda uyarlamayı mümkün kılmayabilir. Bu noktada önemli bir tartışmaya değinmek gerekir. Sözleşme taraflarının iradesinin sözleşmenin dar anlamda uyarlaması yönünde olmaması durumunda ne şekilde hareket edileceği öğretide tartışılmıştır¹¹⁶²

Bu konuda iki taraf açısından da ayrı ayrı düşünmek gerekir. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının mümkün olduğu halde mağdur tarafın uyarlama hakkını sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde kullanması halinde sözleşmenin karşı tarafı buna karşı çıkabilir. Zira sözleşmenin uyarlanması iki tarafın da menfaatini gözetilerek yapılmalıdır. Bu durumda uyarlama hakkı muhatabı mahkemeye başvurarak uyarlama hakkının gereklerinin yerine getirilmediğini iddia edebilir. Uyarlama yenilik doğuran hakkının sonuçları bakımından da yerinde kullanılması gerekir, dar anlamda uyarlama mümkün iken sözleşme sona erdirilememelidir.

¹¹⁶¹ YHGK 07.5.2003 E. 2003/13-332, K. 2003/340; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

¹¹⁶² Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 116; Dural, **İmkansızlık**, s. 73.

Mağdur tarafın uyarlama hakkını dar anlamda uyarlama yönünde kullanmasına, hakkın muhatabı karşı çıkması, işlem temelinin çökmesinin ve dar anlamda uyarlamamanın şartları gerçekleşmiş ise, bu hakkın kullanılmasına engel teşkil etmez. Bununla birlikte sözleşmenin dar anlamda uyarlanması, sözleşmenin her iki tarafının iradesinin de bu yönde olması durumunda mümkündür. Sözleşmenin her iki tarafının da iradesi dar anlamda uyarlama yönünde değil ise ve uyuşmazlık hakimin önüne gelirse hakim buna rağmen dar anlamda uyarlamaya karar veremez¹¹⁶³.

Bazı durumlarda sözleşmenin dar anlamda uyarlanması teorik olarak mümkün olsa da, bunda ısrar etmek sözleşmenin uyarlanmasındaki risklerin adaletli şekilde tekrar paylaşılması amacına ters düşebilir. Bu durumda da, sözleşmenin dar anlamda uyarlanması yerine sözleşme sona erdirilmelidir. Özellikle, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hallerinde çoğu kez sözleşmenin dar anlamda uyarlanması amaca uygun bir çözüm olmayacaktır. Örneğin törenin iptali nedeniyle tören alanına bakan balkonun kiralanmasının anlamsızlaşmasında uyarlama ancak sözleşmenin sona erdirilmesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Bununla birlikte, bu tipteki işlem temelinin çökmesinde de, dar anlamda uyarlama mümkün olabilir¹¹⁶⁴. Öğretide verilen bir örnekte bu daha iyi anlaşılır¹¹⁶⁵: Satıcısına ısmarladığı 110 voltluk önemli bir elektrik cihazı bir ay sonra elektrik idaresinin voltajı 220'ye çıkarması üzerine artık bir işe yaramaz hale gelmiş ise, alıcı sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması türündeki işlem temelinin çökmesine dayanarak uyarlama yenilik doğuran hakkını dar anlamda uyarlama şeklinde kullanabilir. Bu durumda, elindeki cihazı 220 voltluk bir cihaza dönüştürebilir.

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasından sonra, özellikle de içeriği değiştirilmiş sözleşmenin eski sözleşmenin devamı sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelmektedir¹¹⁶⁶. Sözleşme taraflarının bu konuda aksine açık bir iradesi mevcut değilse bir tecditten bahsetmek zordur, aynı sözleşme ilişkisi devam etmektedir¹¹⁶⁷. Bilindiği gibi, tecdit ancak tarafların anlaşması ile olur, tarafların bu konuda bir

¹¹⁶³ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 116; Gülekli, s.65; Dural, **İmkansızlık**, s.73; BGE 47 II 314, JdT 1921 I 561 (s. 565).

¹¹⁶⁴ Gülekli, s. 66.

¹¹⁶⁵ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 387.

¹¹⁶⁶ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 322.

¹¹⁶⁷ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 322.

iradeleri yok ise, sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasında borcu sona erdirmekten değişiklik yapmak istedikleri kabul edilmelidir (BK m. 114/I)¹¹⁶⁸.

C. SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Uyarlama hakkının kullanılmasının, dar anlamda uyarlama dışındaki diğer sonucu, sözleşmenin sona erdirilmesidir. Bununla birlikte sözleşmenin sona erdirilebilmesi için, yukarıda açıklandığı dar anlamda uyarlamanın amaca uygun veya mümkün olmaması gerekmektedir. Sözleşmenin sona erdirilmesi, sözleşmeden dönme veya sürekli sözleşme ilişkileri bakımından sözleşmenin feshi suretiyle gerçekleşir.

Sözleşmenin sona erdirilmesi ancak, sözleşmenin ifası, mağdur taraftan dar anlamda uyarlanarak da olsa beklenemez ise mümkündür. İfanın beklenemezliği bu bağlamda sonuçlar bakımından da etkili bir şarttır. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkün olsa da, tarafların ortak iradesi bunun aksi yönünde ise sözleşmenin sona erdirilmesi yine tek çözüm olacaktır; sözleşme taraflarının sözleşmeyi değişik içerik ile devam ettirme iradesi yoksa, dar anlamda uyarlama maddi olarak mümkün gözükmese dahi, sözleşmeden dönülebilecektir¹¹⁶⁹.

Demek oluyor ki, sözleşmenin sona erdirilmesi için iki şart aranmalıdır: İşlem temelinin çökmesinin gereklerinin oluşması ve sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının mümkün olmaması. Bu şartlar oluşmuş ise işlem temelinin çöktüğü sözleşme sona erdirilebilecektir. Sözleşmenin sona erdirilmesi sürekli sözleşme ilişkilerinde sözleşmenin feshi olarak ortaya çıkar. Bu nedenle işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin sona erdirilmesi sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi olarak iki ayrı başlıkta incelenmelidir.

2. Sözleşmeden Dönme

İşlem temelinin çöktüğünde, dar anlamda uyarlama da somut olayın özellikleri dikkate alındığında mümkün değil ise, uyarlama hakkının kullanılmasının sonucu

¹¹⁶⁸ Oğuzman/Öz, s. 437.

¹¹⁶⁹ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 116; Gülekli, s.65; Dural, **İmkansızlık**, s.73; BGE 47 II 314, JdT 1921 I 561, (s. 565).

sözleşmeden dönmedir. Mağdur taraf bu olasılıkta işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeden dönecektir. Sözleşmeden dönülmesi gerçekte sözleşmenin uyarlanmasının en ağır şeklidir, bu durum “sıfıra uyarılama” (*Anpassung auf Null*) terimiyle de vurgulanmaktadır¹¹⁷⁰. Bu nedenle sözleşmeden dönme, işlem temelinin çöktüğü durumlarda son çare olarak kabul edilmelidir¹¹⁷¹. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması yoluyla sözleşmedeki risk dağılımı adil bir şekilde yapılamıyorsa sözleşmeden dönmekten başka bir çare kalmayacaktır¹¹⁷².

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasında olduğu gibi sözleşmeden dönme de, uyarılama yenilik doğuran hakkının bu yönde kullanılması ile gerçekleşir. İşlem temelinin çökmesi durumunda sözleşmeden dönme, kanunda düzenlenmemiş sözleşmeden dönme hallerinden biridir¹¹⁷³. Bununla birlikte işlem temelinin çökmesinin sonucu olarak sözleşmeden dönme Türk hukukunda tartışmasız kabul edilmektedir¹¹⁷⁴.

İşlem temelinin çökmesi sonucu sözleşmeden dönülmesi halinde bu dönmenin hüküm ve sonuçları üzerinde durulmalıdır. Sözleşmeden dönülmesi ile henüz ifa edilmemiş asli ve yan edim yükümlülükleri sona erer¹¹⁷⁵. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi noktasında ise dönme konusunda hangi teorinin kabul edildiği oldukça önemlidir. Günümüzde gittikçe geçerlilik kazanan, bizim de katıldığımız yeni dönme anlayışına göre, sözleşmeden dönülmesi ile sözleşmenin içeriği tersine çevrilmekte, düz verme yükümleri ters geri verme yükümlerine dönüşmektedir; henüz yerine getirilmemiş edimlerin gerçekleştirilmesi istemi sürekli bir defa hakkıyla engellenir, yerine getirilmiş edimler ise doğrudan doğruya sözleşme kökenli

¹¹⁷⁰ Fikentscher, s.107.

¹¹⁷¹ Serozan, **İfa**, § 20 N. 9.

¹¹⁷² Gülekli, s. 66; Dural, **İmkansızlık**, s. 72/73.

¹¹⁷³ Kanunda düzenlenen diğer sözleşmeden dönme halleri için bkz. Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme** [kıs. Sözleşmeden Dönme], Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 92-96. Bununla birlikte işlem temelinin çökmesinin özel bir düzenlemesi olduğu kabul edilen BK m. 365/II’de sözleşmenin sona erdirilmesi bir sonuç olarak öngörülmüştür. Madde metninde sözleşmenin feshinden bahsedilmiş olması istisna sözleşmesinin sürekli sözleşme olması özelliği ile açıklanmıştır. Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 106.

¹¹⁷⁴ Serozan, **İfa**, § 20 N. 9; Dural, **İmkansızlık**, s.72/73; Oğuzman, s.348; Kaneti, s. 603; Arat, s. 194; Kaplan, s. 154; Gülekli, s. 66; BKT m. 137’de aşırı ifa güçlüğü durumunda sözleşmeden dönme hakkı açıkça tanınmıştır, bu hükme göre “borçlu, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir”.

¹¹⁷⁵ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 152 vd.

iade istemiyle geri istenir¹¹⁷⁶. Sözleşmeden dönme konusunda klasik teoriyi kabul eden anlayış ise iade istemlerini haksız zenginleşme hükümlerine dayandıracaktır.¹¹⁷⁷ Nitekim, bu teoriyi kabul eden Öz'e göre işlem temelinin çökmesi üzerine sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkün olmadığından sözleşme tamamen ortadan kaldırılmış ise, “sözleşmeden dönmeye kıyasen burada da geçmişe etkili bir sona erme kabul edilerek, taraflar iktisap ettikleri şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmelidirler”¹¹⁷⁸

3. Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Feshi

İşlem temelinin çökmesi ani edimli sözleşmeler bakımından söz konusu olduğunda sözleşmenin sona erdirilmesi sözleşmeden dönme şeklinde, sürekli sözleşmeler söz konusu olduğunda ise sözleşmenin feshi şeklinde ortaya çıkacaktır. Sözleşmeden dönme geçmişe etkili iken, sözleşmenin feshi ileriye etkilidir. Sürekli sözleşme ilişkilerinde sözleşmeden dönmenin o ana kadar yerine getirilmiş edimleri geri verdirici etkisi adil ve pratik bir çözüm oluşturmayacağından sürekli sözleşme ilişkilerinde ileriye etkili bir fesih hakkının varlığı kabul edilmektedir¹¹⁷⁹. İşlem temelinin çökmesi halinde de bu geçerlidir. Nitekim BKT m. 137'nin son fıkrası açıkça “Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır” hükmü ile bunu teyit etmektedir.

Sürekli sözleşme ilişkisinin feshi halinde, fesih anına kadarki döneme ilişkin borçlar bundan etkilenmeyecek, borç ilişkisi bundan sonra ortadan kalkacaktır; karşılıklı iade talepleri ancak fesih sonrası dönemde bir edim yerine getirilmiş ise ortaya çıkacaktır.

Sürekli sözleşme ilişkilerinin feshi denildiğinde akla haklı nedenle fesih hali de gelir. Türk hukukunda haklı nedenle sözleşmenin feshini düzenleyen genel bir hüküm mevcut değildir, ancak bazı sözleşme tipleri açısından haklı nedenle fesih olanağı kanunda tanınmıştır. Bu hükümler BK m. 264, m. 286, m. 517, m. 535'dir.

¹¹⁷⁶ Serozan, İfa, § 17 N. 18; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 78 vd.

¹¹⁷⁷ Oğuzman/Öz, s. 412. Nitekim sözleşmelerin uyarlanması konusunda açık hüküm getiren Yunan Medeni Kanunu'nun 388. maddesi bu istemin haksız zenginleşme istemi olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu hükme göre sözleşmeden dönülmesi halinde, edim yükümlülükleri sona erecek ve taraflar karşılıklı olarak edimlerin iadesini haksız zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştireceklerdir.

¹¹⁷⁸ Turgut Öz, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme- Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 105.

¹¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, s. 383; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 132 vd.

Bununla birlikte Türk hukukunda da, sürekli sözleşme ilişkileri bakımından genel bir haklı nedenle fesih hakkını kabul edilmektedir.

Haklı nedenle sözleşmenin feshi ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişki oldukça tartışmalı bir sorundur. İşlem temelinin çökmesi kuramının da, haklı nedenle fesih kurumunun da temelini MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralının oluşturması, aradaki hukuki ilişkinin saptanması bakımından bir çıkış noktası olarak değerlendirilmektedir¹¹⁸⁰. Haklı nedenle fesih ile işlem temelinin çökmesi arasındaki bir diğer ortak nokta ise, iki durumda da asıl sorunun, borç ilişkisinin gelişmesinde ortaya çıkan durumlardan doğan risklerin adil bir biçimde dağıtılmasına çalışılmasıdır¹¹⁸¹.

Sürekli sözleşme ilişkileri işlem temelinin çökmesinin en yaygın uygulama alanı bulunduğu ilişkilerdir, bu nedenle iki kurum da sürekli sözleşme ilişkileri bakımından uygulama alanı bulabilir. Sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı nedenle feshi ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişkinin ve sınırların belirlenmesi bu bakımından önemlidir. Unutulmamalıdır ki, sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı nedenle feshinde tek mümkün sonuç sözleşmenin tek taraflı fesih beyanı ile sona erdirilmesi iken, işlem temelinin çökmesinde bu ancak son çaredir, ilk önce sözleşme değişen koşullara uyarlanmalıdır¹¹⁸². Bu nedenle bu iki kurum arasındaki ilişkinin sınırları çok iyi belirlenmelidir.

Sözleşmelerin uyarlanmasına yol açan durum değişikliklerinin aynı zamanda bir haklı nedenle fesih hali sayılacağı hususunda şüphe yoktur, işlem temelinin çökmesi biçiminde ortaya çıkan bir olgu haklı sebep teşkil edecektir¹¹⁸³. Ancak tersi her zaman doğru değildir. Her haklı nedenle fesih hakkı doğuran olay sözleşmelerin uyarlanması imkanını tanıyacak nitelikte olmayabilir¹¹⁸⁴. İki durumda da, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir durum değişikliği aranmaktadır¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁰ Alpagut, s.156; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 202; Hirsch, s. 148.

¹¹⁸¹ Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s.199.

¹¹⁸² Hirsch, s. 148.

¹¹⁸³ Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 194/195; Alpagut, s.156/157.

¹¹⁸⁴ Pichonnaz, N. 1390. Yazar özellikle haklı nedenin sözleşme taraflarından birinin durumu veya davranışı nedeniyle ortaya çıkması halini örnek vermektedir (dn. 1658).

¹¹⁸⁵ Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 603.

Haklı nedenle sözleşmenin feshi ile işlem temelinin çökmesi arasında şartlar bakımından da bazı farklar bulunmaktadır. Sürekli sözleşme ilişkisinin haklı nedenle feshedilebilmesi için fesih hakkı sahibinin, fesih hakkının doğuran olgunun doğmasından kusurunun rol oynamış bulunması her zaman haklı nedenle feshi engellemez; haklı sebebe beyan sahibi tarafından sebebiyet verilmesi mümkün görülmektedir¹¹⁸⁶. Oysa işlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için, ortaya çıkan durum değişikliğinin mağdur tarafa isnat edilemeyen bir değişiklik olması gerekmektedir.

Haklı neden ile işlem temelinin çökmesi arasındaki fark özellikle sonuçlar bakımından kendini gösterir, haklı nedenin hukuki sonucu sadece sözleşmenin feshidir, işlem temelinin çökmesinde ise hukuki sonuç her zaman fesih değildir¹¹⁸⁷.

Alman hukukunda haklı nedenle fesih ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişki, özellikle Borçlar Hukuku Reformu'ndan sonra daha da tartışılır hale gelmiştir. Alman hukukunda yeni getirilen ve birbirini takip eden işlem temelinin çökmesini düzenleyen § 313 BGB ve haklı nedenle sözleşmenin feshini düzenleyen § 314 BGB hükümleri arasındaki ilişki öğretilerde incelenmiştir¹¹⁸⁸. Bu ilişki özellikle § 313 III BGB'nin ikinci cümlesinde yer alan, sürekli sözleşme ilişkilerinde işlem temelinin çökmesi halinde dönme hakkının yerini fesih hakkının alacağına ilişkin açık düzenlemesi nedeniyle daha da karmaşık hale gelmiştir. Haklı nedenle fesih ile işlem temelinin çökmesinin uygulama alanlarının belirlenmesi noktasında çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşleri Borçlar Hukuku reformu öncesi ve sonrasında olmak üzere iki dönemde incelemek gerekmektedir¹¹⁸⁹.

Reform öncesi öğretisi ve uygulama önceleri ağırlıklı olarak sürekli borç ilişkilerinde haklı nedenle fesih hakkının olağanüstü bir hukuksal çare olan işlem temelinin çökmesine göre öncelikli olduğu görüşündeydi¹¹⁹⁰. Bu görüşe göre, sürekli sözleşme ilişkilerinde hem haklı nedenle fesih hem de işlem temelinin çökmesi

¹¹⁸⁶ Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 198; Alpagut, s. 158.

¹¹⁸⁷ Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 195/196, dn. 284. Bunun kanundaki tek istisnası hakime bir sözleşmeyi niteliği itibarıyla değiştirme yetkisi veren BK m. 517/III'dür. Bu maddede haklı nedenin ortaya çıkmasına rağmen fesih hakkı yanında hakime sözleşmenin içeriğinin de değiştirilmesi yetkisini de tanımaktadır. Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1959, s. 131/132; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR** N. 604.

¹¹⁸⁸ Emmerich, § 27 N. 41-43; Palandt⁶⁶/*Grüneberg*, § 313 BGB N. 23; Hirsch, s. 149 vd.

¹¹⁸⁹ Hirsch, s. 149 vd.

¹¹⁹⁰ Bkz. Emmerich, § 27 N. 42, dn. 91'de anılan yazarlar.

uygulama alanı bulabilir; ancak sürekli sözleşme ilişkilerine özel bir kurum olan haklı nedenle fesih kurumu, genel bir kurum olan işlem temelinin çökmesine göre öncelikle uygulanır; sürekli borç ilişkilerinde dar anlamda uyarılma istisnai bir yoldur¹¹⁹¹.

Reform sonrasında ise yasakoyucu madde gerekçesinde, işlem temelinin çökmesinin § 314 BGB'ye göre önceliğinden açıkça bahsetmektedir¹¹⁹². Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkün olduğu sürece sürekli sözleşme ilişkilerinde haklı nedenle fesih gündeme gelmeyecektir¹¹⁹³. Alman yasakoyucusunun gerekçede belirttiği bu nokta nedeniyle başka bir soru gündeme gelmiştir. Şayet yasakoyucunun belirttiği gibi § 313 BGB'nin yalnızca sözleşmenin uyarlanmasına izin veren durumlarda bir önceliği bulunuyor ise, bu öncelik ancak bu durum sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin değişen koşullara dar anlamda uyarlanması mümkün ise söz konusu olacaktır; dar anlamda uyarılma mümkün değil ise pekâlâ § 314 BGB'deki fesih hakkı hükümleri uygulama alanı bulabilecektir¹¹⁹⁴. Görüldüğü gibi Alman hukukundaki bu düzenleme tartışmaları çözüme bağlamaktan çok daha da arttırmıştır.

Borçlar Kanunu Tasarısının 137. maddesinin son fıkrasının § 313 BGB hükmünün son fıkrasından aktarıldığı anlaşılmaktadır¹¹⁹⁵. Bu hükme göre de, “*sürekli sözleşme ilişkilerinde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır*”. Hüküm bu şekliyle yasalaşırsa Alman hukukunda yaşanan yukarıda açıkladığımız çözüme ulaşmamış tartışmalar Türk hukukuna da taşınacaktır. Oysa, bu hüküm Türk öğretisinde bile BGB'nin en talihsiz kurallarından biri olarak değerlendirilmektedir¹¹⁹⁶. Bunun yanı sıra sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı nedenle feshinin tasarıda genel bir hükümlerle düzenlenmesi yerine işlem temelinin çökmesi çatısı altında düzenlenmeye çalışılması da yerinde olmamıştır.

¹¹⁹¹ Haarmann, s. 130/131, 169 Bununla birlikte yazar işlem temelinin çökmesinde de dar anlamda uyarılmanın genel olarak sözleşmeyi sonlandırmaya göre öncelikli olduğunu da kabul etmemektedir. Bu bakımdan görüşü tutarlıdır. Ancak, bugün baskın görüş, dar anlamda uyarılmanın işlem temelinin çökmesinin birincil sonucu olduğu yönündedir.

¹¹⁹² **BT-Drucks 14/6040**, s. 177.

¹¹⁹³ Emmerich, § 27 N. 42; Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 23; Hirsch, s. 159.

¹¹⁹⁴ Emmerich, § 27 N. 43.

¹¹⁹⁵ Serozan, **HPD 2006/6**, s. 49; Arat, s. 93.

¹¹⁹⁶ Serozan, **HPD 2006/6**, s. 48/49.

Sürekli sözleşme ilişkileri işlem temelinin çökmesinin ana uygulanma alanını oluşturmaktadır, sözleşmenin uyarlanmasına yol açan durum değişikliği aynı zamanda bir haklı nedenle fesih hali de oluşturacaktır. Anılan bu tartışmalara rağmen sürekli sözleşme ilişkilerinde işlem temelinin çökmesinin haklı nedenle feshe göre önceliğini kabul etmek daha adaletli ve esnek bir çözüm olacaktır. Bu kabul edildiğinde, sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkün olduğu sürece sürekli sözleşme ilişkilerinde haklı nedenle fesih gündeme gelmeyecektir, bu da açıkça daha esnek bir çözümdür. Aksini kabul etmek işlem temelinin çökmesi öğretisinin uygulama alanını da oldukça kısıtlayacaktır.

D. İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ HALİNDE HAKKANİYET BEDELİ

Sözleşmenin değişen koşullar sonucu uyarlanması halinde yükümlülükten kurtulan veya yükümlülüğü hafifleyen tarafın, karşı tarafın mağduriyetini karşılayacak bir bedel ödemesinin söz konusu olup olmayacağı tartışılmalıdır. Öğretide bu bedeli ifade etmek için tazminat terimi kullanılmaktadır¹¹⁹⁷. Oysa bu yanıltıcı olabilir. Burada BK m. 96 vd. hükümleri anlamında kusur sorumluluğundan doğan bir tazminattan bahsedilemez, sözleşmenin uyarlanması için taraflara isnat edilemeyen bir durum değişikliği gerekmediğinden tarafların kusurundan bahsedilmesi de mümkün olmayacaktır. Tazminattan bahsedilmesi işlem temelinin çökmesinin amacına da aykırı olacaktır, değişen koşullar sonucu mağdur olan tarafın tazminat yükümlülüğünü kabul etmek aslında ifanın başka bir şekilde gerçekleşmesini kabul etmekten başka birşey olmayacaktır. Hiçbir koşulda mağdur tarafa müspet veya menfi zararın tazmini gibi bir yük yüklenmemelidir aksi takdirde sözleşmenin uyarlanmasının tüm anlamı ortadan kalkacaktır¹¹⁹⁸.

Bu nedenlerle burada bir tazminattan değil, menfaatler dengesinin sağlanmasını amaçlayan bir hakkaniyet bedelinden bahsedilmelidir¹¹⁹⁹. Burada fedakarlığın denkleştirilmesi esasına göre hareket edilmelidir¹²⁰⁰. Türk hukukunda

¹¹⁹⁷ Karş. Arat, s. 195; Gürsoy, s. 203.

¹¹⁹⁸ Bischoff, s. 232.

¹¹⁹⁹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 382; *Bischoff*, telafi edimleri (*Kompensationsleistungen*) ifadesini kullanmaktadır, Bischoff, s. 232.

¹²⁰⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Uluslan, **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.

da, işlem temelinin çökmesi durumunda diğer tarafın uğradığı zararın tazminin amaçlanmadığı sadece menfaatlerin denkleştirilmesinin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹²⁰¹.

Uyarlama risk paylaşımı sorunu olduğuna göre, durum değişikliğinden mağdur olan taraftan alınan risk basit bir şekilde diğer tarafa yüklenemez¹²⁰². Bu uyarlamanın asal amacı olan sözleşme adaleti düşüncesine aykırı olacaktır. Bu nedenle sözleşmenin feshi veya sözleşmeden dönme halinde karşı tarafın da çıkarları dikkate alınarak borcundan kurtulan tarafın diğer tarafa belli bir miktar ödemesi gerekebilir¹²⁰³. Sözleşmenin uyarlanması bir risk paylaşımı sorunu olduğuna göre sözleşmeden dönülmesi veya feshi halinde karşı tarafın zararının bir şekilde giderilmesi de tutarlı bir çözümdür. Sözleşme taraflarının çıkarlarının adil bir şekilde denkleştirilmesi için mağdur tarafın bu hakkaniyet bedelini ödemesi caiz görülmektedir¹²⁰⁴. Böyle bir hakkaniyet bedelinin kabulü Türk hukuk sistemine de uygundur. Nitekim dönme veya fesih yoluyla edim yükümünde kurtulabilen kişinin böylesi bir “risk paylaşımı bedeli” ödemesi birçok hükümde öngörülmüştür (BK m. 264, 286, 345/II, 347/III)¹²⁰⁵.

Hakkaniyet bedeli olarak ödenecek olan bu para, karşı tarafın sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek yapmış bulunduğu masrafları karşılayacaktır; güven zararının tazmini söz konusu olmadığı için edimin yerine getirileceğine güvenerek kaçırmış bulunduğu fırsatlar, kazançlar bu bedele dahil edilemez¹²⁰⁶. Bununla birlikte bu bedelin belirlenmesinde somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Sözleşme feshedilmeyip sadece uyarlanırsa karşı tarafın zararının karşılanıp karşılanmayacağı sorusu akla gelir. Dar anlamda uyarlama ile iki tarafın da menfaatleri dikkate alınıp adil bir risk paylaşımı kuralı getirilirse menfaat durumlarında eşitlik sağlanacağı için hakkaniyet bedelinin ödenmesi gündeme gelmez, zira durum değişikliğinin ortaya çıkardığı risk adil bir şekilde taraflar arasında paylaştırılmıştır. Bununla birlikte dar

¹²⁰¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 382; Alpagut, s. 43.

¹²⁰² Bischoff, s. 232.

¹²⁰³ Dural, **İmkansızlık**, s.74.

¹²⁰⁴ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 382; Alpagut, s. 43; Arat, s. 195; Bischoff, s. 232; Jäggi/Gauch, **Art. 18 OR**, N. 635.

¹²⁰⁵ Serozan, **İfa**, § 20 N. 9.

¹²⁰⁶ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 382; Elçin-Grassinger, **Kefilin Savunma İmkanları**, s. 185.

anlamda uyarlamada da karşı tarafın menfaatlerinin dengelenmesi gerekli durumlar somut olayda ortaya çıkabilir, bunlar da mutlaka dikkate alınmalıdır.

V. UYARLAMA DAVASI

A. GENEL OLARAK

İşlem temelini çökmesinin şartları oluştuğunda uyarlama hakkı sahibi sözleşme tarafı, yenilik doğuran hakkını kullanarak sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayabilir. Uyarlama hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğu yoktur. Mahkeme dışında kullanılabilen bir hak olan uyarlama hakkı, mahkeme dışında kullanılan diğer yenilik doğuran haklarda olduğu gibi karşı tarafın itirazı ile karşılaşabilir. Bu itiraz sonucu uyuşmazlık büyük ihtimalle mahkeme önüne taşınacaktır. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ile ilgili uyuşmazlığın hakim önüne gelmesi, çözülmesi gereken birçok usuli sorunu da beraberinde getirir.

B. UYARLAMA HAKKININ MAHKEMEYE TAŞINMASINA İLİŞKİN OLASILIKLAR

1. Uyarlama Hakkı Sahibinin Uyuşmazlığı Mahkemeye Taşınması

İşlem temeli çökmüş, uyarlama hakkı sahibi gereklerini de yerine getirerek hakkını kullanmış ise artık sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin uyarlanmış hali ile ifasına uygun hareket etmesi gerekir. Bu böyle olmakla birlikte, uyarlama hakkının muhatabı çoğu kez sözleşmenin uyarlanmasını gerektirecek bir durum olmadığını düşüneceği için, sözleşmenin uyarlanmış hali ile ifasına karşı çıkacaktır. Uyarlama hakkı sahibi uyarlanmış edimin borçlusu ise uyarlanmış edime uygun olarak borcunu yerine getirecektir. İşlem temelini çökmesine rağmen alacaklı uyarlanmış edimin ifasını kabul etmez ise alacaklı temerrüdüne düşmüş kabul edilebilir.

Uyarlama hakkı sahibi uyarlanmış edimin alacaklısı ise, uyarlama hakkını kullanmasıyla birlikte borçlusundan sözleşmenin uyarlanmış haline riayet etmesini isteyebilir. Borçlu buna yanaşmaz ise, uyarlama hakkı sahibi doğrudan uyarlanmış

edime ilişkin eda davası açabilir¹²⁰⁷. Uyarılama hakkı sahibinin açacağı bu davada ne şekilde talepte bulunacağını mutlaka belirlenmesi gerekir; zira usul hukukuna göre davacı talep sonucu ile talep ettiği hukuki korumanın çeşidini ve kapsamını belirtmelidir (HUMK m. 179/5)¹²⁰⁸. Bu konuda Alman hukukunda da yoğun tartışmalar vardır¹²⁰⁹. Davacı uyarlanmış edime yönelik dava açtığında, çoğu zaman uyarılamanın nasıl yapılacağını öngöremeyeceği için, netice-i talebini yeterince belirli kılamayacaktır. Netice-i talebin belirli olması Türk usul hukukunda olduğu gibi Alman usul hukukunda da davanın açılması için zorunlu unsurdur (karş. ZPO § 253/II b. 2)¹²¹⁰.

Bu sakıncayı ortadan kaldırmak için çeşitli görüşler ve öneriler öne sürülmüştür. Bu önerilerden bizce de uygun görülen ilkinde göre, önce uyarılamanın şartlarının oluştuğu iddiası ile bir tespit davası açılır, daha sonra da, davacı, ilk davada belirlenmiş olan uyarlanmış edimin ifasına ilişkin eda davası açar¹²¹¹.

Bir diğer öneri de şu şekildedir¹²¹²: Bu noktada davacıya seçim hakkı tanınmalıdır. Gerçekten çoğu zaman uyarılama hakkı sahibi uyarılamanın nasıl yapılacağını önceden kestiremeyecek ve bu nedenle de talebini davayı açabilecek kadar belirli kılamayacaktır. Eğer talebi yeterince belirli değil ise, uyarılama hakkı sahibi önce uyarlamayı talep etmeli, buna karar verilir ise uyarlanmış edimin ifası davası açmalıdır. Bu iki dava bağlantılı oldukları için birleştirilebilir. Ancak, uyarılama hakkı sahibinin talebi dava açmaya yetecek kadar belirli ise, davanın açılması için talebin belli olması şartı gerçekleşeceği için doğrudan uyarlanmış edimi talep edebilmelidir.

2. Uyarılama Hakkı Muhatabının Uyuşmazlığı Mahkemeye Taşınması

Uyarılama hakkı kullanılmakla sonuçlarını doğuracaktır. Bununla birlikte, uyarılama hakkı muhatabı bu hakkın kullanılmasının yerinde olmadığı iddiasıyla

¹²⁰⁷ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 313 BGB N. 86; Palandt⁶⁶/Grüneberg, § 313 BGB N. 41; Schmidt-Kessel/Baldus, s. 2076/2077. Yasakoyucunun iradesinin de bu yönde olduğu § 313 BGB'nin gerekçesinden anlaşılmaktadır. **BT-Drucks, 14/6040**, s. 176.

¹²⁰⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 252.

¹²⁰⁹ Emmerich, § 29 N. 14/15; Eberhard Wieser, "Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage", **JZ 2004**, s.654-656 (s. 654), Schmidt-Kessel/Baldus, s.2076.

¹²¹⁰ Emmerich, § 29, N. 14.

¹²¹¹ karş. Schmidt-Kessel/Baldus, s. 2077; Wieser, s. 654.

¹²¹² Emmerich, § 29, N. 15.

mahkemeye başvurabilir. Bunun yanı sıra, uyarlama hakkı sahibinin uyarlanmış edimin ifasına ilişkin bir eda davası açması durumunda uyarlama bildirimının muhatabı kuşkusuz “hakkın doğmadığı itirazı”nda bulunabilir¹²¹³. Muhatap bu iddialarına dayanak olarak, işlem temelinin çökmesinin şartlarının gerçekleşmemiş olduğunu ileri sürebilir. Bunun yanı sıra elindeki başka bir imkan da, işlem temelinin çökmesinin şartları bakımından bir sorun olmamasına rağmen uyarlama hakkının sonuçları bakımından yerinde kullanılmadığını iddia etmektir. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkün iken sözleşmeden dönülmüş olmasında durum böyledir. Ayrıca, mağdur taraf yeniden müzakere ödevine uymamış veya aykırı davranmış ise de uyarlama hakkı doğmayacağından, muhatap bunu da ileri sürebilir.

Uyarlama hakkının yenilik doğuran bir hak olarak tanınmasının, karşı tarafın çıkarlarına aykırı olacağı, bu hakkın mutlaka hakim denetiminden geçirilmesi gerektiği düşüncesi, uyarlama bildirimini muhatabının karşı hakları düşünüldüğünde geçerli ve yeterli bir sav olmayacaktır. Zira uyarlama hakkının kullanılması durumunda muhatap mahkemeye başvurup uyarlamanın şartlarının gerçekleşmediğini, işlem temelinin çökmediğini ileri sürebilir. Bu durumda hakim uyarlama hakkının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecektir. Uyarlama bildiriminin muhatabı hakime başvurarak işlem temelinin çökmesi şartlarının oluşmadığını ve bu nedenle uyarlama bildiriminin geçersiz olduğunu tespit ettirebilir; bu dava bir “menfi tespit davası” olacaktır. Bunun yanında, uyarlama bildirimini muhatabı alacaklı, bu bildirim yerinde olmadığını, işlem temelinin çökmesinin şartlarının gerçekleşmediğini düşünüyor ise, sözleşme yükümünün uyarlanmamış haliyle yerine getirilmesine ilişkin bir eda davası da açabilir¹²¹⁴.

Sözleşmenin yeniden müzakerelere girişilmesi bir ödev olarak değerlendirildiğine göre, bu ödev aykırılığın sonucu tazminat değildir. Bu ödev aykırı davranan ve sözleşmenin yeniden müzakere edilmesine yanaşmadan doğrudan yenilik doğuran hakkını kullanan mağdur taraf ödev aykırılığın sonucuna katlanır, işlem temelinin çökmesine dayanamaz. Yeniden müzakerelere hiç girişmeden

¹²¹³ Karş. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 516.

¹²¹⁴ Karş. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 515/516.

uyarlama hakkını kullanan mağdur tarafa karşı muhatap hakkın doğmadığı itirazında pekâlâ bulunabilir.

3. Uyarlama Hakkının Doğrudan Doğruya Mahkemede İleri Sürülmesi

Uyarlama hakkı sahibi uyarlama yenilik doğuran hakkını mahkeme dışı kullanabileceği gibi mahkemede de kullanabilir. Uyarlamada da, mağdur taraf herhangi bir yenilik doğuran beyanda bulunmamış ve doğrudan doğruya dava açmışsa, davacının uyarlama beyanını içeren dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği ile yeni hukuki durum meydana gelir; hakim yine sadece bir tespit hükmü verecektir¹²¹⁵. Uyarlama hakkının davada kullanılması, bu hakkın hukuki niteliğini değiştirmemektedir. Uyarlama hakkı davada kullanılsa dahi yine yenilik doğuran bir hak olma özelliğini koruyacaktır; bu nedenle örneğin uyarlama hakkının kullanıldığı dava geri alınsa bile sözleşme uyarlanmış olacaktır; davanın geri alınması, uyarlama bildirimünün geri alınması anlamına gelmemelidir¹²¹⁶. Uyarlama bildirimünün yerindeliği, sonuç doğurup doğurmayacağı, usul hukuku alanında değil maddi hukuk alanında çözüme bağlanması gereken bir sorundur.

Uyarlama hakkı henüz kullanılmış değilken edimin alacaklısının ifa davası açması ve uyarlama hakkı sahibinin mahkemede buna karşılık işlem temelini çöktüğünü savunma olarak ileri sürmesi mümkündür. Bu durumda edimin borçlusu savunma olarak işlem temelini çöktüğünü bu nedenle edimini ifa etmediğini ileri sürecektir. Borçlunun bu savunmasının hukuki niteliği öğretilmiş tartışılmıştır. *Arat*, borçlunun uyarlamaya ilişkin bu savunmasını bir defî hakkı olarak nitelendirmektedir. Bu hak esasa cevap süresi içinde kullanılmalıdır. Hakim dosyadan anlaşılabilir defî hakkını görevinden ötürü dikkate alamaz¹²¹⁷. *Dural* ise bu durumda dürüstlük kuralı esas alınacağı için, buna rağmen bir defî hakkı tanımak dürüstlük kuralının bir itiraz olması karşısında isabetsiz olacağı görüşündedir¹²¹⁸.

¹²¹⁵ Karş. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 514 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 39 N. 28.dn 57b. *Gürsoy* uyarlamasının yenilik doğuran bir hak olduğu görüşünü savunmakla birlikte, sözleşmenin uyarlanmasının mahkemeden talep edilmesi halinde, mahkemenin bu kararının inşai nitelikte olacağı görüşündedir (bkz. *Gürsoy*, s. 185).

¹²¹⁶ Sözleşmeden dönme yenilik doğuran hakkı ile ilgili benzer görüş için bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 517.

¹²¹⁷ *Arat*, s. 177/178.

¹²¹⁸ *Dural*, **İmkansızlık**, s. 32/33.

Bizim görüşümüze göre, uyarılma hakkı bir yenilik doğuran hak olduğu için ve yenilik doğuran haklar ancak kullanıldıkları takdirde arzu edilen hukuki sonuçları doğurduğu için, bir yenilik doğuran hakkın varlığını defî olarak ileri sürüp ifadan kaçmak mümkün değildir¹²¹⁹. Uyarılma hakkı mutlaka kullanılmalıdır. Bu nedenle uyarılma hakkı sahibi uyarılma hakkının varlığına sadece bir defî olarak dayanmakla kalmamalı, bu yenilik doğuran hakkını karşı tarafa yöneltilecek bir beyanla kullanmalıdır. Bu hakkı cevap dilekçesinde kullanması durumunda hak, dilekçenin karşı tarafa tebliği ile sonuç doğurur. Uyarılma hakkı kullanılmamışsa, uyuşmazlık bir şekilde hakim önüne gelse hakim işlem temelinin çöktüğüne re'sen karar veremez¹²²⁰.

C. UYARILMA DAVASININ BAŞKACA ÖZELLİKLERİ

Uyarılma davası bir tespit davasıdır. Uyarılma hakkı bir yenilik doğuran hak olduğu için kullanılmakla sonuç doğuracaktır. Uyarılma hakkının mahkemeye taşınması durumunda ise mahkemenin hükmü bir tespit hükmü olacaktır. Uyarılma hakkının muhatabı, işlem temelin çökmüş olmadığını iddiası ile mahkemeye başvurur ise “menfi tespit davası” açarak, şartların oluşmadığını ispat ederek uyarılma beyanının geçersizliğini ileri sürebilir. Hakim bu aşamada şartların oluşup oluşmadığına karar verecektir. Şartların oluşmadığına karar verilirse bu hüküm bir menfi tespit hükmü olacaktır. Her durumda hakim vereceği karar bir hukuki ilişkinin tespitinden ibaret olacaktır. Uyarılma hakkının muhatabı menfi tespit davası açarak hakkın doğumuna engel olan vakıaları ispat etmekle yükümlüdür; zira tespit davalarında ispat külfeti ilkeleri değişmemektedir¹²²¹.

Öğretide tartışılan bir diğer sorun da, işlem temelinin çökmesi durumunda mağdur tarafın sözleşmenin dar anlamda uyarlanması veya sözleşmeden dönme haklarını terditli dava şeklinde kullanıp kullanamayacağı sorunudur¹²²². Terditli davada, davacı davalıya karşı birden fazla talebini kademelendirir; birincinin reddedilmesi halinde diğer talebine hükmedilebilir¹²²³. Öğretide, sözleşmenin dar

¹²¹⁹ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 251/252.

¹²²⁰ Emmerich, § 29, N.12.

¹²²¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 227.

¹²²² Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 116 vd.

¹²²³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 232.

anlamda uyarlanması ile sözleşmeden dönme taleplerinin aynı dava dilekçesinde terditli olarak talep edilmesinde bir sakınca olmadığı belirtilmiştir¹²²⁴.

Uyarlama davası ile ilgili son olarak üzerinde durulacak nokta bu dava ile kira bedelinin tespiti davası arasındaki farklardır. Kira sözleşmelerinde kira bedelinin tespiti davası ile kira bedelinin yeniden belirlenmesi istenir. 6570 sayılı Kanuna tabi kira ilişkileri açısından, taraflarca kararlaştırılan kira süresinin bitiminden sonra bu Kanunun 11. maddesi gereğince uzayan kira ilişkisinde yeni dönemde kira bedelinin belirlenmesi açısından bu dava açılabilir¹²²⁵. Genel anlamda uyarlama davasıyla büyük benzerlikler taşıyan bu davanın bazı farklı özellikleri vardır¹²²⁶: Kira tespit davası, yalnızca içinde bulunulan kira döneminden sonraki dönemde hüküm ifade eder, kira bedelinin tespiti davası sözleşme süresi içindeki kira bedellerine ilişkin açılmaz, kira bedelinin uyarlanması davası ise süresi devam eden kira sözleşmelerinde de hüküm ifade eder; kira tespit davalarında görevli mahkeme sulh mahkemesi iken uyarlama davası müddeabihe göre, sulh veya asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına girer; uyarlama davası, 6570 sayılı Kanuna tâbi olmayan kira ilişkileri açısından da söz konusu olabilecek iken, kira bedelinin tespiti açısından geliştirilen Yargıtay içtihadı bu ilişkilere uygulanamayacaktır¹²²⁷.

Bunların dışında Yargıtay'ın bazı kararlarında ve öğretide öne sürülen başka bir fark da kira sözleşmesinin süresi bakımından öne sürülmektedir. Buna göre kira bedelinin tespiti davası hem kısa hem de uzun süreli kira ilişkileri bakımından söz konusu olabilecek iken, kira sözleşmesinin uyarlanması davası sadece uzun süreli kira ilişkileri bakımından söz konusu olabilecektir¹²²⁸. Ancak Yargıtay Hukuk Genel

¹²²⁴ Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 117.

¹²²⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı (*Arpacı*), s. 186/187.

¹²²⁶ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s. 2 vd; Hatemi/Serozan/Arpacı (*Arpacı*), s. 186/187; Y. 3. HD. 30.03.1990, E. 1989/9410, K. 1990/2750, İBD, 1990, s. 1071/1072.

¹²²⁷ Hatemi/Serozan/Arpacı (*Arpacı*), s. 190.

¹²²⁸ Burcuoğlu, **Beklenmeyen Hal**, s.3/4 ve s. 29; Y. 13. HD, 24.2.1997, E. 1997/828, K. 1997/1209: “Kira sözleşmesi uzun süreli olmasına rağmen taraflar, kira parasının her yıl arttırılacağı miktarı saptamışlar ve özellikle dava konusu dönem için kira parasının günün koşullarına göre saptanacağını kabul etmişlerdir. Böyle bir kararlaştırma tarafları bağlar. Taraflar, kira parasının miktarında anlaşamadıklarına göre, ancak kira parasının tespiti için dava açmak hakkına sahiptirler. Oysa, hakimin istisnaen sözleşmeye müdahalesini öngören uyarlama ise uzun süreli olup, kira miktarının tespiti yönünden bir kararlaştırmanın bulunmaması ya da bulunsa dahi bu kararlaştırmanın, edimler arasındaki dengenin bozulmasına neden olacak miktarda olması halinde söz konusu olur. Uyuşmazlık konusu davada davalı, sözleşmenin günün koşullarına uyarlanmasını istemekte, aksine kira parasının sözleşmeye uygun biçimde tesbitini istemektedir. O halde bu dava, sözleşmenin günün koşullarına uyarlanmasına ilişkin bir davadan çok, bir kira tespiti davasıdır”; Y. 13 HD., 18.6.1990, E. 475, K.

Kurulu'nun yakın tarihli bir içtihadıyla bu görüşten dönüldüğü anlaşılmaktadır¹²²⁹. Sözleşmelerin uyarlanması sadece uzun süreli ilişkiler açısından değil kısa süreli ilişkiler açısından da mümkün gören görüş amaca daha uygundur; kısa süreli kira sözleşmeleri bakımından da, kira tespit davasının varlığı bunun kabulünü engeller nitelikte değildir, kira tespit davası ile kira sözleşmesinin uyarlama davası her ne kadar birçok olasılıkta aynı amacı gütsün de, menfaatler durumuna göre bazı kısa süreli ilişkiler bakımından uyarlama davasının açılmasını gerektirebilir, bu nedenle kira tespit davası imkanı, uyarlamayı dışlayan bir şart olarak değerlendirilmemelidir¹²³⁰.

Son olarak, uyarlama hakkını yenilik doğuran bir hak olarak kabul ettiğimiz için bizim görüşümüze göre uyarlama davası da bir tespit davası olacaktır. Kira tespit davası ise bu isimle anılsa da teknik anlamda bir tespit davası değildir; kira tespit davalarında bir hukuki ilişkinin tespiti değil, hukuki ilişkinin unsurlarından birinin hakim hükmü ile değiştirilmesi söz konusudur¹²³¹.

D. HAKİMİN KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE HAKİMİN MÜDAHALESİNİN SINIRI

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri nedeniyle işlem temeli çökmüş ve bunun sonucu olarak sözleşmeden dönme yenilik doğuran hakkı kullanılmış olabilir. Bu hususta anlaşamayan taraflar mahkemeye giderlerse hakim üç şekilde karar verebilir: İşlem temelinin çökmesinin şartları

4372: “Uyarlamada sözleşmenin uzun süreli olması gerekmektedir. Davada kira sözleşmesi bir yıllık olup, kısa süreli bir sözleşmedir. Bu durumda, sözleşmenin işlem temelinin çökmesinden söz edilemez. Davacının 6570 sayılı yasaya göre kira tespit davası açma olanakları ve açtığı davada hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre kiranın tespitini isteme hakkı vardır” İBD, 1990, sayı 7-9, s. 788/789, ayrıca bkz. 13 HD. 22.2.1990, E. 1989/6382, K. 1990/1270, İBD 1990, sayı 4-6, s. 335/336

¹²²⁹ YHGK 30.10.2002 E. 2002/13-852, K. 2002/864, Yargı Dünyası, Şubat 2003, sayı 86, s. 38-43: “Dava, kira parasının günün ekonomik koşulları altında çekilmez hal alması ve böylece işlem temelinin çökmesi olgusuna dayalı, kira parasının uyarlanması isteğine ilişkindir. Yerel Mahkeme ile yüksek özel daire arasındaki uyumsuzluk bir yıl gibi kısa süreli kira sözleşmesinde de kira bedelinin olağanüstü durumlar nedeniyle uyarlanmasının olanaklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Yüksek özel daire, “davacı kiracı bir yılın sonunda kira tespit davası açabileceğine göre kısa süreli sözleşmeye dayanarak, ayrıca kira bedelinin olağanüstü durumlar nedeniyle talep edemez” görüşündedir. (...). Yasalarımızda uyarlama davalarının koşullu olarak açılacağına dair bir sınırlama bulunmadığından, bir yıllık kısa süreli kira sözleşmesine dayanılarak uyarlama davasının açılabilmesinin kabulü gerekir.”; ayrıca karş. Y. 3. HD. 27.03.2000, E. 2000/2648, K. 2000/2640 (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bankası).

¹²³⁰ karş. Gürsoy, s. 123.

¹²³¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 223.

gerçekleşmemiştir, dolayısıyla sözleşmeden dönme yenilik doğuran hakkı doğmamıştır. Sözleşmeden dönmenin tüm şartları gerçekleşmiştir dolayısıyla yenilik doğuran hak yerinde kullanılmıştır, bu durumda hakimin hükmü tespit hükmü niteliği taşıyacaktır. Hakim, işlem temelinin çökmesinin şartlarının gerçekleşmiş olduğuna karar vermekle beraber, ilk sonuç olan dar anlamda uyarlamanın mümkün olduğuna bu nedenle de sözleşmeden dönmenin yerinde olmadığına hükmedebilir. İşlem temelinin çökmesi halinde ilk olarak sözleşme ayakta tutulmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte dar anlamda uyarlama mümkün görülse bile sözleşme taraflarının ortak iradesi sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde ise hakim bu irade ile bağlıdır¹²³². Hakimin sözleşmeyi uyarlayabilmesi için sözleşme taraflarının prensipte sözleşmeye devam hususunda istekli olmaları gerekir¹²³³. Tarafların sözleşmenin uyarlanması yerine sona erdirilmesini tercih ettiği anlaşılıyorsa hakim tarafların bu iradesine aykırı davranamaz (karş. BK 20/II). Tarafların sözleşmenin devamına ilişkin iradelerini hakime açıkça belirtmelerine gerek yoktur. Hakim durumun özelliklerinden bunu anlayabilir¹²³⁴.

Aksi görüş ise hakimin tarafların iradesine rağmen sözleşmeyi uyarlayabileceği yönündedir¹²³⁵. *Deschenaux* sorunun nesnel değerlendirilmesinin gereğine vurgu yapmış, tarafların iradesinin bu anlamda dikkate alınmasının buna aykırı olacağını belirtmiştir. Hakimin adalete uygun olarak vereceği karar yazara göre tarafların iradesine pekâlâ aykırı olabilir, bunda bir sakınca yoktur¹²³⁶.

Biz ilk görüşün daha yerinde olduğunu düşünüyoruz, zira tarafların sözleşmeye devam konusunda isteksiz olmaları sözleşmenin sona erdirilmesi için dar anlamda uyarlamanın mümkün olmaması gereği kapsamında değerlendirilmelidir.

Son olarak hakimin müdahalesinin sınırı konusunda öğretilde *Jäggi/Gauch* tarafından ileri sürülen ilginç bir görüşe değinmek isteriz. Buna göre kitlesel sözleşmeler söz konusu olduğunda, bu tür sözleşmelerin uyarlanması birçok diğer sözleşme açısından da emsal oluşturabilir, bunun sonucunda hukuk güvenliği açısından istenmeyecek genel sonuçların doğması mümkündür, bu durumda istisnaen

¹²³² Erman, **Beklenilmeyen Haller**, s. 116; Gülekli, s.65; Dural, **İmkansızlık**, s.73.

¹²³³ Tandoğan, **Nullité**, s.303; Siegwart, s. 174 vd.; Oftinger, s. 248; Merz, **ZSR 1942**, s. 479a, 486a.

¹²³⁴ Tandoğan, **Nullité**, s.304.

¹²³⁵ Weber, s. 83/84.

¹²³⁶ Deschenaux, s. 611a-615a.

de olsa, hakim şartları gerçekleşmiş sözleşmeyi uyarlamaktan kaçınabilir. Bu nedenle hakim sözleşmeye yapacağı müdahalenin dolaylı sonuçlarını da dikkate almak zorundadır; bu gibi durumlarda kitlesel sözleşmelerin uyarlanması artık hakim değil yasakoyucunun yetkisi alanına girmelidir¹²³⁷. Bu görüş, Fransız hukukunun etkisini açıkça taşımaktadır. Bilindiği gibi, bu bakış açısı Fransız hukukunda emprevizyon teorisinin kabul edilmeme gerekçelerinden biridir; hakime uyarlama hakkının tanınmamasının gerekçesi, tek bir sözleşmedeki ekonomik denge uğruna, sözleşmelerin sağladığı genel ekonomik dengenin bozulması riskidir. Genel ekonomik dengenin değerlendirilmesi hakim rolünü aşar, yasakoyucunun değerlendirmesini gerektirir; hakime sözleşmeyi değişen ekonomik koşullara uyarlama yetkisini tanımak, ona ekonomik konjonktür hakkında doğrudan yetkisi vermek anlamını taşır ve buna imkan tanınmamalıdır¹²³⁸. Bu muhafazakar bakış açısının günümüzde uyarlamanın kabul edildiği sistemlerde aşılması gerekir. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnası değil tamamlayıcısı olarak kabul edilmelidir; günümüzde uyarlanarak ayakta tutulmaya çalışan sözleşmenin genel ekonomik dengeye sağladığı katkı da hesaba katılırsa yukarıda anılan riskin ne kadar geçersiz olduğu anlaşılacaktır. Tam aksine hakime sözleşmeler bakımından böylesi keyfi bir tercih hakkı vermek hukuk güvenliğini tehdit eder. Bu nedenle hakim önüne gelen bir uyuşmazlıkta böyle bir yetkisinin varlığını kabul etmek mümkün değildir.

E. HAKEM MAHKEMESİNDE SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI

Sözleşmelerin uyarlanması sorunu hakem mahkemesinde görülen bir sorun olursa, hakemin ne şekilde hareket etmesi gerektiği öğretide tartışılmıştır¹²³⁹. Bu durum, özellikle sözleşmede uyarlama klozu olmaması durumunda söz konusu olur. Öğretide öne sürülen bir görüşe göre, sözleşmede uyarlamaya ilişkin bir hükmün yokluğu halinde bile, hakeme tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı ile verilen yetkiden kaynaklanan sözleşmeyi uyarlama yetkisi mevcuttur; tahkim sözleşmesinde yer alan hakemin hakkaniyete uygun karar vermesini öngören hüküm aslında bu

¹²³⁷ Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N. 697.

¹²³⁸ Flour/Aubert/Savaux, N. 410.

¹²³⁹ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 308.

anlamda zımni bir uyarlama klozu sayılmalıdır¹²⁴⁰. Bu görüş öğretilerde eleştirilmiştir, hakemin hakkaniyete uygun karar vermesini öngören hükmün uyarlama yetkisi verdiğini savunmak tarafların iradesinin abartılı bir yorumu olacaktır, bu anlamda sözleşmede böylesi zımni bir uyarlama klozunun varlığını iddia etmek, tüm tahkim sözleşmelerinde uyarlamanın zımnen kararlaştırıldığı anlamına gelir, bu da mümkün değildir¹²⁴¹.

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkime gidildiğinde, genel olarak hakemler, tacirlerin sözleşmelerine uyarlama hükümleri koyma imkanlarına rağmen bunu yapmamış olmalarını “iradi bir sessizlik” olarak yorumlamaktadır; bu nedenle sözleşmedeki uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim seçilmiş ise, uyarlama hükümlerine yer verilmesi son derece önemlidir¹²⁴².

VI. DEĞERLENDİRME

İşlem temelinin çökmesi durumunda sonuçlarının ne olacağı oldukça tartışmalı ve değişik çözümlerin önerildiği bir alandır. Önerilen çeşitli çözümler ve usuller arasında Türk hukuk sistemine en uygun görünen çözüm, işlem temelinin çökmesi ile değişiklik sonucu mağdur olan sözleşme tarafına sözleşmeyi uyarlama hakkının yenilik doğuran bir hak olarak tanınmasıdır. Uyarlama hakkını yenilik doğuran bir hak olarak kullanacak olan mağdur taraf, bu hakkını kullanabilmesi için öncelikle sözleşmenin diğer tarafını sözleşmeyi yeniden müzakereye davet etmelidir. Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi, uyarlama hakkı sahibi mağdur taraf için bir ödevdir. Buna uymadığı takdirde uyarlama hakkını kullanamayacaktır.

Yeniden müzakere ödevini yerine getirmek için mağdur taraf yeniden müzakerelere girişmek ve bu müzakereleri sürdürmek konusunda dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Aksi takdirde bu ödevin yerine getirildiğinden bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte bu müzakerelerin başarıyla sonuçlanması şart değildir. Önemli olan müzakerelerin gerektiği gibi yürütülmesi konusunda gerekli

¹²⁴⁰ A. Kassis, **Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international**, t.1, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, L.G.D.J, 1987, N. 434. (aktaran Ghestin/Jamin/Billiau, N. 308).

¹²⁴¹ Ghestin/Jamin/Billiau, N. 308.

¹²⁴² Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3.b. Beta, İstanbul, 2005, s. 39.

özenin gösterilmiş olmasıdır. Yenilik doğuran uyarlama hakkı kullanılmadan önce tarafları sözleşmelerini değişen koşullara uyarlamak için biraraya getiren yeniden müzakere ödevi, son yıllarda karşılaştırmalı hukukta da büyük bir kabul görmüştür. Bu ödevin Türk hukukunda da tanınması sözleşmelerin uyarlanması konusunda oldukça önemli bir adım olacaktır. Sözleşme taraflarının, sözleşmelerin uyarlanması noktasında bir çatışmaya gitmeden çözüm bulmalarının olasılığı bu sistem dahilinde artmaktadır.

Yeniden müzakere başarı ile sonuçlanırsa sorun kalmayacaktır. Ancak bu görüşmeler bir çözüme ulaşmazsa uyarlama hakkı kullanılacak ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu hakkın kullanılması ile sözleşme ya dar anlamda uyarlanacak ve içeriğinin değiştirilmesi suretiyle hükümlerini doğurmaya devam edecek, ya da sona erdirilecektir. Uyarlama hakkının sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde kullanılabilmesi için ilk şart, sözleşmenin dar anlamda uyarlanmasının mümkün olmaması veya tarafların iradesinin sözleşmenin uyarlanarak da olsa devamı yönünde bulunmamasıdır. Aksi takdirde bu hak sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde kullanılamaz. Dar anlamda uyarlamanın önceliği olarak bilinen bu ilke, günümüzde artık genel bir kabul görmektedir.

Uyarlama hakkı, sözleşmenin sona erdirilmesi bağlamında kullanılabildiğinde, sürekli sözleşme ilişkilerinde bu hakkın fesih hakkı olarak kullanılacağı kabul edilmektedir. Bu noktada işlem temelinin çökmesi ile Türk hukukunda da kabul edilen sürekli sözleşmelerin haklı nedenle feshi arasındaki yarışma sorunu ortaya çıkar. Bizim üstün tuttuğumuz görüşe göre, sürekli sözleşme ilişkilerinde işlem temelinin çökmesinin haklı nedenle feshe göre önceliğinin kabulü gerekir. Zira, sürekli sözleşme ilişkisinde sözleşmenin uyarlanmasına yol açan durum değişikliği çoğu zaman haklı nedenle fesih hali de oluşturacaktır. Bu noktada işlem temelinin çökmesi şartları gerçekleşmiş ise artık sözleşmenin haklı nedenle feshi devreye girmeyecek, sözleşmenin önce dar anlamda uyarlanmasına çalışılacak, ancak bu mümkün değilse fesih gündeme gelecektir. Böylelikle sürekli sözleşme ilişkilerinin de fesihten önce uyarlanması imkanı olacaktır.

Uyarlama hakkının muhatabının da bu hak karşısında güçsüz durumda olduğu söylenemez. Her ne kadar uyarlama hakkının yenilik doğuran bir hak olarak tanınması mağdur tarafa önemli bir güç verse de, muhatap bütünüyle çaresiz

bırakılmamıştır. Öncelikle yukarıda anılan yeniden müzakere ödevi, uyarlama hakkının muhatabının sözleşmenin uyarlanması konusunda söz sahibi olduğunu gösterir. Bunun yanı sıra, uyarlama hakkının kullanılmasının yerinde olmadığını düşünen muhatap menfi tespit davası yoluyla bu hakkın doğmadığını veya hatalı kullanıldığını ispatlayabilecektir. Uyarlama hakkının yerinde kullanılmış olduğu durumda dahi, hakkın muhatabının bir hakkaniyet bedeli talep edebilmesi imkanı kabul edilmektedir. Uyarlama hakkı sahibi, hakkın muhatabına böyle bir bedel ödemek durumunda bırakılabilir. İşlem temelinin çökmesi kurumunun ana amacı, sözleşmede değişen koşullar sonucu bozulan risk paylaşımının adil bir şekilde tekrar sağlanması olduğuna göre, uyarlama sonucu doğacak mağduriyet mümkün olduğunca en aza indirilmesi gerekir. Bu da uyarlama hakkı muhatabına ödenecek bir hakkaniyet bedeli yoluyla olur. Görüldüğü gibi uyarlama hakkı muhatabı ile uyarlama hakkı sahibi bu sistemde eşit silahlara sahip olacaktır.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Tezimizde vardığımız sonuçları maddeler halinde özetlemeyi uygun gördük. Sözleşmelerin uyarlanması konusunda bir kanun hükmünün getirilmesi olasılığı karşısında, bu hükme ilişkin bir önerimizi de bu değerlendirmelerin arkasından sunmaktayız.

- Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler sonucu sözleşmenin ifası bir taraftan beklenemez hale gelmiş ise, sözleşmeye bağlılık ilkesinde ısrar, adaletsiz sonuçlar doğurabilmektedir. Bu adaletsizliğin engellenmesi için, sözleşmenin değişen bu koşullara uyarlanması birçok hukuk sisteminde kabul edilmektedir.
- Sözleşmeye bağlılık ilkesi günümüzde irade özerkliği dogmasına saplanmayan bir anlayış çerçevesinde değerlendirilmekte ve bu nedenle sözleşmenin uyarlanması bu ilkenin bir istisnası olarak değil tamamlayıcısı olarak görülmektedir. İki ilkenin de ana amacı sözleşme adaletinin sağlanmasıdır.
- Sözleşmelerin uyarlanması amacı, değişen koşullar sonucu bozulan risk paylaşımı dengesinin yeniden sağlanmasıdır. Birçok olayda sözleşmenin uyarlanması sözleşmenin zayıf tarafının korunmasını sağlasa da, bu uyarlamanın ancak dolaylı bir sonucudur. Sözleşmenin zayıf tarafını oluşturmada da, değişiklik sonucu mağdur olan taraf uyarlama talep edebilir.
- Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, belli başlı dört teoriden bahsedilebilir. Bu teoriler, klasik *clausula rebus sic stantibus* teorisi, emprevizyon teorisi, *frustration* teorisi ve işlem temelinin çökmesi teorisi. Bu teorilerden klasik *clausula rebus sic stantibus* teorisi, sözleşmede, durumların değişmeyeceğine ilişkin varsayımlı bir zımni şartın varlığını kabul ettiğinden günümüzde artık hiçbir hukuk sisteminde savunulmamaktadır. Bu teorinin önemi tarihsel olmaktan öteye

geçmemektedir. Emprevizyon teorisi ise, Fransız hukukunda geliştirilmiş bir teoridir. Bu teori sözleşmelerin uyarlanmasını oldukça dar bir alanda kabul etmiştir. Emprevizyon teorisinde, sadece edimler arasındaki ekonomik dengenin bozulması halinde uyarlama mümkün görülmektedir. İşlem temelini çökmesi teorisi ise Alman hukukunda geliştirilmiş ve sözleşmelerin uyarlanması konusunda en kapsamlı teoridir. Bu teorinin en önemli özelliği sadece durum değişikliğine vurgu yapmamış aynı zamanda bu değişikliği nesnel temellere dayandırmış olmasıdır; sadece işlem temelini oluşturan durumlarda esaslı değişiklik, sözleşmenin uyarlanması imkanını vermektedir. *Frustration* teorisi ise Anglo-Amerikan sisteminde geliştirilmiş bir teoridir ve aslen imkansızlık sistemini düzenler. Yukarıda anılan teorilerin ortak noktası hepsinin hukuki temelinde dürüstlük kuralına dayanılmasıdır. Bununla birlikte, sadece dürüstlük kuralına dayanılması, sözleşmenin uyarlanması gibi önemli bir konuda yetersiz kalmaktadır. Dürüstlük kuralı temelinde yükselen somut bir teori çerçevesinde soruna çözüm üretilmelidir. Sözleşmelerin uyarlanması sorununun sadece dürüstlük kuralına dayandırılması zorunlu değildir. Uyarlama mantığını taşıyan birden fazla kuraldan hukuki kıyas yoluyla üretilmiş bir genel hukuk ilkesi çerçevesinde bir teori kabul edilebilir. Türk hukukuna bu anlamda en uygun çözümü sunan işlem temelini çökmesi teorisi, hukuki kıyas yoluyla üretilen bir teori olarak kabul edilmeli ve sözleşmelerin uyarlanmasının gerekleri ve sonuçları bu teori kapsamında değerlendirilmelidir. Dürüstlük kuralı ise işlem temelini çökmesinin gereklerinin ve de sonuçlarının değerlendirilmesinde her aşamada dikkate alınmalıdır.

- İşlem temeli kavramı, Türk hukukunda temel hatası ile ilgili BK m. 24/I b.4'te yer almaktadır. İşlem temelini çökmesi kuramının kabulü ile bu kavram da sözleşmenin uyarlanması bakımından önem kazanmıştır. Sözleşmenin kurulması esnasında var olan temel hatasının saptanmasında dikkate alınacak işlem temeli kavramı, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak olan işlem temelini çökmesinde de esas alınacaktır.

Şöyle ki, sözleşmenin kuruluşu sırasında işlem temelini oluşturan ve temel hatasına yol açabilecek ağırlıktaki durumlar, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkar ve diğer şartlar da gerçekleşir ise işlem temelini çöktüğü kabul edilebilecektir. Temel hatası ile işlem temelini çökmesi arasındaki tek fark zamansaldır.

- Geleceğe ilişkin olgular konusundaki yanlış tahminler, hiçbir halde temel hatası düzenlemesine dahil edilmemeli, bu noktada işlem temelini çökmesi gündeme gelmelidir. Temel hatası ile işlem temelini çökmesi arasındaki zamansal ayırımın silikleşmesi iki düzenleme açısından da yerinde olmayacaktır.
- İşlem temelini çökmesi ile temel hatası, imkansızlık, gabin gibi yakın kavramlar arasındaki sınırın belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. Şüphe halinde daha esnek bir çözüm sunan işlem temelini çökmesi teorisinin uygulanacağı kabul edilmelidir.
- Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliğinin işlem temelini çökmesine yol açabilmesi için olağanüstü bir değişiklik olmasına gerek yoktur. Sadece sözleşme taraflarını etkileyen durum değişiklikleri de sözleşmenin uyarlanması imkanını verebilir.
- İşlem temelini çökmüş sayılabilmesi için ortaya çıkan durum değişikliğine, bu değişiklik sonucu mağdur olan tarafın katkıda bulunmamış olması gerekir. Mağdur tarafa isnat edilebilen bir durum değişikliği söz konusu ise artık işlem temelini çökmesinden bahsedilemez.
- İşlem temelini çökmesinin en önemli şartlarından biri olan durum değişikliğinin önceden görülemez olması somut ölçütler yardımı ile değerlendirilmelidir. Önceden görülemezliğin değerlendirilmesi sözleşmenin kurulma anına göre yapılır. Sözleşmenin süresi bu değerlendirmede yardımcı bir ölçüt olsa da, sözleşmenin kısa süreli olması her zaman işlem temelini çökmesini dışlamaya yetmez. Kısa süreli sözleşmelerde de, önceden görülemeyen bir değişikliğin ortaya çıkması olasıdır sadece daha zordur.

- Sözleşme taraflarının özellikleri önceden görülemezliğin değerlendirilmesinde rol oynar. Soyut bir değerlendirme yapılmalı, özenli bir kişi soyut olarak dikkate alınarak, olayın “normal olarak önceden görülebilir” olup olmadığı değerlendirilmelidir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumu gibi öznel öğeler dikkate alınmayacaktır. Bununla birlikte bu değerlendirme yapılırken somut olayın özellikleri yol gösterici olabilir. Yargıtay uygulamasında kabul edilenin aksine sözleşme tarafının tacir olması, durum değişikliğini önceden görmesini her zaman gerektirmez. Önemli olan, onun yerinde bulunan makul bir kişinin bu durumu önceden görüp göremeyeceğinin belirlenmesidir.
- İşlem temelini çökmesi değerlendirilirken öncelikle sözleşme veya kanunda bulunan risk dağılımı kurallarına bakmak gerekir. Sözleşmede veya kanunda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir hüküm varsa bu hükümler öncelikle uygulanır. Bu hükümlerin yokluğu durumunda, durum değişikliği sonucu ifa mağdur taraftan beklenemez hale gelmiş ise sözleşme değişen bu koşullara uyarlanarak adil bir yeni risk paylaşımı kuralı belirlenecektir.
- Sözleşmede veya kanunda yer alan uyarlama hükümlerinin de, somut olay gerektirdiğinde bizzat uyarlamaya maruz kalacağı, bu hükümler açısından da işlem temelini çökebileceği kabul edilmelidir.
- İşlem temelini çökmesi sadece edimler arasındaki dengenin bozulması veya aşırı ifa güçlüğü hallerinde değil, sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halinde de mümkündür.
- İşlem temelini çökmesi halinde mağdur tarafın sözleşmeyi uyarlaması hakkı yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın kullanılması için, mağdur taraf uyarlama hakkı muhatabını sözleşmeyi yeniden müzakereye davet etmelidir. Yeniden müzakereye davet, mağdur taraf açısından bir ödev oluşturmaktadır. Bu ödev aykırı davranan mağdur taraf uyarlama hakkını kullanamayacaktır.
- Uyarlama hakkının kullanılması sözleşmenin dar anlamda uyarlanması veya bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmenin sona erdirilmesi yoluyla

olur. Her durumda işlem temelini çökmesinin son çare olduğu unutulmamalıdır.

- Uyarılama hakkını kullanmak suretiyle yükümlülükten kurtulan veya yükümlülüğü hafifleyen mağdur taraf, gerekirse uyarılama hakkı muhatabının mağduriyetini karşılayacak bir bedel ödemekle yükümlü tutulabilir. Bu olasılıkta bir zararın tazmininden değil, olsa olsa bir hakkaniyet bedelinden söz edilebilir.
- Uyarılama hakkına karşı çıkan uyarılama hakkı muhatabı, bir menfi tespit davası yoluyla iddiasını ortaya koyabilir.

Çalışmamızda vardığımız temel sonuçları bir madde metninde somutlaştırmak için BKT m. 137’de öngörülen “Aşırı ifa güçlüğü” başlığı taşıyan hükmün aşağıdaki şekilde değiştirilmesini önermekteyiz.

İşlem temelini çökmesi

Sözleşmenin temelini oluşturan olgular, sözleşme taraflarınca önceden görülemeyen ve önceden görülmesi de beklenemeyen şekilde esaslı bir değişikliğe uğramış ve bu değişikliğe katkısı bulunmayan mağdur tarafın, özellikle sözleşmesel ve yasal risk dağılımı anlayışı çerçevesinde, sözleşmeye kurulduğu şekilde aynen bağlı kalması dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez ise işlem temeli çökmüş sayılır.

Mağdur taraf, sözleşmeyi yeni koşullara uyarılama, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Mağdur tarafın bu hakkını kullanabilmesi, sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi için dürüstlük kuralına uygun bir şekilde karşı tarafa davette bulunması ve müzakereleri sürdürmesi koşuluna bağlıdır. Uyarılama hakkı beyanının karşı tarafa varması ile bu hak sonuç doğurur.

Muhatabın hakkaniyet ölçüsünde bir bedel talep etme hakkı saklıdır.

KAYNAKÇA

- Abas, Piet : **“Rebus sic stantibus”**: eine Untersuchung zur Anwendung der **“clausula rebus sic stantibus”** in der Rechtsprechung einiger europäischer Länder, C. Heymann, Köln vd., 1993.
- Aday, Nejat : **Özel Hukukta Yüklenli Kavramı ve Sonuçları**, Beta, İstanbul, 2000.
- Akman, Sermet : “Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar”, **İBD 1989**, s. 624-636.
- Akman, Sermet : ”Yüksek Enflasyon ve Ani Ekonomik Krizin Para ve Döviz Borçlarına Etkisi, Ek (Munzam) Zararların Tazmini”, **İBD 1994**, s. 181-194.
- Akyol, Şener : **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, [kıs. Dürüstlük Kuralı], 2.b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Alangoya, Yavuz / Kâmil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım : **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 6.b., © Alkim Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Alpagut, Gülsevil : **Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi**, Kansu Matbaacılık, İstanbul, 2002.
- Ambrosoli, Matteo : **La Sopravvenienza Contrattuale**, Milano, Giuffrè Editore, 2002.
- Ancel, Pascal / Bénédicte Fauvarque-Cosson / Robert Wintgen : “La théorie du ‘fondement contractuel’ (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français”, **RDC 2006/ 3**, s. 897-913.

- Angermeir, Kathrin : **Geschäftsgrundlage im deutschen und französischen Recht**, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2004.
- Arat, Ayşe : **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, © Seçkin, Ankara, 2006
- Atamer, Yeşim : **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, [kıs. CISG], © Beta, İstanbul, 2005.
- Atamer, Yeşim : **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi**, [kıs. GİŞ], 2. b, İstanbul, © Beta, 2001.
- Atamer, Yeşim : “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, **HPD Mayıs 2006**, sy. 6, s. 8-37.
- Atamer, Yeşim : “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Bazı Düşünceler“, **İÜHFİM 2005**, s. 171-191.
- Atamer, Yeşim : “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı- Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk Ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK M. 183’ün Farklı Okunması Gereği”, Prof. Dr. M. **Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Ed. Rona Serozan/İlhan Uluşan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 131-167.
- Avant-projet de reforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)**, [kıs. AP/İşleyen], Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministère de la Justice, 22 septembre 2005.
<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapp>

[ort/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](#) (çevrimiçi, 29.11.2006).

- Aybay, Aydın : **İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması Sorunu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- Aydıncık, Şirin : **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan, İstanbul, 2006, s. 169.
- Baier, Klaus-Georg : “Die Störung der Geschäftsgrundlage im Recht der Personengesellschaften”, **NZG 2004/8**, s. 356-360.
- Bamberger, Heinz Georg / Herbert Roth : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1**, [kıs. Bamberger/Roth/İşleyen], Beck, München, 2003.
- Barlas, Nami : “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, **İÜHFİM 1997**, s. 191-208.
- Başbuğ, Aydın : **İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Beta, İstanbul, 2007.
- Baumann, Max / David Dürr / Viktor Lieber / Arnold Marti / Bernard Schnyder : **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.1. Einleitung. Teilband 1, Art. 1-7 ZGB**, [Kıs. Zürcher Kommentar/İşleyen], 3.b., Schulthess, Zürich.
- Bayreuther, Frank : **Die Durchsetzung des Anspruchs auf Vertragsanpassung beim Wegfall der Geschäftsgrundlage**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.
- Baykal, Murat : “Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, **BATİDER 1998**, s. 231-265.

- Baysal, Başak : “Fransız Borçlar Hukuku Reformuna İlişkin Ön Tasarıya (Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations) Genel Bir Bakış”, **İÜHFİM**, 2006/II, s. 215-234.
- Bernardini Piero : “Hardship e force majeure”, **Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT**, Ed. Michael J. Bonell v.d., Giuffrè, Milano, 1997, s.193-214.
- Besson, Charles : **La Force Obligatoire du Contrat et les Changements dans les Circonstances**, Yverdon, Imprimerie Henri Cornaz, 1955.
- Beuthien, Volker : **Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis**, Mohr, Tübingen, 1969.
- Bianca, Massimo : **Diritto Civile-La Responsabilità**, t. V, Milano, Giuffrè, 1995.
- Bischoff, Jacques : **Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus**, Schulthess Verlag, Zürich, 1983.
- Brockmeyer, Gernar : **Das Rechtinstitut der Geschäftsgrundlage aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts**, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1993.
- Brox, Hans : **Allgemeiner Teil des BGB**, 28. b., Carl Heymanns Verlag, München, 2004.
- Brox, Hans / Wolf-Dietrich Walker : **Allgemeines Schuldrecht**, 30. b., Beck, München, 2004
- Brunner, Christoph : **UN-Kaufrecht-CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer**

- Recht**, [Kıs. UN-Kaufrecht-CISG], Stämpfli, Bern, 2004.
- Bucher, Eugen : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband : Kommentar zu Art. 27 ZGB**, 3. b, Stämpfli, Bern, 1993.
- Burcuoğlu, Halûk : **Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama – Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması** [Kıs. Beklenmeyen Hal], Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Burcuoğlu, Halûk : “Hukukta Uyarlama – Özdellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövize Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama”, **MHAD 1996, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, s. 59-91.
- Buz, Vedat : **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, [Kıs. Yenilik Doğuran Haklar], Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Buz, Vedat : **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme** [kıs. Sözleşmeden Dönme], Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Buz, Vedat : “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, **BATİDER 1998**, C. XIX, sy.4, s. 51-82.
- Bühler, Theodor : “Die clausula rebus sic stantibus als Mittel der Zukunftsbewältigung”, **Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger**, ed. Walter J. Habscheid vd., Stämpfli, Bern, 1989, s. 35-54.
- Camcı, Ömer : “Kira Parasının Kiracı Lehine Uyarlanması”, **İBD 1994**, s. 232-238.

- Canaris, Claus-Wilhelm : “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, **JZ 10/2001**, s. 499-524.
- Capitant, Henri : **De la cause des obligations**, 3.b., Dalloz, Paris, 1927.
- Carbonnier, Jean : **Droit civil, Les obligations**, t. 4, 22. b., PUF, Paris, 2000.
- Cashin-Ritaine, Eleanor : “Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage: Pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr“, **Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, Das neue Schuldrecht. Freiburger Tagung, 5.-8. September 2001**, Ed. Georg Caspers / Tobias Helms / Daniela Neumann, BOORBERG, Stuttgart vd. 2001, s. 85-103.
- Cassin, René : “Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution”, **RTDciv. 1945**, s. 159-172.
- Cermolacce, Arnaud : **Cause et exécution du contrat**, PUAM, Aix en Provence, 2001.
- Chiotellis, Aristide : **Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen**, Beck, München, 1981
- Courdier-Cuisinier, Anne-Sylvie : **Le solidarisme contractuel**, Litec, Paris, 2006.
- Cracknell, D. G. : **Obligations, Contract Law**, 4. b., Old Bailey Press, London, 2003.
- Dauner-Lieb, Barbara : “Kodifikation von Richterrecht”, **Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz**, Ed. Wolfgang

Ernst/Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s. 305-331.

- Dauner-Lieb, Barbara / Thomas Heidel / Manfred Lepa / Gerhard Ring : **Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis**, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2002
- Demogue, René : “Des modifications aux contrats par volonté unilatérale”, **RTD civ. 1907**, s. 245-310.
- Demogue, René : **Traité des obligations en général, Effets des obligations**, t. VI, Paris, Librairie A. Rousseau, 1931.
- Deschenaux, Henri : “La revision des contrats par le juge”, **ZSR 1942**, s. 509a-636a.
- Doğanay, İsmail : “Sözleşmenin Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?”, **Yargıtay Dergisi 1975**, s. 23-46.
- Draetta, Ugo : “Les clauses de force majeure et de Hardship”, **RDAI 2002**, s. 347-359.
- Draetta, Ugo / Ralph Lake : **Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes** (çev. Laure Tournefier, Victoria Vohman), Bruylant, Bruxelles, 1996.
- Droin, Jacques : “Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil suisse”, **Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels (Journées d’Istanbul), Travaux de l’Association Henri Capitant**, t. XXIII, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 547-583.
- Dural, Mustafa : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117)**, [kıs. İmkansızlık], Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

- Dural, Mustafa : “Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler”, **BATİDER 1975**, s.907-936.
- Dural Mustafa/Suat Sarı : **Türk Özel Hukuku-Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C.I, 3. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- Dural Mustafa/Turgut Öz : **Türk Özel Hukuku-Miras Hukuku**, C. IV, 3. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- Duvanel, Laurent : **La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain**, Schulthess, Zürich, 2004.
- Edis, Seyfullah : **Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, Ankara, 1973
- Eidenmüller, Horst : “Der Spinnerei Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage” **JURA 12/2001** s. 824-832.
- Eidenmüller, Horst : “Neuverhandlungspflicht bei Wegfall der Geschäftsgrundlage”, **ZIP 1995**, s. 1063-1071.
- El Gammal, Mostapha Mohamad : **L’Adaptation du contrat aux circonstances économiques**, Pichon & Durand-Auzias, Paris, 1967.
- Elbir, Halid Kemal : **Türk Borçlar Hukuku’nda Gabin**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1951.
- Elçin-Grassinger, Gülçin : **Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları**, [kıs. Kefilin Savunma İmkanları], İstanbul, Alfa, 1996.
- Elçin-Grassinger, Gülçin : “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu

- İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, **İÜHF** 1997, s. 235-241.
- Emmerich, Volker : **Das Recht der Leistungsstörungen**, 6.b., JuS Schriftenreihe, © C.H. Beck, München, 2005.
- Engel, Pierre : **Traité des obligations en droit suisse-dispositions générales du CO**, 2.b., Stämpfli, 1996.
- Engin, Baki İlkey : **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2002.
- Erdem,Ercüment : **La Livraison des marchandises selon la Convention de Vienne**, Editions Universitaires, Fribourg, 1990.
- Erdin, Reto : **Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR**, St. Gallen, Diss., Verlag Paul Haupt, Bern vd., 1997.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, gözden geçirilmiş 9. b., İstanbul, © Beta, 2006.
- Ergüne, Mehmet Serkan : “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları”, **İÜHF** 2004, C. LXII, sy: 1-2, s. 351-380.
- Erman, Hasan : **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, [kıs. Beklenilmeyen Haller], Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Erman, Hasan : “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **İÜHF** 1973, s. 601-619.
- Erman, Walter : **Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, §§ 1 - 811, UKlaG**. [Kıs. ErmanBGB/İşleyen], Ed. Harm Peter Westermann vd., 11.b., Aschendorff-Rechtsverlag, Münster Köln, 2004.

- Ertürk, Erkan : **Kanunlar Açıklamalar ve İçtihatlarla Uygulamada Kira Tespiti ve Uyarılma Davaları**, © Adil Yayınevi, Ankara, 2005.
- Fages, Bertrand : “Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando”, **D. 2003**, s. 2386-2390.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte : “Le changement de circonstances”, **RDC 2004/1**, s. 67-92.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte : “La réforme du droit français des contrats: perspective comparative”, **RDC 2006-1**, s.147-166.
- Fecht, Gabriele : **Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen**, VVF, München, 1989
- Feyzioğlu, Turhan : **İdare Hukukunda Emlak ve İmar Kanunlarının Uygulanması**, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1947.
- Fikentscher, Wolfgang : **Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos**, C.H. Beck, Münih, 1971.
- Flour, Jacques / Jean-Luc Aubert / Eric Savaux : **Droit Civil, Les Obligations, 1. Acte Juridique**, 11 b., Armand-Colin, Paris, 2004.
- Flume, Werner : “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, **Hundert Jahre deutsches Rechtsleben – Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I**, [kıs. FS Juristentag], Ed. Ernst von Caemmerer / Ernst Friesenhahn / Richard Lange, Verlag

- C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, s. 135-238.
- Fontaine, Marcel : “L’harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle” **Les grandes clauses des contrats internationaux, 55e séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires** , Ed. la Revue de droit des affaires internationales/le Groupe de Travail Contrats Internationaux, Bruylant, 2005, s.1-15.
- Fontaine, Marcel : “Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure”, **Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT**, [kıs. Contratti], Ed. Michel Joachim Bonell, Giuffrè, Milano, 1997, s. 183-191.
- Fontaine, Marcel / Filip de Ly : **Drafting international contracts**, Transnational publications, Ardsley New York, 2006.
- Fouchard, Philippe : “L’adaptation des contrats à la conjoncture économique”, **Revue de l’arbitrage, 1979**, s. 67-82.
- Fouillée, Alfred : **La science sociale contemporaine**, 2.b., Paris, Hachette, 1885.
- Le Gac-Pech Sophie : **La proportionnalité en droit privé des contrats**, L.G.D.J, Paris, 2000.
- Gauch, Peter : **Le contrat d’entreprise**, (çev. Benoit Carron), Schulthess, Zürich, 1999.
- Gauch, Peter : “Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge”, **Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht**, Ed. Peter Gauch v.d., Schulthess, Zürich 2001, s. 209-244.
- Gauch, Peter : “BGE 107 II 343, Grundlagenirrtum und Clausula rebus sic stantibus”, **Recht 1989**, s. 16-19, (s. 19).

- Gauch, Peter / Walter R. Schluiep /
Jörg Schmid / Heinz Rey : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil : ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 8. b. Schulthess, Zürich vd. 2003.
- Galgano, Francesco : “La Forza di Legge del Contratto”, **Scritti in onore di Rodolfo Sacco : la comparazione giuridica alle soglie del 3. millennio**, ed. Paolo Cendon, t. II, Giuffrè Ed., Milano, 1994, s. 507-527.
- Garro, Alejandro M. : “The Gap-Filling Role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and CISG”, **Tulane Law Review 1995**, s. 1149-1257.
- Gençcan, Ömer Uğur : **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu**, 1. Cilt, Genişletilmiş 2. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Ghestin, Jacques : “L’utile et le juste dans les contrats”, **Archives de philosophie du droit, 1981**, s. 35-57.
- Ghestin, Jacques : “L’utile et le juste dans les contrats”, **D. 1982**, s. 1-10.
- Ghestin, Jacques / Christophe Jamin /
Marc Billiau : **Traité de droit civil, Les effets du contrat**, 3.b., L.G.D.J, Paris, 2001.
- Gounot, Emanuel : **Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé (Contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique)**, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1912.
- Gökyayla, Emre : **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Gönensay, Samim : “Mukavelelerin Hâkim tarafından Tadil veya Feshi”, **Cemil Bilsel’e Armağan**,

- Kenan Basımevi, İstanbul, 1939, s. 161-171,
- Guhl, Theo/ Alfred Koller/
Anton K.Schnyder/Jean Nicolas Druey : **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. b., Schulthess, Zürich, 2000.
- Guinand, Jean /Martin Stettler/
Audrey Leuba : **Droit des successions : (art. 457-640 CC)**, 6. b., Schulthess, Zürich v.d., 2005.
- Gülekli, Yeşim : “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, **MHAD 1990**, s. 43-69.
- Gündüz, Aslan : **Milletlerarası Hukuk-Temel Belgeler-Örnek Kararlar**, 5.b., Beta, İstanbul, 2003.
- Gürsoy, Kemal Tahir : **Hususî Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus- Emprevizyon Nazariyesi**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950.
- Gürsoy, Serhan / Harun Bulut : **Aile Mahkemeleri Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Grynbaum, Luc : **Le contrat contingent, l’adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur**, L.G.D.J, Paris, 2004.
- Grynbaum, Luc / Marc Nicod (ed.) : **Le solidarisme contractuel**, Economica, Paris, 2004.
- Gürsoy, Serhan/ Harun Bulut : **Aile Mahkemeleri Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Haarmann, Wilhelm : **Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.
- Hammer, Gottfried : **Frustration of contract, Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage- ein Vergleich der Lösungansätze englischer und**

- deutscher Rechtsprechung**, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.
- Hatemi, Hüseyin : **Miras Hukuku**, 4. b., [kıs. **Miras**], Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Hatemi, Hüseyin : **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)**, [kıs. Hukuka ve Ahlâka Aykırılık], Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- Hatemi, Hüseyin : “Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 189-193.
- Hatemi, Hüseyin / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı : **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, [kıs. Hatemi/Serozan/Arpacı (*Bölüm yazarı*)], Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Hausheer, Heinz / Manuel Jaun : **Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB**, Stämpfli, Bern, 2003.
- Heinrichs, Helmut : “Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage- Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB”, **Festschrift für Andreas Heldrich**, Ed. Stephan Lorenz vd., Beck, München, 2005, s. 183-197.
- Hey, Felix Christopher : “Die Kodifizierung des Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, **Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris**, München, 2002, s.21-46.
- Hirsch, Christian : **Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- Honsell, Heinrich : **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 8.b., [kıs. OR/BT], Stämpfli, Bern, 2006.

- Honsell, Heinrich/ Nedim Peter Vogt/
Wolfgang Wiegand : **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529**, [kıs. Basler Kommentar/*İşleyen*], 3. b., Helbing&Lichtenhahn, Basel-Frankfurt am Main, 2003.
- Honsell, Heinrich/ Nedim Peter Vogt/
Wolfgang Wiegand : **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Art. 1-456** [kıs. Basler Kommentar/*İşleyen*], 2. b., Helbing&Lichtenhahn, Basel-Frankfurt am Main, 2002.
- Horn, Norbert : “Neuverhandlungspflicht”, **AcP 1981**, s. 255-288.
- Huber, Ulrich : “Das geplante Recht der Leistungsstörungen”, **Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz**, Ed. Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s.31-57.
- Huguenin, Claire : **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. b., Schulthess, 2006.
- İmre,Zahit : “Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medeni Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk var mıdır?)”, **Prof. Dr. Fikret Arık’a Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973,s. 153-194.
- İnal, Nihat : **Örnek Karar ve Dilekçelerle Açıklamalı Türk Medeni Yasası**, y.y., Ankara, 2006.
- Jäggi, Peter/ Peter Gauch : **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b (Art. 18 OR)**, [kıs. Art. 18 OR], 3. b., Schulthess, Zürich, 1980.

- Jaluzo, Béatrice : **La bonne foi dans les contrats- Etude comparative de droit français, allemand et japonais**, Dalloz, Paris, 2001.
- Jamin, Christophe : “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”, **Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle**, ed. Gilles Goubeaux / Yves Guyon / Christophe Jamin / Paul Lagarde / Geneviève Viney / Jean Waline, L.G.D.J, Paris, 2001, s. 441-453.
- Jamin, Christophe : “Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l’article 1134 du Code civil”, **Droit & Patrimoine 1998/03**, s. 46-57
- Janzen, Anne : “Unforeseen Circumstances and the Balance of Contract- A Comparison of the Approach to Hardship in the Unidroit Principles and the German Law of Obligations”, **Journal of Contract Law 2006**, s. 156-169.
- Jaton, Roland : **L’article 24, chiffre 4, CO, Contribution à l’étude de l’erreur dans le droit positif suisse**, Lausanne, Imprimerie Lausannoise, T, Geneux, 1939.
- Jauernig Othmar : **Bürgerliches Gesetzbuch**, [k1s. Jauernig/*Isleyen*], 12. b., Beck, München, 2007.
- Jourdain, Patrice : “Responsabilité civile”, **RTD civ. 1994**, s. 864-877.
- Jung, Peter : **Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995.

- Kälin, Oliver : “Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR und clausula rebus sic stantibus”, **Recht 2004**, s. 246-256.
- Kalkan, Burcu : **Türk Hukukunda Gabin**, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Kaneti, Selim : “Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil turc”, **Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels (Journées d’Istanbul), Travaux de l’Association Henri Capitant**, t. XXIII, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 585-604.
- Kaplan, İbrahim : **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1987.
- Kegel, Gerhard : “Empfiehl es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht)”, **Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages**, Band I, Mohr, Tübingen, 1953, s. 138-152.
- Kelsen, Hans : “La théorie juridique de la convention”, **Archives de philosophie du droit**, 1940, s. 33 vd.
- Kırca, İsmail : **Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü yayınları, Ankara, 2000.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Giriş, Hukuki İşlem, Özellikle Sözleşme**, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Birinci Cilt**) (Şu ana kadar basılmış formalardan faydalanılmıştır) [Kıs. Borçlar Hukuku], Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Miras Hukuku**, Hiç değiştirilmemiş 3. b., Filiz Kitapevi, İstanbul, 1987.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, [Kıs. Hata], Garanti Matbaası, İstanbul, 1968.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : “İşlem temelinin çökmüş sayılabilecek için sosyal felaket olarak nitelenebilecek olağanüstü bir olayın gerçekleşmesi şart mıdır?” Prof. Dr. M. **Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Ed. Rona Serozan/İlhan Uluşan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 503-514.
- Konarski, Henri : “Force majeure and hardship clauses in international contractual practice”, **IBLJ 2003** s. 405-428.
- Köbler, Ralf : **Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz**, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1991.
- Köhler, Helmut : “Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung”, **50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, B.I**, ed. Claus-Wilhelm Canaris vd., Beck, München, 2000, s. 295-327.
- Köhler, Helmut : “Grundprobleme der Lehre der Geschäftsgrundlage”, **JA 1979**, s. 498-506.
- Kramer, Ernst A. : **Der Irrtum beim Vertragsschluss-eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme**, [Kıs. Irrtum], Schulthess, Zürich, 1998.
- Kramer, Ernst/Schmidlin Bruno : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Teilband 1**, [Kıs. Berner Kommentar/*İşleyen*], Stämpfli, Bern, 1986.

- Kursat, Zekeriya : **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, Kazancı, İstanbul, 2003.
- Lando, Ole : “L’avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences”, **RDC 2006-1**, s. 167-178.
- Larenz Karl/ Manfred Wolf : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. b., Beck, München, 2004.
- Larenz, Karl : **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung** [Kis. GG], Verlag C.H. Beck, München – Berlin, 1963.
- Lécuyer Hervé : “Le contrat acte de prévision”, **L’avenir du droit-Mélanges en hommage à François Terré**, Ed. collectif, Dalloz/PUF/Jurisclasser, Paris, 1999, s. 641-659.
- Lesguillons, Henry : “Frustration, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage”, **DPCL 1979**, s. 507-533.
- Lenel, Otto : “Die Lehre der Voraussetzung”, **AcP 1888**, s. 213 vd.
- Leuba, Audrey : “L’interprétation des testaments”, **SJ 2004 II**, s. 25-45.
- Lobinger, Thomas : **Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten**, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Lorenz, Stephan / Thomas Riehm : **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**, Beck, München, 2002.
- Malaurie, Philippe / Laurent Aynès / Philippe Stoffel-Munck : **Les obligations**, 2. b., Défrenois, Paris, 2005.
- Martinek, Michael : “Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten Bestandsaufnahme, Kritik... und Ablehnung”, **AcP 1998**, s. 329-400

- Maskow Dietrich : **Working group for the preparation of principles for international commercial contracts, Chapter 5, Performance, Section 2: Hardship, (Draft and Comment)**, [K1s. Draft], Roma, Unidroit Study L-Doc. 46, 1990.
- Maskow, Dietrich: : "Hardship and Force Majeure", **Am. J. Comp. L. 1992**, s. 657-674
- Matray Didier / Françoise Vidts : "Les clauses d'adaptation de contrats", **Les grandes clauses des contrats internationaux, 55^e séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires**, Ed. la Revue de droit des affaires internationales / le Groupe de Travail Contrats Internationaux, Bruylant, 2005, s.93-165.
- Mazeaud, Denis : "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?", **L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré**, Ed. collectif, Dalloz/PUF/Jurisclasseur, Paris, 1999, s. 603-634.
- McKendrick, Ewan : **Contract Law, Text, Cases and Materials**, [K1s. Contract Law], Oxford University Press, 2. b., Oxford, 2005.
- McKendrick, Ewan : **Force majeure and frustration of contract**, 2. b., Lloyd's of London Press, London, 1995.
- McKendrick, Ewan : "Discharge by Frustration", **Chitty on Contracts - Common Law Library**, Ed. H. Beale, 29. b., Sweet and Maxwell, London 2004, N. 23-001-23-096.
- Medicus, Dieter : **Bürgerliches Recht**, 20. b., Heymann, Köln vd., 2004.
- Medicus, Dieter : **Allgemeiner Teil des BGB-Ein Lehrbuch**, , [K1s. AT], 8. b., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002.

- Medicus, Dieter : “Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage”, **Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag**, Bd.I., O. Schmidt, Köln, 1978.
- Merz, Hans : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1-10 ZGB**, [K1s. **Berner Kommentar/Merz**], Stämpfli, Bern, 1966.
- Merz, Hans : “Die Revision der Verträge durch den Richter”, **ZSR 1942**, s. 393a-508a.
- Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich**, Bd. I, Amtliche Ausgabe, 1896.
- Moury, Jacques : “Une embarrassante notion : l'économie du contrat”, **D. 2000**, Chronique s. 382-391.
- Müller-Chen, Markus : **Folgen der Vertragsverletzung**, Schulthess, Zürich, 1999.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Band 2a, §§ 241 – 432**, [K1s. **MünchKommBGB/Isleyen**], Ed. Wolfgang Krüger, Hrsg. Kurt Rebmann vd., 4.b., Beck, München, 2003.
- Nauen, Bernd : **Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis - zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission**, Duncker und Humblot, Berlin, 2001.
- Nelle, Andreas : **Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten**, Beck, München, 1993
- Nicklisch, Fritz : “Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre- ein

- einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung?", **BB 1980**, s. 949-953
- Oertmann, Paul : **Geschäftsgrundlage-Ein neuer Rechtsbegriff**, Deichert, Leipzig, 1921.
- Oftinger, Karl : "Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge", **SJZ 1940**, s. 229-236, 245-249.
- Oğuz, Arzu : "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği", **AÜHFD 2001**, sy. 3, s. 11-53.
- Oğuzman, Kemal : "Rapport général-Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil et en droit du travail", **Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels (Journées d'Istanbul), Travaux de l'Association Henri Capitant**, t. XXIII, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s.337-354.
- Oğuzman, Kemal /Nami Barlas : **Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 13. b., Arıkan, İstanbul, 2006.
- Oğuzman, Kemal / Turgut Öz : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 4.b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- Oktay, Saibe : **Gezi Sözleşmesi**, Beta, İstanbul, 1997.
- Oktay-Özdemir, Saibe : "Mal ayrılığı rejiminde eşlerin mali yükümlülükleri ve evlilik sona erdikten sonra diğer eşin malvarlığında bulunan katkıların iadesi", **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, Çizgi Basım Yayın, İstanbul, 2007, s. 980-993.

- Osti, Giuseppe : “La cosi detta clausola ‘rebus sic stantibus’ nel suo sviluppo storico”, **Scritti Giuridici I**, Giuffrè editore, Milano, 1973, s.174-194.
- Öz, Turgut : **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme- Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle**, Kazancı, İstanbul, 1990.
- Özdemir, Nevzat : **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşılabilir Boşanma**, © Beta Basım Yayım, İstanbul, 2003.
- Palandt Otto : **Bürgerliches Gesetzbuch**, [kıs. Palandt⁶³/*İşleyen*], 63. b., Beck, München, 2004.
- Palandt Otto : **Bürgerliches Gesetzbuch**, [kıs. Palandt⁶⁶/*İşleyen*], 66. b., Beck, München, 2007.
- Pfaff, Leopold : “Die Clausel: Rebus sic stantibus in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung”, **Festschrift zum 70. Geburtstag von Joseph Unger**, Cotta Verlag, Stuttgart, 1898, s. 272-286.
- Philippe, Denis -M. : **Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle**, Bruylant, Bruxelles, 1986.
- Philippe, Jacques : **Regards sur l'article 1135 du Code civil**, Dalloz, Paris, 2005.
- Picenoni Vito : **Die Auslegung von Testament und Erbvertrag**, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1955.
- Pichonnaz, Pascal : **Impossibilité et exorbitance**, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1997.
- Picker, Eduard : “Schuldrechtsreform und Privatautonomie”, **JZ 2003**, s. 1035-1048.

- Picod, Yves : **Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat**, [K1s. Le devoir de loyauté], L.G.D.J., Paris, 1989.
- Picod, Yves : "Contrats et Obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions", **J.-Cl. Code civil, Art. 1134 et 1135**, (à jour au 15.09.1999), [k1s. J-Cl Code civil], Editions du Juris-Classeur, Paris.
- Pimont, Sébastien : **L'économie du contrat**, PUAM, Aix en Provence, 2004.
- Piotet, Paul : "Le complètement judiciaire du contrat", **RDS 1961/I**, s. 367-401.
- Popescu, Corneliu Mihail : **Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé**, L.G.D.J., Paris, 1937.
- Prado, Maurício C.A : **Le hardship dans le droit du commerce international** [k1s. Le hardship], FEC vd., Paris vd., 2003.
- Prado, Maurício C.A : "La théorie du hardship dans les Principes de l'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: Une approche comparative des Principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain", **Diritto del commercio internazionale-Pratica Internazionale e diritto interno**, t. 11, Giuffrè editore, Milano, 1997, s. 323-373.
- Prütting, Hanns / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich : **BGB Kommentar**, [k1s. Prütting/*Íşleyen*], Luchterhand, Neuwied, 2006.
- Reichel, Hans : **Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände**, Franz Vahlen Verlag, Berlin, 1933.
- Reiter, Christian : **Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

- Reviriot, Roger : **Le droit privé français et la théorie de l'imprévision: Essai sur un aspect de l'interprétation de la loi**, Nice, Imprimerie G. Mathieu, 1951.
- Rieg, Alfred : **Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand**, Pichon & Durand-Auzias, Paris, 1961.
- Rimke, Joern : "Force majeure and Hardship : Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Pace University (Ed.), **Review of the Convention of the Sale of International Goods**, 2001 , s. 193-243
- Ripert, Georges : **La règle morale dans les obligations civiles**, 4. b., L.G.D.J, Paris, 1949.
- Riesenhuber, Karl / Ronny Domröse : "Der Tatbestand der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB-Dogmatik und Falllösungstechnik", **JuS 2006**, s. 208-211
- Rösler, Hannes : " Hardship in German Codified Private Law- In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", **ERPL 2007**, vol. 15, No:4, s. 483-514.
- Rösler, Hannes : "Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage I", **Jus 12/2004**, s. 1058-1062.
- Rösler, Hannes : "Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage II", **Jus 2005/1**, s. 27-32.
- Rösler, Hannes : "Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform", **ZGS 2003**, s.385-391.

- Sarial, Enis : “Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi (I)”, **Yargı Dergisi** 1980/03, s. 24-28.
- Sarial, Enis : “Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi (II)”, **Yargı Dergisi** 1980/04, s. 24-30.
- Saymen, Ferit H./Halit K. Elbir : **Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler**, C.II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958.
- Schlechtriem, Peter : **Schuldrecht**, AT, 5.b, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- Schmidlin, Bruno : **Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31**, [Kıs. Berner Kommentar/*İşleyen*], Stämpfli, Bern, 1995.
- Schmidlin, Bruno : “Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose”, **AJP** 1992, s. 1386-1392.
- Schmidt-Kessel, Martin/Christian Baldus : “Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht”, **NJW** 2002, s. 2076-2079.
- Schmiedlin, Stefan : **Frustration of contract und clausula rebus sic stantibus- eine rechtsvergleichende Analyse**, [Kıs. Frustration], Helbing & Lichtenhahn, Basel vd., 1985.
- Schönle, Herbert : “L’Imprévision de faits futurs lors de la conclusion d’un contrat”, **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift**, Ed. Hans Peter v.d., Universitätsverlag, Freiburg, 1982, s. 413-441.
- Schwarz, Andreas : “Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri”, **Adliye Dergisi** 1944, s. 186-202.

- Schwenzer, Ingeborg : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4.b., Stämpfli, Bern, 2006.
- Seliçi, Özer : **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, [Kıs. Sürekli Borç İlişkileri], Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- Seliçi, Özer : “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, [Kıs. III. Sempozyum], s. 61-69.
- Serbescio, M.S. : “Effets de la guerre sur l’exécution des contrats”, **RTDciv. 1917**, s. 349-359.
- Serozan, Rona : **Taşınır Eşya Hukuku**, 2. b., Filiz Kitabevi, 2007.
- Serozan, Rona : **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- Serozan, Rona : **İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Üçüncü Cilt**) [Kıs. İfa], gözden geçirilip genişletilmiş 4.b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- Serozan, Rona : **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, [kıs. Medeni Hukuk], Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Serozan, Rona : **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.
- Serozan, Rona : “BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle

- Sergilenmesi”, **HPD Mayıs 2006**, sy. 6, s. 38-51.
- Serozan, Rona : “Atipik Sözleşmelerde Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol-İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası”, Prof. Dr. **Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani**, C. II, Ed. Abuzer Kendigelen, Beta, İstanbul, 2002, s. 1223-1232
- Serozan, Rona : “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi”, Prof. Dr. M. **Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Ed. Rona Serozan/İlhan Uluslan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 1013-1030
- Serozan, Rona : “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku-Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler”, **İÜHFİM 2000**, sy. 1-2, s. 231-248.
- Serozan, Rona : “Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken”, **JB 1983**, s. 561-574.
- Serozan, Rona / Engin, İlkey : **Miras Hukuku**, © Seçkin, Ankara, 2004.
- Siegwart, Alfred : “Der Einfluss veränderter Verhältnisse”, **Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Freiburg, 29. und 30. September 1924**, Weizinger, Fribourg, 1924, s. 77-189.
- Sirmen, Lale : **Türk Özel Hukukunda Şart**, BTHAE, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1995.
- Spahr, Stéphane : **Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales**, Ed. universitaires, Fribourg, 1994.

- Stammler, Rudolf : “Änderung laufender Verträge”, **ZBJV** **58**, s.49-62.
- Steindorff, Ernst : “Vorvertrag zur Vertragsänderung”, **BB** **1983**, s.1127-1131.
- v. Staudinger, Julius : **Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse**, [Kıs. Staudinger/*İşleyen*], 13.b., Schweitzer, Berlin
- Stoffel-Munck, Philippe : **Regards sur la théorie de l'imprévision**, PUAM, Aix-Marseille, 1994.
- Suluk, Cahit / Ali Orhan : **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.II Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan, İstanbul, 2006.
- Sulzer, Stefan : **Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht**, Schulthess, Zürich, 2002.
- Sulzer, Stefan : “Clausula rebus sic stantibus und der gestörte Vertragszweck”, **AJP** **2003**, s. 987-994.
- Sungur, Halis H. : **Borçlar Kanunu ve Tatbikatı II, Akdin Muhtelif Nevileri**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1943.
- Şanlı Cemal : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3.b. Beta, İstanbul, 2005.
- Tallon, Denis : “La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé”, **Droit et vie des affaire, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag**, Litec, Paris, 1997, s. 403-471.
- Tandoğan, Halûk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c.II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri Vekaletsiz İş Görme**

- Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, [Kıs. c.II], 4. tıpkı basım, Evrim Basım Yayım, Ankara, 1989.
- Tandoğan, Halûk : **La Nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats- Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques**, [Kıs. Nullité], Kundig, Genève, 1952.
- Tatry, P. : **La loi du 21 janvier 1918 sur les marchés à livrer et les contrats commerciaux conclus avant la guerre**, Thèse, Paris, 1920.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi/Sermet Akman/
Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop : **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tercier, Pierre : **Le droit des obligations**, [Kıs. Obligations], 3. bası, Schulthess, Zürich.
- Tercier, Pierre : "Clausula rebus sic stantibus", **JdT 1979 I**, s. 194-207.
- Terranova, Carlo G. : **Il codice civile commentario, L'eccessiva onerosità nei contratti**, Artt. 1467-1469, Milano, Giuffrè editore, 1995.
- Terré, François / Philippe Simler / Yves Lequette : **Droit Civil, Les obligations**, 9. b., Dalloz, Paris, 2005.
- Thévenoz, Luc/ Franz Werro (Ed.) : **Commentaire Romand, Code des obligations I art. 1 - 529, loi sur le crédit à la consommation, loi sur les voyages à forfait**, [kıs. Commentaire Romand/*İşleyen*], Helbing & Lichtenhahn, Genève vd., 2003.
- Thibierge-Guelfucci, Catherine : "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", **RTDciv. 1997**, s. 357-385.

- Tison, R. : **Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français (Etude de droit interne)**, Les Editions Domat-Montchrestien, Paris, 1931.
- Titze, Heinrich : **Richtermacht und Vertragsinhalt**, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1921.
- Treitel, Guenter H. : **Unmöglichkeit, "Impracticability", und "Frustration" im anglo-amerikanischen Recht**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991.
- Treitel, Guenter H. : **The Law of Contracts**, 11. b., Sweet & Maxwell, London, 2003.
- Treitel Guenter H. : **Frustration and force majeure**, [Kıs. Frustration], 2. b., Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004.
- von Tuhr Andreas/ Arnold Escher : **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, 2. Bd., 3. b., Schulthess, Zürich, 1974.
- von Tuhr, Andreas/ Emile Thilo : **Partie générale du Code Fédéral des Obligations**, 2.b. Imprimerie Centrale, Lausanne, 1933.
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, [kıs. Cezaî Şart], İÜHF yayınları, İstanbul, 1963.
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Hukukunda Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1959.
- Tunçomağ, Kenan : "Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile ilgili Objektif Görüşler", **İÜHF 1967**, s. 884-905.
- Tunçomağ, Kenan : "Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı", **MHAD 1967**, s. 87-108.

- Ulusan, İlhan : **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- Uygur, Turgut : **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku , Giriş ve Madde 1 – 40**, [Kıs. Giriş], C. 1, 2. b., Seçkin, Ankara, 2003.
- Uygur, Turgut : **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 109-213**, [Kıs. m. 117], C. 4, 2. b., Seçkin, Ankara, 2003.
- Voirin, Pierre : **De l'imprévision dans les rapports de droit privé**, Ancienne Imprimerie Vagner, Nancy, 1922.
- Weber, Hans : **Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen**, Hummel-Honer, Zürich, 1924.
- Westermann, Hans Peter : “Die Anpassung von Gesellschaftsverträgen an veränderte Umstände”, **Festschrift für Wolfgang Hefermehl**, Beck, München, 1976, s. 225-242.
- Wiegand, Wolfgang : “Clausula rebus sic stantibus-Bemerkungen zu den Voraussetzungen ihrer Anwendung”, **Festschrift für Hans Peter Walter**, ed. Peter Forstmoser / Heinrich Honsell / Wolfgang Wiegand, Stämpfli Verlag, Bern, 2005, s. 443-456.
- Wiegand, Wolfgang/ Bernhard Berger : **Die Einführung des Euro-Auswirkungen auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse in der Schweiz**, 2. b., Stämpfli Verlag, Bern, 2002.
- Wieling, Hans : “Entwicklung und Dogmatik der Lehre von der Geschäftsgrundlage”, **JURA 1985**, s. 505-511.

- Wieser, Eberhard : “Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage”, **JZ 2004**, s.654-656.
- Windscheid, Bernhard : **Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung**, Buddeus, Düsseldorf, 1850.
- Windscheid, Bernhard : “Die Voraussetzung”, **AcP 1892**, s. 161-202
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor : **Lehrbuch des Pandektenrecht I**, 9. basi, Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906.
- Witz, Claude : “Force obligatoire et durée du contrat”, **Les concepts contractuels français à l’heure des Principes du droit européen des contrats**, Ed. Pauline Rémy Corlay / Dominique Fenouillet, Dalloz, Paris, 2003, s. 175-186.
- Yavuz Cevdet / Burak Özen : **Borçlar Hukuku Dersleri, (Özel Hükümler)**, 4. b. , Beta, İstanbul, 2006.
- Yung, Wilhelm : “L’interprétation supplétives des contrats”, **ZBJV 1961**, s.41-63.
- Zaki, Hamed : **L’imprévision en droit anglais**, Librairie A. Rousseau, Paris, 1930.
- Zelcevic-Duhamel, Ana. : “La notion d’économie du contrat en droit privé”, **JCP éd. G, 2001 I 300**.
- Zimmermann, Reinhard : **The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Press, Oxford, 1996.

ÖZGEÇMİŞ

Başak Z. Baysal Erman 1978 yılında İstanbul’da doğdu. Teşvikiye Sait Çiftçi İlkokulu’nu ve Özel Saint-Benoit Fransız Lisesi’ni bitirdikten sonra 1996 yılında girdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2000 yılında mezun oldu. Aynı yılın Eylül ayında, Jean Monnet burslusu olarak Paris II (Panthéon-Assas) Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Fikri ve Sınai Mülkiyet yüksek lisans programına kaydolarak 2001 yılında bu programdan “Rekabet Hukuku ve Eser Sahibi Tarafından Akdedilen Sözleşme” başlıklı yüksek lisans tezini vererek mezun oldu.

2002 yılının Eylül ayında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nün Özel Hukuk doktora programına kaydolan Başak Z. Baysal Erman, 2004 yılının Ocak ayında doktora yeterlilik sınavını vererek “Zaman İçerisinde Değişen Koşulların Hukuki İşleme Etkisi” başlıklı doktora tezi üzerinde çalışmaya başladı.

Doktora tez çalışmaları sırasında Tinçel Vakfı’nın bursunu ve ISDC-van Calker, Max Planck Gesellschaft bilimsel burslarını kazanarak İsviçre ve Almanya’da incelemelerde bulunan Başak Z. Baysal Erman 2002 Ekim ayından bu yana İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.