

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) BÖLÜMÜ
DOKTORA PROGRAMI

EDİMLER ARASINDAKİ DENGE İLİŞKİSİNİN BOZULMASI VE
SONRAKİ İFA GÜÇLÜĞÜ

Doktora Tezi

Seçkin TOPUZ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Ankara 2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**EDİMLER ARASINDAKİ DENGE İLİŞKİSİNİN BOZULMASI
VE SONRAKİ İFA GÜÇLÜĞÜ**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Tez Jüri Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. A. Lale Sirmen



Prof. Dr. Kudret Güven



Prof. Dr. Çiğdem Kirca



Prof. Dr. Vedat Suz



Doç. Dr. Hüseyin Artaç



Tez Sınavı Tarihi ..20.10.2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VI
BİBLİYOGRAFYA	XII
GİRİŞ	1
I. Denge Kavramı ve Edimler Arasındaki Denge İlişkisi	1
II. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Pozitif Hukukta Dikkate Alınması.....	3
1. Sözleşmenin Kurulduğu Zamandaki Dengenin Pozitif Hukukta Dikkate Alınması	3
2. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Sözleşme Kurulduktan Sonra Pozitif Hukukta Dikkate Alınması: “Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Bozulması” ve “Sonraki İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale Edilmesi”	4
3. Kavram	7
III. Konunun Sınırlandırılması, Çözümlemesi Gerekli Olan Hukuki Sorun ve Çalışma Planı	13
BİRİNCİ BÖLÜM	16
DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE YAPILACAK MÜDAHALENİN DOGMATİK TEMELİ	16
§ 1. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE MÜDAHALENİN SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİNE AYKIRILIK OLUŞTURUP OLUŞTURMADIĞI SORUNU	17
I. Sözleşmenin İçeriği	17
II. Sözleşmeye Bağlılık İlkesi	17
III. Sözleşmeye Bağlılık İlkesi ve Şartların Değişmesi	18
1. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturduğu Görüşü	19
2. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturmadığı Görüşü	21
§ 2. DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE MÜDAHALE EDİLMESİNİN DOGMATİK TEMELİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER	23
I. Tarihi Gelişim ve clausula rebus sic stantibus Öğretisi	23
II. Alman Hukukundaki Görüşler	25
1. Sübjektif Nitelikteki Görüşler	26
A. Windscheid’in Kayıt Öğretisi	26
B. Oertmann’ın İşlem Temeli Öğretisi	30
2. Objektif Nitelikteki Görüşler	36
A. İşlem Temeli Öğretisinden Hareket Eden Görüşler	36
a. Locher’in Görüşü	36
b. Larenz’in Görüşü	38
c. Lehmann’ın Görüşü	45
d. Kegel’in Görüşü	47
e. Fikentscher’in Görüşü	49

B. İşlem Temeli Öğretisini Reddeden Görüşler	52
a. Flume'nin Görüşü	52
b. Brox ve Medicus ile Nicklisch'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri.....	58
C. Chiotellis'in İşlem Temeli Öğretisinin Uygulama Şartlarına İlişkin Tespitleri...	61
D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş	66
E. Reform Kanunundaki Düzenleme	71
3. Ara Sonuç	77
III. Türk-İsviçre Hukukundaki Görüşler	83
1. Nispi İmkânsızlık Görüşü	83
2. Temel Hatası Görüşü.....	87
3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükmünün Kıyasen Uygulanması Görüşü.....	91
4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler	96
5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.....	109
6. Ara Sonuç	115

İKİNCİ BÖLÜM

DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

§ 3. ALMAN HUKUKUNDA DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN ŞARTLARI.....	121
I. İşlemin Temeli Haline Gelen Durumların Bulunması.....	122
1. Genel Olarak.....	122
2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması.....	124
3. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Negatif Olarak Ortaya Konulması	126
A. Genel olarak	126
B. İşlem Temelinin Konusu Dışında Kalan Sözleşme Rizikoları.....	128
a. Genel Olarak.....	128
b. Sözleşmeyle Taraflar Arasında Paylaştırılan Sözleşme Rizikoları.....	129
aa. Uyarlama Kayıtlarıyla Taraflar Arasında Paylaştırılan Sözleşme Rizikoları.....	129
aaa. Uyarlama Kayıtları.....	129
aab. Uyarlama Kayıtlarının Türleri.....	130
aaaa. Olumlu ve Olumsuz Uyarlama Kayıtları	130
aaab. Açık, Genel ve Üstü Örtülü Uyarlama Kayıtları	135
aac. Uyarlama Kayıtlarının Yorumlanması	137
aad. Uyarlama Kayıtları ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması.....	145
ab. Spekülatif İşlemler Nedeniyle Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları.....	147
aaa. Genel Olarak	147
aab. Spekülatif İşlemler ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması.....	150
c. Tamamlayıcı Nitelikteki Kanun Hükümlerine Göre Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları.....	151
aa. Genel Olarak.....	151
ab. Özel Nitelikteki Tamamlayıcı Hükümlere Göre Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları	151

ac.	Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Taraflara Yüklenilen Sözleşme Rizikoları.....	153
aaa.	Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu.....	153
aab.	Amaca Hizmet Etmeyen Uyarılma Kayıtlarının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması.....	154
aac.	Genel Uyarılma Kaydının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması.....	156
aad.	Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile Tamamlayıcı Nitelikteki Diğer Hükümler Arasındaki Hiyerarşi	157
aae.	Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması	160
ad.	Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerden Dolayı Fesih Hakkına Göre Taraflara Yüklenilen Sözleşme Rizikoları	165
aaa.	Genel Olarak	165
aab.	Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerle Fesih Hakkı İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması	167
ae.	İmkânsızlığa İlişkin Hükümlere Göre Taraflara Yüklenilen Sözleşme Rizikoları.....	174
aaa.	Gerçek İmkânsızlık (BGB § 275/I) İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması	175
aab.	Fiili İmkânsızlık (BGB § 275/II) İle Gerçek İmkânsızlığın ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması	178
aaaa.	Fiili İmkânsızlık.....	178
aaab.	Fiili İmkânsızlık İle Gerçek İmkânsızlığın Uygulama Alanının Ayrılması.....	184
aaac.	Fiili İmkânsızlık İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması	185
aac.	Kişisel Nedenlerden Dolayı Edimin Beklenilmezliği (BGB § 275/III) İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması	190
	4. Ara Sonuç	192
II.	Pratik Unsur: İşlemin Temeli Haline Gelen Durumların Sonradan Ağır Surette Değişmesi	199
III.	Varsayıma Dayalı Unsur.....	201
IV.	Normatif Unsur: Beklenilmezlik Kontrolü	204
	1. Genel Olarak.....	204
	2. Beklenilmezliğin Somutlaştırılması Sorunu	205
	A. Genel Olarak	205
	B. Sözleşmedeki ve Kanundaki Riziko Sınırının Aşılması	207
	C. Somut Olayda Dikkate Alınması Gereken Diğer Durumlar	208
	a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği.....	208
	b. Sözleşme Rizikosunun Gerçekleşmesinden Tarafların Sorumlu Tutulmaları	213
	c. Borçlunun Mevcudiyetini Yok Etme Tehlikesi	214
V.	Ara Sonuç.....	214
§ 4.	TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA DENGİ BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN ŞARTLARI.....	218
I.	Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü'nün Gerçekleşmiş Olması: Sözleşme Rizikosunun Gerçekleşmesi.....	219
	1. Genel Olarak.....	219
	2. Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü'nün Belli Bir Ağırlığa Ulaşmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu	220
	A. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin “Borçlunun Yıkımına Neden Olacak Ağırlıkta” Bozulmuş Olmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu.....	221

B. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin “Borcun Aynen İfası Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Olarak Nitelendirilecek Şekilde” Bozulmuş Olmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu.....	224
C. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin “Ağır Surette” Bozulmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu.....	226
3. Görüşümüz.....	230
II. Sözleşme Rizikosunun Öngörülemez Nitelikteki Olaylara Bağlı Olarak Gerçekleşmiş olması.....	233
III. Sözleşme Rizikosunun Gerçekleşmesinden Tarafların Sorumlu Tutulmaması.....	244
IV. Sözleşme Rizikosuna İlişkin Olarak Sözleşmede ve Kanunda Her Hangi Bir Düzenlemenin Olmaması Gerekir.....	250
1. Sözleşme Rizikosuna İlişkin Sözleşme Hükümleri (Uyarlama Kayıtları)	252
2. Sözleşmedeki Riziko Boşluklarının Doldurulması.....	253
A. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hukuk Kurumları Arasındaki Hiyerarşi.....	253
B. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunun Tamamlayıcı Nitelikteki Kanun Hükümleriyle Doldurulması.....	259
a. Genel Olarak.....	259
b. Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerden Dolayı Fesih Hakkı.....	261
c. BK m. 365/II (OR Art. 373/II) Hükümüne Göre Eser Sözleşmesinin İfa Güçlüğü Nedeniyle Uyarlanması veya Sona Erdirilmesi.....	270
d. Ara Sonuç.....	271
C. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunun Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması.....	272
a. Genel Olarak.....	272
b. Sözleşmedeki Riziko Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulduğu Olay Grupları.....	274
aa. Genel Uyarlama Kayıtlarının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması.....	274
ab. Üstü Örtülü Uyarlama Kayıtlarının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması.....	276
aaa. Sözleşmenin Üstü Örtülü Olarak Bozucu Şarta Bağlanması.....	276
aab. Spekülatif İşlemlerdeki Riziko Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması.....	282
D. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunu Hâkimin Doğrudan Hukuk Yaratmak Suretiyle Doldurulması.....	284
V. Ara Sonuç.....	286
§ 5. ALMAN VE TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	298
I. Genel Olarak.....	298
II. Sözleşmenin Uyarlanması.....	303
1. Genel Olarak.....	303
2. Uyarlamaya İlişkin Kararın İnşai Nitelikte Bir Karar Olması.....	308
3. Uyarlamanın Yapılması.....	314
A. Alman Hukukunda.....	314
a. Uyarlamaya İlişkin Olarak BGB § 313 Hükümünün Müzakere Yükümlülüğü İçerip İçermediği Sorunu.....	314
b. Uyarlama Talebinin Dava Dışında Kullanılması.....	316
c. Uyarlama Talebinin Dava Yoluyla Kullanılması.....	316
B. Türk-İsviçre Hukukunda.....	318

III. Sözleşmenin Dönme veya Fesih Beyanıyla Sona Erdirilmesi.....	320
1. Alman Hukukuna	320
2. Türk-İsviçre Hukukunda	322
IV. Uyarılmanın veya Dönme ya da Fesih Beyanıyla Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Kısmen İfa Edilen Sözleşmelere Etkisi	326
V. İspat Yükü	334
VI. Zamanaşımı.....	335
SONUÇ.....	336
ÖZET.....	345
ZUSAMMENFASSUNG	346

KISALTMALAR

a.F.	: alter Fassung
Abs.	: Absatz
Abt.	: Abteilung
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis (Dergi)
AG	: Aktiengesellschaft
AGBG	: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AMK	: Alman Medeni Kanunu
Art.	: Artikel
ArchBürgR	: Archiv für Bürgerliches Recht (Dergi)
aşa.	: Aşağıda
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AuR	: Arbeit und Recht (Dergi)
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BAGE	: Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauR	: Baurecht (Dergi)
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Reich vom 18. August 1886
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGH	: Bundesgerichtshof

BGHZ	: Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIGA	: Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız
BMJ	: Bundesminister(ium) Justiz
BMM	: Bundesbeschlusses über Maßnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen
BT-Drucks	: Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BverwG	: Bundesverwaltungsgericht
DB	: Der Betrieb (Dergi)
Diss.	: Dissertation
Dn.	: Dipnot
DnotZ	: Deutsche Notar-Zeitung (Dergi)
E.	: Esas sayısı
ErbbauVO	: Verordnung über das Erbbaurecht
EVO	: Eisenbahn-Verkehrsordnung
f., ff.	: folgend(e)
FG	: Festgabe
FS	: Festschrift
GG	: Geschäftsgrundlage
GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Dergi)
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu

HRR	: Höchststrichterliche Rechtsprechung (Dergi)
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
JA	: Juristische Arbeitsblätter (Dergi)
JR	: Juristische Rundschau (Dergi)
Jura	: Juristische Ausbildung (Dergi)
JuS	: Juristische Schulung (Dergi)
JW	: Juristische Wochenschrift (Dergi)
JZ	: Juristenzeitung (Dergi)
K.	: Karar sayısı
Kap.	: Kapitel
Komm.	: Kommentar
LAG	: Landesarbeitsgericht
LG	: Landgericht
LM	: Lindenmaier/ Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Nr. ohne Gesetzesstelle bezieht sich auf den gerade kommentierten Paragraphen)
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht (Dergi)
MK	: Türk Medeni Kanunu
NdsRpfl	: Niedersächsische Rechtspflege (Dergi)
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift (Dergi)
NJW-RR	: NJW- Rechtsprechungs- Report (Dergi)
Nr.	: Numara
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

NZM	: Neue Zeitschrift für Mietrecht (Dergi)
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Bundesgesetz über das schweizerisches Obligationsrecht vom 30. März 1911
RdL	: Recht der Landwirtschaft (Dergi)
RegE	: Regierungsentwurf
RG	: Reichsgericht
RGZ	: Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts
Rh.	: Rheinland-Pfalz
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s.	: Sayfa
s.	: Seite
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung (Dergi)
SPR	: Schweizerisches Privatrecht
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TD.	: Ticaret Dairesi
Teilbd.	: Teilband
TK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜFE	: Tüketici Fiyat Endeksi
UFITA	: Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Dergi)
Univ.	: Universität
UrhG	: Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)

Üniv.	: Üniversite
ÜFE	: Üretici Fiyat Endeksi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
VersR	: Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Dergi)
VkBl	: Verkehrsblatt (Dergi)
VMM	: Verordnung über Maßnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen
vs.	: Ve saire
WM	: Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Dergi)
WRP	: Wettbewerb in Recht und Praxis (Dergi)
WuM	: Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Dergi)
Y	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
yuk.	: Yukarıda
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Dergi)
ZfA	: Zeitschrift für Arbeitsrecht (Dergi)
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZGS	: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (Dergi)
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Dergi)
ZMR	: Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Dergi)
ZPO	: Zivilprozeßordnung
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik (Dergi)

ZSR

: Zeitschrift für schweizerisches Recht (Dergi)

BİBLİYOGRAFYA

- Abas, Piet** : clausula rebus sic stantibus, Eine Untersuchung zur Anwendung der clausula rebus sic stantibus in der Rechtsprechung einiger europäischer Länder, Köln/Berlin 1993.
- Adalet Bakanlığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı:** Ankara, Şubat 2008.
- Akyol, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.
- Alangoya, Yavuz H.** : Medeni Usul Hukuku Esasları, 2. Bası, İstanbul 2001.
- Angermeir, Kathrin** : Geschäftsgrundlagenstörungen im deutschen und französischen Recht, München Univ., Diss., Heidelberg 2004.
- Aral, Fahrettin** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2006.
- Arat, Ayşe** : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Selçuk Üniv., Doktora Tezi, Ankara 2006.
- Arslan, Ramazan** : Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Aşık, İbrahim** : İcra Sözleşmeleri, Ankara Üniv., Doktora Tezi, Ankara 2006.
- Bachmann, Hans** : Der Irrtum nach Artikel 23 ff. des schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1928.
- Backmann, Jan** : Juris Praxiskommentar BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, §§ 145 bis 157, 226 bis 240 BGB, (Kommentierung zu § 157 BGB), 2. Aufl., Saarbrücken 2005 (*JurispraxisKomm- Backmann*).
- Bähr, Peter** : Der praktische Fall- Bürgerliches Recht: Umweltprobleme, JuS 2002, Heft 3, s. 254 ff.

- Barth, Hans Rudolf** : Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Zürich 1958.
- Bartholomeyczik, Horst** : Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166, s. 30 ff.
- Baumann, Max** : (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd.: Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband.: Art. 1 - 7 ZGB, (Kommentierung zu Art. 2 und 3 ZGB), Zürich 1998 (*ZücherKomm-Baumann*).
- Baur, Jürgen F.** : Vertragliche Anpassungsregeln, Heidelberg 1983.
- Becker, Hermann** : (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 - 183 OR, 2. Aufl., Bern 1941 (*BernerKomm-Becker*).
- Belling, Detlev** : Die außerordentliche Anpassung von Tarifverträgen an veränderte Umstände, NZA 1996, s. 906 ff.
- Belling, Detlev/Hartmann, Christian**: Die Unzumutbarkeit als Begrenzung der Bindung an den Tarifvertrag, ZfA 1997, s. 87 ff.
- Belser, Eva Maria** : Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg 2000.
- Bender, Wolfgang** : Der Wegfall der Geschäftsgrundlage bei arbeitsrechtlichen Kollektivverträgen am Beispiel des Tarifvertrages und des Sozialplans, Köln Univ., Diss., Köln 2004.
- Beuthien, Volker** : Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.
- Bilda, Klaus** : Anpassungsklauseln in Verträgen, 2. Aufl., Berlin 1973.

- Bischoff, Jacques** : Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich Univ., Diss., Zürich 1983.
- Braun, Johann** : Wegfall der Geschäftsgrundlage- BGH, WM 1978, 322, JuS 1979, s. 692 ff.
- Brockmeyer, Gernar** : Das Rechtinstitut der Geschäftsgrundlage aus der Sicht der Ökonomischen Analyse des Rechts, Hamburg Univ., Diss., Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1993.
- Brox, Hans** : Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung - Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und der Auslegung, Karlsruhe 1960.
- Brox, Hans** : Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, s. 761 ff.
- Bucher, Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- Bühler, Theodor** : Die clausula rebus sic stantibus als Mittel der Zukunftsbewältigung, FS für Hans Giger, Bern 1989, s. 35 ff.
- Burcuoğlu, Haluk** : Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama (Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Döviz Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması), İstanbul 1945.
- Burkhardt, Martin** : Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatsrechts – Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis des Bundesgerichts, St. Gallen Univ., Diss., Bamberg 1996.
- Buz, Vedat** : Sözleşmede Kararlaştırılandan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 9-10 Aralık 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları XXI, s. 133 vd.

- Buz, Vedat** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (*Yenilik Doğuran Haklar*).
- Bydlinski, Franz** : Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien/New York 1967.
- Bydlinski, Franz** : Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991 (*Methodenlehre*).
- Çamoğlu, Ersin** : Kolektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebeplerle Çıkarılması, İstanbul 1976.
- Canaris, Claus-Wilhelm** : Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, Vortrag auf der Zivilrechtslehrertagung am 31.3.2001 in Berlin, JZ 2001, s. 499 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm** : Die Feststellung von Lücken im Gesetz - Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 1983 (*Die Feststellung von Lücken*).
- Canaris, Claus-Wilhelm** : Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, s. 5 ff. (*Karlsruher Forum*).
- Caytas, Ivo G.** : Der unerfüllbare Vertrag, Die anfänglichen und nachträglichen Leistungshindernisse und Entlastungsgründe, St. Gallen Univ., Diss., 1984.
- Chiotellis, Aristide** : Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, München 1981.
- Chiotellis, Aristide/Fikentscher, Wolfgang** : Rechtstatsächliche Aspekte der Geschäftsgrundlagenstörungen, Rechtstatsachenforschung, Methodische Probleme und

Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht, Köln
1985.

- Dauner-Lieb, Barbara/Dötsch, Wolfgang** : Prozessuale Fragen rund um § 313
BGB, NJW 2003, s. 921 ff.
- Dauner-Lieb, Barbara** : Anwaltkommentar, DeutscherAnwaltVerein
Schuldrecht, (Kommentierung zu § 275 BGB), Bonn
2002 (*AnwKomm- Schuldrecht/ Dauner-Lieb*).
- Deschenaux, Henri** : Der Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht Bd.
II, Basel/Stuttgart 1967, Nachdruck 1986.
- Dilcher, Hermann** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Erstes Buch. Allgemeiner Teil, §§ 90-240
BGB, (Kommentierung zu §§ 133, 157 BGB), 12.
Aufl., Berlin 1980 (*StaudingersKomm-Dilcher*).
- Dural, Mustafa/ Sari, Suat** : Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve
Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004.
- Edis, Seyfullah** : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri,
Ankara 1993.
- Edis, Seyfullah** : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin
Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973 (*Hata*).
- Egger, August** : Richterliche Aufhebung oder Änderung eines
Werkvertrages, Ausgewählte Schriften und
Abhandlungen, 2. Bd., Zürich 1957.
- Ehmann, Horst /Kley, Britta** : Unmöglichkeitstheorie, JuS 1998, s. 481 ff.
- Ehmann, Horst/Sutschet, Holger** : Modernisiertes Schuldrecht, Lehrbuch
der Grundsätze des neuen Rechts und seiner
Besonderheiten, München 2002.
- Ehrt, R. Felix** : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht,
Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, (Kommentierung
zu Vorbem. Art. 151-157 OR) (*BaslerKomm-Ehrt*).

- Eidenmüller, Horst** : Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, Jura 2001, s. 824 ff.
- Eidenmüller, Horst** : Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, ZIP 1995, s. 1063 ff.
- Emmerich, Volker** : Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München, 2005.
- Emmerich, Volker** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2., Recht der Schuldverhältnisse §§ 535-562d BGB, (Kommentierung zu § 536 BGB); Mietrecht 1, Berlin 2006 (*StaudingersKomm-Emmerich*).
- Emmerich, Volker** : Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.4.1978-VIII ZR 182/76 (veröffentlicht in: WM 1978, 760), JuS 1978, s. 851 ff.
- Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich** : Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl** : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
- Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts:**
<http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf> (*BT-Drucks, 14/6040*).
- Erdin, Reto** : Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR, St. Galen Univ., Diss., Bern/Stuttgart/Wien 1997.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

- Erman, Hasan** : İstisna Sözleşmelerinde Beklenmeyen Haller, İstanbul 1979.
- Ernst, Wolfgang** : Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 275 BGB), 4. Aufl., München 2003 (*MünchKomm-Ernst*).
- Erzurumluoğlu, Erzan** : Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.
- Esser, Josef** : Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz, JZ 1958, s. 115 ff.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike** : Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000.
- Fehre, Andrea** : Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung : Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Hamburg Univ., Diss., Berlin 2005.
- Fick, Fritz** : Die clausula und die Aufwertung nach schweizerischem Recht, ZSR 44 (1925), s. 153 ff.
- Fikentscher, Wolfgang** : Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, München 1971.
- Fikentscher, Wolfgang** : Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin/New York 1997 (*Schuldrecht*).
- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas**: Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006.
- Fischer, Michael** : Der Ausschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (§ 275 BGB RegE), DB 2001, s. 1923 ff.

- Flume, Werner** : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979.
- Flume, Werner** : Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1960, Bd. I, Karlsruhe 1960, s. 135 ff. (*Rechtsgeschäft*).
- Fritze, Oskar** : clausula rebus sic stantibus, ArchBürgR 17 (1900), s. 20 ff.
- Gaier, Rheinhard** : Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 314 BGB), 4. Aufl., München 2003 (*MünchKomm-Gaier*).
- Gauch, Peter** : System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg Univ., Diss., Freiburg 1968.
- Gauch, Peter** : Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s. 209 ff. (Ayrıca bkz: [//www.unifr.ch/zrhr/documents/publikationen/gauch/Auslegung,_Ergaenzung_und_Anpassung_schuldrechtlicher_Vertr%85.pdf](http://www.unifr.ch/zrhr/documents/publikationen/gauch/Auslegung,_Ergaenzung_und_Anpassung_schuldrechtlicher_Vertr%85.pdf)) (*Auslegung*).
- Gauch, Peter** : Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 (*Werkvertrag*).
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 8. Aufl., Zürich 2003.
- Goltz, Hanno** : Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, Köln/Berlin/Bonn/München 1973.

- Görk, Stefan** : Deutsche Einheit und Wegfall der Geschäftsgrundlage: Vertragsstörungen aufgrund des Zusammenbruchs der sozialistischen Planwirtschaft in der DDR und der deutsch-deutschen Vereinigung, München 1995.
- Gözübüyük, A.Pulat** : Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1957.
- Grüneberg, Christian** : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Gesamtsachverzeichnis §§ 1-610 BGB, (Kommentierung zu §§ 242, 275, 313 und 314 BGB), Herausgegeben von Bamberger, Georg/ Roth, Herbert, München 2003 (*Bamberger/Roth-Grüneberg*).
- Guhl, Theo/ Merz, Hans/ Kummer, Max**: Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980.
- Gürsoy, K.Tahir** : Hususi Hukukta clausula rebus sic stantibus, Ankara 1950.
- Gutmans, Alexander** : Die Regel der <<Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion>> im Recht der Bedingung (Art. 156), Basel/Frankfurt 1995.
- Haarmann, Wilhelm** : Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Münster Univ., Diss., Berlin 1979.
- Haas, Lothar/Medicus, Dieter /Rolland, Walter/Schäfer, Carsten /Wendtland, Holger**: Das neue Schuldrecht, München 2002 (*Haas-Medicus*).
- Häfelin, Ulrich** : Zur Lückenfüllung, im öffentlichen Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, s. 91 ff.
- Hammer, Gottfried** : Frustration of contract, Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage - ein Vergleich der

- Lösungsansätze englischer und deutscher
Rechtsprechung, München Univ., Diss., Berlin 2001.
- Härle, Philipp** : Die Äquivalenzstörung, Ein Beitrag zur Lehre von der
Geschäftsgrundlage, Frankfurt/Berlin 1995.
- Harms, Wolfgang** : Zur Anwendung von Revisionsklauseln in
langfristigen Energielieferungsverträgen, DB 1983, s.
322 ff.
- Hartkopf, Walfrid Otto** : Abgrenzung der Leistungsstörungen von der
Gewährleistung und dem Institut der
Geschäftsgrundlage, Berlin 1982.
- Hase, Karl v.** : Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem
Recht, NJW 2002, s. 2278 ff.
- Häsemeyer, Ludwig** : Geschäftsgrundlage und Vertragsgerechtigkeit,
Festgabe für Hermann Weitnauer, Berlin 1980, s. 67 ff.
- Hau, Wolfgang Jakob** : Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen
2003.
- Häublein, Martin** : Die fristlose Kündigung im Mietrecht nach Miet-und
Schuldrechtsreform, ZMR 2005, s. 1 ff.
- Hausheer, Heinz/Jaun, Manuel** : Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-
10 ZGB, Bern 2003.
- Hedemann, Justus. Wilhelm** : Richterliche Umgestaltung laufender Verträge, SJZ 17
(1921), s. 305 ff.
- Heiermann, Wolfgang** : Das Problem des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im
Bauvertrag, BauR 1971, s. 221 ff.
- Heinrichs, Helmut** : Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl.,
(Kommentierung zu §§ 157, 275, 313 und 314 BGB),
München 2004 (*Palandt-Heinrichs*).
- Henckel, Wolfram** : Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, s. 106
ff.

- Henkel, Heinrich** : Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Mezger, München/Berlin 1954, s. 249 ff.
- Henssler, Martin** : Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen 1994.
- Henssler, Martin/Westphalen, Friedrich Graf v.-Dedek, Helge** : Praxis der Schuldrechtsreform, (Kommentierung zu § 275 BGB), 2. Aufl., Recklinghausen 2003.
- Heßhaus, Andrea** : Kündigung und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Tarifverträgen, Konstanz 1997.
- Hey, Felix Christopher** : Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 21 ff.
- Hirsch, Christian** : Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage, Berlin 2005.
- Hirse, Thomas** : Das neue Schuldrecht, Kompaktcommentar, (Kommentierung zu §§ 313 und 314 BGB), Neuwied, München 2003 (*Kompaktkomm-Hirse*).
- Hohloch, Gerhard** : Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, (Kommentierung zu §§ 242, 313 und 314 BGB), 11. Aufl., Münster/Köln 2004 (*Erman-Hochloch*).
- Honsell, Heinrich** : Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, (Kommentierung zu Art. 1 und 2 ZGB), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (*BaslerKomm-Honsell*).
- Honsell, Hünrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter** : Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin 1987.

- Horn, Norbert** : Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln 1981, s. 551 ff.
- Horn, Norbert** : Neuverhandlungspflicht, AcP 181, s. 255 ff.
- Horn, Norbert** : Vertragsbindung unter veränderten Umständen- Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen in langfristigen Verträgen, NJW 1985, s. 1118 ff.
- Horn, Norbert** : Geldwertveränderungen, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Karlsruhe 1975 (*Geldwertveränderungen*).
- Huber, Peler/Faust, Florian** : Schuldrechtsmodernisierung, München 2002.
- Huber, Ulrich** : Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage, JuS 1972, s. 57 ff.
- Hübner, Ulrich** : Der gerechte Preis, Preisfreiheit und rechtliche Instrumente der Preiskontrolle in der sozialen Marktwirtschaft, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin, 1990, s. 589 ff.
- Hungerbühler, Adrian** : Die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, Bern 1972.
- Hütte, Felix/Helbron, Marlana**: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bremen 2005.
- İmre, Zahit** : Medeni Hukuka Giriş, Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1976.
- İnal, Tamer** : Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004
- Jäggi, Peter/Gauch, Peter** : (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980 (*ZürcherKomm-Jäggi/Gauch*).

- Jauernig, Othmar** : Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, (Kommentierung zu § 133 BGB), 10. Aufl., München 2003.
- Jung, Peter** : Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen, Baden-Baden 1995.
- Kamanabrou, Sudabeh** : Vertragliche Anpassungsklauseln, München 2004.
- Kaplan, İbrahim** : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uydurulması, Ankara 1987.
- Kaufmann, Erich** : Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911.
- Kegel, Gerhard** : Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? Sonderdruck aus Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten, Tübingen 1953, s. 135 ff.
- Kegel, Gerhard/Rupp, Hans/Zweigert, Konrad** : Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1941.
- Keller, Max/Schöbi, Christian** : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel und Frankfurt 1988.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007.
- Kırca, Çiğdem** : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.

- Kırca, Çiğdem** : Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHFD 2001, Cilt 50, s. 91 vd. (*Örtülü Boşluk*).
- Kırca, Çiğdem** : Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, İstanbul 2002, s. 1179. (*Önalım Hakkı*).
- Kittner, Michael** : Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen - Wirtschaftliche Zusammenhänge, 2. Aufl., München 2002.
- Klausch, Sebastian** : Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung, Frankfurt 2004.
- Klinke, Ulrich** : Causa und genetisches Synallagma - Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, Berlin 1983.
- Knopp, Werner** : Soergel-Siebert, BGB Kommentar, (Kommentierung zu § 242 BGB), 10. Aufl., 1967 (*Soergel/Siebert-Knopp*).
- Köbler, Ralf** : Die „clausula rebus sic stantibus“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Tübingen 1991.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503 vd.
- Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpaci**: İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, İstanbul 2006 (*Serozan, İfa Engelleri*).
- Köhler, Helmut** : Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971.
- Köhler, Helmut** : Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, 50 Jahre Bundesgerichtshof,

- Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I. Bürgerliches Recht, München 2000, s. 295 ff. (*FG 50 Jahre BGH*).
- Köhler, Helmut** : Grundprobleme der Lehre von der Geschäftsgrundlage, JA 1979, s. 498 ff.
- Koller, Alfred** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Bd. I, Bern 2006.
- Koller, Ingo** : Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München 1979 (*Risikozurechnung*).
- Koller, Ingo/Roth, Herbert/Zimmermann, Reinhard:** Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, München 2002.
- Kollhoser, Helmut** : Rechtsprobleme der Geldentwertung, JA 1983, s. 49 ff.
- Kolly, Gilbert** : Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, Freiburg Univ., Diss., Zürich 1978.
- Kraemer, Hans-Jörg** : Die Kündigung aus wichtigem Grund nach altem und nach neuem Recht, WuM 2001, s. 163 ff.
- Kramer, Ernst A.** : Der Irrtum beim Vertragsschluss, Zürich 1998.
- Kramer, Ernst A.** : Juristische Methodenlehre, Zweite Aufl., Bern, München 2005 (*Juristische Methodenlehre*).
- Kramer, Ernst A.** : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband.: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 - 18 OR, (Kommentierung zu Art. 18 OR), Bern 1986 (*BernerKomm-Kramer*).

- Krebs, Peter** : Anwaltkommentar, DeutscherAnwaltVerein, BGB, Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610 BGB, (Kommentierung zu §§ 313 und 314 BGB), Bonn 2005 (*AnwKomm- BGB/ Krebs*).
- Kronke, Herbert** : Zu Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB, AcP 183, s. 113 ff.
- Kropholler, Jan** : Bürgerlichen Gesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl., München 2005 (*StudienKomm-Kropholler*).
- Krückmann, Paul** : Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, AcP 131, s. 1 ff.
- Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder** : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 18. Baskı, Ankara 2007.
- Lange, Heinrich** : Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, s. 21 ff.
- Larenz, Karl** : Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, s. 737 ff.
- Larenz, Karl** : Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht, 3. Aufl., München 1963 (*Geschäftsgrundlage*).
- Larenz, Karl** : Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979 (*Richtiges Recht*).
- Larenz, Karl** : Ergänzende Vertragsauslegung und Rückgriff auf die Geschäftsgrundlage, VersR 1983, Jubiläumsausgabe Karlsruher Forum, s. 156 ff. (*Ergänzende Vertragsauslegung*).
- Larenz, Karl** : Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (*Schuldrechts*).

- Larenz, Karl** : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991 (*Methodenlehre*).
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred** : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997 (*1997*).
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred** : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- Lehmann, Heinrich** : Mißbrauch der Geschäftsgrundlage, JZ 1952, s. 10 ff.
- Lembke, Gerd** : Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage, Köln 1991.
- Lenel, Otto** : Die Lehre von der Voraussetzung, AcP 74, s. 213 ff.
- Lenel, Otto** : Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, AcP 79, s. 49 ff.
- Lettl, Tobias** : Die Anpassung von Verträgen des Privatrechts, JuS 2001, s. 248 ff. 347 ff., 456 ff., 559 ff., 660 ff.
- Littbarski, Sigurd** : Neue Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der GG, JZ 1981, s. 8 ff.
- Lobinger, Thomas** : Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Tübingen 2004.
- Locher, Eugen** : Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121, s. 1 ff.
- Löhnig, Martin** : Irrtumrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung, JA 2003, Heft 6, s. 516 ff.
- Löwisch, Manfred** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2., Recht der Schuldverhältnisse §§ 255 – 304 BGB, (Kommentierung zu §§ 275 BGB), (Leistungsstörungenrecht I), Berlin 2004 (*StaudingersKomm-Löwisch*).

- Mansel, Heinz-Peter** : Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, (Kommentierung zu § 242 BGB), 11. Aufl., München 2004 (*JauernigKomm-Mansel*).
- Martinek, Michael** : Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten - Bestandsaufnahme, Kritik und Ablehnung, AcP 198, s. 329 ff.
- Mattheus, Daniela** : Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, JuS 2002, s. 209 ff.
- Mayer-Maly, Theo / Busche, Jan** : Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil §§ 1-240 BGB, Bd. 1, (Kommentierung zu § 157 BGB), 4. Aufl., München 2001 (*MünchKomm-Mayer-Maly/Busche*).
- Mayer-Maly, Theo** : Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil §§ 1-240 BGB, Bd. 1, (Kommentierung zu § 157 BGB), 3. Aufl., München 1993 (*MünchKomm-Mayer-Maly*).
- Mayer-Maly, Theo** : Der gerechte Preis, Festschrift für Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag, Wien 1973, s. 139 ff. (*Der gerechte Preis*).
- Mayer-Maly, Theo** : Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. I, Köln 1978, s. 621 ff.
- Medicus, Dieter** : Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., Heidelberg 2002.
- Medicus, Dieter** : Privatliche Fragen zur Geldentwertung, DB 1974, s. 759 ff.
- Medicus, Dieter** : Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1978, s. 629 ff. (*FS Flume I*).

- Medicus, Dieter** : „Geld muss man haben“, Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188, s. 489 ff.
- Medicus, Dieter** : Bürgerliches Recht, 20. Aufl., München 2004 (*Bürgerliches Recht*).
- Meral, Sungurtekin Özkan** : İnşai Karar ve Özellikleri, TBB, 75.Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 553 vd.
- Merz, Hans** : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1962 (*BernerKomm-Merz*).
- Merz, Hans** : Die Revision der Verträge durch den Richter, ZSR 61 (1942), s. 393a ff.
- Motsch, Richard** : Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht, JZ 2001, s. 428 ff.
- Nauen, Bernd** : Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, Trier Univ., Diss., Berlin 2001.
- Nicklisch, Fritz** : Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre - ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung? BB 1980, s. 949 ff.
- Oertmann, Paul** : Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921.
- Oetker, Hartmut** : Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994.
- Oftinger, Karl** : Ausgewählte Schriften, Zürich 1978.
- Oftinger, Karl** : Die kriesenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge (Von der sog. *clausula rebus sic stantibus*), SJZ 36 (1939/40), s. 229 ff. und 245 ff.

- Oftinger, Karl** : Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58 (1939), s. 178 ff.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami** : Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2006.
- Önen, Ergun** : İnşai Dava, Ankara 1981.
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm** : (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Das Obligationenrecht, 1. Halbband.: Art. 1 - 183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929.
- Özenli, Soysal** : Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1988.
- Pawlowski, Hans-Martin** : Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., Heidelberg 2003.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet** : Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Ankara 2006.
- Permann, Richard/Schaner, Marc** : Kommentar zum Mietrecht mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, Zürich 1999.
- Pfaff, Leopold** : Die Clausel: Rebus sic stantibus, Festschrift für Joseph Unger, Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1898, Aalen 1974, s. 221 ff.
- Pfeiffer, Thomas** : Juris Praxiskommentar BGB Schuldrecht, Teil 1, Bd. 2.1, §§ 241 bis 432 BGB, (Kommentierung zu § 313 BGB), 2.Aufl., Saarbrücken 2004 (*JurispraxisKommentar Pfeiffer*).
- Raiser, Ludwig** : Vertragfunktion und Vertragsfreiheit, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen

- Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. 1, Karlsruhe 1960, s. 104 ff.
- Rampini, Corrado** : Die nachträgliche Leistungerschwerung, St. Gallen Univ., Diss., 2002.
- Rauh, Theo** : Leistungerschwerungen im Schuldvertrag, eine rechtsvergleichende Untersuchung des englischen, US-amerikanischen, französischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis, Frankfurt 1992.
- Reichel, Hans** : Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933.
- Reichert-Facilides, Fritz** : Geldentwertung und Recht, JZ 1974, s. 483 ff.
- Reichold, Hermann** : Juris Praxiskommentar BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1 §§ 130 bis 133 BGB, §§ 135 bis 137 BGB, (Kommentierung zu § 133 BGB), 2. Aufl., Saarbrücken 2005 (*JurispraxisKomm- Reichold*).
- Reisoğlu, Safa** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 19. Baskı, İstanbul 2006.
- Reiter, Christian** : Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht : eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Wandel des Vertragsbegriffs und seinen Auswirkungen auf die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in der neueren Rechtsgeschichte und im modernen Recht, Passau Univ., Diss., Tübingen 2002.
- Rieder, Rudolf** : Das Eingriffsrecht des Richters in bestehende Verträge auf Grund veränderter Umstände, Basel 1951.
- Riesenhuber, Karl/ Domröse, Ronny** : Der Tatbestand der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB – Dogmatik und Fällungstechnik, JuS 3/ 2006, s. 208 ff.

- Roggwiller, Hans** : Der wichtige Grund und seine Anwendung im ZGB und OR, Zürich 1956.
- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter** : Zivilprozessrecht, 16.Aufl., München 2004.
- Rösler, Hannes** : Die nachträgliche Zuweisung von Vertragsrisiken durch die Lehre von der Geschäftsgrundlage, JA 2001 s. 215 ff.
- Rösler, Hannes** : Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage, JuS 12/2004, s. 1058 ff.; JuS 2/2005, s. 120 ff.
- Rösler, Hannes** : Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform, ZGS 2003, s. 383 ff.
- Roth, Herbert** : Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 313 BGB), 4. Aufl., München 2003 (*MünchKomm-Roth*).
- Roth, Herbert** : Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 Schuldrecht- Allgemeiner Teil, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 3. Aufl. München 1994 (*MünchKomm-Roth, (1994)*).
- Roth, Herbert** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-163 BGB, (Kommentierung zu § 139-144, 157 BGB), Berlin 2003 (*StaudingersKomm- Roth*).
- Rumpf, Stefanie** : Das Synallagma im Dauerschuldverhältnis, über die Relevanz von Einzelleistung und Gesamtleistung im Dauerschuldverhältnis, Konstanz Univ., Diss., Konstanz 2003.
- Rüthers, Bernd** : Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., Heidelberg 1997.

- Schapp, Jan** : Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 1986.
- Schellhammer, Kurt** : Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Heidelberg 2005.
- Schlageter, Max** : Die Vertragsänderung durch den Richter auf Grund veränderter Umstände, Basel 1945.
- Schmidt, Jürgen** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu § 241 BGB ff., §§ 241-243 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 13. Aufl., Berlin 1995
(*StaudingersKomm- Schmidt*).
- Schmidt-Kessel, Martin/Baldus, Christian:** Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht, NJW 2002, s. 2076 ff.
- Schmidt-Rimpler, Walter** : Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München 1955, s. 1 ff.
- Schmiedlin, Stefan** : Frustration of Contract und clausula rebus sic stantibus, Eine rechtsvergleichende Analyse, Basel Univ., Diss., Basel/Frankfurt 1985.
- Schmitz, Franz** : Veränderte Umstände und clausula rebus sic stantibus im schweizerischen Privatversicherungsrecht, Bern Univ., Diss., Bern 1945.
- Schulze, Reiner** : NomosKommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005
(*HandKommentar-Schulze*).
- Schwarze, Roland** : Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, Jura 2002, s. 73 ff.

- Schweingruber, Edwin** : Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Bern 1930.
- Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder:** Schweizerisches Mietrecht, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1998 (*SVIT-Kommentar Mietrecht*).
- Schwenzer, Ingeborg** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.
- Seliçi, Özer** : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
- Serozan, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- Serozan, Rona** : Karşılıklı sözleşmelerde baştan dayatılmış veya sonradan oluşmuş edimler arası dengesizliğin uyarlama yoluyla düzeltilmesi -kronolojik açıdan ayrımlı olguları ortak bir rejime bağlama denemesi, Prof.Dr.Kemal Oğuzman'ın anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1013 vd. (*Oğuzman'a Armağan*).
- Serozan, Rona** : Medeni Hukuk, Genel Hükümler, İstanbul 2004 (*Genel Hükümler*).
- Siegwart, Alfred** : Der Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis schweizerischer Gerichte seit dem Kriege, Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins, Freiburg 1924, s. 77 ff.
- Sirmen, Lâle** : Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- Sperling, Eberhard** : Maßstäbe für Abbauzinserhöhungen, NJW 1979, s. 1433 ff.

- Stadler, Astrid** : Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, (Kommentierung zu §§ 275, 313 und 314 BGB), 11. Aufl., München 2004 (*JauernigKomm-Stadler*).
- Stahl, Rainer** : Wegfall der Geschäftsgrundlage im Architekten- und Bauvertrag bei vereinbartem Pauschalhonorar und Festpreis, BauR 1973, s. 279 ff.
- Steindorff, Ernst** : Vorvertrag zur Vertragsänderung, Ein Beitrag zu Leistungsvorbehalten und Anpassungsklauseln, BB 1983, s. 1127 ff.
- Steinman, Gunter** : Theorie der Spekulation, Tübingen 1970.
- Stoll, Hans** : Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, s. 589 ff.
- Stötter, Victor** : Die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, JZ 1967, s. 147 ff.
- Stötter, Victor** : Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangelhaften Geschäftsgrundlage, AcP 166, s. 149 ff.
- Stötter, Viktor** : Anmerkung zu LG Mannheim, NJW 1971, s. 659 ff., NJW 1971, s. 1993 ff.
- Sulzer, Stefan Robert** : Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002.
- Sungurbey, İsmet** : clausula rebus sic stantibus ilkesi, Medeni Hukuk Sorunları, Beşinci Cilt, İstanbul 1984, s. 101 vd.
- Sungurbey, İsmet** : Dürüstlük İlkesinin İkincilliği (taliliği) – MK 2’deki dürüstlük ilkesinin sonucu olan clausula rebus sic stantibus’tan ya da objektif işlem temelinin çökmesinden ve BK 264’deki önemli nedenden dolayı sözleşmeye son vermenin gerekleri, Medeni Hukuk Sorunları, İkinci Cilt, İstanbul 1974, s. 123 vd. (*Dürüstlük İlkesinin İkincilliği*).

- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 5. Bası, İstanbul 1985; Cilt I/2, Ankara 1985; Cilt II, 3. Bası, Ankara 1987.
- Teichmann, Arndt** : Soergel, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht I, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln 1990 (*Soergel-Teichmann*).
- Teichmann, Arndt** : Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, s. 1485 ff.
- Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla** : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.
- Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo** : Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Nachdruck 2006.
- Ulmer, Peter** : Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung - Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage -, AcP 174, s. 167 ff.
- Üstündağ, Saim** : İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.
- von Büren, Bruno** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- von der Crone, Hans Caspar** : Rahmenverträge, Zürich 1993.
- von Maydell, Bernd** : Geldschuld und Geldwert, München 1974.
- von Tuhr, Andreas** : (mit **Peter, Hans**) Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl.,

- Zürich 1979; Bd. II, 1. Aufl., Tübingen 1925; (mit **Escher, Arnold**) Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- Wagner, Gerhard** : Ansprüche auf Unmögliches?, Die Rechtsfolgen anfänglichen Unvermögens, JZ 1998, s. 482 ff.
- Wahl, Friedrich** : Schuldnerverzug, Bürgerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und Schuldrechtsreform, Tübingen 1996.
- Walder-Richli, Hans Ulrich** : Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996.
- Weber, Hans** : Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen, Zürich Univ., Diss., Zürich 1924.
- Weber, Rolf H.** : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109 OR, Bern 2000 (*BernerKomm-Weber*).
- Weber, Wilhelm** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu § 241 ff. BGB, §§ 241-243 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 11. Aufl., Berlin 1961 (*StaudingersKomm- Weber*).
- Wendtland, Holger** : Bamberger-Roth BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, (Kommentierung zu § 157 BGB), 1. Aufl., München 2003 (*Bamberger/Roth –Wendtland*).
- Westerman, Harm Peter** : Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, (Kommentierung zu § 275 BGB), 11. Aufl., Münster/Köln 2004 (*Erman-Westerman*).
- Wetzel, Thomas** : Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz - Der große Wurf zum 1.1. 2002?, ZRP 2001, s. 117 ff.
- Widmer, Urs** : Der richterliche Eingriff in den Vertrag, Zürich 1971.

- Wieacker, Franz** : Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Wieacker, Franz** : Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und *clausula rebus sic stantibus*, Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965, s. 229 ff. (*FS für Willburg*).
- Wiedemann, Herbert** : Soergel, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht I, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 275 BGB), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln 1990 (*Soergel-Wiedemann*).
- Wiegand, Wolfgang** : Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, (Kommentierung zu Art. 18 OR und 119 OR), 2. Aufl., Basel/ Frankfurt 1996 (*BaslerKomm-Wiegand*).
- Wiegand, Wolfgang** : Die privatliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001 und 2002, ZBJV 139, s. 802 ff.
- Wieland, Carl** : Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Erfüllung von Lieferungsverträgen, Kriegsklauseln, ZSR 36 (1917), s. 456 ff.
- Wieling, Hans** : Entwicklung und Dogmatik der Lehre von der Geschäftsgrundlage, Jura 1985, s. 505 ff.
- Wieling, Hans** : Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Revolutionen? JuS 1986, s. 272 ff.
- Wieser, Eberhard** : Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, JZ 2004, s. 654 ff.
- Willingmann Armin/ Hirse, Thomas** : Das neue Schuldrecht, Kompaktkommentar, (Kommentierung zu § 275 BGB), München 2003 (*KompaktKomm-Willingmann/Hirse*).

- Willoweit, Dietmar** : Störungen sekundärer Vertragszwecke, JuS 1988, s. 833 ff.
- Windscheid, Bernhard** : Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850.
- Windscheid, Bernhard** : Die Voraussetzung, AcP 78, s. 161 ff.
- Windscheid, Bernhard/ Kipp, Theodor** : Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I 9. Aufl., Frankfurt 1906.
- Xander, Markus** : Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gattungsschuld, Aachen 2006.
- Yılmaz, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Ankara 2005.
- Yılmaz, Ejder** : Medeni Yargılama Hukukunda Islah, İstanbul 1982 (*Islah*).
- Yushkova, Olga** : Der Wegfall der Geschäftsgrundlage vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2001, JA 2003, Heft 1, s. 71 ff.
- Zeller, Ernst** : Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, Zürich 1981.
- Zeller, Ernst** : Auslegung von Gesetz und Vertrag, Zürich 1989 (*Auslegung*).
- Zimmer, Daniel** : Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, s. 1 ff.
- Zimmermann, Reinhard** : Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung ansößigübermäßiger Verträge, Berlin 1979.

GİRİŞ

I. DENGİ KAVRAMI VE EDİMLER ARASINDAKİ DENGİ İLİŞKİSİ

Günlük yaşamda yapılan satım, kira, hizmet ve eser sözleşmesi gibi birçok sözleşme, tam iki tarafa da borç yükleyen sözleşmedir. Bu tür sözleşmelerin konusu, genellikle bir tarafın verme veya yapma şeklindeki maddi edimine karşılık diğer tarafın özel olarak paranın ödenmesine ilişkin maddi ediminden oluşur. Verme veya yapmaya ilişkin maddi edimler özel bir ihtiyacı karşılarken; paranın ödenmesine ilişkin maddi edimler, farklı ihtiyaçların tatmin edilmesine hizmet eder.¹

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, maddi edim ile para ediminin dengede bulunduğu düşüncesinden hareketle yapılır. Burada denge kavramı, edimlerin bütün yönleri ile eşitliği anlamında değil “aynı değerde kabul edilmesi” anlamındadır.²

“Edimlerin aynı değerde kabul edilmesi”, nispi bir anlam ifade etmektedir. Bu nedenle farklı değerlendirmelere konu olabilir. Öyle ki, ilk olarak, edimlerin birbirine objektif olarak aynı değerde olması anlamına gelir. Edimlerin birbirine bu anlamda denk olması düşüncesi, objektif denge ile ilgilidir. Objektif denge, her bir tarafın kendi edimi için uygun miktarda karşı edimi elde etmesi anlamında olup, “adil fiyat” (gerechte Preis = iustum pretium)³ kavramı ile bağlantılıdır.⁴

Adil fiyatın ne olduğu, politik, felsefi veya ahlaki kriterlere göre değil, hukuk düzenine ve buna bağlı olarak ekonomik ölçülere göre belirlenir.⁵ Adil fiyatın belirlenebilmesi için, elverişli bir değer ölçüsüne ihtiyaç vardır. Bu anlamda günümüzde piyasa ekonomisinin hâkim olduğu demokratik hukuk sistemlerinde

¹ Çalışmamızın bundan sonraki kısmında verme veya yapmaya ilişkin maddi edimler “maddi edim” olarak, özel olarak paranın ödenmesine ilişkin maddi edimler ise, “para edimi” olarak anılmaktadır.

² Härle, s. 7.

³ Bkz., Yılmaz, s. 610.

⁴ Wieacker, (FS für Willburg), s. 249; Bartholomeyczik, AcP 166, s. 39 vd.; Klinke, s. 120 vd.; Härle, s. 7; Raiser, s. 104 vd., s. 129-131; Merz, s. 451a; Bischoff, s. 147.

⁵ Schapp, s. 93; Härle, s. 12.

“piyasa fiyatı”, “adil fiyat”ın ortaya çıkarılması için elverişli bir araç olarak kabul edilebilir. Çünkü bu hukuk sistemlerinde piyasa fiyatı, arz ve talebin dengelenmesiyle ihtiyaçların en uygun fiyatla en fazla tatminine hizmet eder.⁶ Dolayısıyla, piyasa fiyatı üzerinden kararlaştırılan edimler, esas itibariyle objektif bakımdan dengededir.⁷ Ancak, piyasa fiyatının adil fiyat olarak objektif bir denge aracı olması, söz konusu piyasanın “işleyen bir serbest piyasa” olmasına bağlıdır. Çünkü serbest piyasa ekonomisinde, fiyatın oluşumunda sadece “sözleşmenin konusu” belirleyicidir. Bunun dışında, hükümetlerin ve yasama organlarının değişik şekillerde piyasaya müdahale etmeleri, piyasadaki güçlü oyuncuların piyasayı kontrol etmeleri, şahsi ilişkiler gibi piyasanın işleyişini bozan faktörler, fiyatın oluşumunda etkili değildir.⁸ Bu anlamda olmak üzere, örneğin borsa kurunun yardımıyla belirlenen fiyat, adil fiyat olarak kabul edilebilir.⁹ Ancak uygulamada piyasanın işleyişini bozan faktörlerle daha sık karşılaşılmakta ve özellikle kısa ve uzun süreli kriz zamanlarında piyasa ekonomisi tam anlamıyla işleyememektedir.¹⁰ Buna bağlı olarak, piyasa fiyatı, her zaman için adil fiyat değildir. Dolayısıyla, bir fiyatın ne zaman adil fiyat olduğu ve böylelikle edimlerin objektif olarak hangi durumda dengede olduğu, tam olarak açıklanamamaktadır.¹¹

Edimlerin aynı değerde kabul edilmesi, sadece objektif denge ile ilgili değildir. Bunun yanında bir de edimler arasında subjektif denge vardır. Subjektif denge, edimlerin tarafların kendi düşüncelerine ve değer yargılarına göre aynı değerde kabul edilmesidir.¹² Kuşkusuz ki taraflar, edim ve karşı edimi, çoğunlukla piyasa değerlerinden hareketle belirlerler. Bu nedenle, edimler arasındaki subjektif denge

⁶ Mayer-Maly, (Der gerechte Preis), s. 140; Hübner, s. 589, 592; Härle, s. 15.

⁷ Larenz, (Richtiges Recht), s. 72 vd.; Bydlinski, s. 151 vd.; Härle, s. 14, 15.

⁸ Hübner, s. 599; Bydlinski, s. 152; Härle, s. 39.

⁹ Bydlinski, s. 152.

¹⁰ Klinke, s. 121; Härle, s. 14, 15.

¹¹ Raiser, s. 129 vd.; Klinke, s. 122; Bartholomeyczik, AcP 166, s. 64; Zimmermann, s. 138; Bydlinski, s. 152; Hübner, s. 599 vd.; Härle, s. 17.

¹² Larenz, (Geschäftsgrundlage), s. 79; Härle, s. 18; Bydlinski, s. 153; Klinke, s. 126; Koller, (Risikozurechnung), s. 40 vd. Esser/ Schmidt, s. § 24 I 2 a.

dahi, esas itibariyle objektif bir denge üzerine oturur.¹³ Ancak, taraflar, bireysel yararlarından ötürü, objektif dengeden de tümüyle vazgeçebilirler. Örneğin, kişisel tatmin duygusu nedeniyle, hayranlık duyulan bir ressamın tablosunu elde etmek amacıyla, piyasa fiyatından daha fazla bir bedel üzerinden sözleşme yapılabilir. Böyle bir durumda, subjektif denge, objektif dengenin üzerinde oluşur.¹⁴

Edimler arasında ister objektif isterse subjektif dengeden hareket edilsin, bu dengelerin tespit edilebilmesi için, öncelikli olarak bir değer ölçüsünden yararlanmak gerekir. Bu ise, söz konusu edimlerin değişim değeridir. Değişim değeriyle, hem para edimi hem de maddi edim arasındaki denge ilişkisi karşılaştırılır. Para ediminin değişim değeri, onun satın alma gücüdür. Paranın satın alma gücü, sözleşmenin konusu olan mal grubunun birim fiyatına dayanarak belirlenir. Böylelikle sözleşme konusu mal (veya hizmet) için ne kadar ödenmesi gerektiği tespit edilir.¹⁵ Maddi edimin değişim değeri ise, onun piyasa değeridir. Ancak, günümüz ekonomik sistemine göre, piyasa değeri, yine belirli bir miktar parayla belirlenir. Bu nedenle, maddi edim ile para edimi arasındaki dengenin belirlenmesinde karşılaştırma ölçütü, paradır. Paranın ölçüt alınarak maddi edim ile para ediminin değerlerinin karşılaştırılması ise, edim ve karşı edim arasındaki denge ilişkisini verir. Yani edimler arasındaki denge ilişkisi, karşılaştırma aracı olan paranın ölçü alınarak, edimler arasındaki değer ilişkisini ifade eder.¹⁶

II. EDİMLER ARASINDAKİ DENGE İLİŞKİSİNİN POZİTİF HUKUKTA DİKKATE ALINMASI

1. Sözleşmenin Kurulduğu Zamandaki Dengenin Pozitif Hukukta Dikkate Alınması

Gerek Alman hukukunda gerekse Türk-İsviçre hukukunda, edimlerin sözleşme kurulduğu sırada dengede olması gerektiğine ilişkin “içerik düzenlemesini öngören”

¹³ Bartholomeyczik, AcP 166, s. 30; Klinke, s. 126.

¹⁴ Koller, (Risikozurechnung), s. 42; Klinke, s. 126; Härle, s. 19, 22.

¹⁵ Härle, s. 7 vd.

¹⁶ Härle, s. 8, 194.

genel nitelikte bir kanun hükmü bulunmamaktadır.¹⁷ Aksine, her iki hukuk sisteminde de sözleşme özgürlüğü ilkesi hâkimdir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi ise, sözleşmenin içeriğini serbestçe düzenleme ve buna bağlı olarak edimler arasındaki denge ilişkisini de belirleme özgürlüğünü içerir. Bu kapsamda taraflar, aynı zamanda maddi ediminin bedelini (yani onun fiyatını) de belirleme özgürlüğüne de sahiptirler.¹⁸ Bu nedenle, Alman ve Türk-İsviçre hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede sözleşme kurulduğu anda edimler arasında objektif bakımdan veya subjektif bakımdan dengede olup olmadığı ve bu arada kararlaştırılan fiyat seviyesinin adil fiyat olup olmadığı, kural olarak sözleşmenin geçerliliği üzerinde etki eden bir unsur değildir.¹⁹

2. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Sözleşme Kurulduktan Sonra Pozitif Hukukta Dikkate Alınması: “Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Bozulması” ve “Sonraki İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale Edilmesi”

Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar, politik, toplumsal, ekonomik, teknolojik veya çevre faktörlerine bağlı olarak sonradan değişebilir. Şartların değişmesi, özel olarak maddi edimin değişim değerinin veya para ediminin değişim değerinin ya da

¹⁷ **Härle**, s. 22 vd.; **Hungerbühler**, s. 29, s. 93 vd.; **Eren**, s. 377. Gerçi, hukuken önemli kabul edilen gabin halinde, bundan olumsuz etkilenen tarafın sözleşmeyi iptal ettirme hakkı vardır (BGB § 138/ BK m. 21/ OR Art. 21). Ancak söz konusu düzenleme, hiçbir şekilde edimler arasında objektif ve genel geçer bir denklik ilişkisini şart koşan bir içerik düzenlemesi öngörmemektedir. Kaldı ki, bu düzenlemenin fonksiyonu da bir tarafın ediminin diğer tarafın ediminden daha fazla veya daha az olduğunu kontrol etmek değildir; bunun yerine, iradenin oluşumu aşamasındaki sakatlanmasının önüne geçmek suretiyle somut olayda sözleşme özgürlüğünün tesis edilmesidir. Ayrıca, bu düzenleme kapsamında sözleşmeye müdahale etmek için edimler arasında matematik olarak ifade edilebilecek bir dengesizlik de yeterli değildir. Sömürme kastına ilişkin subjektif bir unsura da ihtiyaç vardır. Bkz., **Hungerbühler**, s. 94; **Hübner**, s. 599; **Härle**, s. 34 vd.; **Merz**, s. 449a, 451a; **Schmitz**, s. 36; **Roggwiller**, s. 82 vd.; **Bischoff**, s. 147; **Eren**, s. 378. Ayrıca bkz., aşa., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükmünün Kıyasen Uygulanması Görüşü. Öte yandan kanunlarda içerik kontrolünü öngören bazı düzenlemeler de vardır. Örneğin Alman hukukunda İşlemin Genel Şartları Kanunu'nun § 9 hükmü, bir içerik kontrolünü öngörmektedir. Ancak, bu hüküm, bir fiyat kontrolüne izin vermemektedir (bkz., **Hübner**, s. 602 vd.). Bununla birlikte, fiyat kontrolüne ilişkin içerik düzenlemesini öngören bazı münferit düzenlemeler de vardır. Örneğin, Almanya'da halka açık demiryolu taşımacılığında Demiryolu Kanunu'nun (EVO) § 6/I hükmüne göre tarife zorunluluğu vardır. Bu hükme göre, tarifeler, Federal Demiryolu Kuruluşu tarafından belirlenir. Yine, Alman ve Türk-İsviçre hukukunda değişik iş kollarında hükümet ve/ veya meslek odaları eliyle asgari ücret tarifelerinin belirleniyor olması, fiyat oluşumuna müdahaleye ilişkin münferit örneklerdir.

¹⁸ **Mayer-Maly**, (Der gerechte Preis), s. 145; **Hübner**, s. 591, 610; **Eren**, s. 377.

¹⁹ **Klinke**, s. 125; **Stötter**, AcP 166, s. 152; **Bartholomeyczik**, AcP 166, s. 49; **Weber**, s. 37; **Schlageter**, s. 6; **Rieder**, s. 2; **Hungerbühler**, s. 94; **Bischoff**, s. 147.

her ikisinin değişim değerinin değişmesine de neden olabilir. Böylelikle, edim ve karşı edim arasındaki denge ilişkisi, şartların değişmesi sonucunda sonradan bozulabilir.

Alman hukukunda, aşağıda ifade edileceği üzere²⁰, Alman Medeni Kanunu'nun kanunlaşma sürecinde edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması dikkate alınmamıştır.²¹ Bu bakımdan, Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılına kadar edim ve karşı edim arasındaki denge ilişkisinin sonradan bozulması konusunda, genel nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır.²² Ancak Alman hukukunda 2002 yılında yürürlüğü giren reform kanunuyla²³ birlikte, BGB § 313 hükmünde "işlem temelini bozulması" düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğünün, maddenin uygulama alanı dâhilinde olduğu ifade edilmektedir.²⁴ Ancak, söz konusu düzenleme, aşağıda da açıklanacağı üzere²⁵, sırf edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmuş olması nedeniyle sözleşmeye müdahale hakkı vermemektedir. Bunun yerine somut olayda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu ve sonraki ifa güçlüğünün gerçekleştiği durumlarda, hâkimden sözleşmeye müdahale edilmesini talep etme hakkı vermektedir. Dolayısıyla, Alman pozitif hukukunda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması, tek başına sözleşmeye etki eden bir neden olmayıp, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu ve sonraki ifa güçlüğünün gerçekleştiği bazı durumlarda, belli şartlar altında hâkimin sözleşmeye müdahale edeceği düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra, Alman borçlar hukukunun özel borç ilişkilerini düzenleyen kısmında, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesine imkân veren çok sayıda

²⁰ Bkz., aşı., § 2, I. Tarihi Gelişim ve clausula rebus sic stantibus Öğretisi.

²¹ Clausula rebus sic stantibus öğretisi, Alman hukukunda da geçerli bir ilke olarak kabul edilmemektedir (bkz., aşı., § 2, I. Tarihi Gelişim ve clausula rebus sic stantibus Öğretisi).

²² **Chiotellis**, s. 19 vd., 21.

²³ Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanunu (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz), Yürürlüğü giriş tarihi: 01.01.2002 (Schuldrechtreform 2002).

²⁴ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 174.

²⁵ Bkz., aşı., § 3. Alman Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Şartları.

düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemeler; edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına ilişkin değildir.²⁶

Türk-İsviçre borçlar hukukunun özel borç ilişkilerini düzenleyen kısmında da şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesine imkân veren özel nitelikli birçok hüküm vardır. Ancak, bu hükümler, esas itibariyle, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına ilişkin değildir.²⁷ Ayrıca, Türk-İsviçre özel hukuk sisteminde, sözleşme kurulduktan sonra şartların değişmesine bağlı olarak gerçekleşen edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine imkân veren “genel nitelikte” bir düzenleme de bulunmamaktadır.²⁸ Dolayısıyla, Türk-İsviçre hukuk sisteminde sözleşme kurulmasından sonra edim ve karşı edim arasındaki denge ilişkisinin bozulması, pozitif hukuka göre esas itibariyle sözleşmeye etki eden bir neden oluşturmamaktadır.²⁹ Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına ilişkin olarak 137. maddede, “aşırı ifa

²⁶ Bkz., aşa., § 3, I, 3, B, c, ab. Özel Nitelikteki Tamamlayıcı Hükümlere Göre Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları.

²⁷ Bkz., aşa., § 4, IV, 2, B. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunun Tamamlayıcı Nitelikteki Kanun Hükümleriyle Doldurulması, a. Genel Olarak. Bunun istisnası, eser sözleşmesine ilişkin BK m. 365/II (OR Art. 373/II) hükmüdür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., aşa., § 4, IV, 2, B, c. BK m. 365/II (OR Art. 373/II) Hükmüne Göre Eser Sözleşmesinin İfa Güçlüğü Nedeniyle Uyarlanması veya Sona Erdirilmesi.

²⁸ **Merz**, s. 401a vd.; **Oftinger**, SJZ 36, s. 246; **Schmitz**, s. 10 vd.; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 190; **Hungerbühler**, s. 33, 94; **Deschenaux**, s. 196; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 595; **Bischoff**, s. 177; **Erdin**, s. 52; **Bühler**, s. 45; BGE 48 II 242, (246); **İmre**, s. 279; **Kaplan**, s. 145. “ ... Hukukumuzda önceden görülemeyen değişikliklerin borçlunun borcunu yerine getirmesini olağanüstü güçleştirmesi karşısında sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi hakkında genel bir hüküm yoktur. Yalnızca bazı sözleşmelere ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir (Örneğin BK md. 82, 264, 282, 286, 344, 365/ 2, 517/ 1, 535/ 7) ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 14.12.1990, E. 1990/ 5697, K. 1990/ 8708, Gerçi, şartların sonradan değişmesi durumunda edimler arasındaki denge ilişkisinin terkar sağlanması için sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını ifade etmek üzere clausula rebus sic stantibus’tan bahsedilmektedir. Ancak aşağıda ifade edileceği üzere, clausula rebus sic stantibus, bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmemektedir (bkz., aşa., § 2, I. Tarihi Gelişim ve clausula rebus sic stantibus Öğretisi).

²⁹ **Merz**, s. 442a, 443a, 448a; **Schmitz**, s. 36; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 196 vd.; **Hungerbühler**, s. 28, 94; **Bischoff**, s. 146 vd., 177. Buna karşın **Schweingruber**, OR Art. 21 (BK m. 21) hükmünde hareketle İsviçre pozitif hukukunda edimler arasında denge düşüncesinin (Äquivalenzidee, Äquivalenzprinzip) geçerli olduğunu, edimler arasındaki dengenin sözleşmenin geçerlilik şartı olduğunu ve bu nedenle şartların değişmesi sonucunda edimler arasındaki denge ilişkisi bozulursa sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiğini savunmaktadır (bkz., **Schweingruber**, s. 151). Ancak, bu görüş kabul edilemez. Çünkü OR Art. 21 (BK m. 21) hükmünün fonksiyonu hiçbir şekilde edimler arasında sonradan bozulan denge ilişkisini sağlamak değildir (bkz., aşa., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükmünün Kıyasen Uygulanması Görüşü).

güçlüğü” kenar başlığı altında yeni bir düzenleme getirilmektedir. Bu düzenlemeye göre, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu bazı durumlarda, belli şartlar altında sözleşmeye müdahale edileceği öngörülmektedir.³⁰

3. Kavram

“Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması, Alman hukukunda, sözleşme kurulduktan sonra kur’un aşırı surette değişmesine veya kanun ve içtihatlardaki değişikliklere ya da politik şartlarda meydana gelen değişikliklere bağlı olarak sözleşmenin kurulduğu zamandaki “maddi edim” ve “para edimi” arasındaki denge ilişkisinin, “para edimi borçlusu” lehine veya aleyhine sonradan bozulduğu durumlar için kullanılmaktadır.³¹

Sonraki ifa güçlüğü ise, Alman hukuk doktrininde “ekonomik imkansızlık”³² veya “aşırı ifa güçlüğü”³³ olarak da anılmaktadır.³⁴ Bu ikinci olay grubu, Alman hukukunda, “maddi edim borçlusu” aleyhine borcun ifasının sonradan güçleştiği durumlar için kullanılmaktadır.³⁵ Örneğin, sürekli bir borç ilişkisi kapsamında sabit bir ücretle petrol

³⁰ Tasarıda getirilen düzenlemeye ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz., aşa., § 4. Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Şartları.

³¹ Bkz. **BT-Drucks**, 14/6040, s. 174; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 78 vd.; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 324; **Kegel**, s. 150 vd.; **Wieacker**, (FS für Willburg), s. 250 vd.; **Reichert-Facilides**, JZ 1974, s. 483 vd.; **Köhler**, JA 1979, s. 498 vd.; **Häsemeyer**, s. 67 vd., 79 vd.; **Chiotellis**, s. 125 vd.; **Kollhossner**, JA 1983, s. 49 vd.; **Härle**, s. 159 vd.; **Rauh**, s. 156 vd.; **Rösler**, JuS 12/ 2004, s. 1058 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 251 vd.; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1191 vd.; **Nauen**, s. 42 vd., 72 vd.; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 147 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 29, 47 vd. 60; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 34-44; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 32 vd.; **Emmerich**, § 28, Nr. 29 vd. s. 441 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 60 vd.; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 237 vd.

³² (Wirtschaftliche Unmöglichkeit).

³³ (Überobligationsmäßige/ außergewöhnliche Schwierigkeit der Leistung/ übermäßige Beschaffungsschwierigkeit).

³⁴ Bkz., **Enneccerus/ Lehmann**, § 46 I 2.; **Kegel**, s. 151; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 I, s. 319; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 13; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 47; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 17; **Emmerich**, § 3, Nr. 47 vd. s. 35; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 15; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 68; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 37 vd.; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 3; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 229; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 23.

³⁵ Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 176; **Kegel**, s. 199 vd.; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 78 vd., 81 vd.; **Koller**, (Risikozurechnung), s. 207 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 167 vd.; **Flume**, s. 508; **Häsemeyer**, s. 67 vd. 79 vd.; **Chiotellis**, s. 141 vd.; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 318; **Willoweit**, JuS 1988, s. 833

ürünlerinin tedarikini borçlanan borçlunun, petrol fiyatlarının kriz vb. nedenlerle artması sonucu maddi edim yükümlülüğünü yerine getirmesi için ihtiyaç duyulan parasal ve/veya emek gücünün artması durumlarında olduğu gibi.³⁶ Esasında sonraki ifa güçlüğü durumunda da edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması söz konusudur.³⁷ Ancak, Alman hukukunda tedarik borçlusunun borcunun sözleşme kurulmasından sonra güçleşmesi durumları, e k o n o m i k i m k â n s ı z l ı k ö ğ r e t i s i temelinde gelişmiştir.³⁸ Bu nedenle, sonraki ifa güçlüğü dogmatik bakımdan edimler arasındaki denge ilişkisinden ayrı bir olay grubu olarak ele alınmaktadır.³⁹

Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğüne ilişkin olay grupları, yukarıda da ifade edildiği üzere⁴⁰, Alman hukukunda “işlem temelini bozulmasını” düzenleyen BGB § 313 hükmü kapsamında sözleşmeye müdahale edildiği durumlar için kabul edilmektedir.⁴¹ Bu hükmün uygulama alanı oldukça geniştir. Öyle ki, bu düzenleme, hem ortak saik hataları gibi “işlem temelini (başlangıçtaki) eksikliklerini” hem de edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması

vd.; **Medicus**, AcP 188, s. 489 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 255; **Rauh**, s. 156 vd.; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 824 vd.; **Nauen**, s. 39 vd.; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 314 vd.; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 189 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 68 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 37 vd.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 44 vd.; **Emmerich**, § 28, Nr. 25 vd.; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 396 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 23.

³⁶ Bkz., BGH 08.02.1978, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 91 = WM 1978, s. 322 = JZ 1978, s. 235= MDR 1978, s. 658 = BB 1978, s. 1033 = JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreissteigerung/ Leistungsschwerung).

³⁷ **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 320.

³⁸ Bkz., aşa., § 2, II, 1, B. Oertmann’ın İşlem Temeli Öğretisi.

³⁹ Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, 176; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 318; **Emmerich**, § 28, Nr. 25 vd.

⁴⁰ Bkz., yuk., Giriş, II, 2. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Sözleşme Kurulduktan Sonra Pozitif Hukukta Dikkate Alınması: “Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Bozulması” ve “Sonraki İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale Edilmesi”.

⁴¹ Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, aşağıda görüleceği üzere (bkz., aşa., § 2, II, 1, B. Oertmann’ın İşlem Temeli Öğretisi), Alman hukuk doktrininde ve içtihatlarda Oertmann’dan itibaren daha ziyade “işlem temelini çökmesi” (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ifadesi kullanılırken, kanun koyucu, § 313 BGB hükmünün kenar başlığında, aynı anlama gelmek üzere “işlem temelini bozulması” (Störung der Geschäftsgrundlage) ifadesini tercih etmiştir.

ve sonraki ifa güçlüğünün de aralarında bulunduğu “işlem temelini (sonradan) bozulmasına” ilişkin olay gruplarını kapsamaktadır.⁴²

Türk-İsviçre hukukunda ise, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü, Alman hukukundaki kullanımından farklı olarak, belli bir olay grubunu ifade etmek amacıyla kullanılan yerleşik bir deyim değildir. Bunun yerine, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesini ifade etmek amacıyla genel olarak “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması” veya “clausula rebus sic stantibus” deyimleri tercih edilmektedir.⁴³ Ancak, her iki deyim de çalışma konumuz olan edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve bu kapsamda sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale yerine kullanılması, her zaman için isabetli olmadığı gibi, “clausula rebus sic stantibus” deyimini ile “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması deyimlerinin” birbirinin yerine kullanılması da her zaman doğru

⁴² Bu konulara ilişkin açıklamalarımız için bkz., aşa., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme.

⁴³ “Clausula rebus sic stantibus” deyimini, Türk-İsviçre hukukunda “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması” durumlarını ifade etmek için, deyim yerinde ise, bir işaret olarak kullanılmaktadır. Bkz., **Oftinger**, SJZ 36, s. 245; **Schmitz**, s. 13; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 181 vd.; **Hungerbühler**, s. 33; **Schmiedlin**, s. 89 vd.; **Burkhardt**, s. 197; **Gauch**, (Auslegung), s. 17; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, Nr. 1280 vd.; **Wiegand**, ZBJV 139, s. 803; **Sulzer**, s. 204 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 95; **Schwenzer**, Nr. 35.04; **Gürsoy**, s. 6; **Tandoğan**, Cilt II, s. 239; **Sungurbey**, s. 102; **Sungurbey**, (Dürüstlük İlkesinin İkincilliği), s. 126; **İmre**, s. 277, 279; **Kaplan**, s. 147; **Burcuoğlu**, s. 11; **Aral**, s. 371. İsviçre Federal Mahkemesi, kararlarında, clausula rebus sic stantibus’un, değişen şartların tüm problemlerini ifade eden ortak bir kavram olduğuna vurgu yapmaktadır. Bkz., BGE 50 II 256 (264); 56 II 189 (194); 59 II 264 (303vd.); 59 II 372 (374) (Börsengebäude-Zürich-Fall); 60 II 205 (207). Yargıtay da kararlarında clausula rebus sic stantibus kavramını, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesini ifade etmek amacıyla kullanmaktadır. Örneğin, “... emprevizyon veya Clausula rebus sic stantibus kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hâkimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir...”. Bkz.Y. HGK 17.09.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651, bkz., www.kazanci.com.tr. Clausula rebus sic stantibus’un bu anlamda kullanımı, “clausula rebus sic stantibus öğretisi” olarak bilinen öğretiyi karşılamamaktadır. Çünkü aşağıda ifade edileceği üzere, bu öğreti, Türk-İsviçre hukukunda kabul edilmemektedir (bkz., aşa., § 2, I. Tarihi Gelişim ve clausula rebus sic stantibus Öğretisi). Öte yandan edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve bu kapsamda sonraki ifa güçlüğü, Türk-İsviçre hukukunda clausula rebus sic stantibus kapsamında belli bir olay grubunu ifade etmek yerine, şartların sonradan değişmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin şartları arasında sayılmaktadır. Bkz., **Siegrwart**, s. 146, 157; **Oftinger**, SJZ 36, s. 234 vd.; **Merz**, s. 451a vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 680; **Bischoff**, s. 190 vd.; **Schmiedlin**, s. 115, 127 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 346 vd.; **Deschenaux**, s. 202 vd.; **Gürsoy**, s. 90; **Erzurumluoğlu**, s. 68 vd.; **Erman**, s. 56; **Oğuzman/Öz**, s. 451; **Serozan**, (Oğuzman’a Armağan), 1013 vd.; **Burcuoğlu**, s. 49, 62; **Kaplan**, s. 148; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 503 vd.; **Arat**, s. 111. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay da denge bozulmasını, daima sözleşmeye müdahalenin şartları arasında saymaktadır. Örneğin: BGE 59 II 372 (378) (Börsengebäude-Zürich-Fall); Y. HGK 19.02.1997, E. 1996/ 11-762, K. 1997/ 77 (Dövizle endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması). Bkz., www.kazanci.com.tr. Ayrıca bkz., aşa., § 4. Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Şartları.

değildir. Çünkü, *clausula rebus sic stantibus*'un uygulama alanı olduğu durumlarda da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması söz konusudur.⁴⁴ Ancak, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sadece *clausula rebus sic stantibus* kapsamındaki olay gruplarına ilişkin değildir. Öyle ki, geçerli bir sözleşmede şartların sonradan değişmesi karşısında sözleşmenin tarafları sonradan yaptıkları ikinci bir sözleşmeyle de sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayabilirler. Ancak sözleşmenin bu şekilde değişen şartlara uyarlanması, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması anlamında değildir. Bu bakımdan, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması deyimi, *clausula rebus sic stantibus* deyiminden de daha kapsamlıdır. Öte yandan, “*clausula rebus sic stantibus*”un uygulama alanı ise, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve bu kapsamda sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini de kapsayan üst bir deyimdir. Öyle ki, *Wiegand*'ın haklı olarak işaret ettiği üzere⁴⁵, *clausula rebus sic stantibus*'un temel uygulama alanı edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve bu kapsamda sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi olsa dahi, *clausula rebus sic stantibus*'un tüm uygulama alanı sadece bu olay grubu ile sınırlı değildir. Bunun yanında, tartışmalı olmakla birlikte, taraflar arasındaki güven ilişkisinin bozulması ve amaç bozulması olarak adlandırılan olay gruplarında sözleşmeye müdahale edilmesi de *clausula rebus sic stantibus*'un kapsamında kabul edilmektedir.⁴⁶ Bu olay gruplarında ise, edimler arasında denge ilişkisinin bozulması veya sonraki ifa güçlüğü söz konusu değildir. Bu nedenle, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında ama tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, edimler arasındaki denge ilişkisinin sözleşme kurulduktan sonra bozulduğu durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesini ifade etmek için kullanılması gerekir.

Bunun dışında Türk hukukunda, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, *clausula rebus sic stantibus*'la aynı anlama gelecek şekilde, “işlem temelinin çökmesi”

⁴⁴ Bkz., aşa.,

⁴⁵ **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 95.

⁴⁶ Bkz., **Sulzer**, s. 74 vd.

veya “beklenmeyen hal” olarak da ifade edilmektedir.⁴⁷ Aslında, işlem temelini çökmesi de, aşağıda inceleneceği üzere,⁴⁸ temelde *clausula rebus sic stantibus*’a dayandırılmaktadır. Ancak, işlem temelini çökmesi, Alman hukukunda *Oertmann* tarafından ortaya atılan “işlem temeli öğretisi” esas alınarak gelişmiştir. Bu bakımdan, kendisine özgü şartları olan, ayrı ve başlı başına bir öğretiler. Bu öğreti, yine *Wiegand*’ın işaret ettiği gibi⁴⁹, teorik bakımdan *clausula rebus sic stantibus* ile benzer durumları düzenlese de, uygulama alanları tam olarak örtüşmediği gibi, İsviçre hukuk sisteminde de hiçbir zaman kabul edilmemiştir. Aynı durum, kanaatimize göre Türk hukuku bakımından da geçerlidir.⁵⁰ Bu bakımdan, işlem temeli öğretisi kabul edilmeksizin işlem temelini çökmesi ifadesinin kullanılmasını, dogmatik bakımdan isabetli bulmamaktayız.⁵¹ Aynı şekilde, beklenmeyen hal deyiminin kullanılması da sorunludur. Çünkü umulmayaan hal deyimini ile karıştırılması ihtimali vardır.⁵² Oysa umulmayaan hale ilişkin bazı durumlarda, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüklerinin aksine ve fakat tıpkı mücbir sebep durumlarında olduğu gibi, borcun

⁴⁷ Bkz., **Gözübüyük**, s. 79; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 503-514; **Erzurumluoğlu**, s. 51 vd.; **Erman**, s. 33 vd.; **Burcuoğlu**, s. 4 vd.; **Serozan**, (Oğuzman’a Armağan), s. 1013 vd.; **İnal**, s. 293; **Aral**, s. 371. Aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 137. maddesinin gerekçesinde de söz konusu düzenlemenin “işlem temelini çökmesi”ne ilişkin olduğu ifade edilmektedir (bkz., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, s. 287). Ayrıca, Yargıtay’ın kararlarında da *clausula rebus sic stantibus* kavramı yanında bu kavramla aynı anlama gelecek şekilde “işlem temelini çökmesi” ifadesi de kullanılmaktadır. Örneğin, “ ... Önceden görülmeyen değişikliklerin borcun ifasını güçleştirilmesi halinde “işlem temelini çökmesi” gündeme gelir ... ”. Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www. kazanci. com. tr.

⁴⁸ Bkz., a.ş., § 2, I. Tarihi Gelişim ve *clausula rebus sic stantibus* Öğretisi.

⁴⁹ **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 97.

⁵⁰ Türk-İsviçre hukukunda savunulan ve mahkeme kararlarında kabul edilen görüşler için bkz., §2. III. Türk-İsviçre Hukukundaki Görüşler.

⁵¹ Alman hukukunda bazı yazarların *clausula rebus sic stantibus* ile işlem temelini çökmesini aynı anlamda kullanmaları pek tabidir. Çünkü işlem temeli öğretisi, tarihsel bakımdan *clausula rebus sic stantibus* öğretilerine dayanmaktadır. Ancak, bu yazarlar, tarihteki anlamıyla *clausula rebus sic stantibus* öğretisini karşılamak için kullanmayıp, işlem temeli öğretisini genel olarak ifade etmek amacıyla kullanmaktadır. Türk-İsviçre hukukunda ise, işlem temeli öğretisi hiçbir zaman dogmatik düzeyde tartışma konusu olmamıştır. Benzer, ama hiçbir şekilde örtüşmeyen iki ayrı kurum vardır. Nitekim *Akyol*, *clausula rebus sic stantibus* ile işlem temelini çökmesinin tarihi bakımdan ayrı bir gelişim süreci olduğu tespitini yapmak kaydıyla, her iki deyimini aynı anlamda kullanmaktadır. Bkz., **Akyol**, s. 82.

⁵² **Erzurumluoğlu**, s. 53; **Gözübüyük**, s. 82. *Erzurumluoğlu*, bu karışıklığın önüne geçmek amacıyla “beklenmeyen haller” deyimini yerine “ifayı güçleştiren beklenmedik haller” deyimini kullanmaktadır (bkz., **Erzurumluoğlu**, s. 53).

yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesi söz konusudur.⁵³ Bu nedenle, beklenmeyen hal deyiminin clausula rebus sic stantibus'a karşılık gelecek şekilde edimler arasındaki denge ilişkisinin sonradan bozulduğu durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesi için kullanılması, isabetli değildir.

Tüm bunların dışında, Türk hukukunda *Oğuzman/Öz*, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini ifade etmek üzere “ i f a g ü ç l ü ğ ü ” kavramını kullanmaktadır.⁵⁴ Bu bağlamda yine Türk Borçlar Kanununun Tasarısı'nın 137. maddesinin kenar başlığı da “a ş ı r ı i f a g ü ç l ü ğ ü ” şeklindedir.⁵⁵ Bununla birlikte, bu kavramların edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi yerine her ikisini de kapsayacak şekilde üst bir kavram olarak kullanılması da isabetli değildir. Çünkü ifa güçlüğü durumları dahi en nihayetinde edimler arasında denge ilişkisinin bozulmasına neden olmaktadır.⁵⁶ Ancak, edimler arasında ortaya çıkan denge bozulmasında, daha ziyade para edimi borçlusunun lehine veya aleyhine olarak paranın satın alma gücünün sonradan değişmesi söz konusudur. Sonraki ifa güçlüğünde ise, paranın satın alma gücünde “esas itibariyle” bir değişiklik söz konusu olmamaktadır; ancak, maddi edim borçlusunun edim yükümlülüğünün “güçleşmesi” veya “ağırlaşması” söz konusudur. Daha açık bir ifadeyle, edimler arasındaki denge bozulmasında, çoğu zaman maddi edim borçlusunun edimi aynı kalırken, karşı edim alacağı olan para ediminin değeri değişmektedir. Buna karşılık sonraki ifa güçlüğünde, çoğu zaman para ediminin değerinde esas itibariyle bir değişiklik olmazken, maddi edim borçlusunun edimini yerine getirmesi için gerekli olan masraflar (emek ve/veya sermaye), sözleşmenin

⁵³ Umulmayan hal (fevkalade hal, Zufall), ve mücbir sebep (höhere Gewalt) geniş anlamda tesadüfi olayların iki ayrı türünden ibarettir. Bu olaylar aynı zamanda hukuki sorumluluğun unsurları arasında olan illiyet bağı, kesen sebeplerdendir. Ancak, umulmayan hal, mücbir sebepten farklı olarak, her zaman tek başına illiyet bağı kesmeyebilir. Umulmayan hal, borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine sebep olan bir olaydır. Mücbir sebep ise, borçlunun borcu ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan harici bir olaydır. Umulmayan hal ve mücbir sebep hakkında bkz., *Oğuzman/ Öz*, s. 357 vd., *Eren*, s. 518 vd.

⁵⁴ Bkz., *Oğuzman/ Öz*, s. 451.

⁵⁵ Bkz., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, s. 34 ve 280.

⁵⁶ *Larenz*, (Schuldrecht), § 21 II, s. 320.

kurulduğu zamanda öngörülenden daha ziyade ağırlaşmaktadır.⁵⁷ Bu nedenle “sonraki ifa güçlüğü” deyiminin, özellikle para ediminin değerinin değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan dengesizlik durumlarını da kapsayacak şekilde geniş anlamli kullanılması yerine, sadece maddi edim borçlusunun borcunun sözleşme kurulduktan sonra öngörülenden daha ziyade ağırlaşması durumları için kullanılması daha doğru olacaktır. Aynı şekilde, özellikle sözleşme kurulduktan sonra paranın değer kazanmasına veya kaybetmesine bağlı olarak ortaya çıkan dengesizlik durumlarının, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması şeklinde ifade edilmesi daha isabetlidir.⁵⁸

Sonuç olarak tezimizde “edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü” ifadelerinin kullanılması, bu olay gruplarının, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edildiği diğer olay gruplarından ayırt edilmesini sağlamaya ve bununun için de söz konusu kavramları Türk hukukunda da yerleştirmeye yönelik bir amacın sonucudur. Bununla birlikte, telaffuzundaki kolaylık nedeniyle, çalışmamızın bundan sonraki kısmında, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması, kısaca “denge bozulması”⁵⁹; sonraki ifa güçlüğü ise, kısaca “ifa güçlüğü”⁶⁰ olarak ifade edilecektir.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI, ÇÖZÜMLENMESİ GEREKLİ OLAN HUKUKİ SORUN VE ÇALIŞMA PLANI

Çalışma konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, sadece şartların sonradan değişmesi durumuyla ilgilidir. Bu bakımdan, -her ne kadar şartların değişmesiyle ilgili olsalar da- amaç bozulması, amaca ulaşılması, amaç çökmesi, pratik imkânsızlık ve sürekli borç

⁵⁷ Nauen, s. 42.

⁵⁸ Nitekim *Schwenzer*, denge bozulmasının maddi edim borçlusu bakımından ifa güçlüğü, para edimi borçlusu bakımından ise, çoğunlukla paranın değerinin değişmesine bağlı olarak edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması şeklinde gerçekleşeceğine işaret etmektedir. Bkz., *Schwenzer*, Nr. 35.07. Aynı yönde: *ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch*, Art. 18 OR, Nr. 678. Ancak, burada da gözden kaçırılmamalıdır ki, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ile sonraki ifa güçlüğü, bazı durumlarda somut olayda iç içe de geçmiş olabilir.

⁵⁹ (Äquivalenzstörung).

⁶⁰ (Leistungser schwerung).

ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı kapsamında sözleşmeye müdahale edildiği durumlar, çalışma konumuz dışındadır. Bundan başka, şartların sonradan değişmesi ile ilgili olmaya n durumlardan birisi olan sözleşmenin kurulduğu zamandaki saik hataları, yine çalışma konumuzun kapsamı dışındadır. Söz konusu kurumların konumuzla sınırlandırılması ilgili yerlerde ana hatlarıyla ayrıca yapılacaktır.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, aşağıda görüleceği üzere⁶¹, farklı dogmatik temellerle olsa da, belirli şartlar altında sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bu tür durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesinin gerekliliğine ilişkin olarak, esas itibariyle bir tartışma yoktur. Ancak burada çalışmamız kapsamında ç ö z ü l m e s i g e r e k l i olan üç temel hukuki sorun bulunmaktadır. Bunlardan ilki, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye yapılacak müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesine bir aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır. İkinci si, sözleşmenin içeriğine yapılan müdahalenin hangi dogmatik temele dayandığıdır; üç ü n c ü s ü ise, yapılan müdahalenin şartları ve hukuki sonuçlarının ne olması gerektiğidir.

Çalışmamız kapsamında, çözümlenmesi gereken bu sorunlara ilişkin olarak, doktrinde savunulanların dışında yeni bir öğreti ortaya atılmayacaktır. Bunun yerine, problemleri alana ilişkin savunulan çözümler önerileri, bunların şartları ve hukuki sonuçları, Alman ve Türk-İsviçre hukuk sistemi temelinde, karşılaştırmalı hukuk düzeyinde araştırılacak ve kendi görüşümüz açıklanacaktır. Bu kapsamda tezimizin ilk bölümünde öncelikle sözleşmeye müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı tespit edilecektir. Daha sonra, denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçeğinin gerçekleşmesi durumlarında hangi dogmatik temelde sözleşmeye müdahale edileceği ve bunun sonuçlarının ne olacağına ilişkin olarak doktrinde ve içtihatlarda sunulan çözümler önerileri incelenecek ve bu konudaki görüşümüz açıklanacaktır. Bu anlamda ilk olarak, konunun tarihsel süreç içerisinde en fazla tartışıldığı Alman hukukundaki görüşler incelenecektir. Yine, bu bağlamda Alman

⁶¹ Bkz., aşa., Birinci Bölüm. Denge İlişkisinin Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumunda Sözleşmenin İçeriğine Yapılacak Müdahalenin Dogmatik Temeli.

İmparatorluk Mahkemesi'nin ve Alman Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı ortaya konulacaktır. En nihayetinde de 2002 tarihinde Almanya'da yürürlüğe giren borçlar hukukuna ilişkin reform kanununun getirdiği düzenlemede, kanun koyucunun tutumu açıklanacaktır. Bundan sonra ise Türk İsviçre hukukunda savunulan görüşler ve yine, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın görüşleri açıklanacaktır. Bu kapsamda, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda "aşırı ifa güçlüğü" düzenleyen 137. maddesi bakımından, tasarımı hazırlayan komisyonun benimsediği görüş de ortaya konulacaktır.

Tezimizin ikinci bölümünde ise, öncelikle Alman hukukuna ilişkin olarak tezin birinci bölümünde kabul edilen dogmatik temelde denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün gerçekleşmesi durumlarında sözleşmeye müdahalenin şartları açıklanacaktır. Daha sonra ise, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün gerçekleşmesi durumlarında kabul ettiğimiz dogmatik temelde sözleşmeye müdahale edilmesinin şartları açıklanacaktır. Bu kısımda ayrıca, Alman hukuku ile Türk-İsviçre hukuku bakımından yeri geldikçe karşılaştırmalar yapılacaktır. Bu bölümün son kısmında ise Alman ve Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE YAPILACAK MÜDAHALENİN DOGMATİK TEMELİ

Çalışmanın bu bölümünde, birbiriyle ilgili iki temel sorun üzerinde durulmaktadır. B u n l a r d a n i l k i , denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesinin sözleşmeye bağlılık ilkesine bir aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır. Bu sorunun açığa kavuşturulmasıyla, sözleşmeye yapılan müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesi temelinde hukuk düzenine aykırılık teşkil edip etmediği belirlenecektir. İ k i n c i s o r u n ise, Alman ve Türk-İsviçre borçlar hukuku sisteminde, sözleşmenin içeriğine yapılan müdahalenin dogmatik temelinin ne olması gerektiğidir. Daha açık bir ifadeyle, sözleşmeye müdahale edilmesi, hangi temel hukuk kurumu esas alınmak suretiyle yapılmalıdır? Bu sorunun cevabı ise, çalışmanın ikinci bölümünde Alman ve Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin şartlarını ve sonuçlarını belirlemeye imkân verecektir. Bu nedenle, bu bölümde öncelikle sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesinin, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı sorusu cevaplandırılacaktır. Daha sonra ise, Alman ve Türk-İsviçre hukukunda sözleşmenin içeriğine hangi dogmatik temelde müdahale edilmesi gerektiği konusunda doktrinde ileri sürülen ve mahkeme kararlarında kabul edilen görüşler açıklanacaktır.

§ 1. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE MÜDAHALENİN SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİNE AYKIRILIK OLUŞTURUP OLUŞTURMADIĞI SORUNU

I. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ

Sözleşmenin içeriği, somut bir sözleşme için “geçerli normlar”ın tümünü ifade eder. Daha açık bir ifadeyle, taraflar arasında hukuken geçerli olan her türlü hak ve yükümlülükler sözleşme içeriğidir. Bu anlamda olmak üzere, tarafların birbirlerine nasıl davranmaları gerektiği, hangi edimleri yerine getirmek zorunda oldukları, birbirlerine karşı hangi taleplerinin oldukları şeklindeki sorulara verilecek cevaplar, sözleşmenin içeriğini oluşturur.⁶²

Sözleşmenin içeriğini oluşturan geçerli normlar, öncelikle tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarına göre belirlenir. Bu tür normlar, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince yaptıkları somut olaya ilişkin düzenlemelerdir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında sözleşmenin içeriğini istedikleri şekilde düzenleyebilirler. Ancak, sözleşmenin tarafları, sözleşmedeki mevcut veya muhtemel sorunların tümünü nadir durumlarda düzenlerler. Bunun içindir ki genel ve soyut nitelikteki amir veya tamamlayıcı nitelikte kanuni düzenlemeler, somut sözleşmeye uygulandığı ölçüde yine sözleşmenin içeriğini oluşturur. Bundan başka yine somut sözleşmedeki uyumsuzluğa ilişkin olarak tamamlayıcı nitelikteki örf ve adet hukuku ve hukuk boşluğunun bulunması durumunda hâkimin hukuk yaratmak suretiyle yaptığı düzenlemeler de sözleşmenin içeriğidir.⁶³

II. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ

Sözleşmeye bağlılık ilkesi (pacta sunt servanda), sözleşme hukukuna hâkim olan bir ilkedir. Bu ilkenin gereği olarak, sözleşmenin içeriğine her türlü hal ve şartta

⁶² ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 269-287; Bischoff, s. 15; Bucher, s. 177; Sulzer, s. 47.

⁶³ ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 275 vd.; Bischoff, s. 15; Bucher, s. 177; Sulzer, s. 47; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 54.

uyulması gerekir.⁶⁴ Yine bu ilkeye göre, kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan istisnalar haricinde, sözleşme tek taraflı olarak sona erdirilemez.⁶⁵

Sözleşmeye bağlılık ilkesi, pozitif hukukta düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesinin (Anayasa m. 48/I) bir gereğidir. Çünkü sözleşme özgürlüğü ilkesi, kendisinden beklenen fonksiyonu, sadece sözleşmeye bağlılık ilkesinin işletilmesiyle yerine getirebilir.⁶⁶ Sözleşmeye bağlılık ilkesi, aynı zamanda hukuki güvenlik ve işlem güvenliğini de sağlar. Tüm bu nedenlerle, sözleşmeye bağlılık ilkesi, sadece ahlaki bir ilke değil, aynı zamanda hukuki bir emir olarak nitelendirilir.⁶⁷

III. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ VE ŞARTLARIN DEĞİŞMESİ

Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar, politik, toplumsal, ekonomik vs. faktörlere bağlı olarak değişebilir. Bu ise, edim ve karşı edim arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına neden olabilir. Böyle bir durumda, edimlerin aynen ifa edilmesi talep edilirse, sözleşmeye bağlılık ilkesi ve onun fonksiyonu olan işlem güvenliği ilkesi, işlem güvenliğini sağlamak yerine, deyim yerinde ise, haksız bir durumun güvenliğini sağlama fonksiyonu icra eder. Bu tür durumlarda, yani, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan değiştiği bazı durumlarda –aşağıda açıklanacağı üzere⁶⁸- sözleşmeye müdahale edilmesine imkânı veren çok sayıda kanuni düzenleme vardır. Bunun dışında, -kanunda her hangi bir düzenleme olmasa

⁶⁴ Bkz., **Bydlinski**, s. 136; **Esser/ Schmidt**, § 24 III; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 199; **Haarmann**, s. 43; **Nicklisch**, BB 1980, s. 950; **Lembke**, s. 104; **Flume**, s. 605; **Lange**, s. 24 vd.; **Littbarski**, JZ 1981, s. 3; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 199 vd.; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 91; **Weber**, s. 16; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 20; **Bischoff**, s. 7 vd.; **Deschenaux**, s. 196 vd.; **ZücherKomm-Baumann**, Art. 2 ZGB, Nr. 453; **Koller**, § 29, Nr. 2; **Gauch**, (Werkvertrag), Nr. 561; **Schlageter**, s. 5; **Erdin**, s. 32; **Rampini**, s. 15; **Sulzer**, s. 10 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 97 vd.; **Schwenzer**, Nr. 35.02; **İmre**, s. 277; **Edis**, s. 312; **Eren**, s. 437 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 156; **Kaplan**, s. 113; **Akyol**, s. 77; **Burcuoğlu**, s. 6; **Kılıçoğlu**, s. 180.

⁶⁵ **Flume**, s. 605; **Lange**, s. 24; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 199; **Lembke**, s. 101; **Littbarski**, JZ 1981, s. 13.

⁶⁶ **Haarmann**, s. 43 vd., 46 vd.; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, 91; **Lembke**, s. 150; **Bender**, s. 74; **Weber**, s. 16; **Bischoff**, s. 8; **Schlageter**, s. 7; **Oftinger**, SJZ 36, s. 230; **Sulzer**, s. 12.

⁶⁷ **Haarmann**, s. 48 vd.; **Bischoff**, s. 8; **Bydlinski**, s. 136; **Sulzer**, s. 14; **Erdin**, s. 33; **Burcuoğlu**, s. 6.

⁶⁸ Alman hukuku için bkz., aşa., § 3, I, 3, B, c, ab. Özel Nitelikteki Tamamlayıcı Hükümlere Göre Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları. Türk-İsviçre hukuku için bkz., aşa., § 4, IV, 2, B. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunun Tamamlayıcı Nitelikteki Kanun Hükümleriyle Doldurulması, a. Genel Olarak.

bile- denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da -farklı dogmatik temellerde olsa da- sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.⁶⁹ Ancak, sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesinin dogmatik nedenini açıklayan görüşler, sözleşmenin içeriğine yapılan bu müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesiyle bir çatışma içerisinde olmamasına da gayret etmişlerdir.⁷⁰ Çünkü sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşme hukukunun temel ilkesidir. Burada sözleşmeye bağlılık ilkesiyle olan bir çatışma, sadece sözleşmeye bağlılık ilkesi ile değil, tüm sözleşme hukukuyla bir çatışmanın yaşanmasına neden olur. Bu nedenle, sözleşmeye yapılan müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesi ile olan ilişkisinin dogmatik bakımdan açıklanması gerekir.⁷¹ Özetlemek gerekirse, buradaki h u k u k i s o r u n , böyle durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesinin gerekip gerekmediği değil; sözleşmeye yapılacak bir müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesi temelinde hukuk düzeni ile uyumlaştırılmasıdır.⁷² Bu konuda iki temel görüş vardır. Bunlardan ilki, sözleşmeye müdahalenin, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluştursa da hukuk düzenine aykırılık oluşturmadığı görüşüdür. İkincisi ise, sözleşmeye müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmadığı görüşüdür. Biz aşağıda bu iki görüşe kısaca değineceğiz.

1. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturduğu Görüşü

Doktrindeki bir görüşe göre⁷³, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi, temelde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturur. Ancak bu durum, şartların değişmesi durumunda kaynağını “sosyal devlet” anlayışından alan bir istisnadır. Çünkü sosyal devlette, taraflardan biri aleyhine güç dengesinin bozuk olduğu durumlarda, devletin sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı sayısız düzenleme

⁶⁹ Bkz., aşa., Birinci Bölüm. Denge İlişkisinin Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumunda Sözleşmenin İçeriğine Yapılacak Müdahalenin Dogmatik Temeli.

⁷⁰ **Lembke**, s. 105.

⁷¹ **Merz**, s. 404a; **Bischoff**, s. 26; **Sulzer**, s. 129.

⁷² **Sulzer**, s. 129.

⁷³ Özellikle **Haarmann**, s. 35, 46 vd. 49 vd. Aynı yönde: **Lehmann**, JZ 1952, s. 10 vd.; **Köhler**, s. 141 vd.; **Littbarski**, JZ 1981, s. 8 vd., 13; **MünchKomm-Roth**, (1994), § 242 BGB, Nr. 509, 540; **Belling**, NZA 1996, s. 907; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 16, 22; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 2; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 6.

vardır. Bu bağlamda, sözleşme kurulduğu sırada sözleşmenin zayıf tarafının “işlemin genel şartları” temelinde korunması, buna ilişkin önemli bir örnektir. Edimler arasındaki denge ilişkisinin sonradan sözleşmenin bir tarafı aleyhine bozulmasında da benzer bir durum vardır. Çünkü edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu durumlarda, borcun cebri icra organları tarafından devlet eliyle gereğinde yerine getirilmesi söz konusudur. Böyle bir durumda, aynen ifade ısrar eden taraf, diğer taraf üzerinde devlet eliyle nispi olarak güçlü konuma getirilmektedir. Oysa sosyal devlette bir tarafın güçlü pozisyonunu kullanarak diğer tarafı sömürmesi korunamaz. Bu durumda, sözleşmeye bağlılık ilkesi daha üst düzeyde önceliği olan “adalet düşüncesi” ile çatışma içine girer. Böyle bir durumda, adalet düşüncesi temelinde hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi gerekir. Hâkimin bu müdahalesi, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluştursa da, sosyal devlet ilkesi gereğince yapıldığı için, hukuken geçerli bir istisnadır.⁷⁴

Kanaatimize göre, bu görüş isabetli değildir. Çünkü sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnaları, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanmalıdır.⁷⁵ Yukarıdaki görüş ise, bu ilkeye, hukuki temelini kanundan ve sözleşmeden almayan bir istisna getirmektedir.⁷⁶ Dolayısıyla, söz konusu görüş, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesini genel nitelikte bir düzenlemeyle kanunlaştırmayan hukuk sistemleri bakımından ikna edici değildir. Öte yandan, sözleşme hukukunda “adalet düşüncesi” “sözleşmeye bağlılık ilkesi”nden ve bu arada da işlem güvenliğinden daha üstün bir ilke değildir. Her ikisi birlikte hukuk düzeninin vazgeçilemez nitelikte ve aynı değerde iki temel unsurdur.⁷⁷ Nitekim bir borç ilişkisinde “eşitlik ilkesi” gereğince, “borçluyu koruma veya borçlu lehine yorum ilkesi” şeklinde bir ilke önermek mümkün değildir.⁷⁸ Bu nedenle “adalet düşüncesi” temelinde sözleşmeye bağlılık ilkesine bir istisna getirilmesi isabetli değildir. Kaldı ki,

⁷⁴ Şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin sözleşmeye bağlılık ilkesiyle çatıştığı ve ancak onun geçerli bir istisnası olduğu Türk doktrininde de kabul edilmektedir. Örneğin bkz., **Oğuzman/ Öz**, s. 450; **Eren**, s. 437 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 180.

⁷⁵ Bkz., yuk., § 1, II. Sözleşmeye Bağlılık İlkesi.

⁷⁶ **Lembke**, s. 106 vd.; **Bischof**, s. 27; **Sulzer**, s. 130.

⁷⁷ **Bischof**, s. 25.

⁷⁸ Bkz., **Eren**, s. 19 vd.

“adalet düşüncesi”nin sözleşmeye bağlılık ilkesinden daha üstün bir ilke olduğu kabul edilse dahi, yine bu görüş isabetli değildir. Çünkü şartlar değişse bile sözleşmeye bağlılık ilkesine bağlı kalınması, adalet düşüncesine aykırılık oluşturmaz. Aksine, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye bağlılık ilkesinin ihlal edilmesi, adalet düşüncesini zedeler. Çünkü hukuki güvenlik ve işlem güvenliği temelinde hareket edildiği zaman, sözleşmeye bağlılık ilkesine kaynağını sözleşmeden veya kanundan almayan bir istisna getirilerek sözleşmeye müdahale edilmesi ve böylelikle sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güvenin boşa çıkarılması, bizzatihi adalet düşüncesini zedeler. Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturduğu görüşü, şartların değişmesi karşısında sözleşmeye bağlılık ilkesine rağmen sözleşmeye müdahale edilmesinin gerekçesini açıklama konusunda yetersizdir.

2. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturmadığı Görüşü

Doktrinadaki daha isabetli olan bir başka görüşe göre ise⁷⁹, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, hiçbir şekilde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz. Böyle bir müdahale, sözleşmeye bağlılık ilkesinin kapsamı ve geçerlilik alanının dışındadır. Çünkü sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşmenin içeriğine her türlü hal ve şartta uyulmasını gerektirir. Yani, sözleşmeye bağlılık ilkesinin geçerlilik ve uygulama alanı, sözleşmenin içeriği ile sınırlıdır. Sözleşmenin içeriği ise, yukarıda ifade edildiği gibi⁸⁰, ilk planda tarafların iradelerine ve tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere göre belirlenir. Şartların değişmesi durumunda ortaya çıkan yeni duruma ilişkin olarak sözleşmede her hangi bir düzenleme yok ise ve aynı zamanda tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler de somut olaya uygulanamıyorsa, bu durumda ortada hâkim tarafından doldurulması gerekli olan bir sözleşme boşluğu vardır.⁸¹ Çünkü böyle bir durumda, denge bozulması ve ifa güçlüğü hakkında sözleşmede, “tarafların birbirlerine nasıl davranmaları gerektiği”,

⁷⁹ Özellikle: **Medicus**, (FS Flume I), s. 631; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 183; **Ulmer**, AcP 174, s. 179; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 200; **Bischof**, s. 27; **Sulzer**, s. 130.

⁸⁰ Bkz., yuk., § 1, I, Sözleşmenin İçeriği.

⁸¹ Bkz., aşa., § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

“hangi edimleri yerine getirmek zorunda oldukları”, “birbirlerine karşı hangi taleplerinin olduğu” şeklindeki sorulara, verilecek bir cevap bulunmamaktadır. Bu nedenle, boşluklu olan bir sözleşmede, boşluklu olan alan bakımından sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulanmasından bahsedilemez. Böyle bir durumda sözleşmeye müdahale edilmesi, sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulama ve geçerlilik alanı dışında kalır. Dolayısıyla, sözleşmeye yapılan müdahale, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmadığı gibi; buna bağlı olarak, hukuk düzeni ile de her hangi bir çatışma yaşanmasına neden olmaz.

§ 2. DENGİ BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE MÜDAHALE EDİLMESİNİN DOĞMATİK TEMELİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği düşüncesi, öteden beri savunulmaktadır. Öyle ki, tarihsel süreç içerisinde, *Chiotellis*'in ifadesiyle, bu alanda 1979 yılı itibariyle 56 farklı görüş bulunmaktadır.⁸² Bunlardan ilki ve en bilineni ise, *clausula rebus sic stantibus* öğretisidir.

I. TARİHİ GELİŞİM VE CLAUSULA REBUS SİC STANTİBUS ÖĞRETİSİ

Roma hukukunda edim ve karşı edim arasında denge ilişkisinin bozulması, sözleşmeye müdahale edilmesini gerektiren bir durum olarak kabul edilmemektedir. O dönemde, bu sorunla hukukçulardan ziyade *Cicero*, *Seneca* ve daha sonra da *Augustinus* gibi filozoflar meşgul olmuşlardır.⁸³ Ortaçağa gelindiğinde 17. yy'da, Glossatorler tarafından *clausula rebus sic stantibus* öğretisi ortaya atılmıştır. Postglossatorler tarafından geliştirilen bu öğreti, 18. yy'ın ortalarında tabii hukuk ve ortak hukuk tarafından formüle edilmiştir.⁸⁴ Bu öğretiye göre her sözleşme, taraflarca sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan değişmeyeceği şartı ile yapılır. Sözleşmenin kurulduğu andaki özel ve genel şartlar sonradan önemli surette değişirse, sözleşme sona erdirilmelidir.⁸⁵ Bu öğreti, bazı ülke kanunlarına girmiştir.⁸⁶ Ancak, şartların

⁸² Bkz., **Chiotellis**, önsöz (Vorwort); *Chiotellis*, daha sonra 1985 yılındaki makalesinde daha başka 11 yeni görüşün olduğuna işaret etmektedir (bkz., **Chiotellis/ Fikentscher**, s. 139 vd., 140).

⁸³ Bkz., **StaudingersKomm-Weber**, § 242 BGB, E 6; **Wieling**, Jura 1985, s. 505 vd.; **Honsell/ Mayer-Maly/ Selb**, s. 124; **Wieacker**, s. 295 vd., s. 520; **Reiter**, s. 9.

⁸⁴ *Clausula rebus sic stantibus*'un tarihi gelişimi için bkz., **Pfaff**, s. 221 vd.; **Fritze**, ArchBürgR 17, s. 20 vd.; **Wieacker**, s. 295 vd., 520; **StaudingersKomm-Weber**, § 242 BGB, E 2 vd.; **Kegel**, s. 139; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 11 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 203; **Rauh**, s. 12; **Reiter**, s. 10.

⁸⁵ Bkz., **Pfaff**, s. 231 vd.'den naklen. Ayrıca bkz., **Wieacker**, s. 295 vd., 520; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 11; **Kegel**, s. 139; **Wieling**, Jura 1985, s. 506; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 42; **StaudingersKomm-Weber**, § 242 BGB, E 2 vd.; **Rüthers**, s. 14; **Fikentscher**, s. 3; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 203; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 2; **Emmerich**, § 27, Nr. 6; **Rauh**, s. 12; **Heßhaus**, s. 36; **Bender**, s. 13; **Merz**, s. 395a vd.; **Oftinger**, SJZ 36, s. 246; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 181, 186; **Köbler**, s. 23 vd.; **Bühler**, s. 35; **Schmitz**, s. 6 vd.; **Reiter**, s. 10; **Schmiedlin**, s. 89.

⁸⁶ Örneğin Prusya da kanunlaşmıştır [1974 yılına ilişkin Prusya Genel Devletler Kanunu (Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794) § 377/I-5; § 378/I-5].

sonradan değiştiği tüm durumlarda sözleşmeyle bağlı o l u n m a y a c a đ ı tezi, sözleşmeye bağlılık ilkesine ve böylelikle hukuk güvenliğine büyük zarar vereceği gerekçesiyle, Alman hukukunda genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmemektedir.⁸⁷ Bu nedenle 1863 tarihinde Alman Medeni Kanunu'nun kanunlaşma sürecinde açıkça tartışılmış olmasına rağmen, *clausula rebus sic stantibus* ğretisi kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir.⁸⁸

Clausula rebus sic stantibus ğretisi, Türk-İsviçre pozitif hukukunda da kanunlaşmamıştır. Öyle ki, *Bischof*'un ifade ettiği üzere, Türk-İsviçre hukukunda bu öğretiye açık veya üstü örtülü olarak işaret eden her hangi bir kanuni düzenleme yoktur. Bu nedenle *clausula rebus sic stantibus* ğretisinden bir özel hukuk ilkesiymiş gibi bahsedilmesi, isabetli değildir.⁸⁹ Nitekim bu ğreti, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay tarafından da bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmemektedir.⁹⁰ Bununla birlikte -tarihsel anlamda bu öğretiye karşılık gelmemek kaydıyla- şartların değişmesi

⁸⁷ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 11 vd.; **Enneccerus/ Lehmann**, § 41 II 4, 4.; **Fikentscher**, s. 7; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 203; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 42; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 2; **Görk**, s. 7; **Emmerich**, § 27, Nr. 6. İmparatorluk Mahkemesi'nin bu öğretiye açık bir şekilde reddettiği kararı: RG 11.04.1902, RGZ 50, 255, 257. Bununla birlikte bu đretinin, özellikle devletler hukuku ve kamu hukukunda geerliliğini koruduğu savunulmaktadır. (rneđin bkz., **Haarmann**, s. 21; **Emmerich**, § 27, Nr. 8; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 22; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 4).

⁸⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1888) II, s. 199 vd., 843 (Motive II); Protokolle bei Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899) II, s. 631 vd. (Protokolle II) (bkz., **Wieling**, Jura 1985, s. 507'den naklen). Ayrıca bkz., **Rüthers**, s. 14; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 203; **Emmerich**, § 27, Nr. 7; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 4.

⁸⁹ **Bischoff**, s. 69, 70, 119, 177. Ayrıca bkz., **Merz**, s. 401a, 402a, 442, 423a vd.; **Oftinger**, SJZ 36, s. 231, 246; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 190; **Deschenaux**, s. 196; **ZürcherKomm-Jggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 583, 595, 618; **Bühler**, s. 36, 38; **Schmiedlin**, s. 89; **Erman**, s. 44. *Erzurumluoğlu*, *clausula rebus sic stantibus* ğretisi'nin bir hukuk ilkesi olarak kabulünün her yerde ve her zaman tepki ile karşılandığını ifade etmektedir (bkz., **Erzurumluoğlu**, s. 55 vd.). Aynı yönde: **Burcuoğlu**, s. 7. Buna karşın Türk hukukunda *Sungurbey*, *Edis*, *Kaplan*, *Eren*, *clausula rebus sic stantibus* ğretisinden bir hukuk ilkesi olarak bahsetmektedir (bkz., **Sungurbey**, s. 101 vd.; **Edis**, s. 313; **Kaplan**, s. 162, **Eren**, s. 437 vd.). *Serozan* ise, *clausula rebus sic stantibus*'un temelinde adalet düşüncesi olan ve birden fazla hükümden kıyas yoluyla üretilen genel bir hukuk ilkesi olduğu görüşündedir (bkz., **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 7). Bu konuda ayrıca bkz., yuk., Giriş, II. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Sözleşme Kurulduktan Sonra Pozitif Hukukta Dikkate Alınması: "Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Bozulması" ve "Sonraki İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale Edilmesi.

⁹⁰ BGE 45 II 386 (397) (Stausee-Fall); 48 II 242 (246); 59 II 372 (374) (Brsengebude-Zürich-Fall); Y. HGK 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www.kazanci.com.tr.

durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi, Türk-İsviçre hukukunda genel olarak *clausula rebus sic stantibus* kavramıyla anılmaktadır.⁹¹

II. ALMAN HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

Alman hukukunda şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahaleyi savunan görüşler, kronolojik ve içerik olarak bakıldığında esas itibariyle iki ana başlıkta toplanabilir. Bunlardan ilki s ü b j e k t i f n i t e l i k t e k i görüşlerdir (*Windscheid*'in kayıt öğretisi ve *Oertmann*'ın işlem temeli öğretisi). Sübjektif nitelikteki görüşler, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda, tarafların iradeleri temelinde hukuki çözümler getirmeye çalışmışlardır. İkincisi ise o b j e k t i f n i t e l i k t e k i görüşlerdir. Objektif nitelikteki görüşler ise, sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda tarafların düşünceleri yerine bizatihi şartların değişmesini temel almışlardır. Objektif nitelikteki görüşler, kendi içerisinde, işlem temeli öğretisini savunan görüşler ve bu öğretiye karşı olan görüşler şeklinde de sınıflandırılabilir.

Sübjektif nitelikteki görüşler bir yana bırakılacak olursa, söz konusu görüşler, sadece denge bozulması ve ifa güçlüğü durumuna ilişkin değildir. Bunun yanı sıra, iki taraflı saik hataları ve amaç bozulmaları gibi şartların değiştiği diğer tüm durumlar için de uygulama alanı olan öğretilerdir. Ortaya atılan bu görüşlerin, Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarının oluşmasına ve böylelikle de 2002 yılında yürürlüğe giren reform kanununun hazırlanmasında farklı yönde etkileri olmuştur.⁹² Bu nedenle, Alman hukukunda bugünkü uygulamanın anlaşılabilmesi için bu görüşlere ilişkin yeterli ölçüde bilgi verilmesi gerekmektedir.

⁹¹ Bkz., yuk., Giriş, II, 3. Kavram.

⁹² Bkz., aşağıda, § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi.; aşağıda, § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş; aşağıda, § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme.

1. Sübjektif Nitelikteki Görüşler

A. Windscheid'in Kayıt Öğretisi

Windscheid, *clausula rebus sic stantibus* öğretisinin başarısız olmasından sonra, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği düşüncesini yeniden gündeme getirmiştir. Bu amaçla, 19. yy'da "kayıt öğretisini"⁹³ ortaya atmıştır.

Windscheid'e göre⁹⁴, hukuki sonuçları itibariyle önemsi olarak kabul edilen saiklerle yine saik olmakla birlikte, kendisine hukuki sonuçlar bağlandığı için önemli kabul edilen şart arasında, kendisinin "kayıt" olarak adlandırdığı düşünceler bulunmaktadır. Bu düşünceler şarta benzemektedir. Çünkü iradesini bir olaya ilişkin olarak kayıt altında açıklayan kimse, tıpkı şarta bağlı irade açıklamasında olduğu gibi, hukuki işleme, gerçek hayatta gerçekleşen durumun kayıt altına aldığı durumla uygunluk içerisinde olması kaydıyla girmektedir.⁹⁵ Bu bakımdan, kayıt altına alınan bir irade vardır. Yani, kayıt, irade beyanının bir parçasıdır.⁹⁶ Dolayısıyla, bu kayıt, -tıpkı hukuki anlamdaki şartta olduğu gibi- dâhili bir irade sınırlayıcısıdır.⁹⁷ Ancak kayıt altına alınan bu düşünceler, hiçbir şekilde şart haline gelmemiştir. Çünkü şartın olması için şarta bağlanan olayın şüpheli olması gerekir. Kayıt altına alınan düşüncelerin bağlandığı olayların ise, gerçekleşmesi konusunda beyan sahibinin bir şüphesi bulunmamaktadır. Zaten şüpheli görmüş olsaydı, söz konusu olayı düşüncesinde kayıt altına almaz doğrudan şartın konusu yapardı. Bu bakımdan, bir kimsenin beyanı "ancak ve ancak şu şartla..." veya "ben isterim; ancak, şu şartla..." şeklinde ise, hukuki anlamda bir şarttan bahsedilir. Böyle değil de, "gerçekleşmeyeceğini bilseydim istemezdim" şeklinde ise, bir kayıttan bahsedilir.⁹⁸

⁹³ (Voraussetzungslehre). Türk doktrininde bu öğretiye karşılık gelmek üzere farklı kavramlar kullanılmaktadır. *Erzurumluoğlu* (bkz., **Erzurumluoğlu**, s. 56) ve *Erman* (bkz., **Erman**, s. 44) bu öğretiye karşılık gelmek üzere "tasavvur teorisi" kavramını kullanırken; *Sirmen* "kayıt teorisi" (bkz., **Sirmen**, s. 92), *Serozan* ise "gerek" kavramını kullanmaktadır (bkz., **Serozan**, s. 374).

⁹⁴ Bkz., **Windscheid**, Acp 78, s. 161 vd.; **Windscheid/Kipp**, s. 509.

⁹⁵ **Windscheid/Kipp**, s. 276.

⁹⁶ **Windscheid**, Acp 78, s. 195.

⁹⁷ **Windscheid**, s. 10.

⁹⁸ **Windscheid**, s. 7.

Dolayısıyla, burada kayıt altına alınan düşünce, henüz şart aşamasına ulaşmamıştır. Yani, kayıt, gelişmemiş bir şarttır.⁹⁹

Windscheid'e göre¹⁰⁰, kayıt altına alınan düşünceler, hukukta önemsiz olarak kabul edilen saiklerden de ayrıdır. Çünkü saik, irade açıklamasının bir nedenini oluşturur. Kayıt ise, irade açıklamasının nedeni değildir. Yani kayıt, saik değildir, saikin, sınırlandırılmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, kayıt altına alınan bir düşünce, “niçin hukuki işleme girilmek istenildiği” ile ilgili değildir; aksine, “bu şey olmaksızın hukuki işleme girilmesinin istenilmeyeceğiyle” ilgilidir. Bu bakımdan, kayıt, irade açıklamasının bir unsurudur.¹⁰¹ Bu nedenle, hukuken önemsiz kabul edilen saiklerin muhatap tarafından bilinip bilinmemesi, esas itibarıyla önemsiz iken; bir düşüncenin sözleşmede kayıt olarak kabul edilebilmesi için, “kayıt altına alınan şey olmaksızın hukuki işleme girilmesinin istenilmeyeceği”nin muhatap tarafından da “bilinbilir olması” gerekir. Bu nedenle, saikin sırf muhatapla paylaşılmış olması, “kayıt” için yeterli değildir.¹⁰²

Windscheid'e göre¹⁰³, beyan sahibinin iradesi yorumlandığı zaman görülecektir ki: “beyan sahibi, kayıt altına aldığı olayın gerçekleşmeyeceğini bilseydi sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir beyanda da bulunmayacaktır”. Bu nedenle, kayıt altına alınan durumlar beklendiği gibi gerçekleşmez ise, bu durum beyan sahibinin gerçek beyanına uygun olsa da, onun asıl iradesine uygun olmayacaktır. Dolayısıyla, ortada hatalı bir kabul (varsayım) olacaktır. Böylece, ifa edilen edimler açısından söz konusu durum, şekli bakımdan hakka dayanıyor gözükse de, maddi bakımdan her hangi bir hakka dayanmamış olacaktır. Böyle bir durumda, beyan sahibi, beyanı ile bağlı olmayacak ve aynen ifa talebi karşısında ifadan kaçınabilecektir.¹⁰⁴

⁹⁹ *Windscheid/Kipp*, s. 275.

¹⁰⁰ Bkz., *Windscheid*, s. 7.

¹⁰¹ *Windscheid*, Acp 78, s. 195.

¹⁰² *Windscheid*, Acp 78, s. 161 vd.

¹⁰³ Bkz., *Windscheid*, s. 277; *Windscheid*, Acp 78, s. 161 vd.

¹⁰⁴ *Windscheid*, s. 278.

Genel hatları ile özetlediğimiz *Windscheid*'in öğretisinin temel noktalarda eksiklikleri ve sakıncaları bulunmaktadır. İlk olarak, somut olayda, “karşı tarafa bildirilmeyen ve ancak bilinebilen bir saikin ne zaman kayıt haline geldiği” sorusu, belirsiz kalmaktadır. Yine, “hangi durumlarda muhatap tarafından bilinebilen bir kaydın söz konusu olduğu” sorusu da açıklanamamaktadır. Bu nedenle, önemsiz nitelikteki bir saik ile *Windscheid*'in kastettiği anlamda kayıt arasında teorik bakımdan bir ayırım olduğu kabul edilse bile, anılan gerekçelerle, somut olayda bu ikisi arasında kesin bir ayrıma gitmek mümkün değildir. Ayrıca, kayıt ile şart arasındaki ayırım da belirgin değildir. Çünkü bir saikin sözleşmenin hukuki sonuçlarını etkilemesi isteniyor ise, bilinebilirlik unsuru tek başına yeterli değildir.¹⁰⁵ Bunun yerine, tarafların “sözleşmenin sadece bu kayıt altında hüküm ve sonuçlarını doğuracağı hususunda” anlaşmaları gerekir. Bu ise, şarttan başka bir şey değildir. Böyle bir anlaşma yok ise, yani, saik şarta bağlanmamış ise, bu durumda da saik, önemsiz bir saiktir. Dolayısıyla, şart ve önemsiz saik arasında başka bir alan yoktur. Şu halde, *Windscheid*, önemsiz nitelikteki saik ile kayıt ve şart arasında yeterli bir ayırım kriteri ortaya koymayı başaramamıştır.¹⁰⁶

Windscheid'in öğretisinin asıl eksik tarafı ise, bu öğretinin, beyan sahibinin sadece subjektif düşüncelerinden hareket etmesidir. Bu öğretiyi, şartların sonradan değiştiği ve ancak beyan sahibi tarafından hiçbir şekilde düşünülmemiş olan denge bozulması ve ifa güçlüğü gibi durumlara çözüm getirememektedir.¹⁰⁷ Çünkü *Windscheid*'in öğretilerine göre, şartların değiştiği durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesi için, öncelikle bu olaya ilişkin olarak beyan sahibinin söz konusu durumu zihninde kayıt altına almış olması gerekir. Yani, düşünmüş olması gerekir. Oysa

¹⁰⁵ Örneğin evlenecek olan kızı için çeyiz olsun diye bir araba satın almak isteyen bir baba, bu niyetini otomobil satıcısına bildirmiş olsa ve satım gerçekleşikten sonra evlilik bir şekilde gerçekleşmez ise, bu niyetin sadece satıcı tarafından bilinebilir olması nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmaz.

¹⁰⁶ Bu eleştiri, doktrinde ilk olarak *Windscheid*'in çağdaşı olan hukukçulardan *Lenel* tarafından yapılmıştır. *Lenel*, AcP 74, s. 213-239 ve AcP 79, s. 49-107, (*Larenz*, (Geschäftsgrundlage), s. 6'dan naklen). Ayrıca bkz., *Schapp*, s. 70 vd.; *Soergel-Teichmann*, § 242 BGB, Nr. 204; *Wieling*, Jura 1985, s. 507; *Bender*, s. 16; *Reiter*, s. 19; *AnwKomm-BGB/ Krebs*, § 313 BGB, Nr. 4. *Lenel*'den sonra bu eleştiri doğrultusunda *Windscheid*'in kayıt öğretisinin eksikliklerini gidermek amacıyla, *Oertmann*, işlem temeli öğretisini ortaya atmıştır (bkz., aşa., § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi).

¹⁰⁷ Bu eleştiri, *Windscheid*'in öğretisinin ortaya atılmasından çok sonraları (1940'lı yıllarda) yapılmaya başlanan bir eleştiridir. Bkz., *Kegel/ Rupp/ Konrad*, s. 108; *Kegel*, s. 148.

beyan sahibinin zihninde hiçbir şekilde kayıt altına almadığı ve ancak, şartların önemli surette değiştiği başka durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, beyan sahibi, zihninden hiçbir şekilde geçirmemesine rağmen, savaş çıkabilir, kanunlarda veya içtihatlarda değişiklik meydana gelebilir ya da denge bozulması veya ifa gücüne neden olan başka olaylar olabilir. Böyle bir durumda, varsayıma dayalı olarak, “beyan sahibi sözleşme kurulduğu andaki durumun önemli ölçüde değişeceğini bilseydi sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir beyanda da bulunmayacaktı” denilebilir. Ancak, *Windscheid*'in öğretisi, tarafların varsayıma dayalı iradelerinden değil, gerçekte kayıt altına aldığı saiklerden hareket etmektedir. Dolayısıyla, böyle bir durumda, “kayıtın beklentilerine uygun gerçekleşmeyeceğini bilseydi sözleşmenin kurulmasına ilişkin hiç bir beyanda da bulunmayacaktı” şeklinde beyan sahibinin bir kaydını bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak, beyan sahibi kaydın gerçekleşmediği gerekçesiyle sözleşmenin sona erdirilmesini de isteyemeyecektir. Sonuç olarak, *Windscheid*'in öğretisi, beyan sahibinin kayıt altına almadığı ve ancak şartların sonradan değiştiği olay gruplarına ilişkin her hangi bir çözüm önerisi de getirememektedir. Bu nedenle, sınırlı bir uygulama alanı vardır.¹⁰⁸

Windscheid'in öğretisinin söz konusu eksiklikleri yanında önemli bir sakıncası da bulunmaktadır. Bu sakınca ise, kabul edilmesi durumunda, bu öğretinin işlem güvenliğini tehlikeye düşürmesidir. Çünkü *Windscheid*'in öğretilerine göre, muhatap tarafından bilinebilir hale gelen saiklerde hayal kırıklığına uğrayan her hangi bir sözleşme tarafı, istemesi durumunda, muhatapın menfaatleri ve iradesi dikkate alınmaksızın, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir. Dolayısıyla, hukuki sonuçları itibarıyla düşünüldüğünde, sözleşmenin akıbeti, sözleşmenin içeriğinden anlaşılmayan saiklerin etkisine açık hale getirilmektedir. Böylelikle - *Windscheid* kendisinin

¹⁰⁸ **Kegel**, s. 149. Aynı yönde: **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 49; **Emmerich**, § 27, Nr. 6; **Bender**, s. 16, 17; **Reiter**, s. 20 vd. *Windscheid*'in öğretilerine yönelik olarak getirilen bu eleştiri, aşağıda görüleceği üzere, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi için ortaya atılan subjektif nitelikteki *Oertmann*'ın işlem temeli formülü için de yapılmaktadır (bkz., aşa., § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi).

öngördüğünden de öte- bu öğretinin sınırları belirlenemeyecek kadar geniş bir uygulama alanının olmasına neden olmaktadır.¹⁰⁹

Windscheid'in öğretisi, önemsiz nitelikteki saiklerle kayıt arasında yeterli bir ayırım kriteri ortaya koyamaması ve işlem güvenliğini tehdit etmesi nedeniyle, tıpkı *clausula rebus sic stantibus* öğretisi gibi, Alman Medeni Kanunu'nun kanun koyucusu tarafından açıkça reddedilmiştir.¹¹⁰ Ancak, *Windscheid*'in sübjektif nitelikteki bu öğretisi, yapılan tüm eleştirilere karşın, Alman hukukunda şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temeli olarak kabul edilen işlem temeli öğretilerine geçiş sürecinde, bu öğretinin gelişmesinde son derece önemli bir basamak oluşturmuştur.¹¹¹

B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi

Oertmann, *Windscheid*'in öğretisinin reddedilmesinden sonra, Birinci Dünya Savaşı'nın akabinde “İşlem Temeli”¹¹² adlı eseriyle, “şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi sorununu” yeniden tartışmaya açmıştır.

Oertmann'a göre¹¹³, beyan sahibine ait olan saikin hukuki sonuç doğurabilmesi konusunda *Windscheid*'in öğretisinin en büyük eksikliği, kayda esas teşkil eden bu saikin, taraflarca kararlaştırılmayıp, sadece tek taraflı olarak kalmasıdır. *Windscheid*'in öğretilerinde, beyan sahibine ait olan saikin, muhatap tarafından bilinebilir olması, bu eksikliği gidermeye yetmemektedir.¹¹⁴ Söz konusu eksiklik, işlem temeli öğretisi ile giderilebilir. Şöyle ki, işlem temeli öğretilerinde, işlem temeli için - *Windscheid*'in

¹⁰⁹ Bu eleştiri de doktrinde yine ilk olarak *Lenel* tarafından yapılmıştır. Bkz., *Lenel*, AcP 74, s. 221 vd. 226. Aynı yönde: *Larenz*, (Geschäftsgrundlage), s. 6; *Wieling*, Jura 1985, s. 507; *Soergel-Teichmann*, § 242 BGB, Nr. 204; *Sirmen*, s. 94; *Bender*, s. 16; *Reiter*, s. 19; *AnwKomm-BGB/ Krebs*, § 313 BGB, Nr. 4.

¹¹⁰ Protokolle II s. 636, (*Larenz*, (Geschäftsgrundlage), s. 6'dan naklen). Ayrıca bkz., *Rüthers*, s. 64; *Wieling*, Jura 1985, s. 507; *Reiter*, s. 21; *Soergel-Teichmann*, § 242 BGB, Nr. 205; *Bender*, s. 16; *Emmerich*, § 27, Nr. 6; *AnwKomm-BGB/ Krebs*, § 313 BGB, Nr. 4.

¹¹¹ *AnwKomm-BGB/ Krebs*, § 313 BGB, Nr. 4; *Bender*, s. 17.

¹¹² *Oertmann, Paul*: Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921. İşlem temeli kavramı gerçi daha önce başka çalışmalarda da vardır; ancak, daha önceki çalışmalarda sistemli olarak ortaya konulmamıştır. Bunun hakkında bkz., *StaudingersKomm-Weber*, § 242 BGB, E 32.

¹¹³ Bkz., *Oertmann*, s. 3.

¹¹⁴ *Oertmann*, s. 132.

öğretisinden farklı olarak- beyan sahibine ait olan saikin, “beyan sahibinin iradesinin oluşumunun temeli olduğu”nun muhatap tarafından g e r ç e k t e n (pozitif olarak) bilinmesi ve aynı zamanda -s e s s i z k a l m a k suretiyle de olsa- muhatabın buna i t i r a z e t m e m e s i gereklidir. Böylelikle, bu şartlarda işleme giren bir muhatap, beyan sahibine ait olan düşünceyi (tek taraflı saiki, *Windscheid* anlamında kaydı) işlemin temeli haline getirmiş olur.¹¹⁵ Dolayısıyla, *Windscheid*'in öğretilerinde sadece beyan sahibine ait olduğu gerekçesiyle hukuki sonuç doğurmadığı kabul edilen saiklerin, işlem temeli öğretisinde, muhatabın bu düşünceleri benimsemesiyle hukuki sonuç doğurması sağlanmaktadır. Kısaca, *Windscheid*'in öğretisinden farklı olarak, işlem temeli öğretisinde sadece beyan sahibine ait düşünceler değil, her iki tarafın düşünceleri esas alınmaktadır.¹¹⁶ Buradan hareketle, *Oertmann*, işlem temelini şu şekilde formüle etmektedir:

“Sözleşmenin kurulması sırasında ortaya çıkan ve muhatap tarafından anlamı bilinip de itiraz edilmeyen taraflardan birine ait olan bir düşünce, işlem temelini oluşturabileceği gibi; işlem iradesine temel oluşturan bir durumun kesin surette gerçekleşeceğine ya da olacağına ilişkin ortak düşünceler de işlem temelini oluşturur”.¹¹⁷ Somut olayda işlem temelinin çökmesi halinde, sözleşmeye müdahale edilmesi gerekir.¹¹⁸

Oertmann'a göre¹¹⁹, işlemin temeli -yani gerek “beyan sahibine ait olan ve muhatap tarafından anlamı bilinip de itiraz edilemeyen düşünce” gerekse “tarafların ortak düşünceleri”- ne irade beyanı alanında, ne de irade alanında; daha gerisinde düşünce alanında. Bu bakımdan işlem temeli, *Windscheid*'in kayıt öğretisinin aksine, irade beyanının bir parçası değildir; ancak, tıpkı kayıt gibi, gerçekte tek taraflı bir saik olarak kalmaktadır. Ancak -kayıttan farklı olarak- bu saiki, en azından diğer tarafın bilmesi ve de benimseyerek işlemin temeli haline getirmesi gerekir. Bununla birlikte

¹¹⁵ *Oertmann*, s. 3, 29, 38.

¹¹⁶ *Oertmann*, s. 38.

¹¹⁷ *Oertmann*, s. 37 vd.

¹¹⁸ *Oertmann*, s. 126, 155-173.

¹¹⁹ Bkz., *Oertmann*, s. 31 vd., 128 vd., 132vd., 136 vd., 138 vd.

işlemin temeli, hiçbir şekilde sözleşmenin içeriği haline de gelmemektedir. Yani, sözleşmenin içeriği olan, işlemin temeli olamaz. Çünkü bir hususun sözleşmenin içeriği haline gelmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanına ihtiyaç vardır. İşlem temeli ise, henüz irade aşamasına dahi ulaşmamıştır. Bu nedenle, irade beyanının ve böylelikle sözleşmenin yorumlanmasının da -yani gerek açıklayıcı yorumun gerekse tamamlayıcı yorumun (BGB §§ 133, 157) da- konusu değildir. Çünkü sözleşme yorumunun konusu yalnızca sözleşme içeriği iken; işlem temeli, sözleşmenin içeriği değildir. Dolayısıyla sözleşmenin açıklayıcı veya tamamlayıcı yorumu sonucunda her hangi bir hususun daha önceden tarafların ortak iradesiyle -üstü örtülü olarak dahi- sözleşmenin içeriği haline getirildiği sonucuna varılıyorsa, bu olayda artık işlem temeli sorgulanmayacaktır. Aynı şekilde, belli bir husus açıklayıcı veya sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile -üstü örtülü olarak dahi- bir şart olarak kabul edilebiliyorsa, yine işlem temeli değildir; çünkü şart, irade beyanının bir unsuru olarak daima sözleşmenin içeriği iken, işlem temeli, sözleşmenin içeriği değildir.¹²⁰ İşlem temeli öğretisi, tüm bunların dışında dürüstlük ilkesini düzenleyen BGB § 242 hükmünün konusudur. Çünkü borçlu, sadece dürüstlük ilkesinin sınırları dâhilinde edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Bunun sınırının aşıldığı yerde ise, borçlu borcundan kurtulur.¹²¹

Genel olarak özetlediğimiz *Oertmann*'ın görüşleri doğrultusunda, işlem temeli öğretisinin BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinin somut bir uygulama alanı olduğu, –en azından bu öğretiyi reddeden yazarlar dışında- esas itibarıyla kabul edilmektedir.¹²² Ayrıca, işlem temeli öğretisinde, *Oertmann* tarafından, “işlem temeli”

¹²⁰ *Oertmann*, s. 38, 131 vd.

¹²¹ *Oertmann*, s. 136 vd., 139.

¹²² Bkz., *Henkel*, s. 261; *Stötter*, AcP 166, s. 149; *Köhler*, s. 142; *Ulmer*, AcP 174, s. 191, 201; *Köhler*, JA 1979, s. 499; *Hübner*, s. 596 vd.; *Görk*, s. 15; *Esser/ Schmidt*, § 24 II, III. İşlem temeli öğretisinin dürüstlük ilkesinin özel bir uygulama alanı olarak kabul eden diğer yazarlar için ayrıca bkz., aşa., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme. Buna karşın *Kegel*, BGB § 242 hükmüne sözleşmeye müdahale konusunda sadece sınırlı bir geçerlilik alanı tanımaktadır (bkz., aşa., § 2, II, 2, A, d. *Kegel*'in Görüşü). *Larenz*, işlem temeli öğretisini kabul etmesine karşın, BGB § 242 hükmü temelinde dürüstlük ilkesinin hakime tek başına sözleşmeye müdahale etme yetkisi verdiği görüşüne karşı çıkmaktadır. Öyle ki *Larenz*'e göre, BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesi, hâkime, sadece belirli objektif bir değer ölçüsü ortaya koymaktadır. Yoksa hiçbir şekilde hâkime hukuki ilişkinin içeriğini düzeltme, yani sözleşmenin içeriğine hakkaniyet gereğince müdahale etme yetkisi vermemektedir. Buna rağmen işlem temelinin çökmesi durumunda dürüstlük ilkesine aykırı olduğu düşüncesinden

ile “sözleşmenin içeriği” arasında yapılan sistematik ayırım, genel olarak kabul edilmektedir.¹²³ Ancak, *Oertmann*’ın formülünde de esaslı eksiklikler bulunmaktadır.

Her şeyden önce, *Oertmann, Windscheid*’in öğretisinin eksik tarafını gidermek amacıyla, “bilinebilirlik” unsuru yerine, “gerçekten bilmeyi” getirmektedir. Oysa irade açıklamalarında, beyan sahibine ait olan iradenin muhatap tarafından bilinebilir olması, yeterli kabul edilirken; *Oertmann*’ın irade açıklamasının bir unsuru olarak dahi kabul etmediği işlem temeli için daha fazlasını, yani gerçekten bilmeyi araması, bir çelişkidir.¹²⁴ Öte yandan, “beyan sahibinin kendisini sözleşme yapmaya sevk eden saikleri beyanında muhataba bildirmesi ve onun da buna itiraz etmemesi”, muhatabın her zaman söz konusu düşünceyi işlem temeli olarak görüp kabul ettiği şeklinde de yorumlanamaz. Çünkü muhatap, başka nedenlerden dolayı sessiz kalmış olabilir. Örneğin, somut olayda beyan sahibinin saiklerinin sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına hiçbir şekilde tesir etmeyeceğini düşünmüş olabilir. Ya da, söz konusu saikleri önemsiz addetmiş olabilir.¹²⁵ Dolayısıyla, *Oertmann*’ın ortaya koyduğu kriterler, “önemsiz nitelikteki saikler”in ne zaman “işlem temeli haline geldiği” sorusuna net bir açıklama getirememektedir. Bu nedenle, tıpkı *Windscheid*’in öğretisi gibi, önemsiz nitelikteki saiklere ilişkin ortaya koyduğu sınırlandırma kriteri yetersizdir.¹²⁶ Tüm bunların dışında, *Oertmann*’ın tanımlaması da -tıpkı *Windscheid*’in öğretisi gibi- beyan sahibinin sadece gerçekte zihninden geçirdiği subjektif nitelikteki düşüncelerinden hareket etmektedir. Yani, *Windscheid*’in öğretisi gibi, s ü b j e k t i f bir yaklaşımdır.

hareketle sözleşmeye müdahale edilmesi ise, sırf bir hakkaniyet hukukçuluğudur ki ve bu durum, hukuki güvenliğe zarar verir. Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 155 vd., 166, 167, 168. Ayrıca bkz., aşa., § 2, II, 2, A, b. Larenz’in Görüşü). Aynı şekilde işlem temeli öğretisine karşı çıkan yazarlar da, BGB § 242 hükmünün şartların değişmesi durumunda hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisi vermediği görüşündedir (bkz., aşa., § 2, II, B. İşlem Temeli Öğretisini Reddeden Görüşler).

¹²³ Bkz., aşa., § 3, I, 3. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Negatif Olarak Ortaya Konulması, A. Genel Olarak.

¹²⁴ **Wieling**, Jura 1985, s. 507.

¹²⁵ Örneğin, kızı için çeyiz olarak bir mobilya takımı satın almak isteyen bir baba, mobilyayı satın alırken bu niyetini satıcıya bildirmiş olması durumunda, satıcının bu niyete karşılık olarak her hangi bir itiraz ileri sürmesini gerektirecek bir neden yoktur. Bu bakımdan muhatabın sessiz kalmış olması, her zaman beyan sahibinin düşüncesini işlem temeli olarak kabul ettiği anlamına gelmez.

¹²⁶ **Locher**, AcP 121, s. 6 vd., 21 vd.; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 7; **Stötter**, AcP 166, s. 156 vd.; **Fikentscher**, s. 7; **Haarmann**, s. 24; **Wieling**, Jura 1985, s. 507; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 208; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 298; **Emmerich**, § 27, Nr. 14; **Görk**, s. 9; **Bender**, s. 18 vd.

Buna bağılı olarak, *Oertmann*'ın formülünde beyan sahibinin kendisinin düşünmediğı bu nedenle de karşı tarafa bildiremeyeceğı durumlara (yani amaç bozulmaları ve denge bozulması ile ifa güçlüklerine) ilişkin olarak, her hangi bir çözüm önerisi getirememektedir. Bu nedenle, sınırlı bir uygulama alanı vardır.¹²⁷

Oertmann'ın işlem temeli öğretisi, ortaya konulan eksikliklerine rağmen, Alman hukukunda şartların değışmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesine ilişkin görüşlerin hareket noktasını oluşturmaktadır.¹²⁸ Ayrıca, *Oertmann*'ın bu formülü, İmparatorluk Mahkemesi tarafından “pamuk olayı” olarak anılan 1922 tarihli kararında kabul edilmiştir.¹²⁹ Öyle ki, mahkemeye göre: Sözleşme içeriğı haline gelmeyen ancak sözleşme kurulduğı zamanda **her iki tarafın ortak düşünceleri olan durumlar** işlem temeli olabileceğı gibi; yine sözleşmenin içeriğı haline gelmeyen ancak **bir tarafın** işlem iradesini üzerine inşa ettiğı VE kesin surette mevcudiyetinden veya mevcudiyetini devam ettireceğinden ya da gelecekte gerçekleşeceğinden hareket ettiğı durumlara ilişkin **diğer tarafca bilinen ama itiraz edilmeyen düşünceleri** de işlem temelidir.¹³⁰

¹²⁷ **Kegel**, s. 138, 156 vd.; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 7; **Enneccerus/ Lehmann**, § 41 II 4, 4; **Beuthien**, s. 55; **Ulmer**, AcP 174, s. 179; **Fikentscher**, s. 7; **Haarmann**, s. 24; **Wieling**, Jura 1985, s. 507; **Schapp**, s. 72; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 208; **Köbler**, s. 95 vd.; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 47; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 298; **Emmerich**, § 27, Nr. 14; **Görk**, s. 9; **Bender**, s. 19; **Brockmeyer**, s. 32 vd.

¹²⁸ **Kegel**, s. 153; **Reiter**, s. 23.

¹²⁹ Bu olayda, A, pamuk üretimi ve ticaretiyle uğraşan bir ticaret şirketine ortak olmuştur. Daha sonra ticaret şirketi tasfiye sürecine girmiş ve bu tasfiye sürecinde A'ya devredilmiştir. A, 21.05.1919 tarihinde 600.000 Mark satış fiyatıyla bu işletmeyi B'ye satmıştır. Tarafların yaptıkları anlaşmaya göre, satış bedeli iki eşit taksitle 01.01.1920 ve 01.01.1921 tarihlerinde ödenmesi gerekmektedir. Ancak, 1919 sonbaharında olağanüstü bir enflasyon yaşanmıştır. Markın satınalmagücü 1919 Mayıs ayından 1920 Ocak ayına kadar % 80 den daha fazla düşmüştür. 01.01.1920 yılında B, sözleşmenin ifasını ve ilk taksidin ödenmesine hazır olduğunu açıklamıştır. A'nın bunu kabul etmemesi üzerine dava açılmıştır. Bkz., RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 vd. (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei).

¹³⁰ Bkz., RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 (331) (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei). Doktrinde, İmparatorluk Mahkemesi'nin işlem temeli formülünün *Oertmann*'ın formülüne özde her hangi bir değışiklik yapmadığı kabul edilmektedir. Bkz., **Flume**, (§ 26 2), s. 495; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 208; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 47; **Emmerich**, § 27, Nr. 12; **AnwKomm-BGB/Krebs**, § 313 BGB, Nr. 4. İmparatorluk Mahkemesi'ne göre, sözleşmenin kurulduğı anda edimler arasından var olan denge, *Oertmann*'ın tanımladığı anlamda bir işlem temelidir. Bu denge ilişkisinin sonradan bozulması durumunda bundan olumsuz etkilenen tarafa bir değıer artış talebinin sağlanması gerekir. Bu şekilde sözleşmenin uyarlanması, bozulan dengenin tekrar tesis edilmesinin gereğidir. Bkz., RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 (333) (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei). İmparatorluk Mahkemesi işlem temelinden hareket ettiğı bu içtihadından önce, yukarıda da ifade edildiğı gibi (bkz., yuk., § 2, I. Tarihi Gelişim ve clausula rebus sic stantibus Öğretisi; bkz., yuk., §2, II, 1, A. Windscheid'in Kayıt Öğretisi.),

Mahkemenin bu içtihadı, yerleşik bir içtihat haline gelmiştir.¹³¹ Bu formül, halen Alman Federal Mahkemesi tarafından istikrarlı bir şekilde uygulanmaktadır.¹³²

Alman Medeni Kanunu'nun kanun koyucusunun açıkça reddetmesi nedeniyle, gerek *clausula rebus sic stantibus* öğretisini, gerekse *Windscheid*'in öğretisini, istisnai nitelikteki birkaç mahkeme kararı dışında uygulamamıştır. Ancak, Birinci Dünya Savaşı'nın başlaması ve akabinde de Ekim Devrimi'nin gerçekleşmesi, ekonomik yaşamı ve sosyal hayatı derinden sarsmıştır. Bu durum, teslimat yasaklarını, müsadereleleri, fiyat ve kur değişikliklerini beraberinde getirmiştir. Bu nedenle, İmparatorluk Mahkemesi, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmemesi gerektiği yönündeki sert tutumunu yeniden gözden geçirmek zorunda kalmıştır. Ancak, Alman Medeni Kanunu'nun sistemi içerisinde buna ilişkin açık bir düzenlemenin olmaması, mahkemeyi, borca aykırılığın temel kurumu olan imkânsızlık kurumuna yöneltmiştir. Mahkeme, imkânsızlığa ilişkin düzenlemeleri geniş yorumlayarak şartların değişmesi halinde sözleşmeye müdahale edilmesini sağlamaya çalışmıştır. Bu amaçla mahkeme, ekonomik imkânsızlık öğretisini geliştirmiştir (bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 76, 81; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 I, s. 318; **Kegel**, s. 151; **Rüthers**, s. 17; **Köbler**, s. 92 vd.; **Emmerich**, § 27, Nr. 9 vd., § 28, Nr. 25 vd.). Bu anlamda mahkemenin ekonomik imkânsızlık olarak nitelendirdiği iki tür olay grubu bulunmaktadır (bkz., **Kegel**, s. 150 vd.; **Kegel/ Rupp/ Konrad**, s. 71 vd.). Bunlardan ilki “edimin içeriğinin değişmesi” olarak kabul ettiği olaylardır. Mahkeme, edimin ifasının geçici imkânsızlığının olduğu durumlarda sonradan yapılacak ifanın tümüyle değişen piyasa şartları altında yapılacak olması durumunda, edimin içeriğinin de değişerek tümüyle başka bir edim haline geleceği; bu durumda ise, geçici imkânsızlığın ekonomik imkânsızlık nedeniyle sürekli imkânsızlık olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (bkz., RG 04.02.1916, RGZ 88, 71 (Raffiabast): Bu olayda, somutlaştırılmış bir cins borcu vardır. Ancak, söz konusu cins borcunu taşıyan gemi, savaş nedeniyle bir limana bağlanmıştır. Mahkemeye göre, burada, geçici imkânsızlık, sürekli imkânsızlık haline gelmiştir. Çünkü malın zamanında teslim edilmemiş olması, teslimatın ekonomik öneminin tümüyle ortadan kalkmasına neden olur). İmparatorluk Mahkemesi'nin kararlarında ekonomik imkânsızlığın bir diğer görümü ise, ifa güçlüklerinin neden olduğu “beklenilmezlik” durumlarıdır. Mahkeme, savaşın etkisiyle şartların ağır surette değişmesine bağlı olarak gerçekleşen aşırı ifa güçlüklerini 1918 yılından itibaren ekonomik imkânsızlık olarak nitelendirmiş ve bu durumda sözleşmeye müdahale edilmesi gerekliliğini dürüstlük ilkesine (BGB § 242) dayandırdığı “beklenilmezlik (Unzumutbarkeit) kriteri” ile gerekçelendirmiştir. Buna göre, işlerdeki anlayış (bkz., aşa., § 3, I, 3, B, b, aa, aac. Uyarılama Kayıtlarının Yorumlanması) ile dürüstlük ilkesi (BGB §§ 157, 242) dikkate alındığında borçlunun aynen ifaya zorlanması onun yıkımına neden olacak ise, yani, maddi edimine ilişkin yüksek bir fiyat artışının gerçekleşmesi durumunda, maddi edim borçlusunun kararlaştırılan fiyatla borcunu ifa etmesi katlanılamaz derecede aşırı bir güçlük arz ediyorsa, sözleşmenin sona erdirilmesi kabul edilebilir. Bkz., RG 15.10.1918, RGZ 94, 45 (47) = JW 1919, s. 44 (Kupferdracht/ Liefervertrag/ Kriegseinfluß); RG 22.10.1918, RGZ 94, 68 (Liefervertrag/Indische Baumwolle/ Kriegseinfluß); RG 25.02.1919, RGZ 95, 41 (43) = JW 1919, s. 496; RG 02.02.1919, RGZ 98, 18 (21); RG 19.05.1920, RGZ 99, 115 (Seetransportvertrag/ Schwefelkies/ Kriegseinwirkung); RG 08.07.1920, RGZ 99, 258 (259) (Mietvertrag/ Peissteigerung/ Elektrizitäts- und Dampfpreis); RG 21.09.1920 RGZ 100, 129 (131) (Mietvertrag/ Dampflieferungsvertrag); RG. 22.10.1920, RGZ 100, 134 (137); RG. 10.12.1920, RGZ 101, 79 vd. (Adler-Limousine); RG 07.06.1921, RGZ 102, 272 (273) (Automobilkauf). Mahkeme, 1921 tarihli kararında ise, bu kez sözleşmeye müdahalenin gerekçesini sadece edimin beklenilmezliği ile açıklamıştır. Mahkeme bu davada, edim ve karşı edim arasındaki dengenin şartların değişmesi sonucu yaklaşık olarak dahi kalmaması durumunda sözleşmenin aynen ifasının dürüstlük ilkesi gereği artık borçludan beklenilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz., RG 29.11.1921 RGZ 103, 177 (Eisendraht).

¹³¹ Bkz., RG 06.01.1923, RGZ 106, 7 (Grundstückskauf); RG 09.03.1925 RGZ 110, 251; RG 21.06.1933 RGZ 141, 212 (Makogarnen).

¹³² BGH 23.05.1951, BGHZ 2, 176= NJW 1951, s. 602 (Mietvertrag); BGH 23.10.1957, BGHZ 25, 390 (392) = NJW 1958, s. 297 vd. (Vertrag über Enteignungsentschädigung/ Umstellungs/ Gemeinsamer Irrtum); BGH 12.12.1963, BGHZ 40, 334 (335) = NJW 1964, s. 861 vd.; BGH 17.04.1973, BGHZ 61, 153 (160); BGH 18.11.1977, BGHZ 70, 47 = NJW 1978, s. 370

2. Objektif Nitelikteki Görüşler

Oertmann'ın işlem temeli öğretisi, Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından derhal benimsenmesine rağmen, özellikle sübjektif nitelikte bir görüş olması nedeniyle, doktrinde genel bir kabul görmemiştir. Bu nedenle, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesini savunan yazarlar, sorunun çözümüne değişik yaklaşımlar göstermişlerdir. Bunlardan bir kısmı çözümü yine işlem temeli öğretisinde görmekle birlikte bu öğretinin eksikliklerini gidermeye çalışmışlardır. Diğer bir kısmı ise, bu öğretiye alternatif olacak nitelikte sorunun çözümünü başka hukuki kurumlarda aramışlardır.

A. İşlem Temeli Öğretisinden Hareket Eden Görüşler

a. Locher'in Görüşü

İşlem temeli öğretisi, *Oertmann*'ın çağdaşı olan hukukçulardan *Locher* eleştirmiş ve objektif nitelikteki kendi görüşünü ortaya atmıştır.

Locher'e göre¹³³, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda belirleyici olan, tarafların düşünceleri değil, yalnızca sözleşmenin

(Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 01.06.1979, BGHZ 74, 370 (372 vd.) = NJW 1979, s. 1818 (1819) (Kaufvertrag/ Zweckstörung/ Bauerwartung); BGH 29.04.1982, BGHZ 84, 1 (8) (Kaufvertrag/ Grundstück); BGH 17.12.1982, BGHZ 86, 167 vd. = NJW 1983, s. 1309 = BB 1983, s. 794 = MDR 1983, s. 387 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 24.02.1984, BGHZ 90, 227 = BB 1984, s. 933 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 10.10.1984, NJW 1985, s. 313 (314) (Zuwendungen/ Gemeinsamer Irrtum); BGH 20.12.1985 BGHZ 96, 372 = BB 1986, s. 558 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 26.02.1987 NJW 40, s. 1629 (1630) (Ehevertrag/ Bürgenhaftung); BGH 04.05.1990, NJW 1990, s. 2620 (Kaufvertrag/ Erbbaurecht/ Äquivalenzstörung); BGH 31.05.1990, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 39 = NJW 1991, s. 1478 vd. = GRUR 1990, s. 1005 (1006) (Salome I/ Mietvertrag); BAG 25.07.1990, NJW 1991, s. 1562 (1563) (Chefarzt und Änderung der Gebührenordnung/ Äquivalenzstörung); BGH 27.09.1991, NJW-RR 1992, s. 182 vd.; BGH 14.10.1992, BGHZ 120, 10 (23); BGH 25.02.1993, BGHZ 121, 378 (391)= NJW 1993, s. 1856 (1859); BGH 26.10.1993, BGHZ 124, 1 (8); BGH 18.11.1993, WM 1994, s. 604 (605); BGH 01.06.1994, BGHZ 126, 150 (159); BGH 11.10.1994, BGHZ 127, 212 (217); BGH 30.11.1994, BGHZ 128, 125 (134); BGH 05.01.1995, BGHZ 128, 320 (329) = NJW 1995, s. 592 (Ehegatten/ Bürgschaft); BGH 03.05.1995, BGHZ 129, 297 (309 vd.); BGH 03.05.1995, BGHZ 128, 230 (236) = NJW 1995, s. 2031 (2032); BGH 24.11.1995, BGHZ 131, 209 (214) = NJW 1996, s. 990 (991); BGH 04.11.1996, WM 1996, s. 2341 (2345); BGH 25.04.1996, BGHZ 132, 328 (332); BGH 04.07.1996, BGHZ 133, 281 (293)= NJW 1997, 320 (323) (Klimbim); BGH 07.05.1997, BGHZ 135, 333 (338); BGH 25.09.1997, BGHZ 3371 (3372); BGH 18.12.1997, BGHZ 137, 350 (367) = NJW 1998, s. 1701 (1705); BGH 15.11.2000, WM 2001, s. 523 (524) = NJW 2001, s. 1204 (1205); BGH 06.10.2003, NJW 2004, s. 59= WM 2003, s. 2414. Ayrıca bkz., a.ş., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş.

¹³³ Bkz., *Locher*, AcP 121, s. 76 vd. Aynı yönde: *Krückmann*, AcP 131, s. 4 vd.

amacıdır.¹³⁴ Bu amaç, sözleşmenin türü ve niteliğine göre belirlenir. Buradan hareketle *Locher*, işlem temelini şu şekilde tanımlamaktadır: İşlem temeli olarak ifade edilebilecek olan durumlar, hukuk kurallarına göre başlangıçta ifası mümkün geçerli bir sözleşme olmasına rağmen, sözleşmenin içeriğine göre taraflardan beklenen fedakârlık yapılmış olsa bile, mevcut olmaması veya gerçekleşmemesi durumunda işlemin amacına ulaşamamasına neden olan durumlardır.¹³⁵

Locher'in söz konusu yaklaşımında, şartlardaki değişiklik durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin gerekçesi, tarafların düşüncelerinin gerçekleşmemesi değil, sözleşme amacının ortadan kalkmasıdır. Dolayısıyla taraflar, sözleşme kurulurken sözleşme amacını düşünmemiş olsalar bile, şartların değişmesi durumunda bu amaca ulaşamaz ise, sözleşmeye müdahale edilebilecektir. Buna bağlı olarak, bu yaklaşım temelinde işlem temeli öğretisinin uygulama alanı, sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca düşünülmeyen durumları da kapsamaktadır. Bu bakımdan, işlem temeline ilişkin objektif nitelikteki öğretilerin gelişmesi bakımından küçük ama önemli bir adımdır.¹³⁶ Ancak, *Locher*'in objektif nitelikteki bu yaklaşımı, *Oertmann*'in öğretisinin aksine, içtihatlar ve doktrin tarafından kabul edilmemiştir. Buna, özellikle *Locher*'in “sözleşmenin amacı”na yaptığı vurgu neden olmuştur. Çünkü Alman hukukunda hâkim görüşe göre¹³⁷, şirket sözleşmeleri dışında, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede ortak sözleşme amacından ziyade her bir tarafın diğeri ile çatışan kendi amacı vardır. Bu nedenle, işlem temeli sorununun objektif ölçüler esas

¹³⁴ “Sözleşmenin amacı” ifadesi, *Locher*'den daha önce devletler hukuku temelinde *Kaufmann* tarafından ortaya atılmıştır. *Kaufmann*'a göre, her sözleşmenin türü ve niteliğinden kaynaklanan asıl amacı vardır. Sözleşmenin taraflarının ise, bu asıl amaca ilişkin olarak iradeleri (*Wirkungswille*) vardır. İşte bir sözleşmede tarafların yükümlülükleri, bu asıl amacın gerçekleşmesi temelinde sınırlıdır. Bu nedenle, şartların değişmesi nedeniyle bu amaç tehlikeye düşecek olursa, sözleşmeye müdahale edilmesi gerekir (bkz., **Kaufmann**, s. 107). *Kaufmann*'ın bu görüşünün, sadece devletler hukukuna ilişkin sözleşmelere ilişkin olduğu gerekçesiyle özel hukuk karakterli sözleşmeler bakımından uygulanamayacağı savunulmaktadır. Bkz., **Larenz**, (*Geschäftsgrundlage*), s. 12 vd.; **Fikentscher**, s. 8.

¹³⁵ **Locher**, AcP 121, s. 1, 71 vd.

¹³⁶ **Larenz**, (*Geschäftsgrundlage*), s. 12 vd.; **Wieling**, Jura 1985, s. 507; **Köbler**, s. 97; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 49; **Emmerich**, § 27, Nr. 16; **Bender**, s. 21; **Reiter**, s. 29 vd.

¹³⁷ Özellikle: **Kegel**, s. 189, 197 vd., 200; **Flume**, (*Rechtsgeschäft*), s. 217; **Köhler**, s. 126 vd.; **Fikentscher**, s. 10 vd.; **Haarmann**, s. 24; **Chiotellis**, s. 30; **Emmerich**, § 27, Nr. 16; **Ehmann/Sutschet**, s. 167 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 180; **Reiter**, s. 34; **Bender**, s. 21.

alınmak suretiyle normatif bir bakış açısıyla ele alınması doğru olmakla birlikte, bu ölçünün “ortak sözleşme amacı”ndan hareketle belirlenmesi isabetli değildir.

b. Larenz’in Görüşü

Larenz, işlem temeli sorununu İkinci Dünya Savaşı’nın ardından yayınladığı monografik çalışmasında incelemiştir. Bu çalışmasında, işlem temelinin, s ü b j e k t i f işlem temeli¹³⁸ ve objektif işlem temeli¹³⁹ olarak ikiye ayırmaktadır.¹⁴⁰

Larenz’e göre¹⁴¹, “sözleşme kurulduğu sırada saik sürecinde rol oynayan ve tarafların her ikisini de etkileyen ortak nitelikteki düşünce ve beklentiler, s ü b j e k t i f işlem temelidir”. Buradaki düşünceler, hali hazırdaki bir duruma ilişkin; beklentiler, gelecekte gerçekleşeceği düşünülen olaylara ilişkindir. Somut olayda bu düşünceler ve beklentiler gerçekleşmezse, yani taraflar saik hatasına düşerlerse, somut olayda “sübjektif işlem temelinin eksikliği (yani, çökmesi)” söz konusu olur.¹⁴² Bu bakımdan sübjektif işlem temeli, tarafların düşüncelerinin gerçekleşip gerçekleşmemesiyle, yani, ortak saik hatasıyla ilgilidir.¹⁴³

Larenz’e göre¹⁴⁴, sübjektif işlem temelinin eksikliği için, düşünce veya beklentilerin sadece bir tarafın iradesinin oluşumunu etkilemiş olması yeterli değildir.

¹³⁸ (Sübjektive Geschäftsgrundlage).

¹³⁹ (Objektive Geschäftsgrundlage).

¹⁴⁰ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 51, 184; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 322 vd.

¹⁴¹ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 17.

¹⁴² Örneğin, “geçit töreni olayı”nda bir kralın taç giyme töreni nedeniyle belirli bir zamanda belirli bir caddede yapılacak olan bir tören alayı geçişi vesilesiyle o caddenin sakinleri evlerinin balkon ve pencerelerini geçit töreninin izlemek isteyenlere kiralamışlardır. Ancak daha sonra geçit töreni iptal edilmiştir. Yine, bir başka olayda, bir şehirde fuar veya kongre yapılması öngörülmektedir. Bu nedenle, organizatörler gelecek ziyaretçilerden kendilerine başvurular için şehrin sakinlerinden odalarını kiralamak istediklerini duyurmuşlardır. Bunun üzerine bazı sakinler söz konusu organizatörlere odalarını kiralamışlardır. Ancak, son anda fuar veya kongre iptal edildiği için ziyaretçiler gelmemişlerdir. *Larenz*’e göre, her iki olayda da tarafların o r t a k hataları hali hazırdaki bir duruma ilişkin olmayıp gelecekteki bir duruma ilişkindir. Çünkü hem odayı kiralayanlar hem de kiracılar, söz konusu kira sözleşmesini geçit töreninin veya fuar ya da kongrenin gerçekleşeceği b e k l e n t i s i ile yapmışlardır. Ancak, fuar veya kongrenin yapılmaması, taraflar bakımından sübjektif işlem temelinin eksikliğine neden olmuştur. Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 47 vd., 51.

¹⁴³ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 20 vd.

¹⁴⁴ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 51, 184.

Aynı şekilde, bunun sadece diğer tarafça bilinebilir olması veya gerçekten bilinmesi ve ancak itiraz edilmemesi de yeterli değildir. Çünkü her bir taraf, kural olarak kendi düşüncesinin gerçekleşmemesinin rizikolarını bizzat kendisi taşımaktadır. Dolayısıyla, somut olayda sübjektif işlem temelini eksik olması için, söz konusu düşünce ve beklentilerin her iki tarafın iradesinin oluşmasını birlikte etkilemesi gerekir. Yani, saik hatasının ortak olması gerekir.¹⁴⁵ Bundan başka, sübjektif işlem temelini eksikliğinden bahsedilebilmesi için, varsayıma dayalı olarak tarafların iradeleri yorumlandığında, tarafların her ikisinin de ortak düşünce ve beklentilerinin yanlış olduğunu bilmiş olsalardı, bu sözleşmeyi hiç yapmayacaklarının veya en azından bu içerikte yapmayacaklarının kabul ediliyor olması gerekir.¹⁴⁶

Larenz'e göre¹⁴⁷, “sözleşmenin anlamlı bir düzenleme olarak mevcudiyetini devam ettirebilmesi amacıyla varlığı ve devamı sözleşme için objektif bakımdan gerekli olan durumlar ise, objektif işlem temelidir”. Bu durumlar gerçekleşmez ise, sözleşme amaçsız, konusuz ve anlamsız hale gelir. Yani, sözleşmenin objektif işlem temeli çöker. Burada, sübjektif işlem temelinden farklı olarak, tarafların düşünce ve beklentileri ve dolayısıyla saik hataları değerlendirme dışıdır. Objektif işlem temeli, tümüyle ve sadece şartların sonradan öngörülemez surette değişmesi ile ilgilidir.¹⁴⁸ Objektif işlem temelini çökmesine, özellikle aniden patlak veren savaşlar, beklenmeyen kur dalgalanmaları ve kanun değişiklikleri neden olur.¹⁴⁹

Larenz, objektif işlem temelini ve çökmesinin şartlarına tam bir açıklık getirmemektedir. Ancak, özellikle, “denge bozulması” ve “ifa güçlüğü” ile “amaç bozulması” durumlarında objektif işlem temelini çöktüğünü kabul etmektedir.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Fuar olayından hareket edilecek olursa, bir kimse yapılacak olan kongre veya fuar için bir otel odası kiralamış olsa, bu durumda ortak bir işlem temeli olmayacaktır. Çünkü otel odasını kiralayan bakımından, konunun hangi nedenden dolayı geldiği önemsizdir. Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 47.

¹⁴⁶ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 51, 184.

¹⁴⁷ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 53, 185; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 324.

¹⁴⁸ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 52 vd.

¹⁴⁹ **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 323.

¹⁵⁰ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 185; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 324.

Şöyle ki; *Larenz*'e göre¹⁵¹, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasında objektif bakımdan olmasa bile en azından sözleşmenin taraflarının dikkate aldığı subjektif bir denge ilişkisi vardır. Bu durum, söz konusu sözleşmenin anlamlı bir düzenleme olarak mevcudiyetini devam ettirmesinin esasıdır. Yani, objektif işlem temelidir. Somut bir sözleşmede bir taraf için edimler arasında başlangıçta varlığı kabul edilen bu denge ilişkisi, şartların sonradan değişmesi sonucunda artık yaklaşık olarak dahi nitelendirilemeyecek ölçüde bozulursa, bu durumda sözleşme başlangıçtaki anlamını kaybeder. Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğü anlamında objektif işlem temeli çöker. Bunun ne zaman söz konusu olduğu, matematik formülü ile belirlenemez. Bu konuda somut olaya göre hâkimin karar vermesi gerekir.

Larenz, objektif işlem temeli kapsamında amaç bozulmalarını ise, *Locher*'in “ortak sözleşme amacı” görüşünden hareketle açıklamaktadır. *Larenz*'e göre¹⁵², tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her bir taraf, kendi edimine ulaşmak amacıyla diğer tarafın ediminin yerine getirilmesine çalışır. Böylelikle bu tür sözleşmelerde tarafların kendi amaçları onların ortak amaçları haline gelir. Bu amaçlar, edimin içeriğinin belirlenmesinde veya para ediminin miktarının belirlenmesinde dikkate alınmış ise ya da her iki tarafın ortak menfaati bu amaca ulaşılması halinde gerçekleşecek ise, bu durumda tarafların ortak amaçları sözleşmenin objektif amacı haline gelir. İşte, sözleşmenin bu amacı, sözleşmenin objektif işlem temelidir. Şartların değişmesi sonucunda sözleşmenin bu amacına maddi edim imkânsız hale gelmeksizin artık ulaşamıyorsa, sözleşme, amaçsız, konusuz ve anlamsız hale gelir. Bu durumda, amaç bozulması nedeniyle sözleşmenin objektif işlem temeli çöker.¹⁵³

Larenz, subjektif işlem temelini saik sürecinin bir parçası kabul ettiği için, subjektif işlem temelinin eksikliğini, sistematik bakımdan borçlar hukukunun genel kısmındaki hata öğretisi içerisinde kabul etmektedir.¹⁵⁴

¹⁵¹ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 79.

¹⁵² Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 105 vd.

¹⁵³ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 185.

¹⁵⁴ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 18.

Oradaki kanun boşluğunu ise, sübjektif işlem temeliyle doldurmaya çalışmaktadır.¹⁵⁵ Buna bağlı olarak, sübjektif işlem temelinin eksikliği halinde, sözleşmenin iptal edilmesi gerektiği görüşündedir.¹⁵⁶ Ancak daha sonra bu görüşünü, işlem temelinin eksikliğinden olumsuz etkilenmeyen tarafın, sözleşmenin mevcut şartlarla ayakta tutulmasına hiçbir şekilde rıza göstermemesi kaydıyla sınırlandırmıştır.¹⁵⁷

Larenz'e göre¹⁵⁸ objektif işlem temeli ise, sözleşmenin tamamlanması alanındadır. Çünkü objektif işlem temelinin çökmesi durumlarını taraflar hiçbir şekilde düşünmedikleri ve buna bağlı olarak da bu durumlar için sözleşmede her hangi bir tedbir de almadıkları için ve neticede de maddi sözleşme adaleti de bozulduğu için sözleşmede tamamlanması gerekli olan bir boşluk vardır. Ancak yine tarafların bu konuya ilişkin olarak hiçbir düşünceleri de olmadığı için varsayıma dayalı taraf iradelerinden hareketle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre (BGB §§ 157, 242), sözleşme tamamlanamaz. Öte yandan, bu konuda sadece BGB § 242 hükmündeki dürüstlük ilkesinden hareket edilmesi isabetli değildir.¹⁵⁹ Bunun yerine, “kendisi tarafından” dürüstlük ilkesine ilişkin BGB § 242 hükmü ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan (BGB § 157) hareketle geliştirdiği “düzeltici sözleşme yorumu”¹⁶⁰ metoduna göre sözleşmeye müdahale edilmesi gerekir.¹⁶¹ Buna göre, işlem temelinin çökmesi durumunda dürüst ve makul kişiler gerçekleşen durumu bilmiş olsaydı sözleşmeyi başlangıçta nasıl düzenleyecek idiyse, buna uygun hukuki sonuçların uygulanması gerekir.¹⁶² Bu kapsamda, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında

¹⁵⁵ **Görk**, s. 12.

¹⁵⁶ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage-2.Baskı 1957), s. 170.

¹⁵⁷ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 170.

¹⁵⁸ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 166 vd.

¹⁵⁹ *Larenz*'in, “sadece BGB § 242 hükmü gereğince sözleşmeye müdahale edilmesinin hakkaniyet hukukçuluğundan başka bir anlama gelmediği” konusundaki açıklamaları için bkz., yuk., § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi.

¹⁶⁰ (Korrigierende Vertragsauslegung).

¹⁶¹ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 166 vd. *Larenz*'e göre, burada açıklayıcı veya sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna başvurulamamasının nedeni, objektif işlem temelinin çökmesi durumlarında tarafların gerçek veya varsayıma dayalı iradelerinin tespit edilememesidir. Bu nedenle sözleşme tamamlanamayıp sadece düzeltilebilir. Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 166.

¹⁶² **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 166.

sözleşmenin uyarlanması imkânı olduğu sürece sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilmelidir. Bu mümkün olmazsa, sözleşme sona erdirilmelidir. Amaç bozulmalarında ise, artık hiçbir şekilde amaca ulaşılması söz konusu olamayacağı için sözleşmenin uyarlanması mümkün değildir. Bu nedenle, sözleşme sona erdirilmelidir.¹⁶³

Larenz'in sübjektif işlem temeli ile hata öğretisi arasında ilişki kurması isabetlidir. Çünkü sübjektif işlem temeli, iradenin oluşum aşamasını ilgilendirmektedir. Ayrıca *Larenz*'in objektif işlem temelinin çökmesi durumunda sözleşmede tamamlanması gereken bir boşluk olduğunu tespit etmiş olması da yerindedir. Çünkü Alman hukukunda da genel olarak kabul edildiği üzere¹⁶⁴, işlem temeli öğretisinin konusu, sözleşmedeki riziko boşluklarıdır. Sözleşme boşluğunun olduğu durumlar ise, sözleşmenin tamamlanması ile ilgilidir.¹⁶⁵ Bunun dışında, gerçi yukarıda ifade edildiği üzere, Alman hukukunda en azından işlem temeli öğretisini savunan yazarlar, işlem temelinin eksikliği ya da çökmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesini, dürüstlük ilkesinin bir uygulama alanı olarak kabul etmektedirler.¹⁶⁶ Ancak, *Larenz*'in “dürüstlük ilkesinin sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi yetkisi veren düzeltici bir fonksiyonunun olmadığı” ve bu nedenle dürüstlük ilkesi gereğince sözleşmeye müdahale edilmesinin hakkaniyet içtihatçılığı anlamına geleceğine ilişkin eleştirisi, daha isabetlidir.¹⁶⁷ Tüm bunlara karşın, *Larenz*'in sistemi, özellikle objektif işlem temeli ile sübjektif işlem temeli arasında yaptığı keskin ayırım,

¹⁶³ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 185 vd.; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 329 vd.

¹⁶⁴ Bkz., aşa., § 2, II, 2, A, d. Kegel'in Görüşü. Ayrıca, bkz., aşa., § 2, II, 2, A, e. Fikentscher'in Görüşü; bkz., aşa., § 2, II, 2, B, a. Flume'nin Görüşü; bkz., aşa., § 2, II, 2, B, b. Brox ve Medicus ile Nicklisch'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri.

¹⁶⁵ Ancak Alman hukuk doktrinde bazı yazarlar, *Larenz*'in sübjektif işlem temeli ile hata öğretisi içerisinde, objektif işlem temeli ile de borca aykırılık arasında ilişki kurmasını, isabetli bulmaktadır. Örneğin: **Enneccerus/ Nipperdey**, § 177 III. 3., V.; **Pawlowski, Hans-Martin**, Nr. 565 vd.; **Stötter**, AcP 166, s. 165, 175 vd.; **Stötter**, JZ 1967, s. 150; **Wieacker**, (FS für Willburg), s. 241 vd.; **Köhler**, JA 1979, s. 499.

¹⁶⁶ Bkz., yuk., § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi.

¹⁶⁷ Dürüstlük ilkesinin sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi yetkisi veren düzeltici bir fonksiyonunun olmadığı hakkında Türk-İsviçre hukukuna ilişkin açıklamalarımız için bkz., aşa., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler.

doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁶⁸ Çünkü *Stötter*'in işaret ettiği gibi¹⁶⁹, *Larenz*'in objektif ve subjektif işlem temeli ayrımında, objektif işlem temeli, tarafların düşüncelerinin hiçbir şekilde dikkate alınmadığı ve ancak sadece şartlardaki değişikliğin dikkate alındığı durumlarla ilgilidir. Ortak saik hataları ise, sadece sözleşmenin subjektif işlem temeli ile ilgilidir. Dolayısıyla, somut olayda ortak saik hatasının olması durumunda (yani subjektif işlem temelinin çökmesi halinde), artık bu sözleşmenin objektif bakımdan çöküp çökmediği kontrol edilmeyecektir. Bu ise, objektif işlem temelinin subjektif işlem temeline göre taliliği sonucunu ortaya çıkarır. Oysa öyle durumlar vardır ki, bunlar, hem subjektif işlem temelinin eksikliği (yani ortak saik hatası) hem de objektif işlem temelinin çökmesi olarak nitelendirilebilir.¹⁷⁰ Bu nedenle, objektif ve subjektif işlem temeli arasında geçişler vardır. Buna bağlı olarak, objektif ve subjektif işlem temeli arasındaki ayrım, sınırlarının kesin olmaması halinde ve birbirlerini inkâr etmediği müddetçe doğru olabilir.¹⁷¹ Öte yandan, işlem temeli öğretisinin asıl sorunlu yeri olan ve bu bağlamda da içtihatlar tarafından işlem temelinin çökmesinin ölçüsü olarak gösterilen *beklenilmezlik kriteri*, *Larenz*'in ayrımında, yeterince açıklanmamaktadır.¹⁷² Son olarak, tıpkı *Locher* gibi, *Larenz* de “ortak sözleşme amacı”nın bulunduğunu telkin etmektedir. Oysa yukarıda da ifade edildiği gibi¹⁷³, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her bir tarafın ortak

¹⁶⁸ Bkz., **Schmidt-Rimpler**, (FS Nipperdey), s. 20; **Kegel**, s. 197 vd.; **Enneccerus/ Lehmann**, § 41 II. 4; **Esser**, JZ 1958, s. 113 vd.; **Stötter**, AcP 166, s. 163; **StaudingersKomm-Weber**, § 242 BGB, E 70; **Brox**, s. 85 vd.; **Soergel/ Siebert-Knopp**, § 242 BGB, Nr. 387; **Stötter**, AcP 166, s. 163; **Beuthien**, s. 57; **Fikentscher**, s. 9vd., 22 vd.; **Flume**, s. 513; **Flume**, (Rechtsgeschäft), s. 211 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 180; **Haarmann**, s. 26; **Chiotellis**, s. 19; **Häsemeyer**, s. 71 vd.; **Wieling**, Jura 1985, s. 508; **Schapp**, s. 73; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 211; **Emmerich**, § 27, Nr. 17; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 165; **Esser/ Schmidt**, § 24 I; **Ehmann/ Sutschet**, s. 168.

¹⁶⁹ Bkz., **Stötter**, AcP 166, s. 163.

¹⁷⁰ Örneğin, taraflar ortak bir şekilde, malın o zamanki durumuna göre haklı olarak belirli bir olayın gerçekleşmesi, -örneğin satılan arsanın inşa edilmesi için yetkili makamdan izin alınması- düşüncesinden hareket etmiş olabilirler. Böyle bir olayda, başka bir gelişme söz konusu olmuş ise, bu durumda söz konusu ortak beklentiler, *Larenz* anlamında subjektif işlem temelidir. Ancak aynı şekilde, söz konusu olayda sözleşme kurulduktan sonra şartların değişmesi durumu mevzu bahis olduğu için, *Larenz* anlamında objektif işlem temeli de olacaktır. Bkz., **Stötter**, AcP 166, s. 163.

¹⁷¹ **Stötter**, AcP 166, s. 163. Aynı yönde: **Beuthien**, s. 57; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 211; **Wieling**, Jura 1985, s. 508.

¹⁷² **Fikentscher**, s. 25 vd.

¹⁷³ Bkz., yuk., § 2, II, 2, A, a. *Locher*'in Görüşü.

değil, aksine karşılıklı ve birbirine zıt menfaatleri bulunur. Bu nedenle *Larenz*'in ortak sözleşme amacından hareket etmesi de isabetli değildir.¹⁷⁴

Larenz, kendisine yapılan bu haklı eleştiriler nedeniyle, kitabının sonraki baskılarında görüşlerinde değişikliğe gitmiştir. Öyle ki, bir olayda hem sübjektif işlem temelini hem de objektif işlem temelini bir arada bulunabileceğini ve sübjektif işlem temeli ile objektif işlem temeli arasında kesin olmayan, esnek bir ayrımın olduğunu kabul etmiştir.¹⁷⁵ Bu anlamda olmak üzere, objektif işlem temelini tarafların düşüncelerinden soyutlayarak tümüyle şartların değişmesi ile sınırlandırdığı anlayışından vazgeçmiştir. *Larenz*'in sonradan yaptığı objektif işlem temeli tanımlamasına göre¹⁷⁶: “Her sözleşme, taraflarınca –onların bunun bilincinde olup olmamasına bakılmaksızın- eksikliği halinde ilgili tarafa atfedilen amacın gerçekleşmemesine ve tarafların niyetlerinin gerçekleşmemesine neden olan belirli durumların, devam edeceği ya da mevcudiyetini koruyacağı düşüncesi altında akdedilir”. Söz konusu durumlar objektif işlem temelidir.¹⁷⁷ *Larenz*'in bu tanımlamasında, salt bir şekilde şartların değişmesine bağlanan objektif işlem temeli anlayışı, tarafların niyetlerine göre onlara atfedilen amaç haline gelmektedir. Bir başka ifadeyle, objektif işlem temeli arasında sayılan olay gruplarına ilişkin olarak belirleyici olan, nihayetinde tarafların iradeleridir. Bu irade ise, tarafların sadece

¹⁷⁴ **Kegel**, s. 197; **Wieacker**, (FS für Willburg), s. 229, 252 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 180; **Beuthien**, s. 151; **Fikentscher**, s. 10 vd., 26 vd.; **Köhler**, s. 126 vd.; **Emmerich**, § 27, Nr. 17; **Ehmann/ Sutschet**, s. 167 vd.; **Esser/ Schmidt**, § 24 I; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 165.

¹⁷⁵ Bkz., **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 327. Bu anlamda olmak üzere *Larenz*, geçit töreni olayında hem objektif işlem temelini hem de sübjektif işlem temelini bir arada bulunduğunu kabul etmiştir. Şöyle ki, *Larenz*'e göre, bu olayda her iki taraf görünüş itibarıyla amaca ulaşılabilirlikten hareket etmişlerdir. Ancak daha sonra, şartların öngörülemez surette değişmesine bağlı olarak alacaklının kullanım amacı çökmüştür. Ayrıca sübjektif işlem temelini mevcudiyeti de söz konusudur. Çünkü kiralamanın sadece gerçekleşeceği düşünülen geçit törenine ilişkin olarak yapılması, her iki tarafın da sözleşmenin yapıldığı anda bilincinde oldukları bir durumdur. Dolayısıyla sübjektif ve objektif işlem temelini unsurlarının mevcudiyeti, birbirini ortadan kaldırmaz, aksine, her iki olay bir arada bulunabilir. Bkz., **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 327; **Larenz/ Wolf**, (1997), § 38, Nr. 22; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 15.

¹⁷⁶ Bkz., **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 297, 329 vd.

¹⁷⁷ *Larenz*, tanım vermekle birlikte, bu tanımının unsurlarını ortaya koy(a)mamaktadır. Ayrıca, *Larenz*, söz konusu tanımını da yine aynı temelde olmak kaydıyla daha sonra düzeltmiştir. Bu tanımına göre: Mevcudiyeti ve anlamı sözleşmede özü gereği şart olan durumlar objektif işlem temelidir. Sözleşme kurulurken tarafların bunun bilincinde olup olmaması, önemli değildir. Fakat *Larenz*, bu tanımına ilişkin olarak da daha başka bir açıklama yapmamaktadır. Bkz., **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 324.

gerçek iradelerine göre değil, dürüstlük ilkesine göre yapılacak sözleşmenin düzeltici yorumuyla çıkarılan varsayıma dayalı iradelerine göre belirlenir.¹⁷⁸

Larenz, bu şekilde görüşlerini değiştirmiş olsa bile, *Teichmann*'ın işaret ettiği üzere¹⁷⁹, *Larenz*'in ayrımının hukuki sonuçları en nihayetinde aynıdır. Yani, her iki durumda da sözleşmenin ya sona erdirilmesi ya da sözleşmenin uyarlanması gerekir. Bu nedenle, objektif ve sübjektif işlem temeli arasında yapılan ayrımın pratik bakımdan bir önemi yoktur. Ancak, *Larenz*'in objektif ve sübjektif işlem temeli ayrımı, Alman hukukunda kendisinden sonra bu konuda yapılan tüm çalışmaların hareket noktasını oluşturmuştur.¹⁸⁰ Aynı şekilde, reform kanununda kanun koyucu, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere¹⁸¹, gerçi BGB § 313 hükmünde, sübjektif ve objektif işlem temeli arasında *Larenz*'in başlangıçta yaptığı gibi keskin bir ayrım yapmamıştır. Ayrıca, *Larenz* tarafından işlem temelinin bozulması durumunda dürüstlük ilkesine göre sözleşmeye müdahale edilemeyeceğini savunmasına karşın, BGB § 313'ün gerekçesinde, söz konusu düzenleme, dürüstlük ilkesinin özel bir uygulama alanı olarak kabul edilmektedir.¹⁸² Bütün bunlara karşın kanun koyucu, *Larenz*'in, ortak saik hatalarını, sözleşmenin sübjektif işlem temelinin eksikliği; denge bozulması, ifa güçlüğü ve amaç bozulmalarını ise sözleşmenin objektif işlem temelinin çökmesi olarak nitelendirdiği görüşünü, önemli ölçüde benimsemiştir.¹⁸³

c. Lehmann'ın Görüşü

Lehmann, işlem temeli öğretisinin çözüm bulmaya çalıştığı sorunların üstesinden gelebilmek amacıyla, tıpkı *Larenz* gibi ama başka bir formülasyonda, hem tarafların iradelerinin (yani sübjektif) hem de objektif (yani normatif) bir bakış açısının bir arada toplanması gerektiğini savunuyor. Bu amaçla işlem temeline ilişkin tüm durumları

¹⁷⁸ Ehmann/ Sutschet, s. 168.

¹⁷⁹ Bkz., **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 212.

¹⁸⁰ **Reiter**, s. 136.

¹⁸¹ Bkz., aşa., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme.

¹⁸² Bkz., aşa., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme.

¹⁸³ Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 175.

(objektif ve sübjektif unsurları), kendisinin “Vereinigungsformel” adı verdiği bir sistem içerisinde tek bir çatı altında formüle etmek istemektedir.

Lehmann'a göre¹⁸⁴, sözleşmenin diğer tarafı dürüstlük kuralları ile sözleşmenin amacı dikkate alındığında “sorunlu durumu” sözleşmenin şartı haline getirecekse veya sözleşmenin kurulduğu zaman belirsiz olan durumları dikkate almış olsaydı “dürüst bir şekilde” düşünüldüğünde sözleşmenin şartı haline getirmesi gerekiyordu denilebiliyorsa, bu durum, işlem temelidir. Daha açık bir ifade ile¹⁸⁵, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durumdan yeni yarar sağlayan taraf, sözleşme kurulduğu sırada değişen veya beklenilmeyen böyle bir durumu aynı durumda olsaydı kendisi hukuki işlemin şartı yapacak idiyse veya dürüst bir şekilde düşünüldüğünde yapması gerekiyordu denilebiliyorsa, bu durum, işlem temelidir. Bir başka ifadeyle, *Lehmann*'ın formülünde beyan sahibine ait olan saikin işlemin temeli (yani, *Windscheid* anlamında “gelişmemiş şart) olarak kabul edilmesinin nedeni, muhatabın buna itiraz etmemesi değil; “dürüst bir şekilde düşünüldüğünde” muhatabın aynı şartlarda bu saiki şart olarak kabul etmesinin gerekmesidir. Tüm bunlardan hareketle, *Lehmann*'ın formülü, “işlem temeli şart değildir; ancak, “dürüst bir şekilde” düşünülmüş olsaydı, şart olarak kararlaştırılması gerekirdi” şeklinde özetlenebilir.¹⁸⁶

Lehmann, söz konusu formülünde “dürüst bir şekilde” kavramını bir unsur haline getirerek, *Windscheid*'in ve *Oertmann*'ın öğretisine objektif bir nitelik kazandırmaktadır. Böylelikle, bu öğretilerin eksikliğini bir yönüyle gidermektedir.¹⁸⁷ Ancak, *Lehmann*'ın bu formülünün de temel sorunları vardır. İlk olarak, *Lehmann*'ın bu formülü, kapsam alanı itibarıyla oldukça geniştir. Çünkü birçok olay bakımından, “dürüst bir şekilde” düşünüldüğünde, “alacaklının, borçlunun belirli bir zamanda ifa yeteneğinin olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapması gerekirdi” denilmesi mümkündür. Bu durumda ise, bu formülün, işlem temelinin uygulama alanını borca

¹⁸⁴ Bkz., *Enneccerus/ Lehmann*, § 41 II 4; Aynı yönde: *Soergel/ Siebert-Knopp*, § 242 BGB, Nr. 387.

¹⁸⁵ Bkz., *Ehmann/ Sutschet*, s. 165.

¹⁸⁶ Bkz., *Soergel-Teichmann*, § 242 BGB, Nr. 213; *Reiter*, s. 154.

¹⁸⁷ *Fikentscher*, s. 13; *Haarmann*, s. 29; *Wieling*, Jura 1985, s. 508; *Soergel-Teichmann*, § 242 BGB, Nr. 213; *Ehmann/ Sutschet*, s. 165.

aykırılığa ilişkin kanuni düzenlemeleri de kapsayacak şekilde genişletme tehlikesi ortaya çıkar. Dolayısıyla, *Lehmann*'ın formülünde işlem temeli ile borca aykırılık arasındaki sınırın somutlaştırıcı unsurları eksiktir.¹⁸⁸ Ayrıca, hukuki anlamda şarta benzeyen bu sistemin, hukuki sonuçları bakımından, şarttan farklı olarak uyarlamayı kabul etmesi, tutarlı değildir.¹⁸⁹

d. Kegel'in Görüşü

Kegel, 1953 yılında 40. Alman Hukukçular Günü nedeniyle hazırladığı makalesinde, işlem temeli öğretisine ilişkin farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. *Kegel*'e göre¹⁹⁰, işlem temeli öğretisi, gerçekleşen rizikoya kimin katlanması gerektiği sorunu ile ilgilenir. Yani bu öğretinin konusu, mevcut veya gelecekte gerçekleşecek tehlike ya da zarara katlanıp katlanmama sorunudur. Burada her bir taraf, kural olarak kendi zararına kendisi katlanması gerekir. Çünkü her sözleşme risklidir ve hatta riskli olması da özelliği gereğidir.

Böylelikle *Kegel*, sözleşme rizikosu düşüncesine, esaslı surette ilk işaret eden yazarlardandır.¹⁹¹ Öte yandan *Kegel*, daha önceki işlem temeli öğretisine ilişkin olarak ortaya atılan görüşlerden farklı olarak, bir bozulmanın taraflarca düşünülüp düşünülmemeyeceğine veya taraflarca öngörülüp öngörülmediğine göre bir ayırım yapmamaktadır. Bundan başka O, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesini, tarafların hatasına da dayandırmamaktadır. Bunun yerine, tehlikenin ya da rizikonun gerçekleşmesine neden olan olayın türüne ve bozulmanın kapsamına göre, “k ü ç ü k işlem temeli” ve “b ü y ü k işlem temeli” ayırımı yapmaktadır.¹⁹²

¹⁸⁸ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 213.

¹⁸⁹ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 213. Öte yandan *Sirmen*, şart ile işlemin temelini teşkil eden düşünceler arasında teorik olarak önemli farklar bulunmasına kabul etmekle birlikte, işlem temeli teorisi ile amaçlanan sonuca bazen şartla da ulaşmanın mümkün olduğu görüşündedir. Bkz., **Sirmen**, s. 96 vd.

¹⁹⁰ Bkz., **Kegel**, s. 199 vd.

¹⁹¹ Bkz., **Haarmann**, s. 32.

¹⁹² **Kegel**, s. 201 vd.

Kegel, sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendiren şartlardaki olağan nitelikteki tüm değişimleri, küçük işlem temeli olarak adlandırmaktadır. Küçük işlem temeline ilişkin durumlarda, öncelikle sözleşmeye veya borca aykırılığa ilişkin düzenlemelere gidilmelidir. Burada bir çözüm bulunamaması durumunda ise, “casum sentit dominus” ilkesine göre¹⁹³ hareket edilmelidir. Küçük işlem temeli durumlarında da -kural olarak sadece ilgili sözleşme tarafını ilgilendirdiği için- her bir taraf, kendi riskine kendisi katlanmalıdır.¹⁹⁴

Kegel'e göre¹⁹⁵, tüm toplumu ilgilendiren sosyal, siyasi ve ekonomik değişiklikler (savaş, ihtilal, para ve ekonomi politikasına yönelik büyük müdahaleler) ile tabi felaketler (deprem sel baskınları vs) ise, büyük işlem temeli'dir. Tarafların hâkimiyet alanlarının dışında olması ve toplumun tamamını ilgilendirmesi nedeniyle, bu tür olaylarda gerçekleşen riskin sadece bir tarafa yüklenilmesi haksızlık olacaktır. Bu nedenle, zararın taraflarca paylaşılması gerekecektir.

İşlem temeli öğretisinin çözmeye çalıştığı sorunların *Kegel* tarafından bir riziko sorunu olarak nitelendirilmesi, hâkim görüş tarafından da kabul edilmektedir.¹⁹⁶ Ancak, *Kegel*'in ayırımında “şartların kendisi dışındaki sebeplerden dolayı değişmesinden olumsuz etkilenen taraf”, toplumsal felaket durumlarında korunurken; bireysel yıkım durumlarında gerçekleşen riskin neden olduğu zararın tamamına katlanması gerekmektedir. Yani, *Kegel*, şartların değişmesi durumlarında dürüstlük ilkesine ilişkin BGB § 242 hükmünün ve buna bağlı olarak da işlem temeli öğretisinin uygulanmasını, sadece sosyal ve tabi felaket durumları bakımından kabul etmektedir.

¹⁹³ casum sentit dominus” ilkesine göre, mala gelecek zararların veya malın tesadüfe bağlı olarak uğrayacağı zararların sorumluluğunu, her bir malik bizzat kendisi taşır. Bkz., **Yılmaz**, s. 191.

¹⁹⁴ *Kegel*, s. 199 vd.

¹⁹⁵ Bkz., *Kegel*, s. 201 vd., 204.

¹⁹⁶ Bkz., **Schmidt-Rimpler**, (FS Nipperdey), s. 21, 29; **Rüthers**, s. 46; **Wieacker**, (FS für Willburg), s. 245; **Beuthien**, s. 52; **Köhler**, s. 162 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 167 vd. 181 vd.; **Koller**, (Risikozurechnung), s. 30; **Flume**, s. 497, 498, 499, 500; **Fikentscher**, s. 22, 31, 35, 38 vd.; **Braun**, JuS 1979, s. 692; **Medicus**, (FS Flume I), s. 629 vd.; **Köhler**, JA 1979, 498; **Stötter**, AcP 166, s. 178 vd., 181; **Haarmann**, s. 34, 57 vd.; **Chiotellis**, s. 24 vd.; **Häsemeyer**, s. 68; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 826; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 295 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 214; **StaudingersKomm**, **Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 960; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 300; **Esser/Schmidt**, § 24 I 3; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 19; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 2 vd., 44 vd.; **Emmerich**, § 27, Nr. 19.

Oysa şartların değişmesinden olumsuz etkilenen taraf için, işlem temelini büyük veya küçük olması arasında bir fark yoktur. Bu nedenle, *Kegel*'in büyük işlem temeli ile küçük işlem temelini farklı hukuki sonuçlara tabi kılma görüşü, doktrinde haklı olarak reddedilmektedir.¹⁹⁷ Alman Federal Mahkemesi'nin kararları da doktrindeki görüşlere paraleldir.¹⁹⁸

e. Fikentscher'in Görüşü

Fikentscher, işlem temeli öğretisinde, sübjektif ve objektif işlem temeli ayrımı yerine, *Lehmann* gibi, soruna bütüncül olarak yaklaşmaktadır.¹⁹⁹ Bu amaçla “güven durumları öğretisini”²⁰⁰ ortaya atmıştır.

Fikentscher'e göre²⁰¹, işlem temeli öğretisi, *Kegel*'in ve *Flume*'nin işaret ettiği gibi, sadece rizikoya kimin katlanması gerektiği sorunu ile ilgilendir. Ancak, işlem temeli öğretisinin konusu, sözleşmedeki tüm riskler olmayıp, tarafların sözleşmeyle yükledikleri risklerin dışında kalan risklerdir. Daha açık bir ifadeyle, gerçekleşen rizikonun sözleşmeyle bir tarafa yüklenemediği risklerdir. Yani, sözleşme boşluğunun konusu olan risklerdir. Dolayısıyla, işlem temeli öğretisinin fonksiyonu, rizikoya ilişkin söz konusu sözleşme boşluğunun doldurulmasıdır. Ancak işlem temeli öğretisinin bu fonksiyonu yerine getirebilmesi için, öncelikli olarak tarafların yaptıkları sözleşme ile hangi riskleri üstlendikleri tespit edilmelidir. Böylelikle, hangi risklerin sözleşmenin içeriği olduğu hangi risklerin ise işlem temelini konusu olduğu tespit edilebilecektir. Ancak bu konuda işlem temeli öğretisi yetersizdir. Çünkü bu öğreti, rizikonun paylaşılmasını yeterince göz önünde bulundurmamaktadır.²⁰² Bu

¹⁹⁷ Bkz., **Haarmann**, s. 28 vd.; **Wieling**, Jura 1985, s. 508; **Köhler**, JA 1979, s. 499; **Bender**, s. 35; **Brockmeyer**, s. 39; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 152. Ancak son zamanlarda şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin şartını “sadece” sosyal bir felaketin (yani *Kegel* anlamında büyük işlem temeli durumlarının) gerçekleşmesi şartına bağlamak isteyen yazarlar da vardır. Bu yazarlar arasında özellikle *Littbarski* (bkz., **Littbarski**, JZ 1981, s. 8, 13) ve *Bischoff* bulunmaktadır (bkz., **Bischoff**, s. 181 vd. 184 vd.).

¹⁹⁸ Bkz., a.ş.a., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş.

¹⁹⁹ **Fikentscher**, s. 11, 13, 35, 42 vd., 47.

²⁰⁰ (Theorie von den Vertrauensumstände).

²⁰¹ Bkz., **Fikentscher**, s. 35.

²⁰² **Fikentscher**, s. 11, 35, 42, 47.

eksiklik, bu öğretinin yerine işlem temeli sorununa bütüncül bir yaklaşım ortaya koyan güven durumları öğretisinin ikame edilmesiyle giderilebilir.²⁰³

Fikentscher'e göre²⁰⁴, güven durumları öğretisinde gerçekleşen rizikonun taraflardan birisine yüklenilip yüklenilmeyeceğinin tespitinde, tarafların düşünceleri dışında başka hiçbir objektif değer ölçüsünden yararlanılamaz. Burada, alacaklı ve borçlu bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Bu amaçla, temelde iki basamaklı bir sistemden yararlanılması gerekir. Bu sisteme göre, sorunun saptanması aşamasında, borçlu veya alacaklının neye güvendiklerini ve bu güvenlerinde hayal kırıklığına uğrayıp uğramadıkları sorgulanmalıdır. Değerlendirme aşamasında, alacaklının veya borçlunun hayal kırıklığına uğrayıp uğramadıkları; uğramışlarsa, bu şartlar altında sözleşmeyle bağlı kalmanın beklenilmez olup olmadığı tespit edilmelidir. Beklenilmezliğin tespitinde, olaya uygulanacak tamamlayıcı nitelikte kanun hükümlerinin bulunup bulunmadığı kontrol edilmelidir. Bu anlamda olmak üzere, karşılaşılan bir durumda öncelikle hata nedeniyle iptale ilişkin BGB §§ 119 vd. hükümleri denetlenmelidir. Aynı şekilde, imkânsızlığa ilişkin hükümler ile Alman Medeni Kanunu sistemi içerisindeki diğer müesseselerin işleyip işlemediği de kontrol edilmelidir. Tüm bu denetimin sonunda gerçekleşen riskler sözleşmeyle veya tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümleriyle bir tarafa yüklenemiyorsa, gerçekleşen riziko, sözleşmeyle yüklenen riziko alanının dışındadır. Yani, rizikoya kimin katlanması gerektiğine ilişkin bir sözleşme boşluğu vardır. Bundan böyle, gerçekleşen bozulma nedeniyle borçlunun sözleşmeyle bağlı kalması beklenilemez. Sorun, artık dürüstlük ilkesine ilişkin BGB § 242 hükmü kapsamında işlem temeli öğretisinin dolayısıyla da güven durumları öğretisinin konusudur. Bu andan itibaren, sözleşmenin uyarlanması imkânı olmadığı sürece sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gidilmelidir.²⁰⁵

Güven durumları öğretisine göre, alacaklı ve borçlu bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması, doktrinde ve içtihatlarda genel bir kabul

²⁰³ Bkz., **Fikentscher**, (Schuldrecht), (§ 27 VI 2), Nr. 176- 195.

²⁰⁴ Bkz., **Fikentscher**, (Schuldrecht), (§ 27 IV 2), Nr. 196-197.

²⁰⁵ **Fikentscher**, (Schuldrecht), (§ 27 IV 2), Nr. 197; **Fikentscher**, s. 35.

g ö r m e m i Ő t i r .²⁰⁶ Ancak *Fikentscher*, i Ő lem temeli ö ğ retisine oldukça önemli katkıları olmu Ő tur. Ő ö yle ki; i Ő lem temeli ö ğ retisinin en sorunlu yeri, s ö zle Ő menin i ğ eri ğ i ile i Ő lem temeli arasındaki ayrımın net bir Ő ekilde ortaya konulamamasıdır. Yani, ger ğ ekle Ő en bozulma ne zaman s ö zle Ő menin i ğ eri ğ idir, ne zaman i Ő lemin temelidir? *Fikentscher*, burada rizikonun payla Ő tırılması temelinde beklenilmezlik kontrolü yapmak suretiyle bunu önemli ölçüde somutla Ő tırmayı ba Ő armı Ő tır. Buna göre, somut olayda ger ğ ekle Ő en rizikoya ili Ő kin bir s ö zle Ő me bo Ő lu ğ u varsa; yani, ger ğ ekle Ő en riziko, “s ö zle Ő meyle” veya “tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere göre” taraflardan birine y ü k l e n e m i y o r s a , bor ğ lunun borcunu ifa etmesi kendisinden beklenilemez; e Ő zamanlı olarak da, ger ğ ekle Ő en riziko artık i Ő lem temeli ö ğ retisinin konusunu olu Ő turur. Ger ğ i, i Ő lem temeli ö ğ retisinin uygulama alanına giren durumlarda bir s ö zle Ő me bo Ő lu ğ u oldu ğ u, *Fikentscher*’den önce de kabul edilmekteydi.²⁰⁷ Ancak, *Fikentscher*, *Kegel*’den sonra uzunca bir süre sadece tali bir önem atfedilen riziko dü Ő uncesini, *Flume*’nin ardından yeniden merkez konuma getirmek suretiyle, “beklenilmezlik” denetiminin somut unsurlarını; yani, hangi risklerin s ö zle Ő menin i ğ eri ğ i, hangi risklerin ise i Ő lemin temeli oldu ğ unu ortaya koymayı ba Ő armı Ő tır. Dolayısıyla, i Ő lem temeli sorununun ç ö zümünde dogmatik bakımdan önemli bir ilerleme sa ğ lanmı Ő tır.²⁰⁸ İ Ő lem temeli ö ğ retisinin konusunun “riziko” olarak somutla Ő tırılması, doktrinde genel olarak kabul görmü Ő tür.²⁰⁹ Ayrıca, Alman Federal Mahkemesi, i Ő lem temeli ö ğ retisinin uygulama alanının belirlenmesi konusunda rizikonun payla Ő tırılmasını ölçü alan bu anlayı Ő a “belirleyici” bir önem atfetmektedir.²¹⁰ Tüm bunların dı Ő ında, i Ő lem temeli ö ğ retisinin kanunla Ő tı ğ ı reform

²⁰⁶ Bkz., *Haarmann*, s. 33; *Chiotellis*, s. 26 vd.; *Ulmer*, AcP 174, s. 183.

²⁰⁷ Bkz., *Oertmann*, s. 38 vd.; *Larenz*, (Geschäftsgrundlage), s. 18 vd., 20 vd.; *Schmidt-Rimpler*, (FS Nipperdey), s. 21, 29; *Kegel*, s. 200 vd.; *Soergel/Siebert-Knopp*, § 242 BGB, Nr. 390; *Beuthien*, s. 52 vd.; *Köhler*, s. 141, 168 vd., 202; *Ulmer*, AcP 174, s. 183; *Brox*, JZ 1966, s. 766; *Flume*, s. 525 vd. (en azından b ü y ü k i Ő l e m t e m e l i n e i l i Ő k i n o l a y l a r i ğ i n). İ mparatorluk Mahkemesi dahi 1922 tarihli kararında Ő artların de ğ i Ő mesine ili Ő kin olarak i Ő lem temeli ö ğ retisinin konusuna giren s ö zle Ő me bo Ő lu ğ unun BGB § 242 hükmüne göre doldurulması gerekti ğ ine i Ő aret etmektedir. Bkz., RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 vd. (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei).

²⁰⁸ *Emmerich*, § 27, II 1 Nr. 18 vd.

²⁰⁹ Bkz., a Ő a., § 3, I, 2. İ Ő lem Temelinin S ö zle Ő me Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutla Ő tırılması.

²¹⁰ Bkz., a Ő a., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi’nin Kabul Etti ğ i Görü Ő .

kanununun BGB § 313 hükmünde, beklenilmezlik denetiminde rizikonun paylaşılmasına özellikle vurgu yapılmaktadır.²¹¹

B. İşlem Temeli Öğretisini Reddeden Görüşler

İşlem temeli öğretisini reddeden görüşler, işlem temeli öğretisinin uygulama alanına giren konularda dürüstlük ilkesine ilişkin BGB § 242 hükmünün ve bu ilkeden hareketle geliştirilen işlem temeli öğretisinin hiçbir şekilde sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olamayacağını savunmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, bu alanda esas itibariyle iki önemli görüş bulunmaktadır.

a. Flume'nin Görüşü

İşlem temeli öğretisine en sert eleştiriyi *Flume* getirmektedir. *Flume*, konuyu gerçek ile hukuki işlem²¹² arasındaki ilişki temelinde ele almaktadır.

Flume'ye göre²¹³, işlem temeli öğretisi -saik hatasında olduğu gibi- sözleşmenin “gerçeğe” yanlış bir şekilde dayandığı veya -denge bozulması, ifa güçlüğü ve amaç bozulmalarında olduğu gibi- “gerçeğin” sonradan değiştiği durumlarda “gerçeğin rizikosu”na kimin katlanması gerektiği sorunuyla ilgilenir.²¹⁴ Yani, tıpkı *Kegel*'in işaret ettiği gibi, ortada rizikoya kimin katlanması gerektiği sorunu vardır. Ancak, bu sorunla, yalnızca işlem temeli öğretisi ilgilenmez. Buna ilişkin olarak Alman Medeni Kanunu sistemi içerisinde çok sayıda enstrüman vardır. Bu anlamda olmak üzere, imkânsızlığa ilişkin düzenlemeler, hasarın geçişine ilişkin düzenlemeler, şartların değişmesi nedeniyle dönme hakkına ilişkin düzenlemeler, önemli nedenlerden dolayı

²¹¹ Bkz., aşa., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme. Tüm bu durumlara karşın, rizikonun paylaşılmasını merkeze koyan bu yaklaşım, *Larenz* tarafından eleştirilmektedir. *Larenz*'e göre, işlem temeli sorunu salt bir şekilde rizikonun paylaşılması temelinde değerlendirilirse, gerçekleşen rizikonun bir tarafa yüklenilmesine karşın, söz konusu riskin ilgili tarafa yüklenilmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğu durumlarda, işlem temeli öğretisi artık bir çözüm ortaya koyamayacaktır. Bkz., *Larenz*, (Schuldrecht), § 21 II, s. 323.

²¹² (Wirklichkeit und Rechtsgeschäft).

²¹³ Bkz., *Flume*, s. 498-501; *Flume*, (Rechtsgeschäft), s. 208, 218. *Flume*, bu görüşlerini *Fikentscher*'in yaklaşımından çok daha önce 1960 yılındaki makalesinde (bkz., *Flume*, (Rechtsgeschäft), s. 135 vd.) açıklamıştır. Ancak, konu bütünlüğü oluşturması bakımından, *Flume*'nin görüşleri “İşlem Temeli Öğretisini Reddeden Görüşler” başlığı altında ele alınmıştır.

²¹⁴ Buradaki kullanıldığı anlamıyla “gerçek” kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşa., § 3, I, 2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması.

fesih hakkına ilişkin düzenlemeler, maddi ve hukuki ayıplara ilişkin düzenlemeler, bağışlayanın yoksullaşması nedeniyle dönme hakkına ilişkin düzenlemeler vs., bunlar arasında özellikle sayılabilir. Tüm bu durumlarda, “gerçeğe” dayanmayan sözleşmenin “gerçeğe” uydurulması, söz konusudur. Bu enstrümanlar, şimdiye kadar “gerçeğe” dayanmayan sözleşmenin gerçeğe uydurulması konusunda sorunsuz bir şekilde uygulanabilmiştir. Dolayısıyla, işlem temeli öğretisinin konusunu oluşturan sorunların çözümü de yine Alman Medeni Kanunu sistemi içerisinde aranmalıdır. Burada da özellikle, somut sözleşmenin kanuni tipinden hareket edilmelidir. Bu nedenle, işlem temeli öğretisine ihtiyaç yoktur.²¹⁵ Kaldı ki, “gerçeğin rizikosu”na kimin katlanması gerektiği sorunu, işlem temeli öğretisi yardımıyla da çözümlenemez. Çünkü bu öğreti kapsamında “gerçeğin rizikosu”na kimin katlanması gerektiğine ilişkin çok sayıda olay grubu vardır. Aynı şekilde, bu sorunun konu olduğu birbirinden farklı sözleşme ilişkileri vardır. Buna bağlı olarak, her sözleşmenin tipine göre “gerçeğin rizikosu”na kimin katlanması gerektiği sorusu için birbirinden farklı çözüm yolları vardır. Dolayısıyla, işlem temeli öğretisinin çözmeye çalıştığı sorunlar, tek bir çatı altında toplanamayacak kadar çeşitlilik arz etmektedir.²¹⁶ Ayrıca, işlem temeli öğretisi, hukuki güvenliğe de zarar verir. Çünkü bu öğreti, 242 BGB hükmünden hareketle hakkaniyet düşüncesi temel alınmak suretiyle tarafları sözleşme yükümlülüklerinden sürekli bir şekilde kurtarma denemesidir. Yani, hâkim, kendi adalet düşüncesine uygun bir çözüm denemesine girmektedir. Kısaca hakim, hukuku uygulamak yerine, hakkaniyet içtihatçılığına zorlanmaktadır. Böylelikle, hukuki güvenlik tehlikeye sokulmaktadır.²¹⁷ Dolayısıyla, anılan sakıncaları ve eksiklikleri nedeniyle, işlem temeli öğretisi reddedilmelidir.²¹⁸

Flume, “gerçeğin rizikosu”na kimin katlanması gerektiği sorunu için Alman Medeni Kanunu sistemi içindeki özellikle somut sözleşmenin kanuni tipine ilişkin enstrümanların uygulanması konusunda, *Kegel*’in “küçük ve büyük işlem temeli”

²¹⁵ **Flume**, s. 497-500, 526 vd.; **Flume**, (Rechtsgeschäft), s. 237.

²¹⁶ **Flume**, s. 499.

²¹⁷ **Flume**, s. 526 vd.

²¹⁸ **Flume**, s. 525 vd.

ayrımından hareketle çözüm önerisini ortaya koymaktadır. *Flume*'ye göre²¹⁹, k ü ç ü k işlem temeline konu olan olaylar, Alman Medeni Kanunu sistemi içerisinde sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla ve borca aykırılığa ilişkin düzenlemelerle, özellikle somut olaydaki satım, kira, istisna vs. gibi sözleşmeler hakkındaki imkânsızlığa ve ayıba ilişkin düzenlemelerle, çözülebilir.²²⁰ B ü y ü k işlem temeline ilişkin olaylar ise²²¹, bunlara neden olan olayların türüne göre farklı şekillerde çözümlenebilir. Özellikle kur'da meydana gelen değişiklikler sonucunda denge ilişkisinin bozulduğu durumlarda, "gerçeğin rizikosu"nu kimin taşıması gerektiği sorusu, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla çözümlenebilir.²²² Mevzuatta meydana gelen değişiklikler ise, sözleşmenin

²¹⁹ Bkz., **Flume**, s. 497-500, 507 vd.

²²⁰ Örneğin, satım sözleşmesinde objektif imkânsızlık durumunda satıcı imkânsızlığın rizikosunu taşımaz. Sadece, karşı edim talebini kaybeder. Kanunda ifayı engelleyen başka durumların dikkate alınmamış olması, normal durumlarda ifa engellerinin sorumluluğunu satıcıya; olağanüstü durumların rizikosunu ise alıcıya verme mülahazasına dayanmaktadır. Bu bakımdan, imkânsızlık ile ifa güçlüğü durumları birbirine benzer. Ancak, her türlü ifa güçlüğü değil, sadece sözleşme kurulduğu andaki şartlara göre tümüyle tecrübe dışı ve tümüyle olağanüstü olan ve artık satıcının borcunu ifa etmesinin satıcıdan beklenilemediği ifa güçlükleri istisnai olarak dikkate alınabilir. Bunun dışında kalan ve imkânsız hale gelmeyen ifa güçlüklerinin rizikosunu ise, satıcı taşımaya devam eder. Aynı şekilde, alıcı da, satım sözleşmesi bakımından geçerli olan hukuka göre, malın kullanılabilirliğinin rizikosunu taşır. Sözleşmenin satıcı eliyle ifa edilmesinin alıcı için hâlâ bir anlamının olup olmadığı, sadece alıcıyı ilgilendirir. Ancak, alıcının sözleşmenin ifa edilmesinde hiçbir menfaatinin kalmamış olduğu durumlarda, eser sahibine eser sözleşmesinde eser tamamlanıncaya kadar her zaman fesih hakkını tanıyan BGB § 649 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, alıcıya sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınabilir (bkz., **Flume**, s. 507 vd., özellikle 509 vd.; **Flume**, (Rechtsgeschäft), s. 214). Aynı şekilde, kira sözleşmesinde de, kiralayan, kira bedelini talep edebilmesi bakımından kira konusu malın kullanılabilirliğinin rizikosunu taşır (BGB § 537). Yani, kira konusunun kullanıma uygun bulundurulmasının imkânsız hale geldiği veya olumsuz şekilde etkilendiği tüm durumların rizikosunu kiralayan taşır. Dolayısıyla, kiralananın özelliği nedeniyle veya başka nedenlerden dolayı kira konusunun kullanıma hazır bir şekilde bulundurma imkânının kalmadığı durumlarda, kiralayanın edimi imkânsız hale gelir. Bu durumda imkânsızlığa ilişkin hükümlere gidilmelidir (BGB § 275, 323). Geçit töreni olayında da (bkz., yuk., § 2, II, 2, A, b. Larenz'in Görüşü) kiralayanın ediminin imkânsız hale gelmesi söz konusudur. Çünkü bu olayda geçit töreninin yapılması, sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır. Yani, kiralayanın edimi, geçit törenin izlenmesi amacıyla evinin balkonunun kiralanmasıdır. Dolayısıyla, geçit töreni gerçekleşmez ise, kiralayanın edimi imkânsız hale gelir. Bkz., **Flume**, s. 510 vd., özellikle 512; **Flume**, (Rechtsgeschäft), s. 214.

²²¹ *Flume*, bunları sosyal durumun olağanüstü değişmesi (Änderungen der Sozialexistenz) olarak adlandırıyor.

²²² *Flume*'ye göre, örneğin uzun süreli bir sözleşmede paranın değer kaybetmesi hesaba katılmamış ise, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre, paranın değer kaybetmesi kaydının kararlaştırılmasının ihmal edilmesi, tek taraflı olarak bir sözleşme tarafının tesadüfe bağlı olarak gerçekleşen yüklerle yüklenmesi gerektiği şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir durumda, sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan hareketle, sözleşmenin uyarlanması gerekir. Paranın değer kaybetmesi kurun çökmesine neden olmuş ise ve kurun çökmesi nedeniyle ifa edilecek edim artık sözleşmeye uygun bir edim değilse, bu durumda kanun koyucunun müdahale etmesi gerekir. Öte yandan, yabancı bir para birimi esas alınmak suretiyle bir

tamamlayıcı yorumuna göre hareket edilemediği müddetçe, “casum sentit dominus” ilkesine göre, her bir tarafın sözleşme tipine özgü rizikoyu bizzat kendisi taşıması gerekir.²²³ Savaş, savaş benzeri olaylar, politik olaylar ve tabii felaket gibi büyük işlem temeline konu olan diğer olaylar için ise, Alman Medeni Kanunu sistemi içerisindeki geleneksel düzenlemeler yeterli değildir. Esasında, şartların önemli ve ağır surette değiştiği bu gibi durumlarda, sözleşmenin her iki tarafı da benzer şekilde etkilenir. Bu nedenle, hakkaniyete uygun bir sonuç elde etme imkânı da son derece zordur. Yani, bu tür durumlarda, borçlar hukuku bakımından soruna tam olarak adilane bir çözüm bulunamaz. Tek çıkar yol, somut olaya özgü hakkaniyet kararı vermektir.²²⁴

Flume'ye göre²²⁵, hesaplama temelindeki hataların tüm durumlarında veya bir edimin kararlaştırılmasında yanlış bir temelden hareket edildiği tüm durumlarda, öncelikli olarak, hukukta önemsiz kabul edilen tek taraflı bir saik hatasının mı söz konusu olduğu yoksa sözleşmenin taraflarının “birlikte” yanlış bir temelden mi hareket ettiği sorusu sorulmalıdır. İkinci durumda, ki bu durumlar sübjektif işlem temelini konu olarak kabul edilmektedir, iki sözleşme yan yanadır. Bir yanda tarafların yanlış temelden hareket ettiği sözleşme, diğer tarafta ise, buna temel teşkil

sözleşme yapılmış ise, bu durumda, yapılacak bir sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile, her bir sözleşme tarafının bilinçli bir şekilde bu kurda meydana gelecek değişikliklerin rizikosunu taşıması gerektiği sonucuna varılır. Ancak, böyle bir durumda dahi kurda meydana gelen tüm değişikliklerin sınırsız bir şekilde üstlenilip üstlenilmediği sorunu belirsizdir. Bkz., **Flume**, s. 518 vd.

²²³ Örneğin, bir satım sözleşmesi satıcı tarafından daha önce ifa edilmiş, ancak kanun değişikliği nedeniyle satımın konusu alıcı için yararsız ve anlamsız hale gelmiş olursa, bu durum, sadece alıcının taşıması gereken bir rizikodur ve satıcıyı ilgilendirmez. Bu nedenle, alıcı, satış bedelini daha önce ödemiş ise, geri isteyemez; ödemiş ise de ödemesi gerekir. Benzer şekilde, satıcı da edim ifa edilmeden önce kanun değişmiş ise, bu durumda bu edimin rizikosunu kendisi taşır. Artık satış bedelini talep edemez; kendisine daha önceden ödenen satış bedelini de iade etmesi gerekir. Öte yandan, kanun değişikliği sonucu taraflardan birisi ifa güçlüğü içerisinde düşmüş ise (örneğin içki satıcısının daha önceden satılan içkileri teslim etmeden önce vergi kanunlarındaki değişiklik sonucu sattığı içkiler için yüksek düzeyde vergi ödemek zorunda kalması durumunda [bkz., RG 19.06.1888, RGZ 21, 178 vd. (Branntweinsteuer); RG 26.09.1988, RGZ 22, 81 vd. (Branntweinsteuer)], sosyal durumun olağanüstü değişmesinin rizikosunu sözleşmenin taraflarından sadece birisine yüklenilerek sözleşmenin ifa edilmesini sağlanması haksızlık olur. Bu nedenle, satıcı, içkilerin kararlaştırılan fiyattan teslimi ile yükümlü tutulamayacağı gibi; alıcı da, içkilerin teslimini kararlaştırılan fiyata kanun değişikliği sonucunda eklenen vergi farkını ödemek şartıyla talep edebilir. Aynı şekilde, sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat ifadan önce, alışılmamış bir şekilde kanun değişikliği sonucunda edim konusunun değeri azalmış ise, alacaklı edimi kararlaştırılan bedel üzerinden almaya zorlanamaz. Bu durumda satıcı, casum sentit dominus ilkesine göre edim konusunun değersizleşmesinin rizikosunu taşımak zorundadır. Bkz., **Flume**, s. 518 vd., 520 vd.

²²⁴ **Flume**, s. 526 vd; **Flume**, (Rechtsgeschäft), s. 234 vd.

²²⁵ Bkz., **Flume**, s. 499, 501 vd., 507.

eden asıl sözleşme vardır. Bu durumda, yan yana olan söz konusu düzenlemelerden sadece birisinin mi geçerli olduğu yoksa her ikisinin de birlikte mi geçerli olduğu sorunu vardır. Yapılan yorumlama ile sözleşmelerden birinin önceliği olduğu sonucuna varılır ise, önceliği olan sözleşmeye göre hareket edilmelidir.²²⁶ Yapılan yorumlamada her iki düzenlemenin de aynı önceliğe sahip olduğu sonucuna varılır ise, bu durumda sözleşmenin taraflarından hiç birisi kendisi için uygun olmayan bir sözleşme ile bağlı kalmaya zorlanamayacağı için, sözleşmelerin her ikisinin de geçersiz olduğu kabul edilmelidir.²²⁷

²²⁶ Örneğin 1921 yılında gerçekleşen “ruble olayında (Rubelfall)”, davacı davalıya Moskova’da onun eve dönüş yolculuğu için 30.000 Sovyet Rublesi vermiş ve karşılığında da davalı tarafından verilen borç senedini almıştır. Buna göre, davalı, ana vatanına döndükten sonra iki ay içerisinde borcunu 7.500 Mark olarak ödemekle yükümlüdür. Taraflar, kredinin verildiği sırada 1 Ruble’nin 25 Pfennig’e karşılık geldiğinden hareket etmişlerdir. Oysa, sadece 1 Pfennig’e karşılık gelmektedir. Bu durumda ise, davalının ödemesi gereken borcu 300 Mark olacaktır. Yani, taraflar, ruble üzerinden ödenecek olan kredinin hesaplanmasında ruble kurunun değeri hakkında yanlış bir kurdan hareket etmişlerdir. Bu olayda İmparatorluk Mahkemesi, davalının 7.500 Mark üzerinden yükümlülük beyanında bulunması bakımından, BGB § 119/I hükmüne göre beyanın içeriği hakkında esaslı bir hataya, yani, hukuki işlemin temeli hakkında bir hataya düştüğünü kabul etmiştir. Bu nedenle, BGB § 119/I hükmüne göre borç senedinin iptaline karar vermiştir (RG 30.11.1922, RGZ 105, 406). *Flume*’ye göre, bu olayda iki sözleşme yan yanadır. Bir yanda rublenin Alman kurundaki karşılığının, yani 300 Mark’ın, geri ödemesine ilişkin karz akdi vardır. Diğer yanda ise, bu karz akdinin temel teşkil ettiği ve yanlış kurdan hareketle yapılan soyut borç ikrarına ilişkin düzenleme vardır. Bu ikinci sözleşmede ise ödenilmesi gereken meblağ, 7500 Mark’dır. Dolayısıyla, her iki düzenleme çelişkilidir. Böyle durumlarda, her iki düzenlemeden hangisinin önceliğinin olması gerektiği yorum yoluyla tespit edilecektir. Bu olayda, 7.500 Mark’ın rakamla tespiti geçerli ise, bu durumda ifa amacıyla verilen soyut borç vaadi, gerçekteki ödünç olarak verilen miktarı olan 300 Mark aştığı oranda hukuki temelden yoksun olur. Bu nedenle karz akdinin önceliği vardır. Dolayısıyla, borç sadece 300 Mark’dır. Bkz., **Flume**, s. 501. *Larenz*, bu olayı subjektif işlem temelinin eksikliği olarak nitelendirmektedir. Bkz., **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 64.

²²⁷ Örneğin “borsa kuru olayında” (RG 16.10.1918, RGZ 94, 65; RG 12.11.1918, RGZ 97, 138; RG 04.12.1920, RGZ 101, 51; RG 22.01.1927, RGZ 116, 15), ki bu olayda satılan hisse senetlerine ilişkin kurun belirlendiği kur tahtasındaki bir baskı hatası nedeniyle her iki taraf da kur tahtasındaki “yanlış” fiyattan hareket etmişlerdir, *Flume*’ye göre, burada satım sözleşmesi birbiri ile çelişen iki düzenleme içerir: Bir yanda kararlaştırılan fiyattan yapılan sözleşme vardır. Öbür yanda ise, herkes borsaya kayıtlı bir malın satılması durumunda gerçek kur üzerinden sözleşme yapma iradesinde olacağı için, gerçek borsa kurunun temel alınmasıyla yapılan sözleşme vardır. Bu tür olaylarda her iki sözleşmenin birbirine üstünlüğünden değil, birbirine eşitliğinden bahsedilir. Yani, birine öncelik tanınmasını gerektirecek bir neden yoktur. Çünkü kararlaştırılan fiyatın kalması durumunda, borsa kurunun yüksek olması durumunda satıcı; borsa kurunun düşük olması durumunda ise alıcı zararda olacaktır. Böyle olmayıp da gerçek borsa kuru üzerinden satım sözleşmesinin geçerli olduğunun kabul durumunda ise, rakam olarak kararlaştırılan fiyata göre öncelikli olarak borsa kurunun esas alınması gerekecektir. Bu durumda ise, kararlaştırılan fiyat üzerinden sözleşme yapıldığının kabulü aksine bundan olumsuz etkilenen tarafın sözleşmeyle bağlı kalmak isteyip istemeyeceği önem taşıyacaktır. Ancak, neticede her iki durumda da taraflardan hiç birisi diğer taraf için uygun olan düzenleme ayakta tutulurken kendisi için uygun olmayan düzenlemenin ayakta tutulmasına rıza göstermeye zorlanamaz. Bu nedenle, taraflar birlikte çelişkili düzenlemeden birisinin ayakta tutulmasına rıza göstermediği sürece, her iki sözleşmenin de geçersiz (hinfallig) kabul edilmesi gerekir. Bkz., **Flume**, s. 499, 502 vd.

Flume'nin, tıpkı *Kegel* gibi, işlem temeli sorununu gerçekte bir riziko sorunu olarak nitelendirmesi, hâkim görüş tarafından isabetli bulunmaktadır.²²⁸ Aynı şekilde, *Flume*'nin Alman Medeni Kanunu sistemi içerisinde somut sözleşmeye ilişkin hataya ve borca aykırılık hakkındaki düzenlemelerin ve özellikle sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun uygulanma kabiliyetini yeniden gündeme getirmesi, yerindedir.²²⁹ Ayrıca, işlem temeli öğretisinin çözüm bulmaya çalıştığı sorunların tek bir çatı altında toplanamayacak kadar çeşitlilik arzettiği eleştirisi de isabetlidir.²³⁰ Ancak, *Flume*'nin, işlem temelinin bozulması durumlarında BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesi gereğince sözleşmeye müdahale edilmesinin hakkaniyet içtihatçılığı sonucunu doğuracağı yönündeki tenkitleri haklı olsa bile, işlem temeli öğretilerine ilişkin *Flume*'nin alternatif çözüm önerisi, tatmin edici olmaktan uzaktır. Çünkü *Flume*, bir yandan işlem temeli öğretisinin uygulama alanına ilişkin olarak kanundaki ve sözleşmedeki enstrümanların yeterli olduğunu savunurken, öte yandan kendisinin de bizatihi kanun ve sözleşme boşluğu olarak kabul ettiği “büyük işlem temeline ilişkin olaylar” için, “hakkaniyet kararına” dayanmaktan başka çözüme işaret edememektedir. Bu ise esaslı bir eksikliklerdir.²³¹ Kaldı ki, *Flume*'nin işaret ettiği enstrümanlar çözüm önerisi olarak yeterli kabul edilse bile, bu enstrümanlar, hukuki sonuçları itibarıyla, işlem temeli öğretisinin hukuki sonuçlarını (uyarlama, fesih) tam olarak karşılayamaz. Tamamlayıcı yorumla dahi, her durumda bu sonuçlara ulaşamaz.²³² Ayrıca, saik hatalarının söz konusu olduğu durumlarda yorum yoluyla çelişkili olduğu kabul edilen iki düzenlemeden birine öncelik verilemediği durumlarda, tarafların her ikisinin de kendisi için uygun olmayan

²²⁸ Bkz., yuk., § 2, II, 2, A, d. *Kegel*'in Görüşü. Ayrıca bkz., aşağı, § 2, II, 2, C. *Chiotellis*'in İşlem Temeli Öğretisinin Uygulama Şartlarına İlişkin Tespitleri

²²⁹ **Fikentscher**, s. 13; **Nicklisch**, BB 1980, s. 949 vd.; **Wieling**, Jura 1985, s. 508 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 221; **Emmerich**, § 27, Nr. 19; **Bender**, s. 33; **Reiter**, s. 146 vd. *Flume*'nin işlem temeli öğretisinin çözmeye çalıştığı durumlara ilişkin olarak özellikle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna işaret etmesi, daha sonra bu öğretiyi reddeden *Brox* ve *Medicus* gibi yazarların görüşlerine ışık tutmuştur. Bkz., **Brox**, JZ 1966, s. 761 vd.; **Medicus**, (FS *Flume* I), s. 636 vd.

²³⁰ **Brox**, JZ 1966, s. 766 vd.

²³¹ **Brox**, JZ 1966, s. 766; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 960.

²³² İşlem temeli öğretisi yerine sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun uygulanabilirliği hakkındaki tartışmalar için bkz., hemen aşağı, § 2, II, 2, B, b, *Brox* ve *Medicus* ile **Nicklisch**'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri.

sözleşme ile bağlı kalmaya zorlanamayacağı gerekçesiyle *Flume*'nin sözleşmenin her ikisinin de geçersiz olduğu tezi, genel bir geçerliliğe sahip değildir.²³³ Dolayısıyla, işlem temeli öğretisinin çözmeye çalıştığı sorunlara ilişkin olarak *Flume*'nin çözüm önerisi uygun bir yöntem değildir.²³⁴

b. Brox ve Medicus ile Nicklisch'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri

İşlem temeli öğretisinin uygulama alanına giren konuların sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre çözümlenmesi gerektiği önerisi, ilk olarak Brox tarafından savunulmuştur. *Brox* ve bu görüşü savunan bir diğer yazar *Medicus*, işlem temeli öğretisini reddetmektedirler. Öyle ki bu yazarlara göre²³⁵, işlem temeli sorunu gerçekte bir boşluk doldurma sorunudur. Bu boşluk ise, varsayıma dayalı taraf iradelerinden hareketle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre doldurulması gerekir. Yani, taraflar, gerçek şartları öngörmüş olsalardı sözleşmeyi nasıl düzenleyecek idiyse, söz konusu boşlukların buna göre doldurulması gerekir. Buna karşın taraflar gerçek durumu bilselerdi bir uzlaşmaya varamayacak idiyse, bu durumda sözleşme boşlukları varsayıma dayalı taraf iradeleri yoluyla doldurulamaz. Ancak, böyle durumlarda da, hakkaniyet düşüncesinden hareket edilerek sözleşmeye müdahale edilmesi gerekir.²³⁶

Bu yaklaşımı *Nicklisch* daha da geliştirmiştir.²³⁷ *Nicklisch*'a göre, her iki kurum arasında birçok ortak nokta bulunmaktadır. Öyle ki, gerek sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, gerekse işlem temeli öğretisi, sözleşmede doğrudan bir düzenleme

²³³ Örneğin, taraflardan birisinin sözleşmenin ifası için önemli çabaların içerisine girdiği ve önemli yatırımlarda bulunduğu durumlarda, diğer sözleşme tarafının kendisi için uygun olmayan sözleşmeyle bağlı kalmaya zorlanamayacağı gerekçesiyle sözleşmelerin her ikisinin de geçersiz olduğu sonucuna varılması, kabul edilebilir bir çözüm değildir. Bu nedenle, burada *Flume*'nin çözüm önerisinin sınırlandırılması gerekmektedir. Bkz., **Medicus**, (FS Flume I), s. 647; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 154 vd.

²³⁴ **Fikentscher**, s. 13 vd.; **Haarmann**, s. 31; **Chiotellis**, 26; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 960; **Koller**, (Risikozurechnung), s. 51-53; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 64; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 221; **Emmerich**, § 27, Nr. 19; **Ehmann/ Sutschet**, s. 169; **Bender**, s. 33; **Reiter**, s. 146 vd.

²³⁵ Bkz., **Brox**, JZ 1966, s. 766; **Medicus**, (FS Flume I), s. 629 vd., 637-639.

²³⁶ **Medicus**, (FS Flume I), s. 645.

²³⁷ Bkz., **Nicklisch**, BB 1980, s. 949-953.

bulunmayan değişikliklerle ilgilidir. Yani, her iki kurumun uygulanabilmesi için ortada bir sözleşme boşluğu olmalıdır. Yine, her iki kurum da sözleşmedeki riziko boşluklarının doldurulması için kullanılır.²³⁸ Gerçi, işlem temeli öğretisi bakımından düşünülen “gerçeğe” ilişkin sözleşmede hiç bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, işlem temeli öğretilerine göre boşluk doldurmada, daha çok normatif unsurlara –yani, tarafların gerçek iradeleri dışındaki objektif unsurlara- dayanılır.²³⁹ Sözleşmenin tamamlayıcı yorumunda ise, ortada bir düzenleme olmakla birlikte bu düzenleme, düşünülen “gerçeğe” uygun değildir.²⁴⁰ Yani, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, boşlukların doldurulması konusunda sözleşmeye ilişkin destek noktalarından hareket eder. Bu nedenle, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla doldurulabilen boşluklarda, varsayıma dayalı taraf iradelerinin ortaya çıkarılması için büyük ölçüde tarafların gerçek iradelerine göre hareket edilir. Bununla birlikte, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu bakımından boşluk doldurma, sadece tarafların gerçek iradelerinden hareketle yapılmaz; hem gerçek iradeye göre hem de normatif kriterlere göre yapılır; yalnız burada - işlem temeli öğretilerine göre boşluk doldurmadan farklı olarak- varsayıma dayalı taraf iradelerinin tespitinde, normatif unsurlar daha az rol oynar.²⁴¹ Ancak bu durum, işlem temeli öğretisinin sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan başka bir kurum olduğu anlamına gelmez. Çünkü sözleşmedeki boşluklar, öncelikle sözleşmenin içeriğinden hareketle varsayıma dayalı taraf iradelerine göre doldurulmalıdır. Sözleşme bu konuda her hangi bir düzenleme içermez ise, yine sözleşmenin içeriğine dayanılır; ancak bu sefer, daha güçlü bir şekilde normatif bakış açısı esas alınır. Yani, söz konusu boşluklar “ anlayışlı, dürüst ve makul sözleşme tarafları, düzenlenmeyen noktaları bilselerdi nasıl doldururlar idiyse” o şekilde doldurulur.²⁴² Bu yaklaşım ise, Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Kanun’un 74. maddesine bağlı hukuki sonuçlar bakımından paralellik

²³⁸ Nicklisch, BB 1980, s. 949-952.

²³⁹ Nicklisch, BB 1980, s. 949.

²⁴⁰ Nicklisch, BB 1980, s. 952. *Nicklisch*’in her iki kurumun da sözleşme boşluklarının doldurulmasına hizmet ettiği görüşü, daha önce *Ulmer* [bkz., *Ulmer*, AcP 174, s. 183] ve sonrasında *Medicus* [bkz., *Medicus*, (FS Flume I), s. 629] tarafından da savunulmuştur.

²⁴¹ Nicklisch, BB 1980, s. 952.

²⁴² Nicklisch, BB 1980, s. 953.

arz eder. Çünkü sözleşmedeki riziko paylaşılmasına ilişkin olan bu hüküm, iki basamakta uygulanmaktadır. İlk basamakta, taraf iradeleri dikkate alınır. Taraf iradelerinin bulunamaması durumunda ise, ikinci basamakta makul kişilerin benzer olaylardaki tutumlarına göre, hareket edilir. Yani, somut sözleşmede taraflarının varsayıma dayalı iradelerine göre, dolayısıyla da objektif kriterlere göre hareket edilir.²⁴³ Bu temelde düşünüldüğü zaman görülecektir ki, sözleşme rizikosunun paylaşılmasını sağlamaya hizmet eden her iki kurum arasındaki ayrım prensipte olmayıp; bu iki müessese, aralarında sadece belli belirsiz farklar olan tek bir kurumdur.²⁴⁴

İşlem temeli öğretisinin konusu olan durumların sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile çözümlenme denemesi, tarafların varsayıma dayalı iradelerinden hareket etmeyi gerektirmektedir. Böylelikle, varsayıma dayalı olsa bile, taraf iradelerini dikkate almak suretiyle, sözleşmeye mümkün olduğu kadar geniş bir geçerlilik sağlaması amaçlanır.²⁴⁵ Ancak, bu durum, hâkim görüşün haklı olarak savunduğu üzere²⁴⁶, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun işlem temeli öğretisine alternatif bir çözüm önerisi olmasına veya bu öğretiyi de kapsayan tek bir kurum olduğu görüşüne haklılık kazandırmamaktadır. Bunun birkaç temel sebebi vardır. Aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere²⁴⁷, ilk olarak, her iki kurumun uygulama alanı farklıdır.

²⁴³ Nicklisch, BB 1980, s. 949.

²⁴⁴ Nicklisch, BB 1980, s. 952. Aynı yönde: Wieling, Jura 1985, s. 511.

²⁴⁵ Medicus, (FS Flume I), s. 637 vd.; Chiotellis, s. 27.

²⁴⁶ Oertmann, s. 130; Enneccerus/ Lehmann, § 41 I.; Esser, JZ 1958, s. 113 vd.; StaudingersKomm-Dilcher, §§ 133, 157 BGB, Nr. 40 vd.; Beuthien, s. 50-53; Köhler, s. 125 vd., 137, 157 vd. 163; Fikentscher, s. 34, 41; Haarmann, s. 27; Köhler, JA 1979, s. 499; Littbarski, JZ 1981, s. 8 vd. s. 11; Chiotellis, s. 27 vd. 31; Häsemeyer, s. 73; Larenz, (Ergänzende Vertragsauslegung), s. 156 vd.; Soergel-Teichmann, § 242 BGB, Nr. 223; Rauh, s. 61; StaudingersKomm-Schmidt, § 242 BGB, Nr. 1009; Henssler, s. 97; Esser/ Schmidt, § 24 II; Köhler, (FG 50 Jahre BGH), s. 304 vd.; Reiter, s. 156 vd.; Jung, s. 88; Hammer, s. 52; Eidenmüller, Jura 2001, s. 826; Ehmann/ Sutschet, s. 170; Erman-Armbrüster, § 157 BGB, Nr. 15; KompaktKomm-Hirse, § 313 BGB, Nr. 9; StaudingersKomm-Roth, § 157 BGB, Nr. 9, § 313, Nr. 130 vd.; StudienKomm-Kropholler, § 313 BGB, Nr. 1; Bamberger/ Roth-Grüneberg, § 313 BGB, Nr. 17; Medicus, (Bürgerliches Recht), Nr. 154; Palandt-Heinrichs, § 314 BGB, Nr. 23; JauernigKomm-Stadler, § 313 BGB, Nr. 8; Angermeir, s. 110 vd.; Westerman-Hochloch, § 313 BGB, Nr. 33; Larenz/ Wolf, § 38, Nr. 51; AnwKomm-BGB/ Krebs, § 313 BGB, Nr. 10 vd.; Hütte/ Helbron, Nr. 789 vd.; HandKommentar-Schulze, § 313 BGB, Nr. 5; Fikentscher/ Heinemann, Nr. 231.

²⁴⁷ Bkz., aşa., § 3, I, 3, B, c, ac. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması.

Öyle ki, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu düzenleyen BGB § 157 hükmünün konusu, irade beyanlarıdır. Dolayısıyla, sözleşmenin içeriği ile ilgilidir. Bu nedenle, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun uygulanabilmesi için, ortaya çıkan bozulmaya ilişkin sözleşmede bir destek noktasının olması gerekir. Böyle bir destek noktasının olduğu durumlarda ise, işlem temeli öğretisi uygulanamaz; çünkü işlem temeli öğretisinin konusu, sözleşmenin içeriği dışındadır.²⁴⁸ İkinci olarak, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun hukuki sonucu, sözleşmenin tamamlanması olup; tarafların gerçek-ortak iradelerine dayanan destek noktasından hareketle belirlenen varsayıma dayalı iradeleri, sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi yönünde olmadığı sürece, sözleşmenin uyarlanarak değiştirilmesine veya sözleşmenin tümüyle sona erdirilmesine izin vermez. İşlem temeli öğretisinin konusu ise, sözleşmenin uyarlanması ve gerektiğinde tümüyle sona erdirilmesidir. Örneğin işlem temeli öğretisinin olay grupları arasında bulunan “amaç bozulması” durumlarında, sözleşmenin sadece feshi veya henüz sözleşme ifa edilmemiş ise dönme imkânı vardır. Dolayısıyla, sözleşmenin tümüyle sona erdirilmesine götüren bu tür hukuki sonuçlar, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu için uygun değildir.²⁴⁹

C. Chiotellis’in İşlem Temeli Öğretisinin Uygulama Şartlarına İlişkin Tespitleri

Chiotellis, işlem temeli öğretilerine ilişkin konularda mahkemelerin verdiği kararları kapsamlı bir şekilde araştırmış ve buradan hareketle, işlem temeli öğretisinin uygulanma şartlarına ilişkin olarak önemli tespitlerde bulunmuştur.

²⁴⁸ **Oertmann**, s. 130; **Enneccerus/ Lehmann**, § 41 I.; **StaudingersKomm-Dilcher**, §§ 133, 157 BGB, Nr. 40 vd.; **Beuthien**, s. 50-53; **Köhler**, s. 116 vd.; **Fikentscher**, s. 34, 41; **Köhler**, JA 1979, s. 498; **Larenz**, (Ergänzende Vertragsauslegung), s. 159; **Hartkopf**, s. 274 vd. Gerçi *Medicus*, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun işlem temeline konu olan olaylarda uygulanabilmesi için sözleşmede buna ilişkin bir destek noktası bulunması gerektiğini kabul etmektedir (bkz., **Medicus**, (FS Flume I), s. 638). Ancak, böyle bir destek noktasının bulunmadığı durumlarda, sözleşmeye müdahalenin sadece hakkaniyet düşüncesi temelinde olabileceği görüşünü savunmaktadır (bkz., **Medicus**, (FS Flume I), s. 645). Böyle bir bakış açısı ise, *Flume*'nin sosyal durumların olağanüstü değişmesi durumunda sözleşmeye sadece hakkaniyet içtihatçılığı temelinde müdahale edilebileceği görüşünden öte yeni bir bakış açısı getirmemektedir. Bu görüş hakkındaki açıklamalarımız bkz., yuk., § 2, II, 2, B, a. *Flume*'nin Görüşü.

²⁴⁹ **Köhler**, s. 116; **Litbarski**, JZ 1981, s. 11; **Larenz**, (Ergänzende Vertragsauslegung), s. 158, 162; **Reiter**, s. 159; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 9.

Chiotellis'e göre²⁵⁰, işlem temeli öğretisinin tüm olay gruplarında, esas itibariyle geniş anlamda bir denge bozulması vardır. Öte yandan, Alman Medeni Kanunu'na hâkim olan bir denklik ilkesi (Äquivalenzprinzip) anlayışı vardır. Bu ilke, edimler arasında sübjektif ve sınırlı bir denklik olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Yani, taraflar, edimler arasındaki denge ilişkisinin belirlemesi bakımından kural olarak serbesttirler. Ancak, bu özgürlükleri de sınırlıdır. Çünkü tamamlayıcı hukuk yoluyla kanun koyucu, sözleşmede karşılıklı edimler arasındaki denkliği sağlama eğilimindedir. Nitekim İşlemin Genel Şartları Kanunu, hukuki işlemlerin genel şartlarının içerik belirlemede, sınırsız ve şekli sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Öte yandan içtihatlardaki ve doktrindeki genel eğilim, hakkın kötüye kullanılması yasağı, güvenin korunması, koruma ve sadakat yükümlülükleri gibi geniş ölçüde sözleşme adaletini tesis etme yönündedir. Dolayısıyla da bugün için şekli (formel) değil, maddi bir sözleşme adaleti anlayışı geçerlidir.²⁵¹

Chiotellis'e göre²⁵², işlem temeli öğretisinin çözmeye çalıştığı sorunlara ilişkin olarak Alman Medeni Kanunu'nda bir "k a n u n b o ş l u ğ u" bulunmaktadır. Çünkü kanun boşluğu, *Canaris*'in ifade ettiği şekilde²⁵³, kanundaki plana aykırı eksikliklerdir. Alman Medeni Kanunu'nun sistemine sübjektif-sınırlı denklik ilkesinin hâkim olmasına rağmen kanun koyucunun *clausula rebus sic stantibus* öğretisini dikkate almaması, bu anlamda kanunda plana aykırı bir eksiklik oluşturmaktadır. Ancak, burada sadece kanun boşluğu yoktur; aynı zamanda da bir "s ö z l e ş m e b o ş l u ğ u" vardır. Çünkü işlem temeli öğretisine ilişkin olay gruplarında, gerçekleşen rizikonun sözleşmeye ne tür bir etkisinin olacağı konusunda sözleşmede herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, işlem temeli öğretisinin uygulama alanına giren sorunlarda, "ç i f t b o ş l u k" vardır.²⁵⁴ Ancak bu boşluklar, varsayıma dayalı taraf iradeleri temelinde sözleşmenin tamamlayıcı yorumu

²⁵⁰ Bkz., *Chiotellis*, s. 18 vd., 22 vd.

²⁵¹ *Chiotellis*, s. 23.

²⁵² Bkz., *Chiotellis*, s. 24 vd.

²⁵³ *Canaris*, (Die Feststellung von Lücken), s. 39.

²⁵⁴ *Chiotellis*, s. 25.

ile doldurulabilecek bir boşluk da değildir. Çünkü bu boşluğun doldurulmasına ilişkin olarak sözleşmede her hangi bir destek noktası bulunmamaktadır.²⁵⁵ Ayrıca, bu boşluk, bir “ilk e boşluğu”dur.²⁵⁶ Bu boşluğun doldurulmasında, öncelikle Alman Medeni Kanunu sistemi içerisinde “denklik ilkesi”ni göz önünde bulunduran nadir nitelikte kanuni düzenlemeler, çoğu zaman da tamamlayıcı hükümler (örneğin ayıba, hataya veya imkânsızlığa ilişkin düzenlemeler) somut olaya uygulanabildiği ölçüde kıyasen uygulanmalıdır.²⁵⁷ Kanunda somut olaya uygulamaya elverişli böyle bir düzenlemenin eksikliği halinde ise, maddi sözleşme adaletinin yeniden sağlanması amacıyla söz konusu boşluğun doldurulması gerekir. Yani, işlem temeli öğretisine ilişkin olay gruplarında sınırlı-sübjektif denklik ilkesinden hareketle, şartların değişmesi nedeniyle edimler arasında bozulan dengenin yeniden sağlanması gerekir. Ancak, söz konusu ilkenin soyutluğu ve genelliği nedeniyle, mevcut boşluğun doldurulması için ek bir ilkeye daha ihtiyaç vardır. *Chiotellis*'e göre, pozitif hukuk (örneğin AGBG § 9/I ve II; BGB § 315/III-2 a.F.), bu tür uygunsuzluk hallerinde, denklik ilkesinden hareketle edimler arasındaki dengenin yeniden sağlanmasını emreden bir başka ilkeye işaret etmektedir. Bu ilke ise, dürüstlük kuralına ilişkin BGB § 242 hükmü temelindeki “beklenilemezlik” ilkesidir.

²⁵⁵ Chiotellis, s. 27.

²⁵⁶ İlke boşluğuna (Prinzip-und Wertlücken) *Canaris* işaret etmektedir [bkz., *Canaris*, (Die Feststellung von Lücken), s. 139 vd.]. *Canaris*'e göre, genel hukuk ilkeleri, kanun boşluklarının ve kanunun tamamlanması ihtiyacının ortaya çıkarılması için değer ölçüsü olarak kullanılır. Böylelikle, ortaya çıkarılan kanun boşlukları, ilke boşluğu olarak adlandırılır. Çünkü bu hukuk ilkesinin uygulanması konusunda kanun boşluğu olması durumunda, kanunun tamamlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır (bkz., s. 93 vd.). İlke boşlukların saptanmasında ve doldurulmasında iki ayrı süreç vardır. Bu süreç, genel olarak şu şekilde özetlenebilir. İlk olarak boşluğun saptanması gerekmektedir. Bu boşluğun saptanmasında, öncelikli olarak negatif bir delil gereklidir. Yani, ilke boşluğu olarak nitelendirilecek durumun pozitif hukukta geçerli olarak kabul edilen daha üstün bir hukuk değeriyle (örneğin sözleşmeye bağlılık ilkesi gibi) veya bir başka düzenlemeyle doldurulmamış olması gereklidir. İkinci olarak ise, hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olan bir ilkenin kanunda yeterli bir şekilde düzenlenmediğine ilişkin pozitif bir delil olması gerekir. Yani, somut olayda bir kanun boşluğu olduğu, geçerli hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olan bir hukuk ilkesine dayandırılarak tespit edilmelidir. Pozitif hukukta böyle genel bir ilkenin ortaya çıkarılmasında özellikle tümevarım metodu uygulanabilir. Burada birden fazla kanuni düzenlemeden hareketle genel bir hukuk düşüncesine ulaşılır. Yani, hukuki anlamda kıyastan hareket edilir (bkz., s. 97 vd.). Boşluğun saptanmasında bir ölçü aracı olan bu genel hukuk ilkeleri, aynı zamanda da boşluk doldurmanın da bir aracıdır. Ancak, bunun somutlaştırılmasına ihtiyaç vardır. Kıyas uygulanabilme imkânı bulunduğu sürece, somutlaştırma kıyas yoluyla doldurulmalıdır (bkz., s. 161 vd., ayrıca *Canaris*'in görüşlerinin özet kısımları için bkz., s. 127 vd., 169 vd., 197 vd., özellikle s. 201 vd.)

²⁵⁷ Chiotellis, s. 33, 46, 155 vd.

Buna göre, bu alanda bir düzenleme ihtiyacı, ortaya çıkan bozulmanın beklenilmez olması halinde söz konusu olacaktır. Yani, edimler arasında dengenin yeniden sağlanmasının hiçbir şekilde mümkün olmaması veya orantısız şekilde büyük masrafları gerektirmesi halinde söz konusu olacaktır.²⁵⁸ Bu anlamda beklenilmezliğin tespiti için, nitel ve nicel ölçülerin kullanılması gerekir. Nitel ölçü gereği, sözleşmenin aynen ifasında ısrar eden tarafın tutumu çelişkili davranış yasağına (venire contra factum proprium) aykırı ise, dürüstlük ilkesini ihlal edecektir. Nicel ölçü gereğince ise, edimler arasındaki dengesizlik yüzde ölçüsüyle belirli bir düzeye ulaşması durumunda dürüstlük ilkesi yine ihlal edilecektir. Bu ikisinin birlikte bulunmasıyla ise, beklenilmezlik gerçekleşmiş kabul edilecektir.²⁵⁹ Böyle bir durumda, son bir adım olarak ortaya çıkan boşluğun doldurulması gerekecektir. Bu anlamda olmak üzere, öncelikle sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilecektir. Ancak, denge bozulması özel bir ağırlığa ulaşmış ise, bu durumda sözleşmenin sona erdirilmesi gerekecektir.²⁶⁰

Genel olarak görüşlerini özetlediğimiz *Chiotellis*, işlem temeli öğretisi ile ilgilenen kendisinden önceki yazarlar gibi²⁶¹, işlem temeli öğretisini gerçekleştiren rizikoya kimin katlanması gerektiği ile ilgilendiğini kabul etmektedir. Aynı şekilde, özellikle *Flume*, *Fikentscher*, *Brox* ve *Medicus* gibi, işlem temeli öğretisinin konusunu, sözleşmedeki riziko boşluklarının doldurulması olarak görmektedir.²⁶² Ancak, bu yazarlardan farklı olarak, burada söz konusu boşluğu çift boşluk olarak nitelendirmektedir. *Chiotellis*'in yaptığı bu nitelendirme, bir yönüyle doğrudur. Çünkü işlem temeli öğretisinin konusunu her türlü risk değil, aşağıda da görüleceği üzere, sözleşmeyle veya tamamlayıcı nitelikteki kanunlarla bir tarafa yüklenilmeyen riskler

²⁵⁸ **Chiotellis**, s. 33, 36, 40.

²⁵⁹ Bkz., **Chiotellis**, s. 40-43, 114 vd., 129 vd. *Medicus*, denge bozulması olayları için yüzde ölçüsü şeklinde belirli bir kota konulmasına haklı olarak karşı çıkmaktadır. Çünkü tüm denge bozulması durumları için kararlaştırılacak güvenilir bir standart değer belirleme imkânı yoktur. Bkz., **Medicus**, § 53, Nr. 867.

²⁶⁰ **Chiotellis**, s. 91, 92.

²⁶¹ **Kegel**, s. 200; **Schmidt-Rimpler**, (FS Nipperdey), s. 21, 29; **Rüthers**, s. 46; **Beuthien**, s. 52; **Köhler**, s. 168; **Ulmer**, AcP 174, s. 191; **Flume**, s. 525 vd.; **Fikentscher**, s. 4; **Medicus**, (FS Flume I), s. 637 vd.

²⁶² Bkz., yuk., § 2, II, 2, A, e. *Fikentscher*'in Görüşü. Ayrıca bkz.: yuk., § 2, II, 2, B, a. *Flume*'nin Görüşü; bkz., yuk., § 2, II, 2, B, b. *Brox* ve *Medicus* ile *Nicklisch*'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri.

oluşturur.²⁶³ *Chiotellis*, bu tespitini, kendisinin ortaya attığı s ü b j e k t i f v e s ı n ı r l ı b i r d e n k l i k ilkesine dayandırmaktadır. Buradan hareketle de, işlem temeli öğretisinin uygulama alanına giren durumlarda Alman Medeni Kanunu'nda plana aykırı bir eksiklik olduğu görüşündedir. Ancak bu görüş, kanaatimize göre, işlem temeli öğretisinin uygulama alanı bakımından isabetli değildir. Çünkü Alman Medeni Kanunu sistemine s ü b j e k t i f v e s ı n ı r l ı b i r d e n k l i k ilkesinin hâkim olduğu görüşü isabetli olsa bile, *Chiotellis*'in işaret ettiği kurumlar, özellikle işlemin genel şartlarına ilişkin düzenlemeler vs., edimler arasındaki denkliliği değil, taraflar arasında eşitliği sağlayan (yani, bir tarafın hakim konumunu kullanarak sözleşmenin diğer tarafı üzerinde baskı kurmasını önleyen) ve böylelikle de sözleşme özgürlüğünü tesis etmeye yarayan düzenlemelerdir. Bunun sonucunda hiç kuşkusuz edimler arasındaki denge ilişkisi de sağlanmış olabilir; ancak, amaç, hiçbir şekilde edimler arasındaki denge ilişkisinin sağlanması olmayıp; bunun yerine, sözleşme özgürlüğünün sağlanmasıdır. Dolayısıyla, işlem temeli öğretisinin konusunu oluşturan durumlar, Alman Medeni Kanunu içerisinde s ü b j e k t i f v e s ı n ı r l ı b i r d e n k l i k ilkesinin hâkim olduğu iddia edilen kurumlarla aynı nitelikte değildir. Kaldı ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, Alman Medeni Kanunu'nun kanunlaşma sürecinde *clausula rebus sic stantibus* öğretisi yoğun bir şekilde tartışılmış; ancak, kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir.²⁶⁴ Dolayısıyla, bu konuda Alman Medeni Kanunu'nda plana aykırı bir eksiklik anlamında bir kanun boşluğu bulunmamaktadır. Bu bakımdan, işlem temeli öğretisi çift boşluğu şart koşar ifadesi, kısmi bir doğruluğa sahiptir. Bunun yerine *Köhler*'in de işaret ettiği üzere, işlem temeli öğretisinin uygulanabilmesi için gerçekleşen rizikonun sözleşmeyle veya kanunla bir tarafa yüklenilememesi gerektiği şeklindeki negatif bir ifade daha isabetlidir.²⁶⁵ Bunun dışında, *Chiotellis*'in işlem temeli öğretisinin uygulanma şartlarına ilişkin görüşleri, aşağıda görüleceği üzere²⁶⁶, esasında Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarıyla

²⁶³ Bkz., aşa., § 3, I, 3. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Negatif Olarak Ortaya Konulması, A. Genel Olarak.

²⁶⁴ Bkz., yuk., § 2, I. Tarihi Gelişim ve *clausula rebus sic stantibus* Öğretisi.

²⁶⁵ Bkz., **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 301 vd.

²⁶⁶ Bkz., hemen aşı., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş.

genel olarak örtüşmektedir.²⁶⁷ Bu bakımdan, *Chiotellis*'in çalışması, işlem temeli öğretisinin uygulama şartlarının belirlenmesi konusunda doktrinde genel olarak kabul edilen görüşleri de dikkate almak suretiyle içtihatlardaki uygulamayı sistemli bir şekilde ortaya koyması bakımından önemlidir.²⁶⁸

D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş

Oertmann'ın BGB § 242 hükmündeki dürüstlük ilkesinden hareketle geliştirdiği işlem temeli öğretisi, yukarıda da ifade edildiği üzere, ilk olarak İmparatorluk Mahkemesi'nin 1922 tarihli istikrarlı içtihadıyla Alman sözleşme hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında ve halen de Alman Federal Mahkemesi tarafından istikrarlı bir şekilde işlem temeli öğretisinin uygulama alanına giren konularda uygulanmaktadır. Bu bakımdan şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahalenin dogmatik gerekçesi konusunda Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatları, İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihatlarından²⁶⁹ esaslı bir sapma göstermemektedir.²⁷⁰ Öyle ki mahkemenin istikrarlı içtihadına göre, işlem temelinin eksikliği veya çökmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi, BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesine dayanır.²⁷¹

Alman Federal Mahkemesi (öncesinde de Alman İmparatorluk Mahkemesi), dürüstlük ilkesine dayandırdığı *Oertmann*'ın sübjektif nitelikteki tanımını sürekli bir şekilde içtihatlarında tekrarlamasına karşın, hangi şartlar altında tarafların düşüncelerinin işlem temeli haline geldiğine ilişkin somut unsurlar ortaya koyamamaktadır.²⁷² Ayrıca mahkemeler, bir yandan *Oertmann*'ın sübjektif nitelikteki tanımını işlem temeli olarak kabul ederken, aynı zamanda taraflarca hiç

²⁶⁷ Bkz., **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 301; **Bender**, s. 45; **Brockmeyer**, s. 54. Ayrıca, aşağıda görüleceği üzere (bkz., hemen aşağıda, § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş), *Chiotellis*, içtihatların genel nitelikte kriterler ortaya koyarak somut olay adaletinin gerçekleştirilmeye çalışmasını, metodik bir yol olduğu gerekçesiyle destekliyor (bkz., **Chiotellis**, s. 13).

²⁶⁸ **Bender**, s. 45; **Brockmeyer**, s. 54.

²⁶⁹ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihatları için bkz., yuk., § 2, II, 1, B. *Oertmann*'ın İşlem Temeli Öğretisi.

²⁷⁰ **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), 295 vd.; **Rösler**, JA 2001 s. 216.

²⁷¹ Bkz., BGH 21.02.1952, LM § 779 BGB Nr. 2.

²⁷² **Littbarski**, JZ 1981, s. 8, 10.

düşünülmeleyen bu nedenle de hiç bir tarafın işlem iradesi üzerine inşa edemeyeceği “amaç bozulmaları”, “denge bozulması” ve “ifa güçlüğü” gibi durumları da işlem temeliniin çökmesi kapsamında kabul etmektedir.²⁷³ Hatta, yakın tarihli bir kararında işaret ettiğı üzere, Alman Federal Mahkemesi’ne göre, bir durumun işlem temeli olması bakımından yeter şart: “tarafklar için bir olayın işlem temeli olmasının pek tabii bir durum olmasıdır.²⁷⁴ Böyle bir nitelendirme ise, objektif (normatif) bir bakış açısidir. Dolayısıyla, *Oertmann*’ın sübjektif olarak nitelendirilen formülü, mahkeme tarafından sanki hem sübjektif yönü olan hem de objektif yönü olan bir yaklaşım olarak görüldüğü izlenimini uyandırmaktadır.²⁷⁵ Bu nedenle, Alman Federal Mahkemesi’nin bu yaklaşımı, doktrinde, “mahkemenin gerçekte çok farklı düşüncelerden etkilendiğı ve *Oertmann*’ın formülünü daha ziyade işlem temeli sorunu ile somut olayı ilişkilendirmek için s ü s l e y i c i bir işaret olarak kullandığı” bu bakımdan dogmatik değil pragmatik olduğı gerekçesiyle eleştirilmektedir.²⁷⁶ Bundan başka Alman Federal Mahkemesi, *Oertmann*’ın işlem temeli formülünü esas almasına karşın, bir olayda işlem temeliniin eksikliğinin veya çöktüğünün kabulü için sadece işlem temeli olarak kabul edilen durumun gerçekleşmemesini yeterli görmemektedir.²⁷⁷ Bunun yanında mahkemenin istikrarlı içtihadına göre; “işlem temeliniin eksikliği veya çökmesi nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahale yapılabilmesi için, değışen durum nedeniyle borçlunun sözleşmeyle bağılı kalmasının BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesi gereğı katlanılamaz, hak ve adaletle bağıdaştırılamaz bu nedenle de borçludan sözleşmeyle aynen bağılı kalmasının

²⁷³ BGH 30.09.1952, BGHZ 7, 238 = NJW 1955, s. 59 (Rüstungskredit-Kredit-und Darlehensvertrag); BGH 08.02.1978, WM 1978, s. 322 = JZ 1978, s. 235= JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (61) (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreissteigerung/ Leistungerschwerung); BGH 08.02.1984, NJW 1984, s. 1746 (Alkoholverbot-Kaufvertrag/ İran); BGH 01.06.1979, BGHZ 74, 370 (372 vd.) (Kaufvertrag/ Zweckstörung/ Bauerwartung)=NJW 32, s. 1818 (1819) (1979); BGH 20.12.1985, BGHZ 96, 372 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung)= BB 1986, s. 558.

²⁷⁴ BGH 04.07.1996, BGHZ 133, 281, 293.

²⁷⁵ **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 321 vd.; **Reiter**, s. 165

²⁷⁶ Bkz., **Kegel**, s. 161 (Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin kararları için); **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 112; **Fikentscher**, s. 15; **MünchKomm-Roth**, (1994), § 242 BGB, Nr. 477; **Bender**, s. 46.

²⁷⁷ **Haarmann**, s. 39; **Medicus**, (FS Flume I), s. 629 vd.; **Köhler**, JA 1979, s. 499; **Reiter**, s. 165.

<<beklenilemez>> olması gerekir.²⁷⁸ Böylelikle Alman Federal Mahkemesi, bir yandan *Oertmann*'ın BGB § 242 hükmüne dayandırdığı işlem temeli öğretisini kabul ederken; öbür yandan -bu sefer *Oertmann*'ın aksine- işlem temeli öğretisinin uygulama alanını “beklenilmezlik” unsuruyla sınırlandırmaktadır.²⁷⁹ Kısaca Alman Federal Mahkemesi, dürüstlük ilkesinden geliştirilen işlem temeli öğretilerine yine dürüstlük ilkesine göre beklenilmezlik kontrolü yapmak suretiyle bir sınırlandırma getirmektedir.²⁸⁰

Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında bir yandan işlem temelinin unsurlarının ortaya konulamaması diğer yandan ise kapsamlı bir beklenilmezlik kontrolü yapılması, doktrinde bazı yazarlar tarafından “mahkemenin

²⁷⁸ BGH 15.06.1951, NJW 1951, s. 836 (Kalisalzabbaubertrag); BGH 28.09.1964, WM 1964, s. 1253 (1254) = BB 1964, s. 944 (Bauvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungserschwerung); BGH 13.11.1975, NJW 1976, s. 565 (566) (Fußballspielertransfer); BGH 08.02.1978, WM 1978, s. 322 (328) = JZ 1978, 235= JuS 1978, 487 = JR 1979, s. 60 (61) (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreissteigerung/ Leistungserschwerung); BGH 29.04.1982, BGHZ 84, 1 (8) (Kaufvertrag/ Grundstück); BGH 10.10.1984, NJW 1985, s. 313 (314) (Gemeinsamer Irrtum); BGH 31.05.1990, GRUR 1990, s. 1005, 1007; BGH 11.03.1993, GRUR 1993, s. 595 (596); BGH 25.02.1993, BGHZ 121 378 (393)= NJW 1993, 1856 (1859); BGH 24.11.1995, BGHZ 131, 209 (214)=NJW 1996, s. 990 vd.; BGH 18.01.1996, NJW-RR 1996, s. 942; BGH 04.07.1996, BGHZ 133 281 (295)= NJW 1997, s. 320 (323) (Klimbim); BGH 19.04.2001, BGHZ 147, 244 vd. = NJW 2001, s. 2402 (2407). Alman Federal Mahkemesi'nin “beklenilmezlik” kavramına yaptığı bu vurgu, daha önce Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale yapılması için de aranan bir unsurdur (bkz., yuk., § 2, II, 1, B. *Oertmann*'ın İşlem Temeli Öğretisi).

²⁷⁹ **Kegel**, s. 212; **Köhler**, JA 1979, s. 499; **Medicus**, (FS Flume I), s. 629; **Reiter**, s. 165 vd. 180; **Emmerich**, § 27, Nr. 12. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, işlem temelinin eksikliği veya çökmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesini son derece istisnai durumlarda ve sıkı şartlar altında kabul etmektedir. Örneğin bkz., BGH 14.10.1959, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 34 = NJW 1959, s. 2203 (2204) (Kaliabbau-Fälle); BGH 10.10.1984, NJW 1985, s. 313 (314) (Gemeinsamer Irrtum). Mahkeme uygulamasında beklenilmezliğin takdirinde; gerçekleşen rizikoya ilişkin olarak sözleşmede ve kanundaki rizikonun paylaşılmasına ilişkin düzenlemelerin olup olmadığı; gerçekleşen rizikonun öngörülüp öngörülmediği, rizikosunun gerçekleşmesinde tarafların sorumlulukları ve edimin aynen ifa edilmesinin borçlunun mevcudiyetini yok etme tehlikesi olup olmadığı gibi durumlar dikkate alınmaktadır (bkz., § 3, IV. Normatif Unsur: Beklenilmezlik Kontrolü). Ancak, mahkeme uygulamasında küçük işlem temeli durumları ile büyük işlem temeli durumları arasında her hangi bir ayırım yapılmamaktadır (bkz., **Köhler**, JA 1979, s. 499). Öyle ki, içtihatlarda hem küçük işlem temeli durumlarında hem de büyük işlem temeli durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine ilişkin çok sayıda karar vardır. Örneğin büyük işlem temeli durumlarına ilişkin içtihatlar: BGH 08.02.1978, WM 1978, s. 322 = JZ 1978, s. 235= JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (61) (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreissteigerung/ Leistungserschwerung/ Groß Geschäftsgrundlage); BGH 08.02.1984, NJW 1984, s. 1746 (Alkoholverbot-Kaufvertrag/ Groß Geschäftsgrundlage/ İran); BGH 23.11.1989, NJW 1990, s. 572 (Höhere Gewalt/ Reisevertrag/ Groß Geschäftsgrundlage/ Tschernobyl). Küçük işlem temeli durumlarına ilişkin içtihatlar ise, özellikle emeklilik, üst hakkı ve kira sözleşmeleri hakkındadır. Bkz., aşa., § 3, IV, 2, C, a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği.

²⁸⁰ **Chiotellis**, s. 18, 36 vd.; **Haarmann**, s. 29, 32, 35 vd.; **Köbler**, s. 214; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 91; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 299; **Emmerich**, § 27, Nr. 12.

katlanılmaz nitelikteki sonuçlardan sakınmak amacıyla, sırf bir hakkaniyet hukukçuluğu yaptığı” gerekçesiyle eleştirilmektedir.²⁸¹ Bu yazarlara göre, hukuk öğretisinin uzun yıllar ortak bir noktada buluşmadığı bir sorun hakkında mahkemenin belirleyici kıstaslar ortaya koymayarak gelecekteki durumlar için açık bir kapı bırakması bir yere kadar anlaşılabilir. Ancak bir yerden sonra bu tutum, hukuk güvenliğine ilişkin bir belirsizliğe yol açar.²⁸² Buna karşın diğer bazı yazarlar ise, “Alman Federal Mahkemesi’nin bu tutumunun esasında metodolojik bir yaklaşım olduğu, işlem temeli öğretisinin ilk olarak içtihatlar da kabul edildiği 1922 yılından bu güne kadar hukuk güvenliğinin bundan bir zarar görmediği ve doktrinin büyük kısmının da üzerinde uzlaştığı uygun hukuki sonuçlara (uyarlama vs.) ulaşıldığı” gerekçesiyle Alman Federal Mahkemesi’nin yaklaşımını savunmaktadır.²⁸³

Alman Federal Mahkemesi, gerçekte işlem temelinin somut unsurlarını ortaya koyamasa ve yine “hak ve adalet” gibi belirsiz kavramlarla açıklamaya çalıştığı “beklenilmezlik” kavramından hareket etse de, özellikle 60’lı yıllardan itibaren *Kegel*, *Flume* ve sonrasında da *Fikentscher*’in etkisiyle rizikonun paylaşılması konusuna yaptığı vurguyla bu eksikliği gidermeye çalışmıştır.²⁸⁴ Mahkemeye göre, gerçekleşen duruma ilişkin sözleşmede riziko boşluğunun olmadığı durumlarda, yani gerçekleşen rizikonun sözleşmenin yorumlanmasıyla, (gerektiğinde sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla) veya tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelerle sözleşmenin bir tarafına yüklenebildiği durumlarda, ortaya çıkan bozulma işlem temeli öğretisinin uygulama alanı dışındadır.²⁸⁵ Bu bakımdan işlem temeli öğretisi, şayet sözleşme

²⁸¹ Eleştiren yazarlar: **Flume**, s. 496; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 1, 109 vd.; **Köhler**, JA 1979, s. 498 vd.; **Braun**, JuS 1979, s. 695; **Wieling**, 1746 JuS 1986, s. 272 vd.; **Belling/ Hartmann**, s. 94; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 299; **Brockmeyer**, s. 55, 57.

²⁸² **Belling/ Hartmann**, s. 94; **Braun**, JuS 1979, s. 696; **Littbarski**, JZ 1981, s. 8, 10; **Reiter**, s. 181; **Brockmeyer**, s. 55. *Köhler*, işlem temelinin unsurlarının ortaya konulamamasını değil ama, beklenilmezlik kavramının belirsizliğini eleştirmektedir. Bkz., **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 297. Aynı yönde: **Ehmann/ Sutschet**, s. 162.

²⁸³ Özellikle, **Chiotellis**, (bkz., s. 13).

²⁸⁴ **Emmerich**, § 27, Nr. 12; **Reiter**, s. 173.

²⁸⁵ Buna ilişkin ilk karar: BGH 28.09.1964, WM 1964, 1025 = BB 1964, s. 944 (Bauvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungserschwerung). Aynı yönde: BGH 29.09.1967, BGHZ 1968, 299 (303); BGH 13.11.1975, NJW 1976, s. 565 (566) (Fußballspielertransfer); BGH 01.06.1979, BGHZ 74, 370

şartların değişmesine ilişkin olarak hiçbir düzenleme içermiyorsa, sözleşme rizikosuna ilişkin boşlukların doldurulmasında bir araç olma fonksiyonu taşır.²⁸⁶ Dolayısıyla, bu içtihatların mefhumu muhalifinden, gerçekleşen rizikoya kimin katlanması gerektiğinin, yani sözleşme rizikosu, sözleşmenin yorumlanmasıyla (gerektiğinde sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla) veya tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümleriyle bir tarafa yüklenemediği durumlarda, ortaya çıkan rizikonun işlem temeli öğretisinin uygulama alanında olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmedeki rizikonun paylaşılmasıyla birlikte, bir tarafın gerçekleşen rizikoya katlanmasının gerekip gerekmediği, daha açık bir ifadeyle, sözleşmeye müdahale edilmesinin gerekip gerekmediği, eş zamanlı olarak belirlenmiş olmaktadır.²⁸⁷ Böylelikle, rizikonun paylaşılması, işlem temeli öğretisi kapsamında sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda Alman Federal Mahkemesi içtihatlarının ayrılmaz bir parçası haline gelmiş olmaktadır. Rizikonun paylaşılması anlayışının gittikçe önem kazanmasıyla birlikte, işlem temeli öğretisinin uygulama alanına giren durumlar bakımından objektif bir bakış açısı da sağlanmaktadır. Bu bakımdan içtihatların işlem temeli öğretisinin uygulama şartlarına yaklaşımı bakımından olumlu bir gelişmedir.²⁸⁸

Alman Federal Mahkemesi, işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmenin bir tarafının sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının beklenemediği durumlarda, sözleşmenin uyarlanması imkânı olmadığı sürece dönme veya fesih yoluyla sona

(372 vd.) (Kaufvertrag/ Zweckstörung/ Bauerwartung)= NJW 1979, s. 1818 (1819); BGH 08.02.1978, WM 1978, s. 322 = JZ 1978, s. 235= JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (61) (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreisstesigerung/ Leistungerschwerung); BGH 03.07.1981, BGHZ 81, 135 (143) (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung/ Roggenklauseln, çavdar kaydı olayı); BGH 04.05.1983, NJW 1983, s. 2034 (2036); BGH 01.02.1984, BGHZ 90, 69 (74); BGH 01.02.1990, NJW-RR 1990, s. 601 (602); BGH 14.10.1992, BGHZ 120, 10 (24); BGH 24.11.1998, NJW-RR 1999, s. 923; OLG Saarbrücken 11.10.2000, NJW-RR 2001, s. 752. Bu yaklaşım, aynı zamanda *Fikentscher*'in sözleşmenin içeriği ile işlem temeli arasındaki ayrımın riziko taksiminden hareketle belirlenmesi görüşüne de uygundur (bkz., yuk., § 2, II, 2, A, e, *Fikentscher*'in Görüşü). Aynı şekilde, *Chiotellis*'in işlem temeli öğretisinin uygulama şartlarına ilişkin tespitleri ile somut sonuçları itibarıyla örtüşmektedir (bkz., yuk., § 2, II, 2, C. *Chiotellis*'in İşlem Temeli Öğretisinin Uygulama Şartlarına İlişkin Tespitleri).

²⁸⁶ **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 19; BGH 30.09.1998, MDR 1998, s. 1472; OLG Hamburg 06.05.1998, WM 1998, s. 2236.

²⁸⁷ **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 301.

²⁸⁸ **Emmerich**, § 27, Nr. 12; **Reiter**, s. 181.

erdirilmesi gerektiğini kabul etmektedir.²⁸⁹ Bu bakımdan Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında, şartların değişmesi durumunda müdahalenin şekli konusunda, sözleşmenin sona erdirilmesi yerine sözleşmenin uyarlanmak suretiyle ayakta tutulmasına öncelik tanındığı görülmektedir.²⁹⁰

E. Reform Kanunundaki Düzenleme

Alman kanun koyucusu, 2002 yılında yürürlüğe giren reform kanununda, BGB § 313 hükmünde “işlem temelinin bozulmasını” düzenlemiştir²⁹¹. Bu hükme göre;

(1) Sözleşmenin temeli haline gelen durumlar, sözleşme kurulduktan sonra ağır surette değişirse ve taraflar bu değişiklikleri öngörmüş olsalardı, sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka bir içerikte yapacak idiyeler -somut olayın tüm şartları dikkate alındığında ve özellikle de sözleşmedeki ve kanundaki riziko paylaşılması dikkate alındığında bir tarafın sözleşmeyle aynen bağlı kalması beklenemiyorsa- sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.

(2) Sözleşmenin temeli haline gelen esaslı düşüncelerin yanlış olduğunun ortaya çıkması, şartların değişmesi ile aynıdır.

(3) Sözleşmenin uyarlanması mümkün olmazsa veya bir taraftan beklenilemezse, olumsuz etkilenen taraf sözleşmeden dönebilir. Dönme hakkı yerine sürekli borç ilişkilerinde fesih hakkı kullanılır.

Hükmün gerekçesine göre²⁹², “a m a ç b o z u l m a s ı” ve çalışma konumuz olan “d e n g e b o z u l m a s ı” ve “i f a g ü ç l ü k l e r i”, maddenin birinci fıkrası kapsamındadır. Bu olay grupları, işlem temelinin sonradan bozulmasına neden olur. “O r t a k s a i k h a t a l a r ı” ise, maddenin ikinci fıkrasının uygulama alanındadır. Somut olayda ortak saik hatasının olması, işlem temelinin başlangıçtaki eksikliğine neden olur.

²⁸⁹ Bkz., aşa., § 5. Alman ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak.

²⁹⁰ Köhler, (FG 50 Jahre BGH), s. 307.

²⁹¹ Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman kanun koyucusu, işlem temelinin çökmesi ifadesi yerine, aynı anlama gelmek üzere, işlem temelinin bozulması deyimini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz., yukr., Giriş, II, 3. Kavram.

²⁹² BT-Drucks, 14/6040, s. 174, 175.

BGB § 313 hükmünün kabul edilmesiyle birlikte, doktrin ve mahkeme içtihatlarıyla dürüstlük ilkesinden hareketle geliştirilen işlem temeli öğretisi, kanunlaşmıştır.²⁹³ Doktrindeki hakim görüş²⁹⁴, BGB § 313 hükmünün, dürüstlük ilkesinin “düzeltme fonksiyonu”nun kanunda düzenlenen özel bir uygulama alanı niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.²⁹⁵ Hükmün gerekçesinde de, “söz konusu düzenlemenin, maddi hukuki durumda her hangi bir değişiklik getirmediği; sadece içtihatlar tarafından geliştirilen yaklaşımın, genel nitelikte bir düzenlemeyle kanun

²⁹³ JurispraxisKomm- Pfeiffer, § 313 BGB, Nr. 1.

²⁹⁴ Bkz., **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 824 vd.; **MüncKomm-Roth**, (1994), § 242 BGB, Nr. 65, § 313 BGB, Nr. 1, 47, 81, 112; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 9; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 1, 5; **JauernigKomm-Mansel**, § 242, Nr. 8; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 1; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 2, 5; **Palandt-Heinrichs**, § 242 BGB, Nr. 13, § 313 BGB, Nr. 1; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 1; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 26; **Schellhammer**, Nr. 1175; **Hütte/ Helbron**, Nr 65; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 227; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 209.

²⁹⁵ Alman hukukunda dürüstlük ilkesini düzenleyen BGB § 242 hükmünün dört temel fonksiyonunun bulunduğu kabul edilmektedir. Madde hükmünün fonksiyon alanının belirlenmesi suretiyle, dürüstlük ilkesini düzenleyen BGB § 242 hükmünün içeriğinin de somutlaştırılmış olmaktadır. Gerçi, söz konusu düzenlemenin fonksiyon alanının sınırlandırılması, tartışmalıdır. Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi, BGB § 242 hükmünün hiçbir şekilde bağımsız bir talep temeli olmadığı görüşündedir (bkz., BGH 21.10.1983, BGHZ 88, 344, 351 = NJW 1984, 729; BGH 25.09.1985, BGHZ 95, 393, 399 = NJW 1986, 177; BGH 23.04.1981, NJW 1981, 1779). Bu bağlamda, BGB § 242 hükmünün sözleşmeden ve kanundan kaynaklanan hukuki durum yerine somut olayda hakim hakkaniyet hukukçuluğu yolunda sözleşmeye müdahale etme yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir (bkz., BGH 06.05.1985, NJW 1985, 2580; **JauernigKomm-Mansel**, § 242, Nr. 9; Bu sınırlandırma dahilinde BGB § 242 hükmünün dört temel fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir. Bunlar, somutlaştırma, tamamlama, sınırlandırma ve düzeltme fonksiyonlarıdır. *Somutlaştırma fonksiyonu*, borçlunun asli edimini nasıl yerine getireceğini tamamlar. Esas itibariyle borçlunun asli yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği, BGB §§ 243-274 hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler, BGB § 242 hükmüyle işlerdeki dürüstlük ilkesi dikkate alınarak borçlunun edimi nasıl ifa etmesi gerektiğini tamamlar. Bu bakımdan, somutlaştırma fonksiyonu özellikle asli yükümlülüklerle ilişkindir. Ancak yan yükümlülükler de somutlaştırma fonksiyonuyla birlikte tamamlama fonksiyonunun ortak konusudur *Tamamlama fonksiyonu*, BGB § 241/II hükmünden türetilen farklı türdeki yan yükümlülüklerin temelidir. Tamamlama fonksiyonu, somut borç ilişkisinde asli yükümlülüğün (*Hauptpflichten*) somutlaştırılarak içerik düzeltilmesine hizmet eder. Bu kapsamda kısmen ifaya ilişkin yan yükümlülükler (açıklama yükümlülüğü gibi) kısmen de koruma yükümlülükler söz konusudur. *Sınırlandırma fonksiyonu*, tüm hakların dahili bir sınırlandırmasını oluşturur. Bu ilkedeki hakkın kötüye kullanılması yasağı ortaya çıkar. *Düzeltilme fonksiyonu* ise, şartların değişmesi durumunda borç ilişkisinin içeriğinin uyarlanmasına hizmet eder. İşlem temelinin çökmesi ve sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı, en önemli iki olay grubudur. Bu konudaki somutlaştırmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 242 BGB, Nr. 30 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 242 BGB, Nr. 2 vd.; **Erman-Hochloch**, § 242 BGB, Nr. 18; **JauernigKomm-Mansel**, § 242, Nr. 5 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 242 BGB, Nr. 13). Bunun dışında BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinin tek başına bu hükümden çıkan bir yorumlama fonksiyonu yoktur. Sözleşmelerin yorumlanması ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre boşlukların tamamlanması ise, daha ziyade BGB §§ 133 ve 157 hükmünün konusudur. (bkz., **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 242 BGB, Nr. 34).

hükmü haline getirildiği” ifade edilmektedir.²⁹⁶ Ancak, gerekçedeki bu açıklamaya rağmen, kanun hükmünde, içtihatlardaki işlem temeli anlayışının aynen kabul edildiği söylenemez.²⁹⁷ Çünkü kanun koyucu gerçekten de içtihatlar tarafından geliştirilen çizgiyi kanunda aynen düzenlemek istemiş olsaydı, içtihatlara temel teşkil eden *Oertmann*’ın formülünü esas alması gerekirdi. Oysa kanun metninde işlem temelinin her hangi bir tanımı yapılmamaktadır. Bu bakımdan yapılan kodifikasyonun tümüyle içtihatlara dayandığını söylemek güçtür. Ancak, bu durum tümüyle “ıçtihatlara karşı bir tutum” olarak da düşünülmemelidir.²⁹⁸ Çünkü *Oertmann*’ın formülasyonunu dayanak gösteren Alman Federal Mahkemesi dahi, gerçekte sadece bu formülden hareket etmemektedir. Mahkeme, yukarıda da açıklandığı üzere²⁹⁹, somut olayda işlem temeli öğretisi kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, dürüstlük ilkesi gereği, ortaya çıkan bozulmanın borçlu bakımından, katlanılamaz, hak ve adaletle bağdaştırılamaz ve böylelikle de beklenilemez nitelikte sonuçlara neden olmasını aramaktadır. Bu kapsamda da mahkeme, özellikle 60’lı yıllardan itibaren, ortaya çıkan bozulmanın işlem temeli öğretisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve böylelikle borçlunun sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının beklenilip beklenilmeyeceği konusunda, sözleşmedeki rizikonun paylaşılması konusuna belirleyici bir önem atfetmektedir. Dolayısıyla, Alman Federal Mahkemesi uygulamasında dürüstlük ilkesine dayandırılan beklenilmezlik unsuru, *Oertmann*’ın formülündeki şartlardan daha da ön plana çıkmış bulunmaktadır.³⁰⁰ Aynı tutum kanun koyucunun yaklaşımında da gözlenmektedir. Öyle ki, kanunun lafzında, özellikle kanundaki ve sözleşmedeki riziko paylaşılmasına ilişkin düzenlemelerin dikkate alınması suretiyle beklenilmezlik denetiminin yapılması gerektiği vurgulanmaktadır (BGB § 313/I).

²⁹⁶ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 93, 175.

²⁹⁷ **JurispraxisKomm- Pfeiffer**, § 313 BGB, Nr. 26.

²⁹⁸ **Hey**, s. 21 vd., s. 29.

²⁹⁹ **Bkz.**, yukr., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi’nin Kabul Ettiği Görüş

³⁰⁰ **Hey**, s. 29.

Beklenilmezlik, önceden de kabul edildiği gibi, işlem temelinin bozulması durumunda uygulanacak hukuki sonuçlar bakımından da belirleyicidir.³⁰¹ Öyle ki, BGB § 313/I hükmüne göre, sadece bir tarafın sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenilememesi durumunda sözleşmenin uyarlanması talep edilebilecektir. BGB § 313/III hükmüne göre ise, sözleşmenin uyarlanması imkânının olmaması durumunda veya uyarlamanın sözleşmenin bir tarafından beklenilememesi durumunda, şartların değişmesinden olumsuz etkilenen taraf sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Dolayısıyla, maddenin son fıkrası gereğince, borçluya sözleşmeyi sona erdirme (dönme veya fesih) hakkı verilmesi - Alman Federal Mahkemesi'nin BGB § 313 hükmünün kanunlaşmadan önceki içtihatlarıyla³⁰² ve doktrindeki hâkim görüşle³⁰³ uygunluk içerisinde olmak üzere- sözleşmenin uyarlanmasının bir taraftan beklenilememesiyle sınırlandırılmıştır. Böylelikle, dönme veya fesih hakkı kullanılarak sözleşmenin tümüyle sona erdirilmesi yerine, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına öncelik tanınmaktadır.³⁰⁴

Madde hükmünde, gerek işlem temelinin şartları ve unsurlarına ilişkin olarak gerekse beklenilmezliğin unsurlarına ve dava sürecine ilişkin olarak daha başka somut unsurlar verilmemektedir. Bu durum, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin sonucudur; çünkü hükmün gerekçesine göre, sorunun bu haliyle düzenlenmesinden başka diğer somutlaştırmalar içtihatlarla bırakılmalıdır.³⁰⁵ Kanun koyucunun bu yaklaşımı, esasında işlem temeli kurumunun kendi özelliğinin zorunlu bir sonucudur. Çünkü işlem temeli kurumuna ilişkin olarak yapılacak her türlü kanuni tanım, bu

³⁰¹ Köhler, s. 156 vd.; Ulmer, AcP 174, s. 191; Chiotellis, s. 25; Soergel-Teichmann, § 242 BGB, Nr. 262; Bamberger/ Roth-Grüneberg, § 313 BGB, Nr. 85; MünchKomm-Roth, § 313 BGB, Nr. 76; Palandt-Heinrichs, § 313 BGB, Nr. 28; Erman-Hochloch, § 313 BGB, Nr. 41.

³⁰² BGH 31.01.1967, BGHZ 47, 48, (52) = NJW 1967, s. 721 (Bauunmöglichkeit); BGH 13.11.1975, NJW 1976, s. 565 (567) (Fußballspielertransfer); BGH 08.02.1984, NJW 1984, s. 1747 (Alkoholverbot-Kaufvertrag/ Groß Geschäftsgrundlage/ İran); BGH 31.05.1990, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 39= NJW 1991, s. 1478 (1480) = GRUR 1990, s. 1005 (1006) (Salome I/ Mietevertrag). Ayrıca bkz., yukr., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş.

³⁰³ Örneğin: Larenz, (Geschäftsgrundlage), s. 185 vd.; Fikentscher, (Schuldrecht), (§ 27 IV 2), Nr. 197; Fikentscher, s. 35; Chiotellis, s. 91, 92; Medicus, (Bürgerliches Recht), Nr. 170; AnwKomm-BGB/ Krebs, § 313 BGB, Nr. 75.

³⁰⁴ Larenz/ Wolf, § 38, Nr. 44.

³⁰⁵ BT-Drucks, 14/6040, s. 93, 175.

öğretinin karakterini bozacak ve değiştirecek nitelikte olur.³⁰⁶ Öyle ki, *Köhler*'in haklı olarak işaret ettiği gibi³⁰⁷, bu öğretinin gücü, onun zayıflığındadır. Yani, hem unsurları bakımından hem de hukuki sonuçları bakımından belirsiz olmasındadır. Bu belirsizlik gereğinden fazla somutlaştırma yoluyla aşılmaya çalışılırsa, işlem temeli öğretisinin somut olaya uygulanmasında güçlükler ortaya çıkar. Çünkü işlem temeli öğretisinin uygulama alanına giren konulardan ortak saik hataları, hata hukuku içerisinde olmasına karşın, denge bozulması ve ifa güçlüğü sözleşmenin tamamlanması alanındadır. Dolayısıyla, işlem temeli öğretisinin unsurlarına ilişkin olarak bu olay gruplarından birisi bakımından yapılacak bir somutlaştırma, çoğu zaman diğer olay gruplarına uygun düşmeyecektir. Bu ise, işlem temeli öğretisinin somut olaya uygulanmasında güçlükler çıkaracaktır. Bu nedenle, işlem temeli öğretisinin uygulama şartlarına ilişkin olarak kanun koyucunun daha başka somutlaştırmaları içtihatlarla bırakmış olması yerindedir. Böylece, sorunun özüne uygun gerçek sonuçlara ulaşmak bakımından içtihatlar için gerekli olan hareket serbestisi sağlanmış olur. Ayrıca, kanun koyucu, yaptığı “genel nitelikli” bu düzenlemeyle, esasında birden fazla güçlüğü birlikte aşmış olmaktadır. Öyle ki, bir yandan sorunu daha ayrıntılı şekilde düzenleyememe noktasındaki zayıflığını örtmüştü, diğer yandan yapılacak bir tanımın zamanla işlerliğini kaybetmesinin önüne geçmiş olmaktadır.³⁰⁸ Bundan başka kanun koyucu, içtihatlarda geliştirilen *Oertmann*'ın formülasyonunu hükmün ihdasında esas almasa da; içtihatlarla da hiçbir şekilde çelişmeyerek, genel olarak kabul edilen mevcut hukuki duruma uygun hareket etmiş olmaktadır.³⁰⁹

Diğer taraftan kanun koyucu, bu düzenlemeyle, sorunun çözümünü dürüstlük ilkesinin ve böylelikle işlem temeli öğretisinin dışında arayan yaklaşımları kabul etmediğini ortaya koymuştur. Ancak, kanun, her hangi bir tanım yapmamak suretiyle, işlem temeli öğretilerine ilişkin savunulan görüşlerden sadece birini kabul etmediğini de ortaya koymaktadır. Gerçi hükmün gerekçesinde, “işlem temelinin sonradan bozulmasına” ilişkin olay grupları arasında kabul edilen amaç bozulması, denge

³⁰⁶ Ehmann/ Sutschet, s. 162.

³⁰⁷ **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 296. Aynı yönde: **Ehmann/ Sutschet**, s. 162; **Hirsch**, s. 90 vd.

³⁰⁸ Ehmann/ Sutschet, s. 162.

³⁰⁹ *JurispraxisKomm- Pfeiffer*, § 313 BGB, Nr. 26.

bozulması ve ifa güçlükleri durumları, *Larenz*'in belirttiği “objektif işlem temelini çöktüğü” olay gruplarıdır. Aynı şekilde, gerekçede “işlem temelini başlangıçtaki eksikliği” olarak ifade edilen ortak saik hataları, *Larenz*'in ayırımında “sübjektif işlem temelini eksikliği” kapsamındadır. Ancak bu ayırım, *Larenz*'in sübjektif ve objektif işlem temeli anlayışına dayanmamaktadır. Çünkü *Larenz*'in ilk ayırımı, yukarıda da ifade edildiği üzere, objektif işlem temelini, tarafların düşüncesinden soyutlayarak, sadece objektif (normatif) kriterlere göre ele alma denemesidir. Ayrıca, sübjektif ve objektif işlem temeli arasında keskin bir ayırım olduğu temeline dayanmaktadır. Oysa BGB § 313 hükmünün uygulaması konusunda bir olayda hem sübjektif işlem temelini hem de objektif işlem temelini bir arada bulunabileceği genel olarak kabul edilmektedir.³¹⁰ Bu nedenle, gerekçede yapılan ayırım ve buna ilişkin olay grupları esas itibariyle örtüşmüş olsa da, BGB § 313 hükmünde “objektif işlem temeli” ve “sübjektif işlem temeli” ayırımı yapılmamaktadır. Bunun yerine, madde hükmünde, “işlem temelini sonradan bozulması” ile sözleşme kurulduğu andaki “işlem temeli eksiklikleri” birbirinden ayrılmaktadır.³¹¹ Tüm bu durumları da “işlem temelini bozulması” kenar başlığı altında BGB § 313 hükmünde düzenlemektedir. Ayrıca, kanunda her hangi bir tanım yapılmadığı için, *Lehmann*'ın tekçi işlem temeli formülünün de kanunun düzenlenmesinde esas alınmadığı açıktır.³¹² Bundan başka, BGB § 313 hükmünde, *Kegel* anlamında büyük işlem temeli ve küçük işlem temeli arasında her hangi bir ayırım yapılmamaktadır. Bunun yerine, içtihatlarla paralel bir şekilde, sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda en önemli belirleyici unsur olarak beklenilmezlik unsuruna vurgu yapmaktadır. Ancak, madde hükmünde beklenilmezliğin tespitinde riziko kavramına önem atfedilmesi, “işlem temeli sorununun gerçekte bir riziko sorunu olduğu” şeklindeki *Kegel*'in ve *Flume*'nin, *Fikentscher*'in ve *Chiotellis*'in görüşlerine paralellik oluşturmaktadır. Bunun dışında, beklenilmezliğin tespitinde sözleşmedeki ve kanundaki riziko paylaşılmasının öncelikle dikkate alınması, içtihatlarla örtüştüğü kadar, *Fikentscher*'in ve *Chiotellis*'in görüşleri ile de esas itibariyle uyum içerisindedir.

³¹⁰ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz., § 2, II, 2, A, b. *Larenz*'in Görüşü.

³¹¹ *Medicus*, Nr. 861.

³¹² *Ehmann/Sutschet*, s. 167.

3. Ara Sonuç

“Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar önemli bir surette değişirse, sözleşme sona erdirilmelidir” şeklinde özetlenebilecek olan *clausula rebus sic stantibus* öğretisi, sözleşmeye bağlılık ilkesine ve böylelikle hukuk güvenliğine büyük zarar vereceği gerekçesiyle, Alman Medeni Kanunu’nun kanunlaşması sürecinde kabul edilmemiştir. Ancak, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği görüşü, Alman hukukunda hiçbir zaman gündemden düşmemiştir. Nitekim bu alanda çok sayıda görüş ileri sürülmüştür ve sürülmektedir. Bunlardan kronolojik bakımdan ilki 19. yy’da *Windscheid* tarafından ortaya atılan kayıt öğretisidir. Bu öğreti, önemsiz nitelikteki saik ile kayıt ve hukuken önemli olan şart arasındaki ayrımı ortaya koymayı başaramamıştır. Bu nedenle hukuk güvenliğine zarar vereceği gerekçesiyle Alman Medeni Kanunu’nun kanunlaşma sürecinde dikkate alınmamıştır. Ayrıca kayıt öğretisi, sadece sözleşme kurulduğu sırada gerçekleşen bozulmanın tarafların düşüncelerinde kayıt altına aldıkları bozulma durumlarına ilişkindir. Yani, subjektif nitelikte bir öğretimdir. Bu nedenle, tarafların sözleşme kurulduğu anda her hangi bir düşüncelerinin olmadığı “amaç bozulması”, “denge bozulması” ve “ifa güçlükleri”ne ilişkin durumları kapsamamaktadır. Ancak tüm bu eksikliklerine karşın bu öğreti, dogmatik bakımdan önemlidir; çünkü işlem temeli öğretisine geçişte temel hareket noktasını oluşturmaktadır.

İşlem temeli öğretisi, Birinci Dünya Savaşı’nın hemen sonrasında *Oertmann* tarafından ortaya atılmıştır. *Windscheid*’in öğretimine yönelik eleştirileri gidermeyi amaçlayan *Oertmann*, bu öğretiyi BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesine dayandırmaktadır. *Oertmann*’ın işlem temeli formülü, Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından 1922 yılındaki içtihadıyla Alman sözleşme hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Öyle ki bu içtihat daha sonra Alman Federal Mahkemesi tarafından da esas itibariyle uygulanmıştır. Ancak, *Oertmann*’ın formülü de işlemin temeli (*Windscheid*’in öğretisi anlamında kayıt) ile sözleşmenin içeriği arasındaki sınırlandırma kriterlerini ortaya koymayı başaramamıştır. Ayrıca *Oertmann*’ın öğretisi, subjektif nitelikte bir öğretimdir. Bu nedenle, tarafların sözleşme kurulduğu zaman gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hakkında her hangi bir düşüncelerinin bulunmadığı denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarını, kapsamamaktadır. Bu bakımdan da sınırlı uygulama alanı olan bir öğretimdir.

İşlem temeli öğretisine objektif bir nitelik kazandırma çabaları, daha sonra *Krückmann* ve *Locher*'le birlikte başlamıştır. Bu yazarlar, sözleşmeye müdahale edilebilmesi konusunda “ tarafların düşünceleri”nden değil “ortak sözleşme amacı”ndan hareket edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Ancak bu görüş, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ortak sözleşme amacının olmayacağı esasını gözden kaçırmıştır. Çünkü iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ortak bir sözleşme amacı olmayıp, olsa olsa tarafların karşılıklı ve birbirine zıt menfaatleri vardır.

1950’li yıllardan sonra yeni öğreti, işlem temeli öğretisine getirilen eleştirileri gidermek amacıyla farklı yollar izlemiştir. Yeni öğretinin temsilcileri arasında bulunan *Larenz*, objektif nitelikteki görüşleri işlem temeli altında bir araya getirmiş ve bunu da subjektif işlem temeli ve objektif işlem temeli olmak üzere kesin çizgilerle ikiye ayırmıştır. Oysa, *Larenz*’in kabul ettiğinin aksine, subjektif ve objektif işlem temeline ilişkin olay grupları somut olayda bir arada bulunabilir. Bu nedenle *Larenz* tarafından yapılan ayırım dogmatik değildir. Ancak *Larenz*’in, ortak saik hataları (yani subjektif işlem temeli) ile hata hukuku arasında ilişki kurması yerindedir. Bundan başka, *Larenz*’in “dürüstlük ilkesinin hakime sözleşmeye müdahale etme yetkisini vermediği; bunun yerine, objektif işlem temelinin çökmesi olarak nitelendirdiği amaç bozulması, denge bozulması ve ifa güçlükleri durumlarında sözleşme boşluğu olduğundan hareketle sözleşmenin tamamlanması gerektiğini” kabul etmesi de isabetli olmuştur.

Oertmann’ın subjektif nitelikteki formülüne objektif bir nitelik kazandırmaya çalışan yazarlardan bir diğeri ise *Lehmann*’dır. *Lehmann*, subjektif nitelikteki *Oertmann*’ın formülüne objektif bir unsur eklemek suretiyle, işlem temeli öğretisine objektif bir nitelik kazandırmıştır. Böylelikle, subjektif ve objektif görüşleri tek bir tanım altında toplamıştır. Ancak *Lehmann*’ın formülü iki bakımdan sorunludur. İlk olarak, *Lehmann*’ın formülünün kabul edilmesi durumunda, işlem temeli öğretisinin uygulama alanı, borca aykırılığa ilişkin kanuni düzenlemeleri de kapsayacak şekilde genişleme tehlikesi vardır. Ayrıca *Lehmann*, işlem temelini “şart”a benzetmektedir. Dolayısıyla, hukuki sonuçlarının da şart ile aynı olması gerekir. Ancak *Lehmann*, hukuki sonuçları bakımından -“şart”tan farklı olarak- “uyarlamayı” kabul etmektedir. Bir hukuki kurumu hem şarta benzetip daha sonrada hukuki sonuçları bakımından uyarlamanın

kabul edilmesi ise, dogmatik değil, pragmatik bir yaklaşımdır. Bu nedenle kabul edilemez.

İşlem temeli öğretisine farklı bir yaklaşım getiren yazarlardan bir diğeri ise *Kegel*'dir. *Kegel*, işlem temeli öğretisini “küçük işlem temeli” ve “büyük işlem temeli” olmak üzere ikiye ayırmıştır. *Kegel*, şartlardaki değişikliği sadece somut sözleşmenin taraflarını etkilediği ve kendisinin “küçük işlem temeli” olarak adlandırdığı durumlarda taraflardan her birinin kendi rizikosuna kendisinin katlanması gerektiği; ancak, tüm toplumu ilgilendiren “büyük işlem temeli” durumlarında ise, sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiğini savunmuştur. Dolayısıyla *Kegel*, şartların değişmesi durumlarında dürüstlük ilkesine ilişkin BGB § 242 hükmünün ve buna bağlı olarak da işlem temeli öğretisinin uygulama alanının, sadece sosyal ve tabi felaket durumları bakımından söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Ancak, şartların değişmesinden olumsuz etkilenen taraf için, işlem temelinin büyük veya küçük olması arasında bir farkın olmaması gerekir. Bu nedenle bir yandan BGB § 242 hükmünün şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul ederken; öbür yandan, bunu bazı olay gruplarıyla sınırlandırılması bizatihi bir çelişkidir. Bununla birlikte *Kegel*, işlem temeli sorununu bir riziko sorunu olarak nitelendirmektedir ki, bu tespit, *Kegel*'in işlem temeli öğretisine en önemli katkısıdır.

Kegel'den sonra işlem temeli öğretisini, bir riziko sorunu olarak kabul eden bir başka yazar da *Flume*'dir. *Flume*'ye göre, işlem temeli öğretisi, “gerçeğin rizikosu”na kimin katlanması gerektiği sorusuyla meşgul olur. Bu sorunun cevabı “sözleşmenin yorumlanmasıyla, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla, hataya ve borca aykırılığa ilişkin tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelerle”, velhasıl Alman Medeni Kanunu sistemi içerisindeki enstrümanlar yardımıyla çözülebilir. Bu nedenle *Flume*, işlem temeli öğretisine ihtiyaç olmadığı görüşündedir.

Flume'nin işlem temeli öğretisini bir riziko sorunu olarak nitelendirmesi ve bu konuda Alman Medeni Kanunu'ndaki somut sözleşmeye ilişkin hata hukukunun ve borca aykırılık hakkındaki düzenlemelerin ve özellikle sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun uygulanma kabiliyetini yeniden gündeme getirmesi, son derece yerindedir. Ancak *Flume*, önemli bir hususu gözden kaçırmaktadır. Şöyle ki, işlem temeli öğretisi, “gerçeğin rizikosu”na kimin katlanması gerektiği ile meşgul olmakla

birlikte; bu öğreti, her türlü rizikoyla değil - *Fikentscher*, *Brox*, *Medicus* ve *Nicklisch* gibi yazarların ifade ettiği üzere- konusu sadece sözleşme boşluğu olan risklerle ilgilenmektedir. Bu konuda *Brox*, *Medicus* ve *Nicklisch* gibi bazı yazarlar, söz konusu sözleşme boşluğunun -yine Alman Medeni Kanunu sistemi içerisinde kalınmak suretiyle- “sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla” doldurulabileceği görüşündedirler. Ancak bu görüşün taraftarları, varsayıma dayalı taraf iradelerine göre sözleşme boşluğunun doldurulmasında somut sözleşmede tarafların gerçek iradelerini gösteren bir destek noktası bulunması zorunluluğu olmasına rağmen; işlem temeli öğretisinin konusu olan riziko boşluklarında, tarafların gerçek veya varsayıma dayalı iradelerinin ne olması gerektiği hakkında sözleşmede herhangi bir destek noktasının olmaması gerektiğini atlamaktadırlar. Öyle ki, *Fikentscher*'in ifade ettiği üzere, rizikoya kimin katlanması gerektiği hakkındaki sözleşme boşluğu; tamamlayıcı hukukla, tamamlayıcı yorumla ve Alman Medeni Kanunu sistemi içerisindeki diğer enstrümanlar yardımıyla doldurulduğu sürece, gerçekleşen riziko, sözleşmenin içeriğidir. İşlem temeli öğretisinin konusu ise, hiçbir şekilde sözleşmenin içeriği olamaz. Bu bakımdan, gerçekleşen riziko söz konusu enstrümanlar yardımıyla doldurulamıyorsa, artık işlem temeli öğretisinin konusudur ve artık olsa olsa bu aşamadan sonra borçlunun borcunu aynen ifa etmesi borçludan beklenilemez. Rizikonun paylaşılması olarak adlandırılan bu yaklaşımı, sonraki yıllarda *Chiotellis*, “işlem temeli öğretisi çift boşluğu şart koşar” şeklinde ifade etmiştir. Bu ifade, gerçekleşen rizikonun işlem temeli öğretisinin konusu olabilmesi için, “bu rizikoya ilişkin olarak sözleşmede taraflarca kararlaştırılan herhangi bir düzenlemenin olmaması yanında, tamamlayıcı hukukla da söz konusu boşluğu uygulanacak her hangi bir düzenlemenin bulunmaması gerektiği” şeklinde anlaşılması kaydıyla, gerçekten isabetlidir. Çünkü bu yaklaşımla, işlem temeli öğretisinin asıl sorunlu yeri olan “gerçekleşen bozulmanın ne zaman sözleşmenin temeli, ne zaman işlemin içeriği olduğu” sorusu nispeten somutlaştırılmış olmaktadır.

İşlem temeli öğretisinin uygulanmasında *Kegel* ve *Flume*'den itibaren rizikonun paylaşılması anlayışının ön plana çıkması, 1960'lı yıllardan itibaren Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında da etkisini göstermiştir. Öyle ki, “mahkemenin işlem temelinin unsurlarını ortaya koyamadığı, somut olayda beklenilmezlik kontrolü yaptığı ve ancak bunun unsurlarını da tam olarak ortaya koyamadığı bu nedenle de

dogmatik olmaktan ziyade pragmatik bir yaklaşım sergilediği” eleştirilerine muhatap olan Alman Federal Mahkemesi, “rizikonun paylaşılması temelinde” beklenilmezlik kontrolü yapmak suretiyle, bu eleştirilerin bir ölçüde önünü almayı başarmıştır. Ayrıca, Alman Federal Mahkemesi her ne kadar *Oertmann*’ın sübjektif nitelikteki formülünden hareket etse de, *Oertmann*’ın formülünden iki konuda ayrılmıştır. İlk olarak, Alman Federal Mahkemesi, “bir olayın işlem temeli olmasının taraflar için pek tabii bir durum kabul edilmesini” yeter şart kabul etmektedir. Böylelikle mahkeme, işlem temeli öğretisinin uygulama alanı hakkında, *Oertmann*’dan farklı olarak, objektif (normatif) bir yaklaşım sergilemektedir. Öte yandan *Oertmann*, işlem temelinin eksik olduğu veya çöktüğü her durumda BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinden hareketle sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği görüşünde olmasına karşın; Alman Federal Mahkemesi, işlem temelinin çökmesi yanında gerçekleşen bozulmanın BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesi gereği katlanılamaz, hak ve adaletle bağdaştırılamaz bu nedenle de borçludan sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının “beklenilmez” olması halinde sözleşmeye müdahale edilebileceği görüşündedir. Dolayısıyla Alman Federal Mahkemesi, dürüstlük ilkesinden hareket edilerek geliştirilen işlem temeli öğretilerine, yine dürüstlük ilkesine göre beklenilmezlik kontrolü yapmak suretiyle bir sınırlandırma getirmektedir. Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin içtihatlarına dayanan bu içtihat, sözleşmenin temeli ile işlemin içeriği arasında yapılan ayrımı ortaya koyamaması nedeniyle başlangıçta kendisine yöneltilen “hakkaniyet içtihatçılığı” suçlamasını haklı kılsa da, özellikle 60’lı yıllardan itibaren rizikonun paylaşılması anlayışından hareketle, işlem temeli öğretisini sadece sözleşme boşluğunun konusu olan riskler bakımından uygulamak suretiyle, önemli ölçüde gidermeyi başarmıştır.

İşlem temeli öğretilerine ilişkin doktrin ve içtihatlardaki tüm bu gelişmelerin ardından Alman kanun koyucusu, 2002 tarihinde yürürlüğe giren reform kanununda BGB § 313 hükmünde “işlem temelinin bozulmasını” düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme, doktrindeki hakim görüş tarafından “dürüstlük ilkesinin (BGB § 242) özel bir uygulama alanı” olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, BGB § 313 hükmünün gerekçesinde ifade edildiği üzere, “söz konusu düzenleme, maddi hukukta her hangi bir değişiklik getirmemekte; sadece içtihatlar tarafından geliştirilen yaklaşım, genel nitelikte bir düzenlemeyle kanun hükmü haline getirilmektedir”. Yine düzenlemenin

gerekçesinde, ortak saik hatalarının maddenin ikinci fıkrasında “işlem temelini başlangıçtaki eksikliği” kapsamında olduğu ifade edilirken; denge bozulması, ifa güçlüğü ve amaç bozulmalarının “işlem temelini sonradan bozulmasına” ilişkin olay grupları arasında olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle, söz konusu düzenleme, Alman hukukunda, denge bozulması ve ifa güçlüğü de dâhil olmak üzere, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye hangi dogmatik temelde müdahale edilmesi gerektiği yönündeki tartışmaları bir yerde sonlandırmıştır. Ancak, teorik nitelikteki bu tespitin basit bir şekilde anlaşılabilirliğine karşın, işlem temeli öğretisinin somut olayda uygulanması ayrı bir zorluk olarak ortadadır.

III. TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

Alman hukukunda kabul edilen işlem temeli öğretisi, yukarıda ifade edildiği üzere, Türk-İsviçre hukukunda hiçbir dönemde Alman hukuk doktrininde anlaşıldığı anlamıyla kabul edilmemiş olup; Türk-İsviçre hukukunda şartların değişmesi durumunda belirli şartlar altında sözleşmeye müdahale edilmesi gerekliliği, genel olarak clausula rebus sic stantibus kavramıyla anılmaktadır.³¹³ Bu kapsamda Türk-İsviçre hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, tek taraflı saik hatalarına ilişkin olarak BK m. 24 (OR Art. 24) hükmü bulunmaktadır. Bu nedenle, sözleşmeye müdahale edilmesinin gerekçesi konusundaki asıl tartışmalar, amaç bozulmaları yanında, konumuz olan denge bozulması ve sonraki ifa güçlüğü alanında yaşanmaktadır. Bu anlamda, Türk-İsviçre hukukunda şartların değişmesi sonucunda ortaya çıkan yeni durum karşısında sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temeline ilişkin olarak çok sayıda görüş ortaya atılmıştır. Ancak, Türk-İsviçre hukukunda bu konuda Alman hukukunda kabul edilen işlem temeli öğretisi gibi bağımsız bir öğreti de ortaya atılmamıştır. Öyle ki, Türk-İsviçre hukukunda savunulan görüşler, medeni kanun ve borçlar kanunu içerisindeki enstrümanların ya doğrudan doğruya ya da kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkindir. Bu anlamda beş temel görüş bulunmaktadır. Söz konusu görüşler içerisinde, temel hatası ve gabinden hareket eden görüş, subjektif niteliktedir. Yani, bu görüşler tarafların iradesini temel almaktadır. Diğer görüşler ise, tarafların iradelerinden bağımsız objektif nitelikteki görüşlerdir.

1. Nispi İmkânsızlık Görüşü

Nispi imkânsızlık görüşü, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına imkânsızlığa ilişkin hükümler temelinde çözüm bulunmasını kabul etmektedir. Bu anlamda olmak üzere, doktrinde bazı yazarlar tarafından, denge bozulması ve ifa güçlükleri, imkânsızlığı geniş yorumlanmak suretiyle, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin ekonomik imkânsızlık olarak kabul etmesi gibi³¹⁴, nispi imkânsızlık³¹⁵

³¹³ Bkz., yuk., Giriş, II, 3. Kavram.

³¹⁴ Bkz., yuk., § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi.

³¹⁵ (relative Unmöglichkeit; Unzumutbarkeit, Unerschwinglichkeit der Leistung).

olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, nispi imkânsızlık durumunda borç sona ermektedir (BK m. 117, OR Art. 119).³¹⁶

İsviçre Federal Mahkemesi, 20. yy'ın daha henüz başında, *clausula rebus sic stantibus* öğretisini ve bu arada şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesini reddetmiştir.³¹⁷ Ancak, Birinci Dünya Savaşı sırasında ve devamındaki gelişmelerin, Almanya'da olduğu gibi İsviçre'de de önemli etkileri olmuştur. Bu temelde, imkânsızlık görüşü, Birinci Dünya Savaşı ve sonrasında İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarına da esas teşkil etmiştir.³¹⁸ Ancak mahkeme, bu dönemde imkânsızlık görüşünü çoğunlukla dürüstlük ilkesi ile gerekçelendirmiştir.³¹⁹ Mahkeme diğer bazı kararlarında ise, imkânsızlık görüşünü "yıkım teorisiyle" somutlaştırmıştır. Mahkeme, yıkım teorisiyle somutlaştırdığı durumlar bakımından, bazı kararlarında, borçlunun edim yükümlülüğünün tümüyle sona ermesi gerektiğine karar vermiştir.³²⁰ Mahkeme, yıkım teorisiyle somutlaştırdığı diğer bazı kararlarında

³¹⁶ Bu görüşü savunan yazarlar özellikle: **Wieland**, ZSR 36, s. 459; **Hedemann**, SJZ 17, s. 307; **Weber**, s. 18, 66 vd.; **ZücherKomm-Oser/ Schönberger**, Art. 119 OR, Nr. 6; **Fick**, ZSR 44, s. 172; **Roggwiller**, s. 77 vd.; **Von Tuhr/ Escher**, s. 96.

³¹⁷ Mahkemenin 1905 tarihli kararına göre: "... Davacının haklarının bu şekilde bir sınırlandırılması için, sözleşmede açıkça ve başka bir anlama gelmeyecek şekilde kararlaştırılması gerekir ...". Bkz., BGE 28 II 246, (252).

³¹⁸ Bkz., BGE 43 II 170 (176); 44 II 519, (526) (Handelsverbot-Fall); 45 II 351 (354) (Bier-Fall/ Leistungserschwerung); 45 II 386 (398) (Stausee-Fall); 46 II 429 (433); 47 II 314 (315) (Mietvertrag/ Heizkosten/ Leistungserschwerung); 47 II 391 (401 vd) (englisches Ausfuhrverbot über Garn/ Leistungserschwerung); 48 II 242 (247); 48 II 443 (451 vd.) (Stromlieferungsvertrag); 50 II 256 (264); 56 II 189 (194); 59 II 264 (304).

³¹⁹ Buna göre, ifa güçlüğü, sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar borçlu için ekonomik bakımdan tümüyle başka bir edim olarak nitelendirilecek şekilde değişirse, yani, şartların değişmesine bağlı olarak dürüstlük ilkesi dikkate alındığında edimin ifası artık borçludan beklenemiyorsa, borçlunun edimi tamamen veya kısmen sona erer. Bkz., BGE 45 II 386 (398) (Stausee-Fall); 48 II 242 (251 vd.); 50 II 256 (263).

³²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda (Bier-Fall), bira fabrikasının sahibi olan satıcı ile alıcı arasında 14 Şubat 1922 tarihine kadar litresi 25 İsviçre Frankı üzerinden bira teslimine ilişkin uzun süreli bir tedarik sözleşmesi yapılmıştır. 1916 yılının ilk aylarında ise, artan geçim maliyetlerindeki artışa bağlı biranın litre fiyatında % 24 lük bir değer artışı gerçekleşmiştir. Bunun üzerine bira fabrikasının sahibi, biranın litre fiyatını 25 İsviçre Frankı yerine 31 İsviçre Frankı üzerinden hesaplanmasını talep etmiştir. Maddi edim alacaklısı ise, 25 İsviçre Frankı üzerinden teslimatın yapılması gerektiğini ihtar etmiştir. Uyuşmazlık üzerine, İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Mahkeme, bu olayda, öngörülemez nitelikte olaylara bağlı olarak borçlunun ediminin ekonomik bakımdan tümüyle başka bir edim olacak şekilde değişmiş olduğunu; böyle bir durumda maddi edim borçlusunun borcunu aynen ifa etmesinin kendisinin yıkımına neden olacak ağırlığa ulaştığını; dolayısıyla, nispi imkansızlık söz konusu olduğu görüşündedir. Buna bağlı olarak mahkeme, satıcıya, sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Bkz., BGE 45 II 351 vd. (Bier-Fall/

ise, edimin ifasının olağanüstü güçleştiği gerekçesiyle, OR Art. 99/III (BK m. 98/II) hükmüyle bağlantılı olarak OR Art. 43/1 (BK m. 43) hükmüne göre borçlunun edim yükümlülüğünde önemli bir indirim yapmıştır.³²¹ Mahkeme, bu görüşünü 1933 yılına kadar kadar devam ettirmiştir.

Yargıtay, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda ilk kararlarını ifa güçlüğüne ilişkin olarak İkinci Dünya Savaşı yıllarında vermiştir. Mahkeme, bu dönemdeki içtihatlarında, şartların değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan ifa güçlüklerini, bir istisna dışında³²², ortaya çıkan ifa güçlüklerinin

Leistungserschwerung). İsviçre Federal Mahkemesi'ne konu olan bir başka olayda ise, yapılan bir kira sözleşmesiyle kiralayan, ısınma maliyetlerini de üstlenmiştir. Ancak, ısınma maliyetleri 1914 yılında kira bedelinin 1/14'üne karşılık gelirken; 1918 yılında 1/4'üne; 1919 yılından itibaren ise, bu oran 1/3 oranına kadar ulaşmıştır. Mahkeme bu olayda, ısınma maliyetlerine ilişkin gerçekleşen fiyat artışlarının borçlunun edimini ekonomik bakımdan tümüyle başka bir edim olacak şekilde değiştirmiş olduğuna, buna bağlı olarak borçlunun edimini aynen ifa etmesinin onun yıkımına neden olacak ağırlıkta olduğu ve bu bakımdan nispi imkansızlık söz konusu olduğuna hükmetmiştir. Bkz., BGE 47 II 314 vd. (Mietvertrag/ Heizkosten/ Leistungserschwerung). Benzer şekilde mahkeme, savaşın çıkmasına bağlı olarak gerçekleşen ihracat yasağı nedeniyle sözleşmenin konusu olan ipliğin satış fiyatının % 300 oranında artması karşısında, borçlunun ediminin, ekonomik bakımdan tümüyle başka bir edim olacak şekilde değişmiş olduğuna, bu şartlarda borçlunun edimini aynen ifa etmesi onun yıkımına neden olacak ağırlıkta olduğuna, dolayısıyla, somut olayda artık nispi imkansızlık söz konusu olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, bu şartlarda borçlunun, maddi edim borcu sona erer. Bkz., BGE 15.09.1921, 47 II 391 vd. (englisches Ausfuhrverbot über Garn/ Leistungserschwerung). İsviçre Federal Mahkemesi, 1912 ve 1929 tarihleri arasında yapılan uzun süreli bir elektrik sağlama sözleşmesinde ise, maliyetlerin % 18 oranında artmasının borçlunun yıkımına neden oluşturacak nitelikte olmadığına hükmetmiştir. Bkz., BGE 47 II 440 vd. (Stromlieferungsvertrag/ Leistungserschwerung). Aynı yönde, BGE 48 II 242 (247); 48 II 443 (451vd.) (Stromlieferungsvertrag). İsviçre Federal Mahkemesi'nin ifa güçlüğüne borçlunun yıkımına neden olacak ağırlıkta olması nedeniyle nispi imkansızlık oluşturup oluşturmadığını denetlediği diğer kararları için bkz., BGE 45 II 386 (398) (Stausee-Fall); 50 II 256 (264); 51 II 303 vd. (Äquivalenzstörung); 53 II 76 vd. (Äquivalenzstörung); 56 II 189 (194); 59 II 264 vd. (Äquivalenzstörung); 57 II 368 vd. (Äquivalenzstörung). Ancak mahkeme, söz konusu tüm bu kararlarında “yıkım” sözcüğü altında neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin her hangi bir açıklamada bulunmamaktadır. Yani, yıkım sözcüğü altında alışılmış şekilde borçlunun İcra ve İflâs hukuku anlamında acze düşmesi mi kastediliyor; yoksa bu aşamaya ulaşmadan önceki daha hafif durumlar mı kastediliyor belirtilmemektedir (bkz., Caytas, s. 207). İsviçre Federal Mahkemesi, 1933 tarihli kararında ise, “yıkım teorisini” açık bir şekilde reddetmiştir. Bkz., BGE 59 II 372 (377 vd.) (Börsengebäude-Zürich-Fall)]. Mahkemenin 1933 tarihli söz konusu karar için ayrıca bkz., aşa., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükümünün Kıyasen Uygulanması Görüşü.

³²¹ Bkz., BGE 44 II 519-528 (Handelsverbot-Fall). Bu olayda, satıcı İngiltere Hükümeti ile bir anlaşma yapmıştır. Bu anlaşmaya göre, satıcı İngiltere'nin düşman olarak kabul ettiği kişilere teslimat yapmaması gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, bu yükümlülüğün ihlal edilerek bir teslimat yapılması, satıcının İngiltere ile bağlantılı ticari işlerini böylelikle tehlikeye düşürdüğü için beklenilemez olarak nitelendirmiş ve satıcının ödemesi gereken tazminat miktarında indirim yapmıştır. Bkz., s. 525 (Handelsverbot-Fall).

³²² O döneme ilişkin istisnai nitelikteki bu kararında mahkeme sözleşmeye müdahale edilmesini dürüstlük ilkesiyle gerekçelendirmiştir. Bkz., Y. TD, 02.06.1942, K. 1522, bu karar için bkz., aşa., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler .

mücbir sebep teşkil edip etmediği üzerinde durmuştur.³²³ Dolayısıyla mahkeme, kararlarında açıkça bahsetmese de, sonraki ifa güçlüğü durumlarını, sonraki kusursuz imkânsızlık temelinde ele almıştır. Yargıtay, ifa güçlüğü konusunda sözleşmeye müdahaleye ilişkin bu yaklaşımını, 80’li yılların başına kadar devam ettirmiştir.³²⁴ Öte yandan, borçlar kanunu tasarısını hazırlayan komisyon da “aşırı ifa güçlüğü” BKT m. 137 hükmünde “imkansızlık” altında düzenlemek suretiyle, bir ölçüde nispi imkansızlık görüşünden etkilenmiş gözükmektedir.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde sonraki imkânsızlık (BK m. 117; OR Art. 119), edimi ifa etme imkânının olmaması anlamına gelir.³²⁵ Oysa, denge bozulması ve ifa güçlüklerinde, edimin ifası hâlâ imkân dâhilindedir. Dolayısıyla, böyle bir durumda imkânsızlıktan bahsedilemez.³²⁶ Ayrıca, denge bozulması ve ifa güçlükleri durumları

³²³ Bu anlamda olmak üzere mahkeme, 1943 tarihli içtihadında, “ ... kışın erken gelmesine bağlı olarak et fiyatlarında meydana gelen artışların, sezilemeyeceğini ve kestirilemeyeceğini; buna bağlı olarak da bu olayın borcun ifasına engel teşkil eden bir mücbir sebep olduğuna ... ” karar vermiştir. Bkz., Y. TD, 22.09.1943, E. 2423, K. 1673 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü). Yine aynı tarihlerde yaşanan bir başka olayda, ihraç yasağının kaldırılmasının ardından satım konusu olan fasülye fiyatları yaklaşık % 50 nispetinde pahalılaşmıştır. Satıcının taahhüdünü yerine getirmek istememesi üzerine yaşanan uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesi, fiyatların bu ölçüde artmasını mücbir sebep olarak kabul etmiş ve alıcının davasını reddetmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi ise, fiyatlardaki bu oranda bir artışın mücbir sebep oluşturmadığına hükmetmek suretiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz. Y. TD, 03.06.1944, E. 1439, K. 1389 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü). Ayrıca bkz., Y. TD, 27.12.1944, K. 2807 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü); Y. TD, 17.06.1944, K. 1518/ 1477 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü). Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yine et satımına ilişkin olarak 1945 tarihli kararına konu olan olayda, satıcının fiyatların fevkalade artması karşısında fiyatların bu şekilde artmasının mücbir sebep olduğunu ve bu nedenle sözleşmenin feshi ile satıcı olan davacının ... kuruluşluk zararının alıcı tarafından tazmin edilmesine karar vermiştir. Bkz., Y. HGK 28.03.1945, K. 23 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü). Söz konusu kararların değerlendirmesi için bkz., **Gözübüyük**, s. 88, 101, 102, 115; **Gürsoy**, s. 77, 79, 83.

³²⁴ Bkz., Y. 4. HD, 24.02.1970, E. 1669/12400 K. 1970/1455, RKD 1971, s. 287 vd. (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü); Y. 11. HD, 11.02.1975, E. 1974/5000 K. 1975/891 (Satım Sözleşmesi/İfa Güçlüğü); Y. 4. HD, 10.10.1978, E. 12581, K. 11161 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü); Y. HGK 17.10.1980, E. 1978/11-773, K. 1980/2310 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü). Kararlar için bkz., www.kazancı.com.tr.

³²⁵ Bkz., **BernerKomm-Becker**, Art. 119 OR, Nr. 1; **Bischoff**, s. 123; **ZürcherKomm-Aepli**, Art. 119 OR, Nr. 5; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 119 OR, Nr. 5; **Schwenzer**, Nr. 63.01; **Gözübüyük**, s. 101 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 442; **Eren**, s. 1249; **Kılıçoğlu**, s. 490.

³²⁶ **Sieglwart**, s. 130 vd.; **Merz**, s. 415a; **Oftinger**, SJZ 36, s. 245; **Schmitz**, s. 27; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 191; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 600; **Bischoff**, s. 126 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 312; **Gözübüyük**, s. 101 vd.; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 1. İsviçre Federal Mahkemesi, nispi imkânsızlık görüşünü kabul etmesinden çok daha önce, 1899 yılına ilişkin olan Kuriwata ipeği olayında (Kuriwata-Seiden-Fall), satım sözleşmesine konu olan ipeğin tedarik edildiği Kuriwata’da tayfun sonucu ipek kozalarının büyük ölçüde zarar görmesine rağmen söz konusu ipeğin hala piyasadan tedarik edilmesinin mümkün olmuş olması nedeniyle, ipek fiyatlarının

imkânsızlığa ilişkin hükümlere tabi kılındığı takdirde, hukuki sonuçlarının da imkânsızlığa ilişkin hükümlere tabi olması gerekir. İmkânsızlık durumunda ise, borç ilişkisi kendiliğinden sona erer. “Ya hep ya da hiç” şeklindeki bu tür hukuki sonuçlar, sözleşmenin yeni durumlara uyarlanmasına imkân vermez. Oysa, nispi imkânsızlık görüşüne göre, yukarıda ifade edildiği üzere, BK m. 98/II, 43 (OR Art. 99/III ve 43/I hükmünün uygulanması suretiyle, borçlunun ödemesi gereken tazminat yükümlülüğünden kısmen kurtulma imkânı getirilmektedir. Bu durum ise, sonraki kusursuz imkânsızlık kurumunun sınırlarının tümüyle dışına çıkılması sonucunu doğurur. Kaldı ki, sözleşmenin uyarlanması anlamına gelen bu tür hukuki sonuçların kabulü için imkânsızlık kurumunu sulandırmaya ve zedelemeye de gerek yoktur. Bu nedenlerle, nispi imkânsızlık görüşü kabul edilemez.³²⁷

2. Temel Hatası Görüşü

BK m. 24/II (OR Art. 24/II) hükmüne göre, sözleşmenin kurulması için tarafları harekete geçiren belirli düşüncelerin (saiklerin) yanlış olduğunun ortaya çıkması, kural olarak hukuken önemsizdir. Ancak, bu düzenlemeye bir istisna BK m. 24/I bent 4 (OR Art. 24/I Ziff. 4) hükmünde getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “Hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından nazara alınmasına ticari

artması nedeniyle ifa güçlüğüne rağmen her hangi bir ifa imkânsızlığının söz konusu olamayacağına karar vermiştir. Bkz., BGE 27 II 211 vd. (Kuriwata-Seiden- Fall). Yargıtay da 1981 tarihine ilişkin kararında denge bozulması ve ifa güçlüğü ile imkânsızlık arasındaki farka açıkça işaret etmektedir. Bu karara göre:“ ... Borç ilişkisinin kurulmasından sonra, borçlunun kusuru olmaksızın edim (borç) imkânsızlaşmışsa, bu durumda, borç sona erer (BK m. 117). Oysa, borçlu yönünden edimin yerine getirilmesinin (ifasının) aşırı ölçüde güçleşmesi, m. 117'nin kapsamının dışında kalır. Gerçekte de, aşırı güçlük "ifa imkânsızlığıyla" karıştırılmamalıdır ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/147, K. 1981/932 (Kira sözleşmesi/ İfa güçlüğü). Aynı yönde: Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 14.12.1990, E. 1990/ 5697, K. 1990/ 8708. Kararlar için bkz., www. kazancı. com. tr. Yargıtay, mücbir sebep durumlarında denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün sözkonusu olamayacağını 1980 yılına ilişkin bir kararında da açıklamaktadır: “ ... Davanın dayanağı olan mücbir sebebi düzenleyen BK m. 117.maddesine göre mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için, önceden tahmin edilememiş bulunması, borçluya kabili isnat olmaması ve önlenemeyen, giderilemeyen, yenilenemeyen bir nitelik taşıma ve borcun ifasını imkânsız bir hale getirmesi gerekir ... mücbir sebebin en önemli unsuru olan ifanın imkânsız hale gelmiş bulunması da bu olayda düşünülemez. Çünkü davacı daha fazla bir para vermek suretiyle iddiasına göre edasını ifa etmiş bulunmaktadır ... ”. Bkz., Y. HGK 17.10.1980, E. 1978/11-773, K. 1980/2310 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü), bkz., www. kazancı. com. tr (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü).

³²⁷ Siegwart, s. 130 vd.; Reichel, s. 16; Oftinger, SJZ 36, s. 245; Merz, s. 415a; Schmitz, s. 27; Schlageter, s. 59; Rieder, s. 84; Barth, s. 22 vd.; BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 191; von Büren, s. 390 vd.; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 600; Bischoff, s. 128 vd.; Schmiedlin, s. 137; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 312; Keller/ Schöbi, s. 168; Caytas, s. 206; Gürsoy, s. 26-28; Erzurumluoğlu, s. 60 vd.; Erman, s. 49 vd.

doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmesi” esaslı hatadır.³²⁸ BK m. 23 (OR Art. 23) hükmüne göre ise: “Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz”.

İsviçre hukukunda savunulan bir görüşe göre³²⁹, OR Art. 24/I Ziff. 4 hükmünün şartların değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan denge bozulması ve ifa güçlüklerine de uygulanması gerekir. Çünkü sözleşme kurulduğu sırada tarafların sözleşmenin temeli olarak kabul ettikleri hususlardaki esaslı hataları ile yine sözleşmenin temeli kabul edilen hususların sonradan esaslı surette değişmesi arasında bir farkın olmaması gerekir. Taraflar sözleşmenin temeli olarak kabul ettikleri hususları sözleşme kurulurken hatalı varsaydıkları için sözleşmenin iptaline gidilebilirken; yine tarafların sözleşmenin temeli olarak kabul ettikleri hususların sırf “sözleşmenin kurulma anında olmadığı” gerekçesiyle aynı hukuki sonuca tabi tutulmamasının bir açıklaması olamaz. Her ikisinde de şartlar, tarafların düşündüklerinden daha başkadır. Dolayısıyla da menfaat durumları aynıdır.

Temel hatasına ilişkin söz konusu düzenlemenin denge bozulması ve ifa güçlüklerine uygulanması gerektiği görüşü, isabetli değildir. Bunun birkaç nedeni vardır. İlk olarak, temel hatası sözleşmenin kurulması aşamasında, iradenin oluşumu ile ilgilidir. Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ise, şartların öngörülmez surette değişmesi neden olur. Bu tür öngörülemez durumlar, tarafların iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşir. Bu nedenle, şartların değişmesinden olumsuz etkilenen tarafın irade eksikliğine dayanması ve böylelikle sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırması mümkün değildir.³³⁰ İkinci olarak, hata, esas itibarıyla geçmişteki ve günümüzdeki meselelere ilişkin olup, geleceğe ilişkin meseleler hatanın konusu dışındadır. Oysa, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olay grupları, şartların sonradan değişmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, geleceğe ilişkindir. Bu nedenle, denge

³²⁸ OR Art. 24/I Ziff. 4: Hata ettiğini iddia eden tarafça akdin zorunlu temeli olarak nazara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu belirli meselede hata edilmesi esaslı hatadır.

³²⁹ Bu görüşün doktrinindeki en önemli savunucusu *von Tuhr*'dur. Bkz., **von Tuhr**, s. 565; **von Tuhr/Escher**, s. 171.

³³⁰ **Kolly**, s. 96 vd.; **Belser**, s. 307. Bu ayırım Alman hukukunda da kabul edilmektedir. Bkz., yuk., § 2, II, 2, A, b. Larenz'in Görüşü.

bozulması ve ifa güçlükleri, temel hatasının konusu olamaz.³³¹ Gerçi Federal Mahkeme -içtihatlarında geçen ifade ile -“öngörülebilir durumları, yani, her iki tarafın belirli bir meselenin gelecekte gerçekleşeceğine kesin gözüyle baktığı durumları”- spekülâtif işlemlerin istisnasıyla³³², hata olarak kabul etmektedir.³³³ Doktrinde de bazı yazarlarca mahkemenin “öngörülebilir olduğu sürece gelecekteki meselelerin hatanın konusu olabileceği” görüşü savunulmaktadır.³³⁴ Ancak, aşağıda görüleceği üzere, denge bozulması ve ifa güçlükleri nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, ortaya çıkan yeni durumun öngörülmemiş olması gerekir.³³⁵ Kaldı ki, doktrinde hâkim görüş³³⁶, hatanın hiç bir şekilde geleceğe

³³¹ **Oftinger**, SJZ 36, s. 245; **Schmitz**, s. 29; **Kolly**, s. 96 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 610; **Guhl/ Merz/ Kummer**, s. 122 vd.; **Bischoff**, s. 144; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 304; **Schmiedlin**, s. 133; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 804; **Erzurumluoğlu**, s. 58; **Erman**, s. 48; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 1.

³³² İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, gelecekteki fiyat artışları hiçbir şekilde temel hatasının konusu olamaz. Bkz., BGE 91 II 275 (280).

³³³ Bkz., BGE 41 II 356 (366). Aynı yönde: 127 III 300 vd. (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); 109 II 105 vd. (Irrtum über einen künftigen Sachverhalt); 98 II 15 (19); 79 II 272 (275); 95 II 407 (409); 55 II 184 (188); 48 II 236 vd. Mahkemeye göre öngörülebilirlik, her iki tarafın belirli bir meselenin gelecekte gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakmasıdır. Bkz., BGE 109 II 105 (110) vd. (Irrtum über einen künftigen Sachverhalt). İsviçre Federal Mahkemesi, 1992 tarihinde verdiği bir kararında ise, bu sefer öngörülebilirlik –yani kesinlik- unsuru yanında, temel hatasının mevcudiyeti için karşı tarafın da işlemlerdeki dürüstlük kurallarına göre hata eden taraf için bu kesinliğin bir sözleşme kaydı (Vertragsvoraussetzung) olduğunu bilmesinin gerektiğini istemektedir. Böylelikle, temel hatasında hata edenin karşı tarafının da neyi bildiği veya bilmesi gerektiğinin dikkate alınması gerekliliğine işaret etmektedir (bkz., BGE 118 II 297 (300). Kararın eleştirisi için bkz., **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 798.

³³⁴ Örneğin: **BernerKomm-Becker**, Art. 23 OR, Nr. 9; **Goltz**, s. 91 vd.; **Bucher**, s. 204 vd.; **von Büren**, s. 231; **Keller/ Schöbi**, s. 169 vd.; **von Tuhr/ Escher**, s. 256; **von Tuhr/ Peter**, s. 313. **Kramer**'e göre, şartların sonradan değişmesine ilişkin durumlarda tarafların somut düşüncelerinin olması halinde OR Art. 24/I Ziff. 4 hükmünün uygulanarak sözleşmenin iptal edilmesinin önünde hiçbir teorik engel bulunmamaktadır. Ancak, şartların değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan yeni duruma ilişkin tarafların somut düşünceleri yok ise, bu durumda sorun artık clausula rebus sic stantibus'un uygulama alanındadır. Bkz., **Kramer**, Nr. 58, 140; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 306. Aynı yönde: **BernerKomm-Schmidlin**, Art. 23 - 27 OR, Nr. 199 vd.; **Erdin**, s. 62; **Koller**, § 29, Nr. 34 vd.; **Schwenzer**, Nr. 37.33; **Erman**, s. 48; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 509 vd.; **Eren**, s. 353. Buna karşın doktrinde bazı yazarlar (özellikle **Bachman** ve **Oser/ Schönenberger**), gelecekteki meselelere ilişkin hatayı öngörülebilirlik şartına bağlı olmaksızın kabul etmektedir. Bkz., **Bachmann**, s. 68; **ZürcherKomm-Oser/ Schönenberger**, Art. 24 OR, Nr. 42.

³³⁵ Bkz., aşa., § 4, II. Sözleşme Rizikosunun Öngörülemez Nitelikteki Olaylara Bağlı Olarak Gerçekleşmiş olması.

³³⁶ **Reichel**, s. 16 vd., 18; **Oftinger**, SJZ 36, s. 245; **Sieglwart**, s. 142; **Fick**, ZSR 44, s. 166; **Merz**, s. 421a; **Schmitz**, s. 29vd., 31; **Rieder**, 73; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 194; **Gauch**, (Werkvertrag), Nr. 190; **Kolly**, s. 65; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 610 vd.; **Caytas**, s. 206; **Bischoff**, s. 144; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 304; **Schmiedlin**, s. 133; **Bühler**, s.

ilişkin olamayacağı yönündedir. Çünkü hata her ne kadar eksik bilgiyi, yani gerçek hakkında hiçbir düşüncenin olmadığı durumları içine alsada dahi, gerçek hakkında hiçbir şekilde kesin bir bilgiye sahip olma imkânının olmadığı gelecek hakkında, eksik bilgi değil, bilgi sahibi olunamaması söz konusudur. Daha açık bir ifade ile, gelecek, beklenilebilir, tahmin edilebilir, hesaba katılabilir, yanlış hesaplanabilir, ancak hiçbir şekilde kesin olarak bilinemez. Bu nedenle, hukuki anlamda hatanın konusu olamaz. Kısaca, yanlış teşhis hatadır; ancak, yanlış tahmin, hiçbir şekilde hata değildir.³³⁷

Temel hatasına ilişkin söz konusu düzenlemenin denge bozulması ve ifa güçlüklerine uygulanmamasının nedeni yalnızca sayılanlardan ibaret değildir. Bundan başka, temel hatasının hukuki sonucu sözleşmenin iptali iken, denge bozulması ve ifa güçlüğüünün hukuki sonucu, sözleşmenin uyarlanması ve hatta bu kapsamda sözleşmenin taraflarına taraflarına dönme veya fesih hakkının tanınmasıdır. Dolayısıyla her iki kurum hukuki sonuçları bakımından da farklıdır.³³⁸

46; **Sulzer**, s. 233; **Gauch/ Schluelp/ Schmid/ Rey** Nr. 801 vd.; **Gürsoy**, s. 23; **Erzurumluoğlu**, s. 58; **Sirmen**, s. 95; **Oğuzman/ Öz**, s. 88; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 430 vd.; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 1. Geleceğe ilişkin meselelerde hata edilmesi Alman hukukda da hakim görüş tarafından reddedilmektedir. Örneğin bkz.: **Wieacker**, (FS für Willburg), s. 238; **Stötter**, AcP 166, s. 182; **Soergel/ Siebert-Knopp**, § 242 BGB, Nr. 394; BGH 13.06.1961, JZ 1963, s. 129 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararları da bu yöndedir. Bkz. BGE 45 II 317 (322); 59 II 372 (374) (Börsengebäude-Zürich-Fall); 66 I 299 (312); 98 II 15 (18); 107 II 144 (150) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 118 II 297 vd

³³⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin "öngörülebilirlik" temelinde her iki tarafın belirli bir meselenin gelecekte gerçekleşeceğini kesin kabul etmelerini, hata içerisinde değerlendirmeye de pratik bakımdan imkân yoktur. Çünkü (ölüm istisnasıyla) gelecekte mevcut olan çok az mesele objektif bir kesinlikle saptanabilir. Bkz., **Gauch/ Schluelp/ Schmid/ Rey**, Nr. 798; **Sulzer**, s. 233. Ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararında belirtildiğinin aksine, öngörülebilirlik temelinde gelecekteki bir meselenin saik hatası olarak kabul edilmesi için ortak, yani iki tarafı saik hatası olmasına da gerek yoktur; hata için esas itibarıyla tek taraflı olması yeterlidir (bkz., **Erdin**, s. 63). Bununla birlikte **Kocayusufpaşaoğlu**, gelecekteki meseleler bakımından her iki tarafın ortak hatası yerine bir tarafın hatasının karşı tarafça bilinebilir olmasını yeterli görmektedir (bkz., **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 509). Kanımızca, bu görüş *Windscheid*'in kayıt öğretisinden başka bir anlam ifade etmemektedir. Bu öğretinin hakkındaki açıklamalarımız için bkz., yuk., §2, II, 1, A. *Windscheid*'in Kayıt Öğretisi.

³³⁸ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 610; **Erman**, s. 49; **Gürsoy**, s. 23. Buna karşın **Kramer**, sürekli borç ilişkilerinin hata nedeniyle iptalinde kural olarak geçmişe etkili sona erdirmenin mümkün olamayacağı ve bu nedenle kısmi geçersizliğin (Teilnichtigkeit) kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır (bkz., **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 310). Ancak **Schmid**, OR Art. 23 hükmünün hukuki sonuçlarının, bu şekilde esnekleştirilmeye çalışmasına, clausula rebus sic stantibus temelinde sözleşmenin uyarlanması mümkün olduğu sürece karşı çıkmaktadır. Bkz., **Gauch/ Schluelp/ Schmid/ Rey**, Nr. 805.

3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükümünün Kıyasen Uygulanması Görüşü

BK m. 21/I (OR Art. 21/I) hükmüne göre, bir sözleşmede edimler arasında açık bir dengesizlik bulunduğu takdirde, bu dengesizlik, zarar görenin zor durumda bulunmasından veya düşüncesizlik ya da tecrübesizliğinden yararlanılarak meydana getirilmiş ise, zarar gören bir yıl içerisinde bu sözleşmeyi iptal ettiğini bildirmek suretiyle verdiği geri isteyebilir.

Reichel'e göre³³⁹, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu boşluk ise, gabine ilişkin OR Art. 21/I (BK m. 21/I) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla doldurulmalıdır. Çünkü sözleşmenin kurulmasından sonra edimler arasında ortaya çıkan dengesizlik, niteliği itibariyle, gabindeki dengesizlikten farklı değildir. Her iki durumda da bir taraf diğer tarafın zor durumda bulunmasından yararlanmaktadır. Her iki durumda da edimler arasında açık bir orantısızlık bulunmaktadır. Edimler arasındaki orantısızlığın sırf sonradan ortaya çıkmış olması, OR Art. 21/I hükmünün denge bozulması ve ifa güçlüklerine kıyasen uygulanmasının önünde bir engel değildir.

Reichel'in görüşleri birkaç konuda sorunludur. İlk olarak, *Reichel*, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında kanunda boşluk bulunduğunu savunmaktadır. Bu tespit, bir yönüyle doğrudur; çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olarak Türk-İsviçre pozitif hukukunda genel nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Belirli bir hukuki soruna ilişkin olarak pozitif hukukta hiçbir düzenlemenin öngörülmemiş olması ise, doktrinde “gerçek boşluk” olarak nitelendirilmektedir.³⁴⁰ Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olarak pozitif hukukta, bu anlamda bir kanun boşluğu vardır.³⁴¹ Ancak, Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan görüş³⁴², günümüzde kanun boşluğu konusunda esas itibariyle

³³⁹ Bkz., **Reichel**, s. 21 vd., 29.

³⁴⁰ Bkz., **Edis**, s. 133.

³⁴¹ **Bischoff**, s. 73.

³⁴² Örneğin: **BaslerKomm-Honsell**, Art. 1 ZGB, Nr. 27 vd.; **Kramer**, (Juristische Methodenlehre), s. 162 vd.; **Häfelin**, s. 113 vd.; **Dural/ Sarı**, s. 108 vd., 111; **Serozan**, (Genel Hükümler), § 5, III, Nr. 27 vd.; **Kırca**, (Örtülü Boşluk), s. 92.

Canaris'in tanımını temel almaktadır. *Canaris*'e göre³⁴³, kanun boşluğu, pozitif hukukun tamamı dikkate alındığında bir düzenlemeye gereksinim olduğu sonucu ortaya çıkmasına rağmen, buna ilişkin düzenlemenin kanun koyucu tarafından pozitif hukukta plana aykırı olarak eksik bırakılmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, pozitif hukukun tamamı dikkate alındığında, kanun koyucunun yaptığı düzenlemelerden belli bir konuda düzenleme yapması kendisinden beklenmesine karşın, kanun koyucunun plana aykırı olarak, yani istemeyerek, unutarak, öngörmeyerek bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamasıdır. Burada, konumuz bakımından sorulması gereken soru, denge bozulması ve ifa güçlüğü bakımından böyle bir kanun boşluğunun olup olmadığıdır. Bu sorun, kanunun tamamı dikkate alınarak çözümlenebilir. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak, yukarıda da ifade edildiği üzere³⁴⁴, Türk-İsviçre pozitif hukukunun tamamı dikkate alındığında, şartların değişmesi durumunda edimler arasında bozulan denge ilişkisinin tekrar sağlanması gerektiğine ilişkin genel bir ilke çıkarılamaz. Gerçi bu konuda istisnai bir düzenleme olarak eser sözleşmesine ilişkin BK m. 365/II hükmü, ifa güçlüğü durumunda sözleşmeye müdahale edilmesine ilişkin önemli bir örnek oluşturabilir.³⁴⁵ Ancak, borçlar kanununun İsviçre'de kanunlaştığı dönemde, eser sözleşmesinde müteahhidin iş sahibine göre zayıf durumda olduğu ve bu nedenle, tıpkı hizmet sözleşmesinde işçi lehine getirilen düzenlemelerde olduğu gibi, müteahhidin korunması gerektiği düşüncesi hâkimdir.³⁴⁶ Bu koruma düşüncesi o derecede ileri noktadadır ki, tarafların iradesi sabit bir fiyatla sözleşme yapmak yönünde olmasına karşın, BK m. 365/II hükmü sözleşmeye müdahale bakımından hâkime takdir yetkisi vermektedir. Bu bakımdan burada korunması gerekli olan menfaat, özel olarak eser sözleşmesinde para edimi karşılığında iş gören ve baştan sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen müteahhidi korumaya ilişkindir; yoksa söz konusu düzenlemeyle kanun koyucu tüm

³⁴³ Bkz., **Canaris**, (Die Feststellung von Lücken), s. 39.

³⁴⁴ Bkz., yuk., Giriş, II, 2. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Sözleşme Kurulduktan Sonra Pozitif Hukukta Dikkate Alınması: "Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Bozulması" ve "Sonraki İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale Edilmesi.

³⁴⁵ BK m. 365/II hükmünün uygulama şartları hakkındaki açıklamalarımız için bkz., aşa., § 4, IV, 2, B, c. BK m. 365/II (OR Art. 373/II) Hükmüne Göre Eser Sözleşmesinin İfa Güçlüğü Nedeniyle Uyarlanması veya Sona Erdirilmesi.

³⁴⁶ Bkz., **Siegrwart**, s. 86; **Egger**, s. 183; **Schmiedlin**, s. 142.

sözleşmeler bakımından şartların değişmesi durumunda edimler arasındaki bozulan denge ilişkisini tekrar sağlamayı amaçlamamıştır.³⁴⁷ Bundan başka, *clausula rebus sic stantibus* öğretisinin tarihi geçmişi dikkate alındığında, bu öğretiye ilişkin en yoğun tartışmalar, 19. yy'ın ikinci yarısında yaşanmış olmasına rağmen, bu öğreti, tıpkı Almanya'da Alman Medeni Kanunu'nun kanunlaşmasında olduğu gibi, İsviçre'de de İsviçre Borçlar Kanunu'nun kanunlaşması sürecinde dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla, tüm bu nedenlerle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarının pozitif hukukta genel nitelikte bir düzenlemeye tabi kılınmamasını, bir kanun boşluğu olarak değil; aksine, kanunun nitelikli susması olarak kabul etmek gerekir.³⁴⁸ Yani, kanun koyucunun << “s ı r f” edimler arasındaki denge ilişkisi bozuldu veya sonraki ifa güçlüğü gerçekleşti diye>> sözleşmeye hâkim tarafından müdahale edilmesine karşı olduğu şeklinde anlamak gerekir.³⁴⁹ Dolayısıyla, *Reichel*'in savunduğunun aksine, Türk-İsviçre hukukunda, edimler arasında bozulan denge ilişkisinin tekrar düzeltilmesi gerektiğine ilişkin plana aykırı eksiklik anlamında bir kanun boşluğu yoktur.

Öte yandan, bu konuda *Reichel*'in görüşü doğrultusunda bir kanun boşluğu olduğu kabul edilse bile, *Reichel*'in savunduğunun aksine, her iki kurumun unsurları arasında farklılıklar vardır. Şöyle ki; ilk olarak, gabin durumunda bir tarafın, diğer tarafı zor duruma düşmesi nedeniyle onu sömürmeye çalışması söz konusudur.³⁵⁰ Burada borçlu, zor duruma düşmüş olması nedeniyle sözleşme yaptığı için, gabin, iradenin oluşum aşamasındaki sakatlıklardan birisidir.³⁵¹ Oysa denge bozulması ve ifa güçlüğü, yukarıda ifade edildiği üzere³⁵², tarafların iradelerinden bağımsız olarak

³⁴⁷ Nitekim Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan görüş, söz konusu düzenlemenin diğer sözleşme tiplerine de kıyasen uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Örneğin: **Siegrwart**, s. 85 vd.; **Caytas**, s. 205; **Schmiedlin**, s. 142; **Erdin**, s. 53; **Gürsoy**, s. 24; **Erzurumluoğlu**, s. 64; **Erman**, s. 54.

³⁴⁸ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 627 vd.; **Bischoff**, s. 71; **Erdin**, s. 52.

³⁴⁹ Bu bakımdan burada kanunun nitelikli susması, söz konusu duruma ilişkin olumsuz bir çözüm benimsenmiş olması anlamında değil, bu konuda düzenleme yapıp yapılmamasını sözleşmenin taraflarına bırakılmak istendiği anlamındadır.

³⁵⁰ **Merz**, s. 454a.; **Schmitz**, s. 34; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 683; **Bischoff**, s. 146 vd.; **Schmiedlin**, s. 139.

³⁵¹ Bkz., **von Büren**, s. 226 vd.; **Eren**, s. 377.

³⁵² Bkz., yuk., § 2, III, 2. Temel Hatası Görüşü.

gerçekleşir. Bu nedenle, şartların değişmesinden olumsuz etkilenen tarafın irade sakatlığına dayanması ve böylelikle sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırması mümkün değildir.³⁵³

Öte yandan gabinde, borçlunun her halükarda sözleşme kurulduğu sırada zor duruma düşmüş olması gerekir. Bu unsur, denge bozulması ve ifa güçlüklerinde de söz konusu olabilir; ancak, “borçlunun zor durumda olması”, gabinin subjektif bir unsuru olarak nedeni iken, denge bozulması ve ifa güçlüğünün olsa olsa bir sonucudur.³⁵⁴ Kaldı ki, borçlunun zor durumda olup olmadığı ve yine gabinin bir diğer subjektif unsuru olan sömürme kastı, aşağıda görüleceği üzere³⁵⁵, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi bakımından değerlendirme dışıdır.³⁵⁶ Bundan başka, gabinin objektif unsuru olan edimler arasındaki dengesizlik, sözleşmenin kurulması aşamasında olması gerekir; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan dengesizlik, gabini oluşturmaz.³⁵⁷ Denge bozulması ve ifa güçlüğünde ise, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması, sözleşmenin kurulmasından sonra şartların öngörülmez surette değişmesine bağlı olarak gerçekleşir. Dolayısıyla, gabin durumunda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu zaman dilimi de denge bozulması veya ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinden farklıdır. Şu halde, aralarındaki bu farklılıklar nedeniyle, gabine ilişkin BK m. 21/I hükmünün doğrudan veya kıyasen denge bozulması ve ifa güçlüklerine uygulanması isabetli değildir.³⁵⁸

³⁵³ **Bischoff**, s. 83. Aynı yönde: **Erman**, s. 53. Bu farklılık, temel hatası ile denge bozulması ve ifa güçlükleri arasında da bulunan bir ayrımdır.

³⁵⁴ **Schmitz**, s. 34; **Schlageter**, s. 75; **von Büren**, s. 227; **Bischoff**, s. 145; **Schmiedlin**, s. 139.

³⁵⁵ Bkz., aşa., § 4. Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Şartları. Özellikle, bkz., aşa., § 4, 2. Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü'nün Belli Bir Ağırlığa Ulaşmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu.

³⁵⁶ **Merz**, s. 451; **Schmitz**, s. 34; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 683; **Bischoff**, s. 146, **Schmiedlin**, s. 139; **Hungerbühler**, s. 94; **Hübner**, s. 599; **Härle**, s. 34 vd.; **Gürsoy**, s. 28. Ayrıca bkz., yuk., Giriş, I, 1. Sözleşmenin Kurulduğu Zamandaki Dengenin Pozitif Hukukta Dikkate Alınması.

³⁵⁷ Bkz., **Eren**, s. 378.

³⁵⁸ **Merz**, s. 454a, 500a; **Oftinger**, SJZ 36, s. 236; **Schmitz**, s. 33 vd., 52 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 683; **Bischoff**, s. 83, 146; **Schmiedlin**, s. 139; **Gürsoy**, s. 28; **Erzurumluoğlu**, s. 61.

Gabin ile denge bozulması ve ifa güçlüğü arasındaki tüm bu farklılıklara rağmen, İsviçre Federal Mahkemesi, 1933 tarihli ünlü kararında gabine açık bir şekilde vurgu yapmaktadır. Mahkeme, söz konusu kararında, şartların değişmesi durumunda hangi şartlar altında sözleşmeye müdahale edilebileceğini ortaya koymaktadır. Öyle ki, mahkemeye göre, sözleşmeye müdahale, şartlardaki değişimin gabinde olduğu gibi edimler arasındaki açık bir dengesizliğin olması durumunda söz konusu olur. Çünkü tıpkı OR Art. 21/I hükmü anlamında gabinde olduğu gibi, şartların değişmesi ve ifa güçlüğü durumunda da açık bir dengesizlik gereklidir. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında OR Art. 21/I hükmü, sözleşmeye müdahale konusunda bir yardımcı bir destek noktası olabilir. Ancak, dürüstlük ilkesine göre edimin aynen ifasının beklenilmezliği nedeniyle sözleşmeyi iptal etmek veya değiştirmek için edimler arasındaki açık bir dengesizlik yeterli değildir. Bundan başka, bu durum borçlunun zor durumunun sömürülmesi niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte, bunun borçlunun yıkımına neden olması sonucunu doğurup doğurmadığı önemli değildir.³⁵⁹

Mahkeme, söz konusu kararıyla bir yandan daha önce kabul etmiş olduğu “yıkım teorisini”³⁶⁰ açıkça reddederken, öbür yandan gabine ilişkin OR Art. 21/I hükmünü, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak değil, sadece somut olayda açık bir dengesizliğin bulunup bulunmadığının kontrolünde yardımcı bir araç olarak yararlanmaktadır.³⁶¹ Müdahalenin dogmatik temelini ise, söz konusu kararında dürüstlük ilkesine dayandırmaktadır.³⁶² Mahkeme, denge bozulması ve ifa güçlüğü konusuna ilişkin sonraki kararlarında da gabine vurgu yapmaktadır; ancak, yine gabini sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul etmemektedir. Öyle ki, örneğin 1942 tarihli kararında da gabine işaret etmekle birlikte, bu kez sözleşmeye müdahalenin

³⁵⁹ BGE 59 II 372 (378 vd.) (Börsengebäude-Zürich-Fall). Ayrıca bkz., yuk., § 2, III, 1. Nispi İmkânsızlık Görüşü.

³⁶⁰ Bkz., yuk., § 2, III, 1. Nispi İmkânsızlık Görüşü.

³⁶¹ **Schmiedlin**, s. 102; **Caytas**, s. 208; **Abas**, s. 155 vd., 171; **Burkhardt**, s. 234.

³⁶² Şartların değişmesi durumunda *clausula rebus sic stantibus* (ve dolayısıyla denge bozulması ve ifa güçlüğü)ne başvurulması, sözleşmeye bağlılık ilkesinin bu ilkeden daha yüksek bir ilke olan dürüstlük ilkesi ile sınırlandırılması temeline dayanır. Bkz., BGE 59 II 372 (377) (Börsengebäude-Zürich-Fall).

dogmatik temeli olarak hakkın kötüye kullanılması yasağını göstermektedir. Mahkemeye göre, sözleşmeye müdahale edilmesi, şartların olağanüstü değişmesi sonucunda edimler arasındaki denge ilişkisi açık ve bariz bir şekilde bozulursa ve sözleşmenin aynen ifasında ısrar edilmesi tıpkı gabindeki gibi borçlunun sömürülmesi niteliğinde olması ve böylelikle açık bir şekilde hakkın kötüye kullanılması oluşturması durumunda söz konusu olur.³⁶³ Mahkeme, 1971³⁶⁴, 1974³⁶⁵ ve 1975³⁶⁶ yıllarına ilişkin kararlarında ise, yine 1942 tarihli kararını temel almakla birlikte artık gabine özel bir vurgu yapmamaktadır. Öte yandan 1981³⁶⁷, 1987³⁶⁸ ve 1996³⁶⁹ tarihli kararda gabine yeniden vurgu yapmış olsa da, bu karar, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli ve şartları bakımından önceki kararlarına göre esas itibarıyla yeni bir hukuki durum meydana getirmemektedir.³⁷⁰

4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler

Şartların değişmesine bağlı olarak gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüklerine ilişkin olarak sözleşmeye yapılacak müdahalenin dogmatik temeli konusunda İsviçre hukukunda bir görüş, dürüstlük ilkesini temel almaktadır. Bu görüşe göre³⁷¹, bir borç ilişkisinde borcun nasıl ifa edilmesi gerektiği, başlangıçta tam olarak belirlenemez. Öngörülemeyen olaylar da bu kapsamdadır. Bu temelde ZGB Art. 2/I (MK m. 2/I) hükmü, hakların kullanılmasında ve borçların ifasında insan

³⁶³ BGE 68 II 169 (173 vd.) (Konkurrenzklausel/ Erschwerung der Leistung infolge kriegswirtschaftlicher Massnahmen). Ayrıca bkz., aşa., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler .

³⁶⁴ BGE 97 II 390 vd. (Energilieferungsvertrag).

³⁶⁵ BGE 100 II 345 vd. (Darlehensvertrag/ Unzumutbarkeit wegen Änderung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse).

³⁶⁶ BGE 101 II 17 vd. (vertraglich festgesetzte Unterhaltsbeiträge/ Äquivalenzstörung).

³⁶⁷ BGE 107 II 343 vd. (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung).

³⁶⁸ BGE 113 II 209 (211).

³⁶⁹ BGE 122 III 97 (98) (Unterhaltsrente).

³⁷⁰ Bkz., **Burkhardt**, s. 233, 234; **Abas**, s. 155 vd., 171.

³⁷¹ Özellikle: **Weber**, s. 70, 78, 79, 80. Aynı yönde: **Oftinger**, SJZ 36, s. 247; **Schmitz**, s. 37 vd.; **Schmiedlin**, s. 143 vd.

davranışlarının genel sınırını gösterir. Dolayısıyla tüm talep hakları ZGB Art. 2/I hükmü gereğince dürüstlük ilkesine uygun kullanılmalıdır. Aksi bir durumda, hâkim, somut olayda hem hakların hem de borçların bu ilkeye uygun surette kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür. Çünkü söz konusu düzenleme, somut olayda hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda, Türk-İsviçre hukukunda her ne kadar sözleşmeye bağlılık ilkesi hâkim olsa da, bu ilkenin de üzerinde olan dürüstlük ilkesine göre; hâkim, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının neden olduğu beklenilmezlik durumlarında sözleşmeye müdahale etmelidir. Bu görüş, Türk hukuk doktrininde de hâkim olan görüştür.³⁷² Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın "aşırı ifa güçlüğü" kenar başlığında 137. maddesinin gerekçesinde, bu düzenlemenin MK m. 2/I hükmündeki dürüstlük ilkesine dayandığı ifade edilmektedir.³⁷³

Türk-İsviçre hukuku bakımından dürüstlük ilkesinden hareket eden yazarlardan *Oftinger*'e göre, şartların değişmesine (ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne) rağmen sözleşmenin ifası, sadece hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması halinde dürüstlük ilkesini ihlal eder. Yani, ZGB Art. 2 (MK.m.2/II) hükmü, hem şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahalenin dogmatik temelini; hem de sözleşmeye müdahalenin şartlarını içermektedir.³⁷⁴ Diğer bazı yazarlara göre ise³⁷⁵, istisnai nitelikteki sözleşmenin sona erdirilmesi, sadece hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılabilir. Yani, şartların değişmesi halinde sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, bir tarafının sözleşmenin aynen ifasına ilişkin

³⁷² Örneğin bkz., **Gürsoy**, s. 89; **Erman**, s. 54 vd.; **Erzurumluoğlu**, s. 65; **İmre**, s. 280; **Sungurbey**, (Dürüstlük İlkesinin İkincilliği), s. 123 vd.; **Edis**, s. 312 vd.; **Kaplan**, s. 113; **Arslan**, s. 28 vd.; **Akyol**, s. 83; **Burcuoğlu**, s. 8; **Oğuzman/ Öz**, s. 451; **Oğuzman/ Barlas**, s. 219; **İnal**, s. 293; **Arat**, s. 80 vd.; **Aral**, s. 371; **Kılıçoğlu**, s. 182.

³⁷³ Bkz., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, s. 281.

³⁷⁴ **Oftinger**, SJZ 36, s. 247.

³⁷⁵ Özellikle: **Merz**, s. 508a.; **Schlageter**, s. 69, 88, 95; **Keller/ Schöbi**, s. 255; **Rieder**, s. 96; **Roggwiller**, s. 77 vd.; **Egger**, s. 169-194, 179; **Widmer**, s. 53 vd.; **Deschenaux**, s. 65, 175, dn. 58, 200; **Hungerbühler**, s. 33; **von Tuhr/ Escher**, s. 171; **ZücherKomm/ Liver**, Art. 736 ZGB, Nr. 36; **Hausheer/ Jaun**, Art. 2 ZGB, Nr. 11 vd. **Serozan**, sözleşmeye müdahale konusunda MK m. 2/I hükmündeki dürüstlük ilkesine ve hakkın kötüye kullanılması yasağına (MK m. 2/II) atıf yapmakla birlikte esas itibarıyla sözleşmeye müdahalenin dogmatik temelini tek bir hükme dayandıramayacağı, birden fazla hükümden kıyas yoluyla üretilmiş bir genel hukuk ilkesi olduğu görüşündedir. Bkz., **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 7.

talebinin, açık bir şekilde hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olması gerekir. Bu bakımdan denge bozulması ve ifa güçlüklerinde sözleşmeye yapılacak müdahalenin dogmatik temeli, hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen ZGB Art. 2/II (MK.m.2/II) hükmüdür.

İsviçre Federal Mahkemesi, Birinci Dünya Savaşı yılları ve sonrasında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak nispi imkânsızlığı kabul ettiği kararlarının önemli bir kısmında, bu görüşünü, çoğunlukla dürüstlük ilkesi ile gerekçelendirmiştir.³⁷⁶ İmkânsızlık görüşünden ayrıldığı 1933 tarihli kararında ise, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak sadece dürüstlük ilkesini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, şartların değişmesi durumunda dürüstlük ilkesine göre sözleşmenin aynen ifasının beklenilmez olması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmelidir.³⁷⁷ Ancak mahkeme, bu konudaki bir diğer önemli kararı olan 1942 tarihli kararında, bu kez edimler arasında bozulan denge ilişkisine rağmen sözleşmenin aynen ifasında ısrar edilmesini, açıkça hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmektedir.³⁷⁸ Dolayısıyla mahkeme, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak ZGB Art. 2/II hükmünü kabul etmektedir. Federal Mahkeme, 1942 tarihli kararındaki yaklaşımını, 1967³⁷⁹ 1971³⁸⁰, 1974³⁸¹ ve 1975³⁸², 1981³⁸³, 1987³⁸⁴ ve 1996³⁸⁵ tarihli kararlarında da esas itibariyle devam ettirmiştir.

³⁷⁶ Bkz., yuk., § 2, III, 1. Nispi İmkânsızlık Görüşü.

³⁷⁷ Bkz., BGE 59 II 372 (378 vd.) (Börsengebäude-Zürich-Fall).

³⁷⁸ Bkz., BGE 68 II 169 (173 vd.) (Konkurrenzklause/ Erschwerung der Leistung infolge kriegswirtschaftlicher Massnahmen). Ayrıca bkz., yuk., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükmünün Kıyasen Uygulanması Görüşü

³⁷⁹ BGE 93 II 185 (188) (Grundstück/ Errichtung einer Bauverbots-Dienstbarkeit gegen Zahlung einer jährlichen Abgabe).

³⁸⁰ BGE 97 II 390 vd. (Energilieferungsvertrag).

³⁸¹ BGE 100 II 345 vd. (Darlehensvertrag/ Unzumutbarkeit wegen Änderung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse).

³⁸² BGE 101 II 17 vd. (vertraglich festgesetzte Unterhaltsbeiträge/ Äquivalenzstörung).

³⁸³ BGE 107 II 343 vd. (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung).

³⁸⁴ BGE 113 II 209 (211).

Yargıtay'ın bu konuda yaklaşımı ise, İsviçre Federal Mahkemesi'nden biraz daha farklıdır. Mahkeme, bu konudaki 1942 tarihli ilk kararında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak dürüstlük ilkesini gerekçe göstermiştir.³⁸⁶ Ancak mahkeme, o dönemdeki diğer kararlarında, sorunu, esas itibariyle mücbir sebep temelinde ele almıştır.³⁸⁷ Yargıtay, 1944 tarihli bir başka kararında ise, şartların değişmesi durumunda borcun aynen ifası talebinin hiçbir şekilde dürüstlük ilkesine ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ayırılık oluşturmadığına karar vermiştir.³⁸⁸ Ancak mahkeme, uzun bir aradan sonra, 1981 tarihli kararından itibaren, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak MK m. 2/I hükmündeki dürüstlük ilkesini kabul etmektedir.³⁸⁹

Yargıtay, şartların değişmesi nedeniyle ortaya çıkan denge bozulması durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini, sadece dürüstlük ilkesine

³⁸⁵ BGE 122 III 97, (98) (Unterhaltsrente).

³⁸⁶ “ ... Her âkit, in'ikat ettiği tarihte mevcut ahval ve şeraitin aynen devamı halinde âkitleri ilzam eder. Akit tarihinden sonra tahaddüs edecek fevkalâde ahval dolayısıyla taraflardan biri için akdin ifası âkitte derpiş edilen ivazlar arasında büyük ve aşikâr ve fahiş nispetsizlik husule getirdiği takdirde, mukavelenin tadili icap eder ... Bu kaide herkes haklarını istimal ve vecibelerini ifade hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir, yolundaki kaidenin tatbikinden ibaret ... bulunmaktadır ... ”. Bkz., Y. TD, 02.06.1942, K. 1522. Karar için bkz., **Gürsoy**, s. 75 vd.

³⁸⁷ Bkz., yuk., § 2, III, 1. Nişpi İmkânsızlık Görüşü.

³⁸⁸ Bkz., Y. TD 27.12.1944, K. 2807. Karar için bkz., **Gürsoy**, s. 81 vd.

³⁸⁹ “ ... İşlem temelini çökmesi görüşü, MK.m.2'de kaynağını bulan doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanmaktadır... ”. Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/137, K. 1981/932K.,YKD. S. 11, s. 1561 vd. (Kira sözleşmesi/ İfa güçlüğü); “... İşlem temelini, çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralı icabıdır. Diğer bir deyişle, durumun değişmesi halinde, sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. ... Konumuzla ilgili dürüstlük kuralından amaçlanan husus, her sözleşmede bulunması ve tarafların da buna uygun olarak hüküm koymaları gereken, her sözleşmeye özgü, denkleştirici adalet şartı ve tarafların bu şarta uygun, dürüst düşünüş şekilleridir ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199K. (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); “ ... Sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK md. 4, 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 21.11.1991, E. 1991/ 8374, K. 1991/ 10619. Aynı yönde: Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 19.02.1997, E. 1996/ 11-762, K. 1997/ 77 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 11. HD, 1.4.2002, E. 2001/10563, K. 2002/2983 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 11. HD, 30.9.2003, E. 2003/2622, K. 2003/8614 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www. kazanci. com. tr.

dayandırmamaktadır. Bunun yanında ve aynı zamanda, bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağını da sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul etmektedir. Öyle ki, mahkeme, 1992 tarihli içtihadında, denge bozulması durumuna ilişkin olarak bir sözleşme boşluğunun olduğu durumlarda dürüstlük ilkesi gereğince sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul ederken, aynı zamanda bu konuda bir sözleşme boşluğunun olmadığı durumlarda da sözleşmenin aynen ifası talebinin MK m. 2/II hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edebileceği ve böylelikle yine sözleşmeye müdahale edilebileceği görüşündedir.³⁹⁰

Alman Federal Mahkemesi ve Alman hukukunda hakim olan görüş ise, yukarıda ifade edildiği üzere, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olan işlem temeli öğretisini ve dolayısıyla bunu düzenleyen BGB § 313 hükmünü, dürüstlük ilkesinin özel bir uygulama alanı olarak kabul etmektedir.³⁹¹

Sonuç olarak, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarında BGB § 242 hükmündeki dürüstlük ilkesinden geliştirilen işlem temeli öğretisi kabul edilirken; İsviçre Federal Mahkemesi, son zamanlara kadar ZGB Art. 2/II (MK.m.2/II) hükmünde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket etmektedir. Yargıtay ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumuna ilişkin olarak bir sözleşme boşluğunun olduğu durumlarda MK.m.2/I hükmündeki dürüstlük ilkesinin bir gereği olarak; bir sözleşme boşluğunun olmadığı durumlarda ise, MK.m.2/II hükmündeki hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle, sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli konusunda Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatları, İsviçre Federal

³⁹⁰ Öyle ki, Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu içtihadına göre: “ ... Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK Md. 2/ 2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir ... ”: Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Karar için bkz., www. kazanci. com. tr.

³⁹¹ Bkz., yuk., § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi; § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş; § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme.

Mahkemesi ve Yargıtay arasındaki bu yaklaşım farklılığı, Alman, Türk ve İsviçre hukukunda dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağına farklı fonksiyon yüklenmesinden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki;

Yargıtay 1981 tarihli içtihadında³⁹², denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temelini, dürüstlük ilkesi olarak kabul etmektedir. Yani mahkemeye göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye dürüstlük ilkesi gereğince müdahale edilmek suretiyle, borçlunun edimi buna uygun ölçüde azaltılması ve böylelikle düzeltilmesi gerekir. Şu halde mahkeme, dürüstlük ilkesine ilk olarak düzeltici bir fonksiyon atfetmektedir. Ayrıca mahkeme, yine aynı kararında, sözleşmenin dürüstlük ilkesine göre yorumlanması ve denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme boşluğunun bulunduğu tespit edilmesi durumunda da, MK m. 1 hükmü gereğince bunun doldurulmasını ve bu boşluk doldurma faaliyeti sırasında da MK m. 2/I hükmündeki dürüstlük ilkesine göre hareket edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Burada da mahkeme, dürüstlük ilkesine hem yorumlayıcı hem de tamamlayıcı bir fonksiyon yüklemektedir. Dolayısıyla yüksek mahkeme, dürüstlük ilkesinin hem düzeltici hem yorumlayıcı hem de tamamlayıcı bir fonksiyonunun olduğunu kabul etmektedir.

Yargıtay'ın, 1992 tarihli istikrarlı içtihadında ise³⁹³, dürüstlük ilkesine yüklediği yukarıdaki fonksiyonların yanı sıra, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin her hangi bir sözleşme boşluğunun olmadığı durumlarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı temelinde sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla Yargıtay, hakkın kötüye kullanılması yasağına sadece düzeltici bir fonksiyon atfetmektedir. Şu halde Yargıtay, dürüstlük ilkesine düzeltici, yorumlayıcı ve tamamlayıcı fonksiyon yüklerken; hakkın kötüye kullanılması yasağının, yalnızca düzeltici fonksiyonu bulunduğunu kabul etmektedir.

³⁹² Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/137, K. 1981/932 ,YKD. S. 11, s. 1561 vd. (Kira sözleşmesi/ İfa güçlüğü). Karar için bkz., www. kazanci. com. tr.

³⁹³ Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Karar için bkz., www. kazanci. com. tr.

Yargıtay'ın dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağına atfettiği fonksiyonları, Türk hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının dürüstlük ilkesinin özel bir uygulama alanı olarak kabul eden görüşle paralellik arz etmektedir. Çünkü bu görüşe göre³⁹⁴, bir hakkın açık bir surette kötüye kullanılması, hakkın dürüstlük ilkesine aykırı olarak kullanılması anlamına gelir. Bu bakımdan hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük ilkesinin somutlaştırılmasıdır. İsviçre hukukunda da İsviçre Medeni Kanunu'nun ilk kanunlaştığı zamanlarda, bu görüş kabul edilmektedir. Buna göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı (ZGB Art. 2/II), tıpkı bir resmin aynada ters gözükmesi gibi, dürüstlük ilkesinin (ZGB Art. 2/I) farklı bir görünümünden ve onun somutlaştırılmasından başka bir şey değildir. Bu nedenle aynı temel düşüncenin birinci fıkrada olumlu olarak; ikinci fıkrada ise, olumsuz bir şekilde ifade edildiği vurgulanmaktadır.³⁹⁵ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bu anlamda olmak üzere, hakkın kötüye kullanılması yasağını çoğunlukla dürüstlük ilkesinin ihlali olarak kabul etmektedir.³⁹⁶ Ancak bu gün için İsviçre hukukunda hâkim olan ve bize göre de üstün tutulması gereken görüş, her iki kurumun, yani dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, fonksiyonunun ve uygulama alanının farklı olduğudur. Öyle ki, bu görüşe göre³⁹⁷, dürüstlük ilkesinin fonksiyonu, sadece, hukuki işlemlerin (dolayısıyla sözleşmelerin) ve kanunun yorumlanması ve tamamlanmasında “yardımcı bir araçtır”.³⁹⁸

³⁹⁴ Özellikle: **Arslan**, s. 34; **Dural/ Sarı**, s. 180 vd.; **Serozan**, (Genel Hükümler), § 5, III, Nr. 56; **Oğuzman/ Barlas**, 204.

³⁹⁵ Bkz., **ZücherKomm-Egger**, Art. 2 ZGB, Nr. 23; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 11 vd.; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 2 ZGB, Nr. 1.

³⁹⁶ Bkz., BGE 113 II 31 (36) (Untermietvertrag).

³⁹⁷ Özellikle: **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 22 vd., 29 vd.; **Deschenaux**, s. 147 vd.; **ZücherKomm-Baumann**, Art. 2 ZGB, Nr. 21 vd.; **Zeller**, s. 184 vd., 313 vd., 315, 361; **Bischoff**, s. 39 vd.; **Gutmans**, s. 25; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 2 ZGB, Nr. 1 vd., 12 vd.; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 11 vd.; **Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo**, s. 52 vd., 54, 56; **İmre**, s. 287; **Edis**, s. 329.

³⁹⁸ MK m. 2/I (ZGB Art. 2/I) hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinin sadece hukuki işlemlerin (bu kapsamda sözleşmelerin) ve kanunun yorumlanması ve tamamlanmasında yardımcı bir araç fonksiyonu olduğu, maddenin sistematüğinden, üst başlığından, kenar başlığından ve içeriğinden hareketle belirlenir. Bu belirlemenin, mehzaz kanundan hareketle yapılması, çok daha isabetlidir. Şöyle ki;

ZGB Art. 2 hükmünün üst başlığı, “B. Inhalt der Rechtsverhältnisse” şeklindedir. Bu ifade ise, MK.m.2 hükmündeki “B. Hukuki İlişkilerin Kapsamı” ifadesinden ziyade, “B. Hukuki İlişkilerin İçeriği” ifadesine karşılık gelmektedir. Hukuki ilişkiler ise, tüm hukuki işlemlerden ve bu arada sözleşmeden

Hakkın kötüye kullanılması yasağı ise, bir hakkın kullanılmasında somut olaya ilişkin acil fren görevi taşır. Bu bakımdan, hakkın kötüye kullanılması yasağının fonksiyonu, sözleşme hükümlerinin ve kanuni düzenlemelerin somut olaya uygulanması bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlarının düzeltilmesidir.³⁹⁹ Dolayısıyla, MK m. 2 hükmünün her iki fıkrası, ayrı ayrı ilkelere işaret etmektedir.⁴⁰⁰

Alman hukukunda ise, hakim görüş tarafından, dürüstlük ilkesini düzenleyen BGB § 242 hükmünün Türk-İsviçre hukukunda dürüstlük ilkesini düzenleyen

veya kanundan kaynaklanabilir. Öte yandan ZGB Art. 2 hükmünün kenar başlığı ise, MK.m.2 hükmünün kenar başlığında olduğu gibi “Dürüst davranma” şeklinde ifade edilebilir. Maddenin üst başlığı ve kenar başlığı birlikte ise, “hukuki ilişkilerin (ve bu anlamda sözleşmelerin) ve kanunun içeriğinde dürüst davranma” olarak ifade edilebilir. Sözleşmelerin ve kanun içeriğinde dürüst davranma ise, sözleşmelerin ve kanunun içeriğinin belirlenmesi suretiyle yapılır. Somut olayda sözleşmelerin içeriği sözleşmelerin yorumlanması suretiyle; kanunun içeriği de kanunun yorumlanması suretiyle belirlenir (yorumlamada yardımcı araç fonksiyonu). Aynı şekilde sözleşmede bir boşluk varsa, sözleşmenin içeriğinin ne olduğu, yukarıda ifade edildiği üzere, tarafların yaptıkları düzenlemelerden, kanundan, örf ve adet hukukundan ve en nihayetinde de hâkimin yarattığı hukuktan ortaya çıkar (bkz., yuk., § 1, I, Sözleşmenin İçeriği). Aynı zamanda kanunda da bir boşluk varsa, bu boşluk örf adet hukukunda her hangi bir düzeleme yoksa, hakimin hukuk yaratması suretiyle tamamlanır (kanunun tamamlanmasında yardımcı araç fonksiyonu). Öte yandan ZGB Art. 2/I hükmüne göre ise, “herkes haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini [=Pflichten (dikkat edilirse borç değil)] yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Dolayısıyla maddenin üst başlığı, kenar başlığı ve birinci fıkranın lafzı birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca varılır: Herkes, sözleşmeden ve kanundan kaynaklanan hukuki ilişkilerin içeriğini belirlerken, yani sözleşmeleri ve kanunu yorumlarken ve tamamlarken, bu konudaki hakların kullanılmasında ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, dürüstlük ilkesine uygun hareket etmek zorundadır.

Özetlemek gerekirse, MK m. 2 maddesinin başlıkları ve birinci fıkranın lafzı dikate alındığında böylelikle dürüstlük ilkesi, hukuki işlemin içeriğinin belirlenmesini sağlar. Bu anlamda olmak üzere, dürüstlük ilkesi, kanun ve sözleşmelerin yorumlanmasına hizmet eder. Bu durum dürüstlük ilkesinin yorumlama fonksiyonudur. Ayrıca, hukuki işlemin içeriği kanun, örf ve adet hukuku ve en nihayetinde de hâkimin yarattığı hukuk yoluyla tamamlanır. Burada da bu boşluğu dürüstlük ilkesi dikkate alınarak tamamlanması/doldurulması gerekir. Böylelikle de dürüstlük ilkesi, hukuki işlemin tamamlanmasında yardımcı bir ölçü olma fonksiyonu taşır. Şu halde, MK m. 2/I hükmünde genel kayıt olarak formüle edilen dürüstlük ilkesi, sözleşmenin ve kanunun somut olaya uygulanmasında yorumlama ve tamamlama faaliyetinin yapılması bakımından “yardımcı bir araç” olarak somutlaştırılmaktadır. Bu bakımdan, MK m. 2/I hükmü, yasaklayıcı bir norm olmayıp, özellikle hâkimin dikkate alması gereken bir karar normudur. Bunun dışında MK m. 2/I hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinin, düzeltici fonksiyonu yoktur. Bkz., Zeller, s. 207 vd. 237 vd., 304 vd.; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 53 vd.; ZücherKomm-Baumann, Art. 2 ZGB, Nr. 22. Bu konuda Alman Federal Mahkemesi, kararlarında dürüstlük ilkesinin, tek başına bir talep hakkı veya bir borcun kaynağı olmadığına işaret etmektedir (bkz., yuk., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme).

³⁹⁹ MK m. 2/II (ZGB Art. 2/II) hükmü ise, MK.m.2/I hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinin yorumlama ve tamamlamada yardımcı bir araç olmak fonksiyonunun yardımıyla içeriği belirlenen kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan hakların nasıl kullanılmayacağına ilişkin, hem karar normudur hem de yasaklayıcı bir normdur. Bkz., Zeller, s. 399 vd.; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 56 vd.; ZücherKomm-Baumann, Art. 2 ZGB, Nr. 22.

⁴⁰⁰ İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararları da bulunmaktadır. Örneğin: BGE 120 III 131 vd.

MK.m.2/I hükmünden çok daha geniş bir uygulama alanı olduğu kabul edilmektedir. Öyle ki, yukarıda ifade edildiği üzere, bu madenin uygulama alanı dahilinde dürüstlük ilkesinin dört fonksiyonu vardır. Bu anlamda, işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 maddesi hükmünün de, bu ilkenin uygulama alanı dahilindedir. Öte yandan hakkın kötüye kullanılması yasağı da dürüstlük ilkesinin somut uygulama alanıdır. Ancak, işlem temelinin bozulması dürüstlük ilkesinin “düzeltme fonksiyonun” bir uygulama alanı iken; hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük ilkesinin sınırlandırma fonksiyonu olarak ifade edilmektedir. Bu bakımdan, dürüstlük ilkesinin Alman hukukunda kabul edilen “sınırlandırma fonksiyonu”, Türk-İsviçre hukukundaki hakların somut olayda hakkaniyete aykırı surette kullanılmasını engelleyen “düzeltme fonksiyonuna” karşılık gelmektedir.⁴⁰¹

Dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağının Alman ve Türk-İsviçre hukukunda bu farklı fonksiyonları karşısında söz konusu ilkelerin sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olup olamayacağı sorusu çok daha kolay bir şekilde ifade edilebilir.

Alman hukukunda hakim görüş tarafından BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesine yüklenilen düzeltme fonksiyonu, işlem temelinin bozulması durumlarını kapsamaktadır.⁴⁰² Hakim görüşten hareket edildiği zaman, Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında dürüstlük ilkesinden hareketle geliştirilen işlem temeli öğretisine göre sözleşmeye müdahale edilmesi, Alman hukukunda dürüstlük ilkesinin fonksiyonlarına uygunluk arz etmektedir.

Türk-İsviçre hukuku bakımından da dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağının denge bozulması ve ifa güçlüklerinde sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olup olamayacağı, bu ilkelerin İsviçre hukukunda hakim görüş tarafından kabul edilen farklı fonksiyonları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

⁴⁰¹ Bkz., yuk., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme.

⁴⁰² Bkz., yuk., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme. Ancak, burada tekrar ifade etmekte fayda var ki, Alman hukukunda *Larenz* ve *Flume* gibi diğer bazı yazarlar, isabetli bir şekilde, BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinin tek başına sözleşmeye müdahale edilmesi bakımından bir düzeltme fonksiyonu olmadığı görüşündedir (bkz., yuk., § 2, II, 2, A, b. *Larenz*'in Görüşü; bkz., yuk., § 2, II, 2, B, a. *Flume*'nin Görüşü).

Dürüstlük ilkesinin fonksiyonlarından biri, yukarıda ifade edildiği üzere, sözleşmenin ve kanuni düzenlemelerin yorumlanmasıdır. Sözleşme yorumunun konusu, tarafların irade beyanlarıdır.⁴⁰³ Denge bozulması ve ifa güçlüğü olduğu durumlarda sözleşmeye müdahale edilebilmesi için ise, aşağıda görüleceği üzere⁴⁰⁴, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında nasıl hareket etmeleri gerektiğine ilişkin bir sözleşme boşluğunun olması gerekir. Sözleşme boşluğunun konusu olan alan dâhilinde ise, tarafların iradeleri tespit edilememiştir.⁴⁰⁵ Tespit edilemeyen bir iradenin yorumlanması da söz konusu olmayacağı için, dürüstlük ilkesinin sözleşmeleri yorumlama fonksiyonuna göre sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Ayrıca, eser sözleşmesi dışında, esas itibarıyla kanunda, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine imkân veren özel veya genel nitelikte başka bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Bu nedenle, olmayan kanun hükümlerinin yorumlanması da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, dürüstlük ilkesinin yorumlama fonksiyonuna göre sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Bu durumda, dürüstlük ilkesinin bir diğer fonksiyonu olan tamamlayıcı fonksiyonunun denetlenmesi gerekir.

Dürüstlük ilkesinin tamamlayıcı fonksiyonu, yukarıda ifade edildiği üzere, sözleşmede veya kanunda bir boşluğun bulunması durumunda, bu boşluğun nasıl doldurulması gerektiği konusunda hâkime yol gösterir. Dolayısıyla, burada da dürüstlük ilkesi, söz konusu boşlukların doldurulmasının nedeni olmayıp, aracı durumundadır. Bu bakımdan, dürüstlük ilkesi, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme boşluğunun doldurulmasının dogmatik nedeni olmayıp, sadece bu boşluğun nasıl doldurulması gerektiği konusunda hâkime ışık tutar.

Sonuç olarak, dürüstlük ilkesinin fonksiyonlarından biri, tüm hukuki işlemlerin (bu arada da sözleşmelerin) ve kanunun yorumlanmasıdır. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin ve kanunun yorumlanması yoktur. Öte yandan,

⁴⁰³ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 299; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 1 vd.; **Kaplan**, s. 15 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 150 vd; **Serozan**, (Genel Hükümler), § 6, Nr. 1 vd.; **Eren**, s. 424; **Kılıçoğlu**, s. 176.

⁴⁰⁴ Bkz., aşa., § 4, IV. Sözleşme Rizikosuna İlişkin Olarak Sözleşmede ve Kanunda Her Hangi Bir Düzenlemenin Olmaması Gerekir.

⁴⁰⁵ Bkz., hemen aşı., § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

dürüstlük ilkesinin bir diğer fonksiyonu ise, sözleşmelerin ve kanunun tamamlanmasında hakime yol gösterir. Ancak yine sözleşmenin tamamlanmasının asıl sebebi, yani dogmatik temeli değil, aracıdır. Dolayısıyla, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında dürüstlük ilkesinin sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul edilmesi isabetli değildir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının kabul edilmesi de isabetli değildir. Bu konuda, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin bir sözleşme boşluğunun olup olmadığına göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir.

İlk olarak, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin bir sözleşme boşluğunun olduğu hallerde, hiçbir şekilde hakkın kötüye kullanılması yasağına göre sözleşmeye müdahale edilemez. Çünkü hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılabilmesi için, öncelikle bir hakkın bulunması gerekir. Yani, bir hak olsun ki, kötüye kullanılsın.⁴⁰⁶ Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin bir sözleşme boşluğunun olduğu hallerde ise, boşluğun konusu olan durumlar bakımından bir hakkın varlığından bahsedilemez. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, aşağıda görüleceği üzere, sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, sözleşmede bir boşluğun bulunması gerekir.⁴⁰⁷ Sözleşmedeki bu boşluk, şartların değişmesi durumunda tarafların borçlarını yerine getirip getirmeyecekleri veya getireceklerse ne ölçüde yerine getireceklerine ilişkindir. İşte, taraflar sözleşmede bu konuyu kararlaştırmamış oldukları için, artık başlangıçta kararlaştırılan edimin ifasını talep etme hakları da yoktur. Olmayan bir hakkın kötüye kullanılması da söz konusu olamayacağı için, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hakkın kötüye kullanılması yasağına göre sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Yani, olmayan bu hakkın kullanılmasının hakkaniyete aykırı sonuçlarının “hakkın kötüye kullanılması yasağının” işletilmesi suretiyle düzeltilmesi de söz konusu olamaz.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ **BaslerKomm-Honsell**, Art. 2 ZGB, Nr. 24 vd.; **İmre**, s. 289; **Dural/ Sarı**, s. 192.

⁴⁰⁷ Bkz., aşa., § 4, IV. Sözleşme Rizikosuna İlişkin Olarak Sözleşmede ve Kanunda Her Hangi Bir Düzenlemenin Olmaması Gerekir.

⁴⁰⁸ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 220 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 646; **von der Crone**, s. 184 vd.; **Erdin**, s. 58; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 85; **Gauch**,

İkinci olarak, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin bir sözleşme boşluğunun olmadığı hallerde de, Yargıtay'ın bazı kararlarındaki uygulamasının aksine, hakkın kötüye kullanılması yasağına göre sözleşmeye müdahale edilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü MK m. 2/II hükmü, niteliği gereği tamamlayıcı bir hukuk düzenlemesidir. Dolayısıyla, taraflar, sözleşmeden doğan hakların kullanılmasında, somut ve belirli bir olay bakımından MK m. 2/II hükmünü ileri sürmemeyi kararlaştırabilirler.⁴⁰⁹ Kuşkusuz böyle bir düzenleme, BK m. 19/II, BK m. 20 ve MK m. 23 vd. hükümlerinin sınırları içerisinde geçerli olur. Dolayısıyla, sözleşmenin bir tarafı, özgürlüklerinden, kanunun emredici hükümlerine ahlaka aykırı bir şekilde vazgeçmediği durumlarda, somut belirli bir duruma ilişkin olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının ileri sürülmeyeceğine ilişkin sözleşme kaydı geçerli olacaktır. Bu bağlamda, denge bozulması ve ifa güçlüğü hakkında bir sözleşme boşluğunun olmadığı durumlarda da -yani, örneğin kira bedelinin döviz cinsinden belirlendiği bir sözleşmede “ ... dövizdeki dalgalanmalar karşısında hiçbir surette uyarılma yapılmayacağı ... ” a ç ı k b i r Ő e k i l d e k a y ı t a l t ı n a a l ı n d ı ğ ı b i r Ő e z l e Ő m e d e - k a n a a t i m i z e g ö r e h a k k ı n k ö t ü y e k u l l a n ı l m a s ı y a s a ğ ı n ı n i l e r i Ő ü r ü l m e y e c e ğ i k o n u s u n d a s o m u t b e l i r l i b i r d u r u m a i l i Ő k i n ü Ő t ü ö r t ü l ü b i r a n l a Ő m a n ı n o l d u ğ u k a b u l e d i l m e l i d i r . B ö y l e b i r k a y ı t i s e ; Ő e z l e Ő m e ö z g ü r l ü ğ ü i l k e s i n i n s ı n ı r l a r ı i ç e r i s i n d e d i r v e b u b a ğ l a m d a e m r e d i c i k a n u n h ü k ü m l e r i n e v e a h l a k a a y k ı r ı b i r d ü z e n l e m e o l a r a k k a b u l e d i l m e z .⁴¹⁰ K a l d ı k i b ö y l e k a b u l e d i l s e b i l e , ö r n e ğ i n b ö y l e b i r d ü z e n l e m e y a p ı l m a s ı a h l a k a a y k ı r ı o l a r a k n i t e l e n d i r i l i y o r o l s a b i l e , b u h a l d e d e n g e b o z u l m a s ı v e i f a g ü ç l ü ğ ü d u r u m l a r ı n a i l i Ő k i n Ő e z k o n u s u k a y ı t , B K m . 2 0 / I I h ü k m ü g e r e ğ i b a Ő t a n b a t ı l o l a c a k t ı r . B u d u r u m d a i s e , Ő e z k o n u s u k a y ı d ı n g e ç e r s i z l i ğ i Ő e z l e Ő m e y i t ü m ü y l e b a t ı l k ı l m a d ı ğ ı Ő ü r e c e , d e n g e b o z u l m a s ı v e i f a g ü ç l ü ğ ü h a k k ı n d a o r t a y a b i r Ő e z l e Ő m e b o Ő l u ğ u ç ı k a c a k t ı r . B ö y l e b i r d u r u m d a i s e , a r t ı k b a t ı l o l a n b u

(Auslegung), s. 18 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 322 vd.; **Gauch/ Schluemp/ Schmid/ Rey**, Nr. 1295; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 117.

⁴⁰⁹ Bkz., **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 103; **İmre**, s. 306; **Edis**, s. 294 vd.; **Akyol**, s. 7 vd.; **Serozan**, (Genel Hükümler), § 5, III, Nr. 56; **Oğuzman/ Barlas**, s. 224.

⁴¹⁰ Nitekim **Edis**, bu konuda <<dürüstlük ilkesinin>> “belirli bir olayda” dikkate alınmamasının sözleşmenin tarafları bakımından kararlaştırılabileceğine işaret ederken Ő u a ç ı k l a m a y a y a p m a k t a d ı r : “ ... Gerçekten MK m. 2 f. 1’deki kural, BK m. 19 ve 20 ile MK m. 23 vd. daki maddelerde öngörülen kurallar gibi kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi, sözleşme serbestisini de sınırlama amacı gütmeyiz ... ”. Bkz., **Edis**, s. 299.

sözleşme kaydının hakkın kötüye kullanılması yasağının işletilmesi suretiyle hakkaniyete aykırı sonuçlarının giderilmesi de söz konusu olamayacaktır.⁴¹¹ Aynı durum, başlangıçta kişilik haklarına aykırı olarak yapılan sözleşme kayıtları bakımından da geçerlidir (MK m. 23). Kaldı ki, ekonomik yükümlülükler bakımından MK m. 23 hükmünün uygulanması, doktrinde ve mahkeme kararlarında kabul edilmemektedir.⁴¹² Bu durum karşısında, hiçbir şekilde sözleşmeye müdahale edilemeyeceğine ilişkin “açık” bir uyarılama kaydının olması durumunda kişilik haklarının korunması için başvurulabilecek yol, sadece İcra ve İflas kanununda borçlunun malvarlığını ve kişilik haklarını koruyan emredici nitelikteki düzenlemelerdir.⁴¹³ Dolayısıyla, bu değerlendirmeler ışığında, hakkın kötüye kullanılması yasağının sözleşmeye müdahalenin dogmatik temel olarak kabul edilmesi, denge bozulması ve ifa gücü durumlarına ilişkin “açık” bir uyarılama kaydının olması halinde de dogmatik bakımdan pek mümkün gözükmemektedir.⁴¹⁴ Tüm bunlara rağmen bu tür durumlarda hakkın kötüye kullanılması temelinde sözleşmeye müdahale edilmesi ise, sözleşme özgürlüğünü, sözleşmeye bağlılık ilkesini ve bu anlamda hukuki güvenliği sarsan bir şekilde hâkime takdir yetkisi verilmesi anlamına gelir ki, bu durum, “hakkaniyet hukukçuluğundan” başka bir şey olmayacaktır.

⁴¹¹ **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 332, 295; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 647. *Merz*'in isabetli bir şekilde nitelendirdiği üzere, ahlaka aykırılık (OR Art. 19, 20), sözleşmenin geçerliliğini doğrudan etkiler ve bu yüzden alhaka aykırılık nedeniyle batıl olan bir sözleşmede artık - sadece geçerli bir sözleşmede söz konusu olan- hakkın kötüye kullanılması yasağının denetimi söz konusu olamaz. Bkz., **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 103; Aynı yönde: **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 647; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 2 ZGB, Nr. 33.

⁴¹² Bkz., BGE 97 II 390 (399) (Energiefieferungsvertrag); **Guhl/ Merz/ Kummer**, s. 41; **Bischoff**, s. 138; **Arat**, s. 73.

⁴¹³ Örneğin, borçlunun malvarlığını oluşturan mal, alacak ve hakları borcu için haczedilebiliyor olsa bile, borçlunun ve ailesinin yaşaması ve ekonomik varlığını devam ettirmesi için bazı mal ve haklarının haczedilemeyeceğini öngören İİK m. 82 ve 83 bu anlamda borçluyu koruyucu nitelikte emredici hükümlerdir. Yine bunlara aykırı olarak haczedilmezliği ortadan kaldıran icra sözleşmelerinin yapılmasını yasaklayan, İİK m. 83/ a hükmü de MK m. 23 hükmünün özel bir uygulama alanı olarak kabul edilebilir. Bkz., **Aşık**, s. 67 vd.

⁴¹⁴ **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 332, 295; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 647.

5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü

İsviçre hukukunda, özellikle de son dönemlerde savunulan görüşe göre⁴¹⁵, şartların değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, niteliği gereği hâkimin sözleşmeyi tamamlamasından başka bir şey değildir.⁴¹⁶

Hâkimin sözleşmeyi tamamlaması görüşü, kanaatimize göre, Türk hukuku bakımından da kabul edilmesi gereken görüştür. Bu görüşün kabule şayan olduğu, sözleşme boşluğunun açıklanmasıyla daha iyi anlaşılır.

Tarafların sözleşmede belirli konuları düzenlemeyip eksik bırakmaları, hukukta sözleşme boşluğu olarak ifade edilir. Ancak her eksiklik, bir sözleşme boşluğu olarak nitelendirilemez. Bunun için, öncelikle geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekir. Ayrıca, ya sözleşmede düzenlenmeyip eksik bırakılan konular üzerinde ileride anlaşılacağı beklentisi içerisinde bilinçli olarak hareket edilmiş olması veya -tıpkı kanun boşluğunda olduğu gibi⁴¹⁷- belli bir konunun plana aykırı olarak -yani, istemeyerek, unutarak, öngörmeyerek- sözleşmede düzenlenmeyip eksik bırakılmış olması gerekir.⁴¹⁸ Bundan başka, düzenlenmeyip eksik bırakılan bu

⁴¹⁵ Özellikle: **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 220 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 526, 631, 639 vd. 642; **Bischoff**, s. s. 62, 120; **Caytas**, s. 209; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 322 vd. 325 vd.; **von der Crone**, 184 vd; **Erdin**, s. 36 vd. 58; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 83; **Gauch**, (Auslegung), s. 16 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1293; **Eren**, s. 440 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 58, 117; **Schwenzer**, Nr. 35.05.

⁴¹⁶ Bu görüşün temsilcilerinden olan *von der Crone*'ye göre , *clausula rebus sic stantibus* ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü sorunları, sözleşmenin yorumlanması ve hâkim tarafından tamamlanması alanındadır. Bkz., **von der Crone**, s. 184 vd. Yine bu görüşün savunucularından olan *Wiegand*'a göre, farklı çıkış noktaları olmasına rağmen, sözleşmenin tamamlanması ile denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, aynı fenomenin farklı görünüm şekilleridir. Bkz., **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 58.

⁴¹⁷ Bkz., aşa., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükümünün Kıyasen Uygulanması Görüşü.

⁴¹⁸ Tarafların belli konuları plana aykırı olarak düzenlemeyip eksik bırakmalarının nedeni, günümüze ilişkin bilgisizlik ve geleceğe ilişkin olarak da belirsizlik faktörüdür Çünkü bilgisizlik ve belirsizlik altında yapılan sözleşmeler, plana aykırı olarak belli konuların sözleşmede düzenlenmeyip eksik bırakılmasına neden olur. Bkz., **Henckel**, AcP 159, s. 106 (s. 115); **Larenz**, NJW 1963, s. 737 vd.; **Beuthien**, s. 51 vd.; **Köhler**, s. 134 vd.; **Flume**, s. 321; **Larenz**, (Methodenlehre), s. 287; **Lembke**, s. 117; **Henssler**, s. 97; **Nauen**, s. 345; **MünchKomm-Mayer-Maly/ Busche**, § 157 BGB, Nr. 27 vd.; **JurispraxisKomm-Backmann**, § 157 BGB, Nr. 15 vd.; **Schellhammer**, Nr. 1987; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 486; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 213; **Sulzer**, s. 155; **Gauch**, (Auslegung), s. 9; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1248; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 61; **Kaplan**, s. 83 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 153 vd; **Eren**, s. 431 vd. Ayrıca, bilgisizlik ve

konular, tıpkı plana aykırı kanun boşluklarında olduğu gibi, taraflar arasında ortaya çıkan ve düzenlenmesi gereken sorunlara ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla sözleşme boşluğu, geçerli bir sözleşmede tarafların, düzenlemeleri gerekli olan bazı konuları ileride anlayacakları düşüncesiyle veya plana aykırı olarak düzenlemeyip eksik bırakmış olmaları anlamındadır.⁴¹⁹

Geçerli bir sözleşmede sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar sonradan öngörülemez surette değişebilir. Buna bağlı olarak da denge bozulması veya ifa gücü gerçekleşebilir. Böyle durumlarda, denge bozulması ve ifa gücüne rağmen sözleşmenin aynen ifa edilip edilmeyeceği, edilecekse ne ölçüde ifa edileceği sorunu gündeme gelir. Bu soruna ilişkin olarak sözleşmenin tarafları sözleşmenin kurulduğu sırada ne yapmaları gerektiği hakkında sözleşmede herhangi bir düzenleme yapmayıp eksik bırakmış olurlarsa, artık bir sözleşme boşluğu meydana gelmiş demektir.⁴²⁰ Burada sözleşme boşluğunun konusu, şartların değişmesi halinde, bu değişikliğin rizikosuna sözleşmenin hangi tarafının katlanacağına ilişkindir. Yani, sözleşme boşluğunun konusu, denge bozulması ve ifa gücü durumlarına ilişkin bir “riziko boşluğudur” (Risikolücke).⁴²¹ Ayrıca, söz konusu riziko boşluğu, sözleşmenin

belirsizlik faktörü hakkındaki açıklamalarımız için bkz., aşa., § 3, I, 2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması.

⁴¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Henckel**, AcP 159, s. 108; **Larenz**, NJW 1963, s. 738; **Beuthien**, s. 51; **Köhler**, s. 134; **Larenz**, (Methodenlehre), s. 287; **Lembke**, s. 116; **Nauen**, s. 345; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 15, 22; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 114; **Schellhammer**, Nr. 1987; **MünchKomm-Mayer-Maly/ Busche**, § 157 BGB, Nr. 27 vd., 34; **JurispraxisKomm-Backmann**, § 157 BGB, Nr. 15 vd., 16; Alman Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGH 18.12.1954, BGHZ 16, 71 (76); BGH 10.07.1963, BGHZ 40, 91 vd.; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 131 vd., 133; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 486; **Deschenaux**, s. 171 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 213, 215; **ZücherKomm-Baumann**, Art. 2 ZGB, Nr. 66 vd.; **Erdin**, s. 36; **Sulzer**, s. 155; **Gutmans**, 21; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 54 vd.; **Gauch**, (Auslegung), s. 9; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1248; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 61; **Schwenzer**, Nr. 34.01. İsviçre Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGE 107 II 144 (149) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 115 II 484 (487) (Mietvertrag); **Kaplan**, s. 83; **Akyol**, s. 33 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 153 vd; **Kırca**, s. 88 vd.; **Eren**, s. 431 vd.

⁴²⁰ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 220 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 591 vd.; **Bischoff**, s. 62, 120; **Caytas**, s. 209; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 325; **von der Crone**, 184 vd; **Erdin**, s. 36 vd. 58; **Gauch**, (Auslegung), s. 17; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1284; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 58, 113; **Schwenzer**, Nr. 35.05. Bu durumda sözleşme boşluğu olduğu Alman hukukunda da kabul edilmektedir. Örneğin bkz., **Ulmer**, AcP 174, s. 179; **Chiotellis**, s. 25; **Medicus**, (FS Flume I), s. 637 vd.; **Henssler**, s. 97; BGH 14.10.1977, NJW 1978, s. 695.

⁴²¹ **Ulmer**, AcP 174, s. 184 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 591; **Bischoff**, s. 62.

kurulduğu anda mevcut olan bir boşluk değil, şartların değişmesiyle sonradan meydana gelen bir boşluktur.⁴²² Çünkü şartlar değişmemiş olsaydı, bu değişikliğin rizikosuna sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı hakkında bir düzenlemeye de ihtiyaç olmayacaktı.⁴²³ Bundan başka, buradaki riziko boşluğu, şartların öngörülemez surette değişmesi sonucu ortaya çıktığı için, ileride uzlaşılacağı beklentisi içerisinde bilinçli olarak yapılan bir sözleşme boşluğu değil, plana aykırı bir sözleşme boşluğudur.

Şartların öngörülmez surette değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin sözleşmedeki riziko boşlukları, başka sözleşme boşlukları nasıl dolduruluyor ise, o şekilde doldurulmalıdır. Yani hâkim, sözleşmeyi tamamlamalıdır.⁴²⁴

Alman hukukunda, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunun, BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesi temelinde geliştirilen işlem temeli öğretisiyle tamamlanması gerektiği kabul edilmektedir. En nihayetinde de buradaki boşluk, BGB § 313 hükmünde düzenlenen işlem temelinin bozulması kurumuyla tamamlanmıştır.

Türk-İsviçre hukuku bakımından ise, sözleşmenin nasıl tamamlanacağı konusunda taraflar anlaşamazlar ise, hâkim, MK m. 1/II hükmü gereğince, önüne gelen uyuşmazlığa çözüm bulmakla yükümlüdür.⁴²⁵ Bu bağlamda -tartışmalı olmakla birlikte- öncelikle tamamlayıcı hukuk yoluyla, sonrasında örf ve adet hukukuna başvurmak suretiyle -ve burada da her hangi bir düzenlemenin olmaması durumunda-

⁴²² Sözleşme boşluğu, sadece sözleşmenin kurulduğu sırada oluşmaz. Sözleşme boşluğu, sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir. Bkz., **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 214; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 58; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1248, 1284; **Kaplan**, s. 83.

⁴²³ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 592; **Bischoff**, s. 62; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 328; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 58.

⁴²⁴ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 631; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 325; **Erdin**, s. 36; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 58; BGE 115 II 484 (487) (Mietvertrag); **Kaplan**, s. 82 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 150; **Eren**, s. 431.

⁴²⁵ Bkz., **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 134, 218; **Deschenaux**, s. 107; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 531, 631, 639; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 322; **Caytas**, s. 215; **Erdin**, s. 39; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 61, 116; **Kaplan**, s. 155; **Edis**, s. 118; **Serozan**, (Genel Hükümler), § 5, III, Nr. 28.

bizzat kendi yaratacağı hukuka göre boşluklu olan sözleşmeyi tamamlamalıdır.⁴²⁶ Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temeli, MK.m.1/II hükmüdür. Bunun dışında sözleşmeye müdahale edilmesi için, Türk-İsviçre hukukunda başka her hangi bir dogmatik temele, bu anlamda olmak üzere, işlem temeli öğretisine veya clausula rebus sic stantibus öğretisine ve hatta bunun için yeni bir kanuni düzenleme yapılmasına da ihtiyaç yoktur.⁴²⁷ Kuşkusuz, MK m. 2/I hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesi,-sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olmasa da- tamamlamada yardımcı araç olma fonksiyonu gereği, boşluklu olan sözleşmenin tamamlanmasında hâkime ışık tutacaktır.⁴²⁸ Öte yandan, hâkimin sözleşmeyi tamamlanması görüşünün kabul

⁴²⁶ Sözleşme boşluğunun doldurulması ve bu konudaki tartışmalar için bkz., aşa., § 4, IV, 2, A. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hukuk Kurumları Arasındaki Hiyerarşi.

⁴²⁷ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 631. Hâkimin sözleşmedeki riziko boşluğunu bu şekilde doldurması için, doktrinde “ hâkimin doğrudan hukuk yaratmak suretiyle sözleşmeyi tamamlaması” (unmittelbare Vertragsergänzung) veya “sözleşmenin nitelikli tamamlanması” (qualifizierte Vertragsergänzung) ya da “sözleşmenin düzeltici tamamlaması” (korrigierende Vertragsergänzung) ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 622 vd.; **Bischoff**, s. 179; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 322; **Erdin**, s. 54; **Sulzer**, s. 162; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, Nr. 1288, 1293; **Sulzer**, s. 207; **Kaplan**, s. 145.

⁴²⁸ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 633; **Bischoff**, s. 68. Dürüstlük ilkesinin bu fonksiyon için bkz., aşa., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak.

Daha önce yukarıda ifade edildiği üzere, MK.m.2/I hükmündeki dürüstlük ilkesinin Türk-İsviçre hukukunda sadece hukuki işlemlerin (bu kapsamda sözleşmelerin) ve kanuni işlemlerin yorumlanması ve tamamlanmasında yardımcı bir araç olma fonksiyonu vardır. Bu ilkenin bunun dışında Türk-İsviçre hukukunda her hangi bir başka fonksiyonu yoktur. Bkz., yuk., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler. Bu kapsamda belirtmemiz de gerekir ki, Türk-İsviçre hukukunda dürüstlük ilkesinin uygulama alanı olarak nitelendirilen birçok durum, bu ilkenin sözleşme veya kanun boşluklarının tamamlanmasındaki yardımcı araç olma fonksiyonundan başka bir durum değildir. Dolayısıyla, sözleşmeye bu şekildeki müdahalelerin de dogmatik temeli MK.m.1/II hükmü; dürüstlük ilkesi ise, bu boşluğun tamamlanmasının dogmatik temeli (yani nedeni) olmayıp, sadece bu boşluğun tamamlanmasında yardımcı bir araç olarak yararlanılmaktadır. Öyle ki örneğin, culpa in contrahendo, Türk hukukunda dürüstlük ilkesine dayandırılmaktadır. Oysa, culpa in contrahendo, Türk-İsviçre pozitif hukukunda düzenlenmemektedir. Dolayısıyla burada bir kanun boşluğu vardır. Hakim, somut olayda culpa in contrahendo'ya ilişkin kanun boşluğunu MK.m.1/II hükmünün kendisine verdiği hukuk yaratmak yetkisi ve görevini kullanmak suretiyle tamamlamaktadır. Dolayısıyla, culpa in contrahendo'nun hukuki temeli MK.m.1/II'dür. Ancak hakim kanun boşluğunu tamamlarken, dürüstlük ilkesini dikkate almaktadır. Yani, kanunun tamamlarken dürüstlük ilkesinin kendisine gösterdiği ölçüyü dikkate almaktadır. Aynı şekilde, hakimin MK.m.4 hükmü anlamında takdir yetkisine işaret edilen tüm durumlarda da hakim, dürüstlük ilkesini dikkate alması gerekmektedir. Ancak dikkat edilirse, hakimin takdir yetkisini kullandığı tüm durumlarda da esasında bir kural içi boşluk vardır. Buradaki kural içi boşluk da, yine dürüstlük ilkesinin tamamlama fonksiyonu gereğince hakimin hangi ölçüyü esas alarak buradaki kural için kanun boşluğunu dolduracağını gösterecektir. Aynı şekilde, yapılan bir sözleşmede para borçlusunun borcunu örneğin 100.000.000 TL'yi, dürüstlük esasına aykırı düşmedikçe banknotların herhangi biri ile ödeme imkanının olduğu

edilmesiyle birlikte, artık somut olayda alacaklının aynen ifa talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edip etmediği konusundaki tartışmalara girilmesine de ihtiyaç olmayacaktır.⁴²⁹

Alman hukukunda, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Alman Federal Mahkemesi, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, bu konuda bir sözleşme boşluğu olması gerektiğini kabul etmektedir.⁴³⁰

İsviçre Federal Mahkemesi de, yakın tarihli kararlarında⁴³¹ clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda hakkın kötüye

kabul edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere, para borçlusu mazur görülebilecek bir neden olmaksızın borcunu bozuk paralar halinde değil ancak en küçük banknot grubu ile ödemek istemesi, Türk hukukunda dürüstlük ilkesine aykırılık olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda uyuşmazlık halinde para borçlusunun bu şekilde bir davranışının dürüstlük ilkesine aykırı olduğu için hakimin dürüstlük ilkesine uygun banknot grubu ile para borcunu ödemesi gerektiği görüşü hakimdir. Oysa, böyle bir sözleşmede şayet taraflar para borcunun nasıl ifa edileceğini kararlaştırmamışlar ise yine sözleşmede bir boşluk vardır. Uyuşmazlık halinde hakim, MK.m.1/II hükmü gereğince buradaki sözleşme boşluğunu tamamlamakla görevlidir. Ancak buradaki boşluğu tamamlarken de yine MK.m.2/I hükmündeki dürüstlük ilkesinin kendisine gösterdiği ölçüyü dikkate alacaktır. Dolayısıyla burada da sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli MK.m.1/II hükmü olup; dürüstlük ilkesi, tamamlama fonksiyonu gereğince bu boşluğu tamamlanmasında sadece hakime nasıl hareket etmesi gerektiği konusundaki ölçüyü ortaya koyacaktır. Tüm bu örneklerde görüldüğü üzere, dürüstlük ilkesi hiçbir şekilde Türk-İsviçre hukukunda tek başına borcun kaynağı veya talep hakkının dayanağı değildir. Yani, sözleşmeye müdahale etmek suretiyle düzeltme fonksiyonu yoktur. Öyle ki, örneğin, az önceki örnekte para borçlusu 100.000.000 TL borcunu en küçük banknot grubu ile ödemesi kararlaştırılmış ise, yapılan sözleşme kanuna ve ahlaka uygun olduğu sürece, alacaklı, en küçük banknot halinde ifanın dürüstlük ilkesinin ihlali olduğu gerekçesiyle en küçük banknot halinde yapılan ifa yerine dürüstlük ilkesine uygun olacak banknot grubuyla ifada bulunulmasını talep edemeyecektir. Somut olayda sözleşme veya kanun boşluğunun olmadığı diğer durumlarda da bu anlamda dürüstlük ilkesinin düzeltme fonksiyonu olmayacaktır. Esasında bu durum, MK.m.2 hükmünün tali nitelikte bir hüküm olmasının da gereğidir. Tüm bu açıklamalar ışığında denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da hakim şayet gerçekleşen sözleşme rizikosuna yani denge bozulması veya ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği konusunda bir sözleşme boşluğu varsa, bu boşluğu tamamlamasının dogmatik temeli, kendisine uyuşmazlığı çözme görevi veren MK.m.1/II hükmüdür. MK.m.2/I hükmü ise, hakimin buradaki sözleşme boşluğunu hangi ölçüler esas almak suretiyle tamamlayacağını gösteren yardımcı bir araçtır.

⁴²⁹ Bkz., **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 220; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 646; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 117. Kaldı ki, böyle bir hakkın varlığı kabul edilse bile, hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen MK m. 2/II hükmü, tali nitelikte bir hükümdür. Kanunun doğrudan uygulandığı durumlardan başka, hâkimin MK m. 1/II hükmüne göre hukuk yaratma görevini yerine getirmesinin mümkün olduğu durumlarda, hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmak da doğru değildir. Bkz., **İmre**, s. 287, 289; **Edis**, s. 330.

⁴³⁰ Bkz., a.ş.a., § 3, I, 3, B. İşlem Temelinin Konusu Dışında Kalan Sözleşme Rizikoları.

⁴³¹ Örneğin: BGE 107 II 144 (149) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 111 II 260 (262) (Leibrente).

kullanılması yasağına dayanmakla birlikte, bu anlamda ortada bir sözleşme boşluğu olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, 2001 tarihli bir kararında ise⁴³², sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeline işaret etmemektedir. Öyle ki, mahkeme, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına değinmediği gibi, sözleşme boşluğundan da bahsetmemektedir. Bunun yerine, “clausula rebus sic stantibus” deyimini parantez içerisinde göstermek suretiyle, hâkimin sözleşmeyi uyarlaması⁴³³ deyimini tercih etmektedir. Bunun dışında mahkeme, söz konusu kararında sadece müdahalenin şartlarını saymakla yetinmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımı, doktrinde son dönemde savunulan sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması görüşüne de esas itibariyle yakındır. Aynı şekilde Yargıtay da denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında dürüstlük ilkesi gereğince sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin kararlarında, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak bir sözleşme boşluğu olduğunu 1981 tarihli kararından itibaren kabul etmektedir.⁴³⁴ Bu anlamda olmak üzere, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 2005 tarihli kararına göre:⁴³⁵

“...İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (MK m. 1)...”

Dikkat edilirse özel daire, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temeli olarak dürüstlük ilkesini

⁴³² BGE 127 III 300 (304) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung).

⁴³³ Richterliche Vertragsanpassung.

⁴³⁴ Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 19.02.1997, E. 1996/ 11-762, K. 1997/ 77 (Döviz endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www. kazanci. com. tr.

⁴³⁵ Bkz., Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www. kazanci. com. tr.

göstermektedir. Ancak, yine mahkeme, denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edildiği durumlarda bir sözleşme boşluğu bulunduğunu da kabul etmektedir. Oysa sözleşme boşluğunun olduğu durumlarda, sözleşmeye müdahale edilmesi, dürüstlük ilkesinin bir gereği değildir. Sözleşme boşluğunun olduğu durumlarda hâkimin sözleşmeye müdahale etmesinin en başta gelen hukuki nedeni ve aynı zamanda dogmatik temeli, yukarıda ifade edildiği üzere, hâkime önüne gelen uyuşmazlığa çözüm bulma görevi veren MK m. 1/II hükmüdür. Ancak hâkim, sözleşmeyi dürüstlük ilkesini dikkate alarak tamamlayacaktır.⁴³⁶ Nitekim özel daire de söz konusu kararında sözleşme boşluğunun dürüstlük ilkesine göre doldurulması gerektiğine açıkça işaret etmektedir.

6. Ara Sonuç

Türk-İsviçre hukukunda şartların değişmesi durumunda belirli şartlar altında sözleşmeye müdahale edilmesi, genel olarak clausula rebus sic stantibus kavramıyla ifade edilmektedir. Ancak, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında edimler arasında bozulan denge ilişkisinin tekrar sağlanması gerektiğine ilişkin pozitif hukukta genel nitelikli bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu durum bir kanun boşluğu olarak da nitelendirilemez; çünkü kanun boşluğu, pozitif hukukun tamamı dikkate alındığında bir konunun kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği sonucu çıkmasına rağmen, buna ilişkin düzenlemenin kanun koyucu tarafından plana aykırı olarak eksik bırakılmasıdır. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak ise, Türk-İsviçre pozitif hukukunun tamamı dikkate alındığında, şartların değişmesi durumunda edimler arasında bozulan denge ilişkisinin tekrar sağlanması gerektiğine ilişkin genel bir ilke çıkarılamaz. Ayrıca, clausula rebus sic stantibus öğretisi, İsviçre Medeni Kanunu'nun kanunlaşma sürecinde güncel bir tartışma konusu olmasına rağmen dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarının pozitif hukukta genel nitelikte bir düzenlemeye tabi kılınmamasını, b i r k a n u n boşluğu olarak değil; aksine, kanunun nitelikli susması olarak kabul etmek gerekir. Yani, kanun koyucunun “sırf edimler arasındaki

⁴³⁶ Bkz., aşa., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak.

denge ilişkisi bozuldu veya sonraki ifa güçlüğü gerçekleşti diye” sözleşmeye hâkim tarafından müdahale edilmesine karşı olduğu şeklinde anlamak gerekir. Kuşkusuz bu sonuç, hâkimin başka bir dogmatik gerekçeyle sözleşmeye müdahale etmesinin önünde her hangi bir engel oluşturmamaktadır. Nitekim bu konuda doktrinde bazı görüşler de ortaya atılmıştır.

Bu görüşlerden ilki nispi imkânsızlık görüşüdür. Bu görüşü savunan yazarlar, sonraki imkânsızlık (BK m. 117; OR Art. 119) kavramını geniş yorumlamak suretiyle, denge bozulması ve ifa güçlüklerini, sonraki kusursuz imkânsızlığa tabi kılmak istemişlerdir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın eski tarihli kararları da esas itibariyle bu görüşe paraleldir. Ancak, Türk-İsviçre hukuk sisteminde imkânsızlık, edimin ifasının mümkün olmaması anlamındadır. Denge bozulması ve ifa güçlüğü ise, edimin ifası hâlâ imkân dâhilindedir. Ayrıca imkânsızlık durumunda borç sona ererken, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin uyarlanması imkânı da araştırılır. Bu nedenle, hukuki sonuçları da farklıdır. Dolayısıyla da nispi imkânsızlık görüşü, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul edilemez.

Sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak ileri sürülen bir başka görüş ise, temel hatası görüşüdür. Bu görüşe göre, temel hatasına ilişkin BK m. 24/I bent 4 (OR Art. 24/I Ziff. 4) hükmünün şartların değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan denge bozulması ve ifa güçlüklerine de uygulanması gerekir. Ancak, bu görüş de isabetli değildir. Çünkü ilk olarak temel hatası sözleşmenin kurulması ve iradenin oluşumu aşamasında irade sakatlığı ile ilgilidir. Hukuki sonucu ise, tek taraflı bir beyanla sözleşmenin iptal edilmesidir. Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ise, şartların öngörülmez surette değişmesi neden olur. Bu tür öngörülemeyen durumlar, tarafların iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşir. Bu nedenle, şartların değişmesinden olumsuz etkilenen tarafın irade eksikliğine dayanması ve böylelikle sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırması mümkün değildir. İkinci olarak, hâkim görüşün kabul ettiği üzere, hatanın konusu, geçmişe ve günümüze ilişkin meselelerdir. Geleceğe ilişkin meseleler, hatanın konusu olamaz. Denge bozulması ve ifa güçlüğü ise geleceğe ilişkindir. Ayrıca, temel hatasının hukuki sonucu, sözleşmenin iptalidir. Denge bozulması ve ifa güçlüğüne hukuki sonucu ise, sözleşmenin uyarlanmasıdır.

Dolayısıyla, her iki kurumun hukuki sonuçları da birbirinden farklıdır. Bu nedenle, temel hatası görüşü de denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul edilemez.

Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş ise, g a b i n g ö r ü ş ü dür. Bu görüşe göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak bir kanun boşluğu vardır. Bu boşluk, gabin'e ilişkin BK m. 21/I (OR Art. 21/I) hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulmalıdır. Kanaatimize göre bu görüş de denge bozulması ve ifa güçlüklerine ilişkin olarak sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul edilemez. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğü durumuna ilişkin olarak Türk-İsviçre pozitif hukukunda, bir kanun boşluğu yoktur. Ayrıca, gabin, sözleşmenin kurulması aşamasında iradenin sakatlanması ile ilgilidir. Denge bozulması ve ifa güçlüğü ise, tarafların iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşir. Bu nedenle, şartların değişmesinden olumsuz etkilenen tarafın irade sakatlığına dayanması mümkün değildir. Bundan başka, gabin nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, bir tarafın zor durumda olması karşısında diğer tarafın bu nedenle onu sömürme kastının olması gerekir. Ancak, “borçlunun zor durumda olması”, gabinin subjektif bir unsuru olarak nedeni iken, denge bozulması ve ifa güçlüğü varsa olsa bir sonucudur. Kaldı ki, borçlunun zor durumda olup olmadığı ve diğer tarafı sömürme kastı, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi bakımından değerlendirme dışıdır. Dolayısıyla, gabine ilişkin BK m. 21 hükmünün denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin durumlara uygulanması imkânı yoktur. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, gabin'i, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak değil ama, gabindeki “açık dengesizlik” unsurundan sözleşmeye müdahalenin şartları bakımından yardımcı bir araç olarak yararlanmıştı. Öyle ki, mahkemeye göre, bir müdahale, şartlardaki değişimin gabinde olduğu gibi edimler arasındaki açık bir dengesizliğin olması durumunda söz konusu olur. Mahkeme, bu görüşünü esas itibarıyla bu güne kadar taşımıştır.

Yukarıdaki görüşler dışında, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli konusunda güncelliğini koruyan iki temel görüş daha bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki MK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmünü temel almaktadır. Bu anlamda olmak üzere bazı yazarlar, sözleşmeye müdahalenin dogmatik

temeli olarak MK m. 2/I (ZGB Art. 2/I) hükmündeki dürüstlük ilkesinden hareket etmektedir. Bu görüş, Türk hukukunda hâkim olan görüştür. Yargıtay da esas itibariyle bu görüşü temel almaktadır. Ancak, dürüstlük ilkesi, kanaatimize göre sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olamaz. Bu sonuç, dürüstlük ilkesinin fonksiyonundan ortaya çıkmaktadır. Dürüstlük ilkesinin fonksiyonu, İsviçre hukukunda hâkim olan görüşe göre, sözleşmenin ve kanunun yorumlanması ve tamamlanmasıdır. Sözleşmenin ve kanunun somut olaya uygulanmasında hakkaniyete aykırı sonuçlarının düzeltilmesi ise, MK m. 2/II (ZGB Art. 2/II) hükmündeki hakkın kötüye kullanılması yasağının konusudur. Nitekim İsviçre hukukunda bazı yazarlar ve yakın zamana kadar İsviçre Federal Mahkemesi, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hakkın kötüye kullanılması yasağını sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul etmiştir. Ancak kanaatimize göre bu görüş de esas itibariyle isabetli değildir. Çünkü genel olarak kabul edildiği üzere, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için sözleşmede ve kanunda şartların değişmesi durumunda ne yapılacağı hakkında her hangi bir düzenlemenin olmaması gerekir. Böyle bir durumda ise, olmayan düzenlemelerin, somut olaya uygulanmasındaki hakkaniyete aykırı sonuçlarının düzeltilmesinden de bahsedilemeyecektir. Aksi bir durum, yani, ortada bir sözleşme boşluğu olmamasına rağmen sözleşmeye müdahale edilmesi, “hakkaniyet hukukçuluğu” yolunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin, sözleşmeye bağlılık ilkesinin ve hukuki güvenliğin ihlal edilmesi anlamına gelir. Bununla birlikte Yargıtay, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin her hangi bir sözleşme boşluğunun olmadığı hallerde, hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle sözleşmeye müdahale edilebileceği görüşündedir. Ancak, Türk-İsviçre hukukunda hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen MK m. 2/II hükmünün tamamlayıcı nitelikte olduğu ve bu nedenle yapılan bir sözleşmede belirli bir duruma hasredilmek suretiyle tarafların bu yasağı ileri sürmemeyi kararlaştırabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, sözleşmede denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin bir sözleşme boşluğu olmadığı; yani, sözleşmede denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin hiçbir şekilde uyarlanamayacağına ilişkin açık bir düzenlemenin olduğu hallerde, tarafların yaptıkları sözleşmede üstü örtülü olarak sadece somut olayda bu durum bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağının işletilmesini yasakladıkları kabul edilmelidir.

Ayrıca, MK m. 2/II hükmü “tali nitelikte bir düzenleme”dir. Bu nedenle, somut olaya doğrudan uygulanan bir kanun hükmünün olduğu durumlarda ve hatta hâkimin hukuk yaratmak suretiyle sözleşme boşluğunun doldurmasının söz konusu olması halinde, MK.m.2/I hükmü uygulanamaz. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu kabul edilse bile, hâkim hukuk yaratmak suretiyle sözleşme boşluğunu doldurma imkânı olduğu için, hakkın kötüye kullanılması yasağının düzeltme fonksiyonundan yararlanılamaz. Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılması yasağı da esas itibariyle denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olamaz. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 2001 yılındaki kararında, artık hakkın kötüye kullanılması yasağına her hangi bir vurgu yapmamaktadır.

Tüm bunların dışında, burada savunulan görüşe göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli, İsviçre hukukunda son dönem hukukçuları tarafından da savunulduğu üzere, hâkimin sözleşmeyi tamamlaması görüşüdür. Çünkü şartların öngörülemez surette değiştiği denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında taraflar borçlarını ifa edip etmeyeceklerini veya edeceklerse ne ölçüde edeceklerini sözleşmede kararlaştırmamışlar ise, ortada bir rizikolara kimin katlanması gerektiğine ilişkin bir sözleşme boşluğu vardır. Böyle bir sözleşme boşluğu, öngörülemez nitelikteki olaylardan kaynaklanmış olduğu için, plana aykırı bir sözleşme boşluğudur. Bu sözleşme boşluğu, aynı zamanda sonradan ortaya çıkan bir sözleşme boşluğudur. Bir sözleşme boşluğu bir hukuk sisteminde nasıl doldurulacak ise, şartların öngörülmez surette değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin riziko boşluğunun da aynı şekilde doldurulması gerekir. Yani, sözleşme tamamlanmalıdır. Türk-İsviçre hukukunda sözleşmeler, hâkim görüşe göre, hâkime önüne gelen uyuşmazlığı çözüm bulma görevi veren amir nitelikteki MK m. 1/II hükmüne göre hâkim tarafından tamamlanır. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin bir sözleşme boşluğu içeren sözleşmeler de, aynı şekilde, MK m. 1/II hükmüne göre hâkim tarafından tamamlanmalıdır. Kuşkusuz MK m. 2/I hükmündeki dürüstlük ilkesi, fonksiyonu gereği bu boşluğun tamamlanmasında hâkime yol gösterici nitelikte yardımcı bir araçtır. Bunun dışında sözleşmeye müdahale edilmesi için, Türk-İsviçre hukukunda başka her hangi bir dogmatik temele,

bu anlamda olmak üzere, işlem temeli öğretisine veya clausula rebus sic stantibus öğretisine ve hatta bunun için yeni bir kanuni düzenleme yapılmasına da ihtiyaç yoktur.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye hangi dogmatik temelde müdahale edileceğine ilişkin Alman ve Türk-İsviçre hukukunda yapılan tüm bu tartışmaların ardından, sonuç olarak, Alman hukukunda sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli, dürüstlük ilkesinden geliştirilen işlem temelini bozulması kurumu ve bunu düzenleyen BGB § 313 hükmüdür. Türk-İsviçre hukuku bakımından ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması görüşü ve bu bağlamda MK m. 1/II hükmüdür.

İKİNCİ BÖLÜM

DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

Çalışmanın bu bölümünde, öncelikle Alman ve Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hangi şartlar altında sözleşmeye müdahale edildiği ortaya konulacaktır. Karşılaştırmalı hukuk incelemelerinde mukayese edilen hukuklar aynı başlık altında benzer ve farklı yönleri birlikte ele alınarak incelenebildiği gibi, her bir hukuk sistemi ayrı ayrı da incelenebilmektedir. Çalışmamızda, Alman hukukunda kabul edilen işlem temelinin bozulması kurumunun kendisine özgü şartları olması nedeniyle ve bu bağlamda yeterince anlaşılabilirliğinin sağlanması amacıyla, en azından sözleşmeye müdahalenin şartları bakımından, ikinci yöntem izlenecek olup, Alman hukuku metodolojik olarak ayrı bir paragraf altında açıklanacaktır. Türk-İsviçre hukukunda ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin kabul ettiğimiz dogmatik temeli aynı olduğu için, yine sözleşmeye müdahalenin şartları bakımından her iki hukuk sistemi aynı paragraf altında ortaya konulacaktır. Ancak, Türk-İsviçre hukuku incelenirken, gerektiği ölçüde Alman hukukuyla karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu bölümün son kısmında ise, aynı paragraf altında Alman ve Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün hukuki sonuçları incelenecektir.

§ 3. ALMAN HUKUKUNDA DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN ŞARTLARI

Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü, BGB § 313 hükmünde düzenlenen “işlem temelinin sonradan bozulması”na ilişkin olay grupları kapsamında yer almaktadır.⁴³⁷ Buna bağlı olarak, işlem temelinin sonradan bozulmasının şartları, aynı zamanda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin de şartlarını oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün şartlarını belirlerken, işlem temelinin sonradan

⁴³⁷ Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 175 vd.

bozulmasının şartlarını esas alacağız. BGB § 313 hükmüne göre işlem temelinin sonradan bozulması için:

1. İşlemin temeli haline gelen durumlar bulunmalı,
2. Bu durumlar sözleşme kurulduktan sonra ağır surette değişmiş olmalı,
3. Taraflar, bu değişiklikleri öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka bir içerikte yapacak olmalı,
4. Bu şartlar altında, somut olayın tüm şartları dikkate alındığında, özellikle de sözleşme ve kanundaki rizikonun paylaştırılmasına ilişkin hükümler dikkate alındığında, taraflardan birinin sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının beklenilemez olması gerekir.

Doktrinde, ikinci unsur “pratik unsur”, üçüncüsü “varsayıma dayalı unsur” ve dördüncüsü ise “normatif unsur” olarak ifade edilmektedir.⁴³⁸

I. İŞLEMİN TEMELİ HALİNE GELEN DURUMLARIN BULUNMASI

1. Genel Olarak

Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle işlem temelinin sonradan bozulması durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin ilk şartı, işlemin temeli haline gelen durumların olmasıdır.⁴³⁹

⁴³⁸ Bkz., Eidenmüller, Jura 2001, s. 828; Lettl, JuS 2001, s. 249 vd.; Haas-Medicus, Kap. 3, Nr. 174 vd.; Rösler, ZGS 2003, s. 383 vd.; Bamberger/ Roth-Grüneberg, § 313 BGB, Nr. 25 vd.; Angermeir, s. 198 vd.; KompaktKomm-Hirse, § 313 BGB, Nr. 10; Erman-Hochloch, § 313 BGB, Nr. 11 vd.; Medicus, (Bürgerliches Recht), Nr. 164 vd.; Rösler, JuS 12/ 2004, s. 1059; Palandt-Heinrichs, § 313 BGB, Nr. 14 vd.; Larenz/ Wolf, § 38, Nr. 32 vd.; JauernigKomm-Stadler, § 313 BGB, Nr. 15 vd.; StudienKomm-Kropholler, § 313 BGB, Nr. 2; HandKommentar-Schulze, § 313 BGB, Nr. 12; MünchKomm-Roth, § 313 BGB, Nr. 8, 58 vd.; Hirsch, 112 vd.; Hütte/ Helbron, Nr. 799 vd.; Hütte/ Helbron, Nr. 806 vd.; Emmerich, § 27, Nr. 20 vd.; AnwKomm-BGB/ Krebs, § 313 BGB, Nr. 38 vd.; Riesenhuber/ Domröse, JuS 3/ 2006, s. 209; Fikentscher/ Heinemann, Nr. 229 vd.

⁴³⁹ Bkz., Eidenmüller, Jura 2001, s. 828; Lettl, JuS 2001, s. 249; Haas-Medicus, Kap. 3, Nr. 175; Medicus, § 53, Nr. 865; KompaktKomm-Hirse, § 313 BGB, Nr. 6 vd.; Bamberger/ Roth-Grüneberg, § 313 BGB, Nr. 25; MünchKomm-Roth, § 313 BGB, Nr. 8; Angermeir, s. 199; Palandt-Heinrichs, § 313 BGB, Nr. 14; Larenz/ Wolf, § 38, Nr. 32; JauernigKomm-Stadler, § 313 BGB, Nr. 14 vd.; Erman-Hochloch, § 313 BGB, Nr. 17 vd.; Hirsch, s. 113 vd.; Hütte/ Helbron, Nr. 787 vd.; HandKommentar-Schulze, § 313 BGB, Nr. 12; AnwKomm-BGB/ Krebs, § 313 BGB, Nr. 38; StudienKomm-Kropholler, § 313 BGB, Nr. 2; Emmerich, § 27, Nr. 20 vd.; Riesenhuber/ Domröse, JuS 3/ 2006, s. 209; Fikentscher/ Heinemann, Nr. 229 vd. Söz konusu şartlar, çalışma konumuz olan İşlem Temelinin Sonradan Bozulması'na ilişkin olay grupları kapsamında denge

Alman hukuk doktrinde işlem temeli öğretisinin uygulanması bakımından-
içtihatlarda kabul edilen *Oertmann*'ın sübjektif nitelikteki tanımı da dâhil olmak üzere-
işlem temelinin üzerinde uzlaşılan pozitif bir tanımının yapılması başılamamıştır.⁴⁴⁰
Ancak, bu durum, esaslı bir eksiklik de oluşturmamaktadır. Çünkü yukarıda da
açıklandığı üzere, bu işlem temeline yönelik olarak yapılacak her hangi bir tanım, bu
kurumun somut olay gruplarından birisine uygun düşse de diğer somut olay gruplarına
uygulanmasında güçlüklerle karşılaşılmasına neden olacaktır.⁴⁴¹ Bu bağlamda, BGB §
313 hükmünde de kanun koyucu işlem temeline ilişkin her hangi bir kanuni tanım
getirmemiştir. Ancak yine de somut olayda “işlem temeli haline gelen durumların
olması” unsurunun kontrolünün yapılabilmesi için, öncelikle belirli bir durumun ne
zaman işlem temeli haline geldiği sorusunun cevaplandırılmasına ihtiyaç vardır. Yani
“işlem temelinin” somutlaştırılması, ortaya çıkarılması gerekmektedir.⁴⁴²

İşlem temelinin somutlaştırılması, iki aşamada gerçekleşir. Bunlar, işlem
temelinin pozitif olarak somutlaştırılması ve işlem temelinin negatif bir şekilde ortaya
konularak sınırlandırılmasıdır.

İşlem temelinin pozitif olarak somutlaştırılması, işlem temelinin “konu”
itibariyle sınırlandırılmasıdır. İşlem temelinin konusu, sözleşme rizikosudur. Bu
nedenle işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikosunun açıklanmasına ihtiyaç
vardır. Sözleşme rizikosunun ne olduğu ve sözleşme rizikosundan hareketle işlem

bozulması ve ifa güçlüğü bakımından değerlendirilecek olup bu anlamda diğer olay grupları üzerinde
durulmayacaktır.

⁴⁴⁰ İşlem temeli öğretisinin kanunlaşmasından önce *Teichmann*, bu öğretinin, farklı olay gruplarını ele
almasından dolayı pozitif bir tanımlamasının yapılamayacağı görüşündedir (bkz., **Soergel-Teichmann**,
§ 242 BGB, Nr. 221 vd., 255). Aynı yönde: **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), 296 vd.; **Hirsch**, s. 87 vd., 91.
BGB § 313 hükmünün kanunlaşmasından sonra ise, doktrinde *Medius* işlem temelinin kendi ifadesiyle
“yaklaşık” bir tanımını yapmaya çalışmıştır. Bkz., **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 165a. Ancak,
doktrinde birkaç yazar dışında (örneğin: **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3 3/ 2006, s. 210; **Eidenmüller**,
Jura 2001, s. 828; **Rösler**, JA 2001, s. 219) bu tanım, genel bir kabul görmemiştir.

⁴⁴¹ Bkz., yuk., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme.

⁴⁴² **Häsemeyer**, s. 81; **Medicus**, § 53, Nr. 862; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 210. Ayrıca
bkz.: **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 17 vd.; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr.
9 vd.; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 7 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 17 vd.;
Hirsch, s. 99 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 13 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 313
BGB, Nr. 5; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 8 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 801 vd.;
StudienKomm-Kropholler, § 313 BGB, Nr. 2 vd.

temelinin konu itibariyle pozitif olarak somutlaştırmanın nasıl yapılacağı aşağıda açıklanacaktır.⁴⁴³

İşlem temelinin negatif olarak ortaya konulması ise, sözleşme rizikosundan hareketle hangi sözleşme rizikolarının işlem temelinin konusu dışında olduğunun belirlenmesiyle yapılır. Bu ise, gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiğini düzenleyen hükümlerle sınırlandırılması suretiyle gerçekleştirilir. Bu hükümler, taraflarca kararlaştırılan uyarılama kayıtları ve sözleşmenin içeriği haline gelen sözleşme rizikosunu düzenleyen tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümleridir. Bunlar çalışmamız kapsamında ayrıntılı olarak anlatılacaktır.⁴⁴⁴

2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması

İşlem temeli pozitif olarak, “konu” itibariyle somutlaştırılır. İşlem temelinin konusu, sadece sözleşme rizikosudur.⁴⁴⁵ Sözleşme rizikosunu ise, “gerçeğin” doğru olarak takdir edil(e)memesi tehlikesidir.⁴⁴⁶

“Gerçeğin” taraflarca doğru olarak takdir edilememesi tehlikesinin en önemli nedeni, hali hazırdaki “gerçek duruma” ilişkin “bilgisizlik”lerdir. “Gerçeğin” taraflarca doğru takdir edilememesinin bir başka nedeni ise, “gerçekleşecek duruma” ilişkin “belirsizlikler”dir. Bu bakımdan, buradaki “gerçeğin” doğru takdir edilememesi ifadesi, hem sözleşmenin kurulduğu ana ilişkin bilgisizliklere bağlı olarak

⁴⁴³ Bkz., hemen aşağıda, § 3, I, 2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması.

⁴⁴⁴ Bkz., aşağıda, § 3, I, 3. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Negatif Olarak Ortaya Konulması, A. Genel Olarak.

⁴⁴⁵ Bu husus doktrinde, “işlem temeli öğretisi, gerçekleşen rizikoya kimin katlanması gerektiği sorunu ile ilgilenir” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz., **Kegel**, s. 199 vd.; **Schmidt-Rimpler**, (FS Nipperdey), s. 21, 29; **Rüthers**, s. 46; **Wieacker**, (FS für Willburg), s. 245; **Beuthien**, s. 52; **Köhler**, s. 162 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 167 vd. 181 vd.; **Koller**, (Risikozurechnung), s. 30; **Flume**, s. 497, 498, 499, 500; **Fikentscher**, s. 22, 31, 35, 38 vd.; **Braun**, JuS 1979, s. 692; **Medicus**, (FS Flume I), s. 629 vd.; **Köhler**, JA 1979, 498; **Stötter**, AcP 166, s. 178 vd., 181; **Haarmann**, s. 34, 57 vd.; **Chiotellis**, s. 24 vd.; **Häsemeyer**, s. 68; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 826; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 295 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 214; **StaudingersKomm**, **Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 960; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 300; **Esser/Schmidt**, § 24 I 3; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 19; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 2 vd., 44 vd.; **Emmerich**, § 27, Nr. 19.

⁴⁴⁶ **Haarmann**, s. 57; **Henssler**, s. 13; **Bischoff**, s. 17; **Sulzer**, s. 124;

“gerçekleşmiş olan sözleşme rizikolarını” hem de sözleşmenin kurulmasından sonra geleceğin belirsizliğine bağlı olarak “gerçekleşecek sözleşme rizikolarını” ifade eder.⁴⁴⁷

Bilgisizlik nedeniyle, sözleşmenin kurulduğu andaki “gerçeğin” doğru takdir edilememesi, çoğunlukla ortak saik hatalarına neden olur. Bu bakımdan, ortak saik hatası, sözleşmenin kurulduğu andaki “gerçeğin” doğru takdir edilememesine ilişkin sözleşme rizikosudur.⁴⁴⁸ Alman hukukunda ortak saik hataları, işlem temelinin başlangıçtaki eksikliğini düzenleyen BGB § 313/II hükmünün uygulama alanında kabul edilen sözleşme rizikosudur.⁴⁴⁹

Belirsizlik nedeniyle, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek olan “gerçeğin” doğru olarak takdir edilememesi durumunda ise, çoğunlukla, amaç bozulması, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve bu anlamda ifa güçlüğü gerçekleşir. Bu bakımdan, amaç bozulması, denge bozulması ve ifa güçlüğü, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek olan “gerçeğin” doğru takdir edilememesine ilişkin sözleşme rizikolarıdır.⁴⁵⁰ Bu rizikolar, Alman hukukunda BGB § 313/I hükmü kapsamında işlem temelinin sonradan bozulmasının somut olay grupları olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, amaç bozulması ile çalışma konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü, BGB § 313/I hükmü kapsamında işlem temelinin sonradan bozulmasına ilişkin sözleşme rizikolarıdır.⁴⁵¹

⁴⁴⁷ Bkz., **Flume**, s. 498 vd.; **Henssler**, s. 3; **Bischoff**, s. 1.

⁴⁴⁸ **Wieacker**, (FS für Willburg), s. 250; **Flume**, s. 498-501; **Fikentscher**, s. 31; **Ulmer**, AcP 174, s. 181 vd.; **Köhler**, JA 1979, s. 500 vd.; **Medicus**, (FS Flume I), s. 630; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 299 vd.; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 826; **Rösler**, JA 2003, Heft 6, s. 216; **Yushkova**, JA 2003, Heft 1, s. 73; **Löhnig**, JA 2003, Heft 6, s. 516 vd.

⁴⁴⁹ Bkz., yuk., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme.

⁴⁵⁰ **Wieacker**, (FS für Willburg), s. 250; **Flume**, s. 498-501; **Fikentscher**, s. 31; **Ulmer**, AcP 174, s. 181 vd.; **Köhler**, JA 1979, s. 502 vd.; **Medicus**, (FS Flume I), s. 630 vd.; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 826; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 299 vd. **Rösler**, JA 2003, Heft 6, s. 216; **Yushkova**, JA 2003, Heft 1, s. 72.

⁴⁵¹ Bkz., yuk., § 2, II, E. Reform Kanunundaki Düzenleme. *Haarmann*, sözleşmenin kurulduğu andaki mevcut gerçeğin yanlış takdir edilmesi ile geleceğe ilişkin meselelerin yanlış tahmin edilmesinin işlem temelinin bozulması kapsamında eşit kabul edilmesini, her iki durumda da “gerçek”ten sapma olması nedeniyle dogmatik bakımdan isabetli bulmaktadır. Bkz., **Haarmann**, s. 57. Burada “işlem temelinin başlangıçtaki eksikliği” ve “işlem temelinin sonradan çökmesi” arasındaki ayrım, sözleşme rizikosunun

Sonuç olarak, işlem temelinin tanımı yoktur. İşlem temelinin, sözleşme rizikosundan hareketle konu itibariyle somutlaştırılması vardır. Bu somutlaştırma, sözleşme rizikosunun gerçekleştiği zaman dikkate alınarak ikiye ayrılır. Sözleşme rizikosu, sözleşme kurulduğu zaman gerçekleşmiş ise, işlem temelinin başlangıçtaki eksikliği söz konusu olur. Bu olay grubuna ilişkin sözleşme rizikosu, ortak saik hatalarıdır. Sözleşme rizikosu, sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşirse, işlem temelinin sonradan bozulması söz konusu olur. Buna ilişkin sözleşme rizikoları ise, amaç bozulması, denge bozulması ve ifa güçlüğüdür.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında, “sözleşme rizikosundan” veya “rizikodan” bahsedildiği yerlerde, aksi ifade edilmediği sürece, bundan amaç, sadece çalışma konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin sözleşme rizikolarıdır.

3. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Negatif Olarak Ortaya Konulması

A. Genel olarak

İşlem temelinin negatif olarak ortaya konulması, hangi sözleşme rizikolarının işlem temelinin konusu dışında olduğunun belirlenmesiyle yapılır. Bu belirlemenin amacı, tanımı yapılamayan işlem temelinin sınırlandırılmak suretiyle somutlaştırılmasıdır. Bu yöntemle bir kez gerçekleşen sözleşme rizikosunun işlem temelinin konusu dışında olduğu tespit edilirse, artık bu rizikonun işlem temeli olmadığı da belirlenmiş olur.⁴⁵² Bu belirleme, çalışma konumuz olan denge bozulması

gerçekleştiği zaman dikkate alınarak yapılan bir ayırmadır. Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 174 vd.; **Medicus**, Nr. 861; **Rösler**, JuS 2-2005, s. 120, 122.

⁴⁵² Bkz., **Esser**, JZ 1958, 114 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 200; **Soergel/ Siebert-Knopp**, § 242 BGB, Nr. 390; **Köhler**, s. 132; **Fikentscher**, s. 39; **Haarman**, s. 75 vd., 79, 130 vd.; **Chiotellis**, s. 25; **Häsemeyer**, s. 81; **Wieling**, Jura 1985, s. 508 vd.; **Jung**, s. 80; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 221 vd., 229, 255; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 960, 1063 vd., 1115 vd.; **Henssler**, s. 23; **Esser/ Schmidt**, § 24, I 3; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 301; **Medicus**, § 53, Nr. 862 vd., 873; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 826 vd.; **Hammer**, s. 52; **Rösler**, JA 2001 s. 215; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 9 vd. 18; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 28 vd., 35 vd. 112 vd., 130 vd.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 13 vd. 17, 28; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 7 vd.; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 50 vd., 52 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 18 vd., 32 vd., 35; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 153 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 16 vd., 22 vd.; **JurispraxisKomm- Pfeiffer**, § 313 BGB, Nr. 35; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 5 vd.; **Emmerich**, § 27, Nr. 19, 27 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 787 vd.; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 2 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 8, 44 vd.; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/

ve ifa güçlüğü bakımından bu şu anlama gelmektedir: Somut olayda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin bir sözleşme rizikosu gerçekleşirse ve bir kez bu rizikoların işlem temelinin konusu dışında olduğu tespit edilirse, artık somut olayda gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin bu rizikoların işlem temeli olmadığı da belirlenmiş olur.

Somut olayda gerçekleşen sözleşme rizikolarının ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin işlem temelinin konusu dışında olup olmadığı, işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün “niteliğinden” hareketle ortaya çıkarılır. İşlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmü, dürüstlük ilkesinin özel bir uygulama alanı olarak, tamamlayıcı nitelikte bir düzenlemedir. Bu düzenleme, sözleşme rizikolarının ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin, hakkaniyet hukuku temelinde paylaştırılmasına hizmet eden, “en son çare” (ultima ratio) normudur. Dolayısıyla, gerçekleşen sözleşme rizikolarına ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak somut olaya uygulanabilecek nitelikte sözleşmenin içeriğinde tarafların doğrudan yaptıkları bir düzenleme veya kanunda tamamlayıcı nitelikte bir başka düzenleme varsa, somut olayda gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları, artık BGB § 313 hükmünün uygulama alanı dışında kalır.⁴⁵³ Bundan şu sonuç çıkmaktadır: “İşlem temelinin konusu, sadece sözleşme rizikolarıdır ve bu kapsamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğüdür; ancak, her sözleşme rizikosu ve bu kapsamda somut olayda gerçekleşen her denge bozulması ve ifa güçlüğü, işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikoları değildir. Sözleşmenin içeriği olan sözleşme rizikoları ve bu kapsamda sözleşmenin içeriğinde düzenlenen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları, işlem temelinin konusu dışında kalan sözleşme rizikolarıdır”. Bu durum, doktrinde ve mahkeme kararlarında, “sözleşmenin içeriği

2006, s. 210; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 228, 231 vd. Alman Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGH 01.06.1979, BGHZ 74, 370 (373.) (Kaufvertrag/ Zweckstörung/ Bauerwartung)= NJW 1979, s. 1818 (1819); BGH 17.06.1992, NJW 1992, s. 2690 (2691).

⁴⁵³ **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 826; **Rösler**, JA 2001 s. 215; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 1; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 112.

olan, işlemin temeli olamaz” şeklinde ifade edilmektedir.⁴⁵⁴ Şu halde, bu aşamada, sözleşmenin içeriğinde olan, dolayısıyla da işlem temelinin konusu dışında kalan sözleşme rizikolarının belirlenmesi gerekir. Bu kapsamda da, çalışma konumuz bakımından işlem temelinin konusu dışında kalan denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları belirlenmelidir.⁴⁵⁵ Aşağıda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin “işlem temelinin konusu dışında kalan sözleşme rizikoları” ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.⁴⁵⁶

B. İşlem Temelinin Konusu Dışında Kalan Sözleşme Rizikoları

a. Genel Olarak

Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olarak işlem temelinin konusu dışında kalan, dolayısıyla sözleşmenin içeriği olan sözleşme rizikoları, ilk olarak tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeyle taraflar arasında paylaştırılan rizikolardır. Sözleşme rizikosunun ve bu kapsamda da denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikoların sözleşmeyle taraflar arasında paylaştırılmasını sağlayan düzenlemelerin başında, uyarılma kayıtları gelir. Bunun yanında bazı sözleşmeler de

⁴⁵⁴ Bkz., **Oertmann**, s. 31; **Beuthien**, s. 61; **Soergel/ Siebert-Knopp**, § 242 BGB, Nr. 390; **Köhler**, s. 132; **Fikentscher**, 31 vd., 35 vd.; **Huber**, JuS 1972, s. 65; **Ulmer**, AcP 174, s. 200; **Köhler**, JA, 1979, s. 500; **Häsemeyer**, s. 81; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 221 vd., 255; **Henssler**, s. 40 vd.; **Belling**, NZA 1996, s. 906 vd. (908); **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH) s. 301 vd.; **JauernigKomm-Stadler**, (2004), § 313 BGB, Nr. 8; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 175; **Medicus**, § 53, Nr. 862; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 9; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 35 vd.; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 8; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 6; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 18; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 6; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 17 vd.; **Emmerich**, § 27, Nr. 27; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 2; **Hütte/ Helbron**, Nr. 82; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 5, 16; **JurispraxisKomm- Pfeiffer**, § 313 BGB, Nr. 35; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 10; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 210; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 231. Mahkemelerin istikrarlı içtihadı: RG 15.12.1941, RGZ 168, 121, (127); BGH 23.10.1957, BGHZ 25, 390. Ayrıca bkz., BGH 15.06.1951, NJW 1951, s. 836 vd. (Kalisalzabbauvertrag); BGH 12.12.1963, BGHZ 40, 334 vd. = NJW 1964, s. 861vd.; BGH 25.02.1993, BGHZ 121 378 (392 vd.); BGH 16.02.2000, NJW 2000, s. 1716. Söz konusu ifade BGB § 313 hükmünün gerekçesinde de ifade edilmektedir (bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 175).

⁴⁵⁵ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 221 vd., 255; **Heßhaus**, s. 49; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 301; **Medicus**, § 53, Nr. 862; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 183 vd.; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 35 vd. 111 vd.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 17 vd.; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 153 vd. 164; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 50 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 32 vd.; **Hirsch**, s. 99 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 8 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 5; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 3 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 806; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 8; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 231; BGH 14.11.2003, NJW-RR 2004, s. 554.

⁴⁵⁶ Bkz., hemen aşa., § 3, I, 3, B. İşlem Temelinin Konusu Dışında Kalan Sözleşme Rizikoları.

vardır ki, taraflar açık bir şekilde denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarını kendi aralarında paylaşmamış olmalarına karşın, sözleşmenin niteliği gereği bu rizikoların taraflar arasında paylaştırılmış olduğu kabul edilir. Sözleşme rizikosunun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarının paylaşılmasını sağlayan bu tür düzenlemeler ise, spekülasyon niteliğindeki işlemler olarak ifade edilir. Bu tür düzenlemeler, sözleşmenin doğrudan taraf iradelerine dayanan içeriğini oluşturur.⁴⁵⁷ Bunlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir.⁴⁵⁸

Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olarak işlem temelinin konusu dışında kalan sözleşme rizikoları, ikinci olarak tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine göre belirlenebilir. Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarını taraflar arasında paylaşan kanuni düzenlemeler arasında, özellikle kanunda düzenlenen tipik sözleşmelere ilişkin tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler gelir. Bunun dışında, bu konuda sözleşmenin tamamlayıcı yorumu (BGB §§ 157, 242) ile sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerle fesih hakkı (BGB § 314) ve son olarak da fiili imkânsızlığa ilişkin BGB § 275 hükmü, aşağıda incelenecektir.⁴⁵⁹

b. Sözleşmeyle Taraflar Arasında Paylaştırılan Sözleşme Rizikoları

aa. Uyarılma Kayıtlarıyla Taraflar Arasında Paylaştırılan Sözleşme Rizikoları

aaa. Uyarılma Kayıtları⁴⁶⁰

Uyarılma kayıtları, ticari hayattaki muhtemel sözleşme rizikolarına ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüklerine karşı bir önlem olarak uygulamada gelişmiştir. Daha çok uzun süreli sözleşmelere ilişkin olarak yapılmaktadır. Çünkü bu tür sözleşmelerde sözleşmenin ifasına kadar geçen süre içerisinde gerçekleşecek olan durumların doğru takdir edilememesi ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa

⁴⁵⁷ **Fikentscher**, s. 34; **Medicus**, (FS Flume I), s. 630 vd.; **Bischoff**, s. 19; **Henssler**, s. 23.

⁴⁵⁸ Bkz., hemen aşağıda, § 3, I, 3, B, b. Sözleşmeyle Taraflar Arasında Paylaştırılan Sözleşme Rizikoları.

⁴⁵⁹ Bkz., aşağıda, § 3, I, 3, B, c. Tamamlayıcı Nitelikteki Kanun Hükümlerine Göre Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları.

⁴⁶⁰ Uyarılma kayıtları, Türk-İsviçre hukukuyla da ilgili olması nedeniyle, tekrardan kaçınmak amacıyla hem Alman hukuku bakımından hem de Türk-İsviçre hukuku bakımından değerlendirilmektedir.

güçlüğüne ilişkin sözleşme riskleri çok daha fazladır. Uyarlama kayıtları, ilişkin olduğu sözleşme rizikosunun diğer tarafa yüklenmesine hizmet ederler. Ayrıca uyarlama konusundaki muhtemel uyuşmazlıklarda buna ilişkin kanuni düzenlemelerin esas itibarıyla olmaması, mahkeme masrafları yanında çoğu zaman da taraflar bakımından tatmin edici olmayan dava süreci ve sonuçları, bu tür kayıtların sözleşmelerde daha da önem kazanmasına neden olmuştur.⁴⁶¹ Ancak uyarlama kayıtlarının taraflar bakımından tercih edilmesinin asıl nedeni, bu tür kayıtların esnek hukuki sonuçlarıdır. Öyle ki, bu tür kayıtlar taraflara sözleşme özgürlüğü ilkesine göre -gerek şartları gerekse hukuki sonuçları bakımından- oldukça geniş bir hareket serbestisi sağlar.⁴⁶²

Çalışmanın konusu ve sınırları, uyarlama kayıtlarının kapsamlı bir şekilde ortaya konulmasına imkân vermemektedir. Bu nedenle, uyarlama kayıtları hakkında, çalışma konumuz bakımından taşıdığı önem ölçüsünde kısaca incelenmekle yetinilmektedir.

aab. Uyarlama Kayıtlarının Türleri

aaaa. Olumlu ve Olumsuz Uyarlama Kayıtları

“Uyarlama kayıtları” deyimini üst bir kavram olup, hem sözleşmenin uyarlanmasına veya tümüyle sona erdirilmesine ilişkin olumlu uyarlama kayıtlarını; hem de sözleşmenin hiçbir şekilde uyarlanmayacağına ilişkin olan olumsuz uyarlama kayıtlarını içerir.⁴⁶³

⁴⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Bilda**, s. 23 vd.; **Heiermann**, BauR 1971, s. 221 vd.; **Stahl**, BauR 1973, s. 279 vd.; **Horn**, AcP 181, s. 255 vd.; **Steindorff**, BB 1983, s. 1127 vd.; **Baur**, s. 32 vd.; **Kronke**, AcP 183, s. 113 vd.; **Harms**, DB 1983, s. 322 vd.; **Horn**, NJW 1985, s. 1118 vd.; **Rauh**, s. 27 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 223; **Köbler**, s. 189; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1065 vd.; **Medicus**, § 53, Nr. 862; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 31 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 60 vd. 64; **Hau**, s. 333 vd.; **Kamanabrou**, 1 vd.; **Emmerich**, § 28, Nr. 21 vd.; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 202 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 576 vd.; **Bischoff**, s. 91 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 276 vd.; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 79; **Sulzer**, s. 135 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1284; **Kaplan**, s. 119 vd.; **Eren**, s. 439; **Arat**, s. 140 vd.

⁴⁶² **Horn**, NJW 1985, s. 1118; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 31; **Hau**, s. 334.

⁴⁶³ **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1078; **Lettl**, JuS 2001, s. 347 vd., 660 vd.; **Hau**, s. 333; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 577 vd.; **Bischoff**, s. 91 vd., 95 vd., 105 vd.; **Schmiedlin**, s. 108 vd., 157 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 276; **Rauh**, s. 27 vd.; **Erdin**,

Sözleşmeyle yapılan rizikonun paylaşılması hakkındaki düzenlemelerinin en önemli görünüm şekli, olumlu uyarlama kayıtlarına ilişkin olanlardır. Bu tür kayıtlar, daha ziyade sürekli borç ilişkileri kapsamında⁴⁶⁴, enerji, gaz, petrol ve su tedarikine ilişkin uzun süreli teslimat sözleşmeleriyle; kira ve üst hakkı gibi uzun süreli kullanma sözleşmelerine konu olurlar.⁴⁶⁵

Uzun süreli sözleşmeler, olumlu uyarlama kayıtları kapsamında, örneğin bozucu şartta (BGB § 158, OR Art. 151 vd., BK m. 152) bağlanabilir.⁴⁶⁶ Esasında olumlu uyarlama kayıtlarının birçoğu da, gerçekte bozucu şart niteliğindedir.⁴⁶⁷ Öyle ki, örneğin, sözleşmeye savaş kaydı veya grev kaydı konulabilir. Bu anlamda olmak üzere, sözleşme, “savaş çıkması nedeniyle ithalat veya ihracat yasağı konulursa, bu durumda sözleşme ilişki sona erecektir” şeklinde bozucu şartta bağlanabilir.⁴⁶⁸ Ancak, bozucu şart, aksi kararlaştırılmadığı sürece, sözleşmenin tümüyle sona erdirilmesine neden olur. Dolayısıyla, hukuki sonuçları esnek değildir. Bu nedenle, sözleşmenin bozucu şartta bağlanarak tümüyle sona erdirilmesi şeklindeki rizikonun paylaşılmasına ilişkin düzenlemeler, diğer uyarlama kayıtlarına oranla, uygulamada pek tercih edilen bir yol değildir.⁴⁶⁹ Bunun yerine, sözleşmeye konulan

s. 47 vd.; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 79; **Sulzer**, s. 135 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 108; **Kaplan**, s. 119 vd.

⁴⁶⁴ Sürekli borç ilişkileri için bkz., § 3, I, 3, B, c, ad. Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerden Dolayı Fesih Hakkına Göre Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları, aaa. Genel Olarak.

⁴⁶⁵ **Bilda**, s. 23; **Steindorff**, BB 1983, s. 1127 vd.; **Harms**, DB 1983, s. 322 vd.; **Rauh**, s. 28; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1066 vd.; **Schmitz**, s. 20; **Merz**, s. 408a; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 577; **Bischoff** s. 95 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 276; **Erdin**, s. 47; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 79; **Sulzer**, s. 136; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 109.

⁴⁶⁶ **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1081; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 18; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 29; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 8; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 18; **Hütte/ Helbron**, Nr. 789; **Sieglwart**, s. 130 vd.; **Reichel**, s. 5; **Oftinger**, SJZ 36, s. 233; **Merz**, s. 408a; **Schlageter**, s. 83; **Schmitz**, s. 20; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 578; **Bischoff**, s. 96; **Schmiedlin**, s. 158; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 277; **Erdin**, s. 46; **ZücherKomm-Baumann**, Art. 2 ZGB, Nr. 447; **Sulzer**, s. 138; **Schwenzer**, Nr. 35.02.

⁴⁶⁷ **Bischoff**, s. 96.

⁴⁶⁸ Schmiedlin, 158.

⁴⁶⁹ **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 31.

uyarlama kayıtları, daha çok sözleşmenin uyarlanmasına imkân verecek nitelikte kararlaştırılır.⁴⁷⁰ Bu kapsamda, olumlu uyarlama kayıtları, uygulamada sıklıkla “otomatik uyarlama kayıtları” şeklinde yapılmaktadır. Bu tür kayıtlarda edim konusu (çoğunlukla para edimi) belirli bir değerle (örneğin petrol gibi başka mal veya hizmet edimleriyle) ilişkilendirilmektedir. Bu değer ilişkisi değiştiği zaman, sözleşmenin içeriği de yeni bir irade açıklamasına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden değişmektedir.⁴⁷¹ Ancak, otomatik uyarlama kayıtları her zaman başka bir değer ilişkisi ile ilişkilendirilmez. Bazı durumlarda ise, belirli dönemlerde belirli miktarda uyarlama yapılacağı sözleşmede kararlaştırılabilir.⁴⁷² Ancak her iki durumda da otomatik uyarlama kayıtlarında, hangi tür bir değişikliğin ne derecede ağırlığa ulaşması halinde sözleşmenin uyarlanacağı belirlenir. Bu nedenle bu tür uyarlama kayıtları genellikle matematik formülleri şeklinde belirlenir.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Örneğin, hammadde fiyatlarının yükselmesi durumunda, hammadde miktarında azalma olması halinde, ithalat veya ihracat yasakları ortaya çıkarsa, sözleşme yeni şartlara göre uyarlanacaktır gibi (bkz., **Bischoff**, s. 97).

⁴⁷¹ Otomatik kayıtlar belirli bir indeks’le [örneğin geçim indeksi (Alman hukukunda: Index der Lebenshaltungskosten, İsviçre hukukunda: Index für Konsumentenpreis des BIGA, Türk hukukunda: ÜFE ve TÜFE)] ilişkilendirilmesi durumunda indeks kaydı (Indexklauseln) olarak adlandırılır. Otomatik kayıtlar altın ya da belirli bir miktar mal veyahut hizmet ediminin esas alınması durumunda ise “mal kaydı” (Sachwertklauseln) olarak ifade edilir. Ancak, doktrinde her iki kaydı birlikte ifade etmek üzere “değer kaydı” (Wertsicherungsklauseln) ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz., **Kollhosser**, JA 1983, s. 51; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1068 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 252; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 64; **Reichel**, s. 5; **Merz**, s. 408a; **ZürcherKomm-Jaggi/Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 578; **Bischoff**, s. 91 vd.; **Schmiedlin**, s. 158; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 276; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 79; **Sulzer**, s. 137; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, Nr. 1284vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 108; **Schwenzer**, Nr. 35.02. İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarındaki indeks kayıtlarına ilişkin olarak kira hukukuna ilişkin indeks kayıtları hakkında bkz., BGE 117 II 40 vd.; 118 II 124 (126 vd.); 123 III 70 (72vd.); 124 III 57 (58); üst hakkı ücretine ilişkin indeks kayıtları hakkında bkz., 116 III 62 vd.; 127 III 300 (302) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); kira bedeline ilişkin indeks kayıtları bkz., 103 II 267 vd.; 108 II 470 (471) (Mietvertrag/ Vertragsklausel); 109 II 55 vd.; 110 II 494 vd.

⁴⁷² Örneğin, kira sözleşmesine “düzenli artış kaydı” (Staffelmiete) konulmuş olması gibi. Bkz., BGH 08.05.2002, LM § 535 BGB Nr. 171 = NJW 2002, s. 2384 vd. = NZM 2002, s. 659.

⁴⁷³ **Baur**, s. 32 vd.; **Horn**, NJW 1985, s. 1120; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 32; **Kamanabrou**, s. 17 vd., 24; **Emmerich**, § 28, Nr. 21. Alman hukukunda § 2 PaPKG (Fiyat Kayıtları Kanunu, Preisklauselgesetz) hükmüne göre, para edimi borçlusunun ödemesi gereken meblağ bir başka para biriminin kuruyla veya altın veya başka mal veya edimlerin ölçüsüne göre belirlenmişse, bu değer kaydı, sadece yetkili makamın (Bundesamt für Wirtschaft) onayı ile geçerli hale gelir. Yetkili makam onay verinceye kadar otomatik uyarlama kayıtlarının hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Bkz., BGH 06.07.1959, BB 1959, s. 1006). Bununla birlikte uyarlama kaydının memur maaşı ile ilişkilendirildiği kayıtlar (Spannugsklauseln) bakımından her hangi bir izne ihtiyaç yoktur. Bkz., **Bamberger/Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 42; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 60 vd. 64. Öte yandan İsviçre hukukunda ise, bu konuda kira sözleşmeleri bakımından bir sınırlandırma bulunmaktadır Öyle ki, Art. 9

Taraflar, otomatik uyarlama kayıtlarının neden olduğu bazı olumsuzlukların önünü almak amacıyla, **d ü z e l t i c i k a y ı t l a r** kararlaştırabilirler. Bu kayıtlar, otomatik kayda emsal alınan ölçünün çok büyük bir oranda değişebileceği öngörüsüyle yapılır. Örneğin, “otomatik uyarlama kaydı için temel alınan değer, genel ekonomik şartlardaki değişiklikler artık dikkate alınamayacak kadar ağır surette değişmesi durumunda, sözleşmenin tarafları yeni bir anlaşma yaparlar”; veya “piyasadaki gaz fiyatı ile otomatik uyarlama kaydı sonrasındaki gaz fiyatı arasındaki ilişki, göze çarpar bir şekilde farklı olması durumunda, yeniden anlaşma yapılmalıdır” gibi.⁴⁷⁴

Olumlu uyarlama kayıtlarının bir diğeri ise, “**e d i m i n t e k t a r a f l ı b e l i r l e n m e s i k a y d ı**”dır. Burada, belirli şartlar altında sözleşmenin taraflarından birinin talep etmesi durumunda, kendisine veya çoğunlukla da bir üçüncü kişiye sözleşmeyi değiştirme hakkı tanınmaktadır. Burada, fiyatı veya edimi uyarlamak amacıyla söz konusu hak verilir. Örneğin, Auro’nun ileri bir tarihte satın alma gücü azalır, bu durumda bir bilirkişi eliyle kararlaştırılan bedel yeniden takdir edilir” veya “banka, para piyasasında esaslı değişikliklerin olması durumunda faiz yükünü değiştirme hakkına sahiptir” gibi. Söz konusu hak, sözleşmelerde birincil uyarlama aracı olmaktan ziyade, “**n i t e l i k l i y e n i d e n m ü z a k e r e**

BMM hükmüne göre (yürürlük tarihi: 30.06.1972), kira sözleşmelerinde kira bedelinin otomatik olarak ayarlanmasına ilişkin değer kayıtları, kira süresinin en az 5 yıl süreli olduğu kira sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Ancak, VMM Art. 6 hükmüne göre (yürürlük tarihi: 10.07.1972), tüketici fiyatları indeksinin (Landesindex der Konsumentenpreise) 4/5’ini aşan uyarlama kayıtları geçersizdir. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, VMM Art. 6 hükmün anlamında sadece tüketici fiyat indeksine göre bir uyarlama kaydı konulabilir. Bkz., BGE 108 II 470 (474) (Mietvertrag/Vertragsklausel). Mahkemeye göre, başka türlü bir değer kaydı esas alınarak belirlenen uyarlama kayıtlarının, tüketici fiyat indeksi olarak kabul edilmesi gerekir. Bkz., BGE 108 II 466 (467 vd.) (Mietvertrag/Vertragsklausel). Ayrıca, İsviçre hukukunda BMM Art. 11 hükmüne göre, kiralayana tek taraflı bir beyanla kira bedelinin artırılmasına izin veren uyarlama kayıtları da geçersizdir. Türk hukukunda ise, pozitif hukukta esas itibarıyla bu konuda her hangi bir sınırlandırma yoktur. Bununla birlikte, BKT m. 343 hükmüne göre: “ ... Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artışı oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir ... ”.

⁴⁷⁴ **Baur**, s. 34 vd., 49; **Horn**, NJW 1985, s. 1120; **Kamanabrou**, s. 24; **Emmerich**, § 28, Nr. 21; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 60 vd. 64.

yükümlülüğü” olarak anılan kayıtlarda, tarafların uzlaşmaları durumu için kararlaştırılır.⁴⁷⁵

Bir diğer olumlu uyarılama kaydı ise, “yeniden müzakere yükümlülüğü”dür. Bu kayıtla, taraflar, şartların sonradan değişmesi durumunda yaptıkları anlaşmaya ilişkin yeniden bir müzakere yapmakla yükümlü olurlar. Bunun iki türü vardır. İlkinde taraflar değişiklikler hakkında uzlaşmamaları hali için hiçbir düzenleme yapmamışlardır. Bu durum, “basit yeniden müzakere yükümlülüğü kaydı” olarak anılır. Örneğin, “her sözleşme tarafı diğer taraftan, genel ekonomik şartlar sözleşmenin devamı sırasında esaslı surette değişirse, kira miktarının yeniden gözden geçirilmesini isteyebilir” gibi. “Nitelikli yeniden müzakere yükümlülüğü kaydı” olarak ifade edilen diğer bazı kayıtlarda ise, tarafların uyarılama hususunda anlaşmamaları için ikincil bir uyarılama mekanizması öngörülmektedir. Örneğin, “sözleşmenin tarafları yeniden müzakere kaydıyla bir anlaşmaya varamamaları durumunda, üst hakkının devamı için üst hakkı bedelinin taşınmazın artan veya azalan değerine göre uyarlanacaktır” gibi.⁴⁷⁶

Olumlu uyarılama kayıtları, şartların değişmesine bağlı olarak sözleşmenin içeriğinin de değiştirilmesine yönelik kayıtlardır. Ancak, öyle bazı uyarılama kayıtları da vardık ki, bu tür kayıtlar şartlar ne kadar değişirse değişsin sözleşmenin içeriğinin değiştirilmemesine yönelik kayıtlardır. Doktrinde bu tür kayıtlar, “olumsuz uyarılama kayıtları” veya “rizikoyu üstlenme kayıtları” ya da “sabit fiyat kayıtlı sözleşmeler” olarak da anılmaktadır.⁴⁷⁷ Uygulamada, rizikonun sözleşmeyle paylaşılmasına

⁴⁷⁵ Bkz., **Kronke**, AcP 183, s. 119; **Bilda**, s. 139 vd.; **Baur**, s. 47; **Horn**, NJW 1985, s. 1120 vd.; **Bischoff**, s. 100; **Kamanabrou**, s. 24.

⁴⁷⁶ Bkz., **Kronke**, AcP 183, s. 119 vd.; **Horn**, AcP 181, s. 255 vd.; **Horn**, NJW 1985, s. 1123 vd.; **Rauh**, s. 43 vd.; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1067 vd.; **Lettl**, JuS 2001, s. 457; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 33; **Kamanabrou**, s. 31, 32; **Emmerich**, § 28, Nr. 21; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 283 vd., 286; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 80; **Gauch**, (Auslegung), s. 19; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 121 vd.; **Schwenzer**, Nr. 35.02.

⁴⁷⁷ Bkz., **Heiermann**, BauR 1971, s. 225 vd.; **Stahl**, BauR 1973, s. 280 vd.; **Rauh**, s. 51 vd.; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1073, 1085; **Henssler**, s. 117; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 827; **Medicus**, § 53, Nr. 862; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 33; **Emmerich**, § 27, Nr. 30; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 16; **Fikentscher/Heinemann**, Nr. 233; **Merz**, s. 408a; **Schmitz**, s. 18; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 584; **Bischoff**, s. 105 vd.; **BernerKomm-**

ilişkin bu tür kayıtlar da kararlaştırılmaktadır.⁴⁷⁸ Bu kayıtlar, tıpkı olumlu uyarılama kaydı olan sözleşmeler gibi, daha ziyade uzun süreli sözleşmelerde söz konusu olmaktadır. Uzun süreli sözleşmelerin sabit fiyat kayıtlı olarak yapılmasının yararı, tarafların ekonomik kapasitelerini uzun süreli olarak planlamaları ve özellikle para edimi borçlularının depolama maliyetlerini azaltabilmeleridir.⁴⁷⁹

aaab. Açık, Genel ve Üstü Örtülü Uyarılama Kayıtları

Sözleşme yapıldığı sırada sonradan gerçekleşen risk mümkün olduğu kadar öngörülüyor ve dolayısıyla bu riziko bilinci altında buna uygun bir sözleşme yapılırsa, bu durumda açık bir uyarılama kaydı vardır. Uyarılama kayıtlarının birçoğu, ister olumlu uyarılama kaydı isterse olumsuz uyarılama kaydı olarak kararlaştırılsın, daha ziyade açık uyarılama kaydı şeklindedir. Örneğin, otomatik uyarılama kayıtları, bu anlamda olumlu-açık uyarılama kayıtlarıdır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, bu tür uyarılama kayıtlarında, hangi tür bir değişikliğin ne derecede ağırlığa ulaşması halinde sözleşmenin uyarılacağı sözleşmede açıkça belirlenir.⁴⁸⁰

Uyarılama kayıtları her zaman sözleşmede bu şekilde açıkça kararlaştırıl(a)maz. Çünkü gelecek hiç bir zaman tam olarak bilinemediği için, sözleşmeler geleceğe ilişkin belirsizlik rizikolarıyla doludur. Taraflar da bu belirsizliklere karşı asgari bir önlem olarak, bazen benzer nitelikteki rizikoları somut bir olayla sınırlandırılmayacak şekilde kararlaştırırlar. Doktrinde “genel uyarılama kaydı” olarak anılan bu tür sözleşmelerde: “... ‘... şartlar değişirse ...’, ‘... bu günkü yapı önemli surette bozulursa...’, ‘... ekonomik şartlarda önemli değişimler olursa...’,

Kramer, Art. 18 OR, Nr. 278; **Erdin**, s. 48; **Sulzer**, s. 140; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 109; **Kaplan**, s. 124.

⁴⁷⁸ Bkz., RG 15.12.1941, RGZ 168, 121 (127) (Nißbrauch/ Rechtsfolgen); BGH 10.06.1965, BGHZ 44, 40; BGH 14.07.1953, NJW 1953, s. 1585 vd. = JZ 1953, s. 735 (Gütertausch/ erfüllter Vertrag); BGH 28.02.1961, VersR 1961, s. 383; BGH 20.12.1965, NJW 1966, s. 448; BGH 01.02.1984, BGHZ 90, 69 (74); BGH 01.02.1990, NJW-RR 1990, s. 601 (602) (Architektenvertrag/ Rechtsänderung); BGH 19.06.1990, NJW 1991, s. 1535.

⁴⁷⁹ **Rauh**, s. 52.

⁴⁸⁰ Bkz., **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1085; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 204 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 581, 585 vd.; **Bischoff**, s. 95 vd., 97; **Schmiedlin**, s. 158; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 280 vd.; **Erdin**, s. 45 vd., 47 vd.; **Sulzer**, s. 136 vd.; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, Nr. 1284vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 111; **Kaplan**, s. 119 vd.

‘... öngörülemeyen olaylar gerçekleşirse...’⁴⁸¹, ‘... genel ekonomik şartlar artık katlanılamayacak ölçüde değişirse...’⁴⁸², ‘... sözleşme süresinin tek taraflı uzatılması durumunda...’⁴⁸³, sözleşme, yeni şartlara uyarlanacaktır ... ” şeklinde, genel olarak ifade edilir.⁴⁸⁴ Bu tür kayıtlar, olumsuz uyarılama kaydı şeklinde de olabilir. Örneğin - sözleşmede somut bir rizikodan bahsedilmemeksizin- “... geleceğe ilişkin tüm rizikoların taraflardan sadece birisine ait olacağına kararlaştırılmış olması...” veya “... şartlardaki değişimin sonradan dikkate alınmayacağına kararlaştırılması...” gibi.⁴⁸⁵

Açık ve genel nitelikteki uyarılama kayıtları yanında, üstü örtülü uyarılama kayıtları da vardır. Üstü örtülü uyarılama kayıtları, sözleşmede açık bir şekilde değil, tarafların tutum ve davranışlarından anlaşılır. Bu tür uyarılama kayıtları, açık uyarılama kayıtları gibi, olumlu veya olumsuz uyarılama kaydı niteliğinde olabilir.⁴⁸⁶

Üstü örtülü uyarılama kayıtları, özellikle belli bir fiyat üzerinden anlaşılan uzun süreli sözleşmelerde söz konusu olur. Çünkü bu tür sözleşmelerde sözleşmenin yapıldığı tarih ile sözleşmenin ifa edileceği zaman arasında şartların değişmesi her zaman muhtemeldir. Şartların değişmesi muhtemel olmasına rağmen taraflar, böyle bir sözleşme yapıyorlarsa ve sözleşmede de her hangi bir uyarılama kaydı kararlaştırmıyorlarsa, şartların değişmesinin neden olduğu sözleşme rizikolarını tarafların öngördükleri ve buna bağlı olarak da göze aldıklarını gösterir. Dolayısıyla,

⁴⁸¹ “... Ağır hastalık gibi öngörülemez bir olay olmadığı sürece, karz, karz verenin ömrünün sonunda ödenmek üzere verilmiştir. ... ”. Bkz., BGE 100 II 345 (346) (Darlehensvertrag/ Unzumutbarkeit wegen Änderung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse).

⁴⁸² BGH 04.07.1979, BB 1979, s. 1213.

⁴⁸³ “... Kiracı, kira süresinin sonunda, yani 10 yıl sonra, kira sözleşmesini uzatma hakkına sahiptir. Ancak, böyle bir durumda, kira bedeli, yeni şartlara uyarlanır. ... ”. Bkz., BGE 99 II 290 (Mietevertrag/ Anpassungsklauseln).

⁴⁸⁴ Bkz., **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1085; **Bilda**, s. 24 vd.; **Rauh**, s. 28 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 580; **Bischoff**, s. 97 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 281; **Erdin**, s. 48; **Gauch/ Schluelp/ Schmid/ Rey**, Nr. 1284vd.; **Sulzer**, s. 141 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 111.

⁴⁸⁵ Bkz., **Schmitz**, s. 18; **Bischoff**, s. 106; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1099.

⁴⁸⁶ Bkz., **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 204 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 581 vd., 585 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 279, 288 vd.; **Bischoff**, s. 107, 113, 132; **Sulzer**, s. 137 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 112; **Kaplan**, s. 122 vd.

tarafların bu tutumları, sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamak istemedikleri ve sözleşmeyi olumsuz uyarlama kaydı altında yapmak istedikleri anlamına gelir. Bu bakımdan, hem Türk-İsviçre hukukunda hem de Alman hukukunda, belli bir fiyat üzerinden anlaşılan uzun süreli sözleşmelerde, “üstü örtülü bir sabit fiyat kaydı” bulunduğu kabul edilmektedir.⁴⁸⁷

aac. Uyarlama Kayıtlarının Yorumlanması

Yorum, tüm kanuni metinlerin, her türlü hukuki işlemin ve bu arada da sözleşmelerin hangi içeriğe sahip olduğunun ortaya çıkarılmasının aracıdır.⁴⁸⁸ Sözleşmelerin yorumlanmasıyla, öncelikle sözleşmenin içeriğinde uyarlama kaydı gibi sözleşme rizikosunu taraflar arasında paylaştıran bir düzenlemenin olup olmadığı tespit edilebilir. Bunun yanında, böyle bir düzenlemenin olduğu tespit edilirse, somut olayda gerçekleşen sözleşme rizikonun, sözleşme rizikosunu taraflar arasında paylaştıran düzenlemenin sınırları içerisinde olup olmadığı da belirlenir.⁴⁸⁹

Alman hukukunda sözleşmelerdeki uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin genel kriterlerden yararlanılmaktadır. Uyarlama

⁴⁸⁷ Bkz., **StaudingersKomm-Weber**, § 242 BGB, E 352; **Braun**, JuS 1979, s. 696; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 223, 224, 231; **Rauh**, s. 227; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 166; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 35; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 2; **Bender**, s. 47. Türk-İsviçre hukuku bakımından: **Weber**, s. 57 vd.; **Sieewart**, s. 149; **Merz**, s. 415a; **Oftinger**, SJZ 36, s. 235; **Schmitz**, s. 56; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 223 ve 226; **Hungerbühler**, s. 33; **Deschenaux**, s. 203; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 588; **Bischoff**, s. 114, 194, 213 vd.; **Schmiedlin**, s. 163; **Caytas**, s. 214; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 339; **Erdin**, s. 58; **ZücherKomm-Baumann**, Art. 2 ZGB, Nr. 455; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 116; **Erzurumluoğlu**, s. 69; **Kaplan**, s. 125; **Burcuoğlu**, s. 11, 13; **Akyol**, s. 84 vd.; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 8. Bu konuda Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatları için bkz., hemen aşağı, § 3, I, 3, B, b, aa, aac. Uyarlama Kayıtlarının Yorumlanması. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın içtihatları için bkz., § 4, IV, 2, C, b, ab, aab. Spekülatif İşlemlerdeki Riziko Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması.

⁴⁸⁸ Bkz., **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1079; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 3 vd.; **JurispraxisKomm-Reichold**, § 133 BGB, Nr. 1; **JurispraxisKomm-Backmann**, § 157 BGB, Nr. 1 vd.; **Schellhammer**, Nr. 1951vd.; **Oftinger**, ZSR 58, s. 178 vd.; **Oftinger**, s. 80; **Deschenaux**, s. 168 vd.; **von Tuhr/ Peter**, s. 285; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 297; **Gutmans**, 19; **Gauch**, (Auslegung), 2 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1196 vd.; **Sulzer**, s. 143; **Schwenzer**, Nr. 33.01; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 2; **Kaplan**, s. 15; **Kırca**, s. 87; **Oğuzman/ Öz**, s. 150; **Dural/ Sarı**, s. 100 vd.; **Serozan**, (Genel Hükümler), § 6, Nr. 1 vd.; **Eren**, s. 134, 422 vd.

⁴⁸⁹ **Ulmer**, AcP 174, s. 187; **Fikentscher**, s. 34; **Medicus**, (FS Flume I), s. 630; **Häsemeyer**, s. 82; **Hartkopf**, s. 267; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1079; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 223; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 3, § 38, Nr. 50; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 588; **Bischoff**, s. 59, 100 vd.; **Schmiedlin**, s. 159; **Erdin**, s. 49; **Sulzer**, s. 143; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 112.

kaydına ilişkin veya işlem temeline ilişkin ek kriterler söz konusu değildir.⁴⁹⁰ Dolayısıyla, BGB §§ 133 ve 157 hükümleri ve içtihatların bu hükümler temelinde geliştirdiği yorumlama adımlarına göre hareket edilmektedir.⁴⁹¹ Bu bakımdan, uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında, esas itibariyle her sözleşmenin yorumlanmasında olduğu gibi, “açıklayıcı yorumdan” hareket edilir.⁴⁹² Buna göre, BGB § 133 hükmü gereğince, hâkim öncelikle sözleşmenin kurulduğu andaki tarafların gerçek-ortak iradelerini bulmaya çalışır.⁴⁹³ Tarafların gerçek-ortak iradeleri saptanamaz ise, BGB § 157 hükmü gereğince bu kez dürüstlük ilkesine göre “n o r m a t i f (o b j e k t i f) y o r u m l a m a” yapılır. Buna göre, sözleşmede kullanılan kelimeler BGB § 133 hükmü gereğince sadece sözlük anlamı ile değil, BGB § 157 hükmü gereği, işlerdeki anlayış ışığında⁴⁹⁴, dürüstlük ilkesine göre⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1079; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 223.

⁴⁹¹ **JurispraxisKomm-Reichold**, § 133 BGB, Nr. 1; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 19.

⁴⁹² **Hensler**, s. 96. “Açıklayıcı yorum” deyimini, Türk hukukunda *Akyol* tarafından da kullanılmaktadır. Yazar, “açıklayıcı yorumu” aynı zamanda “basit yorum” olarak da adlandırmaktadır. Bkz., **Akyol**, s. 25.

⁴⁹³ **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 15; **JurispraxisKomm-Reichold**, § 133 BGB, Nr. 18.

⁴⁹⁴ “İşlerdeki anlayış” (Verkehrssitte=Verkehrsubung=Verkehrsanschauung) deyimini ile anlatılmak istenen, bir hukuk normu niteliğine ulaşmamış olsa da belirli bir iş çevresinde hâkim olan yerleşik uygulamalardır. İşlerdeki anlayış, örf ve adet hukuku değildir. Örf ve adet hukuku, bir hukuk kaynağı iken, Alman hukukunda işlerdeki anlayışın dikkate alınmasının nedeni BGB §§ 157 ve 242 hükümleridir. Bu yönüyle, örf ve adet hukuku tamamlayıcı nitelikte bir temel hukuk kuralı iken; işlerdeki anlayış, sadece bir yorum aracıdır. Ancak somut olayda her ikisini birbirinden ayırt etmek çoğu zaman zordur. Bkz., **JurispraxisKomm-Reichold**, § 133 BGB, Nr. 23; **Erman/ Armbrüster**, § 157 BGB, Nr. 8vd. İşlerdeki anlayış, İsviçre hukukunda da doktrinde ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarında hem bir yorum aracı olarak kabul edilmekte hem de sözleşmenin tamamlanmasında dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 139, 141, 150 vd.; **Deschenaux**, s. 170, 173; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 387 vd., 392, 407 vd., 520 vd.; **Bischoff**, s. 101; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 242 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1258 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 83; BGE 50 II 17; 53 II 309 vd. Bir iş alanında işlerdeki anlayıştan bahsedebilmek için, öncelikli olarak bu iş alanında (borsa, nakliyecilik vs.) söz konusu davranışın tek bir görünüm şeklinin olması gerekir (örneğin, bir beyanın faaliyet gösterilen iş âleminde belli anlama geldiğinin kabul edilmesi gibi. Veya İsviçre’de Luzern Kantonu’nda gayrimenkul satışlarında komisyon ücretinin satış parasının % 1-2’si arasında olduğunun kabul edilmesi gibi. Ya da yine İsviçre’de işçinin özel görüşmeleri için işverenin telefonundan ücretsiz yararlandığı kabul ediliyor olması gibi). Bunun içinde uzun zamandan beri benzeri işlerde aynı şekilde hareket ediliyor olması gerekir. Sözleşmenin her iki tarafı aynı iş alanında faaliyet gösteriyorlarsa, aksine bir düzenleme olmadığı sürece, sözleşmede kullanılan ifadeler, o iş alanında anlaşıldığı anlamda kabul edilmelidir. Her iki taraf aynı iş âleminde bulunmuyorlarsa, bu durumda işlerdeki anlayış, o iş kolunda faaliyet göstermeyen kimsenin aleyhine yorumlanmaz. Bkz., **Erman/ Armbrüster**, § 157 BGB, Nr. 8vd.; **Bamberger/ Roth-Wendtland**, § 157 BGB, Nr. 16 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 393 vd.

anlayışlı, tarafsız bir gözlemcinin objektif bakış açısı dikkate alınarak yorumlanır.⁴⁹⁶ Bunun dışında genel yorum ilkesi gereğince, tarafların gerçek-ortak iradelerine aykırı bir yorumlama yapılamaz (BGB § 133).⁴⁹⁷ Öte yandan, yorum yapılırken özellikle her iki tarafın menfaatleri dikkate alınır ve birbirine göre tartılır. Bu amaçla, somut sözleşmeye karakterini veren tüm durumlar dikkate alınır.⁴⁹⁸

Uyarlama kayıtlarının yorumlanması, Türk-İsviçre hukukunda da esas itibariyle farklı değildir. Öyle ki, uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel ilkelerden hareket edilir.⁴⁹⁹ Buna göre; sözleşmedeki uyarlama kayıtları, öncelikle BK m. 18 (OR Art. 18) hükmüne göre açıklayıcı yoruma göre yorumlanır. Burada öncelikle, aynı zamanda da sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereği olarak, tarafların sözleşmenin kurulduğu andaki gerçek-ortak iradeleri tespit edilmeye çalışılır.⁵⁰⁰ Bu nedenle, yorumun bu türü, “s ü b j e k t i f y o r u m” olarak da nitelendirilmektedir.⁵⁰¹ Tarafların gerçek-ortak iradeleri yeterince açık değilse veya şüpheli ise ya da tam olarak saptanamıyorsa, bu durumda yine açıklayıcı yorum kapsamında; ama bu kez “n o r m a t i f (o b j e k t i f) y o r u m” yapılır. Normatif yorumlamada, MK m. 2/I hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinin yorumlama fonksiyonundan hareket edilir. Buna göre hâkim, makul ve dürüst şekilde davranan somut sözleşme taraflarının, sözleşmenin

⁴⁹⁵ Alman hukukunda BGB §§ 157 ve 242 hükümleri, dürüstlük ilkesine ilişkindir. Bunun dışında her iki düzenlemenin sınırlandırılmasının mümkün olmadığı gibi böyle bir sınırlandırmaya da ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir. Bkz., **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 8.

⁴⁹⁶ **Jauernig- Jauernig**, § 133 BGB, Nr. 2; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 2; **Bamberger/ Roth-Wendtland**, § 157 BGB, Nr. 11 vd.; **Schellhammer**, Nr. 1954vd.; **Erman/ Armbrüster**, § 157 BGB, Nr. 5; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 36, § 33 Nr. 8; **JurispraxisKomm-Reichold**, § 133 BGB, Nr. 19; **JurispraxisKomm-Backmann**, § 157 BGB, Nr. 2 vd.

⁴⁹⁷ **JurispraxisKomm-Reichold**, § 133 BGB, Nr. 9; BGH 09.10.2000, II ZR 345/ 98 = LM § 133 BGB (B) Nr. 60.

⁴⁹⁸ **Larenz/ Wolf**, § 33 Nr. 8.

⁴⁹⁹ **Bischoff**, 59, 101; **Schmiedlin**, s. 109; **Erdin**, s. 49; **Sulzer**, s. 143; **Gauch/ Schluemp/ Schmid/ Rey**, Nr. 1196 vd.

⁵⁰⁰ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 119 vd.; **Oftinger**, s. 82; **Zeller**, s. 271; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 304 vd.; **Bischoff**, s. 60; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 8, 17; **Gutmans**, 19; **Erdin**, s. 49 vd.; **Sulzer**, s. 144; **Gauch/ Schluemp/ Schmid/ Rey**, Nr. 1200; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 7, 11 vd.; **Schwenzer**, Nr. 33.02; BGE 118 II, 365; **Akyol**, s. 24; **Kırca**, s. 87; **Oğuzman/ Öz**, s. 151; **Eren**, s. 426; **Kılıçoğlu**, s. 176 vd.

⁵⁰¹ **Gauch**, (Auslegung), s. 2.

kurulduğu andaki şartlar altında güven teorisine göre tespit edilecek iradelerini ortaya çıkarır.⁵⁰² Ancak, normatif yorum da, tıpkı sübjektif yorum gibi, hiçbir şekilde tarafların gerçek-ortak iradelerine aykırı olamaz.⁵⁰³ Yine hem sübjektif yorum hem de objektif yorum yaparken, somut olayın tüm durumları dikkate alınır.⁵⁰⁴ Bu bağlamda özellikle, işlerdeki anlayış da göz önünde bulundurulur.⁵⁰⁵

Sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin bu genel kurallar dışında, rizikonun paylaştırılmasına ilişkin düzenlemeler için ve bu anlamda olmak üzere uyarlama kayıtlarının tamamı için geçerli olacak şekilde genel-geçer yorum kuralları formüle edilememektedir. Çünkü sözleşme rizikolarının ve bunlara ilişkin uyarlama kayıtlarının çeşitliliği nedeniyle, genel geçer bir yorum düzenlemesi geliştirilmesi, aşılabilir derecede zordur. Bu nedenle, sözleşme rizikosunun paylaştırılmasına ilişkin düzenlemelerinin yorumlanmasında, sözleşmenin kurulduğu zaman hâkim olan tüm şartların kapsamlı bir değerlendirmesiyle her bir somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerekir.⁵⁰⁶ Ancak, bu konuda uyarlama kaydının türü önemlidir.

Açık uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında esas itibariyle pek bir sorun yaşanmaz. Çünkü bu tür kayıtlarda -ister olumlu ister olumsuz nitelikte olsun- uyarlama kaydının konusu ve sınırları sözleşmede açık bir şekilde belirlenmiştir. Hâkim, sadece gerçekleşen olayın uyarlama kaydının konusu ve sınırları içerisinde olup olmadığını belirleyecektir. Öyle ki, hâkim, örneğin, sözleşmede savaş kaydının kararlaştırılmış olması durumunda, bir savaş halinde, bu savaşın uyarlama kaydının konusu ve sınırları içerisinde olup olmadığını belirleyecektir. Bu nedenle bu tür

⁵⁰² **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 123; **Oftinger**, s. 83 vd.; **Zeller**, s. 271; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 306, 332; **Bischoff**, s. 101; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 67; **Gutmans**, 20; **Erdin**, s. 50; **Sulzer**, s. 145; **Gauch**, (Auslegung), s. 2, 4 vd.; **Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo**, s. 55 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1201; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 13; **Schwenzer**, Nr. 33.02; BGE 122 III 420 (424); **Kaplan**, s. 26; **Kırca**, s. 87; **Oğuzman/ Öz**, s. 151; **Eren**, s. 426.

⁵⁰³ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 332-343; **Bischoff**, s. 61; **Schmiedlin**, s. 109; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 8; **Erdin**, s. 49; **Gutmans**, 20; **Gauch**, (Auslegung), s. 5.

⁵⁰⁴ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 411 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 11.

⁵⁰⁵ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 387 vd., 407 vd., 520 vd.; **Bischoff**, s. 101.

⁵⁰⁶ **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1079; **Henssler**, s. 113, 115; **Bischoff**, s. 101 vd., 104; **Bilda**, s. 44 vd.

uyarlama kayıtlarının kararlaştırıldığı sözleşmeler, sözleşme rizikosunun paylaşılması bakımından ideal nitelikte düzenlemelerdir.⁵⁰⁷ Ancak, bu konuda birkaç noktanın üzerinde durulması gerekir.

Her şeyden önce, bu tür uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında, rizikonun paylaşılmasına ilişkin düzenlemede hangi tür risklerin düzenlendiği ve bunların sınırlarına özellikle dikkat etmek gerekir. Bu konuda, *Bischoff*'un değerlendirmesi dikkat çekicidir. Yazara göre, genel uyarlama kayıtları, bazı örnek olaylarla somutlaştırılarak açık bir uyarlama kaydı haline getirilmiş olabilir. Böyle bir durumda, bu açıklamaların sınırlandırıcı şekilde anlaşılması gerekir. Öyle ki, örneğin, “ ... şartlar önemli surette değişirse...” şeklindeki bir uyarlama kaydına ilişkin olmak üzere, “ ... kriz olayları, hammadde kıtlığı, kur'un olağanüstü düşmesi vs. ... ” şeklinde bir açıklamada bulunmuş olması durumunda böyledir. Bu olayda, söz konusu örneklerin yanında, şartların önemli surette değişmesine neden olan başka olayların gerçekleşmesi durumunda da, bu tür olaylar sözleşmeye etki ettiği sürece, bunların uyarlama kaydı kapsamında görülmesi gerekir.⁵⁰⁸

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise⁵⁰⁹, sözleşmede ifade edilen riskler, kıyas yoluyla genişletilemez. Çünkü yorum yoluyla sözleşmenin konusu ve uygulama alanı hiçbir şekilde değiştirilemez ve genişletilemez.⁵¹⁰ Dolayısıyla, riziko kayıtlarının dar yorumlanması gerekir. Bu anlamda olmak üzere, sözleşmede kararlaştırılan bir riziko kaydı, örneğin, ekonomik dalgalanmaların⁵¹¹, kriz olaylarının⁵¹² ve kanun değişikliklerinin⁵¹³ rizikosuna ilişkin olabilir. Bu durumda,

⁵⁰⁷ **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1084; **Henssler**, s. 96, 113; **Hartkopf**, s. 271; **Bischoff**, s. 100; **Rauh**, s. 49 vd.

⁵⁰⁸ Bkz., **Bischoff**, s. 102.

⁵⁰⁹ **Ulmer**, AcP 174, s. 187; **MünchKomm-Roth**, (1994), § 242 BGB, Nr. 892; **Henssler**, s. 115, 119; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1079 vd., 1084.

⁵¹⁰ Bkz., **MünchKomm-Mayer-Maly/ Busche**, § 157 BGB, Nr. 45; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 120; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 9

⁵¹¹ Örneğin, üretim maliyetlerindeki artışlar, para değerindeki düşmeler gibi.

⁵¹² Örneğin körfez krizi sırasında orta doğuya yapılacak mal sevkiyatının aksamaması riski gibi.

⁵¹³ Örneğin vergi kanunlarındaki değişiklikler veya yapılan iş koluna ilişkin devlet desteklemesine (sübvansiyon) ilişkin kanunlardaki değişiklikler gibi.

ekonomik dalgalanmalara ilişkin risklerin sözleşmeyle taraflardan birisine yüklenilmiş olması, kanun değişikliklerinin risklerinin de bu kapsamda olduğu şeklinde yorumlanamaz. Dolayısıyla, uyarlama kaydına ilişkin yapılan açıklamaların dışında, daha başka olağanüstü olaylar gerçekleşmiş ise, bunların genel ekonomik şartların değişmesine etki edip etmediği değil, bu olayların sözleşme kurulduğu sırada öngörülüp öngörülemediğine göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Öngörülmesine rağmen -diğer örneklerin aksine- bunun sözleşmede kararlaştırılmamış olmasını, üstü örtülü bir olumsuz uyarlama kaydı olarak nitelendirilmesi gerekir. Söz konusu olay, sözleşme kurulduğu sırada öngörülemiyorsa, artık bu konuda bir sözleşme boşluğu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Aynı şekilde, özellikle olumsuz uyarlama kaydı altında yapılan sözleşmelerde, gerçekleşen riziko tümüyle öngörülemez nitelikte ise, gerçekleşen riziko uyarlama kaydının, dolayısıyla da sözleşmeyle paylaşılan rizikoların, dışında kabul edilmelidir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, yukarıda da ifade edildiği üzere⁵¹⁴, Alman ve Türk-İsviçre hukukunda, uzun süreli sözleşmelerde üstü örtülü bir sabit fiyat kaydı bulunduğu kabul edilmektedir. Böylelikle, belli bir fiyat üzerinden yapılan uzun süreli sözleşmelerin, bu fiyatın garanti edildiği, yani götürü ücretin kararlaştırıldığı, kararlaştırılan değer sonradan değiştirilmeyeceği ve dolayısıyla fiyatı garanti eden tarafın, paranın değerinin azalması gibi fiyat dalgalanmalarının ve maliyet artışlarının (malzemenin fiyatındaki artışlar, ücretlerdeki artışlar, vergi artışlarının vs.) rizikosunu üstlendiği şeklinde yorumlanmaktadır.⁵¹⁵ Ancak böyle bir yorum, uzun süreli

⁵¹⁴ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aab, aaab. Açık, Genel ve Üstü Örtülü Uyarlama Kayıtları.

⁵¹⁵ **Heiermann**, BauR 1971, s. 225 vd.; **Stahl**, BauR 1973, s. 281; **Rauh**, s. 52; **Henssler**, s. 117; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1073 vd. 1085; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 827; **Medicus**, § 53, Nr. 862; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 33; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 16; **Emmerich**, § 27, Nr. 30; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 231. Mahkeme kararları: RG 02.12.1919, RGZ 98, 18 (20); Bu konuda Alman Federal Mahkemesi'nin de çok sayıda içtihadı bulunmaktadır. Bkz., BGH 14.10.1959, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 34 = NJW 1959, s. 2203 vd. (Kaliabbau-Fälle); BGH 21.12.1960, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 39 = MDR 1961, s. 307= DB 1961, s. 268; BGH 02.11.1965, NJW 1966, s. 105 = MDR 1966, s. 226 (Kaliförderzins); BGH 02.11.1965, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 49. Kira sözleşmesine ilişkin olarak bkz., BGH 29.09.1969, WM 1969, s. 1323 vd. (Mietvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 31.05.1990, LM § 242 [Bb] BGB Nr. 39= NJW 1991, s. 1478 vd. = GRUR 1990, s. 1005 vd. (Salome I- Mietvertrag/ Äquivalenzstörung). Üst hakkı sözleşmeleri bakımından: BGH 23.10.1957, RdL 1958, s. 7 (9) (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung); BGH 18.10.1968, WM 1969, s. 64 (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung); OLG Nürnberg 16.01.1976, OLGZ 1977, 75 = NJW 1976, s. 1507 (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung); BGH 23.05.1980, WM 1980, 882, 883; BGH 17.12.1982, BGHZ 86, 167 (169) = NJW 1983, s. 1309 = BB 1983, s. 794 = MDR 1983, s.

sözleşmelerde, gerçekleşen tüm rizikoların taraflardan sadece birine yüklenmiş olduğu anlamına da gelmemelidir. Öyle ki, uzun süreli sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu sırada hiçbir şekilde öngörülemeyen olaylar gerçekleşirse⁵¹⁶, gerçekleşen riziko, istisnai olarak, uyarılma kaydının sınırları dışında kabul edilmelidir.⁵¹⁷ Böyle bir yorum, olumlu uyarılma kayıtları bakımından da geçerlidir; öyle ki, örneğin otomatik uyarılma kaydı altında yapılan bir sözleşmede, sonradan gerçekleşen durumlar söz

387 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 24.02.1984, BGHZ 90, 227 (228) = NJW 1984, s. 2212 = BB 1984, s. 933 =MDR 1984, s. 744 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 30.03.1984, BGHZ 91, 32 (35) = NJW 1985, 126 = BB 1984, 1193 = MDR1984, 744 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung). Emeklilik sözleşmeleri bakımından Federal İş Mahkemesi'nin kararları: BAG 30.11.1955, BAGE 2, 239; BAG 13.05.1959, BAGE 7, 362 (366). Sözleşmenin kurulması ile ifası arasında uzun bir sürenin geçmesinin kararlaştırıldığı satım sözleşmeleri bakımından Alman Federal Mahkemesi'nin kararları: BGH 28.09.1964, WM 1964, s. 1253 (1254) (Handelsgenehmigung für den Großmarkt)=BB 1964, s. 944; BGH 08.02.1978, WM 1978, s. 322 vd. = JZ 1978, s. 235= JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (61) (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreissteigerung/ Leistungerschwerung). Öte yandan, eser sözleşmesine ilişkin olarak Alman hukukunda BK m. 365/II hükmüne karşılık gelecek şekilde özel nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, Alman Federal Mahkemesi'ne göre, belli bir fiyat üzerinden eser yapmayı taahhüt eden bir yapının müteahhidi, eserin yapımı süresinde gerçekleşen ücret artışlarının ve diğer maliyet artışlarının rizikosunu, (malzeme ve işçilik ücretindeki artışlar gibi), öngörülebilirlik söz konusu olmasa dahi, taşımak zorundadır. Bkz., BGH 28.09.1964, WM 1964, s. 1253 vd. = BB 1964, s. 1397 = DB 65, s. 28; BGH 17.05.1965, VersR 1965, s. 803 (Bauvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungerschwerung); LG Mainz, 22.10.1970, NJW 1971, s. 51 (52) (Werkvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungerschwerung); BGH 24.06.1974, LM § 632 BGB Nr. 7= NJW 1974, s. 1864 (Werkvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungerschwerung); BGH 14.05.1991, NJW-RR 1991, s. 1269 (Werkvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungerschwerung). Aynı şekilde, belli bir fiyat üzerinden yapılan sözleşmelerde eser sahibi veya alıcı da daha sonra beklenmeyen finansal zorlukların rizikosunu taşımak zorundadır. Bkz., BGH 10.03.1983, NJW 1983, s. 1489 (1490)= WM 1983, s. 527= JuS 1983, s. 802 (Werkvertrag); BGH 14.10.1992, BGHZ 120, 10 (24 vd.)= NJW 1993, s. 259.

⁵¹⁶ Örneğin maliyetlerde öngörülebilenin üzerinde olağanüstü artışlar yaşanması veya paranın öngörülenin üzerinde değer kaybetmesi gibi.

⁵¹⁷ **Heiermann**, BauR 1971, s. 226; **Stahl**, BauR 1973, s. 281; **Rauh**, s. 53, 75; **Bischoff**, s. 216. Bu anlamda olmak üzere, Alman Federal Mahkemesi'ne göre, üstü örtülü bir sabit fiyat kaydı, sadece "normal sözleşme rizikoları" bakımından geçerlidir. Bkz., BGH 18.10.1968, DB 1968, s. 2121; OLG Düsseldorf 08.06.1973, MDR 1974, s. 489; BGH 08.02.1978, WM 1978, s. 322 vd. = JZ 1978, s. 235= JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (61) (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreissteigerung/ Leistungerschwerung). Alman Federal Mahkemesi'ne göre uzun süreli bir sözleşmedeki normal riziko ise, böyle bir sözleşmenin devamı müddetince olağandışı olmayan sözleşme rizikolarıdır. Bkz., BGB 23.10.1957, RdL 1958, s. 7 (9); BGH 17.12.1982, BGHZ 86, 167 (169) = NJW 1983, s. 1309 = BB 1983, s. 794 = MDR 1983, s. 387 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung). Alman hukukunda içtihatlarda uzun süreli sözleşmelerde öngörüldüğü gerekçesiyle üstü örtülü olarak üstlenilen sözleşme rizikosunun sınırları içerisinde kabul edilen sözleşme rizikoları için bkz., hemen aşağıda, § 3, B, b, aa, aad. Uyarılma Kayıtları ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması. Öte yandan Alman hukukunda içtihatlarda uzun süreli sözleşmelerde öngörülemediği gerekçesiyle sözleşmeyle üstlenilen riziko sınırının aşıldığının kabul edildiğine ilişkin içtihatlar için bkz., aşağıda, § 3, IV, 2, C, a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği. Ayrıca, uzun süreli sözleşmeler hakkında Türk-İsviçre hukukuna ilişkin açıklamalarımız hakkında bkz., § 4, IV, 2, C, b, ab, aab. Spekülatif İşlemlerdeki Riziko Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması.

konusu otomatik uyarlama kaydı kapsamında öngörülen durumlarla hiçbir şekilde uyum içerisinde değilse, gerçekleşen riziko, istisnai olarak, uyarlama kaydının sınırları dışında kabul edilebilir.⁵¹⁸

Uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında sorunlu olan bir başka konu ise, “yeniden müzakere yükümlülüğü” kaydının bulunduğu sözleşmelere ilişkindir. Öyle ki, bu tür kayıtların olduğu sözleşmelerde, tarafların sözleşmeyi her halükarda uyarlamakla yükümlü olup olmadıkları hususu, somut olaya göre, yoruma açıktır. Kanaatimize göre, bu konu, yeniden müzakere yükümlülüğü kaydının her iki türü bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Nitelikli müzakere yükümlülüğünde, ikincil bir uyarlama mekanizması vardır. Taraflar, öncelikle yeniden müzakere yaparak sözleşmenin uyarlanmasını gerçekleştirmeye çalışırlar. Bu görüşmeler sonucunda sözleşmenin uyarlanması sağlanamaz ise, ikincil uyarlama mekanizması (örneğin, edimin tek taraflı belirlenmesi kaydı veya otomatik kayıt) devreye girer. Neticede de uyarlama gerçekleşir. Ancak, ikincil uyarlama mekanizmasına bağlı olarak uyarlamanın gerçekleşmesi, gerçekte yeniden müzakere yükümlülüğüne bağlı olarak gerçekleşen bir uyarlama değildir. Yeniden müzakere yükümlülüğü uyarlama ile sonuçlanmadığı için ikincil bir uyarlama kaydına bağlı olarak sözleşme uyarlanır. Bu nedenle, nitelikli yeniden müzakere yükümlülüğünün olmazsa olmaz hukuki sonucu, “uyarlamadır” denilemez.⁵¹⁹ Basit yeniden müzakere yükümlülüğünde ise, uyarlama hususunda tarafların anlaşamamalarına ilişkin ikinci bir uyarlama mekanizması yoktur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir konu vardır. Tarafların, nitelikli yeniden müzakere yükümlülüğü kaydı kararlaştırmaları imkân dâhilinde iken, bunu kararlaştırmamışlarsa, “her halükarda bir uyarlamayı istememiş oldukları”; yani, tarafların her halükarda sözleşmenin uyarlanması konusunda uzlaşmak zorunda olmadıkları şeklindeki bir yorum daha isabetlidir. Nitekim “nitelikli yeniden müzakere yükümlülüğünde” tarafların sözleşmenin her halükarda uyarlanması gerektiği hususunda iradeleri varken, aynı irade “basit yeniden müzakere yükümlülüğünde” yoktur. Ancak, bu şekilde bir yorumlamanın da başka bir sorunu vardır. Çünkü somut

⁵¹⁸ Baur, s. 34 vd., 49; Horn, NJW 1985, s. 1120; Kamanabrou, s. 24.

⁵¹⁹ Kamanabrou, s. 34.

olaya göre, yapılacak yorumdan iki türlü sonuca ulaşılabilir. Öyle ki, bu tür kayıtlar somut olaya göre tarafların uzlaşmalarını halinde “sözleşmenin aynen devam edeceği” şeklinde yorumlanabileceği gibi, “sözleşmenin sona erdirileceği” şeklinde de yorumlanabilir. Kuşkusuz bu ikinci ihtimal, sözleşmenin bozucu şarta bağlanması anlamına gelir.⁵²⁰

Uyarılma kayıtlarının yorumlanması konusunda uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardan bir diğeri ise, “genel uyarılma kaydına” ilişkindir. Bu tür uyarılma kayıtlarında uyarılma kaydı “genel” bir şekilde ifade edilmiş olduğu için uyarılma kaydının konusuna tam olarak hangi sözleşme rizikolarının girdiği hakkında sözleşme boşluğu vardır. Bu nedenle genel nitelikteki uyarılma kayıtları, aşağıda görüleceği üzere, açıklayıcı yorumdan ziyade sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun konusudur.⁵²¹

aad. Uyarılma Kayıtları ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması

Uyarılma kayıtları, -gerek olumlu olsun gerekse olumsuz olsun- en nihayetinde sözleşme rizikosunu ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikoları, sözleşmenin tarafları arasında belirli bir şekilde paylaşılmasına yönelik düzenlemelerdir. Uyarılma kaydının açıkça veya üstü örtülü olarak kararlaştırıldığı kabul edildiği durumlarda, gerçekleşen rizikoya ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına, taraflardan hangisinin katlanması gerektiği sözleşmenin içeriğinde belirlenmiş olmaktadır. Bu nedenle uyarılma kaydının konusu olan rizikolar, sözleşmenin içeriğidir. Dolayısıyla somut olayda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin bir riziko gerçekleşirse, bu riziko, uyarılma kayıtlarında öngörülen riziko kaydının kapsamında olduğu süreç, işlem temelinin konusu dışında olan sözleşme rizikosudur. Buna bağlı olarak böyle bir durumda, somut olayda denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşmiş olsa bile, işlem temelinin bozulmasına ilişkin olarak BGB § 313 hükmü, artık tümüyle uygulama dışı

⁵²⁰ Horn, AcP 181, s. 286; Harms, DB 1983, s. 324; Kamanabrou, s. 34, 35; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 286.

⁵²¹ Alman hukuku için bkz., aşa., § 3, I, 3, B, c, ac. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması. Türk-İsviçre hukuku için bkz., § 4, IV, 2, C, b, Sözleşmedeki Riziko Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulduğu Olay Grupları.

kalır.⁵²² Bu kapsamda, yapılan sözleşmenin objektif anlamda adaletli olup olmadığı

⁵²² **StaudingersKomm-Weber**, § 242 BGB, E 352; **Fikentscher**, s. 32; **Heiermann**, BauR 1971, s. 226; **Stahl**, BauR 1973, s. 280 vd.; **Haarmann**, s. 42; **Häsemeyer**, s. 81; **Braun**, JuS 1979, s. 696; **Horn**, AcP 181, s. 261; **Harms**, DB 1983, s. 322 vd.; **Kronke**, AcP 183, s. 119; **Steindorff**, BB 1983, s. 1129; **Köbler**, s. 189; **Rauh**, s. 34, 36; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 223 vd. 231; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1076 vd.; **Henssler**, s. 23; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 301; **Lettl**, JuS 2001, s. 347 vd., 456 vd., 559 vd., 660 vd.; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 826; **Medicus**, § 53, Nr. 862; **Ehmann/ Sutschet**, s. 169; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 176; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 31 vd. 67, 111 vd.; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 9 vd. 18; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 17, 28; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 8, 20 vd.; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 166; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 60 vd. 64; **Emmerich**, § 27 Nr. 34, § 28, Nr. 21; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 10, 44 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 802 vd., 808 vd.; **Bender**, s. 47. İmparatorluk Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: RG 15.12.1941, RGZ 168, 121, (127). Bu konuda Alman Federal Mahkemesi'nin çok sayıda içtihadı bulunmaktadır. Öyle ki, memur ücret zammına göre kira uyarlaması kaydı bulunan bir kira sözleşmesinde, kiracı, memur maaşlarının o bölgedeki rayiç kira bedellerinden daha hızlı artması durumunda da işlem temelinin çökmesine dayanamayacağı hakkında bkz., BGH 31.01.1973, MDR 1973, s. 493. Yine bir kira sözleşmesinde düzenli artış oranı kararlaştırılmış ise, daha sonra piyasadaki kiralara sözleşmede kararlaştırılan düzenli artış oranından tümüyle farklı bir seyir izlese de, artık denge bozulması kapsamında işlem temelinin çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH 08.05.2002, LM § 535 BGB Nr. 171 = NJW 2002, s. 2384 vd. = NZM 2002, s. 659. Öte yandan, Alman Federal Mahkemesi'nin, uzun süreli sözleşmelerde üstü örtülü uyarlama kaydı bulunduğu gerekçesiyle işlem temelinin bozulmasına dayanılamayacağı hakkında çok sayıda mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, 1906 yılında yapılan bir kira sözleşmesiyle Münih Tiyatrosu'nda opera temsili için kararlaştırılan kira bedelinin enflasyona bağlı olarak değer kaybetmesine rağmen, uzun süreli sözleşmelerin üstü örtülü uyarlama kaydı altında yapıldığının kabul edilmesi nedeniyle işlem temelinin sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH 31.05.1990, LM § 242 [Bb] BGB Nr. 39= NJW 1991, s. 1478 vd. = GRUR 1990, s. 1005 vd. (Salome I- Mietvertrag/ Äquivalenzstörung). Aynı yönde: BGH 01.10.1975, NJW 1976, s. 142 vd. = WM 1975, s. 1131 vd. = JuS 1976, s. 119 (Mietvertrag/ Äquivalenzstörung). Bir otelin icarcısının (Pächter) sözleşmeyle yatırım rizikosunu üstlenmiş ve yatırımı yapmamış olması durumunda, otel müşterileri otelin eskimesine bağlı olarak standartların düşmesi nedeniyle otele gelmemeleri durumunda, bundan kaynaklanan bir iflas tehlikesi olsa bile, uzun süreli sözleşmeyle üstü örtülü olarak bu tür rizikolarında üstlenilmiş olması nedeniyle işlem temelinin sonradan çökmesine dayanamayacağı hakkında bkz., BGH 19.04.1978, NJW 1978, s. 2390 (Hotelpacht/ Äquivalenzstörung). Teslimi uzun bir süre sonra gerçekleştirilecek bir inşaat sözleşmesinde, üstü örtülü olarak sabit fiyat kaydı bulunduğu gerekçesiyle, inşaatın yapımı süresinde gerçekleşen ücret artışlarının ve diğer maliyet artışlarının, (malzeme ve işçilik ücretindeki artışlar gibi), ileri sürülerek, işlem temelinin sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH 28.09.1964, WM 1964, s. 1253 vd. = BB 1964, s. 1397 = DB 65, s. 28; BGH 17.05.1965 VersR 1965, s. 803 (Bauvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungserschwerung); LG Mainz, 22.10.1970, NJW 1971, s. 51 (52) (Werkvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungserschwerung); BGH 24.06.1974, LM § 632 BGB Nr. 7= NJW 1974, s. 1864 (Werkvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungserschwerung); BGH 14.05.1991, NJW-RR 1991, s. 1269 (Werkvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungserschwerung). Aynı şekilde teslimi uzun bir süre sonra gerçekleştirilecek olan bir eserin sahibi, üstü örtülü olarak sabit fiyat kaydını kabul etmiş olması nedeniyle sonradan beklenmeyen finansal zorlukların gerçekleştiğini ileri sürerek işlem temelinin sonradan çökmesine dayanamayacağı hakkında bkz., BGH 10.03.1983, NJW 1983, s. 1489 (1490)= WM 1983, s. 527= JuS 1983, s. 802 (Werkvertrag) ; BGH 14.10.1992, BGHZ 120, 10 (24 vd.)= NJW 1993, s. 259. Bundan başka, uzun süreli bir sözleşmeyle petrol ürünlerinin tedarikini borçlanan satıcının üstü örtülü olarak sabit fiyat kaydını kabul etmiş olması nedeniyle sonradan maliyet artışlarının gerçekleştiği gerekçesiyle işlem temelinin sonradan çökmesine dayanamayacağı hakkında bkz., BGH 08.02.1978, WM 1978, s. 320 (323) = JZ 1978, 235= JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (61) (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreisstesigerung/ Leistungserschwerung). Dolar kuru üzerinden yapılan bir inşaat sözleşmesinde, Amerikan Doları'nın Alman Markı karşısında % 4,76 oranında değer kazanması karşısında, gerçekleşen rizikonun üstü örtülü olarak üstlenilen sözleşme rizikosu kapsamında olduğundan hareketle

BGB § 313 hükmünün konusu değildir.⁵²³ Bu bakımdan söz konusu kayıtların denetimi, esas itibariyle sözleşme özgürlüğünün sınırlarını ihlal edip etmediği konusunda olacaktır. Dolayısıyla bu tür kayıtlar, kanuna aykırılığa ilişkin BGB § 134 hükmü ile gabine ilişkin BGB § 138 (özellikle edimin tek taraflı belirlenmesi kaydı bakımından) çerçevesinde geçerlidir. Ayrıca söz konusu kayıtlar işlemin genel şartlarına ilişkin hükümler ihtiva etmesi durumunda, BGB §§ 305 vd. hükümlerine göre içerik kontrolüne tabi olacaktır.⁵²⁴ Bunun dışında işçi, kiracı ve tüketici lehine getirilen düzenlemeler, yine söz konusu sözleşme özgürlüğünün sınırına ilişkindir.

ab. Spekülatif İşlemler Nedeniyle Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları

aaa. Genel Olarak

Spekülasyon, daha ziyade ekonomi alanında kullanılan bir kavramdır. Bu anlamda spekülasyon, her türlü malın gelecekteki fiyat değişimlerine ilişkin belirli bir beklenti altında -niteliğinde de sonradan her hangi bir değişiklik meydana getirmemek

işlem temelini sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH 29.04.1965, BB 1965, s. 968 vd. Üst hakkı sözleşmelerine ilişkin olarak ise: Paranın % 60'ın altında oranında değer kaybetmesi durumlarında gerçekleşen rizikonun uzun süreli sözleşmeyle üstü örtülü olarak üstelenilen sözleşme rizikosunun kapsamında olduğu gerekçesiyle işlem temelini sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH 23.10.1957, RdL 1958, s. 7 (9) (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung); Paranın 10 yılda yaklaşık % 18 değer kaybetmesinin uzun süreli sözleşmeyle üstelenilen sözleşme rizikosunun kapsamında olduğu gerekçesiyle işlem temelini sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH 18.10.1968, WM 1969, s. 64 (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung); Paranın 15 yılda yaklaşık % 34 değer kaybetmesi durumunda gerçekleşen rizikosun uzun süreli sözleşmeyle üstü örtülü olarak üstelenilen sözleşme rizikosunun kapsamında olduğu gerekçesiyle işlem temelini sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH. 23.01.1976, WM 1976, s. 429 (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung); Paranın 22 yılda yaklaşık % 43 değer kaybetmesi durumunda gerçekleşen rizikosun uzun süreli sözleşmeyle üstü örtülü olarak üstelenilen sözleşme rizikosunun kapsamında olduğu gerekçesiyle işlem temelini sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH 23.04.1976, WM 1976, s. 1034 (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung); OLG Nürnberg 16.01.1976, OLGZ 1977, 75 = NJW 1976, s. 1507 (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung); Paranın 26 yılda % 57 değer kaybetmesi durumunda gerçekleşen rizikosun uzun süreli sözleşmeyle üstü örtülü olarak üstelenilen sözleşme rizikosunun kapsamında olduğu gerekçesiyle işlem temelini sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., BGH 17.12.1982, BB 1983, s. 794 (Erbbaurechts/ Äquivalenzstörung). Bundan başka, uzun süreli bir kira sözleşmesinde 8 yıllık bir süre içerisinde geçim masraflarında % 36 lık bir artış karşısında, işlem temelini sonradan çökmesine dayanılamayacağı hakkında bkz., OLG München 29.11.1990, NJW 1991, s. 2649. Gerçekleşen sözleşme rizikosunun öngörülemeyeceği gerekçesiyle, sözleşmeyle üstlenilen riziko sınırlarını aşmış olduğunun kabul edildiği durumlar için bkz., aşa., § 3, IV, 2, C, a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği.

⁵²³ Haarmann, s. 42; Köbler, s. 189.

⁵²⁴ Baur, s. 25 vd.; Horn, NJW 1985, s. 1120 vd., 1123 vd.; Köbler, s. 189; Henssler, s. 200 vd.; StaudingersKomm-Schmidt, § 242 BGB, Nr. 1077 vd. 1079; MünchKomm-Roth, § 313 BGB, Nr. 33; Schellhammer, Nr. 2084 vd.

kaydıyla- tekrar satmak amacıyla satın alınması olarak tanımlanmaktadır.⁵²⁵ “Spekülatif İşlemler”⁵²⁶ deyimi ise, temel kanunlarda (BGB, ZGB, OR, MK, BK) geçen bir ifade değildir. Ancak doktrinde bazı sözleşmeler, spekülatif sözleşmeler olarak anılmaktadır. Bunlar arasında, yabancı para birimi üzerinden yapılan borçlanmalar, fiyat farkı üzerine yapılan vadeli işlemler⁵²⁷, vadeli borsa işlemleri⁵²⁸, kefalet sözleşmesi sayılabilir.⁵²⁹

⁵²⁵ Bkz., **Steinman**, s. 3 vd.; **Henssler**, s. 289.

⁵²⁶ (Spekülationsgeschäft).

⁵²⁷ Fiyat farkı üzerine yapılan vadeli işlemler (Differenzgeschäft); temlik edilebilir malların, kıymetli evrakın veya piyasa fiyatı üzerinden tasarruf edilen diğer iktisadi malların değişimini konu edinen sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde taraflardan en az birisi, sözleşmeyi efektif olarak ifa etmeyi amaçlamamakta; bunun yerine, spekülasyon niyeti taşımaktadır. Bu tür işlemlerin konusu arasında temlik edilebilir nitelikteki mallar ve özellikle de kıymetli evraklar bulunmaktadır. Örneğin A ve B hububat ticareti ile uğraşmaktadır. A ve B'nin, çavdarın borsa fiyatındaki gelişmeler hakkında farklı görüşleri bulunmaktadır. A, 50 kg.lık çavdar fiyatının (Zentner) 520 Alman Markı olarak gerçekleşeceğini öngörürken; B, 500 Alman Markı olarak gerçekleşeceğini düşünmektedir. Her ikisi de bu fiyat beklentisi altında sözleşme yaparlar. A, B'den bu amaçla 510 Alman Markı üzerinden 100 Zentner çavdar satın alır; ancak yaptıkları sözleşmede her ikisi de borçlarını efektif olarak ifa etmeyecekler, aksine, borcun vade günündeki fiyat kuru üzerindeki farkı ödeyeceklerdir (bkz., **Henssler**, s. 569 vd. 574 vd). Bundan başka örneğin “kredi satımında” (Kreditkauf), fiyatların yükselmesini bekleyen borsa spekülâtörü (Haussier), menkul kıymetlerin alım satımı ile uğraşan aracısından (Broker), alacağı menkul kıymetleri bir başkasına finanse etmek amacıyla, bir kredi alır. Bu işlem, Alman hukukunda kıymetli evrak öduncü olarak da anılmaktadır. Spekülâtör, hisse senetlerini kurun düşeceği beklentisi altında satar. Spekülâtörün niyeti, daha sonra sattığı hisse senetlerini daha düşük bedelden satın almaktır. Spekülâtörün buradaki menfaati, sattığı kıymetli evrakı kur düşükken tekrar satın almak suretiyle her ikisi arasındaki fiyat farkını kazanç hanesine yazmaktır. Burada Broker, her zaman kıymetli evrakı geri isteme hakkına sahiptir. Spekülâtör kredi süresince temettü gibi şirketin hissedarlarına ödediği tüm ödemelerden sorumludur. Ayrıca, kredi satımında olduğu gibi, burada da spekülâtör kıymetli evrakın faizlerini ödemekle yükümlüdür (bkz., **Henssler**, s. 577 vd.).

⁵²⁸ Vadeli borsa işlemlerinin konusu (Börsentermingeschäfts) ise, kıymetli evrak ile temlik edilebilir nitelikteki mallar veya dövizlerle sınırlıdır. Bu tür sözleşmeler, sadece şartları belirlenen standart bir piyasada yapılabilir. Vadeli borsa işlemlerinin kabulü için, temelde yatan sözleşme konusu bakımından her zaman benzer işlemlerin yapılabildiği bir vadeli piyasanın olması gerekir. Bu nedenle, taraflar arasında yapılan bireysel anlaşmalar bunların dışındadır. Ayrıca vadeli borsa işlemlerinin en önemli unsurlarından bir diğeri ise, borcun sonraki tarihli bir vadede yerine getiriliyor olmasıdır. Burada vadeli borsa işlemi spekülâtörü, vadeli işlemler borsasından vadeli olarak spekülatif amaçlı olarak satın aldığı kıymetli evrak ve temlik edilebilir nitelikteki diğer malları, kendisi için uygun olan kurdan satmak suretiyle borcunu ödeyerek ek bir sermaye kullanmaksızın vadeli borcun sonraki gelişmelerinden kazanç elde etmek ister (bkz., **Henssler**, s. 633 vd., özellikle 645 vd.).

⁵²⁹ Bkz., **Ulmer**, AcP 174, s. 187; **Rauh**, s. 50; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 231; **Henssler**, s. 285 vd.; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1087; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 28; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 37; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 166; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 25; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 16; **AnwKomm-BGB/Krebs**, § 313 BGB, Nr. 45; **Emmerich**, § 27, Nr. 31; **Bender**, s. 47; **Bischoff**, s. 215; **Akyol**, s. 84 vd. Burada belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Dolayısıyla, kefalet sözleşmesini salt bir spekülatif işlem olarak nitelendirmek yerine, spekülatif unsuru olan bir

Alman hukukunda, spekülâtif işlemlerde sözleşme rizikosunu hangi tarafın taşıması gerektiği, diğer sözleşmelerden farklı bir değerlendirme süreci sonunda belirlenmektedir. Diğer sözleşmelerde, yukarıda da ifade edildiği gibi, bir tarafın sözleşme rizikosunu üstlenmesi, esas itibarıyla sözleşmede kullanılan ifadelerin yorumlanmasıyla tespit edilmektedir.⁵³⁰ Ancak, spekülâtif bir işlemde sözleşme rizikosunu hangi tarafın taşıması gerektiği hakkında çoğu zaman sözleşmede açık ifadeler yoktur. Spekülâtif işlemlerde sözleşme rizikosuna ilişkin tarafların ortak iradeleri, sözleşmede kullanılan ifadelerden değil, sözleşmenin niteliğinden hareketle belirlenmektedir.⁵³¹ Bu bağlamda, spekülâtif işlemlerde, malın satılarak kazanç elde edilmesinden daha ön planda, “geleceğe ilişkin belirsizliklerden yararlanarak kazanç elde etme niyeti” ön planda bulunmaktadır. Dolayısıyla, geleceğe ilişkin belirsizlikten kaynaklanan olası kayıplar da göze alınmaktadır. Bu bakımdan, en azından bir taraf için beklenilmeyen bir riziko değil, istenilmese de hesaba katılan bir riziko vardır. Ayrıca -taraflar, sözleşme rizikolarını düşünmemiş olsalar dahi- spekülâtif işlemlerde her bir işlemin niteliğine özgü belirsizlik rizikoları vardır.⁵³² İşlemin niteliğine özgü belirsizlik rizikoları, sözleşmedeki rizikonun paylaşılması konusunda iki bakımdan belirleyicidir. İlk olarak, spekülâtif işlemin niteliğine özgü belirsizlik rizikoları düşünülmemiş olsa bile her bir tarafın söz konusu rizikoları üstlenmiş olduğu kabul edilir. İkinci olarak, bu tür rizikolar, üstlenilen rizikonun sınırını da belirler. Spekülâtif

sözleşme olarak nitelendirmek daha isabetlidir (bkz., **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1091).

⁵³⁰ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aac. Uyarlama Kayıtlarının Yorumlanması

⁵³¹ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 231; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1098; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 45; **Bender**, s. 47.

⁵³² Örneğin, fiyat farkı üzerine yapılan vadeli işlemlerde tipik işlem rizikosunu, spekülasyon amaçlı olarak temlik edilebilir nitelikteki malların, kıymetli evrakın veya piyasa fiyatı üzerinden tasarruf edilen diğer iktisadi malların faiz, komisyon vs. yükü altında bunların değerinin düşük olduğu bir zamanda ileride bunların değerinin yükseleceği düşüncesiyle ödünç alınması ve ancak öngörülen değer artışının sağlanamamış olmasıdır (bkz., **Henssler**, s. 575 vd. 580, 585; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1089). Vadeli borsa işlemlerinde tipik işlem rizikosunu, borsanın konusu olan kıymetli evrak, temlik edilebilir nitelikteki diğer malları vadeli olarak satın alan spekülâtörün borcunun vadesi gelene kadar ki geçen süre zarfında öngördüğü kârı gerçekleştirememiş olması veya söz konusu enstrümanların daha da değer kaybetmiş olmasıdır (bkz., **Henssler**, s. 647, 649; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1089). Yabancı para birimi üzerinden yapılan borçlanmalarda tipik sözleşme rizikosunu, borçlanılan yabancı para biriminin değer kaybetmesi veya kazanmasıdır (bkz., **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1088); Kefalet sözleşmesinde tipik sözleşme rizikosunu, asıl borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesidir (bkz., **Henssler**, s. 329 vd.).

işlemlerde taraflarca üstlenildiği kabul edilen rizikolar, belirsizlikten kaynaklanan her türlü riziko olmayıp, spekülative işlemin tipine özgü belirsizlik rizikolarıdır. Bu nedenle spekülative nitelikte sözleşmenin olduğu bir olayda, öncelikle gerçekleşen rizikonun spekülative işlemin tipine özgü riskler kapsamında olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yapılan yorumlama sonucunda gerçekleşen riziko, spekülative nitelikteki sözleşmenin tipine ilişkin rizikolar arasında bulunuyorsa, söz konusu rizikoların üstlenilmiş olduğu kabul edilmelidir.⁵³³

aab. Spekülative İşlemler ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması

Spekülative işlemlerde, yukarıda da ifade edildiği gibi, işlemin tipine özgü belirsizlik rizikolarının, her halükarda sözleşmeyi yapanlar tarafından bilindiği kabul edilmektedir.⁵³⁴ Dolayısıyla, ister taraflarca düşünölsün isterse düşünölmemiş olsun, spekülative işlemin niteliğine özgü olan sözleşme rizikoları ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikolar, sözleşmeyle üstlenilen riziko sınırları içerisinde yer alır. Buna bağılı olarak spekülative işlemlerde gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikolar, spekülative işlemin tipine özgü rizikolar arasında olduğu sürece, işlem temelinin konusu dışında olan rizikolar arasındadır. Neticede, artık denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen sözleşme rizikoları, işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün uygulama alanı dışında kalır.⁵³⁵

⁵³³ **Ulmer**, AcP 174, s. 187; **Braun**, JuS 1979, s. 696; **Rauh**, s. 50; **Henssler**, s. 300 vd., 733; **StaudingersKomm-Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1087 vd. 1089; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 37; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 18; **Hütte/ Helbron**, Nr. 808; **Emmerich**, § 27, Nr. 31; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 45; **Bender**, s. 47; RG. 05.01.1937, HRR 1937 Nr. 549; BGH 08.01.1958, BGH 02.12.1964, LM § 765 BGB Nr. 7; LM § 242 (Bb) BGB Nr. 25; BGH 12.07.1961, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 40; BGH 09.12.1971, BGL LM § 242 (Bb) BGB Nr. 61= BB 1971, s. 61; BGH 20.12.1965, NJW 1966, s. 448; BGH 23.03.1982, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 100.

⁵³⁴ Bkz., hemen yuk., § 3, I, 3, B, b, ab, aaa. Genel Olarak.

⁵³⁵ **Ulmer**, AcP 174, s. 187; **Rauh**, s. 50; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 224, 231; **Henssler**, s. 285 vd., 291 vd., 299, 321; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 28; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 37; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 166; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 25; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 16; **Emmerich**, § 27, Nr. 31; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 45; **Bender**, s. 47; RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 vd. (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei); RG 26.01.1923, RGZ 106, 235 (236); BGH 26.05.1955, BGHZ 17, 317 (327)= NJW 1955, s. 1187= WM 1955, s. 1121; BGH 09.12.1971, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 61= BB 1971, s. 61; OLG Zweibrücken 21.12.1983, WM 1984, s. 1392 (1394); BGH 16.03.1983, NJW 1983, s. 1850; BGH 22.10.1987, WM 1987, s. 1481 (1483); BGH 04.06.1987, WM 1987, s. 1006 (1007); BGH 26.02.1987, NJW 1987, s.

c. Tamamlayıcı Nitelikteki Kanun Hükümlerine Göre Taraflara Yüklenilen Sözleşme Rizikoları

aa. Genel Olarak

Sözleşmenin tarafları gerçekleşen sözleşme rizikosuna ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne, taraflardan hangisinin katlanması gerektiğini plana aykırı bir şekilde sözleşmede kararlaştırmamışlar ise, bu rizikoya kimin katlanması gerektiği konusunda bir sözleşme boşluğu vardır.⁵³⁶

Alman hukukunda açıklayıcı yorumla tespit edilen sözleşme boşlukları, tarafların uzlaşamamaları durumunda tamamlayıcı nitelikteki hükümlere göre hâkim tarafından doldurulur.⁵³⁷ Hâkim, denge bozulması ve ifa güçlüğüne taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunu, tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine göre doldurabiliyorsa, artık gerçekleşen bu rizikolar işlem temelinin konusu dışında kalır. Çünkü böyle bir düzenleme artık sözleşmenin içeriği haline gelmiş olur. Sözleşmenin içeriği olan ise, işlemin temeli olamaz.⁵³⁸ Alman Medeni Kanununda çok sayıda tamamlayıcı nitelikteki düzenleme vardır.

ab. Özel Nitelikteki Tamamlayıcı Hükümlere Göre Taraflara Yüklenilen Sözleşme Rizikoları

Kanunda düzenlenen tipik sözleşmelere ilişkin özel nitelikte tamamlayıcı hükümlerin doğrudan doğruya uygulandığı durumlarda da bir sözleşme boşluğunun mevcudiyeti kabul edilir.⁵³⁹ Alman hukukunda kanunda düzenlenen tipik sözleşmeler bakımından tamamlayıcı nitelikteki özel hükümler, BGB §§ 433 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu kapsamda, riziko boşluklarına ilişkin çok sayıda özel nitelikte

1629 (1630); BGH 13.05.1993, WM 1993, s. 1233; BGH 03.05.1995, BGHZ 128, 230 (236)= NJW 1995, s. 2031 vd.

⁵³⁶ Bkz., yuk., § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

⁵³⁷ Henckel, AcP 159, s. 116; MünchKomm-Mayer-Maly/ Busche, § 157 BGB, Nr. 27 vd.; Henssler, s. 97; Nauen, s. 345; Schellhammer, Nr. 1988 vd.

⁵³⁸ Bkz., yuk., § 3, I, 3. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Negatif Olarak Ortaya Konulması, A. Genel Olarak.

⁵³⁹ StaudingersKomm-Roth, § 157 BGB, Nr. 22; JurispraxisKomm-Backmann, § 157 BGB, Nr. 18.

düzenleme bulunmaktadır.⁵⁴⁰ Ancak, bu düzenlemeler arasında denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları hakkında özel nitelikte tamamlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan Alman hukukunda borçlar hukukun genel kısmında tamamlayıcı nitelikte daha başka kurumlar da vardır. Bu kurumlar arasında, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüne göre, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları taraflar arasında paylaştırılabilir. Bunun dışında, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen BGB § 314 hükmü ve imkânsızlığa ilişkin BGB § 275 hükmünün, özellikle denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Tamamlayıcı nitelikteki tüm bu düzenlemeler, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında somut olaya uygulanabildiği sürece, BGB § 313 hükmüne göre işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilemez. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere⁵⁴¹, sözleşmenin içeriği, sadece tarafların doğrudan yaptıkları düzenlemelerden oluşmaz; ayrıca, tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemeler, somut borç ilişkisine uygulanabildiği sürece, yani, uyuşmazlık durumunda hâkim söz konusu düzenlemeyi sözleşmeye uygulaması durumunda, sözleşmenin içeriği haline gelmiş olur. Gerçi, BGB § 313 hükmü de tamamlayıcı bir hükümdür; ancak bu hüküm yine yukarıda ifade edildiği üzere, BGB § 242 hükmünden türetilen en son çare

⁵⁴⁰ Örneğin: k a r z ı n geri ödenmesinin belirsizliği hakkında: BGB § 490/I ve II (Außerordentliches Kündigungsrecht/ Darlehensvertrag), b a ğ ı ş l a y a n ı n ace düşmesine ilişkin: BGB § 519 (Einrede des Notbedarfs/ Schenkung), b a ğ ı ş l a y a n ı n yoksulluğa düşmesine ilişkin: BGB § 527 (Rückforderung wegen Verarmung des Schenkens), b a ğ ı ş l a n a n ı n iyilikbilmezliğine ilişkin: BGB § 530 (Widerruf der Schenkung), k i r a sözleşmesinde önemli nedenlerden dolayı olağanüstü fesih hakkına ilişkin: BGB § 543/I (Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund/ Mietvertrag, Pachtvertrag), BGB § 569/II (Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund/ Beendigung des Mietverhältnisses/ Mietverhältnisse über Wohnraum/ Mietvertrag, Pachtvertrag), BGB § 593 (Mietverhältnisse über andere Sachen/ Mietvertrag, Pachtvertrag), BGB § 594e (Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund/ Landpachtvertrag/ Mietvertrag, Pachtvertrag), a r i y e t sözleşmesinde fesih hakkına ilişkin BGB § 605 (Kündigungsrecht/ Leihe), h i z m e t sözleşmesinde önemli nedenlerden dolayı fesihe ilişkin: BGB § 626 (Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund/ Dienstvertrag), yaklaşık ücret üzerinden anlaşılan i s t i s n a sözleşmesinde maliyetlerin artmasına ilişkin: BGB § 650 (Kostenanschlag/ Werkvertrag), s e y e h a t sözleşmesinin mücbir sebep nedeniyle feshine ilişkin: BGB § 651j (Kündigung wegen höherer Gewalt/ Reisevertrag), k e f a l e t sözleşmesinde kefilin borçtan kurtulma talebine ilişkin: BGB § 775/I Nr. 1 ve 2 (Anspruch des Bürgen auf Befreiung/ Bürgschaft) BGB hükümleri gibi.

⁵⁴¹ Bkz., yuk., § 1, I, Sözleşmenin İçeriği.

normudur.⁵⁴² Dolayısıyla, sözleşme rizikosuna ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne kimin katlanması gerektiği hakkındaki sözleşme boşluğu, tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere göre doldurulabildiği sürece, gerçekleşen bu rizikolar sözleşmenin içeriğidir ve buna bağlı olarak da işlem temelinin konusu dışında kalır.

ac. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları

aaa. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, BGB § 157 hükmünde düzenlenmektedir. Sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun konusu, tıpkı açıklayıcı yorumda olduğu gibi, tarafların irade beyanlarıdır. Ancak, açıklayıcı sözleşme yorumunun fonksiyonu “sözleşmenin kurulduğu zamandaki” tarafların “gerçek-ortak iradelerinin” belirlenmesi iken; sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, “yorumlamanın yapıldığı zamandaki” şartlara göre belirlenen “varsayıma dayalı iradelere” hareketle sözleşme boşluklarının doldurulmasıdır.⁵⁴³ Buna bağlı olarak, belirli bir konuda tarafların gerçek-ortak iradeleri her hangi bir şekilde tespit edilebiliyorsa, artık sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna başvurulamaz. Aynı şekilde, yapılan tamamlayıcı yorum, hiçbir şekilde tarafların gerçek-ortak iradelerine aykırı da olamaz. Dolayısıyla, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, açıklayıcı sözleşme yorumu ile belirlenemeyen gerçek-ortak iradelerin başka bir yorum yöntemi ile ortaya çıkarılması değildir; bunun yerine, varsayıma dayalı taraf iradelerine göre sözleşme boşluğunun doldurulmasıdır.⁵⁴⁴

⁵⁴² Bkz., yuk., § 3, I, 3. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Negatif Olarak Ortaya Konulması, A. Genel Olarak.

⁵⁴³ Bkz., **Henckel**, AcP 159, s. 108; **Larenz**, NJW 1963, s. 737 vd.; **Beuthien**, s. 51 vd.; **Köhler**, s. 134, 157; **Flume**, s. 321 vd.; **Mayer-Maly**, s. 621 vd.; **Lembke**, s. 115 vd.; **MünchKomm/ Mayer-Maly**, § 157 BGB, Nr. 39; **Henssler**, s. 97 vd.; **Lettl**, JuS 2001, s. 248, 249; **Nauen**, s. 344 vd.; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 15; **Hartkopf**, s. 272 vd., 277; **MünchKomm/ Mayer-Maly/ Busche**, § 157 BGB, Nr. 27 vd.; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 12; **Palandt-Heinrichs**, § 157 BGB, Nr. 3; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 108 vd.; **JurispraxisKomm-Backmann**, § 157 BGB, Nr. 1 vd.; **Schellhammer**, Nr. 1986 vd.; **Angermeir**, s. 108; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 11. Alman Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGH 20.01.1994, BGHZ 125, 8 (17); BGH 17.04.2002, NJW 2002, s. 2310.

⁵⁴⁴ **Henckel**, AcP 159, s. 108; **Mayer-Maly**, s. 626 vd.; **Flume**, s. 322; **Chiotellis**, s. 28 vd.; **Häsemeyer**, s. 73, 81; **Hartkopf**, s. 273; **Henssler**, s. 98; **MünchKomm/ Mayer-Maly**, § 157 BGB,

Sözleşme boşluğunun varsayımına dayalı taraf iradelerine göre doldurulmasında, BGB §§ 157 ve 242 hükmüne göre işlerdeki anlayış ve dürüstlük ilkesi dikkate alınır. Yani, normatif (objektif) bir ölçüye göre hareket edilir. Öyle ki, hâkimin bakış açısına göre sözleşmenin her iki tarafı sözleşme boşluğunu düşünmüş olsalardı işlerdeki anlayış ve dürüstlük ilkesi ölçü olarak alındığında ve her iki tarafın menfaatleri karşılıklı olarak tartıldığında neyi kararlaştıracaklar ise, sözleşme boşluğu buna göre doldurulur.⁵⁴⁵ Denge bozulması ve ifa güçlükleri bakımından bunun somutlaştırılması ise, hâkimin bakış açısına göre “tarafar sözleşme rizikolarının –yani, plana aykırı gelişmenin- bilincinde olmuş olsalardı, işlerdeki anlayış ve dürüstlük ilkesi ölçü olarak alındığında bu rizikoları kendi aralarında nasıl paylaşacaklardır”.⁵⁴⁶

aab. Amaca Hizmet Etmeyen Uyarılama Kayıtlarının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması

Amaca hizmet etmeyen uyarılama kayıtlarının konu olduğu olaylarda taraflar, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına kimin katlanması gerektiğine ilişkin olarak bir uyarılama kaydı kararlaştırmışlardır. Ancak, söz konusu uyarılama kaydı, zamanla tarafların öngördükleri amaca hizmet etmeyen bir hale gelmiştir. Taraflar kararlaştırdıkları uyarılama kaydının artık amaca hizmet etmemesi durumunda ise, gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına kimin katlanması gerektiğini kararlaştırmamışlardır. Dolayısıyla, bu

Nr. 39; **Medicus**, Nr. 343; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 12; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 108, 119; **Angermeir**, s. 109; BGH 04.12.1985, BGHZ 96, 313 (320 vd.); BGH 23.11.1978, NJW 1979, s. 1705; BGH 12.12.1952, LM § 157 (D) BGB Nr. 1; BGH 21.09.1955, LM § 157 (D) BGB Nr. 5; BGH 11.06.1958, LM § 157 (D) BGB Nr. 10; OLG Hamm 24.10.1975, MDR 1976, s. 488 vd.

⁵⁴⁵ **Henckel**, AcP 159, s. 108; **Mayer-Maly**, s. 626 vd.; **Beuthien**, s. 51; **Köhler**, s. 136; **Flume**, s. 321 vd.; **Chiotellis**, s. 28 vd.; **Häsemeyer**, s. 73, 81; **Hartkopf**, s. 273 vd.; **Lembke**, s. 118; **MünchKomm/ Mayer-Maly**, § 157 BGB, Nr. 39; **Henssler**, s. 98; **Nauen**, s. 345; **Medicus**, Nr. 343; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 131; **MünchKomm/ Mayer-Maly/ Busche**, § 157 BGB, Nr. 39 vd.; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 12; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 113, 116; **Angermeir**, s. 109 vd.; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 113, 116, 118; **Schellhammer**, Nr. 1989; **Palandt-Heinrichs**, § 157 BGB, Nr. 2; BGH 22.04.1953, BGHZ 9, 273 (277); BGH 04.12.1985, BGHZ 96, 313 (320 vd.); BGH 23.11.1978, NJW 1979, s. 1705; BGH 21.09.1955, LM § 157 (D) BGB Nr. 5; BGH 11.06.1958, LM § 157 (D) BGB Nr. 10; OLG Hamm 24.10.1975, MDR 1976, s. 488 vd.

⁵⁴⁶ **Henssler**, s. 98; **Nauen**, s. 345; BGH 01.02.1984, NJW 1984, s. 1177 (1178); BGH 22.04.1953, NJW 1953, s. 937; BGH 16.04.1973, NJW 1973, s. 1190; BGH 29.04.1982, NJW 1982, s. 2184.

konuda bir sözleşme boşluğu meydana gelmiştir. Bu konuda Alman Federal Mahkemesi'nin 1981 yılına ilişkin içtihadı önemli bir örnektir.

Çavdar kaydı olarak bilinen bu olayda⁵⁴⁷, taraflar, 1958 tarihinde 99 yıllığına bir üst hakkı sözleşmesi yapmışlardır. Buna göre, üst hakkının metre karesi için her yıl ödenecek üst hakkı ücreti, 750 gram çavdarın her yılki piyasa fiyatı oranında artırılabilecektir. Ancak, hükümet tarafından yapılan düzenlemeyle⁵⁴⁸, çavdar fiyatı sabitlemiştir. Neticede ise, çavdar fiyatlarına karşın geçim masrafları iki kat artmıştır. Dolayısıyla çavdar fiyatı, geçim masraflarının çok altında kalmıştır. Bunun üzerine üst hakkı sahibi, sözleşmedeki üst hakkı ücretinin uyarlanmasını dava etmiştir.

Doktrindeki hâkim görüşe⁵⁴⁹ ve Alman Federal Mahkemesi'ne göre⁵⁵⁰, bu olayda sözleşmenin açıklayıcı yorumundan her iki tarafın da çavdar kaydını kararlaştırmak suretiyle, üst hakkı ücretini çavdar fiyatına göre uyarlama düşüncesinden hareket ettiği sonucuna ulaşılır. Dolayısıyla, tarafların gerçek-ortak iradeleri "sözleşmenin çavdar kaydı esas alınarak uyarlanması yönündedir. Ancak seçilen araç, yani çavdar kaydı, bunun için uygun değildir. Çünkü çavdar kaydı hükümetin aldığı karar sonucunda sabitlemiştir. Ayrıca taraflar, kanun koyucunun çavdar fiyatını sabitlemesi durumunda gerçekleşen denge bozulmasına ilişkin sözleşme rizikosuna kimin katlanması gerektiği hakkında da her hangi bir düzenleme yapmamışlardır. Dolayısıyla bu konuda bir sözleşme boşluğu bulunmaktadır. Denge bozulmasına ilişkin söz konusu sözleşme boşluğu, BGB §§ 157 ve 242 hükmü gereğince varsayıma dayalı taraf iradelerine göre sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla doldurulmalıdır. Bu olayda, işlerdeki anlayış ve dürüstlük ilkesine göre tarafların iradesi yorumlandığında, tarafların varsayıma dayalı iradeleri, "paranın değer kaybından kaynaklanan zararların giderilmesine yönelik

⁵⁴⁷ Roggenklausel-Fall: BGH 03.07.1981, BGHZ 81, 135 (143) (Erbbaurechtsvertrag/Äquivalenzstörung/ Roggenklauseln, çavdar kaydı olayı).

⁵⁴⁸ EWG-Agrarmarktverordnung (Tarım piyasası düzenlemesi). Yürürlük tarihi: 24.01.1962.

⁵⁴⁹ Hâkim görüş için bkz., yuk., § 2, II, 2, B, b, Brox ve Medicus ile Nicklisch'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri. Ancak *Larenz*, burada hâkim görüşten ayrılarak, çavdar kaydı olayını işlem temelinin çökmesi olarak kabul ediyor. Bkz., aşa., § 3, I, 3, B, c, ac. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması.

⁵⁵⁰ Bkz., BGH 03.07.1981, BGHZ 81, 135 vd. Kararın değerlendirilmesi için bkz., **Larenz**, (Ergänzende Vertragsauslegung), s. 157.

olduğu”dur. Buna göre, işlerdeki anlayış ve dürüstlük ilkesine göre hareket edildiğinde, taraflar, hükümetin müdahalesi sonucu çavdar fiyatlarının sabit kalacağını bilselerdi bunun yerine ne tür bir uyarılama kaydı kararlaştırılacak idiyse o kayda göre sözleşmenin uyarlanması gerekir.

aac. Genel Uyarılama Kaydının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması

Denge bozulması ve ifa güçlüğü hakkındaki sözleşmedeki riziko kayıtlarının kapsamı ve sınırları, çavdar kaydı olayında olduğu gibi her zaman açık ve somut olmayabilir. Bunun yanında denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko kaydı, “ ... şartlar değişirse ...” , “ ...ekonomik durum değişirse...” sözleşme uyarlanacaktır gibi, genel bir şekilde de kararlaştırılmış olabilir.⁵⁵¹ Ancak bu tür uyarılama kayıtlarının kapsamı ve sınırlarını belirlemek son derece zordur.⁵⁵²

Genel uyarılama kayıtlarının kararlaştırıldığı durumlarda, gerçi sözleşmenin uyarlanması gerektiği kararlaştırılmıştır. Yani, sözleşme rizikosuna bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne kimin katlanması gerektiği sözleşmede belirlenmiştir. Ancak, örneğin “ ... şartların değişirse ... ” deyiminden ne anlaşılması gerektiği veya şartların değişmesi durumunda hangi ölçüde bir uyarılama yapılması gerektiği konuları, sözleşmede açık değildir. Yani, uyarılama kaydının kapsamı ve uyarılama kaydıyla üstlenilen sözleşme rizikoları belirsizdir. Dolayısıyla bu konulara ilişkin bir sözleşme boşluğu vardır.⁵⁵³ Söz konusu boşluğun tarafların varsayıma dayalı iradeleri dikkate alınarak doldurulması gerekir. Alman hukuk doktrininde *Henssler*, bu konuda bazı noktalara dikkat edilmesi gerektiği görüşündedir. Öyle ki, *Henssler*’e göre⁵⁵⁴, genel uyarılama kayıtları altında yapılan sözleşmelerin tamamlayıcı yorumunda, tümüyle olağanüstü ve atipik gelişmelerin ortaya çıkması halinde, sözleşme, gerçekleşen rizikonun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne

⁵⁵¹ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aab, aaab. Açık, Genel ve Üstü Örtülü Uyarılama Kayıtları.

⁵⁵² *Medicus*, (FS Flume I), s. 631; *Hartkopf*, s. 267.

⁵⁵³ Bkz., *Soergel-Teichmann*, § 242 BGB, Nr. 224; *Erman/ Armbrüster*, § 157 BGB, Nr. 5; *Bender*, s. 83. Ayrıca bkz., yuk., § 3, I, 3, B, c, ac. aae. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması.

⁵⁵⁴ *Henssler*, s. 115. Aynı yönde: *Sulzer*, s. 142.

sadece bir tarafın riziko alanında bulunduğu şeklinde tamamlanmaması gerekir. Yani, bir uyarılma kaydının genel olarak formüle edilmesi, tümüyle atipik ve olağanüstü gelişmelerin rizikosunun da zorunlu olarak bu tarafın riziko alanında bulunması gerektiği anlamına gelmemektedir. Uyarılma kaydının açık ve somut bir şekilde düzenlenmediği durumlarda, taraflar tümüyle atipik gelişmeleri somut olay bakımından gerçekten öngörmüş iseler, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen riziko, uyarılma kaydının kapsamı içerisinde kabul edilebilir. Şüpheli durumlarda ise, tarafların sadece genel hayat tecrübelerine göre tipik olarak her zaman gerçekleşebilecek olayları dikkate almış oldukları kabul edilmelidir. Bunun dışında tümüyle olağanüstü olayların ve bu arada “büyük işlem temelinde ilişkin olayların” neden olduğu denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikolar, uyarılma kaydında açıkça düzenlenmediği sürece, uyarılma kaydının dışında kabul edilmesi gerekir. Özellikle şüpheli durumlarda, uyarılma kaydı dar yorumlanmalıdır. Netice olarak, somut bir olaya değil de ayrıntıları ortaya konulmayan bir rizikoya ilişkin genel nitelikte bir uyarılma kaydı kararlaştırılmış ise ve gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikonun genel nitelikteki uyarılma kaydının kapsamında bulunduğu hususunda şüphenin ortaya çıkması durumunda, gerçekleşen bu rizikoların uyarılma kaydıyla üstlenilen rizikoların dışında olduğu kabul edilmelidir.

aad. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile Tamamlayıcı Nitelikteki Diğer Hükümler Arasındaki Hiyerarşi

Sözleşmedeki boşlukları ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin riziko boşlukları, yukarıda ifade edildiği üzere, hem sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu düzenleyen BGB § 157 hükmü gereğince varsayıma dayalı taraf iradelerine göre hem de Alman Medeni Kanunu’ndaki tamamlayıcı nitelikteki diğer düzenlemeler yardımıyla doldurulabilir.⁵⁵⁵ Bu durum, somut olayda sözleşmedeki riziko boşluklarının öncelikle hangi düzenlemelere göre doldurulması gerektiği sorusunu gündeme getirir. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına kimin katlanması gerektiği sözleşmede hiç veya açık bir şekilde taraflarca düzenlenmemiş ise, söz konusu boşluğun sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin

⁵⁵⁵ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, c, aa. Genel Olarak.

BGB § 157 hükmü gereğince tarafların varsayıma dayalı iradeleri temelinde sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre mi doldurulacaktır yoksa sözleşme rizikosuna ilişkin Alman Medeni Kanunu'ndaki tamamlayıcı nitelikteki diğer düzenlemeler yardımıyla mı doldurulacaktır? Bu sorun, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun düzenleyen BGB § 157 hükmü ile Alman Medeni Kanunu'ndaki tamamlayıcı nitelikteki diğer düzenlemeler arasındaki hiyerarşinin ortaya konulması suretiyle çözüme kavuşturulabilir.

Alman Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihatlarına⁵⁵⁶ göre, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin somut olaya uygulanması, açıklayıcı sözleşme yorumu ile ilgilidir. Bu nedenle, sözleşmede tamamlayıcı nitelikteki hükümlerin “doğrudan” uygulanacağı bir sözleşme boşluğu saptanmış ise, tamamlayıcı hukuk sözleşmenin içeriği haline gelmiş demektir. Dolayısıyla, böyle bir durumda sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmü dikkate alınmaksızın, doğrudan doğruya tamamlayıcı nitelikteki hükümler uygulanır. Bundan başka, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler doğrudan uygulanmasa da “kıyasen” uygulanma imkânı varsa, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler, yine sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüne göre öncelikle uygulanır.

Hâkim görüşüne göre⁵⁵⁷, içtihatlardaki bu genel anlayış, yapılan sözleşmenin kanunda düzenlenen tipik bir sözleşme olması halinde isabetlidir. Çünkü sadece bu şekilde kanunda düzenlenen tipik sözleşmeler bakımından benzer ölçüler getirilir ve neticede hukuk güvenliği sağlanmış olur. Ancak, kanuni tipteki sözleşmeye ilişkin somut olaya uygulanabilecek nitelikte tamamlayıcı hükümler bulunmasına rağmen kanundan farklı bir değerlendirme yapılması, somut olaydaki özel menfaat durumu nedeniyle haklı olabilir. Bu bağlamda, örneğin tarafların varsayıma dayalı iradeleri ihtimal dâhilinde saptanabiliyorsa, bu irade tamamlayıcı nitelikteki hükümlerle çatışsa bile, tamamlayıcı hukuk kurallarının taliliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince

⁵⁵⁶ Alman Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGH 10.07.1963, BGHZ 40, 91, (103); BGH 25.06.1980, BGHZ 77, 301 (304); BGH 01.02.19840, BGHZ 90, 69 (75) (Tagespreisklausel).

⁵⁵⁷ Örneğin: **Flume**, s. 324 vd.; **Soergel-Wolf**, § 157 BGB, Nr. 109 vd.; **MünchKomm-Mayer-Maly/Busche**, § 157 BGB, 28 vd., 35 vd.; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 23; **Medicus**, Nr. 344; **JauernigKomm-Jauernig**, § 157 BGB, Nr. 3; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 109; **JurispraxisKomm-Backmann**, § 157 BGB, Nr. 18 vd.

sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmünün önceliği söz konusu olur.⁵⁵⁸ Bunun dışında, yapılan bir sözleşme kanuni tipteki bir sözleşmeyle ne kadar örtüşüyorsa, kanuni tipteki bu sözleşmeler için getirilen tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin uygulanması da o kadar ön plandadır. Buna karşın, yapılan sözleşme kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden ne kadar uzak ise, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmünün uygulanması da o ölçüde imkân dâhilindedir. Esasında, yapılan sözleşme kanuni tipteki sözleşmelerden birine girmiyorsa, bu durumda buna ilişkin tamamlayıcı nitelikte özel hukuk kuralları da yoktur. Böyle bir durumda, varsayıma dayalı iradeler tespit edilebildiği ölçüde, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüne göre boşluk doldurulması gerekir. Dolayısıyla, somut sözleşme kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin hiç birisine uymadığı sürece, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmü, sınırsız bir şekilde uygulanabilir.⁵⁵⁹

Sonuç olarak, Alman hukukunda hâkim olan görüşe ve içtihatlarla göre, sözleşme boşlukları ve bu kapsamda sözleşmedeki riziko boşlukları, kural olarak öncelikle tamamlayıcı hukuka göre doldurulmalıdır. Ancak, yine de, ne tamamlayıcı

⁵⁵⁸ **Flume**, s. 325; **MünchKomm-Mayer-Maly/ Busche**, § 157 BGB, Nr. 35 vd; **Medicus**, Nr. 340 vd.; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 23 vd., 28; **Larenz/ Wolf**, § 278 Nr. 112; **JurispraxisKomm-Backmann**, § 157 BGB, Nr. 20. Örneğin Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan bir olayda A, B tarafından üretilecek otomobilleri Hollanda'da pazarlayacaktır. Bunun için B önemli nitelikte yatırım yapmak zorundadır. Sözleşme uzun süreli bir sözleşmedir. Ancak taraflar sözleşmenin süresi veya feshine ilişkin her hangi bir tarih belirlememişlerdir. A, sözleşmeyi bir yıl sonra feshetmiştir. Gerçi A'nın HGB § 89 hükmüne göre böyle bir hakkı vardır; ancak, söz konusu hükmün uygulanması durumunda yatırım yapan B, korumasız kalacaktır. Bu olayda Alman Federal Mahkemesi, taraflarca bilinçli bir şekilde düzenlenmeyen bir hususta da sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağını tartışmıştır. Alman Federal Mahkemesi, HGB § 89 hükmüne göre sürekli borç ilişkisinin sona erdirilmesine değil; bunun yerine, sözleşmenin kurulduğu anda işlerdeki anlayışın dikkate alınması suretiyle doğruluk ve güven kurallarına göre sözleşmeyle takip edilen amaca ilişkin olarak tarafların kararlaştıracakları düzenlemeyi ölçü almıştır. Yani varsayıma dayalı taraf iradelerinden hareketle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüne göre sözleşme boşluğunu doldurmuştur. Bkz., BGH 19.03.1975, NJW 1975, 1116. Ayrıca bu kararın değerlendirmesi için bkz., **Medicus**, Nr. 342; **Henssler**, s. 104.

⁵⁵⁹ **Flume**, s. 324 vd.; **MünchKomm-Mayer-Maly/ Busche**, § 157 BGB, Nr. 36; **Medicus**, Nr. 340 vd.; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 23, 28; **JauernigKomm-Jauernig**, § 157 BGB, Nr. 3; **JurispraxisKomm-Backmann**, § 157 BGB, Nr. 19; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 109, 112.

yorumun ne de tamamlayıcı hukukun birbirine “kesin bir surette” üstünlüğünden bahsedilebilir. Somut olayın özelliklerine göre hareket etmek gerekir.⁵⁶⁰

aae. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 ile işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmü, sözleşmedeki plana aykırı eksikliklerden kaynaklanan boşlukların ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin riziko boşluklarının doldurulmasına hizmet etmektedir.⁵⁶¹ Bu durum, her iki kurumun somut olayla uygulanması bakımından birbirinden nasıl ayrılacağı sorununu gündeme getirmektedir. Bu konu, uzun zamandan beri doktrinde tartışılmaktadır. Hatta *Nicklisch*, yukarıda da ifade edildiği üzere⁵⁶², her iki kurum arasında yapısal olmayan belirsiz bir ayrımın olduğu ve gerçekte her ikisinin tek bir hukuki kurum olduğunu savunmuştur.

Hâkim görüşe göre⁵⁶³, her iki kurum birbirinden farklıdır. Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, BGB § 157 hükmüne dayanır. BGB § 157 hükmünün konusu ise, irade beyanıdır ve bu nedenle “m e v c u t o l a n ı n” saptanmasını esas alır. Dolayısıyla, sözleşmenin içeriği ile ilgilidir. Bu yüzden somut olayda sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu düzenleyen BGB § 157 hükmüne göre boşluk doldurulması için, plana aykırı eksiklik hakkında ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olarak, tarafların -bozuk (isabetsiz) veya genel nitelikte de olsa- uyarılma kaydı gibi bir düzenleme yapmış olmaları gerekir. Yani sözleşmenin içeriğine bakıldığı zaman, “taraflar denge bozulması ve ifa güçlüğünün gerçekleşeceğini bilmiş olsalardı işlerdeki anlayış ve dürüstlük ilkesi dikkate alındığında onların iradeleri şu yönde

⁵⁶⁰ **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 109. Azınlık görüşünü temsil eden *Henssler*'e göre ise, sözleşme boşlukları öncelikle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre daha sonra ise tamamlayıcı hukuka göre doldurulmalıdır. Çünkü tamamlayıcı hukukun uygulanabilmesi için, somut olaya ilişkin olarak sözleşmede ya hiçbir düzenlemenin olmaması gerekir veya bilinçli bir şekilde tamamlayıcı hukuka bırakılmış olması gerekir (bkz., **Henssler**, s. 103 vd., 105).

⁵⁶¹ **Nicklisch**, BB 1980, s. 949; **Ehmann/ Sutschet**, s. 169 vd.; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 9; **Reiter**, s. 156 vd.

⁵⁶² Bkz., yuk., § 2, II, 2, B, b, Brox ve Medicus ile *Nicklisch*'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri.

⁵⁶³ Hakim görüşü savunan yazarlar için bkz., yuk., § 2, II, 2, B, b, Brox ve Medicus ile *Nicklisch*'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri.

oluşurdu” şeklinde bir destek noktası olması gerekir. Yapılan sözleşme, böyle bir destek noktası içermiyorsa, yani, sözleşmede denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olarak tarafların varsayıma dayalı iradelerine temel teşkil edecek hiçbir düzenleme yoksa, artık riziko boşluğu, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüne göre doldurulamaz. İşlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmü ise, temelini dürüstlük ilkesinden alır. Dolayısıyla, bu hüküm, “m e v c u t o l a n ı n ” değil, “ o l m a s ı g e r e k e n i n ” hukuki sonuçlarını düzenler. Gerçi her iki düzenleme de plana aykırı sözleşme boşluklarının ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin riziko boşluklarının doldurulmasına hizmet etmektedir. Ancak, gerçekleşen sözleşme rizikosunun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin işlem temelinin konusu olabilmesi için, gerçekleşen riziko hakkında sözleşmenin içeriğinde -bozuk veya genel nitelikte de olsa- uyarılama kaydı gibi bir düzenlemenin olmaması gerekir. Ortada -bozuk veya genel nitelikte de olsa- bir düzenleme varsa, tarafların “düzenleme planı bilinebilir”. Yani, tarafların gerçekleşen sözleşme rizikosuna ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne kimin katlanması gerektiği sorusunun cevabına ulaşılabilir. Bu durumda, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmü, uygulanır. Somut olaya uygulanacak nitelikte her hangi bir kanun hükmünün bulunması durumunda ise, işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmü, tümüyle uygulama alanı dışında olur. Çünkü bu hüküm en son çare normudur. Dolayısıyla, BGB § 157 hükmünün uygulama alanı olan durumlarda gerçekleşen riziko, işlem temelinin konusu dışında kalan rizikolar arasında olduğu sonucuna ulaşılır.

Alman Federal Mahkemesi'nin uygulaması, esas itibariyle hâkim görüş doğrultusundadır.⁵⁶⁴ Öyle ki mahkeme, çavdar kaydı olayında, sözleşmede kararlaştırılan ve ancak artık öngörülen amaca hizmet etmeyen “ ç a v d a r k a y d ı n ı ” , tarafların varsayıma dayalı iradelerinin ortaya çıkarılması için bir

⁵⁶⁴ Bkz., BGH 01.06.1979, BGHZ 74, 370 (372 vd.) (Kaufvertrag/ Zweckstörung/ Bauerwartung)= NJW 1979, s. 1818 (1819); BGH 23.05.1980, BGHZ 77, 194 = NJW 1980, s. 2241=JuS 1981, s. 145= MDR 1980, s. 835 = BB 1980, s. 1183 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 03.07.1981 BGHZ 81, 135 (143) (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung/ Roggenklauseln, çavdar kaydı olayı). Ayrıca bkz., BGH 01.12.1984, BGHZ 90, 69 (74); BGH 01.06.1994, NJW 1994, s. 2688 (2690); BGH 14.01.2000, BB 2000, s. 690; BGH 24.05.2000, ZIP 2000, s. 1385; BGH 11.05.2001, NJW 2001, s. 2464 (2465).

destek noktası olarak kabul etmiş ve denge bozulmasına ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunu, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmünün konusu olduğuna karar vermiştir.⁵⁶⁵ Buna karşın mahkeme, böyle bir destek noktasının olmadığı durumlarda ise, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunun işlem temelinin bozulmasının konusu olduğunu kabul etmektedir. Öyle ki, 1939 yılında yapılan bir üst hakkı sözleşmesinde, 1939 yılından 1975 yılına kadar geçim endeksi % 222 nispetinde artmıştır. Bu olayda, denge bozulmasına ilişkin rizikoya -yani, paranın değersizleşmesi rizikosuna- kimin katlanması gerektiği hakkında taraflar her hangi bir uyarılma kaydı kararlaştırmamışlardır. Yani, bu konuda bir sözleşme boşluğu vardır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, buradaki sözleşme boşluğu, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüne göre doldurulamaz. Çünkü somut sözleşmede denge bozulmasına ilişkin sözleşme rizikosuna kimin katlanması gerektiği konusunda sözleşmenin içeriğinden tarafların varsayıma dayalı iradeleri tespit edilememektedir. Bu nedenle buradaki riziko boşluğu, işlem temelinin konusudur. Somut olayda işlem temelinin sonradan çöktüğüne karar veren mahkeme, üst hakkı ücretinin artırılmasına karar vermiştir.⁵⁶⁶

Özetlemek gerekirse, Alman hukukunda hâkim görüş ve Alman Federal Mahkemesi tarafından, tamamlayıcı yoruma ilişkin BGB § 157 hükmünün uygulama alanının olduğu durumlarda, gerçekleşen rizikonun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne, işlem temelinin ve bu anlamda işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün konusu dışında olduğu kabul edilmektedir. Ancak, teorik nitelikteki bu bilginin basit şekilde anlaşılabilirliğine karşın, her iki kurumu pratik hukuk uygulamasında sınırlandırmak son derece güçtür.⁵⁶⁷ Öyle ki, *Köhler*'in ifade

⁵⁶⁵ Bkz., BGH 03.07.1981, BGHZ 81, 135 (143) (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung/ Roggenklauseln, çavdar kaydı olayı).

⁵⁶⁶ Bkz., BGH 23.05.1980, BGHZ 77, 194 = NJW 1980, s. 2241=JuS 1981, s. 145 = MDR 1980, s. 835 = BB 1980, s. 1183 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung).

⁵⁶⁷ **Hartkopf**, s. 274; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 304; **Medicus**, Nr. 876; **Ehmann/ Sutschet**, s. 170; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 131 vd.; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 9; **Schellhammer**, Nr. 1998; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 11.

ettiği üzere⁵⁶⁸, her iki kurumun sınırlarını ortadan kaldırmak için haklı bir neden oluşturmaya da, belirli bir olayın hem sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla hem de işlem temeli kurumuyla çözümlenebilmesi, nadir karşılaşılan bir olay değildir. Özellikle “ç a v d a r k a y d ı o l a y ı”, bu bakımdan önemli bir örnektir. Bu olayda Alman Federal Mahkemesi, yukarıda da ifade edildiği üzere, “ ç a v d a r k a y d ı n ı ”, tarafların varsayımaya dayalı iradelerinin tespit edilmesi bakımından bir d e s t e k n o k t a s ı olarak kabul etmektedir. İlk bakışta makul olan bu gerekçe, her iki kurumun uygulama alanının sınırlandırılması bakımından yeterli derecede ikna edici değildir. *Medicus*'un haklı olarak işaret ettiği üzere⁵⁶⁹: “Alman Federal Mahkemesi'nin bu olayda seçilen aracın uygunsuzluğunu bir sözleşme boşluğu olarak kabul etmesi ve söz konusu boşluğu tarafların varsayımaya dayalı iradelerine göre doldurması isabetlidir; ancak, bu olay bakımından *Larenz*'in argümanı da doğru kabul edilebilir”. *Larenz*'e göre:⁵⁷⁰ “bu olayda paranın değersizleşmesi rizikosunun borçluya yüklenilmesi, işlemin temelidir; çünkü sözleşmenin kurulduğu sırada taraflar, hükümetin çavdar fiyatlarının sabitlenmesine ilişkin düzenleme yapacağını hiç düşünmemişlerdir. Öyle ki, taraflarca düşünülen amacın gerçekleşmesi için kararlaştırılan ve ancak artık bu amaca hizmet etmeyen çavdar kaydının uygunsuzluğu, taraflarca düşünülmeyen ve bu nedenlerle hesaba katılmayan bir fiyat gelişmesidir. Bu nedenle işlem temelinin bozulması söz konusudur. Mahkeme, burada işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeyi doğrudan doğruya uyarlayabilecek iken, tarafların iradelerini sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile yorumlayarak, dolambaçlı bir yola girmektedir.⁵⁷¹

Somut olayda sözleşmedeki riziko boşluklarının sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre mi yoksa işlem temeli kurumuna göre mi doldurulması gerektiği konusundaki belirsizlik, hukuki sonuçları bakımından da söz konusudur. Bu konuda

⁵⁶⁸ **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 304. Aynı yönde: **Hartkopf**, s. 274; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 131 vd.; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 9.

⁵⁶⁹ **Medicus**, Nr. 876.

⁵⁷⁰ **Larenz**, (Ergänzende Vertragsauslegung), s. 157; **Larenz/ Wolf**, § 28, Nr. 120 vd. Aynı yönde: **Reiter**, s. 159

⁵⁷¹ Nitekim İmparatorluk Mahkemesi, dolar kaydının kararlaştırıldığı benzer bir olayda anılan çözüm yolundan hareket etmektedir. Bkz., RG 20.04.1940, RGZ 163, 324, 333 vd.

hâkim görüşe göre⁵⁷², sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla, sözleşme sadece yorumlanabilir; sözleşmenin konusunun genişletilmesi veya yapılan bir sözleşmenin değiştirilmesi ve bu anlamda olmak üzere uyarlanması söz konusu olamaz. Çavdar kaydı olayında ise mahkeme, başlangıçta sözleşmede bulunmayan bir kaydı, sözleşmenin içeriğine dâhil etmektedir. Böylelikle, yorumlamanın sınırını aşarak sözleşmeyi değiştirmek suretiyle uyarlamaktadır.⁵⁷³ Dolayısıyla mahkeme -hâkim görüşün açıkça karşı çıkmasına rağmen- sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla ortaya çıkarılan uyarlama kaydını, doğrudan sözleşmenin lafzından ortaya çıkan uyarlama kaydı ile eşdeğer kabul etmektedir.⁵⁷⁴ Bu durum ise, uygulamada sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile işlem temeli kurumu arasındaki belirsizliğin hem unsurları itibariyle hem de hukuki sonuçları itibariyle kesişmesi sonucuna götürmektedir.⁵⁷⁵

Sonuç olarak, Alman hukukunda her iki kurumun birbirleriyle sınırlandırılma ölçütleri, esnektir ve geçişkendir.⁵⁷⁶ Özellikle şüpheli olan durumlarda, içtihatlarda yapılan sınırlandırma ölçütleri çoğunlukla keyfidir.⁵⁷⁷ Öyle ki, mahkemeler, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko boşluklarının hangi durumlarda sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre doldurulması gerektiğini ve yine hangi durumlarda işlem temelinin konusu olacağına ilişkin genel geçer kıstaslar ortaya koy(a)mamaktadır. Bu nedenle, *Medicus*'un ifade ettiği gibi, BGB § 313 hükmü

⁵⁷² Bkz., yuk., § 2, II, 2, B, b, Brox ve Medicus ile Nicklisch'in Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumundan Hareket Eden Görüşleri. Özellikle: **Köhler**, s. 116; **Litbarski**, JZ 1981, s. 11; **Larenz**, (Ergänzende Vertragsauslegung), s. 158, 162; **Reiter**, s. 159; **StaudingersKomm-Roth**, § 157 BGB, Nr. 9.

⁵⁷³ Alman Federal Mahkemesi, son zamandaki içtihatlarında açık bir şekilde sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla sözleşmenin uyarlanmasından bahsetmektedir. Bkz., BGH 03.07.1981, BGHZ 81, 135 (143) (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung/ Roggenklauseln, çavdar kaydı olayı); BGH 01.02.1984, BGHZ 90, 69 (74)= NJW 1984, s. 1177 (1178); BGH 01.02.1990, NJW-RR 1990, s. 601 (602), (Architektenvertrag/ Rechtsänderung); BGH 11.05.2001, Az.V ZR 492/ 99.

⁵⁷⁴ StaudingersKomm-Schmidt, § 242 BGB, Nr. 1101.

⁵⁷⁵ **Reiter**, s. 160; **Medicus**, (FS Flume I), s. 634 vd.; **Schellhammer**, Nr. 1998.

⁵⁷⁶ **Hartkopf**, s. 274 vd., 276; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 304; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 9; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 131 vd.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 17; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 11.

⁵⁷⁷ Örneğin, çavdar kaydı olayı gibi (bkz., BGH 03.07.1981 BGHZ 81, 135 (143) (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung/ Roggenklauseln). Bkz., **Medicus**, (FS Flume I), s. 634 vd.; **Rauh**, s. 58; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 131 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 11.

yürürlüğü girdikten sonra dahi sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile işlem temelinin bozulması kurumu arasında sınırın belirsizliği devam etmektedir.⁵⁷⁸

ad. Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerden Dolayı Fesih Hakkına Göre Taraflara Yüklenilen Sözleşme Rizikoları

aaa. Genel Olarak

Sürekli borç ilişkileri -üzerinde uzlaşılan genel bir tanımı olmamakla birlikte- sürekli veya periyodik bir şekilde ifa edilecek edimlerin borçlandığı ve edimin kapsamının, hukuki ilişkinin devamı göz önünde bulundurularak belirlendiği borç ilişkisi olarak tanımlanabilir. Sürekli borç ilişkileri özellikle kira, hâsılat kirası, ariyet, vedia, hizmet, şirket, leasing, factoring, franchising gibi sözleşmelerde söz konusudur.⁵⁷⁹

Sürekli borç ilişkilerinde tipik sözleşme rizikosunu, borçlanılan ve ancak daha sonra ifa edilecek olan edimin kapsamının başlangıçta tam olarak belirleme imkânının olmamasıdır; öyle ki, öngörülemeyen nedenlerden ötürü sonradan ifa edilecek olan edimin kapsamı değişebilmektedir.⁵⁸⁰ Buna bağlı olarak, BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesinden hareketle, doktrin ve mahkeme kararlarıyla sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı kabul edilmiştir.⁵⁸¹ Bu kurum, reform kanunu ile birlikte, BGB § 314 hükmünde kanunlaşmıştır. “Genel” nitelikte bu düzenleme dışında kanunda düzenlenen özel borç ilişkileri bakımından önemli

⁵⁷⁸ **Medicus**, Nr. 876, 879. Aynı yönde: **Nauen**, s. 351; **Schellhammer**, Nr. 1998.

⁵⁷⁹ Bkz., **Flume**, s. 514; **Haarmann**, s. 127 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 270; **StaudingersKomm**, **Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1385 vd.; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 832; **Ehmann/Sutschet**, s. 186 vd.; **Medicus**, Nr. 874; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 141 vd.; **MünchKomm-Gaier**, § 314 BGB, Nr. 3, 11vd.; **Bamberger/Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 27, § 314 BGB, Nr. 3, 4; **Erman-Hohloch**, § 313 BGB, Nr. 52, § 314 BGB, Nr. 1 vd. 16; **KompaktKomm-Hirse**, § 314 BGB, Nr. 1 vd., 3; **StudienKomm-Kropholler**, § 314 BGB, Nr. 1 vd.; **Emmerich**, § 27, Nr. 41 vd.; **Häublein**, ZMR 2005, s. 1 vd.

⁵⁸⁰ **Angermeir**, s. 192 vd.; BGH 26.09.1996, BGHZ 133, 316 (320) = NJW 1997, s. 1702 (1704); BGH 17.12.1998, NJW 1999, s. 1177 (1178).

⁵⁸¹ **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 188; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 141; **Bamberger/Roth-Grüneberg**, § 314 BGB, Nr. 3; **KompaktKomm-Hirse**, § 314 BGB, Nr. 1; **Angermeir**, s. 191 vd.; **StudienKomm-Kropholler**, § 314 BGB, Nr. 1 vd. Sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının BGB § 242 hükmüne dayandığı hakkında bkz., OLG Hamburg 04.11.1991, NJW-RR 1992, 207; OLG Brandenburg, 30.06.1998, NJW-RR 2000, s. 931 (932).

nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen özel nitelikteki daha başka tamamlayıcı hükümler de bulunmaktadır.⁵⁸²

BGB § 314/I hükmüne göre:

“Sürekli borç ilişkilerini, her bir taraf, önemli nedenlerin bulunması halinde, olağanüstü bir şekilde feshedebilir. Önemli neden, somut olayın tüm şartları dikkate alındığında ve her iki tarafın menfaatleri tartıldığında, kararlaştırılan sona ermeye kadar veya fesh-i ihbar süresinin dolmasına kadar borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesidir.”⁵⁸³

Madde hükmünde ifade edildiği üzere, sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü bir şekilde feshedilmesinin sebebi, borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesidir. Beklenilmezliğin ölçüsü ise, “önemli neden”dir. Önemli neden olarak borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesinde, somut olayın tüm şartları, özellikle de sözleşmedeki ve kanundaki sözleşme rizikosunun paylaşılmasına ilişkin düzenlemelerin, dikkate alınması gerekir.⁵⁸⁴

BGB § 314/II hükmüne göre, sürekli borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesine sebep olan önemli nedenler, özellikle borca aykırılık (ve bu arada koruma yükümlülüklerine aykırılık) durumlarından kaynaklanır. Bu bağlamda, yine madde hükmüne göre, kararlaştırılan bir edimin hiçbir surette yerine getirilmemiş olması veya sözleşmeye göre yerine getirilmemesi durumunda, alacaklıya dönme hakkı veren BGB § 323/II hükmündeki dönme nedenleri, sürekli borç ilişkileri bakımından, önemli nedenler arasında yer alır.⁵⁸⁵ Bununla birlikte, BGB § 314/II

⁵⁸² Örneğin: BGB §§ Karz sözleşmesi için 490, kira sözleşmesi için 543, hizmet sözleşmesi için 626, şirket sözleşmesi için 723 hükümleri.

⁵⁸³ Bu tanım, BGB § 314 hükmünün kanunlaşmasından önce Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarında kullanılmaktadır. Bkz., BGH 30.01.1964, BGHZ 41, 104 (108) = NJW 1964, s. 1129; BGH 26.09.1996, BGHZ 133, 316 (320)= NJW 1997, s. 1702. Bu tanım, hizmet sözleşmesinin önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen BGB § 626 hükmünde de aynen tekrarlanmıştır.

⁵⁸⁴ **KompaktKomm-Hirse**, § 314 BGB, Nr. 6; **Erman-Hohloch**, § 314 BGB, Nr. 4; **HandKommentar-Schulze**, § 314 BGB, Nr. 2; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 314 BGB, Nr. 13; **MünchKomm-Gaier**, § 314 BGB, Nr. 10 vd.; **StudienKomm-Kropholler**, § 314 BGB, Nr. 3; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 314 BGB, Nr. 8; **JauernigKomm-Stadler**, § 314 BGB, Nr. 5; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 314 BGB, Nr. 21; **Hütte/ Helbron**, Nr. 844 vd., 850.

⁵⁸⁵ Bkz., **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 191; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 314 BGB, Nr. 10; **MünchKomm-Gaier**, § 314 BGB, Nr. 11; **Erman-Hohloch**, § 314 BGB, Nr. 7; **Palandt-Heinrichs**, §

hükmü anlamında önemli neden, sadece borca aykırılık durumları ile sınırlı değildir. Burada önemli olan, sürekli borç ilişkisinde somut olayın tüm şartları dikkate alındığında borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesidir.⁵⁸⁶ Bu nedenle, borca aykırılık oluşturmaya dahi, borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilemediği başka durumlarda da sürekli borç ilişkileri önemli nedenlerle feshedilebilir.⁵⁸⁷ Nitekim madde hükmünün gerekçesinde, önemli nedenlerin maddede sayılanlardan ibaret olmadığı, daha başka nedenlerin de önemli neden oluşturabileceğine işaret edilmektedir. Ancak, hükmün gerekçesinde, başka önemli nedenlerin ne olduğu hakkında her hangi bir açıklama yapılmamaktadır.⁵⁸⁸

aab. Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerle Fesih Hakkı İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması

BGB § 314 hükmüne göre sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü feshedilmesi bakımından önemli neden, borcun ifasının borçludan beklenilememesidir. İşlem temelinin bozulmasına ilişkin BGB § 313 hükmünde de sözleşmeyle aynen bağlı kalmanın borçludan beklenilemediği durumlar düzenlenmektedir. Ayrıca, hem BGB § 314 hem de BGB § 313 hükümleri, dürüstlük ilkesinden kaynaklanmakta olup, her ikisinde de beklenilmezlik denetimi, sözleşme rizikosunun paylaşılması temelinde yapılmaktadır. Bu nedenle, her iki norm da BGB § 242 hükmü temelinde gelişen “en son çare” normlarıdır.⁵⁸⁹ İşte, her iki hüküm arasındaki bu yakın ilişki, söz konusu kurumlar arasında yarışma sorununu ve somut olaydan uygulama alanlarının nasıl ayrılacağı sorununu gündeme getirmektedir. Bu konuda, BGB §§ 313 ve 314 hükümleri kanunlaşmadan önce, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerle

314 BGB, Nr. 8; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 314 BGB, Nr. 24 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 845; **StudienKomm-Kropholler**, § 314 BGB, Nr. 3.

⁵⁸⁶ BGH 11.02.1981, NJW 1981, s. 1264; BGH 17.12.1986, WM 1987, s. 431 (433); BGH 02.02.1982, NJW 1989, s. 1482 (1483); BGH 02.05.1991, NJW-RR 1991, s. 1266 (1267); BGH 09.10.1991, WM 1992, s. 156 (157).

⁵⁸⁷ **Erman-Hohloch**, § 314 BGB, Nr. 4 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 314 BGB, Nr. 7; **Bamberger/Roth-Grüneberg**, § 314 BGB, Nr. 10 vd.; **MünchKomm-Gaier**, § 314 BGB, Nr. 12; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 314 BGB, Nr. 25 vd., 30; **Hütte/ Helbron**, Nr. 845, 848.

⁵⁸⁸ Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 178.

⁵⁸⁹ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 270; **Oetker**, s. 419; **Bender**, s. 127.

feshedilmesi ile işlem temelini bozulması arasındaki ilişki hakkında doktrinde üç temel görüş bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre⁵⁹⁰, sürekli borç ilişkilerinde işlem temelini bozulması, aynı zamanda sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü feshedilmesi bakımından önemli bir neden oluşturur. Ancak, önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda, artık işlem temelini bozulmasına gidilemez. Çünkü sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenden dolayı fesih hakkı, işlem temelini bozulmasının somutlaştırılmasıdır. Dolayısıyla daha özel niteliktedir. Bu nedenle de sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının işlem temelini bozulmasına göre mutlak bir önceliği vardır. Alman Federal Mahkemesi'nin eski tarihli bazı kararları bu yöndedir.⁵⁹¹

Doktrindeki hâkim görüşe göre ise⁵⁹², gerçi sürekli borç ilişkilerinde işlem temelini bozulması, aynı zamanda sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü feshedilmesi bakımından önemli bir neden oluşturur. Ancak, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının, işlem temelini bozulmasına göre mutlak değil, nispi bir önceliği vardır. Çünkü sözleşme hukuku bakımından önemli olan, her durumda mümkün olduğu sürece sözleşmenin ayakta tutulmasıdır. İşlem temelini bozulması kurumu, uyarılma imkânı tanıyarak sözleşmenin devamına imkân verir. Sözleşmenin uyarlanması imkân dâhilinde iken sözleşmenin feshinin istenilmesi ise, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. Bu nedenle, sözleşmenin kaçınılmaz bir şekilde sona erdirilmesinin gerekli olduğu durumlarda, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının kullanılması, işlem temelini bozulmasına göre önceliklidir. Ancak, sözleşmenin uyarlanmasının imkân dâhilinde olduğu durumlarda, gerçekleşen riziko işlem temelini bozulması kurumunun konusudur.

⁵⁹⁰ Özellikle: **Flume**, s. 514; **Emmerich**, JuS 1978, s. 851; **Stötter**, NJW 1971, s. 1993.

⁵⁹¹ Örneğin bkz., BGH 14.04.1957, BGHZ 24, 91 (95).

⁵⁹² **Haarmann**, s. 127 vd. 130 vd.; **Oetker**, s. 421; **Chiotellis**, s. 162 vd.; **StaudingersKomm**, **Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1391 vd.; **Horn**, s. 580; **MünchKomm-Roth**, (1994), § 242 BGB, Nr. 691.

Alman Federal Mahkemesi'nin de son zamanlardaki içtihatları ise, esas itibariyle bu görüşe yakındır.⁵⁹³

Yukarıdaki her iki görüş, işlem temelini bozulması kurumunun sınırlı bir uygulama alanı olduğunu kabul etmektedir. Ancak, doktrinde savunulan ve daha isabetli olan üçüncü görüşe göre ise⁵⁹⁴, önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı ile işlem temelini bozulması arasında hiçbir yarışma sorunu yoktur. Çünkü önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı, borçlunun borca aykırı hareket etmesi veya taraflar arasındaki güven ilişkisini bozacak nitelikte başka davranışlarda bulunması gibi, fesih beyanının muhatabının sorumlu tutulduğu nedenlerden kaynaklanır. Oysa işlem temelini bozulması, sözleşmenin her iki tarafının da sorumlu tutulmadığı nedenlerden kaynaklanır. Bu bakımdan, her iki kurumun uygulama alanı farklıdır.⁵⁹⁵

Alman hukukunda BGB § 314 hükmünün kanunlaşmasından sonra da bu tartışmalar devam etmektedir. Bu konudaki tartışmalardan ilki, sürekli bir borç ilişkilerinde sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi halinde sözleşmenin uyarlanmasının imkân dâhilinde olduğu durumlarda sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen BGB § 314 hükmünün mü yoksa işlem temelini bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün mü uygulanacağına ilişkindir.

Doktrinde hâkim olan görüş⁵⁹⁶, tıpkı reform kanununun kanunlaşmadan önceki hâkim görüş gibi, sürekli borç ilişkilerinde gerçekleşen sözleşme rizikosu karşısında sözleşmenin uyarlanmasının söz konusu olduğu durumlarda, BGB § 313 hükmünün

⁵⁹³ Örneğin bkz., BGH 09.10.1996, ZIP 1997, 257 (259).

⁵⁹⁴ **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 314 BGB, Nr. 8; **Hirsch**, s. 150 vd.

⁵⁹⁵ Alman Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları da vardır. Örneğin bkz., BGH 27.03.1991, NJW 1991, s. 1828 (1829).

⁵⁹⁶ **Heßhaus**, s. 62; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 196; **Hey**, s. 36; **Medicus**, Nr. 874; **MünchKomm-Gaier**, § 314 BGB, Nr. 3, 12; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 141, 145; **Erman-Hohloch**, § 314 BGB, Nr. 16; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 27, § 314 BGB, Nr. 21; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 12; § 314 BGB, Nr. 2; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 26; **Larenz/Wolf**, § 38, Nr. 52; **Bender** s. 49; **StudienKomm-Kropholler**, § 314 BGB, Nr. 1; **Emmerich**, § 29, Nr. 27; **Hütte/Helbron**, Nr. 859; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 22.

BGB § 314 hükmü karşısında öncelikle uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, kanunun gerekçesinde de kabul edilmektedir.⁵⁹⁷

Doktrindeki azınlık görüşü ise⁵⁹⁸, her iki düzenleme somut olayda yarışabilir. Her iki düzenleme arasındaki yarışma sorunu, söz konusu hükümlerin unsurları esas alınarak belirlenmelidir. Yoksa somut olaya hangi düzenlemenin uygulanması gerektiği konusunda hukuki sonuçlara belirleyici bir önem atfedilmesi doğru değildir. Yani önemli olan, somut olayda her iki düzenlemenin uygulama şartlarının bulunup bulunmadığıdır. Somut olayda her iki düzenlemenin de uygulama şartları bulunuyorsa, söz konusu düzenlemelerden her hangi birine göre sözleşmeye müdahale edilmesi talep edilebilir. Sonuç olarak, her iki düzenlemeden birinin diğeri karşısında üstünlüğü veya önceliği yoktur. Ancak, somut olayda BGB § 314 hükmünün şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda, söz konusu düzenleme önemli nedenlerden dolayı sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafa çok daha iyi bir koruma sağlamaktadır. Bu nedenle, BGB § 314 hükmünün unsurlarının somut olayda bulunması durumunda, sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın BGB § 313 hükmüne başvurması kendi lehine olur.

Bir başka tartışma konusu ise, sürekli bir borç ilişkisinin gerçekleşen sözleşme rizikosu nedeniyle sözleşmenin feshedilmesinin kaçınılmaz olduğu durumlarda, önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen BGB § 314 hükmünün mü; yoksa işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün mü uygulanacağına ilişkindir.

Doktrindeki bir görüşe göre ise⁵⁹⁹ ve Alman Federal Mahkemesi'nin görüşüne göre⁶⁰⁰, sözleşmenin feshini gerektirecek olan önemli nedenin hafif nitelikte olması durumunda, BGB § 314 hükmünün; önemli nedenlerin eşit ağırlıkta olması durumunda hem BGB § 314 hem de BGB § 313 hükmünün; ve en nihayetinde daha

⁵⁹⁷ Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 177.

⁵⁹⁸ **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 832. Aynı yönde: **Angermeir**, s. 191 vd.; **Ehmann/ Sutschet**, s. 188.

⁵⁹⁹ **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 832; **Rösler**, ZGS 2003, s. 389; **Ehmann/ Sutschet**, s. 188; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 314 BGB, Nr. 7; **Emmerich**, § 27, Nr. 42.

⁶⁰⁰ Bkz., BGH 26.09.1996, BGHZ 133, 316 (320) = NJW 1997, s. 1702 (1704).

ağır nitelikteki önemli durumların gerçekleşmesi durumunda ise, BGB § 313 hükmünün uygulanması gerekir. Zira beklenilmezlik unsuru bakımından işlem temelinin bozulmasının şartları, önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının şartlarından daha ağırdır.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre ise⁶⁰¹, her iki kurum bakımından somut olayda sözleşme rizikosunun paylaşılması temelinde sözleşmeyle bağlı kalmanın beklenilip beklenilemeyeceğinin denetimi yapılmaktadır. Ayrıca sürekli borç ilişkisinde işlem temelinin çöktüğü durumlar, aynı zamanda sürekli borç ilişkisinin olağanüstü feshi bakımından da “önemli neden” olarak kabul edilmektedir.⁶⁰² Dolayısıyla, yapılan beklenilmezlik değerlendirmesi sonucunda, her iki kurum bakımından da sözleşmeyle bağlı kalınması son tahlilde ya beklenilebilir ya da beklenilemez. Bundan başka neyin “beklenilemeyeceği” neyin ise “daha da beklenilemeyeceği” arasında bir ayırım yapma imkânı yoktur. Bu nedenle Alman Federal Mahkemesi’nin sınırlandırma kriterleri ikna edici değildir. Bunun yerine, “her iki kurumun hem şartları hem de hukuki sonuçlarının” örtüştüğü durumlarda, sorunun çözümü konusunda genel norm-özel norm ilişkisinden hareket etmek gereklidir. Buna göre, somut olayda önemli nedenlerden dolayı olağanüstü fesih hakkı, kanunda özel olarak düzenlenmiş olması durumunda⁶⁰³, söz konusu özel düzenleme, hem BGB § 314 hem de BGB § 313 hükümlerine göre öncelikle uygulanır.⁶⁰⁴ Ancak böyle özel bir düzenlemenin olmadığı durumlarda ise, BGB § 314 hükmünün BGB § 313 hükmüne göre önceliği vardır; çünkü BGB § 314 hükmü, sadece sürekli borç ilişkileri bakımından geçerli olan bir normdur. İşlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB §

⁶⁰¹ **Hase**, NJW 2002, s. 2278 vd.; **Lettl**, JuS 2001, s. 248; **Medicus**, Nr. 873; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 196; **Hey**, s. 36; **MünchKomm-Gaier**: § 314 BGB, Nr. 3, 12; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 141, 145; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 12; **Erman-Hohloch**, § 314 BGB, Nr. 16; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 26; **Bender**, s. 49, 127; **Hütte/ Helbron**, Nr. 861; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 22. Sorunun genel hüküm – özel hüküm temelinde çözümlenmesi gerektiği, mahkemenin söz konusu kararından çok daha önce doktrinde savunulmuştur. Bkz., **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 270; **StaudingersKomm, Schmidt**, § 242 BGB, Nr. 1393.

⁶⁰² Bu yargı, diğer görüş bakımından da geçerlidir. Çünkü Alman Federal Mahkemesi, söz konusu kararında işlem temelinin değerlendirme kriterlerinin daha da ağır olduğunu kabul etmektedir. Bkz., **Medicus**, Nr. 873.

⁶⁰³ Örneğin: kira sözleşmesi için BGB § 543.

⁶⁰⁴ Esasında bu konuda her iki görüş arasında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 177; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 832; **Ehmann/ Sutschet**, s. 188.

313 hükmü ise, tüm sözleşmeler bakımından geçerli olan bir düzenlemedir. Dolayısıyla, her iki kurumun şartları ve hukuki sonuçlarının örtüştüğü durumlarda, gerçekleşen riziko sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen BGB § 314 hükmünün konusunu oluşturur.

Sürekli borç ilişkilerinde “sözleşmenin uyarlanması imkânının olduğu durumlarda” sözleşmeye bağlılık ilkesine uygunluk oluşturduğu gerekçesiyle BGB § 313 hükmünün uygulanması gerektiğini savunun hâkim görüş, ikna edici değildir. Çünkü burada savunulan görüşe göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi, hiçbir şekilde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz.⁶⁰⁵ Öte yandan, gerçekleşen sözleşme rizikosu karşısında “sürekli borç ilişkisinin kaçınılmaz şekilde sona erdirilmesinin gerekli olduğu durumlarda”, gerçekleşen sözleşme rizikosunun “ağırlığı”ndan hareketle her iki kurumun uygulama alanlarının belirlenmesine çalışan görüşe ilişkin olarak hâkim görüşün itirazları yerindedir. Ancak hâkim görüşün, sürekli borç ilişkilerinin kaçınılmaz olarak sona erdirilmesinin gerekli olduğu durumlarda, özel norm-genel norm ayırımından hareketle çözüm önerisini sunması, kendi içerisinde çelişkilidir. Çünkü her iki kurumun birbiriyle sınırlandırılması konusunda özel norm-genel norm ayırımından hareket edilirse, sadece sürekli borç ilişkisinin kaçınılmaz bir şekilde sona erdirilmesinin gerekli olduğu durumlarda değil, aynı zamanda sözleşmenin uyarlanması imkânının olduğu durumlarda dahi bu ayırımdan hareket edilmesi gerekir. Bu durumda ise, sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerle feshedilmesine ilişkin BGB § 314 hükmünün dışında özel nitelikte bir tamamlayıcı düzenlemenin olması halinde (örneğin kira sözleşmesine ilişkin olarak BGB § 543/I hükmü gibi), böyle bir düzenlemenin uygulanacağı bir sözleşmede (örneğin kira sözleşmesinde) işlem temelinin bozulması ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunamaz. Çünkü hem hâkim görüş hem de azınlık görüşü, en nihayetinde sürekli borç ilişkilerinde işlem temelinin bozulmasını, BGB § 314 hükmüne göre sözleşmeyi

⁶⁰⁵ Bkz., yuk., § 1, III, 2. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturmadığı Görüşü.

feshetme hakkı veren önemli bir neden olarak kabul etmektedir.⁶⁰⁶ Bunun sonucu olarak ise, örneğin kira sözleşmesinde denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşirse, işlem temelinin bozulması aynı zamanda sürekli borç ilişkilerinin feshedilmesi bakımından önemli bir neden kabul edildiği için, özel nitelikli düzenleme olarak kira sözleşmesine ilişkin BGB § 543/I hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Buna bağlı olarak da böyle bir durumda işlem temelinin bozulmasına ilişkin BGB § 313 hükmünün uygulanması tümüyle ihtimal dışı olur. Dolayısıyla da sözleşmenin uyarlanması imkanı tümüyle ortadan kalkar. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere⁶⁰⁷, her iki düzenlemenin somut olayda yarışması imkânı yoktur. Çünkü sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının tanınması, bu tür borç ilişkilerinde sözleşmenin diğer tarafına güveni bozulan tarafın sözleşmeyi sona erdirilmesindeki menfaatinin sözleşmenin ayakta tutulmasındaki menfaatten daha üstün tutulduğunun kabul edilmesindedir. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumları ise, taraflar arasında güven ilişkisinin bozulmasına ilişkin değildir. Dolayısıyla, her iki kurumun uygulama alanları tümüyle birbirinden farklıdır. Bu bakış açısından hareket edilmesi durumunda, somut olayda her iki kurumun yarışması da söz konusu olmayacaktır.

Sonuç olarak, Alman hukukunda işlem temelinin bozulmasına neden olan sözleşme rizikoları ve bu kapsamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğü, doktrinde hâkim görüş ve Alman Federal Mahkemesi'nin uygulamasında, aynı zamanda sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü feshedilmesi bakımından önemli bir neden oluşturduğu kabul edilmektedir. Ancak somut olayda her iki kurumun uygulama şartlarının bulunması durumunda hangi kurumun öncelikle uygulanması gerektiğine ilişkin olarak doktrinde hâkim görüş tarafından ve içtihatlarda kabul edilen kıstaslar yetersizdir. Buna karşın, işlem temelinin bozulmasının sürekli borç

⁶⁰⁶ Bkz., **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 832; **Hey**, s. 36; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 196; **KompaktKomm-Hirse**, § 314 BGB, Nr. 7; **Ehmann/ Sutschet**, s. 186; **MünchKomm-Gaier**, § 314 BGB, Nr. 12; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 145; **JauernigKomm-Stadler**, § 314 BGB, Nr. 2; **Erman-Hohloch**, § 314 BGB, Nr. 5; **Palandt-Heinrichs**, § 314 BGB, Nr. 9; **HandKommentar-Schulze**, § 314 BGB, Nr. 2; **JauernigKomm-Stadler**, § 314 BGB, Nr. 6; **Hütte/ Helbron**, Nr. 859; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 314 BGB, Nr. 30.

⁶⁰⁷ Bu görüş, BGB § 314 hükmünün kanunlaşmasından önceki üçüncü görüş olarak açıklanmıştır. Bkz., hemen yukarıda aynı başlık altında. Bu görüşümüze ilişkin açıklamalarımız için ayrıca bkz., aşa., § 4, IV, 2, B, b. Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerden Dolayı Fesih Hakkı.

ilişkilerinin olağanüstü feshedilmesi bakımından önemli bir neden oluşturmadığını kabul eden görüşten hareket edilirse, her iki kurum somut olayda birbiriyle yarışmaz.

ae. İmkânsızlığa İlişkin Hükümlere Göre Taraflara Yüklenilen Sözleşme Rizikoları

İmkânsızlık, Alman hukukunda BGB § 275 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hüküm, aynı anda hem alacaklının borç ilişkisi gereğince aynen ifayı talep etme yetkisinin sınırını; hem borçlunun asli edim yükümlülüğünün sınırını ve aynı zamanda da sözleşmeye bağlılık ilkesinin sınırını göstermekte olup, “borç ilişkisinin” ne zaman sona erdiğine ilişkin değildir. Maddenin birinci fıkrasında “gerçek imkânsızlık” düzenlenirken, ikinci fıkrasında “fiili imkânsızlık”, üçüncü fıkrasında ise “kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezlik” hükme bağlanmaktadır. Gerçek imkânsızlık durumunda borçlunun edim yükümlülüğü kendiliğinden sona erer. Bu nedenle maddenin birinci fıkrası, teknik anlamda itirazın konusudur. İkinci ve üçüncü fıkralarında ise, borçlu, edimin aynen ifasından kaçınma konusunda bir def’i hakkına sahiptir. Borçlunun bu def’i hakkını kullanmasıyla birlikte, tıpkı maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi, asli edim yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Alman hukukunda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçek imkânsızlık veya fiili imkânsızlık ya da kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezlik durumlarında alacaklının karşı edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulup kurtulamayacağı, BGB § 275/IV hükmünün yaptığı atıf gereğince, BGB § 326 hükmüne tabidir. Buna göre, borçlunun ifa engeline katlanmak zorunda olmaması durumunda, alacaklı da kural olarak karşı edim yükümlülüğünden kurtulur. Öyle ki, karşı edim hasarını alacaklı değil borçlu taşır. Öte yandan, borçlunun ifa engelinden sorumlu olması durumunda ise, alacaklının olası zararı tazmin talepleri, yine BGB § 275/IV hükmünün yaptığı atıf gereğince, sonraki ifa engelleri bakımından BGB §§ 280/I, III, 283 hükümlerinde; başlangıçtaki ifa engelleri bakımından ise, BGB § 311a /II hükümlerinde düzenlenmektedir.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Bkz., **Soergel-Wiedemann**, § 275 BGB, Nr. 33; **Ehmann/ Kley**, JuS 1998, s. 481 vd.; **Wagner**, JZ 1998, s. 482 vd.; **Fischer**, DB 2001, s. 1923 vd.; **Canaris**, JZ 2001, s. 499 vd.; **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 10 vd.; **Zimmer**, NJW 2002, s. 1 vd.; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 32; **Mattheus**, JuS 2002, s. 209 vd.; **Schwarze**, Jura 2002, s. 73 vd.; **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 5 vd.; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s. 45 vd.; **AnwKomm-Schuldrecht/ Dauner-Lieb**, § 275 BGB, Nr. 1 vd.; **Kittner**, Nr.

aaa. Gerçek İmkânsızlık (BGB § 275/I) İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması

BGB § 275/I hükmüne göre; borçlanılan edim, borçlu için veya herkes için imkânsız hale gelmiş ise, edime ilişkin talep hakkı ortadan kalkar. Söz konusu düzenleme, eski hukuktaki gerçek veya fiziki imkânsızlık⁶⁰⁹ olarak nitelendirilen durumları karşılamaktadır. Böyle bir durumda edim teorik olarak dahi yerine getirilemez.⁶¹⁰ Objektif (herkes için) imkânsızlık, acizlik⁶¹¹ olarak anılan subjektif (borçlu için) imkânsızlık⁶¹²; başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık; borçlunun sorumlu tutulduğu ve tutulmadığı imkânsızlık durumları; söz konusu düzenleme kapsamındadır.⁶¹³ Bu anlamda imkânsızlık, tabiat kanunlarından⁶¹⁴, hukuki nedenlerden⁶¹⁵ veya zamana ilişkin nedenlerden⁶¹⁶ kaynaklanabilir.⁶¹⁷

656 vd.; **Henssler/ Westphalen-Dedek**, § 275 BGB, Nr. 1 vd.; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 1 vd. 11 vd.; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 1 vd.; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 1 vd.; **Erman-Westerman**, Vor §§ 275-292 BGB, Nr. 4 vd.; **Klausch**, s. 51 vd.; **Fehre**, s. 20 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 363 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 13 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 1vd.; **Schellhammer**, Nr. 1655 vd.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 275 BGB, Nr. 1 vd.; **Emmerich**, § 3, Nr. 14 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 1 vd.

⁶⁰⁹ (Echte/wirkliche, physische Unmöglichkeit).

⁶¹⁰ **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 33 vd.; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 32 vd.; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 6; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 7 vd.; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 3 vd.; **Schellhammer**, Nr. 1660; **Klausch**, s. 84; **Fehre**, s. 22; **Emmerich**, § 3, Nr. 21; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 3 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 364 vd., 368 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 1 vd., 5 vd.

⁶¹¹ (Unvermögen).

⁶¹² Subjektif imkânsızlık durumunda, objektif imkânsızlıktan farklı olarak, edimin bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilmesi imkânı vardır. Ancak edim, her hangi bir üçüncü kişi tarafından değil, edim sonucuna ulaşabilen bir üçüncü kişi tarafından ifa edilebilir. Bunun pratik bakımdan önemi, borçlunun tasarruf yetkisinin olmadığı durumlarda görülür. Örneğin, borçlu kendisine ait olmayan bir malı satmıştır. Veya aynı saat diliminde çalışılması gereken iki adet iş sözleşmesi yapılmıştır. Burada teorik olarak borçlunun edim yükümlülüğünü artık yerine getirememesi durumu vardır. Bkz., **Wagner**, JZ 1998, s. 484; **Canaris**, JZ 2001, s. 499; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s. 50 vd.; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 51 vd.; **Kittner**, Nr. 687 vd.; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 10; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 55 vd.; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 3, 15; **Emmerich**, § 3, Nr. 31; **Fehre**, s. 23; **Fischer**, DB 2001, s. 1923 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 23 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 378; **Schwarze**, Jura 2002, s. 76; **Henssler/ Westphalen-Dedek**, § 275 BGB, Nr. 13; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 15.

⁶¹³ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 128 vd.; **Canaris**, JZ 2001, s. 499 vd.; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 831; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 34 vd.; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 4; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 7 vd., 55 vd.; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 3; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 6; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 4 vd.; **Emmerich**, § 3, Nr. 32; **Henssler/ Westphalen-Dedek**, § 275 BGB, Nr. 3; **Hütte/ Helbron**, Nr. 367.

Edimin gerçek imkânsızlığı halinde -imkânsızlığa katlanılması gerekip gerekmediği sorusundan bağımsız olarak- BGB § 275/I hükmü gereğince borçlunun “asli edim yükümlülüğü” kendiliğinden (ipso iure) sona erer.⁶¹⁸ Madde hükmünde geçen “edim” kavramı, Alman hukukunda edim fiili değil, edim sonucu olarak yorumlanmaktadır. Bu nedenle, edim fiili gerçekleştirilebiliyor olsa bile, edim sonucunun artık gerçekleşmediği durumlar, gerçek imkânsızlık olarak kabul edilmektedir.⁶¹⁹ Bu kapsamda olmak üzere, Alman hukukunda gerçek imkânsızlık olarak nitelendirilen iki önemli olay grubu vardır. Bunlardan ilki, “amaca ulaşılması”; diğeri ise, “amacın çökmesidir”.⁶²⁰

A m a c a u l a ş ı l m a s ı n d a⁶²¹ maddi edim alacaklısının edimin ifasından beklediği asıl amacı (yani, sözleşmede kararlaştırılan edim sonucu) gerçekleştirmiştir. Bundan böyle, edim fiili, maddi edim alacaklısı için artık anlamsız hale gelirken, edim sonucunun maddi edim borçlusu veya her hangi bir başka kimse tarafından

⁶¹⁴ Örneğin, kira konusunun yıldırım düşmesi sonucu yok olması gibi.

⁶¹⁵ Örneğin ithal edilecek malın ithalatının yasaklanması gibi. Veya edim konusu hakkında borçlunun tasarruf yetkisinin olmaması gibi.

⁶¹⁶ Örneğin, edimin yerine getirileceği zaman, tarafların yaptıkları sözleşmede borçlanılan edim sonucunun ayrılmaz bir parçası haline getirilmişse ve ayrıca ifa zamanı sözleşmenin amacı ve tarafların menfaatleri düşünüldüğünde daha sonradan ifa edilecek edim hiçbir yarar sağlamayacak kadar önemliyse, bu durumda vadesine ifa edilmeyen edim gerçek imkânsızlık oluşturabilir. Kesin vadeli işlemlerin vadesinde ifa edilmemiş olması çoğu zaman bu şekilde gerçek imkânsızlığa neden olur.

⁶¹⁷ Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 128,130; **AnwKomm-Schuldrecht/ Dauner-Lieb**, § 275 BGB, Nr. 6, 10; **Hensler/ Westphalen-Dedek**, § 275 BGB, Nr. 1; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 6 vd.; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 7 vd., 9, 31; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 5 vd.; **Fehre**, s. 22; **Hütte/ Helbron**, Nr. 370; **Emmerich**, § 3, Nr. 19; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 12.

⁶¹⁸ **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 831; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 67 vd.; **Kittner**, Nr. 685; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 2, 11 vd.; **Schellhammer**, Nr. 1657; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 67; **Emmerich**, § 3, Nr. 32; **Hütte/ Helbron**, Nr. 379; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 31 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 5, 24 vd.

⁶¹⁹ **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 7; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 275 BGB, Nr. 24; **Hütte/ Helbron**, Nr. 369.

⁶²⁰ Bkz., **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 151 vd.; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 20 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 381vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 18vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 10.

⁶²¹ (Zweckerreichung).

gerçekleştirilmesi imkânsız hale gelmektedir.⁶²² A m a c ı n ç ö k m e s i n d e ⁶²³ ise, maddi edim alacaklısının asıl amacına ulaşması (yani sözleşmede kararlaştırılan edim sonucunu elde etmesi), imkânsız hale gelmiştir.⁶²⁴

Gerçek imkânsızlık durumları ile işlem temelinin bozulmasının uygulama alanının somut olayda ayrılması konusunda her hangi bir yarışma sorunu yoktur; öyle ki, her iki kurum arasındaki sınır kolaylıkla belirlenebilir. Gerçek imkânsızlığın konusu olan sözleşme rizikolarının gerçekleştiği durumlarda ve bu anlamda olmak üzere amaca ulaşılması ve amacın çökmesinde, borçlu tarafından, edim sonucunun teorik bakımdan dahi yerine getirilme imkânı yoktur. İşlem temelinin konusu olan sözleşme rizikolarının gerçekleştiği durumlarda ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğünde ise, edim sonucunun gerçekleştirilmesi teorik bakımdan hâlâ imkân dâhilindedir.⁶²⁵ Dolayısıyla, edim sonucunun en azından borçlu bakımından imkânsız

⁶²² Örneğin, denizin sahile yakın bir yerinde kuma saplanan geminin saplandığı yerden çıkarılması amacıyla çağrılan romerkörün gelmesinden kısa bir süre önce, her hangi bir şekilde (örneğin, denizdeki su seviyesi yükselmesine bağlı olarak) geminin saplandığı yerden kurtulması durumunda; veya bir hastanın, çağrılan doktor gelmeden önce iyileşmesinde; ya da bir seti yıkmakla görevlendirilen işçinin, yıkma işine başlamadan önce setin bir şekilde (örneğin, fırtınaya bağlı olarak) yıkılması durumunda; yine, garajın önünü kapatan bir aracın çekilmesi için çağrılan çekicinin gelmesinden önce, bir şekilde (örneğin, araç sahibi tarafından) aracın kaldırılmasında, maddi edim borçlusu tarafından yerine getirilmesi gereken edim sonucu, onun her hangi bir müdahalesi olmaksızın bir başka şekilde gerçekleştiği için, edim sonucunu gerçekleştirmek artık imkânsız hale gelmiştir. Bkz., **Ehmann/ Kley**, JuS 1998, s. 489; **Soergel-Wiedemann**, § 275 BGB, Nr. 33; **Nauen**, s. 45; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 160 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 18; **Fehre**, s. 73; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 18; **Hütte/ Helbron**, Nr. 382; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 14; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 275 BGB, Nr. 24; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 10.

⁶²³ (Zweckfortfall- Zweckverfehlung).

⁶²⁴ Örneğin, bir geminin sahile yakın bir yerde değil de okyanusun ortasında her hangi bir nedenden dolayı kalması halinde, gemiyi tamir etmek veya çekmek amacıyla çağrılan romerkörün gelmesinden kısa bir süre önce, geminin tümüyle batması gibi. Veya hasta, yakını tarafından çağrılan doktor gelmeden hemen önce ölmüş olması gibi. Bu olaylarda, maddi edim alacaklısının tatmin edilme imkânı artık kalmadığı için onun amacı çökmüştür. Aynı zamanda da edim sonucunu gerçekleştirme imkânı kalmadığı için imkânsızlık söz konusudur. Bkz., **Soergel-Wiedemann**, § 275 BGB, Nr. 34; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 152 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 19; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 20 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 382 vd; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 14; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 275 BGB, Nr. 24; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 19; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 10.

⁶²⁵ Somut olayda, amaca ulaşılması ve amacın çökmesi ile amacın boşa çıkması olarak da adlandırılan amaç bozulmalarını (Zweckstörung), birbirine karıştırmamak gerekir. Amaca ulaşılması ve amacın çökmesinde, edim sonucu imkânsız hale gelmiştir. Örneğin “gemi olayında”, maddi edim borçlusunun edimi, gemiyi bulunduğu yerden kurtarmaktır. Ancak, geminin her hangi bir şekilde (örneğin, kendi kendine) saplandığı yerden kurtulduğu anda veya geminin batması durumunda, maddi edim borçlusu bakımından edim sonucu imkânsız hale gelirken, maddi edim alacaklısı için ise, edimin ifası anlamsız hale gelmiştir. Amaç bozulmasında ise, edim sonucu (yani, maddi edim alacaklısının asıl amacı) hâlâ

olduğu durumlarda, gerçekleşen sözleşme rizikosu, gerçek imkânsızlığın konusu olup, işlem temelinin ve dolayısıyla da işlem temelinin bozulmasının konusu dışındadır.⁶²⁶

aab. Fiili İmkânsızlık (BGB § 275/II) İle Gerçek İmkânsızlığın ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması

aaaa. Fiili İmkânsızlık

BGB § 275/II hükmüne göre: “Borç ilişkisinin içeriği ile birlikte dürüstlük ilkesi dikkate alındığında, borçlunun edimi, alacaklının edim menfaatine büyük bir orantısızlık teşkil eden masraflar gerektirirse; borçlu, edimin ifasından kaçınabilir. Borçludan beklenilmesi gereken çabaların belirlenmesinde aynı zamanda borçlunun ifa engeline katlanmak zorunda olup olmadığı da dikkate alınır”.

BGB 275/II hükmü, hükmün gerekçesinde ifade edildiği üzere, fiili veya pratik imkânsızlık⁶²⁷ olarak anılan olay gruplarıyla sınırlıdır. Bu olay gruplarında edim sonucunun yerine getirilmesi borçlu için veya herkes için imkânsız değildir; yani,

imkân dâhilindedir. Ancak, maddi edim alacaklısının bu asıl amacına bağlı olarak ulaşmak istediği kullanım amacına (diğer amacına =Verwendungszweck/ weiteres Zweck) somut olayda bazı durumlarda daha önce ulaşmıştır. Örneğin kaybolan köpeğin bulmasına ilişkin ilan verme sözleşmesinde, maddi edim alacaklısının asıl amacı ilan verilmesi; buna karşın kullanım veya diğer amacı, köpeğin bulunmasıdır. İlanın gazetede yayınlanmasından önce köpeğin bulunması durumunda, ilan kullanım amacı bozulmuştur. Amaç bozulmasına ilişkin diğer bazı olaylarda ise, alacaklının kullanım amacına ulaşma imkânı tümüyle ortadan kalkmış olabilir. Örneğin, bir babanın evlenecek kızı için mobilya satın alması olayında, mobilyayı satın alma asıl amaç; ancak, kullanım amacı, kızına çeyiz vermektir. Nişanın bozulması durumunda, edim sonucu yani babanın mobilya satın alma amacı hâlâ imkân dâhilindedir; ancak, onun kullanım amacı, yani çeyiz amacı artık kalmamıştır. Buna bağlı olarak amaç bozulmalarında asıl amaç, yani edim sonucu, maddi edim alacaklısı için imkânsız değil ama anlamsız hale gelmiştir. Amaç bozulmalarında edim sonucunun gerçekleşmesi hâlâ imkân dâhilinde olduğu için, amaç bozulmaları, Alman hukukunda Federal Mahkeme'nin istikrarlı kararlarında ve doktrindeki hâkim görüş tarafından imkânsızlık olarak değil, BGB § 313 hükmünde düzenlenen işlem temelinin bozulması kapsamında kabul edilmektedir. Bkz., **Köhler**, s. 81 vd.; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II, s. 324 vd.; **Soergel-Wiedemann**, § 275 BGB, Nr. 33; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 7; **KompaktKomm- Hirse**, § 313 BGB, Nr. 14 vd.; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 28 vd.; **Stadler**, § 313 BGB, Nr. 11, 18; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 36; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 161; **Fehre**, s. 75; **Hütte/ Helbron**, Nr. 399, s. 129; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 14; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 20; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 10; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 239; BGH 01.06.1979, BGHZ 74, 370 = NJW 1979, s. 1818 (1819) (Kaufvertrag/ Zweckstörung/ Bauerwartung); BGH 16.01.1953, MDR 1953, s. 283 (Bohrhämmer)

⁶²⁶ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 176; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 831; **Hey**, s. 40; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 313 BGB, Nr. 27; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 35; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 52; **Stadler**, § 313 BGB, Nr. 11; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 14; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 20; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 242; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 210; BGH 17.02.1995, NJW-RR 1995, s. 853 (854).

⁶²⁷ (Faktische oder praktische Unmöglichkeit).

edimin ifası en azından teorik bakımdan hâlâ mümkündür. Ancak borçlu, öyle önemli ve temelde de aşılamaz zorluklarla karşılaşmıştır ki, borçlu bakımından edimin yerine getirilmesi için gerekli olan masraflar, alacaklının edim menfaatlerine büyük bir orantısızlık oluşturacak şekilde artmıştır. Artık böyle bir durumda, borçlunun edimin aynen ifası için yapması gereken masraflar anlamsız hale gelmiştir; öyle ki, artık makul hiçbir kimse, özel bir neden olmaksızın bu şartlar altında edimin yerine getirilmesini düşünmeyecektir.⁶²⁸

BGB § 275/II hükmü, maddi edim borçlusuna def'i ileri sürmek suretiyle edimin ifasından kaçınma hakkı tanımaktadır. Ancak bunun bazı şartları vardır. Söz konusu düzenlemeye göre bunun için, öncelikli olarak borçlunun ifa masraflarının, alacaklının edim menfaatine büyük bir orantısızlık oluşturması gerekir.⁶²⁹ Borçlunun

⁶²⁸ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 128,130; **Wagner**, JZ 1998, s. 484; **Canaris**, JZ 2001, s. 501 vd.; **Koller/Roth/ Zimmermann**, s. 50; **Hey**, s. 40 vd.; **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 11; **Kittner**, Nr. 690; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 70 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 22; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 13; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 21 vd.; **Fehre**, s. 23; **Klausch**, s. 85; **Emmerich**, § 3, Nr. 46; **Hütte/ Helbron**, Nr. 394 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 18. Ayrıca bkz., BGH 08.06.1983, NJW 1983, s. 2873 (2874). Bu konuda doktrinde çok sayıda örnek verilmektedir. Örneğin, satıcı, alıcıya başkasına ait olan bir malı (parça borcu) satmayı taahhüt etmiştir. Ancak malik, orantısız derecede yüksek masraflar altında satışa razı olmaktadır. Yine, satılan mal (parça borcu) çalınmış veya kaybolmuştur ve böylelikle borçlunun (satıcının) yeniden malı elde etmesi için gerekli olan masraflar alacaklının (alıcının) edim menfaatine büyük orantısızlık teşkil edecek kadar katlanılmaz derecede yükselmiştir. Bundan başka, klasik olay, “yüzük olayı”dır. Bu olayda, satılan yüzük gemiyle taşıma sırasında düşüp denizin dibine batmıştır (bu olay, kanunun gerekçesinde de anılmaktadır., bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 129). Diğer olayların yanı sıra, bu olayda da kuşkusuz ki edimin ifası teorik bakımdan hâlâ imkân dâhilindedir; çünkü gelişmiş teknoloji sayesinde günümüzde okyanusların derinlerine kadar ulaşılabilir. Bugün için artık gerekli olan masraflar karşılanmak kaydıyla sırf deniz dibinde araştırmalar yapan ve batıkları ortaya çıkaran müteahhitler bulunmaktadır. Ancak, böyle bir saik olmaksızın yapılan sözleşmede bu tür bir ifa güçlüğünün ortaya çıkması, sözleşmeyi anlamsız hale getirecektir. Örnekler için bkz.: **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 11; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 13; **Emmerich**, § 3, Nr. 46; **Hütte/ Helbron**, Nr. 394. BGB § 275/II hükmüne benzer nitelikteki düzenlemeler Alman Medeni Kanunu'nun özel kısmında, satım sözleşmesine ilişkin olarak BGB § 439/III ve eser sözleşmesine ilişkin olarak da BGB § 635/III maddelerinde mevcuttur.

⁶²⁹ **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 13 vd.; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 76 vd.; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 24 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 395; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 21. Örneğin, bir terzi, (eser müteahhidi) eser sahibine 2.000 Auro bedel karşılığında bir elbise yapmayı taahhüt etmiştir. Elbisenin maddi masrafları müteahhidin takdirine göre 800 Auro'ya karşılık gelmektedir. Ancak, söz konusu materyallerin teslimat masraflarındaki artış sonucunda terzinin maddi masrafları 1200 Auro'ya ulaşmıştır. Öte yandan söz konusu materyalleri aldıktan sonra, onun dikiş makinesinde tamir edilemez bir arıza ortaya çıkmıştır. Yeni makinenin tekrar tesis edilmesinin masrafı ise, 1800 Auro'dur. Bunun yanında emeklilik kesintileri de bulunmaktadır. Tüm bunların dışında kişisel emeği de düşünüldüğünde artık kararlaştırılan ücret, müteahhit için hiçbir anlam ifade etmeyen bir orana ulaşmıştır. Elbisenin bir başka terzi de yapılmasının masrafları ise 1200 Auro'ya karşılık gelmektedir. Bu durumda masrafların sadece 1800 Auro nispetinde artırılırdı terzi edimin ifasıyla yükümlü olmaya devam edebilirdi. Gerçi, yeni

“ifa masrafları”, ekonomik değeri olan masrafları, yani, hem para şeklindeki masrafları hem de faaliyet ve benzeri nitelikteki kişisel çabaları kapsamaktadır.⁶³⁰ Madde metnine dikkat edilirse, orantısızlık oluşturan masraflar, sözleşme yapıldığı zaman başlangıçta öngörülen masraflarla değil (yani nispi ölçüye göre değil), alacaklının edim menfaati ile (yani mutlak ölçüye göre) nispet edilmektedir.⁶³¹ Kuşkusuz böyle bir durumda, alacaklının edim menfaatinden neyin anlaşılması gerektiğinin açıklanması gereklidir. Doktrinde kabul edildiği üzere, alacaklının edim menfaati, alacaklının, edimin aynen ifa edilmesindeki menfaatidir. Bunun ölçüsü, esas itibariyle, edim yerine geçen zararın tazmini miktarı esas alınarak belirlenir.⁶³²

makinenin tamirat masrafları da materyalin artan masrafları arasında sayılırsa, toplam masraf 3.000 Auro’ya ulaşmaktadır. Dolayısıyla, daha önce hesaplanılan masraflarla nispet edildiğinde ortada bir orantısızlık vardır. Ancak, BGB § 275/II hükmüne göre, borçlunun edimin ifasından kaçınabilmesi için, söz konusu masrafların orantısızlığı, başlangıçta öngörülen masraflarla değil, alacaklının edim menfaati ile nispet edilmelidir. Bkz., **Fehre**, s. 41.

⁶³⁰ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 130; **Canaris**, JZ 2001, s. 502; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 17; **Fehre**, s. 40; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 81; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 21.

⁶³¹ **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 44; **Huber/ Faust**, Kap. 2. s. 40; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s. 51; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 16; **Hütte/ Helbron**, Nr. 396 vd. Mutlak ölçüye göre, karar anında sadece borçlunun yerine getirmesi gereken masraflar ile alacaklının edim menfaatinin birbirinden farklı olması dikkate alınır. Buna karşın, şartlardaki değişiklik dikkate alınmaz. Nispi ölçüye göre ise, sadece şartlardaki değişiklik ölçüt olarak esas alınır. Burada, borçlunun masrafları ile alacaklının edim menfaati arasındaki ilişkinin, bir tarafa yük getirip getirmediği kontrol edilir. Ancak ve sadece böyle bir durumda bir orantısızlık kabul edilir. Bu, şu anlama gelmektedir. Somut olayda satıcı (borçlu), kendisi için özel ve elverişli bir sözleşme yaparsa, bu değişiklik mutlak ölçüye göre hiçbir orantısızlık oluşturmaya da nispi ölçüye göre, büyük bir orantısızlık oluşturabilir. Örneğin, satıcı alacıya 500 Auro karşılığında bir vazo satarsa, borçlu vazoyu 100 Auro karşılığında edinebilecek iken, şartların değişmesi nedeniyle 300 Auro’ya edinmesi durumunda, nispi düşünüş şekline göre bir orantısızlık ortaya çıkmıştır. Çünkü borçlunun ifa masrafları artmaktadır. Ancak, satıcı fiyat artışı ve buna bağlı olarak da maliyet artışı gerçekleşmiş olmasına rağmen hâlâ 200 Auro’luk bir kazanç sağlayabilmektedir. Bu nedenle BGB § 275/II hükmüne göre edim yükümlülüğünden kurtulabilmesi de haklı olarak görülemez. Nispi ölçüye göre ortaya çıkan orantısızlıklar ise -diğer şartların da olması kaydıyla- belki işlem temelinin bozulmasının konusu olabilir. Bkz., **Fehre**, s. 44.

⁶³² **AnwKomm-Schuldrecht/ Dauner-Lieb**, § 275 BGB, Nr. 15; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 16; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 79; **Fehre**, s. 42; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 77; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 25. Cins borçlarında alacaklının edim menfaati, alacaklının söz konusu cinsi piyasadan tedarik etmek için ödemesi gerekli olan objektif piyasa değerine göre takdir edilebilir. Yukarıdaki örnekte, eser sahibi söz konusu elbiseyi bir başka terziye yaptırırsaydı bu durumda 1.200 Auro ödemesi gerekecekti. Böylelikle alacaklının edim menfaati 1.200 Auro’dur (bkz., **Fehre**, s. 42). Parça borçlarında ise, somut belirli bir mal borçlanılmış olduğu için, alacaklının söz konusu malı piyasadan her zaman tedarik etme imkânı olmayabilir. Böyle bir durumda alacaklının edim menfaati, malın piyasa fiyatı belli olduğu müddetçe, malın piyasa değeri esas alınmak suretiyle belirlenebilir (bkz., **AnwKomm- Schuldrecht/ Dauner-Lieb**, § 275 BGB, Nr. 15; **Huber/ Faust**, Kap. 2. s. 32; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s. 51; **Fehre**, s. 42). Örneğin satılan bir arsayı alıcı bir üçüncü kişiye (alacaklı) satmak üzere anlaşılan satıcının

Bundan başka, alacaklının manevi (ideelle) yararları varsa bunlar da dikkate alınmalıdır.⁶³³ Ayrıca, alacaklının ekonomik nitelikteki diğer menfaatleri de somut olaya göre dikkate alınabilir.⁶³⁴

BGB § 275/II hükmüne göre, fiili imkânsızlık nedeniyle borçlunun edimin ifasından kaçınabilmesi için, borçlunun ifa masrafları ile alacaklının edim menfaati arasındaki orantısızlığın belli bir ölçüye ulaşmış olması gerekir. Bu ölçü yine madde metninde “büyük bir orantısızlık” kavramı ile ifade edilmektedir. “Büyük orantısızlık” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda ise, farklı görüşler vardır.⁶³⁵ BGB § 275/II hükmünde, büyük orantısızlık kavramına ilişkin olarak “borç ilişkisinin içeriğine”, “dürüstlük ilkesine” ve “borçlunun ifa engeline katlanmak zorunda olup olmadığına” atıfta bulunmaktadır.⁶³⁶

Doktrinde kabul edildiği üzere, “borç ilişkisinin içeriği” konusunda öncelikli olarak borçlunun sorumluluğunu düzenleyen BGB § 276/I hükmü, belirleyicidir. Bu madde, özellikle garanti veya tedarik rizikosunun üstlenilmesine işaret edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere, borçlu bir malın tedarikindeki rizikoları biliyorsa veya bu rizikolar sözleşmenin yapıldığı sırada açık seçik ortada ise ya da edimin ifası için

(borçlununun) önceki satıcının fiyat yükseltmesi karşısında ifadan kaçınmak istemesi durumunda alacaklının edim menfaati, benzer bir arsanın piyasadaki satış fiyatıdır (bkz., **Canaris**, JZ 2001, s. 503).

⁶³³ AnwKomm- Schuldrecht/ Dauner-Lieb, § 275 BGB, Nr. 15; Koller/ Roth/ Zimmermann, s. 51; MünchKomm-Ernst, § 275 BGB, Nr. 80; KompaktKomm-Willingmann/ Hirse, § 275 BGB, Nr. 16; StaudingersKomm-Löwisch, § 275 BGB, Nr. 77; Erman-Westerman, § 275 BGB, Nr. 25.

⁶³⁴ Örneğin borçlu tarafından kendisine satılması taahhüd edilen malı o da bir başkasına satmayı taahhüt etmiş ise, bu durumda buradan elde edeceği kar da alacaklının edim menfaati içerisinde kabul edilmelidir. Bkz., **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 77.

⁶³⁵ Örneğin *Faust*, somut bir ölçü vermek suretiyle, borçlunun ifa masraflarının alacaklının edim menfaatinin % 110 ve üzerinde olması durumunda, bu anlamda büyük bir orantısızlık olduğu görüşündedir. Bkz., **Huber/ Faust**, Kap. 2. Nr. 67 vd. Aynı yönde: **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 27. Buna karşın bu anlamda bir oran vermenin keyfilik olduğu doktrinde bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Örneğin bkz., **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 84. Alman Federal Mahkemesi ise, her hangi bir ölçüye işaret etmeksizin somut olaya göre bir değerlendirme yapmaktadır. Örneğin ağır yük kamyonunun aylık 10.830 Alman Markı üzerinden kiralanması olayında, kamyonun yaptığı arıza nedeniyle 150.000 Alman Markı tamirat masraflarına yol açması durumunda, kiralayana borçlunun eski hale getirme için gerekli olan masraflarının alacaklı olan kiracının edim menfaatine bu anlamda büyük bir orantısızlık oluşturduğu ve bu nedenle edimin ifasının borçludan beklenilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz., BGH 26.09.1990, NJW-RR 1991, s. 204.

⁶³⁶ **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 14; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 84 vd.; **Fehre**, s. 47; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 21 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 396.

gerekli olan masraflar, borçlu tarafından üstlenilen rizikonun kapsamında ise, normal vatandaşlar için mantık dışı olarak görülse bile, buna ilişkin tüm muhtemel masrafların rizikosu üstlenilmiş demektir. Örneğin, denize düşen yüzüğün çıkarılmasını borçlanmış olan bir borçlu, bununla bağlantılı sözleşme rizikolarını dikkate almış demektir. Dolayısıyla, tedarik rizikolarının üstlenildiği durumlarda büyük orantısızlık sadece istisnai durumlarda kabul edilebilir.⁶³⁷ Diğer taraftan bu konuda “borcun türü” de önemli rol oynar. Örneğin, bir parça borcunun tedarik edilmesinin kararlaştırılmış olması durumunda, borçludan beklenen masraflar, konusunu cins borcu oluşturan bir malın tedarik edilmesine ilişkin olarak borçludan beklenen masraflarla aynı değildir. Konusu parça borcu olan bir malın tedarikinin gerekli olması durumunda, bunun piyasadan her zaman kolay bir şekilde tedarik edilme imkânı olmayabilir. Buna karşın cins borçlarında, “cins yok olmaz” ilkesi gereğince, borçlunun edim yükümlülüğünden kurtulması, aksine bir düzenleme olmadığı sürece son derece istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Cins malın tedarikine ilişkin bir satım sözleşmesi yapıldıktan sonra söz konusu malın yurt içindeki stoklarının kalmaması nedeniyle yurt dışından tedarik edilmek zorunda kalınması, bu konudaki istisnai durumlardan biridir.⁶³⁸

BGB § 275/II hükmüne göre, büyük bir orantısızlığın mevcut olup olmadığı konusunda ölçü olarak alınan unsurlardan bir diğeri ise dürüstlük ilkesidir. Doktrinde hakim olan görüşe göre⁶³⁹, bu ilkenin dikkate alınması, orantısızlığın katlanılmaz bir boyuta ulaşması anlamındadır. Öyle ki, edimin mantıklı olan hiçbir kimse tarafından özel bir durum söz konusu olmadığı sürece söz konusu şartlar altında ifası düşünülmeyecek nitelikte ise ve aynı zamanda alacaklının aynen ifa talebi hakkın

⁶³⁷ **AnwKomm-Schuldrecht/ Dauner-Lieb**, § 275 BGB, Nr. 15; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 87 vd.; **Fehre**, s. 47; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 15; **Hütte/ Helbron**, Nr. 397.

⁶³⁸ **Canaris**, JZ 2001, s. 502; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 15; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 21; **Emmerich**, § 28, Nr. 27; **Hütte/ Helbron**, Nr. 397.

⁶³⁹ **AnwKomm- Schuldrecht/ Dauner-Lieb**, § 275 BGB, Nr. 14; **Hey**, s. 42; **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 13; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 70.; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 14; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 25, 26, 27; **Emmerich**, § 3, Nr. 61; **Hütte/ Helbron**, Nr. 398. *Löwisch*'e göre, burada özellikle güvenin korunması düşüncesi etkili olmuştur. Öyle ki, borçlu alacaklıya artan ifa masraflarına karşın borçlandığı edimi ifa edeceğini kabul etmiş ise, bu durumda dürüstlük ilkesi bakımından ifası beklenebilen bir edim söz konusudur (bkz., **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 85).

kötüye kullanılması niteliğinde ise, büyük bir orantısızlık olduğu kabul edilecektir.⁶⁴⁰ Ancak, “genel kayıtlara” ilişkin tüm durumlarda olduğu gibi, burada da somut bir ölçü verilmesinin zorluğu ortadadır.⁶⁴¹

BGB § 275/II hükmüne göre, orantısızlığın büyük olup olmadığı konusunda belirleyici olan başka bir unsur ise, söz konusu fıkranın son cümlesinde ifade edilmektedir. Buna göre, borçludan beklenen çabaların belirlenmesinde BGB §§ 276 vd. hükümlerine göre borçlunun ifa engelinden sorumlu tutulup tutulmadığı, örneğin ifa engelinin gerçekleşmesinde kasıt veya ihmalinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır. Sorumlu tutulma kriteri, tarafların korunmaya değer olup olmadığını belirlemesini sağlar. Burada sadece ifa engelinden sorumlu tutulup tutulmama değil, aynı zamanda da hangi ölçüye kadar sorumlu tutulmasının beklenilebileceği, yani sorumlu tutulmanın ölçüsü dikkate alınır.⁶⁴² Buna göre, borçlu ifa engelinin, yani sözleşme rizikosunun, gerçekleşmesinde kusurlu ise, örneğin kasıtlı veya hatalı bir şekilde ifa engelinin gerçekleşmesine neden olmuş ise, ifa engelinin gerçekleşmesinde kusuru bulunmayan borçluya nispet edildiğinde, söz konusu malın piyasa fiyatına göre kendisinden çok daha fazla çaba göstermesi beklenilir.⁶⁴³ Tersisi durum da geçerlidir.

⁶⁴⁰ Bu durum, kanunun gerekçesinde de ifade edilmektedir. Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 129 vd. Öte yandan *Canaris*, borçlu bakımından borcun ifasının dürüstlük ilkesine göre tümüyle katlanılmaz bir ölçüye ulaşması gerektiğini kabul etmekle birlikte (bkz., **Canaris**, JZ 2001, s. 502), ifadan kaçınma hakkının dürüstlük ilkesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılmasını haklı olarak eleştirmektedir. Çünkü BGB § 275/II ve aynı zamanda da BGB § 275/III hükümleri, def'inin konusudur; ancak, hakkın kötüye kullanılması yasağı, itirazın konusudur (bkz., **Canaris**, JZ 2001, s. 504).

⁶⁴¹ **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 88; **Fehre**, s. 47.

⁶⁴² **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 15; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 88; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 26; **Emmerich**, § 3, Nr. 60; **Hütte/ Helbron**, Nr. 399.

⁶⁴³ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 131; *Canaris*, JZ 2001, s. 503; **AnwKomm- Schuldrecht/ Dauner-Lieb**, § 275 BGB, Nr. 16; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 15; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 28; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 88; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 26; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 22; **Hütte/ Helbron**, Nr. 399. Örneğin, borçlunun kendisinin ifa engelinin gerçekleşmesinde kasıtlı bir şekilde kusurlu olduğu, yani malın daha önce satılmış olduğunu bildiği halde tekrar bir üçüncü kişiye sattığı, bir parça borcunu piyasa fiyatının % 3300 katı üzerinden yeniden tedarik etmekle karşı karşıya kalması halinde, bu anlamda büyük bir orantısızlıktan söz edilir (bkz., **BGH** 02.10.1987, **NJW** 1988, s. 699vd.). Buna karşın borçlunun ihmali nedeniyle ifa engelinin gerçekleşmiş olması durumunda, söz konusu malın yeniden tedarik edilmek zorunda kalınması halinde malın piyasa fiyatının % 180 üzerinde tedarik edilmek zorunda kalınması durumunda, bu anlamda büyük bir orantısızlık yoktur (bkz., **BGH** 04.07.1996, **NJW** 1996, s. 3269 vd.). Borçlunun

Yani, ifa engelinin gerçekleşmesinde alacaklının kusurunun olması durumunda veya borçlunun kusurunun alacaklının kusurundan daha az olması durumunda, BGB § 275/II hükmüne göre borçludan beklenen ifa çabalarının oranı daha da azalır.⁶⁴⁴

Tüm bu şartların gerçekleşmesi durumunda borçlu bir def'i hakkına sahip olup, edimin ifasından kaçınabilir (BGB § 275/II). Borçlunun asli edim yükümlülüğü bu şekilde sona ererken, karşı edimin kaderi BGB § 326 hükmüne göre tayin edilir. Buna göre, borçlunun sorumlu olmadığı bir ifa engeli gerçekleşmiş ise, bu durumda alacaklı, tali edim yükümlülüğüne (tazminat) ilişkin talep hakkını da kaybeder. Buna karşın borçlu da karşı edime ilişkin talep hakkını kaybeder (BGB § 326/I-1). Böyle bir durumda, borçlu, yine de edimin ifasından kaçınabiliyorsa, alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalabilir (BGB §§ 275/IV, 311a/II veya 283). Tüm bunlardan başka, borçlu, edimin ifası için gerekli olan orantısız masraflara rağmen, edimin ifası teorik bakımdan hâlâ mümkün olduğu için, karşılaştırılan daha yüksek karşı edimi elde edebilmek veya nam salmak amacıyla yükümlülüklerini yerine getirmeyi de deneyebilir.⁶⁴⁵

aaab. Fiili İmkânsızlık İle Gerçek İmkânsızlığın Uygulama Alanının Ayrılması

Fiili veya pratik imkânsızlık olarak da anılan durumlar (BGB § 275/II) ile gerçek imkânsızlık (BGB § 275/I) arasındaki sınır teorik bakımdan basit bir şekilde ortaya konulabilir. Fiili veya pratik imkânsızlığın konusu olan sözleşme rizikoları, gerçek imkânsızlığın konusu olan sözleşme rizikolarının sınırını oluşturur.⁶⁴⁶ Edimin gerçek imkânsızlığı halinde, en azından borçlu bakımından teorik olarak dahi edimin

hafif ihmalinin olması durumunda ise, malın piyasa fiyatının % 260 üzerinde tedarik edilmesi, yine büyük bir orantısızlık oluşturur (bkz.OLG Hamburg 13.02.2001, NJW-RR 2001, s. 1390).

⁶⁴⁴ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 131; **Canaris**, JZ 2001, s. 503; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 15; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 88; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 26; **Hütte/ Helbron**, Nr. 399. Borçlu ifa engelinden sorumlu olmaması durumunda, borçlunun ifa masrafları alacaklının edim menfaatine % 140 oranında bir orantısızlık oluşturması durumunda, büyük bir orantısızlıktan bahsedilir (bkz., BGH 26.09.1990, NJW-RR 1991, s. 204).

⁶⁴⁵ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 128, 130; **Canaris**, JZ 2001, s. 501 vd.; **Hey**, s. 43; **Ehmann/ Sutschet**, s. 184; **Schwarze**, Jura 2002, s. 78; **Huber/ Faust**, s. 26; **Rösler**, JuS 12/ 2004, s. 1060; **Emmerich**, § 3, Nr. 44 vd., Nr. 50.

⁶⁴⁶ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 129; **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 5, 11, 13; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 23; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 20; **Emmerich**, § 3, Nr. 46.

yerine getirilmesi imkânı kalmamıştır. Borçlu, edim yükümlülüğünden kendiliğinden kurtulur. Bu nedenle, borç sona erdiği için, gerçek imkânsızlık, itirazın konusudur. Fiili imkânsızlığın konusu olan sözleşme rizikoları, yani edimin beklenilmezliğinde ise, edimin ifası mümkündür; ancak, ifa engelinin aşılması için orantısız masrafları gerektirmesi nedeniyle, burada, gerçek imkânsızlığın aksine, imkânsızlıktan değil, ifa edilemezlikten bahsedilir. Ayrıca borçlu, asli edim yükümlülüğünden, gerçek imkânsızlıkta olduğunun aksine, kendiliğinden değil, BGB § 275/II hükmündeki şartların tamam olması halinde ifadan kaçınmaya ilişkin bir def'i hakkını ileri sürmek suretiyle kurtulur. Böylelikle borçluya, karşı edimi elde etme imkânı sağlanmış olmaktadır.⁶⁴⁷

aaac. Fiili İmkânsızlık İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması

Gerçek imkânsızlık ile fiili imkânsızlık arasındaki ayrımın teorik bakımdan basitliğine rağmen, fiili imkânsızlığın konusu olan sözleşme rizikolarının işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikolarıyla ve özellikle de ifa güçlüğüünün uygulama alanının ayrılması nispeten sorunludur. Çünkü ifa güçlüğü durumlarında da, tıpkı fiili veya pratik imkânsızlık durumlarında olduğu gibi, edimin ifası hâlâ mümkündür.⁶⁴⁸ Ancak, her iki kurum arasında esaslı ayrımlar bulunmaktadır. Şöyle ki;

Fiili imkânsızlık durumlarında, borçlunun asli edim yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği tespit edilir. Bu amaçla, “alacaklının edim menfaati” ile “borçlunun ifa masrafları” arasında yarar-masraf karşılaştırması yapılır. Bu kapsamda, öncelikle, ekonomik bakımdan anlamlı bir edimin söz konusu olup olmadığı belirlenir. Borçlunun ediminin ekonomik bakımdan anlamlı olup olmadığı, BGB § 275/II hükmünde ifade edildiği üzere, alacaklının edim menfaatine nispet edilerek değerlendirilir. Yapılan değerlendirme sonucunda borçlunun ifa masrafları borç ilişkisinin içeriği, dürüstlük ilkesi ve borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı da dikkate alındığında “alacaklının edim menfaatine”,

⁶⁴⁷ Canaris, JZ 2001, s. 504; Rösler, JuS 12/ 2004, s. 1060; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 2; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 73; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 21, 33 vd.; **Emmerich**, § 3, Nr. 46.

⁶⁴⁸ **KompaktKomm- Hirse**, § 313 BGB, Nr. 13, 27; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 14.

yani edimden elde ettiği yarara, büyük bir orantısızlık oluşturacak şekilde artmış ise, borçlu edimin ifasından kaçınabilir.⁶⁴⁹ Buna karşın ifa güçlüğü durumlarında, karşılaştırma ölçütü farklıdır. İfa güçlüğü durumlarında sözleşmenin kurulduğu andaki alacaklının ediminin değeri ile borçlunun ediminin değeri arasındaki denge ilişkisinin, şartların değişmesi sonucu borçlunun aleyhine olmak üzere bozulup bozulmadığı karşılaştırılır. Şüphesiz ki, ifa güçlüğü durumlarında da somut olayda borçlunun ifa masrafları artmış olabilir. Ancak, burada dikkatten kaçırılmaması gereken önemli bir konu vardır. Fiili imkânsızlık durumlarında borçlunun ifa masraflarının artması, alacaklının edimden elde ettiği yarara bir orantısızlık oluşturması durumunda önemli iken; ifa güçlüğü durumlarında borçlunun ifa masraflarının artması, sözleşmenin kurulduğu andaki alacaklının ediminin değeri ile borçlunun ediminin değeri arasındaki değer ilişkisinde borçlu aleyhine olmak üzere bozulma olması durumunda önemlidir. Bu bakımdan, borçlunun ifa masraflarının artması, “borçlunun edimi ile alacaklının edimi arasında sözleşmenin kurulduğu sıradaki denge ilişkisine” bunu borçlu aleyhine bozacak şekilde esaslı surette etki ediyorsa, BGB § 313 hükmündeki diğer şartların da olması kaydıyla, ifa güçlüğü; buna esaslı surette etki etmiyorsa, BGB § 275/II’deki diğer şartların da olması kaydıyla, fiili imkânsızlık söz konusu olur. Kısaca, ifa güçlüğünde, “alacaklının edimi” ile “borçlunun edimi” arasında borçlu aleyhine bir dengesizlik söz konusu iken; fiili imkânsızlıkta, edimler arasında her hangi bir dengesizlik yoktur; ancak, borçlunun ifa masrafları “alacaklının edim menfaatine” büyük bir orantısızlık oluşturacak şekilde artmaktadır.⁶⁵⁰ Ayrıca, ifa güçlüğü durumunda, yukarıda da ifade

⁶⁴⁹ Bkz., **Canaris**, JZ 2001, s. 502; **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 14; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 832; **Hey**, s. 42 vd.; **Bähr**, JuS 2002, Heft 3, s. 255; **Hirsch**, s. 106; **Angermeir**, s. 188; **Rösler**, JuS 12/2004, s. 1060; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 20; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 18.

⁶⁵⁰ Bkz., **Canaris**, JZ 2001, s. 501; **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 14; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 44, 51; **Hey**, s. 42 vd.; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 69, 93; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s. 52; **Fehre**, s. 44 vd.; **Hirsch**, s. 108; **Rösler**, JuS 12/2004, s. 1060; **Angermeir**, s. 188; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 20. Bu durum özellikle cins borcuna konu olan mallarda açık bir şekilde ortadadır. Çünkü özellikle cins borçlarında edimin ifası için gerekli olan masraflar ne kadar artarsa, alacaklının edim menfaati de benzer ölçüde artacaktır. Öyle ki, alacaklı borçlanılan edimi, piyasadan sadece artan fiyatlarla tedarik edebilecektir. Örneğin, 1973 yılında yaşanan petrol krizinin sonucunda Petrol İhrac Eden Ülkeler Birliği’nin (OPEK) ambargo yönündeki tutumu, benzin, mazot ve petrolden elde edilen diğer ürünlerde bu hammaddeye ihtiyaç duyan diğer ülkelerde önemli bir sıkıntının yaşanmasına neden olmuştur. Bu durum, yine eş zamanlı olarak doğalgazda da yaşanmıştır. Neticede de petrol ambargosu petrol ve türevlerinin fiyatlarının 5 kattan fazla artmasına neden olmuştur. Öyle ki,

edildiği üzere, sözleşme kurulduğu sıradaki edimler arasındaki denge ilişkisi ile sözleşmenin ifası sırasındaki edimler arasındaki denge ilişkisi karşılaştırılır. Yani, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulup bozulmadığı, şartların değişmesinden önceki durumla karşılaştırılarak belirlenir. Fiili imkânsızlıkta ise, şartların değişmesinden bağımsız olarak, edimin ifası aşamasında borçlunun ifa masraflarının alacaklının edim menfaatine büyük bir orantısızlık oluşturup oluşturmadığı karşılaştırılır.⁶⁵¹ Öte yandan, fiili imkânsızlık durumlarında her hangi bir orantısızlık, borçlunun def'i hakkını kullanması suretiyle asli edim yükümlülüğünden kurtulmasına neden olamaz. Doktrinde kabul edildiği üzere, bu öyle bir orantısızlık oluşturmamalıdır ki, borçlunun ifa masrafları alacaklının edim menfaati ile karşılaştırıldığında, edimin ifası için gerekli olan masraflar ekonomik bakımdan tümüyle anlamsız hale gelmiş olmalıdır. Bu nedenle, fiili imkânsızlıkta makul olan hiçbir alacaklı tarafından talep edilemeyecek ve yine makul olan hiçbir

1973 yılındaki Arap-İsrail Savaşı'ndan önce petrolün barrel fiyatı 1.99 Amerikan Doları iken 1973 yılının sonuna doğru 3.44 Amerikan Doları'na; 1974 yılının sonuna doğru ise 10 Amerikan Doları'na ulaşmıştır. Bu durum, uzun süreli sözleşmelerle petrol tedarik eden komisyoncu şirketler bakımından yıkıcı sonuçlara neden olmuştur. Çünkü daha önceden belirli bir fiyattan petrol tedarik etmeyi borçlanan komisyoncular, petrol ürünlerinin 5 kat oranında artmasına rağmen karşı edimleri aynı kalmıştır. Ancak Petrol Krizi'nin neden olduğu olaylar, fiili imkânsızlık olarak değil, ifa güçlüğü olarak kabul edilmektedir. Çünkü komisyoncunun (yani tedarik borçlusunun) maliyetinde bir artış söz konusu olsa da, petrolün piyasa fiyatı esas alındığında, aynı şekilde alacaklının da edim menfaatinin de (yani petrolden sağladığı ekonomik yararının da) paralel şekilde arttığı görülmektedir. Öyle ki, alacaklı, petrol ürünlerinin fiyatlarının arttığı söz konusu şartlarda bir başka komisyoncuyla yeni bir tedarik anlaşması yapmış olması durumunda, artık piyasada oluşan yeni fiyat üzerinden anlaşma yapmak zorunda kalacaktır. Buna karşın alacaklının edim menfaatine (yani petrolden sağladığı ekonomik yarara) paralel şekilde kendisinin ifa edeceği karşı ediminin değeri (para edimi) artmadığı için, borçlu bakımından edim (petrolün teslimati) ve karşı edim (para edimi) arasındaki denge ilişkisi, artık kendisi için hesaplı olmayacak şekilde bozulmaktadır. Dolayısıyla, dengesizlik, edimle karşı edim arasında ortaya çıktığı için fiili imkânsızlığın değil, ifa güçlüğü'nün konusu oluşturmaktadır. Bkz., **Rauh**, s. 206-207; **Bähr**, JuS 2002, s. 255; **Huber/ Faust**, Kap. 2. Nr. 41; **Rösler**, JuS 12/ 2004, s. 1060. Buna karşın, denizin dibine düşen "yüzük olayında", borçlu, yüzüğün piyasa değerinin örneğin otuz katı fazla bir masraf yapmak suretiyle çıkarsa dahi, böyle bir durumda alacaklının yüzüğe ilişkin edim menfaati, yüzüğün manevi değeri bir tarafa bırakılacak olursa, hâlâ yüzüğün piyasa değerine eşit veya yaklaşık olmaya devam edecektir. Dolayısıyla, alacaklının edim menfaati ile borçlunun ediminin değeri arasında esas itibariyle bir dengesizlik söz konusu olmayacaktır. Aksine, alacaklının edim menfaatinin (yani yüzüğün piyasa değerinin) borçlunun ifa masraflarına (yüzüğü çıkarması için yapacağı yüzüğün 30 katı masrafa) büyük bir orantısızlık oluşturması söz konusudur. Bu nedenle, yüzük olayında fiili imkânsızlık söz konusudur. Bkz., **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 14, 15; **Fehre**, s. 46; **Rösler**, JuS 12/ 2004, s. 1060. *Fehre*'ye göre, bu iki örnek karşılaştırıldığında, fiili imkânsızlığın daha ziyade parça borçlarında, ifa güçlüğü'nün ise, daha ziyade cins borçlarında söz konusu olduğu sonucuna da ulaşılabilir (bkz., **Fehre**, s. 46).

⁶⁵¹ **Canaris**, (Karlsruher Forum), s. 14; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 44; **Angermeir**, s. 188; **Fehre**, s. 44; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 18.

borçlu tarafından da ifasına çabalanılmayacak bir edim söz konusudur. Burada, edimin ekonomik bakımdan anlamlı şartlar altında piyasadan alınıp alınamayacağı sorusu, alacaklının bakış açısına göre cevaplandırılacaktır.⁶⁵² İfa güçlüğünde ise, şartlardaki değişmeye rağmen edimin ifası borçlu bakımından tümüyle anlamsız hale gelmemiştir. Burada, “sözleşmenin uyarlanması” suretiyle, makul bir borçlu tarafından da ifasına çabalanılabilecek bir edim söz konusudur.⁶⁵³ Bu nedenle, ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları, hem, hâkim görüş hem mahkeme uygulaması hem de BGB § 313 hükmünün gerekçesinde, fiili imkânsızlık (BGB § 275/II) kapsamında değil, işlem temelinin bozulması (BGB § 313) kapsamında kabul edilmektedir.⁶⁵⁴

Her iki kurum arasındaki ayrıma ilişkin teorik düzeydeki bu açıklamalara karşın, somut olayda gerçekleşen ifa güçlüğü hakkındaki sözleşme rizikosunun fiili imkânsızlık durumu kapsamında mı kabul edilmesi gerektiği; yoksa işlem temelinin bozulması kapsamında bir ifa güçlüğü mü olduğunu tespit etmek, bazı durumlarda tartışmalı ve çoğunlukla da zordur.⁶⁵⁵ Öyle ki, doktrinde bazı yazarların haklı olarak

⁶⁵² **BT-Drucks**, 14/6040, s. 130; **Canaris**, JZ 2001, s. 501; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 832; **Hey**, s. 42; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 84; **Hirsch**, s. 106; **Angermeir**, s. 189; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 15; BGH 08.06.1983, NJW 1983, 2873 (2874).

⁶⁵³ **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 832; **Hey**, s. 42; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 158; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 97; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 21; **Angermeir**, s. 189; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 275 BGB, Nr. 17; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 15.

⁶⁵⁴ Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 128-130, 176. Bu anlamda İmparatorluk Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı olarak: RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 (332) (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei). Ayrıca bkz.: RG 06.01.1923, RGZ 106, 7 (9) (Grundstückskauf); 168, s. 65 (73). Aynı yöndeki Alman Federal Mahkemesinin içtihatları: BGH 16.01.1953, MDR 1953, s. 282 (283), (Bohrhämmer); BGH 01.12.1993, NJW 1994, s. 515 (516) (Porsche 959). Ancak İmparatorluk Mahkemesi daha önceki kararlarında ifa güçlüğünü imkânsızlık kapsamında değerlendirmiştir. Bkz., RG 21.09.1920 RGZ 100 129 vd., (Mietvertrag/ Dampflieferungsvertrag); RG. 22.10.1920, RGZ 100, 134 vd.; RG. 10.12.1920, RGZ 101, 79 vd., (Adler-Limousine). Ayrıca mahkemenin bu yöndeki diğer kararlar için bkz., yuk., § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi.

⁶⁵⁵ **Hey**, s. 42; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 158; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 14. Özellikle, alacaklının edim menfaati dikkate alındığında borçludan beklenemeyen ifa masraflarının gerçekleşmesi yanında, sözleşme kurulduktan sonra öngörülemez nitelikteki gelişmelere bağlı olarak edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulmuş olduğu durumlarda, bu sorun çok daha belirgindir. Bu anlamda olmak üzere, örneğin yapılan bir anlaşmada satıcı yurt dışından ithal edilen bir makinayı alıcıya satmayı taahhüt ederse ve ancak yurt dışından ithal edilen bir makinenin satış bedeli gümrük vergisindeki öngörülemez bir artış sonucu olağanüstü şekilde yükselirse, bir yandan alacaklının bu makinenin teslimine ilişkin edim menfaati ve bu malın tedariki için gerekli olan ifa masrafları büyük bir orantısızlık oluştururken; aynı zamanda da makinenin tedarik bedelinin artması,

işaret ettikleri üzere, bu konuda her iki olay grubu arasında teorik bakımdan olmasa bile somut olay bakımından kesin ve yeterli ayırım kriterleri yoktur ve aralarında geçişler vardır.⁶⁵⁶ Bu durumda ise, gerçekleşen sözleşme rizikosunun BGB § 275/II hükmü kapsamında mı yoksa BGB § 313 hükmüne göre mi çözümlenmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun açığa kavuşturulması son derece önemlidir; çünkü fiili imkânsızlığın hukuki sonucu, yukarıda ifade edildiği üzere, borçlunun asli edim yükümlülüğünün gerektiğinde tazminatsız olarak sona ermesi iken; işlem temelini bozulmasının ve bu arada da ifa güçlüğüne öncelikli hukuki sonucu, sözleşmenin uyarlanmasıdır.⁶⁵⁷

Doktrindeki bazı yazarlara göre⁶⁵⁸, imkânsızlık, sonuçları bakımından “her şey ya da hiç bir şey” şeklinde bir çözüm getiren sert hukuki sonuçlara sahiptir. Oysaki işlem temelini bozulması, esnek hukuki sonuçları sayesinde sözleşmenin uyarlanmasına ve böylelikle de sözleşmenin ayakta tutulmasına imkân verir. Ayrıca, imkânsızlık her türlü borç ilişkisine ilişkin olmasına karşın işlem temelini bozulması, sadece sözleşmeler bakımından uygulanır. Yani, daha özel niteliktedir. Dolayısıyla, sözleşmenin uyarlanması imkânı olduğu sürece BGB § 313 hükmünün BGB § 275 hükmüne göre önceliği bulunmaktadır.

Doktrindeki diğer bazı yazarlara göre ise⁶⁵⁹, her iki düzenlemenin de yorumlanmasından birinin diğerine göre öncelikle uygulanacağı şeklinde bir sonuç çıkarılamaz. Her iki düzenlemenin şartlarının somut olayda gerçekleşmesi durumunda

edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına neden olacaktır. Bkz., **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 97.

⁶⁵⁶ **Stoll**, JZ 2001, s. 589 vd., s. 591; **Fischer**, DB 2001, s. 1923-1926, özellikle s. 1924 vd.; **Koller/Roth/ Zimmermann**, s. 52; **Hey**, s. 42; **Zimmer**, NJW 2002, s. 3, 11 vd.; **Klausch**, s. 85; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 97; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 158; **Lobinger**, s. 73 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 15, 18; **Emmerich**, § 3, Nr. 47.

⁶⁵⁷ Bkz., a.ş.a., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak.

⁶⁵⁸ **Motsch**, JZ 2001, s. 428 vd., 432; **Schlüter**, ZGS 2003, s. 346, 349 vd., 351. Aynı yönde: **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 52. 1992 Tarihli Komisyon Tasarısı'nda da esas itibarıyla bu görüş kabul edilmiştir (bkz., Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, s. 151).

⁶⁵⁹ **Schwarze**, Jura 2002, s. 76 vd., 78; **Nauen**, s. 263 vd.; **Huber/ Faust**, Kap. 2. Nr. 79, s. 55; **Henssler/ Westphalen-Dedek**, § 275 BGB, Nr. 29; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 23; **Rösler**, JuS 12/ 2004, s. 1059 vd.; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 97; **Hirsch**, s. 108; § 275 BGB, Nr. 97; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 29; **Emmerich**, § 3, Nr. 68, § 28, Nr. 25 vd..

her iki düzenleme yarışır ve bu durumda da borçlunun BGB § 275/II ve BGB § 313/I hükümlerine ilişkin bir seçim hakkı ortaya çıkar.

Daha isabetli olan hâkim görüşüne göre ise⁶⁶⁰, BGB § 275/II hükmünün uygulanabildiği durumlarda BGB § 313 hükmünün uygulama alanı yoktur. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, gerçekleşen rizikonun işlem temelinin ve böylelikle işlem temelinin bozulmasının konusu olabilmesi için, öncelikle gerçekleşen rizikonun sözleşmenin içeriği olup olmadığına denetimi yapılmalıdır. Sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle birlikte, aynı zamanda edim yükümlülüğünün içeriği de belirlenmiş olur. BGB § 275 hükmü, borçlunun asli edim yükümlülüğünün sınırını, yani edim yükümlülüğünün ne zaman sona ereceğine ilişkindir. Dolayısıyla, edim yükümlülüğü BGB § 275 hükmüne göre son buluyorsa, gerçekleşen riziko, sözleşmenin içeriğidir ve artık bundan böyle işlem temelinin ve buna bağlı olarak da BGB § 313 hükmünün konusu ve uygulama alanı dışında kalır.

aac. Kişisel Nedenlerden Dolayı Edimin Beklenilmezliği (BGB § 275/III) İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması

BGB § 275/III hükmüne göre; borçlu, borcunu kişisel olarak yerine getirmek zorunda ise, ancak gerçekleşen bir ifa engeli sonrasında alacaklının edim menfaati ile karşılaştırıldığında borçludan kişisel edimini ifa etmesi beklenemiyorsa, bu durumda borçlu, edimin ifasından kaçınabilir.

Edimin kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezliği, vicdani nedenlerden kaynaklanan imkânsızlık olarak da anılmaktadır. Daha ziyade, hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi gibi edimin kişisel olarak ifasına ilişkin sözleşmelerin konusunu oluşturmaktadır.⁶⁶¹ Burada edimin kişisel olarak ifası, subjektif imkânsızlığın aksine,

⁶⁶⁰ 1992 Tarihli Komisyon Tasarısı'na karşın kanunun gerekçesinde bu görüş kabul edilmiştir. Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 176. Ayrıca doktrinde bu görüşü savunan yazarlar: **Wahl**, s. 53; **Canaris**, JZ 2001, s. 501; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 831; **Fischer**, DB 2001, s. 1923-1926 (s. 1924 vd.); **Wetzel**, ZRP 2001, s. 122; **Ehmann/Sutschet**, s. 184; **Mattheus**, JuS 2002, 218; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 112; 140; **Fehre**, s. 54; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 27; **Stadler**, § 313 BGB, Nr. 11; **Larenz/Wolf**, § 38, Nr. 51; **Lobinger**, s. 73 vd., 265 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 35; **Bamberger/Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 22; **AnwKomm-BGB/Krebs**, § 313 BGB, Nr. 15; **Fikentscher/Heinemann**, Nr. 242; **Riesenhuber/Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 210.

⁶⁶¹ Örneğin, bir şarkıcının çocuğunun aniden hastalığa yakalanması karşısında, söz konusu durumun devamı müddetince sahneye çıkmaktan kaçınması gibi. Veya koyu katolik bir eczacının, ilaçlarını satma konusunda anlaşmış olduğu bir ecza deposunun satması için bıraktığı doğum kontrol ilaçlarını

borçlu bakımdan teorik olarak mümkündür; ancak, edimin ifası borçludan beklenilememektedir.⁶⁶² Buradaki beklenilmezlik, BGB § 275/II anlamındaki fiili imkânsızlık da oluşturmamaktadır. Gerçekte, doktrinde ifade edildiği üzere, BGB § 275/II hükmündeki fiili imkânsızlık durumları basit beklenilmezlik olarak nitelendirilirken, BGB § 275/III hükmündeki beklenilmezlik durumları kişisel beklenilmezlik olarak adlandırılmaktadır.⁶⁶³

BGB § 275/III anlamında kişisel beklenilmezlik durumlarında, alacaklının edim menfaatine vurgu yapılmış olsa da -doktrinde ifade edildiği üzere- gerçekleşen ifa engelinin esas itibariyle tek başına soyut bir sınıra ulaşması durumunda, borçlu, asli edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır.⁶⁶⁴ Ayrıca, BGB § 275/III hükmünde borçludan beklenen çabaların değerlendirilmesinde borçlunun katlanma zorunda olduğu masrafların orantısızlığının büyük olup olmadığı dikkate alınmaz. Bundan başka, BGB § 275/II hükmünden farklı olarak, borçlunun ifa engelinden sorumlu olup olmadığı da değerlendirme dışıdır.⁶⁶⁵

dini gerekçeler göstererek satmaktan kaçınması gibi (bkz., LAG 25.04.1952, Rh., 125/ 1951). Ya da askerlik hizmeti gelen ve bu nedenle askerliğini yerine getirmek zorunda olan Türk vatandaşı bir işçinin askerlik hizmetini yerine getirmemesi durumunda anavatanında cezai yaptırımla karşılaşmak zorunda olması nedeniyle işinden ayrılarak anavatanına askerlik hizmetini yapmaya gitmesi gibi (bkz., BAG 22.12.1982, NJW 1983, 2782, (2784). Buna benzer çok sayıda örnek kanunun gerekçesinde anılmaktadır. Bkz., **BT-Drucks**, 14/6040, s. 130. Bu örnekler doktrinde de sık sık tekrarlanmaktadır. Bkz., **Canaris**, JZ 2001, s. 501; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 831; **Hey**, s. 43; **KompaktKomm-Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, Nr. 13, 19; **Kittner**, Nr. 691; **MünchKomm-Ernst**, § 275 BGB, Nr. 112; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 89 vd.; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 30; **Emmerich**, § 3, Nr. 75 vd.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 275 BGB, Nr. 42; **Palandt-Heinrichs**, § 275 BGB, Nr. 30; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 23; **Hütte/ Helbron**, Nr. 401. BGB § 275/III hükmünün kanunlaşmasından önce söz konusu durumlar BGB § 242 hükmü temelinde işlem temeli öğretisine ilişkin olay grupları arasında anılmaktaydı. Önceki hukuki durum için bkz., **Soergel-Wiedemann**, § 275 BGB, Nr. 49.

⁶⁶² **Canaris**, JZ 2001, s. 501; **Hey**, s. 43; **StaudingersKomm-Löwisch**, § 275 BGB, Nr. 92; **Erman-Westerman**, Vor §§ 275-292 BGB Nr. 21; **Hütte/ Helbron**, Nr. 401; BAG 08.12.1982, DB 1983, s. 395 (396).

⁶⁶³ **Hütte/ Helbron**, Nr. 400.

⁶⁶⁴ **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 31; **Angermeir**, s. 190; **Emmerich**, § 3, Nr. 79; **Hütte/ Helbron**, Nr. 402.

⁶⁶⁵ Örneğin, sahne alacak şarkıcının kızının hastalanmasında şarkıcının bizatihi ihmali olsa bile, şarkıcı yine de def'i ileri sürmek suretiyle edim yükümlülüğünden kurtulabilir. Bkz., **AnwKomm-Schuldrecht/ Dauner-Lieb**, § 275 BGB, Nr. 20; **Erman-Westerman**, § 275 BGB, Nr. 31; **HandKommentar-Schulze**, § 275 BGB, Nr. 23.

Kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezlik durumlarında, aynı zamanda işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin talep edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıdır.⁶⁶⁶ Ancak bu tartışma, çalışma konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesiyle ilgili değildir. Çünkü kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezlik durumlarında, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulup bozulmadığı ve bu arada ifa güçlüğü'nün gerçekleşip gerçekleşmediği, tümüyle değerlendirme dışıdır.

4. Ara Sonuç

Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle işlem temelini sonradan bozulması durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin ilk şartı, işlemin temeli haline gelen durumların olmasıdır.

Alman hukukunda işlem temelini üzerinde uzlaşılan bir tanımı yoktur. Gerçekte bu durum, esaslı bir eksiklik de oluşturmamaktadır. Ancak yine de somut olayda işlem temeli haline gelme unsurunun kontrolünün yapılabilmesi için “işlem temelini” somutlaştırılması, ortaya çıkarılması gerekmektedir.

İşlem temelini somutlaştırılması, iki aşamada gerçekleşir. Bunlar, işlem temelini pozitif olarak somutlaştırılması ve işlem temelini negatif bir şekilde ortaya konularak sınırlandırılmasıdır.

İşlem temeli pozitif olarak, “konu” itibariyle somutlaştırılır. İşlem temelini konusu, sadece sözleşme rizikosudur. Sözleşme rizikosu, “gerçeğin” doğru olarak takdir edil(e)memesi tehlikesidir. İşlem temelini pozitif olarak somutlaştırılmasına ilişkin olarak, sözleşme rizikosunun gerçekleştiği zaman dikkate alındığında, iki büyük olay grubu vardır.

Sözleşmenin kurulduğu andaki “gerçeğin” doğru takdir edilememiş olması, işlem temelini başlangıçtaki eksikliği olarak adlandırılan olay grubuna neden olur.

⁶⁶⁶ Bkz., Eidenmüller, Jura 2001, s. 831; Hey, s. 43 vd.; Larenz/ Wolf, § 38, Nr. 51; Angermeir, s. 191; Stadler, § 313 BGB, Nr. 11; Erman-Hochloch, § 313 BGB, Nr. 35; AnwKomm-BGB/ Krebs, § 313 BGB, Nr. 19; Fikentscher, (Schuldrecht), Nr. 243; Riesenhuber/ Domröse, JuS 3/ 2006, s. 210.

Buna ilişkin sözleşme rizikosu, ortak saik hatalarıdır. Ortak saik hataları, BGB 313/II hükmünde düzenlenmektedir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek olan “gerçeğin” doğru takdir edilememiş olması ise, işlem temelinin sonradan bozulması kapsamındaki olay gruplarına neden olur. Buna ilişkin sözleşme rizikoları ise, amaç bozulması, denge bozulması ve ifa güçlüğüdür. Bu bakımdan, çalışma konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü, işlem temelinin sonradan bozulmasına ilişkin olay grupları arasındadır. Bu olay grupları ise BGB 313/I hükmünün uygulama alanındadır.

İşlem temelinin negatif olarak ortaya konulması, hangi sözleşme rizikolarının işlem temelinin konusu dışında olduğunun belirlenmesiyle yapılır. Bu belirlemenin amacı, tanımı yapılamayan işlem temelinin sınırlandırılmak suretiyle somutlaştırılmasıdır. Bu yöntemle gerçekleşen sözleşme rizikosunun işlem temelinin konusu dışında olduğu bir kez tespit edilirse, artık bu rizikonun işlem temeli olmadığı da belirlenmiş olur. Bu belirleme, çalışma konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü bakımından bu şu anlama gelmektedir: Somut olayda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin bir sözleşme rizikosu gerçekleşirse ve bir kez bu rizikoların işlem temelinin konusu dışında olduğu tespit edilirse, artık somut olayda gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin bu rizikoların işlem temeli olmadığı da belirlenmiş olur.

Somut olayda gerçekleşen sözleşme rizikosunun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin işlem temelinin konusu dışında olup olmadığı, işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün niteliğinden hareketle ortaya çıkarılır. İşlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmü, Alman hukuk doktrininde ve mahkeme kararlarında dürüstlük ilkesinin özel bir uygulama alanı olarak, tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir. Bu düzenleme, sözleşme rizikosunun hakkaniyet hukuku temelinde paylaşılmasına hizmet eden, “en son çare” (ultima ratio) normudur. Dolayısıyla, gerçekleşen sözleşme rizikosuna ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olarak somut olaya uygulanabilecek nitelikte sözleşmenin içeriğinde tarafların doğrudan yaptıkları bir düzenleme veya kanunda tamamlayıcı nitelikte bir başka düzenleme varsa, gerçekleşen bu rizikolar, artık BGB § 313 hükmünün uygulama alanı dışında

kalır. Bundan şu sonuç çıkmaktadır: “İşlem temelinin konusu, sadece sözleşme rizikolarıdır ve bu kapsamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğüdür; ancak, her sözleşme rizikosunu ve bu kapsamda somut olayda gerçekleşen her denge bozulması ve ifa güçlüğü, işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikosu değildir. Sözleşmenin içeriği olan sözleşme rizikoları ve bu kapsamda sözleşmenin içeriğinde düzenlenen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları, işlem temelinin konusu dışında kalan sözleşme rizikolarıdır”. Bu durum, doktrinde ve mahkeme kararlarında, “sözleşmenin içeriği olan, işlemin temeli olamaz” şeklinde ifade edilmektedir.

İşlem temelinin konusu dışında kalan, dolayısıyla sözleşmenin içeriği olan sözleşme rizikoları ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlükleri, ilk olarak tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeyle taraflar arasında paylaştırılan rizikolardır. Sözleşme rizikosunun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikonun sözleşmeyle taraflar arasında paylaştırılmasını sağlayan bu tür sözleşmelerin başında uyarılma kayıtları gelir. Sözleşmenin kurulduğu sırada sözleşme rizikoları, otomatik uyarılma kayıtları gibi “açık” veya şartlar değişirse sözleşme uyarlanacaktır şeklinde “genel” olarak formüle edilebilir. Bunun dışında, özellikle belli bir fiyat üzerinden anlaşılan uzun süreli sözleşmelerde, “üstü örtülü bir sabit fiyat kaydı” bulunduğu kabul edilmektedir. Sözleşme rizikosunu ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikolar, söz konusu uyarılma kayıtlarına göre taraflar arasında paylaştırılmış ve denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen sözleşme rizikosu da söz konusu uyarılma kaydının kapsamında ise, bu rizikolar sözleşmenin içeriğidir. Dolayısıyla bu rizikolar, işlem temelinin konusu dışında olan sözleşme rizikolarıdır. Böyle bir durumda somut olayda işlem temelinin bozulmasına ilişkin olarak BGB § 313 hükmü, artık tümüyle uygulama dışı kalır.

Uyarılma kayıtlarından başka, bazı sözleşmeler de vardır ki, taraflar açık bir şekilde sözleşme rizikolarını ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikoları kendi aralarında paylaşmamış olmalarına karşın, sözleşmenin niteliği gereği sözleşme rizikosunun taraflar arasında paylaştırılmış olduğu kabul edilir. Bu tür sözleşmelere spekülasyon işlemleri denilmektedir. Spekülasyon işlemlerde, işlemin tipine özgü belirsizlik rizikolarının, her halükarda sözleşmeyi yapanlar tarafından bilindiği ve bu nedenle de göze alındığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan, spekülasyon işleminin niteliğine özgü olan sözleşme rizikoları, sözleşmeyle üstlenilen

riziko sınırları içerisinde yer alır. Buna bağılı olarak denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu spekülâtif işlemin niteliğine özgü olan sözleşme rizikoları arasında olduğu sürece, işlem temelini konu dışında olan rizikolar arasındadır. Böyle bir durumda, artık gerçekleşen sözleşme rizikosu ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü, işlem temelini bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün uygulama alanı dışında kalır.

Sözleşmenin tarafları gerçekleşen sözleşme rizikosuna ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne taraflardan hangisinin katlanması gerektiğini plana aykırı bir şekilde sözleşmede kararlaştırmamışlar ise, bu rizikolara kimin katlanması gerektiği konusunda bir sözleşme boşluğu vardır. Hâkim, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki bu riziko boşluğuna kimin katlanması gerektiğini tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine göre belirleyebiliyorsa, artık gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin rizikolar, işlem temelini konu dışında kalır. Çünkü böyle bir düzenleme artık sözleşmenin içeriği haline gelmiş olur. Sözleşmenin içeriği olan ise, işlemin temeli olamaz. Alman Medeni Kanununda çok sayıda tamamlayıcı nitelikteki düzenleme vardır. Alman hukukunda kanunda düzenlenen tipik sözleşmeler bakımından tamamlayıcı nitelikteki hükümler, BGB §§ 433 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerin yanında borçlar hukukun genel kısmında tamamlayıcı nitelikte daha başka kurumlar da vardır. Bu kurumlar arasında, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmü, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulmasının yollarından biridir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunun sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre varsayıma dayalı taraf iradelerinden hareketle doldurulmasında, BGB §§ 157 ve 242 hükmüne göre işlerdeki anlayış ve dürüstlük ilkesi dikkate alınır. Somut olayda sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüne göre boşluk doldurulması için, plana aykırı eksiklik ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğü hakkında tarafların -bozuk (isabetsiz) veya genel nitelikte de olsa- uyarılma kaydı gibi bir düzenleme yapmış olmaları gerekir. Yani sözleşmenin içeriğine bakıldığı zaman, “taraflar denge bozulması ve ifa güçlüğüne gerçekleşeceğini bilmiş olsalardı işlerdeki anlayış ve dürüstlük ilkesi dikkate alındığında onların iradeleri şu yönde oluşurdu” şeklinde bir destek noktası

olması gerekir. Sözleşmede böyle bir destek noktası varsa, artık denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen riziko, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu düzenleyen BGB §§ 157 hükmünün konusudur. Bu durum, işlem temelini bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün uygulama alanı dışında kalır. Çünkü BGB § 313 hükmü, en son çare normudur. Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen rizikonun, işlem temelini konusu dışında kalan rizikolar arasında olduğu sonucuna ulaşılır. Ancak, teorik nitelikteki bu açıklamaların basit bir şekilde anlaşılabilirliğine rağmen, somut olayda sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu düzenleyen BGB §§ 157 hükmünün mü yoksa işlem temelini bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün mü uygulanacağını tespit etmek son derece güçtür. Çünkü Alman hukukunda her iki kurumun birbirleriyle sınırlandırılma ölçütleri, esnek ve geçişkendir. Özellikle şüpheli olan durumlarda, içtihatlar yapılan sınırlandırma ölçütleri çoğunlukla keyfidir. Öyle ki mahkemeler, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko boşluklarının hangi durumlarda sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre doldurulması gerektiğini ve yine hangi durumlarda işlem temelini bozulmasının söz konusu olacağına ilişkin genel geçer kıstaslar ortaya koy(a)mamaktadır.

Alman hukukunda işlem temelini bozulmasına neden olan sözleşme rizikoları ve bu anlamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğüne, aynı zamanda sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü feshedilmesi bakımından önemli bir neden oluşturduğu kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak, sürekli borç ilişkilerinde işlem temeli bozulursa, gerçekleşen sözleşme rizikosunun, her iki düzenlemenin konusunu oluşturabileceği ve böylelikle somut olayda bu iki kurumun yarışabileceği kabul edilmektedir. Ancak somut olayda her iki kurumun uygulama şartlarının bulunması durumunda hangi kurumun öncelikle uygulanması gerektiğine ilişkin getirilen kıstaslar yetersizdir. Oysa işlem temelini bozulmasının ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerle feshedilmesi bakımından önemli bir neden oluşturmadığı kabul edilirse, her iki kurumun uygulama alanı da ayrılmış olur.

Alman hukukunda gerçekleşen sözleşme rizikosuna ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği, bazı durumlarda imkânsızlığa ilişkin BGB § 275 hükmüne göre de belirlenebilir. BGB §

275/I hükmünde gerçek imkânsızlık düzenlenmektedir. Gerçek imkânsızlık durumları ile işlem temelinin bozulmasının uygulama alanının somut olayda ayrılması konusunda her hangi bir yarışma sorunu yoktur; öyle ki, her iki kurum arasındaki sınır kolaylıkla belirlenebilir. Gerçek imkânsızlığın konusu olan sözleşme rizikolarının gerçekleştiği durumlarda ve bu anlamda olmak üzere amaca ulaşılması ve amacın çökmesinde, borçlunun, edim sonucunu teorik bakımdan dahi yerine getirme imkânı yoktur. İşlem temelinin konusu olan sözleşme rizikolarının gerçekleştiği durumlarda ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü ise, edim sonucunun gerçekleştirilmesi teorik bakımdan hâlâ imkân dâhilindedir. Dolayısıyla, edim sonucunun en azından borçlu bakımından imkânsız olduğu durumlarda, gerçekleşen sözleşme rizikosuna, gerçek imkânsızlığın konusu olup, işlem temelinin ve dolayısıyla da işlem temelinin bozulmasının konusu dışındadır.

BGB 275/II hükmü ise, fiili veya pratik imkânsızlık olarak adlandırılan olay gruplarına ilişkindir. Bu olay gruplarında edim sonucunun yerine getirilmesi borçlu için veya herkes için imkânsız değildir; yani, edimin ifası en azından teorik bakımdan hâlâ mümkündür. Ancak borçlu, öyle önemli ve temelde de aşılabilir zorluklarla karşılaşmıştır ki, borçlu bakımından edimin yerine getirilmesi için gerekli olan masraflar, alacaklının edim menfaatlerine büyük bir orantısızlık oluşturacak şekilde artmıştır. Bu durumda borçlu, diğer unsurlar da olmak kaydıyla, bir def'i hakkına sahip olup, edimin ifasından kaçınabilir (BGB § 275/II).

Fiili imkânsızlığın konusu olan sözleşme rizikolarının işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikolarıyla ve özellikle de ifa güçlüğü'nün uygulama alanının ayrılması nispeten sorunludur. Çünkü ifa güçlüğü durumlarında da, tıpkı fiili veya pratik imkânsızlık durumlarında olduğu gibi, edimin ifası hâlâ mümkündür. Bu nedenle, somut olayda gerçekleşen sözleşme rizikosunun fiili imkânsızlık kapsamında mı kabul edilmesi gerektiği; yoksa işlem temelinin bozulması ve bu kapsamda olmak üzere ifa güçlüğü mü olduğunu tespit etmek, bazı durumlarda tartışmalı ve çoğunlukla da zordur. Hâkim görüşüne göre, BGB § 275/II hükmünün uygulanabildiği durumlarda BGB § 313 hükmünün uygulama alanı yoktur. Çünkü BGB § 275 hükmü, borçlunun asli edim yükümlülüğünün sınırına, yani edim yükümlülüğünün ne zaman sona ereceğine ilişkindir. Dolayısıyla, edim yükümlülüğü BGB § 275 hükmüne göre son buluyorsa, gerçekleşen riziko, sözleşmenin içeriğidir ve artık bundan böyle işlem

temelinin ve buna bağlı olarak da BGB § 313 hükmünün konusu ve uygulama alanı dışında kalır.

BGB 275/III hükmü ise, kişisel nedenlerden dolayı edimin beklenilmezliğini düzenlemektedir. Burada edimin kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezliği, Alman hukukunda vicdani nedenlerden kaynaklanan imkânsızlık olarak da anılmaktadır. Kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezlik, daha ziyade, hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi gibi edimin kişisel olarak ifasına ilişkin sözleşmelerin konusunu oluşturmaktadır. Kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezlik durumlarında, aynı zamanda işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin talep edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Ancak bu tartışma, çalışma konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesiyle ilgili değildir. Çünkü kişisel nedenlerden dolayı beklenilmezlik durumlarında, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulup bozulmadığı ve bu arada ifa güçlüğüünün gerçekleşip gerçekleşmediği, tümüyle değerlendirme dışıdır.

Sonuç olarak, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, işlem temeli haline gelen durumların olması gerekir. İşlem temelinin konusu, sözleşme rizikolarıdır. Bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğü, işlem temelinin sonradan bozulmasına neden olan sözleşme rizikolarıdır. Ancak her sözleşme rizikosu ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüklerinin tamamı, işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikosu değildir. Bu anlamda olmak üzere, somut olayda denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşmiş olsa bile, bu rizikoya kimin katlanması gerektiği sözleşmedeki uyarılama kayıtlarına göre, spekülâtif işlemlerde olduğu gibi sözleşmenin niteliğinden hareketle veya tamamlayıcı nitelikteki hükümlere göre belirlenebiliyorsa, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları sözleşmenin içeriğidir, dolayısıyla da işlem temelinin konusu dışındadır. Tersî durumda ise, yani, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu sözleşmenin içeriği değil ise, bu durumda da denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu, işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikolarıdır.

II. PRATİK UNSUR: İŞLEMİN TEMELİ HALİNE GELEN DURUMLARIN SONRADAN AĞIR SURETTE DEĞİŞMESİ

Belirli bir durumun işlem temeli haline gelmiş olması ve bu kapsamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarının işlem temelini konusu olması, işlem temelini sonradan bozulmasının ve bu arada da denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesinin sadece ön şartıdır. BGB § 313/I hükmüne göre, somut olayda işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, işlem temeli haline gelen durumların sözleşmenin kurulmasından sonra ağır surette değişmiş olması gerekir.⁶⁶⁷ Bu unsurun gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için, her hangi bir zamanda, herhangi bir konudaki her hangi bir değişme değil, madde hükmünde ifade edildiği üzere, “sözleşme kurulduktan sonraki bir zamanda” “işlem temeli haline gelen durumların” “ağır surette değişmiş olması” gereklidir.⁶⁶⁸

“Ağır surette değişme” ifadesine, BGB § 313 hükmünde “vurgu yapılmakla birlikte, gerek kanunun lafzında gerekse hükmün gerekçesinde bundan ne anlaşılması gerektiği açık bir şekilde belirtilmemektedir. Doktrinde de bu unsur hakkında farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre⁶⁶⁹, burada “ağır surette değişme” ifadesine bilhassa vurgu yapılması, esasında hükmün uygulaması bakımından esasa ilişkin değildir. Çünkü normatif unsur olan “beklenilmezlik” kontrolü yapılırken, zaten işlem temeli haline

⁶⁶⁷ “Ağır surette değişme” unsuruna, BGB § 313 hükmünün kanunlaşmasından önce, Alman Federal Mahkemesi’nin içtihatlarında da vurgu yapılmaktadır. Bkz., BGH 23.10.1957, BGHZ 25, 390 (393); BGH 04.10.1988, BGHZ 105, 243 vd. = NJW 1989, s. 289 = JuS 1989, s. 493 (Zur Anpassung einer Unterhaltsschadensrente wegen Anstiegs der Lebenshaltungskosten). Doktrinde, ağır surette değişme unsuru yerine esaslı sapma (wesentliche Abweichung) ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz., **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 33; **Medicus**, Nr. 866.

⁶⁶⁸ **Heßhaus**, s. 44; **Hammer**, s. 54, 58; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 829; **Lettl**, JuS 2001, s. 249; **Hey**, s. 31; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 174; **Medicus**, § 53, Nr. 865; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 10; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 25; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 8; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 16; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 15; **Rösler**, JuS 12/2004, s. 1059; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 22 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 13; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 2; **Hirsch**, s. 113; **Angermeir**, s. 201; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 33; **Bender**, s. 64; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 41; **Emmerich**, § 27, Nr. 20 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 806; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 231 vd.; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/2006, s. 209; BGH 23.10.1957, BGHZ 25, 390 (393).

⁶⁶⁹ **Bender**, s. 64. Aynı yönde: **Hey**, s. 30, 31; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 174; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 233.

gelen durumların “ağır surette değişmesi” gerektiği üzerinde durulmaktadır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi’ne göre⁶⁷⁰ “işlem temeli haline gelen durumlardaki değişme öyle ağır surette olmalıdır ki, katlanılamaz, hak ve adaletle bağdaştırılmaz ve bu nedenle de beklenilemez sonuçlara neden olmalıdır”. Böylelikle, içtihatlarda işlem temelini bozulması için aranan sert şartların, yapılan kanunlaştırmayla da korunduğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla işlem temelini sonradan bozulmasının değerlendirilmesi bakımından söz konusu unsur, normatif unsur kadar önemli ve ön planda olan bir unsur değildir. Aksine, normatif unsurun içerisinde yer alan bir unsurdur. Burada söz konusu ifadeye vurgu yapılmasının amacı, olsa olsa kanun koyucunun, sözleşmeye bağlılık ilkesinden her durumda değil de sadece istisnai durumlarda sapılması gerektiğini ifade etmek içindir.

Daha isabetli olan bir başka görüşe göre ise⁶⁷¹, “ağır surette değişme” unsuru, gerçekten de BGB § 313 hükmünün istisnai niteliğine işaret etmektedir. Ayrıca, hükmün lafzına bakıldığında diğer iki unsur, yani varsayıma dayalı unsur ve normatif unsur, bağımsız unsurlar gibi gözükmemektedir. Ancak, burada asıl ön planda olan unsur, “ağır surette değişme” unsurudur. Aşağıda açıklanacak olan diğer iki unsur, ağır surette değişme unsurunun ölçüsüne işaret eden unsurlardır. Öyle ki, varsayıma dayalı unsur gereğince, işlem temeli haline gelen durumların öyle ağır surette değişmiş olması gerekir ki, taraflar işlem temeli haline gelen durumların değişeceğini bilmiş olsalardı, sözleşmeyi hiç yapmayacak veya hiç olmazsa başka türlü yapacaktı denilebilmesi gerekir.⁶⁷² Ayrıca ve aynı zamanda, işlem temelini sonradan bozulması nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahale yapılabilmesi için, sözleşmenin temeli haline gelen durumların her türlü değişmesi değil, özellikle sözleşme ve kanunda sözleşme rizikosunun paylaşılmasına ilişkin hükümler dikkate alındığında, değişmeksizin sözleşmeyle bağlı kalınması beklenilemeyecek kadar ağır surette

⁶⁷⁰ BGH 25.02.1993, BGHZ 121 378 (393).

⁶⁷¹ **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 211. Aynı yönde: **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 15 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 22 vd.; **Emmerich**, § 27, Nr. 25 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 13.

⁶⁷² Bkz., aşa., § 3, III. Varsayıma Dayalı Unsur

değişmesi gerekmektedir.⁶⁷³ Bu bakımdan, diğer iki unsur daha ziyade “ağır surette değişme” unsurunun ölçüsünü, yani değişmenin ağırlığını açıklayan unsurlardır. Alman Federal Mahkemesi’nin yukarıda anılan söz konusu kararını da⁶⁷⁴ bu şekilde anlamak gerekir. Dolayısıyla, “ağır surette değişme” unsurunun açıklanabilmesi için “varsayımaya dayalı unsur” ile “normatif unsur”un açıklanmasına ihtiyaç vardır.⁶⁷⁵

III. VARSAYIMA DAYALI UNSUR

İşlem temelinin sonradan bozulmasına ilişkin olay grupları kapsamında ve bu arada denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, sözleşmeye müdahale edilmesi için gerekli olan bir başka unsur ise, yine BGB § 313/I hükmünde ifade edilen varsayımaya dayalı unsurdur. Buna göre, işlem temelinin sonradan bozulması için, işlemin temeli haline gelen durumlardaki değişikliklerin ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü taraflarca öngörülmüş olsaydı tarafların sözleşmeyi hiç yapmayacakları veya en azından bu içerikte yapmayacak olmaları gerekir.⁶⁷⁶

Varsayımaya dayalı unsur, işlem temeli haline gelen durumların ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü sonradan ağır surette değişmesinin taraflara ilişkin subjektif yönüne işaret etmektedir. Buna göre, işlem temeli haline gelen durumların ağır surette değiştiğinden bahsedilebilmesi için, söz konusu değişikliğin taraflar bakımından da belli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekir; öyle ki, taraflar bu değişikliklerin bilgisinde olmuş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacak veya en azından

⁶⁷³ Bkz., aşa., § 3, IV. Normatif Unsur: Beklenilmezlik Kontrolü.

⁶⁷⁴ BGH 25.02.1993, BGHZ 121 378, (393).

⁶⁷⁵ Doktrinde diğer bazı yazarlar ise, ağır surette değişme unsurunun diğer unsurlar karşısında bağımsız bir unsur olduğunu kabul etmekle birlikte, bu unsurun ölçüsünün sadece varsayımaya dayalı unsur olduğu görüşündedir. Örneğin: **Heßhaus**, s. 44; **Hammer**, s. 54, 58; **Lettl**, JuS 2001, s. 249; **Medicus**, § 53, Nr. 865; **Henssler/ Westphalen-Muthers**, (Schuldrechtsreform), § 313 BGB, Nr. 18.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 25; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 16; **Hirsch**, s. 113; **Angermeir**, s. 201; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 41. Aynı yönde BGH 23.10.1957, BGHZ 25, 390 (393).

⁶⁷⁶ **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 99; **Heßhaus**, s. 44; **Hammer**, s. 58; **Lettl**, JuS 2001, s. 249; **Henssler/ Westphalen-Muthers**, (Schuldrechtsreform), § 313 BGB, Nr. 18; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 8; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 42; **Angermeir**, s. 201; **Rösler**, JuS 12/ 2004, s. 1059; **Hirsch**, s. 113 vd.; **Bender**, s. 64; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 2; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 14; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 41; **Hütte/ Helbron**, Nr. 807; **Emmerich**, § 27, Nr. 21; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 232; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 212; BGH 23.10.1957, BGHZ 25, 390 (393).

başka bir içerikte yapacak olmaları gerekir. Dolayısıyla işlem temeli haline gelen durumlarda ağır surette bir değişiklik olduğunun kabul edilebilmesi için, bu değişikliklerin sübjektif bakımdan da önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekir. Böyle bir ağırlığa ulaşmamış ise, yani, işlem temeli haline gelen durumlardaki değişiklikler ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü taraflar bakımından belli bir tolerans seviyesini aşmamış ise, diğer unsurlar gerçekleşmiş olsa bile, işlem temeli haline gelen durumların ağır surette değişmesinden bahsedilemez.⁶⁷⁷

Varsayıma dayalı unsura göre tarafların sözleşmeyi hiç veya en azından başka bir içerikle yapıp yapmayacaklarının belirlenmesinde, ölçü olarak, sözleşmenin kurulduğu zaman dikkate alınır.⁶⁷⁸ Bu anlamda olmak üzere, tarafların sözleşme kurulduğu andaki tutumları belirleyici olabilir.⁶⁷⁹ Örneğin, taraflar sözleşmenin kurulduğu sırada işlem temeli haline gelen durumların değişmesini ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü imkân dâhilinde görmüş olmalarına karşın sözleşmede bunun için uyarılama kaydı gibi her hangi bir çözüm kararlaştırmamış iseler, bu riskler kapsamında şartlar ne kadar ağır değişirse değişsin bu durumda tarafların varsayıma dayalı iradelerinin sözleşmeyle bağlı kalma yönünde olduğu kabul edilmelidir. Gerçi, aşağıda görüleceği üzere, şartlardaki değişikliğin öngörülebildiği durumlarda işlem temelinin sonradan bozulması zaten beklenilmezlik kontrolü kapsamında reddedilmektedir.⁶⁸⁰ Ancak burada söz konusu olan, tarafların işlem temeli haline gelen durumlardaki değişikliği düşünmüş olmaları ancak gerçekleşmeyeceği varsayımından hareketle her hangi bir düzenleme yapmamış olmalarıdır. Daha açık bir ifadeyle, buradaki varsayıma dayalı unsur, tarafların muhtemel kabul edilen şartlardaki değişikliğin gerçekleşeceğini kesin addetmiş

⁶⁷⁷ **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 99; **Hammer**, s. 58; **Lettl**, JuS 2001, s. 249; **Hirsch**, s. 114; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 42.

⁶⁷⁸ **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 14;

⁶⁷⁹ **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 42.

⁶⁸⁰ Bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği.

olsalardı sözleşmeyi hiç veya en azından bu içerikte yapmayacaklardı denilebildiği durumlara ilişkindir.⁶⁸¹

Öte yandan, madde hükmünde sözleşmenin her iki tarafının varsayıma dayalı iradelerinden bahsedilmektedir. Ancak, bu unsurun gerçekleşmesi için, taraflardan birisinin varsayıma dayalı iradesinin sözleşmeyi hiç yapmayacağı yönünde olduğunun tespit edilmiş olması da yeterli sayılmalıdır. Çünkü taraflardan sadece birisi gerçek durumu bilmiş olsaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak idiyse veya başka türlü yapacak idiyse, bu durumda tarafların her ikisi birden sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka türlü yapacaktı denilebilir.⁶⁸² Ancak bu kapsamda dahi tarafların varsayıma dayalı iradeleri belirlenemiyorsa, bu durumda normatif olarak dürüst, ortalama, makul bir kişinin bakış açısı ölçü alınmak suretiyle tarafların varsayıma dayalı iradeleri belirlenir.⁶⁸³

Teorik nitelikteki bu açıklamalara karşın, varsayıma dayalı unsurun işlem temeli haline gelen durumların sonradan ağır surette değişip değişmediğinin belirlenmesi konusunda somut olaydaki filtre fonksiyonu son derece sınırlıdır. Çünkü BGB § 313/I hükmünde varsayıma dayalı unsura ilişkin daha başka bir somutlaştırma yapılmamaktadır. Ayrıca, somut olayda, “tarafların söz konusu değişiklikleri ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacaklarını veya en azından başka türlü yapacaklarını” söylemek, çoğu zaman

⁶⁸¹ Fikentscher/ Heinemann, Nr. 232.

⁶⁸² Örneğin kırmızı şaraba vergi konulmasına ilişkin “Branntweinsteuerfälle” olayında [bkz., RG 19.06.1888, RGZ 21, 178 vd. (Branntweinsteuer), aynı yönde: RG 26.09.1988, RGZ 22, 81 vd. (Branntweinsteuer)] A, B’ye karşı yapılan sözleşme gereği Château-Chinon bölgesindeki bağlarından toplanılacak üzümlerden üretilen 100 sandık kırmızı şarap teslimatı yapmakla yükümlüdür. Ancak bu bölgede meydana gelen kasırga sonucunda buradaki bağların önemli bir kısmı bozulmuştur. Ancak şarap taciri olan C, talep etmesi halinde A’ya söz konusu şarabı A’nın B ile kararlaştırdığı bedelin 200 katı üzerinden teslimata hazır olduğunu bildirmiştir. Bu olayda A, çevre şartları nedeniyle o bölgedeki bağların bozulacağını bilmiş olsaydı onun varsayıma dayalı iradesi, muhtemelen şarabın teslimatı hakkında B ile hiçbir sözleşme yapılmaması yönünde olurdu veya bunun için daha yüksek bir karşı edim talep etmek yönünde olurdu. Böylelikle, A’nın sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka türlü yapacak olması durumunda, B bakımından da sözleşmenin hiç yapılamayacağı veya başka türlü yapılacağı kabul edilebilir. Bkz., **Hütte/ Helbron**, Nr. 807.

⁶⁸³ **Hammer**, s. 59; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 42; **Angermeir**, s. 202; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 41.

mümkündür.⁶⁸⁴ Bu bakımdan, işlem temeli haline gelen durumların ağır surette değişip değişmediğinin belirlenmesi bakımından asıl belirleyici unsur, normatif unsurdur. Öyle ki, normatif unsurun gerçekleşmiş olması durumunda, çoğunlukla varsayıma dayalı unsurun da gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir. Çünkü normatif unsurun kontrolü sonrasında ilgili taraf için, katlanılamaz, hak ve adaletle bağdaştırılamaz ve bu nedenle de beklenilemez sonuçlara neden olduğunun tespit edilmesi durumunda, tarafların varsayıma dayalı iradelerinin de çoğunlukla sözleşmeyi hiç yapmayacakları veya en azından başka bir içerikte yapacakları yönünde olduğu kabul edilebilir.⁶⁸⁵

IV. NORMATİF UNSUR: BEKLENİLMEZLİK KONTROLÜ

1. Genel Olarak

BGB § 313/I hükmüne göre, işlem temelinin sonradan bozulması ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerekli olan bir diğer unsur ise, normatif unsurdur. Buna göre, işlem temeli haline gelen durumların “ağır surette değişmesi nedeniyle” sözleşmeye her hangi bir müdahale yapılabilmesi için bir tarafın sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının “beklenilemez” olması gerekir.⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ Örneğin kırmızı şaraba vergi konulması olayında A'nın söz konusu bölgedeki bağlarda önemli bir bozulma gerçekleşeceğini bilmiş olsaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağı veya başka türlü yapacağı varsayıma dayalı olarak dürüst bir üçüncü kişinin bakış açısına göre söylenebilir ve bu anlamda işlem temeli haline gelen durumların sonradan ağır surette değiştiği kabul edilebilir. Bkz., **Hütte/ Helbron**, Nr. 806. Ancak, edimler arasındaki denge ilişkisinin bu olaydaki kadar değişmediği durumlar bakımından da taraflar söz konusu durumu bilmiş olsaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka bir içerikte yapacakları denilmesi somut olayda mümkündür. Yani, bunun somut bir ölçüsü yoktur. Bkz., **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 211.

⁶⁸⁵ **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 66 vd.; **Angermeir**, s. 202; **Bender**, s. 65; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 232.

⁶⁸⁶ **Beuthien**, s. 64; **Köhler**, s. 155 vd.; **Fikentscher**, s. 70 vd.; **Haarmann**, s. 35 vd.; **Koller**, (Risikozurechnung), s. 44 vd.; **Chiotellis**, s. 36 vd.; **Lempke**, s. 155 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 245 vd.; **Köbler**, s. 214 vd.; **Jung**, s. 82 vd.; **Heßhaus**, s. 47 vd.; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 96 vd.; **Görk**, s. 18 vd.; **Nauen**, s. 93 vd.; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 829; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 829; **Lettl**, JuS 2001, s. 249, 250; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 299; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 177; **Medicus**, § 53, Nr. 865; **Ehmann/ Sutschet**, s. 169; **Rösler**, ZGS 2003, s. 386 vd.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 33; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 17 vd.; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 8, 67 vd.; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 23 vd.; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 19; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 43; **Hirsch**, s. 115; **Rösler**, JuS 12/ 2004, s. 1059; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 166; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 27 vd.; **Angermeir**, s. 202 vd.; **Bender**, s. 65 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 42; **Emmerich**,

Beklenilmezlik unsuru, BGB § 313 hükmü içerisinde açıkça vurgulanmasına karşın, aslında *Oertmann*'ın formülünde ve dolayısıyla da bu formülü temel alan içtihatların işlem temeli tanımında bulunmamaktadır.⁶⁸⁷ Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, Alman İmparatorluk Mahkemesi, Birinci Dünya Savaşı yıllarından itibaren beklenilmezliğe vurgu yapmıştır.⁶⁸⁸ Daha sonra Alman Federal Mahkemesi de işlem temelinin bozulmasına ilişkin içtihatlarında beklenilmezliğe sürekli atıfta bulunmaktadır. Öyle ki, Alman Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihatlarına göre⁶⁸⁹: “işlem temelinin eksikliği veya sonradan çökmesi nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahale yapılabilmesi için, değişen durum nedeniyle borçlunun sözleşmeyle bağlı kalmasının BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesi gereği katlanılamaz, hak ve adaletle bağdaştırılamaz; bu nedenle de borçludan sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının <<beklenilemez>> olması gerekir”. Böylelikle, mahkemeler, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesini, beklenilmezlik unsuruyla sınırlandırmıştır.⁶⁹⁰ Öyle ki, mahkemenin istikrarlı içtihadına göre, işlem temelinin bozulmasının diğer şartları mevcut olsa dahi, somut olayda borçlunun borcunu ifa etmesi kendisinden beklenilebildiği hallerde, sözleşmeye her hangi bir müdahale edilemeyecektir.⁶⁹¹

2. Beklenilmezliğin Somutlaştırılması Sorunu

A. Genel Olarak

Beklenilmezlik unsuruna Alman İmparatorluk Mahkemesi'nden itibaren işlem temelinin bozulmasına ilişkin mahkeme kararlarında istikrarlı bir şekilde vurgu

§ 27, Nr. 21, 25; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 2; **Hütte/ Helbron**, Nr. 808 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 15 vd; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 212; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 233.

⁶⁸⁷ **Ehmann/ Sutschet**, s. 169. Ayrıca bkz.: yuk., § 2, II, 1, B. *Oertmann*'ın İşlem Temeli Öğretisi; yuk., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş.

⁶⁸⁸ RG 15.10.1918, RGZ 94, 45 (47) (Kupferdracht/ Liefervertrag/ Kriegseinfluß). Ayrıca Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin beklenilmezliğe ilişkin diğer kararları için bkz., yuk., § 2, II, 1, B. *Oertmann*'ın İşlem Temeli Öğretisi.

⁶⁸⁹ BGH 15.06.1951, NJW 1951, s. 836 (Kalisalzabbauvertrag). Ayrıca bkz., yuk., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş.

⁶⁹⁰ Bkz., yuk., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş.

⁶⁹¹ Bkz., BGH 15.01.1969, BB 1969, s. 496 (498).

yapılmaktadır. Ancak, söz konusu içtihatlarda beklenilmezliğin ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin somut unsurlar ortaya konulmamaktadır. Bunun yerine, belirsiz nitelikteki beklenilmezlik kavramı, yine belirsiz bir nitelik arz eden “katlanılmaz, hak ve adaletle de bağdaştırılmaz” gibi kavramlarla açıklanmaktadır. Bu durum ise, -Köhler’in ifadesiyle- somut olayın takdiri için ölçü olması gereken unsurların eksikliğinin itirafından başka bir şey değildir.⁶⁹² Ancak özellikle 60’lı yıllardan sonra işlem temelinin bozulması konusunda uygulamada sözleşme rizikosunun paylaşılması temelindeki yaklaşımın önem kazanmasıyla birlikte, bu belirsizlik nispeten aşılmıştır. Gerçi beklenilmezliğin somut olayda ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin tüm olay grupları için genel geçer bir somut ölçü belirlenmemiştir. Ancak, doktrinde ve mahkeme kararlarında, beklenilmezliğin somutlaştırılması ve normatif bir içerik kazandırılması konusunda, somut olayın tüm durumlarının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Somut olayda dikkate alınması gereken durumların başında ise, sözleşme ve kanunda sözleşme rizikosunun paylaşılmasına ilişkin hükümler ile öngörülebilirlik, sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden tarafların sorumlu tutulmaları ve gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olacak ağırlığa ulaşması gelmektedir.⁶⁹³

⁶⁹² Köhler, (FG 50 Jahre BGH), s. 299. Aynı yönde: Medicus, (FS Flume I), s. 631; Soergel-Teichmann, § 242 BGB, Nr. 248; Görk, s. 19; Angermeir, s. 203.

⁶⁹³ Kegel, s. 201 vd.; Larenz, (Geschäftsgrundlage), s. 107 vd., 185; Stötter, AcP 166, s. 181; Ulmer, AcP 174, s. 185 vd.; Chiotellis, s. 39, 40, 57 vd.; Soergel-Teichmann, § 242 BGB, Nr. 246 vd.; Köbler, s. 227; Lembke, s. 199; Belling/ Hartmann, ZfA 1997, s. 98; Jung, s. 82; Heßhaus, s. 45 vd.; Görk, s. 18; Nauen, s. 95; Eidenmüller, Jura 2001, s. 829; Medicus, § 53, Nr. 866 vd.; KompaktKomm-Hirse, § 313 BGB, Nr. 17; Bamberger/ Roth-Grüneberg, § 313 BGB, Nr. 33; MünchKomm-Roth, § 313 BGB, Nr. 70 vd.; Palandt-Heinrichs, § 313 BGB, Nr. 16 vd.; Erman-Hochloch, § 313 BGB, Nr. 28; Angermeir, s. 204; Medicus, (Bürgerliches Recht), Nr. 166; Hirsch, s. 115; Bender, s. 81, 84; AnwKomm-BGB/ Krebs, § 313 BGB, Nr. 43; StudienKomm-Kropholler, § 313 BGB, Nr. 2; Hütte/ Helbron, Nr. 808; HandKommentar-Schulze, § 313 BGB, Nr. 15; Fikentscher/ Heinemann, Nr. 233. Öte yandan Medicus, beklenilmezliğin ölçüsü olarak esas itibarıyla edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasını temel almaktadır; ancak, beklenilmezliğin nerede başladığı konusunda yüzde ölçüsü şeklinde somut bir kota konulması gerektiği şeklindeki görüşlere (örneğin Chiotellis bu görüştedir bkz., yuk., § 2, II, 2, C. Chiotellis’in İşlem Temeli Öğretisinin Uygulama Şartlarına İlişkin Tespitleri) karşı çıkmaktadır. Medicus’un bu görüşü yerindedir; çünkü Medicus’un işaret ettiği üzere, işlem temelinin sonradan bozulmasına ilişkin tüm olay grupları bakımından ve tüm sözleşme türleri için karşılaştırılacak güvenilir bir standart değer belirleme imkânı yoktur. Kaldı ki, beklenilmezliğin tespitinde sadece edimler arasındaki değer ilişkisinin belirli bir ölçüye ulaşmış olması da yeterli değildir. Bunun yanında, aşağıda görüleceği üzere (bkz., aşa., § 3, IV, 2, C. Somut Olayda Dikkate Alınması Gereken Diğer Durumlar) başka değerlendirme kıstasları da bulunmaktadır. Bkz., Medicus, Nr. 867.

Doktrindeki ve içtihatlardaki yaklaşım, esas itibariyle BGB § 313 hükmüne de yansımıştır. Öyle ki, BGB § 313/I hükmünde, beklenilmezliğin tespitinde sözleşme ve kanunda sözleşme rizikosunun paylaşılmasına ilişkin hükümlerin özellikle dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Böylelikle, gerçekleşen rizikonun işlem temeli olup olmadığının belirlenmesinde normatif bir rol oynayan sözleşme rizikosunun paylaşılması anlayışı, BGB § 313 hükmünde, beklenilmezliğin somutlaştırılması konusunda da birincil ölçü haline gelmiştir. Ancak, rizikonun paylaşılmasına ilişkin sözleşmedeki ve kanundaki hükümlerin, beklenilmezlikle ilgili tüm durumları kapsayamayabileceği düşüncesinden hareketle, gerekli esnekliğin sağlanması bakımından, “somut olaydaki diğer tüm durumların” dikkate alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.⁶⁹⁴

B. Sözleşmedeki ve Kanundaki Riziko Sınırının Aşılması

Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen sözleşme rizikosu, sözleşmenin yorumlanmasıyla veya kanunda düzenlenen tipik sözleşmelere ilişkin tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere göre ya da sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla veyahut da tamamlayıcı nitelikteki diğer düzenlemelere göre sözleşmenin içeriği haline gelmiş ise, yukarıda ifade edildiği üzere⁶⁹⁵, artık işlemin temeli olarak kabul edilemez. Bu hususlar işlem temeli olarak kabul edilmediği için de artık BGB § 313 hükmü anlamında işlem temelinin bozulmasının konusu olamaz. Böyle bir durumda BGB § 313/I hükmü gereği, gerçekleşen rizikoya borçlunun katlanması beklenilir. Tersine durumda, yani, yapılan yorumlama sonucunda, sözleşmeyle, sözleşmelere ilişkin tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere göre ya da sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre üstlenilen sözleşme rizikosunun sınırının aşılması olduğu sonucuna varılırsa, bu durumda gerçekleşen sözleşme rizikosuna tarafların katlanması beklenilmez ve işlem temelinin bozulması kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilir.⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ **Bender**, s. 78, 80 vd.

⁶⁹⁵ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B. İşlem Temelinin Konusu Dışında Kalan Sözleşme Rizikoları.

⁶⁹⁶ **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 829; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 36; **Fikentscher**, s. 32; **Lembke**, s. 109; **Köbler**, s. 214; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 98; **Nauen**, s. 95; **Lettl**, JuS 2001, s. 249; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 176; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 18; **MünchKomm-Roth**, § 313

C. Somut Olayda Dikkate Alınması Gereken Diğer Durumlar

a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği

Sözleşmeler, yukarıda ifade edildiği üzere, hali hazırdaki durumlar bakımından bilgisizlik, geleceğe ilişkin durumlar bakımından ise belirsizlik riskleri ile doludur.⁶⁹⁷ Belirsizliğin konusu olan riskler hiçbir zaman kesin olarak bilinemese de genel hayat tecrübelerinin sonucu olarak öngörülebilirler. Belirsizliğin konusu olan sözleşme rizikoları öngörülebilir olmasına karşın, bu konuda kanunda tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olmadığı gibi taraflarca buna ilişkin düzenleme de yapılmamış olduğu durumlarda, Alman hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere, bilinçli bir riziko üstlenilmesi söz konusudur. Çünkü sözleşme rizikosunun genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilir olmasına rağmen buna ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması, alacaklının bakış açısına göre gerçekleşen rizikonun borçlu tarafından göze alındığı anlamına gelir. Bu nedenle, gerçekleşen rizikonun, borçlunun riziko alanında olduğu kabul edilir. Kaldı ki, sözleşme rizikosu öngörülmesine rağmen hem bu konuda her hangi bir düzenleme yapılmaması hem de daha sonra işlem temelinin bozulduğunun ileri sürülmesi, çelişkili davranış yasağına (venire contra factum proprium) da aykırılık oluşturur. Bu nedenle doktrinde ve mahkeme kararlarında gerçekleşen sözleşme rizikosunun ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüünün öngörülebildiği durumlarda artık bu rizikoya katlanılmasının taraflardan beklenildiği ve buna bağlı olarak da işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacağı kabul edilmektedir.⁶⁹⁸

BGB, Nr. 67 vd.; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 27; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 16; **Bender**, s. 83; **Angermeir**, s. 202 vd.; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 20 vd.; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 23; **Hütte/ Helbron**, Nr. 808; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 16; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 44 vd.; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 233. Mahkemelerin istikrarlı içtihatları: RG. 22.10.1920, RGZ 100, 134 (136); BGH 03.05.1995, BGHZ 129, 297 (310). Ayrıca bkz., yuk., § 3, I, 3. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Negatif Olarak Ortaya Konulması, A. Genel Olarak.

⁶⁹⁷ Bkz., yuk., § 3, I, 2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması.

⁶⁹⁸ **Locher**, AcP 121, s. 100; **Kegel**, s. 201, 203; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 107 vd.; **Stötter**, AcP 166, s. 181; **Köhler**, s. 36 vd., 144 vd., 147; **Fikentscher**, s. 70 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 185 vd.; **Koller**, (Risikozurechnung), s. 217 vd.; **Lembke**, s. 26 vd., 111 vd., 129 vd. 176 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 246; **Köbler**, s. 231 vd.; **Henssler**, s. 43; **Görk**, s. 20; **Heßhaus**, s. 46; **Jung**, s. 84; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 99; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 829; **Nauen**, s. 95; **Lettl**,

Beklenilmezliğin belirlenmesinde öngörülebilirlik kriterine göre hareket edilmesi durumunda, öncelikle öngörülebilirlik konusunda kimin ölçü alınması gerektiği sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Hâkim görüşüne göre⁶⁹⁹, “ilgili iş çevresindeki dürüst, ortalama, makul bir kişinin sözleşmenin yapıldığı zamandaki öngörebilme yeteneği” ölçü olarak alınmalıdır. Buna göre, sözleşmenin tarafı, işlem temeli haline gelen durumlardaki değişiklikleri ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne öngörebiliyorsa veya ilgili iş çevresindeki dürüst, ortalama, makul bir kişinin göstermesi gereken alışılmış özeni göstermesi durumunda bu değişiklikleri öngörebilecek idiyse, somut sözleşmenin tarafları öngörememiş olsa dahi, sözleşmenin ifası borçludan beklenilir. Dolayısıyla, hâkim görüş, öngörülebilirlik konusunda sadece tarafları temel alan subjektif bir anlayış değil, ilgili iş çevrelerindeki dürüst, ortalama, makul bir kişiyi temel alan objektif bir ölçüyü benimsemiş bulunmaktadır.

Mahkemelerin uygulaması da esas itibariyle doktrindeki hâkim görüşüne uygunluk arz etmektedir. Öyle ki, mahkeme uygulamasında, normal, alışılmış ilişkilere ilişkin bilgilerin ve bunlardaki normal ve alışılmış değişikliklerin ve de genel

JuS 2001, s. 249; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 177; **Medicus**, Nr. 868; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 8, 71, 74; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 20; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 30; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 38; **Bender**, s. 84; **Hirsch**, s. 116; **Angermeir**, s. 205 vd.; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 24; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 18; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 24; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 18; **AnwKomm-BGB/Krebs**, § 313 BGB, Nr. 47 vd.; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 2; RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 (332) (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei); RG 06.01.1923, RGZ 106, 7 (9) (Grundstückskauf); RG 21.06.1933, RGZ 141, 212 (216) (Makogarnen); RG 13.10.1933, RGZ 142, 23 (34); RG 02.04.1935, RGZ 147, 286 (291) (Baumwollgarn); RG 09.07.1935, RGZ 148, 33 (37, 40 vd.); BGH 01.06.1959, WM 1959, s. 1133; BGH 11.10.1961, WM 1962, s. 51; BGH 27.06.1962, VklBl 1962, s. 572 (573); BGH 15.05.1963, VklBl 1963, s. 564; BGH 28.09.1964, BB 1965, s. 968 (969); BGH 29.04.1965, WM 1965, s. 843 (845) (Dollarbaukontrakt); BGH 09.07.1968, DB 1968, s. 2121; BGH 31.01.1969, WM 1969, s. 527; BGH 23.06.1971, DB 1971, s. 2058; OLG Düsseldorf 21.07.1967, UFITA 1969, s. 242 (246); BGH 16.12.1971, BauR 1972, s. 118 (119) (Pauschalvertrag); BGH 10.03.1972, WM 1972, s. 656 (657); BGH 11.05.1973, WM 1973, s. 839 = BB 1973, 1139; OLG Hamburg 03.06.1975, WRP 1975, 532 (533); BGH 08.02.1978, WM 1978, 322 (323) = JZ 1978, s. 235 = JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (61) (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreissteigerung/ Leistungerschwerung); BGH 11.03.1982, BGHZ 83, 197 (204) (Werklieferungsvertrag) = NJW 1982, s. 1458 = WM 1982, s. 586; BGH 19.04.1978, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 92; OLG Branderburg 19.06.1998, ZMR 1999, s. 97.

⁶⁹⁹ **Kegel**, s. 203; **Stötter**, AcP 166, s. 181; **Ulmer**, AcP 174, s. 185, 189; **Köbler**, s. 232; **Lempke**, s. 183 vd.; **Heßhaus**, s. 46; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 99; **Jung**, s. 85; **Lettl**, JuS 2001, s. 249; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 30; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 18; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 38; **Angermeir**, s. 204 vd.; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 18; BGH 23.05.1951, BGHZ 2, 176 (188) = NJW 1951, s. 602 (Mietvertrag).

hayat tecrübesi olarak nitelendirilen bilgilerin -bilimsel bakımdan ispatlanılmamış olsa da- genel olarak öngörülebilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁷⁰⁰ Bu bağlamda, yukarıda da ifade edildiği üzere, içtihatlar göre, uzun süreli sözleşmelerde, paranın zaman içerisinde değer kaybedeceği veya sonradan maliyet artışlarının gerçekleşeceği, genel hayat tecrübelerine göre öngörülmelidir.⁷⁰¹ Ayrıca bir kimse, ilgili olduğu

⁷⁰⁰ BGB 23.10.1957, RdL 1958, s. 7 (9); BGH 08.02.1978, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 91 = WM 1978, s. 322 = JZ 1978, s. 235 = MDR 1978, s. 658 = BB 1978, s. 1033 = JuS 1978, s. 487 = JR 1979, s. 60 (Ölkrise-Lieververtrag/ Ölpreissteigerung/ Leistungsschwerung); BGH 17.12.1982, BGHZ 86, 167 (169) = NJW 1983, s. 1309 = BB 1983, s. 794 = MDR 1983, s. 387 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 17.12.1982, BGHZ 86, 167 (169) = NJW 1983, s. 1309 = BB 1983, s. 794 = MDR 1983, s. 387 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung).

⁷⁰¹ Bu konudaki mahkeme kararları için bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aab, aab. Açık, Genel ve Üstü Örtülü Uyarılama Kayıtları. Ayrıca bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aac. Uyarılama Kayıtlarının Yorumlanması. Bununla birlikte içtihatlarda, uzun süreli sözleşmelerin bir kısmı bakımından, denge bozulması ve ifa güçlüğünün belli bir orana ulaşması durumunda, gerçekleşen sözleşme rizikosunun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğünün öngörülemediği kabul edilmektedir. Bu nedenle mahkemeler, böyle bir durumda uzun süreli sözleşmeyle üstlenilen sözleşme rizikosunun sınırının aşıldığını kabul etmektedir. Öyle ki, İmparatorluk Mahkemesi, 1923 tarihli kararında, savaş sonrası dönemde enflasyona bağlı olarak paranın değer kaybetmesi sonucu taşınmazın değerinin sonradan % 260 oranında artması karşısında, değer artışına neden olan savaş sonrası durumun öngörülemediğini, bu nedenle de sözleşmeyle tanınan ön alım hakkına ilişkin satım bedelinin, işlem temelinin sonradan çökmesi nedeniyle, yeniden belirlenmesine karar vermiştir. Bkz., RG 16.04.1921, RGZ 102, 98 (Grundstückskauf). Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi, 1970'li yıllardan itibaren emeklilik sözleşmelerinde, geçim masraflarında % 40 lık bir artışın gerçekleşmesi (yani, paranın yaklaşık % 30 oranında değer kaybetmesi) durumunda, gerçekleşen sözleşme rizikosunun, yani paranın bu ölçüde bir değer kaybetmesinin öngörülemediği, dolayısıyla da artık uzun süreli sözleşmeyle üstü örtülü olarak üstlenilen sözleşme rizikosunun sınırının aşıldığını ve buna bağlı olarak da, artık böyle bir durumda, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebileceğine karar vermiştir. Bkz., BGH 28.05.1973, BGHZ 61, 31 (35 vd) = NJW 1973, s. 1599 = MDR 1977, s. 99 (AG Vorstand/ Ruhegehaltsvertrag/ Wertsicherungsklausel); BGH 04.11.1976, WM 1977, s. 53 (AG Vorstand). Alman Federal Mahkemesi, bu yaklaşımını 1980'li yıllardan itibaren de üst hakkı sözleşmelerinde de uygulamıştır. Öyle ki, mahmeye göre üst hakkı sözleşmelerinde geçim masrafları indeksinin % 150'ye ulaşmış olması –yani, para değerinde % 60'a ulaşması durumunda- gerçekleşen sözleşme rizikosunu öngörülemez. Dolayısıyla da, artık uzun süreli sözleşmeyle üstü örtülü olarak üstlenilen sözleşme rizikosunun sınırının aşılmış olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle, artık böyle bir durumda, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilir. Bkz., BGH 24.02.1984, BGHZ 90, 227 vd. = NJW 1984, s. 2212 = BB 1984, s. 933 = MDR 1984, s. 744 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung). Mahkemenin paranın satın alma gücünde 29 yılda % 61 oranındaki kaybın sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemediği ve işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği hakkında: BGH 30.03.1984, BGHZ 91, 32 vd. = NJW 1985, s. 126 = BB 1984, s. 1193 = MDR 1984, s. 744 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); Paranın satın alma gücünde 33 yılda % 61 oranındaki kaybın sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemediği ve işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği hakkında: BGH 20.12.1985, BGHZ 96, 371 vd. (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); Paranın satın alma gücünde % 59 oranındaki kaybın sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemediği ve işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği hakkında: BGH 21.02.1986, BGHZ 97, 171 = NJW 1986, s. 2698 (2699) = BB 1986, s. 1183 = MDR 1986, s. 662 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); Paranın satın alma gücünde % 60 oranındaki kaybın sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemediği ve işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği hakkında: BGH 04.05.1990, BGHZ 111, 214 vd. = LM § 9 ErbbauVO Nr. 30 = NJW 1990, s. 2620

meslek alanının veya iş sahasının mutlak sözleşme rizikolarını öngörmek zorundadır.⁷⁰² Yine bu anlamda olmak üzere, açık veya üstü örtülü davranışlarla, alanında ün yapmış olan bir kimsenin, onun bu anlamda kendisinden beklenen bilgisi ve yeteneklerinin dikkate alınması gerekir.⁷⁰³ Öte yandan, yapılan sözleşmeye ilişkin önemli aktüel ve politik tartışmalar ile buna ilişkin kanun tasarıları hakkındaki bilgilerin olması durumunda, bunlara ilişkin değişikliklerin öngörülmesi gerektiği kabul edilir.⁷⁰⁴ Aynı şekilde, kanunlardaki değişiklikler de her zaman muhtemeldir ve öngörülmesi gerekir.⁷⁰⁵ Bundan başka, ekonomik, hukuki, siyasi belirsizliklerin oldukça yüksek

(Erbbaurecht/ Äquivalenzstörung). Ayrıca mahkeme içtihatlarında, geçim masraflarının % 150 den daha fazla artmış olması durumunda, yani paranın satın alma gücünde % 60 tan daha fazla bir değer kaybetmesi durumunda, kiralaanın bu artış oranını sözleşmenin kurulduğu sırada öngöremeyeceği, dolayısıyla da işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz., OLG Hamburg 15.03.1989, OLGZ 1990, 65, 66. Alman Federal Mahkemesi'nin geçim masraflarındaki daha az bir oranda artışın olması durumunda üst hakkı ve kira sözleşmeleri bakımından gerçekleşen sözleşme rizikosunun öngörülmesi gerektiğinden hareketle işlem temelinin bozulmasına dayanılmayacağı hakkındaki içtihatları için bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aad. Uyarlama Kayıtları ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması. Alman Federal Mahkemesi'nin emeklilik sözleşmelerde % 33-40 arasında paranın değer kaybetmesini öngörülmezlik bakımından yeterli görülürken, üst hakkı ve kira sözleşmelerinde daha yüksek bir değer kaybını aramasının nedeni, emeklilik sözleşmeler bakımından sosyal politikaya ilişkin saiklerin ön planda olmasındandır. Bkz., **Hirsch**, s. 139; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 156; **Emmerich**, § 28, Nr. 40). Öyle ki, Alman Federal Mahkemesi, emeklilik sözleşmesini bakım karakterli sözleşme olarak nitelendirmekte ve emeklinin ve bu anlamda bakım alacaklısının mevcudiyetini koruması bakımından para meblağına şiddetle ihtiyaç duyulmasını, diğer uzun süreli sözleşmelerden farklı bir oranın belirlenmesi için yeterli sebep görmektedir Bkz., BGH 14.10.1959, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 34 = NJW 1959, s. 2203 vd. (Kaliabbau-Fälle). Öte yandan, Alman Federal Mahkemesi, emeklilik, üst hakkı ve kira sözleşmeleri dışında para değerinde çok az bir dalgalanma olacağı düşüncesiyle bir tarafın üzerinde bırakılan değersizleşme rizikosunu, esas itibarıyla içtihatlarında "sınırsız bir değersizleşme rizikosu" olarak yorumlamaktadır. Bkz., BGH 09.07.1968, WM 1968, s. 1248 (Grundstückkauf); BGH 11.05.1973, WM 1973, s. 839 = BB 1973, s. 1139 (Grundstückkauf).

⁷⁰² RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 (332) (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei); RG 06.01.1923, RGZ 106, 7 (9) (Grundstückkauf); RG 21.06.1933 RGZ 141, 212 (216) (Makogarnen); RG 02.04.1935, RGZ 147, 286 (291) (Baumwollgarn); BGH 11.03.1982, BGHZ 83, 197 (204) (Werklieferungsvertrag)= NJW 1982, s. 1458= WM 1982, s. 586; BGH 19.04.1978, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 92. Bu konuda doktrinde de örnekler verilmektedir. Örneğin, ileri teknoloji ürünü aletlerin teslimatının yapıldığı sözleşmeler bakımından satın alınan ürünlerin teslimatına kadar geçen süre zarfında bu malların yeni sürümlerinin ortaya çıkması nedeniyle değerinin bazı durumlarda yarı yarıya kadar azalması, bu tür sözleşmeler bakımından alışla gelen bir durumdur. Bu nedenle, bu tür sözleşmeleri yapan kişiler bakımından yeni sürümlerin ortaya çıkmasının rizikosu her zaman imkân dâhilindedir ve öngörülmesi gerekir. Dolayısıyla böyle bir durumda bu tür rizikoların gerçekleşmiş olmasına rağmen her iki taraftan da borcunu aynen ifa etmesi beklenilir. Bkz., **Angermeir**, s. 205.

⁷⁰³ BGH 31.03.1982, NJW 1982, s. 1699.

⁷⁰⁴ RG 19.06.1888, RGZ 21, 178 (180) (Branntweinsteuer); RG 16.14.1928, RGZ 121, 56 (57); BGH 29.04.1965, WM 1965, s. 843 (845) (Dollarbaukontrakt).

⁷⁰⁵ İmparatorluk Mahkemesi 1926 yılındaki kararına konu olan olayda, Yeniden Değerleme Kanunu'nun (Aufwertungsgesetz) yürürlüğe girmiş olması nedeniyle satıcının ipoteği çözdürmek için

olduğu ve bu nedenle her türlü gelişmenin muhtemel olduğu kriz durumlarında yapılan sözleşmeler bakımından, nedenleri bizatihi bilinemese de bu tür durumların sonucu olan rizikoların yine de öngörülmesi gerekir.⁷⁰⁶ Tüm bu durumlarda, sözleşme

gerekli olan bedelin artması karşısında, kanundaki bu değişikliğin öngörülemeyeceği dolayısıyla da ipoteğin çözülmesi için gerekli olan ve ancak kanunun yürürlüğe girmesi nedeniyle artan masraflar nispetinde bir bedelin alıcı tarafından ödenmesine karar vermiştir. Ancak mahkeme, bu konuda daha başka bir somutlaştırma yapmamaktadır. Bkz., RG 10.02.1926, RGZ 112, 329 vd. İmparatorluk Mahkemesi, sonraki dönemde ise, kanunlardaki değişikliğin esas itibarıyla her zaman muhtemel olduğu ve öngörülmesi gerektiği ve dolayısıyla denge bozulması nedeniyle işlem temelinin sonradan çökmesine dayanılarak sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacağına karar vermiştir. Bkz., RG 24.10.1931, RGZ 134, 25. Alman Federal Mahkemesi ise, başlangıçta kanunlardaki değişikliğin neden olduğu denge bozulmasının öngörülemeyeceğine hükmetmiştir. Bu anlamda olmak üzere, davaya konu olan olayda, davalı eczane sahibi, davacıdan 08.02.1956 tarihinde noterde yapılan bir sözleşmeyle eczanenin işletilmesi için gerekli olan ruhsatnameyi 60.000 Alman Markı karşılığında devretmiştir. Ancak, satış parası üzerinden 7000 Alman Markı henüz ödenmemiştir. Sözleşmenin kurulduğu zamandaki kanuni duruma göre, aynı bir ruhsatı olmayan bir eczacı, sadece şahsi ruhsatı ödünç alarak yeni bir eczane açabilmektedir. Bunun verilmesi, eczane için bir izin verilmesinin ön şartıdır. Ancak Alman Federal İdare Mahkemesi, sözleşmenin yapıldığı tarihten 14 ay sonra, 1956 yılına ilişkin kararında (bkz., BVerfG 22.11.1956, VerwGE 4, 107), eczanenin kurulması için sadece bir işletme hakkının varlığının yeterli olduğuna karar vermiştir. Bir işletme hakkı ise, şahsi yeterlilik ve bunun için gerekli alandan ibarettir. Dolayısıyla, davacının artık eczanenin işletilmesi için daha önce ihtiyaç duyulan ve 60.000 Alman Markı'na devraldığı ruhsatnameye ihtiyacı kalmamıştır. Bu olayda içtihatla değişen hukuki durumun sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemeyeceğine hükmeden mahkeme, işlem temelinin sonradan çöktüğünden hareketle uyarlamaya karar vermiş ve davacıyı ödemesi gereken 7.000 Alman Markı'nın ödenmesi yükümlülüğünden kurtarmıştır. Bkz., BGH 13.10.1959, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 33 = NJW 1960, s. 91 (Apothekenkonzessionfall). Ancak mahkeme, aynı dönemde ve daha sonraki tarihli kararlarında, somut sözleşme tipine ilişkin mevzuat değişikliğinin rizikosunun somut hukuki işlemin tarafları bakımından öngörülmesi gerektiği ve her zaman da hesaba katılması gerektiği görüşündedir. Bu nedenle mahkeme, kanunlardaki değişiklik, prensip olarak denge bozulması nedeniyle işlem temelinin sonradan çökmesinin konusu olamayacağını kabul etmektedir. Bkz., BGH 01.06.1959, WM 1959, s. 1133; OLG Nürnberg 4.12.1958, BB 1959, s. 609; BGH 03.03.1969, WM 1969, s. 527 vd. Mahkemenin bu yaklaşımı, somut sözleşmeyi ilgilendiren idari mevzuata ilişkin olarak idarenin değiştirme konusunda takdir hakkının bulunduğu mevzuat için de geçerlidir. Öyle ki, Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan bir olayda (türksicher –Wein – Fall) Alman ithalatçı olan firma, Türkiye'deki bir firmadan şarap satın almıştır. Ancak, sözleşme yapıldıktan sonra yetkili makamın aldığı kararla ek bir vergi getirilmiş ve bu durum, ithalatçı firmaya ek olarak 79.080 Alman Markı maliyet yüklemiştir. Alman Federal Mahkemesi bu olayda, ithalat ve ihracatın çoğunlukla tacirler arasında gerçekleştiği ve bu nedenle, ithalat ve ihracata ilişkin yetkili makam tarafından yapılan yeni düzenlemelerinin değişmesinin her zaman imkan dahilinde olduğu ve buna bağlı olarak tarafların bunu sözleşme yaparken öngörmeleri gerektiği görüşündedir. Bu bakımdan mahkemeye göre, böyle bir olayda denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle işlem temelinin sonradan çökmesi kapsamında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Bkz., BGH 11.06.1975, WM 1975, s. 917 vd.

⁷⁰⁶ RG 18.02.1918, RGZ 93, 17 (18); RG 12.07.1917, JW 1917, s. 899 (900) (Linterslieferung); RG 12.07.1917, JW 1918, 33 (34). Bu anlamda olmak üzere İmparatorluk Mahkemesi, 1929 yılında dünyada yaşanan ekonomik krizin ardından, kurda % 13'lük bir kayıp gerçekleşmesi karşısında, bu rizikonun öngörülmesi gerektiği dolayısıyla işlem temelinin sonradan çökmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale edilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz., RG 21.6.1933, RGZ 141, 212 vd.; RG 13.10.1933, RGZ 142, 123 vd.; RG 11.03.1935, RGZ 147, 157 vd. Alman Federal Mahkemesi de, doların değer kaybedeceğinin tehlikesi altında dolar kuru üzerinden sözleşme imzalayan kişinin, doların gerçekten değer kaybetmesi durumunda artık işlem temelinin sonradan çökmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale edilemeyeceği görüşündedir. Bkz., BGH 29.04.1965, WM 1965, s. 843 (845) (Dollarbaukontrakt).

rizikosunun gerçekleşme ihtimali ne kadar yüksek ise, bunlara ilişkin taraflardan beklenen özenin ölçüsü de o nispette artar.⁷⁰⁷

b. Sözleşme Rizikosunun Gerçekleşmesinden Tarafların Sorumlu Tutulmaları

Doktrinde ve mahkeme kararlarında beklenilmezliğin belirlenmesi konusunda ölçü alınan bir başka kriter ise, sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden tarafların sorumlu tutulamıyor olması gerekir. Buna göre, sözleşme rizikosuna kusuru ile neden olan veya bu rizikonun gerçekleşmesi iradesine dayanan ya da rizikonun sözleşmeye etkilerinin ağırlaşmasına neden olan taraftan, bu rizikolara katlanması beklenilir.⁷⁰⁸ Ayrıca, doktrinde kabul edildiği üzere, gerçekleşen sözleşme rizikosuna, bundan olumsuz etkilenen tarafın sorumlu olduğu hâkimiyet alanında gerçekleşmiş ise, gerçekleşen rizikoya karşın, sözleşmenin ifası yine de söz konusu taraftan beklenilir.⁷⁰⁹ Ancak bu konuda somut olaya göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Somut olayda gerçekleşen sözleşme rizikosuna ne kadar borçlunun sorumlu olduğu alandan kaynaklanıyorsa, sözleşmenin ifasının da ancak o ölçüde beklenilebilir olduğu kabul edilmelidir.⁷¹⁰ Bundan başka, sözleşme rizikosunun gerçekleştiği anda borçlu temerrüde düşmüş ise, yine işlem temelinin sonradan bozulmasına dayanamaz.⁷¹¹

⁷⁰⁷ BGH 28.09.1964, WM 1964, s. 1253 (1254)= BB 1964, s. 1397 = DB 65, s. 28 (Bauvertrag/ Kostensteigerung/ Leistungerschwerung).

⁷⁰⁸ **Kegel**, s. 203; **Köhler**, s. 144; **Köbler**, s. 233; **Lempke**, s. 135 vd.; **Henssler**, s. 43, 227 vd.; **Jung**, s. 86; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 99; **Görk**, s. 21; **Nauen**, s. 95; **Bender**, s. 81, 84; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 21; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 72; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 29; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 39; **Bender**, s. 52; **Hirsch**, s. 116; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 17; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 16; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 49; BGH 10.03.1983, NJW 1983, s. 1489 (1490); BGH 02.10.1991, NJW 1992, s. 427 (428); BGH 16.12.1992, ZIP 1993, s. 234 (237); BGH 11.03.1993, NJW-RR 1993, s. 880 (881); BGH 03.05.1995, BGHZ 129, 297 (310). Bu anlamda olmak üzere, örneğin, beslenme ve barınma sözleşmesinde (Altenteilverträge), bakım alacaklısı şartların bozulmasına kusurlu olarak neden olmuş ise, bu durumda bakım borçlusuna kusuru ölçüsünde bir ödemede bulunması gerektiği hakkındaki içtihat için bkz., BGH 01.02.2002, NJW-RR 2002, s. 853.

⁷⁰⁹ **Kegel**, s. 203; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 99; **Angermeir**, s. 206.

⁷¹⁰ **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 99.

⁷¹¹ **Kegel**, s. 203; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 107; **Jung**, s. 86.

c. Borçlunun Mevcudiyetini Yok Etme Tehlikesi

Alman hukukunda mahkeme kararlarında beklenilmezliğin kriteri olarak, istisnai bazı kararlarda, somut olaya ilişkin hakkaniyet kararları bulunmaktadır. Bu bağlamda taraflardan birisi belirli bir rizikoyu üstlenmiş olsa da edimler arasındaki denge ilişkisinin borçlunun yıkımına neden olacak şekilde bozulduğu, yani borçlunun mevcudiyetini yok etme tehlikesiyle karşı karşıya bıraktığı durumlarda, sözleşmenin yorumlanmasından borçlunun bu rizikoyu üstlenmemiş olduğu ve istisnai olarak hakkaniyet gereği borcun ifasının borçludan beklenilemeyeceği kabul edilmektedir.⁷¹² Gerçi burada soyut bir şekilde değil, beklenilmezliğe ilişkin olarak bir tarafın sözleşmeyle aynen bağlı kalmasındaki menfaati ve diğer tarafın böyle bir durumda katlanması gereken yük birlikte değerlendirilmektedir.⁷¹³ Ancak doktrinde bazı yazarlar⁷¹⁴, haklı olarak, istisnai de olsa beklenilmezliğin kriteri olarak hakkaniyet temelinde sözleşmeye müdahale edilmesini, “sözleşmeyi, sözleşmeye yabancı olan unsurların etkisine açık hale getirdiği” gerekçesiyle karşı çıkmaktadır.

V. ARA SONUÇ

Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü, BGB § 313 hükmünde düzenlenen “işlem temelini sonradan bozulması”na ilişkin olay grupları kapsamında yer almaktadır. Buna bağlı olarak, işlem temelini sonradan bozulmasının şartları,

⁷¹² Bkz., **Wieacker**, (FS für Willburg) 1965, s. 248; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 247; **Köbler**, s. 231; **Henssler**, s. 70; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 100; **Nauen**, s. 95; **Medicus**, Nr. 871; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 78; **Hirsch**, s. 115 vd.; **Angermeir**, s. 207; **Hirsch**, s. 116; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 27; **Emmerich**, § 27, Nr. 35; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 50. İmparatorluk Mahkemesi'nin bu konuda kararları için bkz., yuk., § 2, II, 1, B. Oertmann'ın İşlem Temeli Öğretisi. Alman Federal Mahkemesi'nin bu konudaki kararları: Davacı o dönemdeki kriz sonucu borcunu ifa etmesinin işletmesinin devamını çok ağır surette tehlikeye sokacak şekilde sarsılmasına neden olduğunu ispatlaması gerektiği hakkında bkz., BGH 26.05.1955, BGHZ 17, 317 (327) = NJW 1955, s. 1187= WM 1955, s. 1121; BGH 19.04.1979, NJW 1978, s. 2390 (2391) (Verfall des Vermögens); BGH 08.02.1984, NJW 1984, s. 1746 (Alkoholverbot-Kaufvertrag/ Groß Geschäftsgrundlage/ İran); OLG Düsseldorf 07.11.1995, NJW-RR 1996, s. 1419 (1420).

⁷¹³ **Wieacker**, (FS für Willburg) 1965, s. 248; **Belling/ Hartmann**, ZfA 1997, s. 100; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 247 vd.; Jung, s. 83; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 78; **Hirsch**, s. 115 vd. Doktrinde bazı yazarlar, işletme kiralarda denge bozulmasına ilişkin riziko sözleşmede taraflar arasında paylaştırılmış ise, borçlunun yıkımına da neden olsa, artık BGB § 313 hükmüne göre sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacağı savunulmaktadır. Örneğin: **StaudingersKomm-Emmerich**, Vorbem § 536 BGB, Nr. 28.

⁷¹⁴ **Rüthers**, s. 27; **Locher**, AcP 121, s. 93; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 88 vd.; **Chiotellis**, s. 150; **Jung**, s. 83.

aynı zamanda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin de şartlarını oluşturmaktadır. BGB § 313 hükmüne göre işlem temelinin sonradan bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, öncelikle, işlem temeli haline gelen durumların olması gerekir.

İşlem temelinin tanımının yapılması yerine, işlem temelinin pozitif olarak somutlaştırılması, negatif olarak da sınırlandırılması yoluna gidilmektedir. İşlem temeli pozitif olarak, “konu” itibariyle somutlaştırılır. İşlem temelinin konusu, sadece sözleşme rizikosudur. Sözleşme rizikosu, “gerçeğin” doğru olarak takdir edil(e)memesi tehlikesidir. Bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğü, işlem temelinin sonradan bozulmasına neden olan sözleşme rizikolarıdır. Ancak her sözleşme rizikosu, işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikosu değildir. Bu bakımdan, işlem temelinin konusu dışında olan sözleşme rizikolarının belirlenmesiyle, işlem temeli negatif olarak sınırlandırılabilir. Bu anlamda olmak üzere, somut olayda denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşmiş olsa bile, bu rizikoya kimin katlanması gerektiği sözleşmedeki uyarılma kayıtlarına göre, spekülatif işlemlerde olduğu gibi sözleşmenin niteliğinden hareketle veya tamamlayıcı nitelikteki hükümlere göre belirlenebiliyorsa (bu anlamda olmak üzere, özel nitelikteki tamamlayıcı hükümlerin yanı sıra, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmünün; tartışmalı olmakla birlikte, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı olağanüstü fesih hakkını düzenleyen BGB § 314 hükmünün; imkânsızlığa ilişkin BGB § 275 hükmünün konusu olduğu sürece) denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikoları sözleşmenin içeriğidir, dolayısıyla da işlem temelinin konusu dışındadır. Tersine durumda ise, yani, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu sözleşmenin içeriği değil ise, bu durumda da denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu, işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikolarıdır.

Gerçekleşen sözleşme rizikosunun işlem temelinin konusu olması ya da işlem temeli haline gelmesi, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin sadece ön şartıdır. Bundan daha önemlisi, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, sözleşme kurulduktan sonra işlem temeli haline gelen durumların “ağır surette değişmiş olması” gereklidir.

“Ağır surette değişme” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği, BGB § 313 hükmünde açıklanmamaktadır. Doktrinde isabetli olan görüşe göre, işlem temelinin bozulması ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için gerekli olan diğer iki unsur, yani varsayıma dayalı unsur ve normatif unsur, ağır surette değişme unsurunun ölçüsüne işaret eden unsurlardır. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temelinin sonradan bozulması nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahale yapılabilmesi için, varsayıma dayalı unsur gereğince, işlem temeli haline gelen durumların öyle ağır surette değişmiş olması gerekir ki, taraflar işlem temeli haline gelen durumların değişeceğini bilmiş olsalardı, sözleşmeyi hiç yapmayacak veya hiç olmazsa başka türlü yapacaktı denilebilmesi gerekir (BGB § 313/I). Ancak, BGB § 313/I hükmünde varsayıma dayalı unsura ilişkin daha başka bir somutlaştırma yapılmamaktadır. Ayrıca, somut olayda, “tarafların söz konusu değişiklikleri öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacaklarını veya en azından başka türlü yapacaklarını” söylemek, çoğu zaman mümkündür Bu bakımdan, varsayıma dayalı unsurun işlem temeli haline gelen durumların sonradan ağır surette değişip değişmediğinin belirlenmesi konusunda somut olaydaki filtre fonksiyonu son derece sınırlıdır. Bu bakımdan, işlem temeli haline gelen durumların ağır surette değişip değişmediğinin belirlenmesi bakımından asıl belirleyici unsur, normatif unsurdur.

Normatif unsur, beklenilmezlik unsurudur. Buna göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, sözleşmenin temeli haline gelen durumların ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü, özellikle sözleşme ve kanunda sözleşme rizikosunun paylaşılmasına ilişkin hükümler dikkate alındığında, değişmeksizin sözleşmeyle bağlı kalınması beklenilemeyecek kadar ağır surette değişmesi gerekmektedir (BGB § 313/I). Bu kapsamda, yapılan yorumlama sonucunda, sözleşmeyle, sözleşmeye ilişkin tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere göre ya da sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna veya tamamlayıcı nitelikteki diğer hükümlere göre üstlenilen sözleşme rizikosunun sınırının aşılmış olduğu sonucuna varılırsa, bu durumda gerçekleşen sözleşme rizikosuna ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne tarafların katlanması beklenilmez ve işlem temelinin bozulması kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilir. Ayrıca, sözleşmenin tarafı, işlem temeli haline gelen

durumlardaki değişiklikleri ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğünü gerçekten öngörmemiş ise veya ilgili iş çevresindeki dürüst, ortalama, makul bir kişinin göstermesi gereken alışılmış özeni göstermesi durumunda dahi bu değişiklikleri öngöremeyecek idiyse, sözleşmenin ifası borçludan beklenilmez ve işlem temelinin bozulması kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilir. Bunun dışında, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden tarafların sorumlu olmamaları gerekir. Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına kusuru ile neden olan veya bu rizikonun gerçekleşmesi iradesine dayanan ya da rizikonun sözleşmeye etkilerinin ağırlaşmasından sorumlu tutulan yahut da denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleştiği anda temerrüde düşmüş olan borçludan bu rizikolara katlanması beklenir. Dolayısıyla böyle bir durumda artık işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilemez. Tüm bunların dışında, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarında, edimler arasındaki denge ilişkisinin borçlunun yıkımına neden olacak şekilde bozulduğu, yani borçlunun mevcudiyetini yok etme tehlikesiyle karşı karşıya bıraktığı durumlarda, sözleşmenin yorumlanmasından borçlunun bu rizikoyu üstlenmemiş olduğu sonucuna varılabileceği, dolayısıyla, istisnai olarak hakkaniyet gereği borcun ifasının borçludan beklenilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar, haklı olarak, istisnai de olsa beklenilmezliğin kriteri olarak hakkaniyet temelinde sözleşmeye müdahale edilmesini, “sözleşmeyi, sözleşmeye yabancı olan unsurların etkisine açık hale getirdiği” gerekçesiyle karşı çıkmaktadır.

§ 4. TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN ŞARTLARI

Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, farklı dogmatik temellerde olmakla birlikte, yukarıda da açıklandığı üzere⁷¹⁵, genel olarak clausula rebus sic stantibus kapsamında kabul edilmektedir. Türk-İsviçre hukukunda, bu konuda genel nitelikte her hangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 137. maddesinde "a ş ı r ı i f a g ü ç l ü ğ ü" kenar başlığında düzenlenmektedir.⁷¹⁶

Çalışmamızın bu kısmında, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahalenin şartlarını, kabul ettiğimiz dogmatik temelde açıklayacağız. Buna göre, sözleşmeye müdahale edilmesinde, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiği sorusunun cevabı aranır. Bu bakımdan, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin şartları, sözleşme rizikosu esas alınmak suretiyle belirlenir. Bu temelde, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, dört temel şartın bulunması gerekir. Bunlar:

1. Denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün gerçekleşmiş olması: sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi,
2. Sözleşme rizikosunun öngörülemez nitelikteki olaylara bağlı olarak gerçekleşmiş olması,
3. Sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden tarafların sorumlu tutulmaması,

⁷¹⁵ Bkz., yuk., Giriş, II, 3. Kavram.

⁷¹⁶ BKT m. 137: "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeven ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır."

4. Sözleşme rizikosuna ilişkin olarak sözleşmede ve kanunda her hangi bir düzenlemenin olmamasıdır.⁷¹⁷

Söz konusu şartlar, yeri geldikçe, Alman hukukunda sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda işlem temelinin bozulmasının uygulama şartlarıyla benzer ve ayrılan noktaları ortaya konulmak suretiyle açıklanacaktır. Ayrıca, yine yeri geldikçe, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerekli olan şartlara ilişkin tartışmalı konularda, Alman hukukunda kabul edilen işlem temelinin bozulması kurumundan hareketle uygun çözümler ortaya konulacaktır.

I. DENGE BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜNÜN GERÇEKLEŞMİŞ OLMASI: SÖZLEŞME RİZİKOSUNUN GERÇEKLEŞMESİ

1. Genel Olarak

Denge bozulması ve ifa güçlüğü, yukarıda ifade edildiği üzere, belirsizliği nedeniyle gelecekte gerçekleşecek olanın doğru takdir edilememesine ilişkin sözleşme rizikolarıdır.⁷¹⁸ Clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, öncelikle bu rizikolar gerçekleşmelidir. Yani, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ya da bu kapsamda ifa güçlüğü gerçeğe dönüşmüş olması gerekir.⁷¹⁹ Aksi durumda ise, clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye her

⁷¹⁷ Clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilmesinin şartları için bkz., **Oftinger**, SJZ 36, s. 233 vd.; **Schmitz**, s. 43 vd.; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 221 vd.; **Deschenaux**, s. 201 vd.; **Hungerbühler**, s. 33 vd.; **Keller/ Schöbi**, s. 226 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 620 vd., 661 vd.; **Bischoff**, s. 183 vd.; **Schmiedlin**, s. 105 vd., 150 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 272 vd., 335 vd.; **Erdin**, s. 57 vd.; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 1 ZGB, Nr. 19; **Sulzer**, s. 208 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1288 vd.; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 113 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 99 vd.; **Schwenzer**, Nr. 35.01, 35.06 vd.; **Sungurbey**, s. 104 vd.; **Erzurumluoğlu**, s. 67 vd.; **İmre**, s. 280 vd.; **Kaplan**, s. 146 vd.; **Edis**, s. 312 vd.; **Akyol**, s. 83 vd.; **İnal**, s. 294; **Burcuoğlu**, s. 9; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 8 vd.; **Arat**, s. 93 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 451; **Eren**, s. 440 vd.

⁷¹⁸ Bkz., yuk., § 3, I, 2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması.

⁷¹⁹ **Weber**, s. 47 vd.; **Oftinger**, SJZ 36, s. 235; **Schmitz**, s. 51; **von Büren**, s. 403; **Schlageter**, s. 80; **Hungerbühler**, s. 34; **Deschenaux**, s. 202 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 678 vd., 684; **Bischoff**, s. 190 vd., 193 vd.; **Schmiedlin**, s. 115, 165 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 346; **Keller/ Schöbi**, s. 257; **Erdin**, s. 58; **ZürcherKomm-Baumann**, Art. 2 ZGB, Nr. 455; **Sulzer**, s. 209; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 1 ZGB, Nr. 19; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 118; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1300 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 104; **Schwenzer**, Nr. 35.09; **Gürsoy**, s. 90; **Erzurumluoğlu**, s. 69; **İmre**, s. 281; **Sungurbey**, s. 104; **Edis**,

hangi bir müdahalede bulunulamaz. Çünkü sözleşme rizikosu gerçekleşmemiş ise, artık sözleşme rizikosuna kimin katlanması gerektiği sorunu gündeme gelmeyecektir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının ve bu anlamda sözleşme rizikosunun gerçekleşmiş olmasının gerekliliği konusunda her hangi bir tartışma yoktur. Ancak, sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerçekleşen sözleşme rizikosunun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün belli bir ağırlığa ulaşmasının gerekip gerekmediği sorunu, tartışmalıdır. Bu tartışmalar ve değerlendirmemiz, aşağıda açıklanacaktır.

2. Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü'nün Belli Bir Ağırlığa Ulaşmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu

İsviçre Federal Mahkemesi, önceleri edimler arasındaki denge ilişkisinin, borçlunun yıkımına neden olacak ağırlıkta bozulması gerektiğini kabul edilmiştir. Ancak mahkeme, daha sonraki kararlarında bu içtihadını değiştirmiş ve edimler arasındaki denge ilişkisinin hem ağır surette bozulması hem de bunun hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması gerektiğini kabul etmiştir. Yargıtay ise, sözleşmeye müdahale edilebilmesi için bir yandan edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulması gerektiğini kabul ederken aynı zamanda da bunun borçlunun yıkımına neden olacak ağırlıkta olması gerektiği görüşündedir. Ayrıca, mahkeme, edimler arasındaki denge ilişkisinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacak şekilde bozulduğu bazı durumlarda da sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.

Biz bu çalışmamızda, edimler arasındaki denge ilişkisinin borçlunun yıkımına neden olacak ağırlıkta bozulması, hakkın kötüye kullanılması oluşturacak ölçüde bozulması veya daha başka bir ağırlıkta bozulması gerektiği görüşlerini kabul etmiyoruz. Aşağıda öncelikle bunları niçin kabul etmediğimizi açıklayacağız. Daha sonra da edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun ölçüsüne ilişkin görüşümüzü ortaya koyacağız.

s. 313; Kaplan, s. 148 vd.; Akyol, s. 83, 88; Burcuoğlu, s. 9; İnal, s. 294; Arat, s. 111 vd.; Oğuzman/Öz, s. 451; Eren, s. 441; Serozan, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 8.

A. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin “Borçlunun Yıkımına Neden Olacak Ağırlıkta” Bozulmuş Olmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu

İsviçre Federal Mahkemesi, Birinci Dünya Savaşı sonrasında, yukarıda da ifade edildiği üzere denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda nispi imkânsızlık görüşünü kabul etmiştir. Bu anlamda olmak üzere mahkeme, nispi imkânsızlık görüşünü, bazı kararlarında “yıkım teorisile” gerekçelendirmiştir.⁷²⁰ Yargıtay: “...işlem temelini alt üst edecek, çökertecek edimin ifası iktisadi bir yıkım olacak nitelikte fahiş bir durumun mevcut bulması hallerinde ... borçlunun ... “clausula rebus sic stantibus” ... ilkesi uyarınca hâkimden sözleşmenin edimler arasındaki bozulan dengesini dürüstlük ve hakkaniyete uygun bir duruma getirmesini isteme olanağına sahip...” olduğu görüşündedir.⁷²¹ Alman Federal Mahkemesi ise, borçlunun mevcudiyetini yok etme tehlikesinin olduğu durumlarda, yani, gerçekleşen rizikonun ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü borçlunun yıkımına neden olduğu durumlarda, doktrinde genel olarak karşı çıkılmasına rağmen, hakkaniyet gereği borcun ifasının borçludan beklenilemeyeceği ve buna bağlı olarak da işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebileceği görüşündedir.⁷²²

Türk-İsviçre hukukunda -sözleşmeye müdahale konusunda kabul edilen dogmatik temelden bağımsız olarak- hâkim görüşe göre⁷²³, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında edimler arasında bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olup olmadığının

⁷²⁰ Nispi imkânsızlık görüşü ve buna ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları için bkz., yuk., § 2, III, 1. Nispi İmkânsızlık Görüşü.

⁷²¹ Örneğin: Y. 13. HD, 24.10.1994, E. 1994/ 6791, K. 1994/ 9014 (Dövizde endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 06.04.1995, E. 1995/ 145, K. 1995/ 3339 (Dövizde endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 13.12.2001, E. 2001/ 11526, K. 2001/ 11752 (Dövizde endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 7.5.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövizde endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 15.10.2003, E. 2003/ 13-599, K. 2003/ 599 (Dövizde endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁷²² Bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, c. Borçlunun Mevcudiyetini Yok Etme Tehlikesi.

⁷²³ **Sieglwart**, s. 153; **Reichel**, s. 15; **Weber**, s. 47 vd.; **Merz**, s. 500a; **Oftinger**, SJZ 36, s. 236; **Schlageter**, s. 85; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 682; **Bischoff**, s. 196; **Schmiedlin**, s. 165; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 348; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 118; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 104; **Arat**, s. 114.

değerlendirme dışı olması gerekir. Çünkü şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi için, borç ilişkisinin tamamının ve sadece borç ilişkisinin içeriğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Somut borç ilişkisinin içeriğine etki etmeyen durumlar ise, hiçbir şekilde dikkate alınamaz.⁷²⁴ Bu bağlamda, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olup olmadığının denetlenmesi, sadece borçlu bakımdan bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Bu ise, borçlunun ifa yeteneğine göre sözleşmeye müdahale edilip edilememesi sonucuna götürür. Borçlunun ifa yeteneği olup olmadığı ise, borç ilişkisinin içeriğine ilişkin bir husus değildir. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında edimler arasında bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olmasına gerek yoktur.⁷²⁵

Hâkim görüşün açıklamaları yerindedir. Ancak burada bir başka konuya da dikkat çekme gerekliliği vardır. Borçlunun yıkımına neden olunması, başlı başına sözleşmeye müdahale edilmesinin bir unsuru mu kabul edilecektir; yoksa diğer unsurlara ek bir unsur olarak mı kabul edilecektir? Bu sorunu cevabına ilişkin olarak, Alman Federal Mahkemesi, ilk görüşü kabul etmektedir. Öyle ki mahkeme, taraflardan biri belirli bir rizikoyu üstlenmiş olsa da edimler arasındaki denge ilişkisinin borçlunun mevcudiyetini yok etme tehlikesiyle karşı karşıya bırakacak şekilde bozulması halinde, işlem temelinin bozulması kapsamında denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebileceği görüşündedir.⁷²⁶

Kanaatimize göre, edimler arasında bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olması gerektiği görüşü, sözleşmeye müdahale edilebilmesi için başlı başına yeter bir unsur olarak kabul

⁷²⁴ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 650; **Bischoff**, s. 196.

⁷²⁵ Azınlık görüşünü temsil eden *Edis*: “ ... borçlu açısından yıkım teşkil ettiği takdirde ‘clausula rebus sic stantibus’ ilkesi uygulanarak sözleşme yeni şartlara uydurulabilir ... ” şeklindeki açıklamasıyla, edimler arasındaki denge ilişkisinin borçlunun yıkımına neden olacak kadar bozulmasını, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin unsuru olarak kabul etmektedir (bkz., **Edis**, s. 313).

⁷²⁶ Bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, c. Borçlunun Mevcudiyetini Yok Etme Tehlikesi.

edilmesi durumunda, *Larenz*'in ifade ettiği gibi, sözleşme, sözleşmenin içeriğinden anlaşılmayan dış unsurların etkisine açık hale getirilmiş olur.⁷²⁷ Öyle ki, borçlar hukuku sistemimizde sözleşmenin bir tarafını koruyucu nitelikteki istisnai düzenlemeler sadece kanunla getirilmiş olmasına rağmen; böyle bir unsur kabul edilecek olursa, alacaklı, borçlunun ifa yeteneği hakkında bir araştırma yapma yükümlülüğü altına sokulmuş olur. Gerçi, tarafların gerçekte sözleşme yaparken bu konuda zaten bir araştırma yaptıkları kabul edilebilir. Ancak, borçlunun ifa yeteneği, sözleşmenin devamı esnasında somut borç ilişkisi ile hiçbir şekilde ilgisi olmayan başka nedenlerden ötürü de bozulmuş olabilir. Öyle ki, borçlunun örneğin sahip olduğu şirketin ekonomik durumunun zayıflamasına, bizzatı borçlunun kendisi neden olmuş olabilir. Tüm bu durumlara ise, alacaklının her hangi bir müdahalesinin olamayacağı açıktır. Bu şartlar altında sonradan öngörülmez nitelikte bir olayın gerçekleşmesi ve bunun da borçlunun ekonomik bakımdan yıkımına neden olması durumunda sözleşmeye müdahale edileceği kabul edilirse, hem alacaklı, hem hukuki güvenlik hem de bu anlamda olmak üzere sözleşmeye bağlılık ilkesi, bundan büyük bir zarar görmüş olur.

Şartların öngörülemez surette değiştiği durumlarda edimler arasında bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olması gerektiği görüşü, sözleşmeye müdahalenin başlı başına yeter bir unsur değil de diğer unsurlara ek bir unsur olarak kabul edilmesi durumunda ise, ki Yargıtay'ın kararları bu yöndedir⁷²⁸, borçlu, bundan yarar değil zarar görür. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine ilişkin diğer unsurların olmasına rağmen borçlunun borcunu ifa etmesi onun yıkımına neden o l m u y o r s a , artık sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunamayacaktır. Bu durumda ise, şartların öngörülmez surette değiştiği durumlarda sözleşmeye müdahalenin diğer unsurları mevcut olmasına rağmen söz gelişi babasından miras kalmış olan malvarlığını ekonomik bakımdan verimli kullanan ve bu nedenle de

⁷²⁷ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 88 vd. Aynı görüşü savunan diğer yazarlar için bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, c. Borçlunun Mevcudiyetini Yok Etme Tehlikesi.

⁷²⁸ Örneğin bkz., Y. HGK 15.10.2003, E. 2003/ 13-599, K. 2003/ 599 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www.kazanci.com.tr.

ekonomik olarak güçlü olan borçluları, babasından kalan mirası deyim yerinde ise har vurup harman savuran borçlular karşısında adaletsiz bir konuma getirir.⁷²⁹

Sonuç olarak, açıklanan nedenlerden ötürü, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini, edimler arasında bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olacak ağırlıkta olması gerektiği görüşü, hiçbir şekilde kabul edilemez. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, doktrindeki eleştiriler üzerine 1933 tarihli ünlü kararında, “yıkım teorisini” açıkça reddetmiştir.⁷³⁰ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu Tasarısı’nda “aşırı ifa güçlüğü” düzenleyen BKT m. 137 hükmünde, denge bozulması ve ifa güçlüğü borçlunun yıkımına neden olması gerektiğine ilişkin her hangi bir işaretin olmaması, isabetli olmuştur.

B. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin “Borcun Aynen İfası Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Olarak Nitelendirilecek Şekilde” Bozulmuş Olmasının Gerekip Gerekemediği Sorunu

İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1942 tarihli içtihadına göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulmuş olması yeterli değildir. Bunun yanında, alacaklının aynen ifa talebindeki ısrarı, edimler arasındaki dengenin gabin oluşturacak şekilde bozularak borçlunun sömürülmesi niteliğini taşıması ve böylelikle açık bir şekilde hakkın kötüye kullanılması oluşturması durumunda söz konusu olacaktır.⁷³¹ Yargıtay ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü konusunda her hangi bir sözleşme boşluğu olmasa dahi, edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette

⁷²⁹ Bu konuda *Gürsoy*’un açıklamasını da isabetli buluyoruz. Öyle ki, *Gürsoy*’a göre: “ ... mahvolma ölçüsü tamamen indidir. Çünkü sureti hal, borçludan borçluya değişecektir. Zengin bir borçlu, edası ne kadar ağırlaşmış olursa olsun, ifa edebilmek iktidarında olduğu için, kendini bu yükten kurtaramayacaktır ... ” (bkz., *Gürsoy*, s. 98).

⁷³⁰ Bkz., BGE 59 II 372 vd. (Börsengebäude-Zürich-Fall). Ayrıca bkz., yuk., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükümünün Kıyasen Uygulanması Görüşü

⁷³¹ BGE 68 II 169 (173 vd.) (Konkurrenzklause/ Erschwerung der Leistung infolge kriegswirtschaftlicher Massnahmen). Ayrıca bkz., yuk., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükümünün Kıyasen Uygulanması Görüşü

bozulduğu bazı durumlarda, alacaklının sözleşmenin aynen ifası talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacağını kabul etmektedir.⁷³²

Burada savunulan görüşe göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, hakkın kötüye kullanılması yasağı temelinde sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacağı yukarıda açıklanmıştır.⁷³³ Ancak bu konuda bir başka hususu da kısaca ifade etmek gerekir. Şöyle ki, genel kayıtların tümünde olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması yasağının da somut olaya uygulanabilmesi için, somutlaştırılması gerekir.⁷³⁴ Aksi halde, alacaklının hakları somut olayda sadece hâkimin adalet anlayışına terkedilmiş olur. Bu ise, hâkimi hakkaniyet hukukçuluğuna zorlar ve bu da hukuki güvenliği tehdit eder. Yargıtay'ın, bu konuda edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulması gerektiğine işaret etmekten başka her hangi bir somutlaştırma ölçütüne yer vermediğini görmekteyiz. Edimler arasındaki bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun ne zaman hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacağı konusunda ise, her hangi bir objektif ölçü bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, istikrarlı içtihadında⁷³⁵, hakkın kötüye kullanılmasını, borçlunun sömürme niyeti olarak somutlaştırmaktadır. Ancak, doktrinde bazı yazarlarca haklı olarak vurgulandığı üzere⁷³⁶, sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket edilse bile, alacaklının borçluyu sömürme niyetinin olması, hiçbir şekilde tek başına hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez. Bir kimse, hakkının sınırları içerisinde hareket ettiği sürece, sömürme niyetinin olup olmadığı, tümüyle değerlendirme dışıdır. Bu bağlamda, doktrindeki hâkim görüşe göre⁷³⁷, denge bozulması ve ifa güçlüğü

⁷³² Bkz., yuk., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler.

⁷³³ Bkz., yuk., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler .

⁷³⁴ Bkz., **Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo**, s. 54, 56 vd., 60 vd.

⁷³⁵ BGE 68 II 169 (173 vd.) (Konkurrenzklause/ Erschwerung der Leistung infolge kriegswirtschaftlicher Massnahmen).

⁷³⁶ **Schmitz**, s. 55; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 228; **Deschenaux**, s. 200; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 683.

⁷³⁷ **Schmitz**, s. 54 vd.; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 228; **Deschenaux**, s. 200; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 683; **Bischoff**, s. 196 vd.; **Schmiedlin**, s. 165;

durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, sözleşmenin diğer tarafı bakımından gabindeki gibi bir sömürme niyetinin olmasına da gerek yoktur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, 1981 tarihli kararında gabine yine vurgu yapmış olsa da, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, borçlunun sömürme niyetinin olmasına gerek olmadığına karar vermiştir.⁷³⁸ Mahkeme, en nihayetinde 2001 tarihli bir kararında ise⁷³⁹, sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda hakkın kötüye kullanılması yasağına vurgu yapmaktan tümüyle kaçınmıştır. Böylelikle İsviçre Federal Mahkemesi, clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilmesi halinde hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin denetim yapılmamış olmasının da bir eksiklik oluşturmadığını kabul etmiş gözükmektedir.

Sonuç olarak, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hakkın kötüye kullanılması yasağı sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olamayacağı hakkındaki görüşümüz bir yana, yukarıda açıklandığı üzere, denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturduğuna ilişkin her hangi bir somutlaştırılma yoktur. Buna karşın, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında diğer unsurlar olmak kaydıyla, aşağıda açıklanacağı üzere⁷⁴⁰, hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket edilmemiş olması da bir eksiklik oluşturmamaktadır. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hakkın kötüye kullanılması yasağının denetlenmesine ihtiyaç yoktur.

C. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin “Ağır Surette” Bozulmasının Gerekip Geremediği Sorunu

Edimler arasındaki denge ilişkisinin “ağır surette” bozulması, Türk İsviçre hukukunda sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda, savunulan dogmatik temelden bağımsız olarak, tüm görüşler tarafından kabul edilmektedir. Öyle ki, doktrindeki

BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 348; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 118; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 104; **Kaplan**, s. 149.

⁷³⁸ Bkz., BGE 107 II 343 (348) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung).

⁷³⁹ BGE 127 III 300 (304) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung).

⁷⁴⁰ Bkz., aşa., §4, 3. Görüşümüz.

hâkim görüşe göre⁷⁴¹, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, edimler arasındaki denge ilişkisinin sözleşme kurulduktan ağır surette bozulması gerekir. *Serozan*'ın ifade ettiği üzere⁷⁴²: "... bunu görmezlikten gelmek, dürüstlük kuralına uygun düşmemelidir. Adaletsizlik kişiyi isyan ettirecek, kişiye 'insaf bu kadarı da olmaz' dedirtecek boyutlara ulaşmalıdır...". Edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulmadığı hallerde ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz.

Doktrindeki hâkim görüş, mahkemeler tarafından da kabul edilmektedir. Öyle ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, "...edimler arasındaki orantısızlığın büyük, bariz ve aşırı olması gerekir...".⁷⁴³ Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre: "...değişen hal ve şartlar nedeniyle tarafların yükledikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır...".⁷⁴⁴ Öte yandan Borçlar Kanunu Tasarısı'na göre, "...sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu

⁷⁴¹ **Weber**, s. 47 vd.; **Oftinger**, SJZ 36, s. 235; **Schmitz**, s. 51; **von Büren**, s. 403; **Schlageter**, s. 80; **Hungerbühler**, s. 34; **Deschenaux**, s. 202 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 678 vd., 684; **Bischoff**, s. 190 vd., 193 vd.; **Schmiedlin**, s. 115, 165 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 346; **Keller/ Schöbi**, s. 257; **Erdin**, s. 58; **ZücherKomm-Baumann**, Art. 2 ZGB, Nr. 455; **Sulzer**, s. 209; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 1 ZGB, Nr. 19; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 118; **Gauch/ Schluop/ Schmid/ Rey**, Nr. 1300 vd.; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 104; **Schwenzer**, Nr. 35.09; **Gürsoy**, s. 90; **Erzurumluoğlu**, s. 69; **İmre**, s. 281; **Sungurbey**, s. 104; **Edis**, s. 313; **Kaplan**, s. 148 vd.; **Akyol**, s. 83, 88; **Burcuoğlu**, s. 9; **İnal**, s. 294; **Arat**, s. 111 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 451; **Eren**, s. 441; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 8; **Oğuzman/ Barlas**, s. 221.

⁷⁴² Bkz., **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 8.

⁷⁴³ Bkz., BGE 59 II 372, (378) (Börsengebäude-Zürich-Fall). Aynı yönde: 68 II 169 (173) (Konkurrenzklause/ Erschwerung der Leistung in folge kriegswirtschaftlicher Massnahmen); 97 II 390 (398) (Energilieferungsvertrag); 101 II 17 (19) (vertraglich festgesetzte Unterhaltsbeiträge/ Äquivalenzstörung); 104 II 314 (317) (Werkvertrag/ Leistungerschwerung); 107 II 343 (348) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); 122 III 97 vd. (Unterhaltsrente); 127 III 300 (304 vd.) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); 128 III 428 (432) (Darlehensvertrag).

⁷⁴⁴ "... Oysa, hükme esas tutulan birlikişinin tesbit ettiği ve ifanın aşırı güçlük içinde gördüğü fiyat ile davacının sözleşmede kabul ettiği fiyat arasındaki miktar işlem temelinin çökmesine neden olacak ağırlıkta bir fiyat farkı olarak kabul edilmesi mümkün değildir ... ". Bkz., Y. 11. HD, 16.4.1996, E. 1996/3653, K. 1996/3920 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü); "... Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. ... değişen hal ve şartlar nedeniyle tarafların yükledikleri edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. ...". Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Ayrıca bkz., Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/ 147, K. 1981/ 932 (Kira sözleşmesi/ İfa güçlüğü). Y. HGK 18.11.1998, E. 1998/ 13-815, K. 1998/ 835 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www. kazanci. com. tr.

aleyhine değiştir...”mesi gerekmektedir (BKT m. 137). Böylelikle, madde metninden tam olarak anlaşılmasa da, burada “hakkaniyete aykırı düşecek derecede” ifadesinde geçen “derecede” kavramına vurgu yapılması, kanaatimize göre, ağır surette bozulma unsuruna işaret edildiğini göstermektedir.

Ağır surette bozulma unsuru, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesinin en sorunlu konusudur. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğünün hangi durumda ağır bir ölçüye ulaşmış kabul edileceğini belirlemeye yarayan objektif bir ölçü tespit edilememiştir. Nitekim doktrinde, bu konuda tüm sözleşme ilişkileri için geçerli olan objektif bir ölçünün geliştirmesinin mümkün olmadığı, bu konunun hâkimin takdirine bırakılması gerektiği savunulmaktadır.⁷⁴⁵ İsviçre Federal Mahkemesi ise, somut olayda olumsuz etkilenen borçlunun ediminin, şartların ağır surette değişmesi sonucu ekonomik bakımdan tümüyle başka bir edim olarak nitelendirilecek şekilde değişmesi durumunda, edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulduğu görüşündedir.⁷⁴⁶ Ancak, mahkeme, ne zaman borçlunun bu anlamda ediminin tümüyle başka bir edim haline gelecek şekilde ağır surette değiştiği konusunda yine objektif bir değer ölçüsü ver(e)memektedir.⁷⁴⁷ Gerçi mahkeme, somut bir olayda, edimler arasındaki denge ilişkisinin % 18’e kadar bozulmuş olmasını, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale için yeterli görmemektedir.⁷⁴⁸ Buna karşın mahkeme, edimler arasındaki denge ilişkisinin % 300 oranında artmasını ise, ağır surette bozulma olarak nitelendirmektedir.⁷⁴⁹ Ancak, mahkemenin, bu oran da dâhil olmak üzere, edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulduğunu kabul ettiği durumlarda, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının hangi ilke ya da esasa göre ağır olup olmadığını nitelendirmeye yarayan objektif bir değer ölçüsü yoktur. Bu konuda Yargıtay’ın uygulaması da esas itibariyle farklı değildir. Öyle ki, mahkeme,

⁷⁴⁵ Bkz., **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 231 vd.; **ZürcherKomm-Jggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 680; **Bischoff**, s. 190, 192, 194; **Schmidlin**, s. 166; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 347; **Gürsoy**, s. 104; **Erzurumluoğlu**, s. 69; **Kaplan**, s. 149.

⁷⁴⁶ BGE 45 II 386 (398) (Stausee-Fall); 50 II 256 (263).

⁷⁴⁷ **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 119.

⁷⁴⁸ Bkz., BGE 47 II 440 (458) (Stromlieferungsvertrag/ Leistungsschwerung).

⁷⁴⁹ Bkz., BGE 47 II 391 (401 vd) (englisches Ausfuhrverbot ber Garn/ Leistungsschwerung);

edimler arasındaki orantısızlığın borçlu bakımından çekilmez ve katlanılmaz bir seviyeye ulaşmasını, edimler arasında “aşırı ölçüde ve açık biçimde” bir dengesizlik olarak kabul etmektedir.⁷⁵⁰ Böylelikle hukuken belirsiz bir kavram olan “çekilmezlik ve katlanılmazlık” kavramını, yine hukuken belirsiz olan “aşırı ölçüde ve açık biçimde” kavramları ile gerekçelendirmektedir. Aynı yaklaşım, Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da görülmektedir. Öyle ki, BKT m. 137 hükmüne göre, “...kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçla aleyhine değiş...”mesi, sözleşmeye müdahale nedeni olarak kabul edilmektedir. Burada ne zaman hakkaniyete aykırılığın gerçekleştiğine ilişkin olarak ise, hiçbir objektif değer ölçüsü veril(e)memektedir. Buna bağlı olarak, ağır surette bozulma unsuru, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında bu haliyle hiçbir şekilde gerçek bir filtre fonksiyonu görmemektedir. Bu durumda ise, Türk-İsviçre hukukunda ağır surette bozulma unsuru, sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda, hâkimi, “hakkaniyet hukukçuluğuna” zorlamaktadır. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin diğer unsurları olsa dahi, sözleşmeye müdahale edilmesi, hâkimin sübjektif nitelikteki takdirine bırakılmaktadır. Böylelikle, örneğin somut olayda borçlunun, öngörülmez nitelikteki olayın sözleşmeye olumsuz etkilerinden hiçbir surette sorumlu tutulmaması; aynı zamanda sözleşmeye ve kanundaki tamamlayıcı düzenlemelere göre borçlunun söz konusu sözleşme rizikosuna katlanması gerekmeseyse bile; hâkim, denge bozulması ve ifa güçlüğü’nün kendi adalet anlayışına göre belirlediği bir ağırlığa ulaşmadığına kanaat getirirse, borçlu edimler arasındaki ortaya çıkan denge ilişkisinin bozulmasına katlanmak zorunda kalacaktır. Hâkime bu şekilde bir takdir hakkının verilmesi ise, hukuki güvenliği sarsıcı niteliktedir. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulması gerektiği görüşü, bu haliyle kabul edilemez.

⁷⁵⁰ Bkz., Y. HGK 15.10.2003, E. 2003/ 13-599, K. 2003/ 599 (Dövizde endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Ayrıca bkz., Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/ 147, K. 1981/ 932 (Kira sözleşmesi/ İfa güçlüğü); Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 19.02.1997, E. 1996/ 11-762, K. 1997/ 77 (Dövizde endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 17.09.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651 (Dövizde endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864 (Dövizde endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

3. Görüşümüz

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, edimler arasında bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olacak şekilde olması, hakkın kötüye kullanılması oluşturacak şekilde olması ve en nihayetinde de ağır surette bozulması gerektiği görüşlerine katılmadığımızı, gerekçeleriyle birlikte açıklamış bulunmaktayız. Biz burada, kabul ettiğimiz dogmatik temelden hareketle, edimler arasındaki denge ilişkisinin her hangi bir oranda bozulmasını ve böylelikle sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinin diğer şartlar da olmak kaydıyla, sözleşmeye müdahale edilmesi için yeterli olduğu görüşündeyiz.

Burada savunulan sözleşme boşluğunun hâkim tarafından tamamlanması görüşüne göre⁷⁵¹, şartların öngörülemez surette değişmesine bağlı olarak gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne, taraflardan hangisinin katlanması gerektiği sorununa çözüm aranır. Gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiği tarafların yaptıkları sözleşmeye göre b e l i r l e n e m i y o r s a , sözleşmede bir riziko boşluğu vardır. Sözleşmedeki bu riziko boşluğu, MK m. 1/II hükmüne göre, tartışmalı olmakla birlikte, öncelikle tamamlayıcı nitelikteki hükümlere göre, burada da bir hüküm yoksa hâkim tarafından hukuk yaratmak suretiyle tamamlamalıdır.⁷⁵² Hâkim, somut olayda sözleşme boşluğunu bir kez tespit etmişse ve uyuşmazlık da bu boşluğa ilişkinse, MK m. 1/II hükmüne göre, hâkim artık bu riziko boşluğu doldurmakla yükümlüdür. Bunun dışında, hâkimin sözleşmedeki riziko boşluğunun yıkımına neden olup olmadığına, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığına ya da daha başka bir şekilde ağırlığına veya hafifliğine göre sözleşmeyi tamamlamaktan imtina etmek gibi bir takdir hakkı yoktur. Sözleşmede uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bir konuda boşluk varsa, ister ağır olsun ister hafif olsun, doldurulacaktır. Bu kapsamda edimler arasındaki denge

⁷⁵¹ Bkz., yuk., § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

⁷⁵² Bkz., aşağıda, § 4, IV, 2, A. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hukuk Kurumları Arasındaki Hiyerarşi.

ilişkisinin bozulmasının her hangi bir şekilde ağır olup olmadığının sözleşmeye müdahale edilip edilmeyeceği konusunda başkaca bir önemi yoktur.⁷⁵³

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına ilişkin olarak burada savunduğumuz görüş, esas itibariyle Alman hukukunda işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin unsurlarıyla da paralellik arz etmektedir. Öyle ki, Alman hukukunda,

⁷⁵³ Bu konuda, edimler arasındaki denge ilişkisinin bir *oran anlamında* ağır surette bozulması unsuruna ihtiyaç olmadığının savunulması, edimler arasında en küçük bir dengesizlik durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi taleplerine imkan vereceğini ve dolayısıyla da bu durumun hem mahkemelerin bu konuda gereksiz yere meşgul edilmek suretiyle yargının yükünün arttırılacağı hem de iş hayatındaki güvenin boşa çıkarılacağı savunulabilir. Bununla birlikte, öncelikle unutulmamalıdır ki, sözleşme boşluğu her ne kadar hakim tarafından tamamlanacak olsa da, uyuşmazlığı çözümü için gerekli olması durumunda sözleşme boşluğunun hakim tarafından tamamlanması, MK.m.1/II hükmünün bir gereğidir. Dolayısıyla, maddi hukukun konusudur. Bu anlamda olmak üzere hakimin “iş yükünün artacak olmuş olması nedeniyle” maddi hukukun ve bu anlamda kanunun uygulanmasından kaçınılamaz. Aynı şekilde, iş hayatında güvenin boşa çıkacağı itirazı da maddi hukukun konusu dışındadır. Kaldı ki, maddi hukukun konusu dışında olan tüm bu iddialar bir ölçüde haklı dahi olsa, bu konuda ancak dava açılmasıyla bu tür sorunlar gündeme gelecektir. Oysa, dava açmanın da taraflar için bir maliyeti vardır. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü konusunda bir sözleşme boşluğu varsa, bu boşluğun tamamlanmasını isteyecek olan taraf, sözleşmenin karşı tarafı ile davalı hale gelmesi sonucunda aralarındaki ilişkinin bozulmasının ve buna bağlı diğer sorunların getireceği maliyetleri, edimler arasında ortaya çıkan bozulmanın kendise getireceği maliyetlerle nispet edecektir. Edimler arasında denge ilişkisinin bozulmasının maliyeti kendisi için daha fazla ise, karşı taraftan sözleşmenin uyarlanmasını talep edecek veya dava açacaktır. Karşı taraf ise, aynı şekilde sözleşmenin uyarlanmasını isteyen tarafın kendisinden sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin talebi sonrasında uyarlamaya uğrayacağı maliyeti, uyarlamayı kabul etmemesi durumunda karşı tarafın uyarlamaya ilişkin dava açması sonrasında onunla (uyarlamayı isteyen tarafla) ilişkisinin bozulmasının ve bunun yanında davayı kaybetmesi halinde uğrayacağı yargılama masraflarının maliyetiyle nispet edecektir. Sonuçta da tüm bu durumlar dikkate alınarak, ya sözleşmenin uyarlanması karşı taraftan hiç talep edilmeyecek; şayet talep ediliyorsa, sözleşmenin karşı tarafı da kendi değerlendirmesini yapacak ve o da ya uyarlama talebini kabul edecek (ki her iki durumda da artık uyuşmazlık mahkeme önüne gelmeyecektir) veya (dava sonucunda kaybetme riskini de hesaba katarak) karşı tarafın kendisine dava açması göze alınacaktır. Tüm bu değerlendirmeler sonucunda dava açılıyorsa, edimler arasındaki denge ilişkisi de sözleşmenin en azından bir tarafı için “oran olarak” gözardı edilemeyecek kadar ağır surette bozulmuş demektir. Artık, bu noktada MK.m.1/II hükmü gereğince gerektiğinde hukuk yaratma zorunluluğu karşısında maddi hukukun konusu dışındaki daha başka “kaygılar”, sözleşmeye müdahale edip etmeme konusunda değerlendirme dışıdır.

Öte yandan, doktrinde bazı yazarlar (örneğin bkz., **Siegart**, s. 189; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 681; **Schmiedlin**, s. 166), edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulmasına özel bir vurgu yapılmasını, hâkimin sözleşmeye müdahale etmesinin istisnailiğini hatırlatması ve bu konuda hâkimin sözleşmeye bağlılık ilkesi lehinde tutucu hareket etmesinin sağlanması bakımından önemli olduğunu savunmaktadır. Ancak burada da unutulmamalıdır ki hâkim, denge bozulması ve ifa güçlüğünde zaten her durumda değil, sadece öngörülmez nitelikteki gelişmeler olduğu istisnai durumlarda sözleşmeye müdahale etmektedir. Ayrıca, burada kabul edilen görüşe göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi, hiçbir şekilde sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulama alanına müdahale etmemektedir (bkz., yuk., § 1, III, 2. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturmadığı Görüşü).

işlem temelini bozulmuş olması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin pratik unsuru, “işlemin temeli haline gelen durumların sonradan ağır surette değişmesi”dir. Ancak burada geçen “ağır surette değişme” ifadesi, bir oran anlamında değildir. Ağır surette değişme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği, özellikle normatif unsura, yani beklenilmezlik denetimine göre belirlenir. Beklenilmezlik denetiminde, gerçekleşen sözleşme rizikosuna, “sözleşmeyle”, “tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerle” taraflardan birine yüklenemiyorsa ve somut olayda da öngörülemediği gibi taraflar da bu rizikonun gerçekleşmesinden sorumlu tutulamıyorsa, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında ağır surette değişme unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bunun dışında, edimler arasındaki denge ilişkisinin ne kadar ağır surette bozulduğu değerlendirme dışıdır.⁷⁵⁴ Gerçi, Alman Federal Mahkemesi, emeklilik sözleşmeleri ve üst hakkı sözleşmeleri bakımından, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının belli bir orana ulaşması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak, burada gözden kaçırılmaması gereken konu, kabul edilen bu oranlar, ağır surette değişme unsuruna ilişkin değil, öngörülmezlik unsuruna ilişkindir. Daha açık bir ifadeyle, Alman Federal Mahkemesi, kabul ettiği bu oranları, işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının belli bir ağırlığa ulaşması gerektiği için değil, gerçekleşen rizikonun öngörülmezliğinin ve böylelikle sözleşmeyle üstlenilen rizikonun sınırının aşılmasının bir işareti olarak kabul etmektedir.⁷⁵⁵ Bunun dışında, Alman Federal Mahkemesi’nin işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale ettiği içtihatlarında, “edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının” belli bir ağırlığa ulaşması gerektiğine ilişkin her hangi bir şart aramamaktadır.

Sonuç olarak, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, sözleşmeye müdahale edilmesi için, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve böylelikle sözleşme rizikosunun gerçekleşmiş olması gereklidir; ancak, edimler arasında bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun oran olarak belli bir

⁷⁵⁴ Bkz., yuk., § 3, II. Pratik Unsur: İşlemin Temeli Haline Gelen Durumların Sonradan Ağır Surette Değişmesi.

⁷⁵⁵ Bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği.

ağırlığa ulaşması, sözleşmeye müdahale edilip edilmeyeceğinin “kararı” bakımından hiçbir şekilde önem taşımaz.

II. SÖZLEŞME RİZİKOSUNUN ÖNGÖRÜLEMEZ NİTELİKTEKİ OLAYLARA BAĞLI OLARAK GERÇEKLEŞMİŞ OLMASI

Türk-İsviçre hukukunda clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan öngörülemez surette değişmiş olması gerekir. Çünkü şartların değişmesi öngörülebiliyorsa, tarafların bu konuya ilişkin uygun bir düzenleme yapma imkânları vardır. Böyle bir imkân olmasına rağmen, tarafların bu konuda bir düzenleme yapmamış olmaları, şartlardaki değişimin sözleşmeye etkilerinin göze alındığı anlamına gelir. Buna rağmen bir tarafın daha sonra şartların değiştiği gerekçesiyle sözleşmeye müdahalede bulunulması talebi ise, çelişkili davranış yasağına da aykırılık oluşturur. Bu nedenle, aksine bir düzenleme olmadığı sürece, şartların değişmesi öngörülebiliyorsa, gerçekleşen sözleşme rizikosunun sonuçlarına tarafların katlanması gerekir.⁷⁵⁶ Bu husus, BKT m. 137 hükmünde de açıkça ifade edilmektedir.⁷⁵⁷

⁷⁵⁶ Siegwart, s. 108, 114; Reichel, s. 23; Weber, s. 53 vd.; Merz, s. 498a; Oftinger, SJZ 36, s. 233; Schmitz, s. 47; Schlageter, s. 77 vd., 79; Roggwiler, s. 85 vd.; von Büren, s. 403; BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 223; Deschenaux, s. 202; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 663 vd.; Bischoff, s. 204 vd.; Schmiedlin, s. 110 vd., 161 vd.; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 337; Caytas, s. 214; Keller/ Schöbi, s. 256 vd.; Erdin, s. 58; Burkhardt, s. 261 vd.; BernerKomm-Weber, Art. 97-109 OR, Nr. 88; BaslerKomm-Honsell, Art. 1 ZGB, Nr. 19; Sulzer, s. 208; Gauch/Schluep/ Schmid/ Rey, Nr. 1298; Hausheer/ Manuel, Art. 2 ZGB, Nr. 115; BaslerKomm-Wiegand, Art. 18 OR, Nr. 101; Schwenger, Nr. 35.08; Sungurbey, s. 104; Erzurumluoğlu, s. 73; İmre, s. 281; Kaplan, s. 152 vd.; Edis, s. 313; Akyol, s. 84; Burcuoğlu, s. 10; İnal, s. 294; Serozan, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 8; Arat, s. 104 vd.; Eren, s. 441; Oğuzman/ Öz, s. 451; Oğuzman/ Barlas, s. 221; Kılıçoğlu, s. 183. İsviçre Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGE 45 II 351 vd. (Bier-Fall/ Leistungserschwerung); BGE 47 II 314 (317 vd.) (Mietvertrag/ Heizkosten/ Leistungserschwerung); 47 II 440 (459) (Stromlieferungsvertrag/ Leistungserschwerung); 48 II 443 (449 vd.) (Stromlieferungsvertrag); 59 II 372 (380) (Börsengebäude-Zürich-Fall); 60 II 205 (211); 63 II 79 (82); 69 II 139 (144); 97 II 390 (398) (Energilieferungsvertrag); 101 II 17 (19 vd.) (vertraglich festgesetzte Unterhaltsbeiträge/ Äquivalenzstörung); 104 II 314 (316) (Werkvertrag/ Leistungserschwerung); 122 III 97 vd. (Unterhaltsrente); 127 III 300 (304 vd.) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung). Bu konuda Yargıtay'ın çok sayıda kararı bulunmaktadır. "... işlem temelinin çökmesi kavramının uygulanabilmesi için, sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden kestirilmemiş (tahmin edilememiş) olması gerekir ...". Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); "... Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir (tahmin) edilebilir veya beklenilebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından bu derecede tahmin edilmemelidir ... ". Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Ayrıca bkz., Y. 13. HD, 16.12.1976, E. 1976/5406, K. 1976/5406 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü); Y. HGK 17.10.1980, E. 1978/11-773, K. 1980/2310 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü). Y. TD 4. HD, 10.10.1978, E. 12581, K.

Öngörülmezliğin konusu, esas itibariyle şartların sonradan değişmesidir. Ancak, öngörülmezliğin konusu sadece şartların değişmesine neden olan olaylar değildir. Bundan daha da önemlisi, gerçekleşen sözleşme rizikosudur. Yani, çalışma konumuz bakımından denge bozulması ve ifa güçlüğüdür. Gerçi şartların değişmesinin öngörüldüğü durumlarda sözleşme rizikosu da çoğu zaman öngörülebilir. Ancak, şartların değişmesinin öngörülmesi, her zaman gerçekleşen sözleşme rizikosunun da öngörülebildiği sonucuna götürmez. Örneğin, Birinci Dünya Savaşı'ndan kısa bir süre önce, savaşın patlak vereceği bilinmesine karşın, bu savaşın tüm etkileri (örneğin paranın değer kaybetmesine neden olacağı) henüz öngörülmemekteydi. Bu nedenle, şartların değişmesi öngörülmesine karşın gerçekleşen sözleşme rizikosu öngörüleliyorsa, böyle bir durumda da sözleşmeye müdahale edilebilir.⁷⁵⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır.⁷⁵⁹ Bu konuda, Alman hukuku ile Türk-İsviçre hukuku arasında da esas itibariyle her hangi bir fark yoktur. Çünkü işlem temelinin konusu, şartların değişmesi olmayıp, yukarıda ifade edildiği üzere,⁷⁶⁰ gerçekleşen sözleşme rizikolarıdır. Söz

11161 , YKD Cilt V, Sayı 7, s. 961 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü). Y. 11. HD, 16.4.1996, E. 1996/3653, K. 1996/3920 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁷⁵⁷ BKT m. 137: “ ... Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ... ortaya çıkar ... ”.

⁷⁵⁸ Bkz., **Schmitz**, s. 48; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 670; **Bischoff**, s. 205; **Schmiedlin**, s. 162; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 340; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 117; **Kaplan**, s. 154; **Arat**, s. 105.

⁷⁵⁹ “Savaş olayının öngörülmesi, savaş ilanının sözleşmeye olan etkilerinin de öngörülebileceği anlamına gelmez”. Bkz., BGE 47 II 440 (457 vd.) (Stromlieferungsvertrag/ Leistungsschwerung); 50 II 158 (166); 51 II 303 vd. (Äquivalenzstörung); 127 III 300 (305) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung). Hukuk Genel Kurulu'nun istikrarlı içtihadına göre: “ ... Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir (tahmin) edilebilir veya beklenilebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından bu derecede tahmin edilmemelidir ... ”. Bkz., Y. HGK 01.10.1997, E. 1997/ 13-493, K. 1997/ 764 (Dövizde endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 07.05.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövizde endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁷⁶⁰ Bkz., yuk., § 3, I, 2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması.

konusu rizikolar öngörülebiliyorsa, artık işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz.⁷⁶¹

Sözleşme rizikosunun öngörülmez nitelikte olması gerektiği konusunda Alman ve Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde her hangi bir tartışma olmasa da, gerçekleşen sözleşme rizikosunun sözleşmenin kurulduğu sırada kimler bakımından öngörülmez olarak kabul edilmesi gerektiği konusu, özellikle Türk-İsviçre hukukunda tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre⁷⁶², gerçekleşen sözleşme rizikosunun hiç kimse tarafından hiç bir şekilde öngörülemez olması gerekir. Bu görüş, mutlak bir öngörülmezlik ölçüsü kabul etmektedir. Bir diğer görüşe göre ise⁷⁶³, gerçekleşen sözleşme rizikosunun sözleşmeye müdahale edilmesini isteyen tarafça “bizzat” öngörülmemiş olması gerekir. Burada da, sadece tarafların düşüncelerini temel alan subjektif bir öngörülmezlik kabul edilmektedir. Buna karşın daha isabetli olan hâkim görüşe göre ise⁷⁶⁴, öngörülme, “öngörmenin yanında öngörülmenin de gerekmesi” anlamındadır. Çünkü gerçekleşen sözleşme rizikosu öngörülmesine rağmen ilgili taraf bunu öngörmemiş ise, söz konusu tarafın en azından ihmali olduğu ve dolayısıyla kusurlu olduğu kabul edilir.⁷⁶⁵ Kusurun olması halinde ise, aşağıda görüleceği üzere⁷⁶⁶, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilemez. Bu nedenle, öngörülmezlik, mutlak bir öngörülmezlik olarak kabul edilemez. Ayrıca, sadece tarafların düşüncesini temel alan subjektif bir öngörülmezlik de kabul edilemez. Öngörülmezliğin objektif bir öngörülmezlik olması gerekir.

⁷⁶¹ Bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği.

⁷⁶² Hedemann, SJZ 17, s. 309.

⁷⁶³ Oftinger, SJZ 36, s. 233.

⁷⁶⁴ Weber, s. 54 vd.; Siegwart, s. 109 vd.; Reichel, s. 23; Merz, s. 499 a.; Schmitz, s. 47; von Büren, s. 403; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 567; Bischoff, s. 206 vd.; Schmiedlin, s. 161 vd.; Erdin, s. 93; Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey, Nr. 1299; Hausheer/ Manuel, Art. 2 ZGB, Nr. 116; BaslerKomm-Wiegand, Art. 18 OR, Nr. 101; Kaplan, s. 153; Arat, s. 106; Eren, s. 441; Kılıçoğlu, s. 183.

⁷⁶⁵ Bkz., Merz, s. 498a; Oftinger, SJZ 36, s. 233; Schmitz, s. 47, 48; Roggwiler, s. 86; BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 223; Bischoff, s. 205; Burcuoğlu, s. 10.

⁷⁶⁶ Bkz., hemen aşağıda, § 4, III. Sözleşme Rizikosunun Gerçekleşmesinden Tarafların Sorumlu Tutulmaması.

Objektif öngörülemezliğe ilişkin olarak, doktrinde aynı temelde farklı tanımlamalar yapılmaktadır.⁷⁶⁷ Ancak, bu konuda *Weber*'in tanımı nispeten daha isabetli gözükmektedir. Öyle ki, *Weber*'e göre⁷⁶⁸, ilgili olduğu iş çevresinde sözleşme kurulduğu sırada dikkatli ortalama bir kişinin öngöremeyeceği nitelikte sözleşme rizikolarının, öngörülemez olarak kabul edilmesi gerekir.⁷⁶⁹ Bu anlamda olmak üzere, ilk olarak, sözleşmenin kurulduğu sırada sonradan gerçekleşen sözleşme rizikosu, taraflarca gerçekten öngörülebiliyorsa, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Aynı zamanda, taraflar sözleşmenin kurulduğu sırada gerçekten öngörmemiş olsalar bile, gerçekleşen sözleşme rizikosu ilgili iş çevresindeki dürüst, ortalama, makul bir kimsenin öngörebileceği nitelikte ise, yine denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacaktır.⁷⁷⁰ Bu kapsamda nelerin öngörüldüğü veya öngörülmesi gerektiği konusunda ise, somut olayın, sözleşmenin ve tarafların özel şartları belirleyicidir.⁷⁷¹ Ancak her iki durumda da, öngörmek veya öngörülebilirlik yeterli olup, öngörmenin yoğunluğu -yani, şartların değişmesinin muhtemelliğinin büyüklüğü- önemli değildir. Bu nedenle, gerçekleşen sözleşme rizikosunun taraflarca öngörüldüğü ve ancak gerçekleşmeyeceğinin düşünüldüğü

⁷⁶⁷ Örneğin: *Merz*'e göre, gerçekleşen sözleşme rizikosu tarafların düşünce sınırlarının içerisinde bulunuyorsa, somut sözleşmenin özel şartları ve tarafların kişisel durumları dikkate alındığında taraflar bakımından gerçekleşeceği muhtemel kabul ediliyorsa, gerçekleşen sözleşme rizikosunun öngörülebildiği kabul edilmelidir (bkz., **Merz**, s. 499 a.). *Jäggi/ Gauch*' a göre, mantıklı bir şekilde düşünüldüğünde "tarafların" şartlardaki değişikliği sözleşmenin kurulduğu anda hesaplamaları gerekiyorsa, şartlardaki değişikliğin öngörülebilir olduğu kabul edilmelidir (bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 567). Aynı yönde: **Gauch/ Schluop/ Schmid/ Rey**, Nr. 1299. *Wiegand*' a göre, öngörülemezlik konusunda, zararın tazmini hukukundaki benzer ölçülerden yararlanılabilir. Buna göre, tarafların davranışlarının sonuçlarını hesaplayıp hesaplayamadıkları veya hesaplamaları gerekip gerekmediğinin objektif bir tahminle hâkim tarafından belirlenmesi gerekir (bkz., **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 101).

⁷⁶⁸ **Weber**, s. 54 vd.

⁷⁶⁹ Aynı yönde: **Siegwart**, s. 109 vd. **Schmitz**, s. 47; **Bischoff**, s. 206; **Schmiedlin**, s. 110 vd., 162 vd. *Weber*'e göre; tacirler bakımından da faaliyet gösterdiği iş kolundaki bir tacirin alışılmış dikkati göstermesi durumunda öngöremeyeceği durumlar, öngörülemezlik unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir (bkz., **Weber**, s. 54 vd.).

⁷⁷⁰ Türk hukukunda *Akyol*, öngörülebilirlik konusunda: " ... öngörülebiliyor veya öngörülmesi gerekiyorsa ... Dürüstlük kuralı, sözleşmenin tarafından edimin ifası ile ilgili şartları olağan özenle incelemesini bekler ... " demek suretiyle, objektif görüşü benimsemediğini ortaya koymaktadır (bkz., **Akyol**, s. 84).

⁷⁷¹ **Schmitz**, s. 48; **Bischoff**, s. 206 vd., 208.

durumlarda, doktrinde bazı yazarların savunduğunun aksine⁷⁷², sözleşme rizikosunun öngörüldüğü kabul edilmelidir. Dolayısıyla, artık denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye her hangi bir müdahale edilemez.⁷⁷³

İsviçre Federal Mahkemesi, esas itibariyle objektif görüşe yakındır. Öyle ki mahkemeye göre, dürüst bir şekilde düşünüldüğünde öngörülemeyen durumlar, öngörülemez olarak nitelendirilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, somut olay dürüstlük ilkesine göre değerlendirildiğinde sözleşmenin taraflarının sözleşme kurulduğu zaman gerçekleşen sözleşme rizikosunu öngörmesi gerekiyorsa, bu durumda söz konusu riziko, objektif olarak öngörülebilir kabul edilmelidir.⁷⁷⁴ Mahkemenin burada “dürüst bir şekilde” ifadesine vurgu yapması, sadece mutlak veya sadece subjektif bir ölçüyü değil, dürüst, ortalama, makul bir kimseyi esas alan objektif ölçüyü kabul ettiğini ortaya koymaktadır.⁷⁷⁵ Bu nedenle, öngörülebilirliğin ölçüsü konusunda, İsviçre

⁷⁷² Örneğin: **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 571; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 339.

⁷⁷³ Türk hukukunda *Arat*, (s. 109), Yargıtay’ın “ ... Değişen hal ve şartlar taraflarca önceden öngörülebilir beklenebilir; olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı ve olaylar, öngörülebilir olmakla beraber, bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir ... ” (bkz., Y. 11. HD, 02.06.1994, E. 192, K.7282, YKD., Cilt 20, Sayı 12, Aralık 1994, s. 1942) şeklindeki kararına atıfta bulunmak suretiyle; taraflarca öngörülmekle birlikte dikkate alınmayan hallerin öngörülmezlik teşkil ettiğini, yani bu tür durumlarda da sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiğini, Yargıtay’ın kabul ettiği görüşündedir. Ancak, kanaatimize göre, Yargıtay’ın söz konusu içtihadı, taraflarca öngörülmekle birlikte dikkate alınmayan durumları değil, şartların değişmesinin öngörülmesine karşın bunun sözleşmeye etkilerinin (yani, gerçekleşen sözleşme rizikosunun) öngörülemediği durumlara ilişkindir. Nitekim Yargıtay, söz konusu içtihadında *Kaplan*’a atıf yapmaktadır ki, bu konuda *Kaplan*’ın izahatı da bu yöndedir (bkz., Kaplan, s. 154). Öyle ki *Kaplan*, devamında: “ ... İstisnai olarak BK m. 365/II hükmüne göre, << tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan hallerde>> beklenilmesine rağmen değişen hâl ve şartlar ortaya çıkarsa, bu durumda olaylar önceden tahmin edilmiş olsa bile, sözleşmenin söz konusu şartlara uydurulması mümkündür ... ” demek suretiyle, tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesini sadece BK m. 365/II hükmünün uygulanabildiği eser sözleşmeleri bakımından kabul etmektedir.

⁷⁷⁴ Bkz., BGE 45 II 386 (398) (Stausee-Fall); “ ... Sözleşme kurulduğu zaman, davalının ekonomik şartlarının değişebileceği öngörmesi gerekirdi. Bunun dışında, enflasyona bağlı olarak, paranın değer kaybetmesi rizikosu da bilinmeyen bir olay değildir. ... ”. Bkz., BGE 101 II 17 vd. (vertraglich festgesetzte Unterhaltsbeiträge/ Äquivalenzstörung).

⁷⁷⁵ **Schmitz**, s. 47; **Schmiedlin**, s. 162.

Federal Mahkemesi'nin içtihatları, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına paralellik arz etmektedir.⁷⁷⁶

Yargıtay'ın içtihatlarında ise, öngörülmezlik konusunda hangi ölçünün temel alındığı esas itibariyle belirsizdir. Öyle ki mahkeme, 1980'li yılların öncesinde, 1994 yılında ve 2001 yılında yaşanan ekonomik krizin neden olduğu denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin kararlarında, öngörülmezliğin belirlenmesinde nasıl bir ölçü kabul edilmesi gerektiği konusu üzerinde esaslı bir değerlendirme yap(a)mamaktadır.⁷⁷⁷

⁷⁷⁶ Bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, a. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Değişikliklerin Öngörülebilirliği.

⁷⁷⁷ Bu anlamda olmak üzere Yargıtay, 10.08.1970 tarihinde alınan devalüasyon kararı ile Türk parasının Amerikan Doları karşısında % 67 oranında değerinin düşürülmesine ilişkin olarak, “ Kaldı ki zamanımızda sık sık yapılmakta olan para ayarlamaları, önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyette değildir ...”. Bkz., Y. 13. HD, 16.12.1976, E. 1976/5406, K. 1976/5406 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü); Y. HGK 17.10.1980, E. 1978/11-773, K. 1980/2310 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü). Buğday fiyatlarının Bakanlar Kurulu'nun 03.02.1975 günlü kararıyla 115 kuruştan 240 kuruşa çıkarılması üzerine, “ ... Türkiye'mizde zaman zaman buğday fiyatlarının Bakanlar Kurulunca yeniden düzenlendiği bilinen bir gerçektir. Bu düzenleme hemen her yıl yapılmaktadır. Bakanlar Kurulu kararından da bu yön anlaşılmalıdır. O halde, bu konudaki taahhüt işleri ile uğraşan ve gelecek bir yıla şamil ve sari bir taahhüde girişen davacının bunu önceden tahmin ve takdir edemeyeceğini düşünmek, yurt gerçekleri ve mevcut uygulamalar karşısında mümkün değildir. ... ”. Bkz., Y. TD 4. HD, 10.10.1978, E. 12581, K. 11161, YKD Cilt V, Sayı 7, s. 961 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü). 1980 yılların başındaki enflasyon ortamı nedeniyle paranın satın alma gücünün azalması nedeniyle ortaya çıkan denge bozulmasına ilişkin olarak, “... enflasyonist ortam; zorunlu olarak altın fiyatlarında sürekli artışlara neden olmuştur. Altın fiyatlarındaki olağanüstü artışların, beklenilmeyen sözleşmenin mali şartlarını alt üst eden, sezilemiyen kusur dışı gerçek olaylar olduğunu kabul etmemek, adalet ve iyi niyet kurallarını rencide eder ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Bakanlar Kurulu'nun 05.04.1994 tarihinde Türk Lirası'nın değerini yabancı para birimleri karşısında düşürmesi üzerine: “ ... daha çok 1980 yılından sonra egemenliğini sürdüren ve her yıl artan olgu olarak ekonomiye etkisini koyan enflasyonist olayların Hükümetçe alınacak ekonomik tedbirlerin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olduğunun tacir olan davalı yönünden kabulü gerekir. ...”. Bkz., Y. 11. HD, 16.4.1996, E. 1996/3653, K. 1996/3920 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

Yargıtay, görüldüğü üzere, yukarıdaki kararlarında, bir olayın öngörülmezliği veya öngörülebilirliğinin hangi ölçüye göre belirlenebileceği hakkında her hangi bir açıklama getirmemektedir. Öte yandan Yargıtay, 05.04.1994 tarihinde Türk Lirası'nın değerini yabancı para birimleri karşısında özellikle dövize endeksli kredi sözleşmelerinde yaşanan denge bozulmalarına ilişkin içtihatlarında, alınan devalüasyon kararının ve bunların sözleşmeye etkilerinin öngörülüp öngörülmediği konusunda dahi her hangi bir tartışma yapmamaktadır. Bunun yerine, sadece, muhmetelen gerçekleşen sözleşme rizikosunun öngörülmez nitelikte olduğunu kabul etmek suretiyle, sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiğine karar vermektedir. Örneğin bkz., Y. HGK 19.02.1997, E. 1996/ 11-762, K. 1997/ 77 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 11. HD, 1.4.2002, E. 2001/10563, K. 2002/2983 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

Yargıtay, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz ve buna bağlı olarak Türk Lirası'nın değerinin yabancı para birimleri karşısında değer kaybetmesinin neden olduğu denge bozulmalarına ilişkin içtihatlarında ise, gerçekleşen sözleşme rizikosunun öngörülmezliği konusunda bir değerlendirme yapmıştır. Öyle ki Yargıtay'a göre: “...Mahkemece bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, 1994 yılı ile 2001 yılı

Ancak, bu konuda Hukuk Genel Kurulu'nun 2003 tarihli içtihadı, Yargıtay'ın görüşünü kısmen ortaya koymaktadır.

Yargıtay'a göre: “ ... TTK. 18/1. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir ... ”.⁷⁷⁸

Yargıtay, bu kararında öngörülmezlik konusunda “aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacir”e işaret etmek suretiyle, objektif bir ölçü ortaya koymaktadır. Ancak mahkeme, bu ölçüyü herkes bakımından değil, TK m. 18/I ve 20 II hükümleri gereğince, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren basiretli tacir olmanın bir hukuki sonucu olarak kabul etmektedir. Böylelikle, öngörülmezliğin ölçüsü olarak en azından tacirler bakımından objektif ölçünün kabul edildiği söylenebilir.

arasındaki 7 yıllık sürede ülkemizde sürekli % 80'ler seviyesinde bir enflasyonun varlığı ve döviz kurlarında sürekli artışların olduğu ve olacağına herkes tarafından bilindiği, aylık 641 Alman Markı ödeme gücünde olan ve 35.000 Alman Markı borçlanmayı göze alan davacının yaptığı sözleşmenin sonuçlarını görebilmesi gerektiği, davalı bankanın da döviz bazında borçlandığı, bu nedenle davalı bankanın dövizdeki artış sebebi ile haksız kazanç elde ettiğinin söylenemeyeceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. ... ”. Bkz., Y. 11. HD, 30.9.2003, E. 2003/2622, K. 2003/8614 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması). Mahkemenin yine 2001 ekonomik krizine bağlı olarak gerçekleşen denge bozulmasına ilişkin bir başka içtihadına göre: “ ... Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir. Nitekim kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten 1 ay sonra Kasım 2000 tarihli ve bundan kısa bir süre sonra da Şubat 2001 tarihli ekonomik kriz meydana gelmiştir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bir gerçektir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Kasım 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır. ... ”. Bkz., Y. HGK 07.05.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

Mahkeme, görüldüğü üzere, 2001 krizine bağlı olarak gerçekleşen denge bozulması durumlarına neden olan olayların öngörülmezliği konusunda açıklama ve değerlendirme yapmak suretiyle gerçekleşen sözleşme rizikosunun öngörülebilir olduğu sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte söz konusu kararlarında da gerçekleşen sözleşme rizikosunun hangi ölçüye göre öngörülemez nitelikte olduğunu açıkla(ya)mamaktadır.

⁷⁷⁸ Bkz., Y. HGK 07.05.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www.kazanci.com.tr.

Yargıtay'ın uygulamasındaki bu belirsizliğe karşın, BKT m. 137 hükmünde böyle bir sorun yoktur. Öyle ki, madde hükmünde: "...öngörülmeven ve öngörülmesi de beklenilmeyen bir durum..." dan bahsedilmektedir. Dolayısıyla, tasarımı hazırlayan komisyonun, objektif görüş doğrultusunda düzenleme yapmış olması isabetli olmuştur.

Öngörülmezlik konusunda Türk-İsviçre hukukunda, açıklığa kavuşturulması gerekli olan bir başka konu ise, öngörülmesi gereken olayların herkesi mi etkilemesi gerektiği yoksa sadece tarafları etkilemesinin de yeterli mi olduğudur. Kısaca, gerçekleşen sözleşme rizikonun olağanüstü ve genel (objektif) nitelikte olmasının gerekip gerekmediğidir.

İsviçre hukukunda *Bischoff* göre⁷⁷⁹, şartlardaki değişmeye neden olan öngörülmez olayların sosyal ve tabi felaketler gibi, tümüyle olağanüstü ve genel nitelikte olması gerekir. Bu anlamda olmak üzere, taraflardan sadece birini ilgilendiren veya sadece bir veya birkaç kişiye ilişkin olaylar, olağanüstü nitelikte olsa bile, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine imkân vermez.⁷⁸⁰ Buna karşın İsviçre hukukunda hâkim olan ve Türk hukukunda da bazı yazarlar tarafından kabul edilen görüşe göre⁷⁸¹, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, şartların değişmesine neden olan öngörülmez nitelikteki olayın tümüyle olağanüstü ve genel nitelikte olmasına gerek yoktur.

Kanaatimize göre, İsviçre hukukunda doktrinde hâkim olan görüş isabetlidir. Çünkü ilk olarak, *Wiegand*'ın ifade ettiği üzere, sosyal veya tabi felaketlerin olduğu durumlarda çoğunlukla öngörülmezlik söz konusudur; ancak, öngörülmezlik

⁷⁷⁹ **Bischoff** s. 181 vd. 184 vd. Bu görüş, Türk hukuk doktrinde de hâkim olan görüştür. Örneğin: **Gürsoy**, s. 106 vd., 116 vd.; **İmre**, s. 281; **İnal**, s. 293; **Burcuoğlu**, s. 47 vd; **Oğuzman/ Öz**, s. 451; **Oğuzman/ Barlas**, s. 221.

⁷⁸⁰ Türk hukukunda bazı yazarların, *Kocayusufpaşaoğlu*'nun ifade ettiği üzere (bkz., **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 505) -bu görüşü kabul ettiklerini açık bir şekilde ifade etmeseler de- öngörülmezliğe ilişkin verdikleri örnekler, hep olağanüstü ve genel nitelikte olduğundan, bu görüşü kabul ettikleri sonucuna varılması yanlış olmaz. Örneğin: **Sungurbey**, s. 104.

⁷⁸¹ **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 350; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 1 ZGB, Nr. 19; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 101; **Kaplan**, s. 148, dn. 511; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 513; **Arat**, s. 105.

bakımından gerçekleşen sözleşme rizikosunun sosyal felaketlere ve bu anlamda olmak üzere olağanüstü ve genel nedenlere dayanması şart olmadığı gibi, her zaman yeterli de değildir.⁷⁸² Gerçekten de savaş, sosyal bir felaket olarak nitelendirilse de, örneğin 2001 Körfez Krizi öncesinde Irak'ta muhtemel bir savaş beklentisi açıkça ortada iken bu ülkeden petrol tedarikine ilişkin bir sözleşme yapılması durumunda, savaş çıktıktan sonra bu savaşa bağlı olarak petrol fiyatları artarsa, savaşın ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun öngörülemediği iddia edilemez. Dolayısıyla, gerçekleşen rizikonun olağanüstü ve genel nitelikte olması, bu olayda sözleşmeye müdahale edilmesi için yeterli değildir. Öte yandan, Alman hukukçusu *Wieling*'in ifade ettiği üzere⁷⁸³, denge bozulması ve ifa güçlüğüne dayanan taraf, niçin sosyal ve tabii felaketler gibi tümüyle olağanüstü ve genel nitelikteki durumlarda korunurken; bireysel yıkım durumlarında gerçekleşen riskin neden olduğu zararın tamamına katlanması gereksin? *Wieling*'in bu sorusu, sorunun çözümü bakımından son derece yerindedir. Öyle ki, örneğin satıcının üçüncü bir kişinin mülkiyetinde olan satım konusu antika malı, belli bir fiyattan alıcıya satmayı taahhüt ettiği ve ancak üçüncü kişinin söz konusu malın daha önce icaba davet şeklinde ilan ettiği satış bedelinin söz gelimi % 80 daha fazla bir bedel üzerinden satıcıya satmak istemesi durumunda, satıcının borcunu ifa etmesinin sonradan güçleştiği konusunda hiçbir şüphe yoktur. Bu olayda üçüncü kişinin satış bedelini % 80 oranında artırması öngörülemiyorsa, satıcının borcunu ifa etmesinin güçleşmesine neden olan bu olay, niçin tüm toplumu ilgilendiren sosyal bir felaket olmadığı gerekçesiyle sözleşmeye müdahale etme imkânını ortadan kaldırsın? Gerçekleşen sözleşme rizikosu öngörülemediği sürece, bu iki durumun farklı hukuki sonuçlara tabi kılınmasını gerektirecek hiçbir haklı gerekçe yoktur. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğüne neden olan olay, genel (objektif) nitelikte olmasa dahi, denge bozulması ve ifa güçlüğü öngörülmediği sürece ve diğer unsurlar da olmak kaydıyla, sözleşmeye müdahale etmeyi gerektiren bir olay olarak kabul edilmelidir. Ancak hâkim, tüm bu durumlarda, bir yandan bu konuda çekingen davranmalı ve alışılmamış her türlü gelişmeyi öngörülemez olarak kabul

⁷⁸² Bkz., **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 101.

⁷⁸³ Bkz., **Wieling**, Jura 1985, s. 508. Bu soruyu İsviçre hukukunda *Kramer* de sormaktadır. Bkz., **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 350.

etmemeli; diğer yandan ise, öngörülemezliği de çok yüksek bir ölçüye ulaştırmamalıdır.⁷⁸⁴

Bischoff'un sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda, öngörülmez olayların sadece sosyal ve tabii felaketler gibi, tümüyle olağanüstü ve genel nitelikteki olaylara ilişkin olması gerektiği görüşü, esas itibarıyla Alman hukukunda da reddedilmektedir. Öyle ki, *Bischoff*'un sosyal ve tabii felaket olarak adlandırdığı olaylar, Alman hukukunda *Kegel*'in büyük işlem temeli olarak adlandırdığı olay gruplarına karşılık gelmektedir. *Kegel*, tıpkı *Bischoff* gibi, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini sadece büyük işlem temeli olarak adlandırılan olay gruplarıyla sınırlandırılması gerektiği görüşündedir. Ancak Alman hukukunda hâkim olan görüş ve Alman Federal Mahkemesi, büyük işlem temeli olarak adlandırılan olay grupları yanında, küçük işlem temeli olarak adlandırılan ve sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendiren şartlardaki değişimlerde de denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.⁷⁸⁵ 2002 tarihinde yürürlüğü giren işlem temelinin bozulmasına ilişkin BGB § 313 hükmünde de kanun koyucu büyük işlem temeli olarak adlandırılan olay grupları ile küçük işlem temeli olarak adlandırılan olay grupları arasında her hangi bir ayırım yapmamıştır. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulaması da esas itibarıyla farklı değildir. Mahkeme, şartların değişmesinin sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendirdiği durumlarda da sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.⁷⁸⁶ BKT m. 137 hükmünde de bu konuda herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Öyle ki, madde

⁷⁸⁴ **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 101.

⁷⁸⁵ Bkz., yuk., § 2, II, 2, A, d. *Kegel*'in Görüşü ve ayrıca bkz., yuk., § 2, II, D. Alman Federal Mahkemesi'nin Kabul Ettiği Görüş.

⁷⁸⁶ Öyle ki İsviçre Federal Mahkemesi'ne konu olan bir olayda, taraflar arasında on yıllık süre için ve belli bir tüketim zorunluluğu getiren elektrik sağlam sözleşmesi (Stromlieferungsvertrag) yapılmıştır. Ancak sözleşmenin yapılmasından bir yıl sonra elektrik alacaklısı olan tarafın fabrikası artık, en azından tamir edilinceye kadar, elektriği kullanma imkânı olmayacak şekilde zarar görmüştür. İsviçre Federal Mahkemesi bu olayda, tarafların gerçekleşen sözleşme rizikosunu (yani fabrikanın zarar görmesini) öngörmüş olsalardı sözleşmeye buna ilişkin bir kayıt koyacakları varsayımından hareketle fabrikanın en azından yeniden inşa edilene kadar elektrik tüketme zorunluluğunun ortadan kalktığına hükmetmiştir. Bkz., BGE 48 II 366 (372) (Stromlieferungsvertrag/ Fabriksbrand-Fall/ Zweckstörung). Bu olay, *clausula rebus sic stantibus* kapsamındadır; ancak, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olmayıp, amaç bozulmasına ilişkindir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sadece tarafları ilgilendirdiği durumlarda dahi sözleşmeye müdahale edilmesini kabul ettiğini gösteren önemli bir örnek olaydır.

hükümünde sadece, “...olağanüstü bir durum borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar...”denilmektedir. Bu bakımdan tasarıda, gerçekleşen sözleşme rizikosunun neden olduğu olayın olağanüstü olmak şartıyla tüm toplumu (genel-objektif) veya sadece tarafları ilgilendirmesi ayrımı yapılmaksızın, her iki durumda da sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay’ın bu konuya ilişkin kararları ise, yoruma açıktır. Öyle ki, Yargıtay’ın istikrarlı içtihadına göre⁷⁸⁷, “...Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle... bozulabilir... ; ... olağanüstü hallere örnek olarak harp, ekonomik krizler, para değerinin düşürülmesi, aşırı enflasyon gösterilebilir... ; ...sözleşmeye müdahale için... Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağan üstü ve objektif nitelikte olmalıdır...”.⁷⁸⁸ Bu kararından hareketle, Yargıtay’ın denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini sadece olağanüstü ve genel (objektif) nitelikteki olaylarla sınırlandırdığı yorumu yapılabilir. Ancak, bu yorum isabetli değildir. Çünkü Yargıtay’ın söz konusu içtihadının devamı: “...sözleşmeye müdahale için... Uyarılama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir...” şeklindedir. Dolayısıyla, Yargıtay’ın bir yandan sözleşmeye müdahale edilmesini harp, ekonomik krizler, para değerinin düşürülmesi, aşırı enflasyon gibi kişilerin üstünde gelişen tümüyle olağanüstü ve genel nitelikteki olayların gerçekleşmesi şartına bağladığının kabul edilmesi; öbür yandan ise, sözleşmeye müdahale edilmesini bu tür olaylara tarafların kusuru ile neden olmaması kaydına bağlaması, düşünülemez. Çünkü kusur, daima kişiye ilişkindir. Bir sözleşmenin tarafının kusurlu olarak harp, ekonomik krizler, para değerinin düşürülmesi, aşırı enflasyon gibi sosyal ve tabii felaketler olarak adlandırılan ve kişilerin üstünde gelişen tümüyle olağanüstü ve genel nitelikteki olaylara sebebiyet vermesi ise, teorik bakımdan mümkün olsa bile, pratik bakımdan pek mümkün

⁷⁸⁷ Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması).

⁷⁸⁸ Aynı yönde bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 17.09.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 07.05.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

gözükmemektedir.⁷⁸⁹ Bu nedenle, tıpkı Alman Federal Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay’ın da öngörülmez nitelikte olması kaydıyla, gerçekleşen sözleşme rizikosunun sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendirdiği durumlarda da sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul ettiği şeklinde bir yorum, daha isabetlidir.

III. SÖZLEŞME RİZİKOSUNUN GERÇEKLEŞMESİNDEN TARAFLARIN SORUMLU TUTULMAMASI

Türk-İsviçre hukukunda doktrinde hâkim olan ve içtihatlarda kabul edilen görüşe göre, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, “şartların öngörülmez surette değişmesine”, tarafların “kusuru ile neden olmamaları” gerekir. Taraflar sözleşmenin kurulduğu andaki şartların öngörülmez surette değişmesine kusurlarıyla neden olmuşlar ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini isteyemezler. Bu sonuç, BK m. 117 ve BK m. 96 hükümlerinden ortaya çıkar. Çünkü nasıl ki borçlu, kusurlu imkânsızlık durumunda kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe ifanın imkânsızlaşmasından dolayı alacaklıya karşı sorumlu tutuluyor ise, aynı şekilde denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da borçlu, “şartların öngörülmez surette değişmesi” konusunda kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, sözleşmeye müdahale edilmesini talep edememelidir.⁷⁹⁰

⁷⁸⁹ Bkz., **Bischoff**, s. 217.

⁷⁹⁰ **Siegart**, s. 113; **Reichel**, s. 7 vd., 23; **Weber**, s. 60 vd.; **Merz**, s. 498a; **Oftinger**, SJZ 36, s. 233; **Schmitz**, s. 46 vd.; **Schlageter**, s. 90; **von Büren**, s. 403; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 227; **Deschenaux**, s. 202; **Hungerbühler**, s. 34; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 673; **Bischoff**, s. 216 vd., (*Bischoff*, öngörülmez nitelikteki olayları sadece olağanüstü ve genel nitelikteki olaylar olarak kabul ettiği için, tutarlı bir şekilde, borçlunun kusurunun sözleşmeye müdahale konusunda sadece borçlunun denge bozulması ve ifa güçlüğüne neden olması durumunda önemli olacağını kabul etmektedir. Bkz., **Bischoff**, s. 217); **Schmiedlin**, s. 110 vd., 160 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 342; **Keller/ Schöbi**, s. 256 vd.; **Erdin**, s. 58; **Sulzer**, s. 209; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 120.; **Gürsoy**, s. 153; **Erzurumluoğlu**, s. 73; **Kaplan**, s. 152; **Burcuoğlu**, s. 10 vd.; **Akyol**, s. 87; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 8; **Arat**, s. 135; **Eren**, s. 441; **Oğuzman/ Barlas**, s. 221; **Kılıçoğlu**, s. 184. İsviçre Federal Mahkemesi’nin içtihatları: “... sonraki orantısızlığa, şartların değişmesinden olumsuz etkilenen tarafın kusurlu bir davranışı neden olmamalıdır ...”. Bkz., BGE 59 II 372 (379) (Börsengebäude-Zürich-Fall). Ayrıca bkz.: 47 II 440 (460 vd.) (Stromlieferungsvertrag/ Leistungserschwerung); 50 II 158 (166); 127 III 300 (305) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung). Yargıtay’ın da bu konuya ilişkin çok sayıda kararı vardır. Örneğin: “... Davacı fiyatların düşük olduğu ihale gününde satmayı yükümlendiği tutarda malı alıp, depo ederek tedbirli bir

Kanaatimize göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların öngörülemez surette değişmesinde tarafların kusurlu olup olmadıkları değil, bu şartların öngörülemez surette değişmesinden sorumlu tutulup tutulmayacakları önem taşır. Çünkü borçlar hukukunda kusurlu olup olmama ile sorumlu tutulup tutulmama farklı kavramlardır. Öyle ki, bir borçlu, borca aykırı sonucu tasavvur ve arzu ederek veya bu sonucu göze alarak hareket ederse (yani kasıtlı olması halinde) yahut borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermez ise (yani, ihmali olması durumunda) kusurlu kabul edilir.⁷⁹¹ Oysa borçlunun sorumlu tutulması her zaman kusurlu olmasını gerektirmez.⁷⁹² Kusurlu olmasa bile borçlu, bazı durumlarda BK m. 96 hükmüne göre sonraki ifa imkânsızlığından sorumlu tutulabilir. Çünkü BK m. 96 hükmü, kusurunun bulunmadığını ispat külfetini borçluya yüklemiştir. Bu nedenle, borçlu aslında kusurlu olmamakla beraber, kusurunun bulunmadığını ispat edemediği takdirde, BK m. 96 hükmüne göre yine de sonraki imkânsızlıktan sorumlu tutulacaktır.⁷⁹³ Dolayısıyla,

tacir gibi davranabilirdi. Tedbirsizliğinden doğan zararı idareden istemesi dayanaksızdır ... ”. Bkz., Y. TD 4. HD, 10.10.1978, E. 12581, K. 11161 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü); “ ... tacir olan davacının "müdebbir bir tacir" olarak TTK.'nun 20/2. maddesi gereğince siparişi kabul edince g e r e k l i t e d b i r l e r i a l m a s ı "ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi" gerekmekte idi. ... ”. Bkz., Y. HGK 17.10.1980, E. 1978/11-773, K. 1980/2310 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü); “ ... Sözleşmenin akçalı koşullarını, edim ve karşı edimi arasındaki oranı esaslı yolda sarsan olağanüstü olaylara beklenmeyen olaylar denir. Beklenmeyen olaylar, sözleşmenin akçalı koşullarını alt üst eden olağanüstü, sezilmemeyen, k u s u r d ı ş ı , gerçek olaylardır. ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/137, K. 1981/932 (Kira sözleşmesi/ İfa güçlüğü); “ ... enflasyonist ortam; zorunlu olarak altın fiyatlarında sürekli artışlara neden olmuştur. Altın fiyatlarındaki olağanüstü artışların, beklenilmeyen sözleşmenin mali şartlarını alt üst eden, sezilemeyen k u s u r d ı ş ı gerçek olaylar olduğunu kabul etmemek, adalet ve iyi niyet kurallarını rencide eder ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); “ ... Uyarılama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi k u s u r u ile sebebiyet vermemelidir ... ”. Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 29.05.2003, E. 2003/ 3007, K. 2003/ 7017; Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Bkz., Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁷⁹¹ Bkz., **Oğuzman/ Öz**, s. 355. Bununla birlikte, kusur kavramı üzerinde doktrinin uzlaştığı bir tanım esas itibariyle yoktur. Bkz., **Eren**, s. 529 vd.

⁷⁹² Örnek olarak, borçlu, yardımcı kişilerin fiilleri nedeniyle ifanın imkânsızlaşmasından (BK. m.100); temerrüt halinde iken umulmayan halden doğan imkânsızlıktan (BK m.102); para borçları bakımından temerrüde düşülmekte kusurlu olunmasa bile temerrüt faizinden (BK m.103) ve cins borçlarından dolayı sorumlu sayılabilir. Bkz., **Bucher**, s. 422 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 315, 317, 354; **Eren**, s.1251; **Kılıçoğlu**, s. 508.

⁷⁹³ Bkz., **Bucher**, s. 422 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 315, 317, 354; **Eren**, s.1251; **Kılıçoğlu**, s. 491.

Türk-İsviçre hukukunda sonraki imkânsızlık durumunda borçlunun kusurunun olup olmadığı değil, borçlunun sonraki imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağı önemlidir. Bu sonuç, esas itibariyle Alman hukukuyla da uygunluk içerisindedir. Çünkü Alman hukukunda da sonraki imkânsızlık durumunda borçlunun kusurlu olup olmadığı değil, imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmadığının denetimi yapılmaktadır.⁷⁹⁴

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da borçlunun “şartların öngörülmez surette değişmesi” konusunda kusurlu olup olmadığı değil, şartların öngörülmez surette değişmesinden borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı değerlendirilmesi yapılmalıdır.⁷⁹⁵ Nitekim Alman hukukunda borçlu sadece sözleşme rizikosuna kusuru ile neden olduğu durumlarda değil, gerçekleşen sözleşme rizikosundan tarafların sorumlu tutulduğu hallerde de işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye herhangi bir müdahale bulunulamayacağı kabul edilmektedir.⁷⁹⁶

BKT m. 137 hükmünde ise, kabul ettiğimizden farklı bir sorumluluk anlayışı getirilmektedir. Öyle ki, tasarıda bu konuda, “...borçludan kaynaklanmayan bir sebeple...” ifadesi kullanılmaktadır. Kanaatimize göre, “...borçludan kaynaklanmayan bir sebep...” deyimini, borçlunun kusurlu olması ifadesine karşılık

⁷⁹⁴ Bkz., **Hütte/ Helbron**, Nr. 379.

⁷⁹⁵ Bu bağlamda olmak üzere, borçlu örneğin şartların öngörülmez surette değişmesi konusunda gerekli bütün özeni gösterdiğini ispat etmek suretiyle kusuru bulunmadığını ispat edebilir. Böylelikle de denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle, diğer unsurlar da olmak kaydıyla, sözleşmeye müdahale edilmesi talebinde bulunulabilir. Buna karşın, örneğin, tedarik borçlusunun yeterince önlem almaması nedeniyle fabrikasında yangın çıkması ve bu nedenle teslim etmesi gereken malı piyasadan çok daha fazla bir bedelle tedarik etmek zorunda olması durumunda, borçlu, öngörülmez nitelikteki olayın gerçekleşmesine en azından ihmal yoluyla neden olmasından dolayı kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi talebinde bulunamaz. Ayrıca, bir tacir, sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre sonra kendisine sunulan ve alacaklıya karşı tedarik etmekle yükümlü olduğu malları hiçbir haklı gerekçe yok iken almamış ve daha sonra kriz gerçekleştikten sonra artık bu imkânı kalmadığı için ifa güçlüğüne düşmüş ise, bu durumda artık sözleşmeye müdahale talebinde bulunamaz. Bkz., **Bischoff**, s. 217; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 342). Bundan başka, işin organizasyonunda veya malzemelerin temininde gerekli önlemlerin alınmamış olması durumunda ya da durumun daha fazla güçleşmesini önlemek için gereken önlemlerin alınmamış olması halinde borçlu kusurlu kabul edilmelidir. Bkz., **Gürsoy**, s. 154 vd.; **Aral**, s. 373; **Arat**, s. 136.

⁷⁹⁶ Bkz., yuk., § 3, III. Sözleşme Rizikosunun Gerçekleşmesinden Tarafların Sorumlu Tutulmaması

gelmektedir. Oysa, İsviçre hukuk doktrinde *Jäggi/Gauch, Kramer* ve *Hausheer/Manuel*, bu konuda “neden olma” ve “kusurlu olma” (selber verursacht oder gar verschuldet/Selbstverursachung, Selbstverschulden) kavramlarına ayrı ayrı vurgu yapmaktadır.⁷⁹⁷ *Erdin* ise, tüm bu durumları da içerisine alacak şekilde, sorumlu tutulmama (selbst zu verantworten) kavramını kullanmaktadır.⁷⁹⁸ Bu nedenle, tasarıda geçen ifadenin, “borçlunun sorumlu tutulamadığı” ifadesine karşılık gelecek şekilde değiştirilmesi daha isabetli olur.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında borçlunun öngörülmez nitelikteki olaydan sorumlu tutulamamış olması, denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi için gereklidir; ancak, yeterli değildir. Bunun yanında hatta bundan daha da önemlisi, “borçlunun öngörülmez nitelikteki olayın sözleşmeye olan etkilerinden de, yani gerçekleşen sözleşme rizikosundan da sorumlu tutulamaması” gereklidir. Çünkü borçlu şartların öngörülmez surette değişmesinden sorumlu tutulmasa bile, sözleşme rizikosundan ve bu bağlamda da denge bozulması ve ifa güçlüğünden sorumlu tutulabilir. Örneğin, ekonomik bir kriz objektif bakımdan öngörülemez nitelikte olsa bile, kriz gerçekleştikten sonra bunun sözleşmeye olan olumsuz etkilerini azaltmak konusunda gerekli tedbirleri almayan ve böylelikle denge bozulması ve ifa güçlüğüne ağırlaşmasına neden olan borçlu, şartların öngörülmez surette değişmesinden olmasa bile, bunun sözleşmeye olan olumsuz etkilerinden sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla, böyle bir durumda da artık denge bozulması ve ifa güçlüğü olsa bile sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz.⁷⁹⁹ Nitekim Alman hukukunda da, işlem temelinin konusu, yukarıda da ifade edildiği üzere⁸⁰⁰, öngörülmez nitelikteki olaylar değil, sözleşme rizikosudur. Gerçekleşen sözleşme rizikosundan tarafların sorumlu tutulduğu hallerde ise, işlem

⁷⁹⁷ Bkz., *ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch*, Art. 18 OR, Nr. 673; *BernerKomm-Kramer*, Art. 18 OR, Nr. 342; *Hausheer/ Manuel*, Art. 2 ZGB, Nr. 120.

⁷⁹⁸ Bkz., *Erdin*, s. 58.

⁷⁹⁹ *Erdin*, s. 58.

⁸⁰⁰ Bkz., yuk., § 3, I, 2. İşlem Temelinin Sözleşme Rizikosundan Hareketle Pozitif Olarak Somutlaştırılması.

temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahale bulunulamayacağı kabul edilmektedir.⁸⁰¹

BKT m. 137 hükmünde, bu konuda da farklı bir düzenleme getirilmektedir. Öyle ki, tasarıda“...öngörülmeven ve öngörülmesi de beklenmeyen “bir durum”, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar...” ifadesi kullanılmaktadır. Söz konusu düzenlemenin bu haliyle kanunlaşması durumunda, şartların öngörülmez nitelikte değişmesinden olmasa bile öngörülmez nitelikteki olayın sözleşmeye etkilerinden, yani gerçekleşen sözleşme rizikosundan ve bu bağlamda da denge bozulması ve ifa güçlüğünden sorumlu olan borçlu, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale talebinde bulunabilecektir. Oysa yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında borçlunun sadece öngörülmez nitelikteki olaydan değil, aynı zamanda da bunun sözleşmeye etkilerinden de, yani gerçekleşen sözleşme rizikosundan da sorumlu tutulamaması gerekir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin “şartların öngörülmez surette değişmesinden ve gerçekleşen sözleşme rizikosundan borçlunun sorumlu tutulamaması” ifadesine karşılık gelecek şekilde değiştirilmesi gereklidir.

Borçlunun, kusuru bulunmasa dahi, öngörülemez nitelikteki olayın sözleşmeye etkilerinden yani, sözleşme rizikosundan sorumlu tutulabildiği durumlardan bir tanesi de temerrüt halidir. Türk-İsviçre hukukunda doktrinde hâkim olan görüşe göre⁸⁰², borçlu, öngörülemez nitelikteki olay gerçekleşmeden önce temerrüde düşmüş ise, öngörülmez nitelikteki olayın gerçekleşmesine neden olmasa bile, öngörülmez nitelikteki olayın sözleşmeye etki etmesinden, yani gerçekleşen sözleşme rizikosundan ve bu anlamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğünden sorumlu olur. Çünkü borçlu borcunu vaktinde ifa etmiş olsaydı sonradan öngörülemez nitelikte bir olay gerçekleşmiş olsa bile, sözleşme bundan her hangi bir surette

⁸⁰¹ Bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, b. Sözleşme Rizikosunun Gerçekleşmesinden Tarafların Sorumlu Tutulmaları.

⁸⁰² Siegwart, s. 117; Reichel, s. 23; Weber, s. 61; Merz, s. 423a; Oftinger, SJZ 36, s. 233; BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 227; Deschenaux, s. 202; Hungerbühler, s. 34; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 674; Bischoff, s. 218 vd.; Schmiedlin, s. 110 vd., 160 vd.; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 344; Hausheer/ Manuel, Art. 2 ZGB, Nr. 120; Sulzer, s. 209; Gürsoy, s. 154; Erzurumluoğlu, s. 73; Kaplan, s. 152; Burcuoğlu, s. 11; Arat, s. 137.

etkilenmemiş olacaktı. Aynı şekilde alacaklı, temerrüde düşmüş ise, öngörülmez nitelikteki olayın gerçekleşmesine neden olmasa bile, öngörülmez nitelikteki olayın sözleşmeye etki etmesinden, yani gerçekleşen sözleşme rizikosundan ve bu anlamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğünden sorumlu olur. Böylece sözleşme rizikosuna kimin katlanması gerektiği sorunu da temerrüde ilişkin hükümler çerçevesinde çözülmüş olur. Şu halde, hem alacaklının hem de borçlunun temerrüdü, öngörülmez nitelikteki olayın gerçekleşmesinden önce meydana gelmiş ise, temerrüde ilişkin hükümler uygulama alanı bulur ve artık k u r a l o l a r a k denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilemez.⁸⁰³

Temerrüt halinde, denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşmiş olsa bile clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilemeyeceğine ilişkin kuralın tek istisnasını, temerrüde düşülmesinde kusurun bulunmadığı haller oluşturmaktadır. Gerçi, temerrüt için esas itibariyle kusurun önemi yoktur.⁸⁰⁴ Ancak, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmaması, temerrüdün bazı sonuçları bakımından önemlidir. Öyle ki, BK m. 102/II (OR Art. 103/II) hükmüne göre, kendi kusuruyla temerrüde düşen borçlu kazara vukua gelecek zararlardan da sorumludur. Bunun mefhumu muhalifinden, borçlu kusuru olmadan temerrüde düşmüş olması durumunda, kazadan sorumlu tutulamaz. Borçlu, daha önceki borca aykırı davranışı ile gerçekleşen zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.⁸⁰⁵ Bu nedenle, borçlunun kusursuz olarak temerrüde düşmesi durumunda da, temerrüt devam ederken sözleşme rizikosu gerçekleşirse, borçlunun gerçekleşen bu rizikodan sorumlu tutulamaması gerekir. Buna bağlı olarak da, böyle bir durumda artık denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalede bulunulabilmelidir.⁸⁰⁶ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun

⁸⁰³ Temerrüt durumunda, yukarıda ifade edildiği üzere, Alman hukukunda da işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamamaktadır. Bkz., yuk., § 3, IV, 2, C, b. Sözleşme Rizikosunun Gerçekleşmesinden Tarafların Sorumlu Tutulmaları.

⁸⁰⁴ Bkz., **Oğuzman/ Öz**, s. 303; **Eren**, s. 1054; **Reisoğlu**, s. 324 vd.

⁸⁰⁵ Bkz., **Oğuzman/ Öz**, s. 362; **Eren**, s. 1054 vd., 1061; **Reisoğlu**, s. 324 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 508.

⁸⁰⁶ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 227; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 674; **Bischoff**, s. 219; **Kaplan**, s. 152; **Arat**, s. 138.

kusursuz olarak temerrüde düşmesi halinde, sonradan şartların öngörülmez surette değişirse, istisnaen sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.⁸⁰⁷ Yargıtay ise, borçlunun temerrüde düşmesi halinde, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında artık sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacağını kabul etmektedir; ancak, bu konuda borçlunun kusuruyla temerrüde düşüp düşmediği konusunda her hangi bir denetim yapmamaktadır.⁸⁰⁸

IV. SÖZLEŞME RİZİKOSUNA İLİŞKİN OLARAK SÖZLEŞMEDE VE KANUNDA HER HANGİ BİR DÜZENLEMENİN OLMAMASI GEREKİR

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği konusunda sözleşmede ve kanunda her hangi bir düzenlenmenin de olmaması gerekir. Çünkü sözleşmede ve kanunda böyle bir düzenleme varsa, bu düzenlemeler sözleşmenin içeriğidir.⁸⁰⁹ Böyle bir durumda gerçekleşen sözleşme rizikosuna sözleşme taraflarından hangisinin katlanması gerektiği sorunu, söz konusu hükümlere göre belirlenmiş olur. Bu hükümler, amir nitelikteki kanuni düzenlemeleri ihlal edilmediği müddetçe, somut olaya uygulanır. Dolayısıyla, gerçekleşen sözleşme rizikosuna sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği sorusu sözleşmenin içeriğine göre belirlenmiş olduğu için, artık clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz.⁸¹⁰ Öte yandan, gerçekleşen sözleşme rizikosuna ilişkin

⁸⁰⁷ Bkz., BGE 44 II 69 (71).

⁸⁰⁸ Bu husus Yargıtay'ın şu kararlarından açıkça anlaşılmalıdır: “ ... Bir an için yukarıdaki açıklamaların aksine koşulların oluştuğu farz ve kabul edilse bile davacının olağanüstü koşulların oluştuğunu ileri sürdüğü döviz kurlarındaki artış döneminden önce taksit ödemelerinde temerrüde düştüğü davalı savunmaları ve dosya içerisindeki ihtarname metinlerinden anlaşılmalıdır. Böyle bir durumda olan borçlunun BK 102.maddesi uyarınca da uyarılama talep etmek hakkını kullanamayacağını kabulü gerekeğinden dava bu yönden de hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır ... ”. Bkz., Y. 11. HD, 02.06.1995, E. 1995/ 534, K. 1995/ 4540. “ ... Öte yandan yüklenicinin uyarılama istemesi için davadan önce temerrüde düşmemesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş inşaatın ancak % 85'ini yapabilmiştir. O halde temerrüde düşen borçlu, uyarılama talep hakkını yitirmiş olur ... ”. Bkz., Y. HGK 30.05.2001, E. 2001/ 15-402, K. 2001/ 459

⁸⁰⁹ Bkz., yuk., § 1, I, Sözleşmenin İçeriği.

⁸¹⁰ **Oftinger**, SJZ 36, s. 233, 246; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 624 vd. 626 vd.; **Bischoff**, s. 33, 60 vd., 118 vd.; **Caytas**, s. 217; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 276 vd.; 322

olarak sözleşmede ve kanunda her hangi bir düzenleme varsa, gerçekleşen sözleşme rizikosunun somut olayda öngörülebildiği de kabul edilir. Dolayısıyla, öngörülmezlik unsurunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle de, yine sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz.

İsviçre Federal Mahkemesi -muhtemelen son yıllara kadar sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda dogmatik olarak hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket etmiş olması nedeniyle- istisnai nitelikte birkaç kararı dışında, sözleşmede boşluk bulunması gerektiğine ilişkin hiçbir görüş açıklamamaktadır.⁸¹¹ Ancak mahkeme, sözleşmede genel nitelikte de olsa bir uyarılma kaydının bulunması durumunda, artık *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacağı görüşündedir.⁸¹² Ayrıca mahkeme, son yıllardaki içtihatlarında ise, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, kanunda ve sözleşmede somut olaya uygulanabilecek nitelikte bir düzenlemenin olmaması gerektiğine açıkça işaret etmektedir.⁸¹³ Aynı şekilde Yargıtay da, kural olarak, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, bu konuda bir sözleşme boşluğu olması ve aynı zamanda da somut olaya uygulanacak nitelikte bir kanun hükmünün olmaması gerektiği görüşündedir.⁸¹⁴

vd., 325, 333; **Schmiedlin**, s. 157; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 2 ZGB, Nr. 1 vd., 19; **Gauch**, (Auslegung), s. 17 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1288; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 107, 112; **Schwenzer**, Nr. 35.07.; **Erzurumluoğlu**, s. 72 vd.; **Kaplan**, s. 150; **Burcuoğlu**, s. 10; **Oğuzman/ Öz**, s. 155; **Eren**, s. 440; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 8; **Oğuzman/ Barlas**, s. 221.

⁸¹¹ Bkz., yuk., § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

⁸¹² Bkz., BGE 99 II 290 vd. (Mietevertrag/ Anpassungsklauseln).

⁸¹³ Bkz., BGE 93 II 97 (109) (Pachtvertrag); 107 II 144 (149) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 111 II 260 (262) (Leibrente).

⁸¹⁴ Örneğin: “ ... mukavelenin 14. maddesinde mücbir sebepler gösterilmiş ve ... fiyat artışının taahhüde etki yapmayacağı kabul edilmiş ve bu suretle hükümet kararnamesinin fiyatı meydana getiren unsurlar dışında yasaklama gibi hallere ilişkin bulunduğu ve bu itibarla devalüasyonun fiyat artışına müncer olması bakımından taahhüdün yerine getirilmemesinde mücbir sebep sayılamayacağı ve bu yönden davalının haksız bulunduğu anlaşılmıştır. ... ”. Bkz., Y. 11. HD, 11.02.1975, E. 1974/5000, K. 1975/891 (Satım Sözleşmesi/İfa Güçlüğü); “ ... Değişen durumlarda sözleşmede ve yasada bir hüküm yoksa boşluk kabul edilmeli MK. m.1 ve 2 uyarınca hâkim sözleşmeyi yeni durumlara uydurmalıdır ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/ 147, K. 1981/ 932 (Kira sözleşmesi/ İfa güçlüğü); “ ... Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır ve bu boşluğun doldurulması için, sözleşmenin anlamı gözönünde tutularak, yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulacaktır. ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/

Bundan başka, yukarıda açıklandığı üzere, Alman hukukunda işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahalede bulunulabilmesi için, gerçekleşen sözleşme rizikosunun işlem temelini konusu dışında olması gerekir. Yani, gerçekleşen sözleşme rizikosuna sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiğine ilişkin olarak hem sözleşmede hem de kanunda her hangi bir düzenlemenin olmaması gerekir.⁸¹⁵ Bu bakımdan, Yargıtay'ın ve son dönemde İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları, bu konuda Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarıyla uygunluk içerisindedir. Ancak Yargıtay, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir sözleşme boşluğunun olmadığı durumlarda da hakkın kötüye kullanılması yasağı temelinde sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.⁸¹⁶

1. Sözleşme Rizikosuna İlişkin Sözleşme Hükümleri (Uyarlama Kayıtları)

Sözleşmenin tarafları, gerçekleşen sözleşme rizikosuna ve bu anlamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin taraflarından hangisinin katlanması gerektiğini, öncelikle sözleşmeye koydukları uyarlama kayıtlarıyla kendileri düzenleyebilirler. Sözleşmedeki uyarlama kayıtlarını ve bunların

Denge bozulması); “ ... Sözleşmede veya yasada değişen hal ve şartlara dair bir kayıt veya hüküm bulunmaması gerekir. Nitekim sözleşmedeki bir kayıtle değişen hal ve şartların rizikosunu üstlenen kimse, doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanarak sonradan bu rizikodan kendisini kurtaramaz ... ”. Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); “ ... Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır. Uyarlama daima yardımcı bir çözüm olarak düşünülmelidir. Sözleşmeye yazılan özel hükümler, yorumlanıp tarafların sağladığı hak ve yararlar değerlendirilmesi, ekonomik değişikliklerin etkileri, kiralananın nitelikleri gibi somut olayın özelliği ile belirlenecek tüm objektif ve subjektif hal ve koşullar kıymetlendirilmeli, uyarlama yapılması kanaatine kavuşulursa, sözleşmedeki intibak boşluğu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları (MK Md. 4, 2/1) ışığında yasa boşluğunda olduğu gibi MK. md. 1'deki yetki kullanılarak doğrudan kendisinin yaratıp takdir ettiği bir kuralla hakim tarafından doldurulmalıdır. ... ”. Bkz., Y. HGK 7.5.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövize endekli kira sözleşmesi/ Denge bozulması); “ ... Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı taktirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmiyeceği incelenir. ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www. kazanci. com. tr. Ayrıca bkz., yuk., § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

⁸¹⁵ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B. İşlem Temelinin Konusu Dışında Kalan Sözleşme Rizikoları, a. Genel Olarak.

⁸¹⁶ Bkz., yuk., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler . Ancak Yargıtay, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin yeterli somutlaştırmalar yap(a)mamaktadır. Bkz., yuk., § 4, I, 2, B. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin “Borcun Aynen İfası Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Olarak Nitelendirilecek Şekilde” Bozulmuş Olmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu.

yorumlanmasını, Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda açıklamış bulunmaktayız. Tekrardan kaçınmak amacıyla, bu konuda ilgili yere atıfta bulunmakla yetiniyoruz.⁸¹⁷

2. Sözleşmedeki Riziko Boşluklarının Doldurulması

A. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hukuk Kurumları Arasındaki Hiyerarşi

Gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği sözleşmede hiç düzenlenmemişse veya bu konuda uyarılama kaydı kararlaştırılmışsa, ancak açık değilse, yukarıda açıklandığı üzere, bu rizikoya sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği konusunda bir sözleşme boşluğu vardır. Sözleşme boşluğunun doldurulması konusunda taraflar uzlaşamazlar ise, söz konusu sözleşme hâkim tarafından tamamlanır. Uyuşmazlık durumunda hâkimin sözleşmeyi tamamlaması, MK m. 1/II hükmünden kaynaklanan bir yükümlülüktür.⁸¹⁸ Ancak, Türk-İsviçre hukukunda, sözleşmenin öncelikle hangi hükümlere göre tamamlanması gerektiği konusu, tartışmalıdır.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre⁸¹⁹, boşluklu olan sözleşmeler, uyuşmazlık durumunda, MK m. 1 (Art. 1 ZGB) hükmüne göre tamamlanmalıdır. Buna göre, somut olayda sözleşme boşluğunun bulunması halinde, hâkim, MK m. 1/I hükmüne göre, öncelikle kanunda sözleşmeye uygulanabilecek nitelikte bir düzenlemenin bulunup bulunmadığını denetlemelidir. Somut olaya uygulanacak nitelikte böyle bir düzenlemenin olması durumunda, artık söz konusu düzenlemelerin uygulanması gerekir. Bu nedenle, sözleşme boşluğunun bulunması durumunda, sözleşmenin tamamlanmasının ilk aracı, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerdir. Ancak, somut olaya uygulanabilecek nitelikte hiç bir düzenleme yoksa veya tamamlayıcı nitelikte bir

⁸¹⁷ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa. Uyarılama Kayıtlarıyla Taraflar Arasında Paylaştırılan Sözleşme Rizikoları.

⁸¹⁸ Bkz., yuk., § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

⁸¹⁹ Bkz., **Oftinger**, ZSR 58, s. 199; **von Tuhr/ Peter**, s. 52; **Keller/ Schöbi**, s. 137; **Oftinger**, s. 92 vd., 99 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 503 vd., 529; **Caytas**, s. 217; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 56 vd.; **Gauch**, (Auslegung), s. 9; **Sulzer**, s. 170; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, Nr. 1248, 1254 vd.; **Kaplan**, s. 90; **Oğuzman/ Öz**, s. 153 vd.; **Kırca**, s. 90; **Eren**, s. 433 vd., 441.

düzenleme olmakla beraber, sözleşmeye uygulanması somut sözleşmenin tüm içeriği düşünüldüğünde çelişkili bir durum yaratacak ise (yani, somut olaydaki özel menfaat durumu farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektiriyorsa⁸²⁰, bu durumda artık tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler uygulan(a)maz. Bundan böyle, MK m. 1/II hükmüne göre, somut olaya uygulanacak nitelikte bir örf ve adet normu bulunup bulunmadığı denetlenir. Bununla birlikte, sözleşme hukukunda, nadir sayıda örf ve adet kuralı vardır. Bu nedenle, somut olaya uygulanabilecek tamamlayıcı nitelikte bir kanun hükmünün olmaması veya olsa bile uygulan(a)maması durumunda, hâkim, daha ziyade kendi yarattığı hukuka göre, sözleşmeyi tamamlar. Hâkim burada dürüstlük ilkesinin ışığı altında hukuk yaratmak suretiyle boşluklu olan sözleşmeyi tamamlar.⁸²¹ Hâkimin kendi yarattığı hukuka göre sözleşmeyi tamamlaması, hâkimin dolaylı hukuk yaratması ve doğrudan hukuk yaratması olmak üzere ikiye ayrılır. Hâkimin dolaylı hukuk yaratması, kanun boşluklarının doldurulmasından farklı olarak⁸²², öncelikle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre -yani, tarafların varsayıma dayalı iradeleri temel alınarak- yapılır.⁸²³ Yani, dürüst ve makul sözleşme tarafları, sözleşmenin kurulduğu sırada açık kalan noktaları bizatihi düşünmüş olsalardı “neyi isteyecekleri” ve buna bağlı olarak da “neyi kararlaştıracaklar ise”, ona göre sözleşme tamamlanır.⁸²⁴ Ancak, sözleşmede tarafların varsayıma dayalı iradeleri

⁸²⁰ Böyle bir durum, bazı nedenden kaynaklanabilir. İlk olarak, sözleşmede bir boşluk olmayabilir. Öyle ki, sözleşmede bu konuda farklı bir düzenleme yapmış olabilirler veya sözleşmede açık her hangi bir düzenleme olmasa da, tarafların nitelikli susması söz konusu olabilir. Bunun dışında bir sözleşme boşluğu vardır; ancak, söz konusu boşluk, buna ilişkin tamamlayıcı nitelikteki düzenleme ile doldurulamayacak niteliktedir. Öyle ki, genel soyut düzenlemenin somut sözleşmenin tamamlanması bakımından hiçbir şekilde elverişli bir araç olmadığı durumlar söz konusu olabilir. Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 515 vd.; **Gauch**, (Auslegung), s. 10; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 57; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1255; **Kaplan**, s. 90 vd.

⁸²¹ Bkz., yuk., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler .

⁸²² Kanun boşluklarının doldurulmasında hâkim hukuk yaratırken öncelikle kıyasa başvurur. Bkz., **İmre**, s. 178; **Kırca**, (Örtülü Boşluk), s. 97.

⁸²³ **Gauch**, (Auslegung), s. 10; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1261; **Kırca**, s. 89; **Oğuzman/ Öz**, s. 153; **Eren**, s. 434 vd.

⁸²⁴ Bu formülasyon konusunda doktrinde ve mahkeme kararlarında esas itibariyle her hangi bir farklılık yoktur. Bkz., **Oftinger**, ZSR 58, s. 197; **Oftinger**, s. 92; **Deschenaux**, s. 172; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 498; **Bischoff**, s. 66; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 238 vd.; **Gutmans**, 23; **Koller**, § 10, Nr. 15; **Erdin**, s. 37; **Gauch**, (Auslegung), s. 11; **Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo**, s. 55 vd.; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 57; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1257, 1260; **Schwenzer**, Nr. 35.04; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 76 vd.; **Kırca**, s.

de tespit edilemiyorsa, bu durumda, hâkim, doğrudan hukuk yaratmak suretiyle boşluklu olan sözleşmeyi tamamlamalıdır.⁸²⁵

Hâkim görüş, yukarıda görüldüğü üzere, sözleşmenin tamamlanmasında, tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerinin, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre öncelikle uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşın, doktrindeki azınlık görüşüne göre⁸²⁶, MK m. 1/II hükmü, hukukun uygulanması bakımından genel nitelikte bir düzenlemedir. Sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin olarak ise, özel nitelikte tamamlayıcı düzenlemeler vardır. Bu anlamda olmak üzere, BK m. 2/II (OR Art. 2/II) hükmü, sözleşmenin tamamlanması bakımından özel nitelikte bir hükümdür ve MK m. 1 hükmündeki hiyerarşiye müdahale eder. Söz konusu düzenlemeye göre, sözleşmeler hâkim tarafından işlemin niteliği dikkate alınarak tamamlanmalıdır. Bu anlamda olmak üzere, sözleşme boşluğunun olması durumunda tarafların tespit edilen varsayıma dayalı iradelerinin dikkate alınması, işlemin niteliğinin dikkate alınması anlamına gelir. Ayrıca, tarafların iradeleri –varsayıma dayalı da olsa- tespit ediliyorsa, bu iradeye göre hareket edilmesi, aynı zamanda sözleşme özgürlüğü ilkesinin de bir gereğidir. Bu nedenle, tarafların varsayıma dayalı iradelerinin tespit edildiği durumlarda, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerden önce tamamlayıcı yoruma göre sözleşmenin tamamlanması gerekir.

90; **Oğuzman/ Öz**, s. 154; **Eren**, s. 434; BGE 107 II 144 (149) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 108 II 112 (114) (Mietvertrag/ Ergänzung durch den Richter); 111 II 260 (262) (Leibrente); 115 II 484 (488) (Mietvertrag); 127 III 300 (307) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); “ ... Karar verilirken sözleşmeye yönelik ve bağlantılı değerlendirme yapılmalı, özellikle tarafların farazi iradeleri yani taraflar sözleşmede açık kalmış hukuki meseleyi sözleşmenin inikadı sırasında düzenlemiş olsalardı doğru ve makul düşünen taraflar olarak neyi kararlaştırmış olabileceklerinin tesbitine önem verilmelidir. ... ”. Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması) Y. HGK 17.09.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması).

⁸²⁵ Sözleşme boşluğunun doldurulmasında hukuk kurumları arasındaki hiyerarşide en son olarak hâkimin doğrudan yarttığı hukuk kurallarına başvurulması gerektiği konusunda doktrinde her hangi bir tartışma yoktur. Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 526 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 227 vd.; **Erdin**, s. 44, 54; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 84; **Kırca**, s. 91; **Oğuzman/ Öz**, s. 154.

⁸²⁶ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 138; **Deschenaux**, s. 172 vd.; **Bischoff**, s. 64; **Zeller**, (Auslegung), s. 489; **Koller**, § 10, Nr. 11 vd.; **Erdin**, s. 40 vd., 52.

Bu iki görüş dışında, doktrinde son zamanlarda savunulan ve karma görüş olarak nitelendirilebilecek bir başka görüşü göre ise⁸²⁷, sözleşmenin tamamlanması konusunda, prensip olarak, ne tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelere üstünlük tanımak gerekir; ne de sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna üstünlük tanımak gerekir. Bu konuda somut olaya göre hareket etmek gerekir. Burada ölçü ise, somut sözleşmenin kanunda düzenlenen tipik sözleşme olup olmadığıdır. Yapılan düzenleme, kanunda düzenlenmeyen atipik bir sözleşme niteliğinde ise ve tarafların varsayıma dayalı iradelerine ilişkin olarak sözleşmede somut destek noktaları varsa, bu durumda sözleşmenin tamamlayıcı yorumu sınırsız bir şekilde uygulanması gerekir. Çünkü taraflar atipik bir sözleşme yapmak suretiyle, iradelerini kanundaki sistemden uzaklaşılması yönünde kullanmışlardır. Tarafları, tekrar kanundaki düzenlemelere zorlamanın haklı bir gerekçesi olamaz. Kaldı ki, kanunda, atipik sözleşmeler bakımından tamamlayıcı nitelikte her hangi bir düzenleme yoktur. Öte yandan, boşluklu olan sözleşme, kanunda düzenlenen tipik bir sözleşme ise, bu durumda da tamamlayıcı nitelikteki hükümlere öncelik tanımak gerekir. Çünkü kanun koyucu, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeleri, bizatihi bu tür sözleşmeler için öngörmüştür. Ayrıca, taraflar da, tipik bir sözleşme yapmış olmakla, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerle sözleşmenin tamamlanmasını da kabul etmiş olurlar. Dolayısıyla bu ikinci durumda, uygulanmasına engel olan bir durum olmadığı müddetçe⁸²⁸, tamamlayıcı nitelikteki hükümlerin sözleşmeye öncelikle uygulanması gerekir. Bu

⁸²⁷ **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 232 vd.; **Gutmans**, 22; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 71 vd. Doktrinde bazı yazarların görüşleri de bu görüşe yakındır. Örneğin: **Schwenzer**, Nr. 34.05 vd.

⁸²⁸ *Kramer*'e göre, somut sözleşme kanunda düzenlenen tipik bir sözleşme olmasına rağmen ve ayrıca buna ilişkin tamamlayıcı nitelikte düzenlemeler de bulunmasına rağmen, söz konusu düzenlemenin somut sözleşmeye uygulanmasına engel olan durumlar esas itibariyle üç başlık altında toplanabilir. İlk olarak, yapılan sözleşme, kanunda düzenlenen sözleşme tipinin genel özelliklerine uygun olmasına rağmen, özel sözleşme koşulları nedeniyle farklı bir değerlendirme yapılması gerekli olabilir. Ayrıca, sözleşmenin içeriğinden, tarafların tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerinin uygulanmamasını açık beyanlarıyla veya üstü örtülü tutum ve davranışlarıyla ortaya koymuş olabilirler. Bundan başka, tamamlayıcı nitelikteki düzenleme, bizatihi boşluklu olabilir. Bkz., **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 237.

görüŖ, yukarıda da ifade edildiği üzere, Alman hukuk doktrininde de hâkim olan görüŖtür.⁸²⁹

Kanaatimize göre, sözleşmenin tamamlanmasında tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerinin sözleşmenin tamamlayıcı yorumu karşısında, öncelikle uygulanması gerekir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere⁸³⁰, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler somut sözleşmeye uygulanması imkânı olduğu durumlarda, sözleşmenin içeriğidir. Bu durumda ise, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler, Alman Federal Mahkemesi'nin haklı olarak ifade ettiği üzere, açıklayıcı sözleşme yorumunun konusu olur. Açıklayıcı sözleşme yorumu ise, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre öncelikle uygulanmalıdır.⁸³¹ Kaldı ki, MK m. 1 hükmü, hâkime öncelikle kanunun uygulanmasını emretmektedir. Bu nedenle, somut olaya uygulanabildiği ölçüde, öncelikle tamamlayıcı nitelikteki hükümlere göre sözleşmenin tamamlanması gerekir. Dolayısıyla, hâkim görüŖ, isabetlidir. Ayrıca, azınlık görüŖünün sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun öncelikle uygulanması için ileri sürdüğu argümanlar, hâkim görüŖün "öncelikle tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin dikkate alınması gerektiği görüŖüne", her hangi bir aykırılık da oluşturmamaktadır. Benzer durum, karma görüŖ için de geçerlidir. Çünkü hâkim görüŖ, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelere, hiçbir şekilde sözleşmenin tamamlayıcı yorumu karşısında mutlak bir üstünlük tanımamaktadır. Bunun yerine, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin, somut olaya uygulanabildiği ölçüde –özellikle, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin sözleşmeye uygulanması, somut sözleşmenin tüm içeriği düşünöldüğünde çeliŖkili bir durum yaratmaması kaydıyla- öncelikle uygulanmasını kabul etmektedir. Bu durum, esasında MK m. 1/II hükmünün de bir gereğidir; çünkü hâkim, bu hükme göre, genel-soyut nitelikteki kanuni düzenlemenin, somut sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağını denetlemesi gerekir. Bu denetim sonrasında, genel-soyut nitelikteki tamamlayıcı düzenleme somut sözleşmenin içeriğinin tamamı dikkate alındığında elveriŖli değilse, bu durumda yine MK m. 1/II hükmü gereğince, söz konusu düzenlemeyi somut

⁸²⁹ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, c, ac, aad. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile Tamamlayıcı Nitelikteki Diğer Hükümler Arasındaki HiyerarŖi.

⁸³⁰ Bkz., yuk., § 1, I, Sözleşmenin İçeriği.

⁸³¹ Bkz., mahkemenin istikrarlı içtihadı: BGH 10.07.1963, BGHZ 40, 91 (103).

sözleşmeye uygulamaması gerekir.⁸³² BK m. 2/II hükmünün de bu şekilde anlaşılması gerekir.⁸³³ Yani, hâkim, somut sözleşmenin niteliğini dikkate alarak, öncelikle, tamamlayıcı düzenlemelerin uygulanıp uygulanmayacağını denetlenmelidir. Söz konusu düzenlemelerin somut sözleşmeye uygulanması, sözleşmenin tüm içeriği düşünüldüğünde çelişkili bir durum yaratacaksa, hâkim, artık bundan sonra tamamlayıcı yoruma göre sözleşmenin tamamlanması gerekir. Çünkü ancak bu şekilde -özellikle tipik sözleşmeler bakımından- benzer ölçüler getirilebilir ve aynı zamanda da hukuki güvenlik tesis edilmiş olur. Dolayısıyla, hâkim görüşün uygulamasında, kanunda tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme olmasına rağmen, somut sözleşmeye uygulan(a)madığı durumlarda sözleşme, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre tamamlanabilecektir. Buna bağlı olarak, azınlık görüşünün: “sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere göre öncelikle uygulanması gerektiği görüşü” ve karma görüşün: “atipik sözleşmeler bakımından öncelikle sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun uygulanması gerektiği” yönündeki görüşleri, pratik önemini yitirmektedir.⁸³⁴ Ayrıca, tamamlayıcı yorumda tarafların sadece varsayıma dayalı iradeleri temel alınır. Varsayıma dayalı taraf iradelerinin ölçüsü ise, normatif bir bakış açısı olup, hiçbir şekilde, tarafların sözleşmedeki boşlukları bilselerdi gerçekten neyi istedikleri -yani, gerçek ortak iradeleri- değildir.⁸³⁵ Zaten, tarafların gerçek-ortak iradeleri tespit edilmiş olsaydı, bu durumda ortada bir sözleşme boşluğu da olmazdı.⁸³⁶ Bu nedenle, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, tarafların açıklayıcı yorumla tespit edilemeyen gerçek-ortak iradelerin bir başka yorum yöntemi ile ortaya çıkarılması değildir. Bunun yerine, sözleşmede bir destek noktası olduğu sürece, sözleşmenin -kısaca ifade etmek gerekirse- dürüstlük ilkesine göre

⁸³² Aksinin kabulü, yani, somut sözleşmeye uygulanacak nitelikte tamamlayıcı bir düzenleme olmasına rağmen sözleşmeye uygulanmaması, taraflar arasında bir anlaşmanın varlığını gerektirir. Bkz., **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1255.

⁸³³ **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1255, 1257.

⁸³⁴ **Gauch**, (Auslegung), s. 11; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1255.

⁸³⁵ Bu konuda da doktrinde her hangi bir tartışma yoktur. Bkz., **Oftinger**, s. 92; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 498; **Deschenaux**, s. 172; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 238; **Gutmans**, 23; **Koller**, § 10, Nr. 16; **Erdin**, s. 38; **Gauch**, (Auslegung), s. 11; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 76; **Kirca**, s. 90.

⁸³⁶ **Erdin**, s. 38.

tamamlanmasıdır.⁸³⁷ Buna bağlı olarak, azınlık görüşünün: “sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna öncelik tanınması durumunda taraf iradelerine de üstünlük tanınmış olduğu” tezi, ancak kısmen doğru olabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, hâkim görüş doğrultusundadır.⁸³⁸ Yargıtay da aynı görüştedir.⁸³⁹ Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman Federal Mahkemesi de, aynı şekilde, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelere öncelik tanımaktadır.⁸⁴⁰

B. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunun Tamamlayıcı Nitelikteki Kanun Hükümleriyle Doldurulması

a. Genel Olarak

Tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler, sözleşmede boşluk olması durumunda bu boşluğu dolduran, yani boşluklu olan sözleşmeyi tamamlayan hükümlerdir. Borçlar hukukunda da çok sayıda tamamlayıcı nitelikte düzenleme bulunmaktadır. Bunlar, özel ve genel nitelikteki düzenlemeler olmak üzere sınıflandırılabilir. Özel nitelikteki tamamlayıcı düzenlemeler, kanunda düzenlenen tipik sözleşmelere ilişkin olan düzenlemelerdir. Genel nitelikteki tamamlayıcı düzenlemeler ise, sadece kanunda

⁸³⁷ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 498; **Gutmans**, 23; **Gauch**, (Auslegung), s. 11; BGE 108 II, 112 (113) (Mietvertrag/ Ergänzung durch den Richter); 115 II 484 (488) (Mietvertrag); **Kırca**, s. 90.

⁸³⁸ Bu konuda mahkemenin yakın tarihli bir kararı şüpheye yer vermeyecek açıklıktadır. Mahkemeye göre, rizikonun taraflar arasında paylaşılmasında öncelikle sözleşme hükümlerine, burada bir hüküm yoksa tamamlayıcı nitelikteki hükümlere göre hareket edilmesi gerekir. Sözleşmede ve kanunda buna ilişkin her hangi bir düzenleme yoksa bu durumda hâkim artık tarafların varsayıma dayalı iradelerine göre hareket etmelidir. Bkz., BGE 127 III 300 (307) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung). Aynı yönde: 107 II 144 (149) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 111 II 260 (262) (Leibrente); 115 II 484 (488) (Mietvertrag).

⁸³⁹ “ ... Hâkim, MK nun 1/I'e göre önce Kanunun hükmünü uygulamak zorunda bulunduğundan önce Kanunda uygulanabilecek bir hüküm bulunup bulunmadığını veya en azından Kanunun başka bir hükmüne atfın mevcut olup olmadığına bakacaktır ... ”. Bkz., Y. HGK 31.01.1996, E. 1995/ 11-980, K. 1996/ 18 ; “ ... Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (MK md. 1) ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www.kazanci.com.tr.

⁸⁴⁰ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, c, ac, aad. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu ile Tamamlayıcı Nitelikteki Diğer Hükümler Arasındaki Hiyerarşi.

düzenlenen tipik sözleşmelere için değil, kanunda düzenlenmeyen, yani, atipik sözleşmeler için de geçerli olan düzenlemelerdir.⁸⁴¹

Türk-İsviçre hukukunda, “şartların öngörülemez surette değiştiği durumlara” ilişkin olarak, borçlar hukukunda çok sayıda tamamlayıcı nitelikte düzenleme vardır. Öyle ki, borçlar hukukunun genel kısmında, borçlunun sonradan acze düşmesine ilişkin BK m. 82 (OR Art. 83) hükmü, alacaklının ve borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler (BK m. 101 vd.; OR Art. 102 vd.) ile sonraki imkânsızlığa ilişkin hükümler BK m. 117 (OR Art. 119) bunlar arasında sayılabilir.⁸⁴² Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk-İsviçre hukukunda şartların öngörülmez surette değişmesine bağlı olarak gerçekleşen sözleşme rizikolarından denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin “genel” nitelikte bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁴³ Öte yandan, yine Türk-İsviçre hukukunda şartların öngörülmez surette değiştiği durumlara ilişkin olarak, kanunda düzenlenen tipik sözleşmeler hakkında da çok sayıda düzenleme vardır.⁸⁴⁴ Örneğin BK m. 245 (OR Art. 250) hükmüne göre, bağışlama taahhüdü yapıldıktan sonra ortaya çıkan nedenlerle, taahhütte bulunan, bağışlama taahhüdünü geri alabilir. Bundan başka, sürekli borç ilişkilerinde borçlunun borca aykırı davranışları⁸⁴⁵, ölümü⁸⁴⁶, fiil ehliyetini kaybetmesi⁸⁴⁷, ödeme güçsüzlüğüne düşmesi⁸⁴⁸, iflas etmesi⁸⁴⁹

⁸⁴¹ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 503; **Gauch**, (Auslegung), s. 9; **Gauch/Schluep/ Schmid/ Rey**, Nr. 1251.

⁸⁴² **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 190 vd.; **Deschenaux**, s. 197 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 598 vd.; **Bischoff**, s. 121 vd.; **Bühler**, s. 45; **Kaplan**, s. 137 vd.

⁸⁴³ Bkz., yuk., Giriş, II, 2. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Sözleşme Kurulduktan Sonra Pozitif Hukukta Dikkate Alınması: “Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Bozulması” ve “Sonraki İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale Edilmesi.

⁸⁴⁴ Bkz., **Deschenaux**, s. 198; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 598 vd.; **Bischoff**, s. 148 vd.; 157 vd.; **Erdin**, s. 52 vd.; **Bühler**, s. 45 vd.; **Rampini**, s. 47; **İmre**, s. 279; **Kaplan**, s. 130 vd.; **Edis**, s. 313.

⁸⁴⁵ Örneğin, kiracının borca aykırı davranışlarına ilişkin BK m. 256/II ve 289 (OR Art. 261 II, 294) hükmü; kiralayanın borca aykırı davranışlarına ilişkin BK m. 249, 250 (OR Art. 254, 255) hükümleri gibi.

⁸⁴⁶ Örneğin, kiracının ölmesine ilişkin BK m. 265 ve 291 (OR Art. 270, 297) hükmü; ariyet alanın ölmesine ilişkin BK m. 305 (OR Art. 311) hükmü; işçi ve işverenin ölümüne ilişkin BK m. 347 (OR Art. 338a) hükmü gibi.

⁸⁴⁷ Örneğin, adi şirkette şirket ortaklarından birinin kısıtlanmasına ilişkin BK m. 335/I (OR Art. 545 I) hükmü gibi.

durumunda, sözleşme olağanüstü nedenlerle feshedilebilir. Ancak, söz konusu durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesinin nedeni, hiçbir şekilde öngörülmez surette değişen olayların edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına neden olması değildir. Dolayısıyla, kanunda düzenlenen söz konusu sona erme nedenleri gerçekleşmediği sürece, sadece “denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleştiği ileri sürülerek”, bu hükümlere göre sözleşmeye müdahale edilemez. Ancak, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkına ilişkin düzenlemelerin, sürekli bir borç ilişkisinde denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşirse, bu tür bir borç ilişkisinin konusu olan sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Bunun dışında, eser sözleşmesine ilişkin BK m. 365/II (OR Art. 373/II) hükmü, sonraki ifa güçlüğü ile ilgilidir.⁸⁵⁰

b. Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerden Dolayı Fesih Hakkı

Türk-İsviçre hukukunda, Alman hukukunun aksine⁸⁵¹, “şartların öngörülmez surette değiştiği durumlara” ilişkin olarak “önemli nedenlerden” (yani, haklı nedenlerden) dolayı fesih hakkına ilişkin, genel nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁵² Ancak, Yargıtay’ın da işaret ettiği üzere, borçlar hukukunun özel borç ilişkilerini düzenleyen kısmında, sözleşmelerin önemli nedenlerle feshedilmesine imkân veren çok sayıda tamamlayıcı nitelikte düzenleme vardır. Bunlar arasında, kira sözleşmesine ilişkin BK m. 264 (OR Art. 266g) hükmü, hizmet sözleşmesine ilişkin

⁸⁴⁸ Örneğin, kiracının ödeme güçsüzlüğüne düşmesine ilişkin BK m. 261 (OR Art. 266) hükmü; ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesine ilişkin BK m. 310 (OR Art. 316) hükmü; işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesine ilişkin BK m. 346 hükmü (OR Art. 337 a) hükümleri gibi.

⁸⁴⁹ Örneğin, bağışlama sözleşmesine ilişkin BK m. 245/II (OR Art. 250 II) hükmü; kiracının iflâs etmesine ilişkin BK m. 290 (OR Art. 295) hükmü; ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde borçlunun iflas etmesine ilişkin BK m. 509/III (OR Art. 518 III) hükmü gibi.

⁸⁵⁰ **Erdin**, s. 53.

⁸⁵¹ Alman hukukunda sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerle olağanüstü feshedilmesi, BGB § 314 hükmünde düzenlenmektedir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz., yuk., § 3, I, 3, B, c, ad, aab. Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerle Fesih Hakkı İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması.

⁸⁵² **Seliçi**, 188. “Önemli nedenler” kavramı yerine, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda “haklı nedenler” kavramı kullanılmaktadır (bkz., MK m. 4, BK m. 264, BK m. 535/II). Ancak, haklı nedenler kavramı, mehaz kanunda önemli nedenler (wichtige Gründe) kavramıyla ifade edilmektedir (bkz., Art. 4 ZGB, Art. 266g OR, Art. 545 II). Bu nedenle biz de çalışmamızda önemli nedenler kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

BK m. 344 (OR Art. 337) hükmü, ölünceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin BK m. 517 (OR Art. 527) hükmü, adi şirkete ilişkin BK m. 535/II (OR Art. 545/II) hükmü örnek gösterilebilir.⁸⁵³ Bu düzenlemeler, somut olaya ilişkin olduğu sürece, MK.m.1 hükmü gereğince doğrudan uygulanmalıdır. Dolayısıyla, böyle bir durumda, önemli nedenin gerçekleştiğini ileri süren taraf, söz konusu kanun hükmüne dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.

Sürekli borç ilişkilerinde “önemli nedenlerle” fesih hakkına ilişkin söz konusu düzenlemelerin, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışmalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman hukukunda hâkim görüşe, sürekli borç ilişkilerinin feshedilmesi sebepleri arasında, işlem temelinin bozulmasını da kabul etmektedir.⁸⁵⁴ Türk hukukunda savunulan bir görüşe göre⁸⁵⁵, clausula rebus sic stantibus kapsamındaki sözleşme rizikoları (dolayısıyla denge bozulması ve ifa güçlüğü), sürekli borç ilişkilerinin feshedilmesi bakımından önemli bir neden oluşturur. Bu nedenle, kanunda sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerde fesih hakkının düzenlendiği durumlarda, bu sözleşmeler bakımından somut olayda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu gerçekleşirse, önemli nedenlerle fesih hakkına ilişkin söz konusu düzenlemelere göre sözleşme feshedilebilir.

Kanaatimize göre, sürekli borç ilişkilerinde denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu gerçekleşirse, bunun sözleşmenin feshedilmesine yol açıp açmayacağı konusunda bir hüküm verilebilmesi için, öncelikle “önemli nedenler” kavramının kanunda hangi anlamda kullanıldığının açıklanması gerekir. Kuşkusuz bu süreç, kanunun yorumlanması sürecidir.

Sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerden dolayı feshedildiği durumların başında, kira sözleşmesine ilişkin BK m. 264 (OR Art. 266g) hükmü gelmektedir. Buna göre, belirli süreli taşınmaz kira sözleşmelerinde sözleşmenin ifasının çekilmez

⁸⁵³ Bkz., Y. 13. HD, 14.12.1990, E. 1990/ 5697, K. 1990/ 8708.

⁸⁵⁴ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, c, ad, aab. Sürekli Borç İlişkilerinde Önemli Nedenlerle Fesih Hakkı İle İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması.

⁸⁵⁵ **Seliçi**, s. 195; **Akyol**, s. 93.

kılan önemli sebeplerin ortaya çıkması durumunda, taraflar, sürenin bitiminden önce, fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Ancak, kira sözleşmesinin önemli nedenlerden dolayı feshedilebilmesi için, fesih bildiriminde bulunan tarafın diğer tarafa tam bir tazminat ödemesi gerekmektedir. Benzer şekilde, hâsılat kirasına ilişkin BK m. 286 (OR Art. 291), bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinin BK m. 264 hükmüne benzer şartlar altında önemli nedenlerden dolayı feshedilebileceği kabul edilmektedir. Doktrinde, madde hükmünde geçen “önemli neden”lerin özellikle borca aykırılık durumları ile düşmanlık, geçimsizlik gibi taraflar arasındaki kişisel güven ilişkisinin bozulmasına neden olan başka durumların da söz konusu düzenlemenin uygulama alanında olduğu kabul edilmektedir.⁸⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, kira konusunun başlangıçta planladığı gibi kullanmasına mani olan kullanım güçlüklerini de BK m. 264 hükmü kapsamındadır.⁸⁵⁷ Yargıtay ise, BK m. 264 hükmünün sadece kişisel güven ilişkisinin bozulmasından kaynaklanan borca aykırılık durumları ile ilgili olduğu ve clausula rebus sic stantibus durumlarının, sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından hiçbir şekilde BK m. 264 hükmü anlamında önemli bir neden oluşturmadığı görüşündedir.⁸⁵⁸ Ancak kanaatimize göre, her ne kadar doktrinde ve mahkeme kararlarında kabul edilmiş olmasa da, düzenlemenin lafzından denge bozulması ve ifa güçlüklerinin sözleşmenin feshedilmesi bakımından “önemli neden”

⁸⁵⁶ Bkz., **Roggwiller**, s. 144; **Permann/ Schaner**, Art. 266g OR, Nr. 5, 8; **SVIT-Kommentar Mietrecht**, Art. 266g OR, Nr. 13 vd., 16; **Rampini**, s. 51; BGE 113 II 31, (37) (Untermietvertrag); **Sungurbey**, (Dürüstlük İlkesinin İkincilliği), s. 126, 133 vd.; **Seliçi**, s. 194.

⁸⁵⁷ Örneğin, ekonomik krize bağlı olarak kiracının cirosundaki azalmalar (bkz., BGE 60 II 205; 61 II 259); ekonomik krize bağlı olarak ticareti terketme (bkz., 46 II 168); işyerinin değişimi (bkz., 63 II 79) gibi. Ayrıca bkz., **Permann/ Schaner**, Art. 266g OR, Nr. 5 vd.; **Rampini**, s. 51. Türk hukukunda özellikle **Tandoğan**, İsviçre Federal Mahkemesi’nin söz konusu kararlarından hareketle, BK m. 264 hükmünün clausula rebus sic stantibus’un özel bir uygulama alanı olarak kabul etmektedir. Bkz., **Tandoğan**, Cilt I/2, s. 231 vd. Aynı yönde: **Aral**, s. 282.

⁸⁵⁸ Bu konuya ilişkin 13. Hukuk Dairesi’nin kararını, mahkemenin bu konudaki görüşünün açıkça anlaşılması bakımından aynen koymakta yarar görüyoruz: “... Acaba taraflardan biri, Borçlar Kanunu Madde 264 dışındaki bir yolla, sözleşmenin çözülmesi, ya da yeni durumlara ayarlanmasını isteyebilir mi, sorusuna bir yanıt bulmak gerekir. ... Önemli - Muhik sebep ve Medeni Kanun ile Borçlar Kanununda uygulanması) adlı doktora tezi ... yazmış olan Hans ROGGWILLER de, kira ücretlerinin sonradan son derece yükselerek, edim ve karşı edim arasındaki denklik ilişkisinin bozulması gibi objektif ilişkilerde meydana gelen değişikliklerde değil, de feshi ihbar edenin şahsına ilişkin kişisel bir sebep ortaya çıkması durumunda, İsviçre Türk Borçlar Kanunu 269/ 264 ün başlıca uygulama alanı bulacağını belirtmektedir ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması).

kavramının uygulama alanına girmediğine ilişkin kesin bir yargıya ulaşılması imkânı yoktur.

“Önemli nedenler” kavramı, hizmet sözleşmesine ilişkin BK m. 344 (eski: OR Art. 352; yeni: OR Art. 337) hükmünde de vurgulanmaktadır. Buna göre, ahlaka veya dürüstlük ilkesine aykırı nedenlerden dolayı sözleşmenin devamının –mehaz kanunda ifade edildiği üzere⁸⁵⁹- beklenilmez bir nitelik taşıdığı durumlar, sözleşmenin feshine neden olan önemli nedenlerdir. Ancak, söz konusu düzenlemede de yine bir belirsizlik söz konusudur. Çünkü genel kayıtların, somutlaştırılmaması durumunda, hakkaniyet hukukçuluğuna yol açması kaçınılmaz olacaktır. Söz konusu düzenlemede ise ne zaman dürüstlük ilkesine aykırı bir durum yaratacağına ilişkin her hangi bir açıklama yoktur. Bu nedenle, BK m. 344/I (OR Art. 337/II) hükmünde “önemli neden” kavramı bakımından dürüstlük ilkesine atıfta bulunulmuş olması, “önemli neden” kavramının belirsizliğinin giderilmesi bakımından yeterli olmamıştır.⁸⁶⁰ Öte yandan, Borçlar Kanununun 344. maddesinin ikinci fıkrasında, önemli neden kavramı negatif olarak ortaya konulmaktadır. Buna göre, borçlunun kusuruna dayanmayan hastalığı nedeniyle kısa süreli olarak borcunu ifa edememiş olması ya da kısa süreli olarak askerlik hizmetini yapmış olması, önemli neden olarak nitelendirilemez. Böylelikle, söz konusu maddede nelerin önemli neden olamayacağı, sınırlı sayıda olmak üzere düzenlenmiş olmaktadır.⁸⁶¹ Bununla birlikte, söz konusu düzenlemenin tamamı dikkate alındığında, denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin feshedilmesi bakımından önemli nedenler arasında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği bakımından her hangi bir açıklık yoktur.

Önemli neden kavramı, adi şirkete ilişkin BK m. 535/II (OR Art. 545/II) hükmünde de düzenlenmektedir. Burada, adi şirketin önemli nedenlerle sona erdirilebileceği ifade edilmektedir. Doktrinde, söz konusu kanun hükmüne göre

⁸⁵⁹ Bkz., eski OR Art. 352/II, yeni OR Art. 337/II. Ancak, maddenin yeni düzenlemesinde “ahlaka aykırılık” ifadesi kaldırılmıştır.

⁸⁶⁰ **Gauch**, s. 179 vd.; **Seliçi**, s. 189.

⁸⁶¹ Bkz., **Gauch**, s. 180. Öte yandan, BK m. 344/II hükmüne karşılık gelen mehaz kanunun eski OR Art. 352 hükmünden farklı olarak, yapılan yeni düzenlemeye göre, “işçinin işini ifa edememesine kusurundan kaynaklanmayan bir ifa engelinin neden olması, hiçbir şekilde önemli neden oluşturmaz” (OR Art. 337/III). Dolayısıyla, yapılan yeni düzenlemeyle, maddenin uygulama alanı genişletilmiştir.

sözleşmenin feshedilmesi bakımından, taraflar arasındaki güven ilişkisinin bozulmasına neden olduğu gerekçesiyle, borca aykırılık durumlarının, şirket ortakları arasında süreklilik gösteren geçimsizliklerin, ortaklardan birinin şahsında gerçekleşen nedenlerin (hastalık gibi) önemli nedenler arasında olduğu kabul edilmektedir.⁸⁶² Ancak kanaatimize göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarının sözleşmenin feshedilmesi bakımından madde hükmünde geçen “önemli neden” oluşturup oluşturmadığı belirsizdir.

Önemli neden kavramının dikkate alındığı bir başka düzenleme ise, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde yer almaktadır. BK m. 517 (OR Art. 527) hükmüne göre, tahmin olunan mükellefiyete muhalif hareket olunmasından nâşi mukavelenin icrasına devam etmek çekilmez bir hale geldiği yahut diğer bazı muhik sebepler mukavelenin devamını imkânsız bir hale getirdiği yahut ifrat derecede külfetli kıldığı takdirde, iki taraftan her biri yalnız başına onu feshedebilir. Burada, üç durum vardır. İlkinde, önemli nedenle sözleşmenin feshedilebilmesi için, borca aykırılığın katlanılmaz bir seviyeye ulaşması gerekmektedir. Dolayısıyla, önemli neden kavramı, borca aykırılık durumları ile somutlaştırılmaktadır. Ancak, her türlü borca aykırılık değil, katlanılmaz nitelikteki bir borca aykırılık gereklidir.⁸⁶³ Doktrinde, taraflar arasındaki güven ilişkisinin bozulmasına neden olunması durumunda da sözleşmenin önemli nedenlerle feshedilebileceği kabul edilmektedir.⁸⁶⁴ Şu halde, söz konusu düzenlemede “önemli neden” kavramı borca aykırılık durumları ile bir ölçüde somutlaştırılmıştır. Ancak, madde hükmünde geçen “çekilmezlik” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmadığı için, yine bir belirsizlik söz konusudur.⁸⁶⁵

Maddede belirtilen ikinci durumda, önemli neden kavramı, “ifrat derecede külfetli kıldığı” şeklinde somutlaştırılmaktadır. Doktrinde ve mahkeme kararlarında, BK m. 517 hükmünde kullanılan “ifrat derecede külfetli kıldığı” ya da mehz kanununa (OR Art. 527) uygun olarak “aşırı ifa güçlüğü” deyimine ilişkin olarak,

⁸⁶² Bkz., **Özenli**, s. 125 vd.

⁸⁶³ **Gauch**, s. 178; **Serozan**, s. 406.

⁸⁶⁴ **Serozan**, s. 408.

⁸⁶⁵ **Gauch**, s. 178.

temelde iki olay grubunun bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, özellikle yetersiz i e ile tehdit ya da kötü muameleden kaynaklanan borca aykırılık durumlarıdır.⁸⁶⁶ İkincisi ise, hastalık, kaza, yaşlılık ve fiziksel engeller gibi olaylardan dolayı, ömür boyu bakım sözleşmesinin devamını çekilmez bir hale getiren kişisel durumlarıdır.⁸⁶⁷ Bu durumda, söz konusu düzenlemenin maddi durumlara ilişkin değil, daha ziyade kişisel durumlara ilişkin olduğu ileri sürülebilir. Ancak, özellikle ifa g c l klerinin önemli bir neden olarak “ifrat derecede külfetli kıldığı” kapsamında değerlendirilmemesi için de hiçbir neden yoktur. Bunun dışında, BK m. 517 hükmünde belirtilen  c nc  durumda ise, önemli nedenler kavramı, imkânsızlık kavramıyla somutlaştırılmaktadır ki, böyle bir durumda, denge bozulması ve ifa g c l ğ n n söz konusu olamayacağı açıktır.  nk  yukarıda ifade edildiği üzere, denge bozulması ve ifa g c l ğ nde edimin ifası hâlâ mümkündür.⁸⁶⁸

Borçlar Kanunu’nda önemli nedeni düzenleyen yukarıdaki kanun hükümleri değerlendirildiğinde, kanunda, önemli nedenler kavramı bakımından sürekli borç ilişkilerinin tamamı için ve tüm Şartlar altında geçerli olan genel-geçer  l ler getirilemediği görülmektedir. Bunun yerine, hangi nedenlerin önemli olduğu, MK m. 4 (ZGB Art. 4) hükmüne göre, hâkimin takdirine bırakılmıştır.⁸⁶⁹ Bu durumda ise, denge bozulması ve ifa g c l ğ ne ilişkin sözleşme rizikolarının, önemli nedenler kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu hâlâ belirsiz kalmaktadır. Kanaatimize göre, bu sorunun cevabı, kısmen, sürekli borç ilişkilerinin özelliklerinden hareketle ortaya çıkarılabilir.

Sürekli borç ilişkilerini oluşturan sözleşmelerde, sözleşmenin her bir tarafı, sözleşmenin devamı süresince, sözleşmenin diğer tarafının aniden ortaya çıkan g c l kler karşısında elinden gelen her türlü çabayı göstererek edimin ifasına hazır olduğuna güvenebilmesi gerekir. Yine, bu tür sözleşmelerde, tarafların birlikte çalışması veya birlikte yaşaması ve kişisel güven unsuru ve taraflar arasında iyi

⁸⁶⁶ **BernerKomm-Schaetzle**, Art. 527 OR, Nr. 2; BGE 54 II 380 (384 vd.); 79 II 169 (170).

⁸⁶⁷ **ZücherKomm-Oser/ Schönenberger**, Art. 527 OR, Nr. 3; **BernerKomm-Schaetzle**, Art. 527 OR, Nr. 2; **BaslerKomm-Honsell**, Art. 1 ZGB, Nr. 27 vd.; **Rampini**, s. 50.

⁸⁶⁸ Bkz., yuk., Ő 2, III, 1. Nispi İmkânsızlık Görüşü.

⁸⁶⁹ Bkz., **Gauch**, s. 174, 180; ** amoğlu**, s. 77 vd.; **Seliçi**, s. 187, 191.

ilişkilerin kurulmuş olması da şarttır. Çünkü taraflar, sadece bu şekilde uzun süreli borç ilişkisi içerisine girebilirler. Bu bakımdan sürekli borç ilişkilerinde güven ilişkisi çok önemlidir.⁸⁷⁰

Sürekli borç ilişkilerindeki güven ilişkisi, özellikle adi şirket, hizmet, ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde, çok daha üst düzeydedir. Çünkü bu tür sözleşmelerde aynı zamanda birlikte çalışma veya birlikte yaşama söz konusudur. Yani, taraflar arasında sıkı bir kişisel ilişki vardır. Taraflar arasındaki bu kişisel güven ilişkisinin yine taraflar eliyle bozulması durumunda, kanun koyucunun iradesine göre bir tarafın sözleşmeyi tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla sona erdirme hakkı söz konusu olur. Çünkü bu şartlar altında tarafların hiçbirisinden, sözleşmeyi devam ettirmesi beklenilemez.⁸⁷¹ Kira sözleşmesinde bu anlamda bir kişisel güven ilişkisi, belli ölçüde ön plandadır. Ariyet, karz, vedia gibi sözleşmelerde ise, gerçi bu şekilde bir kişisel ilişki ve dolayısıyla böyle bir kişisel güven ilişkisi yoktur. Ancak, bu tür sözleşmelerin karşılıksız olarak yapılabildiği unutulmamalıdır. Öyle ki, kullanma ödücü, karşılıksız karz, karşılıksız ariyet ve ömür boyunca gelir sözleşmelerinde, tarafların karşılıklı sempatileri söz konusudur. Bunun bozulması durumunda ise, borç ilişkisinin devamı artık beklenilmez bir hal alır. Bu nedenle, bu tür sözleşmelerdeki kişisel güven ilişkisi, bazı durumlarda, adi şirket, hizmet ve ölünceye kadar bakma sözleşmelerinden daha az değerlidir. Dolayısıyla, kişisel güven ilişkisi, sürekli borç ilişkilerinin tümü bakımından en önemli ayırt edici unsurdur.⁸⁷² Öte yandan, doktrindeki görüşlere ve mahkeme kararlarına bakıldığı zaman görülmektedir ki, sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerden dolayı feshedilmesi, daha çok, taraflar arasındaki güven ilişkisinin bozulmasına neden olan durumlara ilişkindir. Bunlar arasında da borca aykırılık ve kişisel güven ilişkisinin bozulmasına neden olan diğer durumlar, ilk sırada gelmektedir.⁸⁷³

⁸⁷⁰ Roggwiller, s. 82; Gauch, s. 189; Bischoff, s. 151; Seliçi, s. 196; Kaplan, s. 133; BGE 128 III 428 (432) (Darlehensvertrag).

⁸⁷¹ Gauch, s. 189; Bischoff, s. 151; Seliçi, s. 193.

⁸⁷² Gauch, s. 190.

⁸⁷³ Seliçi, s. 194. Bu konuda *Oğuzman/ Öz*'deki açıklamaları, konuyu ışık tutması bakımından aynen alınmasında yarar görüyoruz: "... Bazı yazarlar, Borçlar Kanununun hususi kısmındaki sözleşmeden dönme ve fesih hükümlerine ve MK m. 2'deki dürüstlük esasına dayanarak 'bir tarafın akde aykırı bir

Sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerle fesih hakkının çoğunlukla güven ilişkisini bozan nedenlerden kaynaklanmış olması, denge bozulması ve ifa güçlüğü, önemli nedenlerle fesih hakkının konusu olup olmadığının tespitinde de önemli ölçüde yardımcı olabilir. Öyle ki, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerle fesih hakkı, çoğunlukla sözleşmenin karşı tarafına güveni bozulan tarafa aittir. Güven ilişkisinin bozulmasının nedeni ise, yukarıda ifade edildiği üzere, çoğunlukla, ya karşı tarafın şahsından kaynaklanmaktadır ya da karşı tarafın borca aykırı davranışlarından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu, sözleşmenin karşı tarafına olan güvenin bozulmasını sürekli borç ilişkileri bakımından o derece önemli kabul etmiştir ki, bu güven unsurun bozulması nedeniyle sözleşmenin devamının çekilmez veya katlanılmaz bir aşamaya ulaştığı durumlarda, güveni bozulan tarafa tek taraflı bir beyanla sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımıştır. Oysa denge bozulması ve ifa güçlüğü, sözleşmenin karşı tarafına olan güvenin bozulması ile ilgili değildir. Bu anlamda olmak üzere, karşı tarafın şahsına olan güvenin bozulması ile ilgili olmadığı gibi, borca aykırılığın neden olduğu güvensizliğin konusu da değildir. Denge bozulması ve ifa güçlüğü, sözleşme boşluğunun konusudur. Ayrıca, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin sona erdirilmesinin nedeni, karşı tarafa olan güvenin bozulması değil, burada savunulan görüşe göre, sözleşme boşluğu karşısında, hâkimin söz konusu boşluğu dürüstlük ilkesini dikkate alarak tamamlamasıdır. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü, en azından güven ilişkisinin bozulduğu durumlar bakımından önemli nedenlerle fesih hakkının konusu olamaz. Gerçi her ne kadar doktrinde ve mahkeme kararlarında açıkça kabul edilmese de, özellikle ifa güçlüğü durumlarının BK m. 517/I hükmünde geçen “ifrat derecede külfetli kıldığı” durumlar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu, hâlâ açık kalmaktadır. Bu durumda ise, söz konusu düzenlemenin kıyasen diğer sürekli borç ilişkilerine uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelmektedir. Ancak, kanaatimize göre, BK m. 517/I hükmünde geçen “ifrat derecede külfetli kıldığı” deyiminin, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarını kapsadığı kabul edilse dahi, söz konusu

harekette bulunduğu bütün hallerde, bu aykırılık sebebiyle diğer taraf akdi idame ettirmemekte haklı bulunduğu veya akdin idamesinde kendisinin menfaati kalmadığı takdirde bu akid vazyete göre makale şamil olarak fesih veya âti için feshi ihbar suretiyle akdi tek taraflı bozmak hakkına haizdir’ fikrini savunmaktadır...”. Bkz., **Oğuzman/ Öz**, s. 384.

düzenleme sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının kabul edildiği diğer düzenlemelere kıyasen de olsa uygulanamaz. Çünkü böyle bir durumda, sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerle feshedilmesini düzenleyen tüm kanuni düzenlemeler bakımından, plana aykırı bir kanun boşluğu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle, edimler arasındaki denge ilişkisinin beklenilemeyecek veya katlanılamayacak ölçüde bozulduğu durumlarda, kanunun tümü dikkate alındığında kanun koyucunun iradesi sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde olduğu halde, kanunda bunun irade dışı olarak düzenlenmediği kabul edilmelidir. Hiç kuşkusuz böyle bir yorum, “şartların değişmesi durumunda sözleşme sona erdirilmelidir” şeklinde ifade edilen *clausula rebus sic stantibus* öğretisinin kabul edilmesi gerektiğinden başka bir anlama gelmemektedir. Oysa bu öğreti, yukarıda ifade edildiği üzere, İsviçre Medeni Kanunu’nun kanunlaşma sürecinde açıkça tartışma konusu olmasına karşın, kabul edilmemiştir.⁸⁷⁴ Ayrıca, *Bischoff*’un haklı olarak işaret ettiği üzere⁸⁷⁵, sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye bağlılık ilkesini ihlal edecek şekilde sözleşmeye müdahale edilmesini öngören kanuni düzenlemelerin, dar yorumlanması gerekir. Dolayısıyla, burada bir kanun boşluğu olmayıp, kanunun nitelikli susması söz konusudur. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü, sürekli borç ilişkilerinin feshedilmesi bakımından önemli bir neden oluşturmamaktadır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi’nin yakın tarihli bir kararında sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerden dolayı feshedilmesinde edimler arasındaki dengenin bozulmasının hiçbir şekilde önemli neden olamayacağı açıkça ifade edilmektedir.⁸⁷⁶ Böyle değil de aksinin kabulü halinde ise, yani, denge bozulması ve ifa güçlüğü sürekli borç ilişkilerinin sona erdirilmesi bakımından önemli bir neden kabul edilirse, BK m. 264 hükmünde düzenlendiği gibi, önemli nedenlerle sözleşmenin feshedilebileceğini öngören bir kanun hükmünün olması durumunda, MK m. 1 hükmü gereğince, artık söz konusu kanun hükmünün uygulanması gerekir. Bu kanun hükmünün uygulanması durumunda ise, sözleşme, sadece sona erdirilebilir. Çünkü kanunda düzenlenen sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerden dolayı sona

⁸⁷⁴ Bkz., yuk., § 2, I. Tarihi Gelişim ve *clausula rebus sic stantibus* Öğretisi.

⁸⁷⁵ Bkz., **Bischoff**, s. 168.

⁸⁷⁶ Bkz., BGE 128 III 428 (432) (Darlehensvertrag).

erendirilmesi, kural olarak fesih şeklinde olup, sözleşmenin uyarlanması şeklinde değildir. Bu durumda ise, en azından kanunda düzenlenen sürekli borç ilişkileri bakımından denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin uyarlanması imkânı ortadan kalkar.

Sonuç olarak, ölünceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin olarak BK m.517 hükmü dışında, denge bozulması ve ifa güçlüğü, sürekli borç ilişkilerinin sona erdirilmesi bakımından hiçbir şekilde önemli bir neden oluşturmamaktadır. Buna bağlı olarak, sürekli borç ilişkilerinde denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi durumunda, sadece bu gerekçeyle önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı kullanılamaz.⁸⁷⁷

c. BK m. 365/II (OR Art. 373/II) Hükmüne Göre Eser Sözleşmesinin İfa Güçlüğü Nedeniyle Uyarlanması veya Sona Erdirilmesi

BK m. 365/II hükmüne göre, öngörülemeyen veya her iki tarafça öngörülmüş olmasına rağmen tarafların gerçekleşmeyeceğini kabul ettikleri olağanüstü durumlar sabit ücret üzerinden kararlaştırılan eserin tamamlanmasını engellemesi veya aşırı surette güçleştirmesi durumunda, hâkim, bedelin artırımına karar verebileceği gibi sözleşmenin sona erdirilmesine de karar verebilir.

BK m. 365/II (OR Art. 373/II) hükmü, Türk-İsviçre borçlar hukukunda ifa güçlüğü durumunda sözleşmeye müdahale edilmesine imkân veren en açık kanuni düzenlemedir. Ancak hâkim görüşü⁸⁷⁸, bu hükmün eser sözleşmesi dışındaki diğer sözleşmelere -kıyasen de olsa- uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Bununla birlikte, eser sözleşmesinde denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşmiş ise, MK m. 1/I hükmüne göre söz konusu düzenlemenin doğrudan uygulanması gerekir. Bu nedenle, BK m. 365/II uygulama şartlarının çalışma konumuzun sınırları içerisinde “ana hatlarıyla” olsa da ifade edilmesi gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde BK m. 365/II hükmüne göre sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, öncelikle, müteahhidin eseri imal etmesinin güçleşmiş olması

⁸⁷⁷ Rampini, s. 50, 51; BGE 128 III 428 (432) (Darlehensvertrag).

⁸⁷⁸ Örneğin: Siegwart, s. 85 vd.; Caytas, s. 205; Schmiedlin, s. 142; Erdin, s. 53; Gürsoy, s. 24; Erzurumluoğlu, s. 64; Erman, s. 54. Ayrıca bkz., yuk., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükmünün Kıyasen Uygulanması Görüşü.

gerekir.⁸⁷⁹ Ancak, eserin imal edilmesinin her türlü güçleşmesi, sözleşmeye müdahale edilmesi için yeterli değildir. Bunun için, eserin imali artık müteahhitten beklenilemeyecek ölçüde güçleşmiş olması gerekir.⁸⁸⁰ Bu nedenle, makul bir güçleşme yeterli olmadığı gibi, eserin imalinin imkânsız hale gelmiş olması da söz konusu düzenlemenin uygulama imkânını ortadan kaldırır. Gerçi, madde hükmünde “mani olur” ifadesi geçmektedir; ancak, bu ifadenin, “imkânsız olur” şeklinde değil, “eserin imalini güçleştirir” şeklinde yorumlanması gerekir.⁸⁸¹ Eserin imalinin güçleşmesi ise, maliyet artışlarıyla gerçekleşir.⁸⁸² Ayrıca, eserin imalinin güçleşmesine, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların öngörülemez surette değişmesi neden olmalıdır.⁸⁸³ Şartların değişmesi öngörülmesine karşın sözleşmeye bu ölçüde etki etmesinin taraflarca düşünülmediği durumlarda da öngörülmezlik unsurunun gerçekleştiği kabul edilir.⁸⁸⁴ Bundan başka, müteahhidin, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasından dolayı sorumlu tutulamaması gerekir.⁸⁸⁵ Son olarak, sözleşmede olumlu ya da olumsuz uyarılama kaydı olmaması gerekir.⁸⁸⁶ Bu şartlar altında hâkim, BK m. 365 hükmüne göre, eserin tespit edilen ücretini arttırır veya sözleşmeyi sona erdirir.⁸⁸⁷

d. Ara Sonuç

Türk-İsviçre borçlar hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin genel nitelikte her hangi bir düzenleme yoktur. Özel nitelikteki düzenlemeler arasında

⁸⁷⁹ **Erdin**, s. 18 vd.; **Rampini**, s. 46; **Tandoğan**, Cilt II, s. 244 vd.; **Aral**, s. 372; BGE 104 II 314 (317) (Werkvertrag/ Leistungschwerung); 109 II 333, (335) (Werkvertrag).

⁸⁸⁰ **Erdin**, s. 79 vd.; **Rampini**, s. 46; **Aral**, s. 373; BGE 113 II 513, (516) (Werkvertrag).

⁸⁸¹ **Gauch**, (Werkvertrag), Nr. 1051; **Erdin**, s. 18.

⁸⁸² **Gauch**, (Werkvertrag), Nr. 1053; **Erdin**, s. 18.

⁸⁸³ **Gauch**, (Werkvertrag), Nr. 1080; **Erdin**, s. 19; **Rampini**, s. 46; **Tandoğan**, Cilt II, s. 239; **Aral**, s. 372; BGE 109 II 333 (335) (Werkvertrag).

⁸⁸⁴ **Erdin**, s. 19; **Rampini**, s. 46; **Aral**, s. 372; BGE 58 II 421 (422 vd.) (Werkvertrag).

⁸⁸⁵ **Gauch**, (Werkvertrag), Nr. 1109; **Erdin**, s. 20; **Rampini**, s. 47; **Tandoğan**, Cilt II, s. 246; **Aral**, s. 373; BGE 104 II 314 (317) (Werkvertrag/ Leistungschwerung).

⁸⁸⁶ **Erdin**, s. 20; **Rampini**, s. 47; **Aral**, s. 373.

⁸⁸⁷ **Erdin**, s. 23; **Rampini**, s. 47; **Tandoğan**, Cilt II, s. 251; **Aral**, s. 373; BGE 109 II 333 (335) (Werkvertrag). Ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadına göre, müteahhit, sözleşmeyi mahkeme dışında, bozucu inşai nitelikte bir beyanla da sona erdirebilir. Bkz., BGE 48 II 119 (125).

ise, yoruma açık olmakla birlikte ölüncüye kadar bakma sözleşmesine ilişkin BK m. 517 hükmü ve eser sözleşmesine ilişkin BK m. 365/II hükmü vardır. Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarının gerçekleşmesi durumlarında, kanundaki tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin uygulanması imkânı, son derece sınırlıdır. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü söz konusu sözleşme tiplerine ilişkin olmadığı sürece, burada savunulan görüşe göre, sözleşmedeki riziko boşluğunun artık sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre doldurulmasına çalışılmalıdır.

C. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunun Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması

a. Genel Olarak

Sözleşmede, kanunda ve örf-adet hukukunda somut olaya uygulanacak nitelikte her hangi bir hüküm yoksa, yukarıda açıklandığı üzere, hâkim MK m.1/II hükmüne göre öncelikle dolaylı hukuk yaratmak yolunu, yani sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre sözleşme boşluğunun doldurulması (ve bu anlamda boşluklu olan sözleşmenin tamamlanması) imkânının olup olmadığını, araştırır.⁸⁸⁸

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre sözleşmenin tamamlanması konusunda Alman hukuku ile Türk-İsviçre hukuku arasında esaslı bir fark yoktur.⁸⁸⁹ Öyle ki, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, Türk-İsviçre hukukunda da sözleşmenin tamamlayıcı yorumunda, normatif bir bakış açısıyla, tarafların varsayıma dayalı iradeleri tespit edilmeye çalışılır.⁸⁹⁰ Aynı şekilde, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunda tarafların kabul edilecek varsayıma dayalı iradeleri, hiçbir şekilde onların gerçek-ortak iradelerine aykırı olamaz. Buna bağlı olarak, sözleşmenin mevcut içeriği, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla değiştirilemez; taraflara sözleşme içeriğine aykırı olacak şekilde ek yükümlülükler de getirilemez.⁸⁹¹ Dolayısıyla hâkim, tarafların

⁸⁸⁸ Bkz., yuk., § 4, IV, 2, A. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hukuk Kurumları Arasındaki Hiyerarşi.

⁸⁸⁹ Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu hakkında Alman hukukuna ilişkin açıklamalarımız için bkz., yuk., § 3, I, 3, B, c, ac, aaa. Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumu.

⁸⁹⁰ Bkz., yuk., § 4, IV, 2, A. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hukuk Kurumları Arasındaki Hiyerarşi.

gerçek veya varsayıma dayalı iradelerine aykırı olarak, hakkaniyet içtihatçılığı temelinde sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunamaz.⁸⁹²

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre sözleşmenin tamamlanabilmesi için, tarafların varsayıma dayalı iradelerine temel teşkil edecek şekilde sözleşmede somut ipuçlarının -yani, destek noktalarının- olması gerekir. Bu destek noktaları, öyle destek noktaları olmalıdır ki, hâkim, bunlardan hareketle, normatif bir bakış açısıyla, tarafların sözleşme kurulduğu zaman sözleşmede düzenlemedikleri konuları ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüünün gerçekleşeceğini bilmiş olsalardı onların neyi nasıl düzenleyeceklerini tespit edebilmelidir. Dolayısıyla, bu destek noktaları, tarafların varsayıma dayalı iradelerinin tespit edilmesine imkân verecek nitelikte olmalıdır. Bu konuda işlerdeki anlayış da tarafların varsayıma dayalı iradelerinin tespit edilmesi bakımından önemli bir ölçüdür.⁸⁹³ Bu tür bir destek noktası bulunursa, hâkim, dürüstlük ilkesinin ışığı altında tarafların varsayıma dayalı iradelerini tespit etmek suretiyle, MK m. 1/II hükmünün kendisine verdiği dolaylı hukuk yaratma yetkisine dayanarak sözleşme boşluğunu tamamlar.⁸⁹⁴ Sözleşme boşluğunun bu şekilde tamamlanmasının nedeni, hukuk ve hakkaniyet ölçüsüne göre (MK m. 4) somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasıdır.⁸⁹⁵ Buna bağlı olarak tamamlayıcı yoruma göre sözleşmenin tamamlanmasında, hâkimin yarattığı hukuk, bu türdeki her bir sözleşme için değil, somut sözleşmeyle sınırlı olmalıdır.⁸⁹⁶

⁸⁹¹ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 497; **Bischoff**, s. 67; **Erdin**, s. 38 vd.

⁸⁹² **Erdin**, s. 39.

⁸⁹³ Özellikle sözleşmeyi yapan taraflar aynı iş çevresinde ise, işlerdeki anlayışın da tarafların varsayıma dayalı iradelerine uygun olduğu kabul edilir. Bkz., **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 143; **Deschenaux**, s. 173; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 407, 520 vd., 524; **Bischoff**, s. 101; **Erdin**, s. 43.

⁸⁹⁴ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 242; **Bischoff**, s. 66 vd.; **Erdin**, s. 41, 45, 52; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 76 vd.

⁸⁹⁵ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 537; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1260.

⁸⁹⁶ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 138; **Erdin**, s. 41; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1261.

b. Sözleşmedeki Riziko Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulduğu Olay Grupları

aa. Genel Uyarılama Kayıtlarının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması

Tarafların varsayıma dayalı iradelerinden hareketle sözleşmedeki riziko boşluklarının sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre doldurulması ve böylelikle boşluklu olan sözleşmenin tamamlanması, daha ziyade genel uyarılama kaydının kararlaştırıldığı durumlarda söz konusu olur. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere⁸⁹⁷, bu tür kayıtlar somut olarak değil, genel olarak ifade edilmiştir. Öyle ki, örneğin bir sözleşmede: “ ... şartlar değişirse sözleşme uyarlanacaktır. ... ” şeklinde olumlu bir uyarılama kaydı kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, sözleşmenin içeriğinden “şartların değişmesi” ifadesinden neyin amaçlandığı sözleşmenin açıklayıcı yorumuyla tespit edilemiyor, bu konuda bir sözleşme boşluğu vardır. Ancak, kararlaştırılan uyarılama kaydı, bir sözleşme boşluğuna neden olmuş olsa da, bunun bizatihi kararlaştırılmış olması, sözleşme boşluğunun tarafların varsayıma dayalı iradelerine göre doldurulması bakımından da sözleşmedeki somut bir destek noktasıdır.⁸⁹⁸ Hâkim sözleşmedeki destek noktasından hareketle, tüm sözleşme içeriğini de dikkate alarak, dürüstlük ilkesinin ışığı altında, sözleşmede kullanılan “şartların değişmesi” deyiminin ne anlama geldiğine ilişkin sözleşme boşluğunu doldurur. Destek noktasının ne anlama geldiği –ve daha da genel nitelikte olmak üzere- uyarılama kaydı kapsamında hangi rizikoların bulunduğu, özellikle “işlerdeki anlayış” dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir.⁸⁹⁹ Yapılan bu değerlendirme sonrasında “şartların değişmesi” deyiminden sözleşmede edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına veya ifa güçlüğüne ilişkin durumların ifade edilmek istendiği sonucuna varılırsa, artık hâkim somut olayda bunun gerçekleşip gerçekleşmediği tespit etmelidir. Böyle bir durumun varlığı tespit edilirse, hâkim, sözleşmeye müdahale etmelidir. Ancak, hâkimin burada sözleşmeye müdahalesi, clausula rebus sic stantibus kapsamında olmayıp, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu

⁸⁹⁷ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aab, aaab. Açık, Genel ve Üstü Örtülü Uyarılama Kayıtları.

⁸⁹⁸ Bkz., **Erdin**, s. 48, 50, 52; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 122.

⁸⁹⁹ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 141; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 407, 520 vd.; **Bischoff**, s. 101.

kapsamındadır. Çünkü sözleşmenin tarafları “genel nitelikte” olsa da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin iradelerini ortaya koymuşlardır. Hâkim, buradaki destek noktasından hareketle, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre sözleşmeyi tamamlamak suretiyle sözleşmeye müdahale etmelidir.⁹⁰⁰

Öte yandan, genel uyarlama kayıtları her zaman olumlu nitelikte olmayabilir. Örneğin sözleşmede “ ... şartlar ne kadar değişirse değişsin sözleşmeye müdahale edilmeyecektir. ... ” şeklinde olumsuz uyarlama kaydı kararlaştırılmış olabilir. Bu tür “genel nitelikteki olumsuz uyarlama kayıtları, yukarıda da ifade edildiği üzere⁹⁰¹, dar yorumlanmalıdır. Öyle ki, sözleşme kurulduğu sırada gerçekleşen riziko öngörülebiliyorsa, sadece bu rizikonun uyarlama kaydının kapsamı içerisinde olduğu kabul edilmelidir. **Yani, tarafların varsayımaya dayalı iradelerinin, sadece öngörülen sözleşme rizikolarına ilişkin olduğu kabul edilmelidir.** Bu bakımdan, sözleşmede genel nitelikte bir uyarlama kaydı kararlaştırılmış ise, uyarlama kaydının sınırları içerisinde hangi rizikoların bulunduğuyla ilişkin sözleşme boşluğu, gerçekleşen tüm risklerin sadece bir tarafa ait olduğu şeklinde doldurulmamalıdır.⁹⁰² Dolayısıyla, genel nitelikte olumsuz bir uyarlama kaydı kararlaştırılmış olsa bile, sözleşmenin yapıldığı zaman hiçbir şekilde öngörülemeyen bir olay olmuş ise, (örneğin hiçbir surette beklenmedik bir devalüasyon kararı alınmış ise) bu durumda gerçekleşen rizikonun uyarlama kaydının kapsamı dışında olduğu kabul edilmeli ve denge bozulması ve ifa

⁹⁰⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, taraflar 21 Ağustos 1954 tarihinde metre karesi 35 İsviçre Frank'ı üzerinden bir işyerinin kiralanmasına ilişkin 10 yıllığına uzun süreli bir kira sözleşmesi yapmışlardır. Ayrıca taraflar, kira sözleşmesine, on yıl sonra kiracının kira sözleşmesini bir on yıl daha uzatabileceği ve “ ... şartlar değişirse sözleşme uyarlanacaktır. ... ” hükmünü koymuşlardır. On yıl sonra, kiracı kira sözleşmesini on yıl daha uzattığını kiralayana bildirmesi üzerine kiralayan da 1955 yılından beri geçim maliyetlerinin % 75 oranında arttığını, piyasa şartlarının değiştiğini ve kira konusunun metrekare fiyatının söz konusu yerde artık en az 55 İsviçre Frankı olduğunu ve bu nedenle de söz konusu bedelin piyasa şartlarına göre artırılmasını talep etmiştir. Uyuşmazlık üzerine İsviçre Federal Mahkemesi, 24 Mayıs 1973 tarihli kararında kira bedelinin 1 Ocak 1965 tarihinden itibaren metre karesi 55 İsviçre Frankı üzerinden ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz., BGE 99 II 290 vd. (Mietevertrag/ Anpassungsklauseln).

⁹⁰¹ Bkz., yuk., § 4, IV, 2, C, b, aa. Genel Uyarlama Kaydınının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuyla Doldurulması

⁹⁰² Reichel, s. 6; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 567; Bischoff, s. 100; Schlageter, s. 83; Erdin, s. 50; Sulzer, s. 142.

güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi durumlarında, clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmelidir.⁹⁰³

ab. Üstü Örtülü Uyarılama Kayıtlarının Neden Olduğu Sözleşme Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması

Üstü örtülü uyarılama kayıtlarının, sözleşmede açık bir şekilde değil, tarafların üstü örtülü tutum ve davranışlarıyla kararlaştırdıkları kabul edilir.⁹⁰⁴ Bu tutum ve davranışların ne anlama geldiği ise, sözleşmede açıklanmamaktadır. Bu nedenle, bunların ne anlama geldiği çoğu zaman, belirsiz ve boşlukludur.⁹⁰⁵ Yine de söz konusu tutum ve davranışlar, tarafların varsayıma dayalı iradelerinin ortaya çıkarılması bakımından, sözleşmedeki destek noktalarını oluşturur.

Üstü örtülü uyarılama kayıtları, Türk-İsviçre hukuk doktrininde sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun konusu olarak kabul edilmektedir.⁹⁰⁶ Ayrıca bu tür uyarılama kayıtlarının, Alman hukukundan farklı olarak, olumsuz uyarılama kaydı niteliğinde de olabileceği kabul edilmektedir.⁹⁰⁷

aaa. Sözleşmenin Üstü Örtülü Olarak Bozucu Şarta Bağlanması

Sözleşmenin bozucu şarta bağlanması, yukarıda da açıklandığı üzere, olumlu uyarılama kaydı niteliğindedir.⁹⁰⁸ Olumlu uyarılama kayıtlarının üstü örtülü olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı konusu, Alman hukukunda doktrinde ve mahkeme kararlarında tartışma konusu edilmemiştir. Türk-İsviçre hukukunda ise, olumlu uyarılama kayıtlarının üstü örtülü olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı

⁹⁰³ Bu konuda Yargıtay'ın kararı oldukça açıktır. Öyle ki, Yargıtay'a göre: "...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 uyarılama davası açmasına engel değildir. Sözleşmedeki bu kararlaştırmaya rağmen edimler arasında aşırı bir nispetsizlik çıkmışsa kira bedelinin günün koşullarına uyarlanması istenebilir. ...". Bkz., Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www.kazanci.com.tr.

⁹⁰⁴ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aab, aaab. Açık, Genel ve Üstü Örtülü Uyarılama Kayıtları.

⁹⁰⁵ **Bischoff**, s. 107.

⁹⁰⁶ Bkz., **Schmitz**, s. 20 vd.; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 204 vd, 254; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 581; **Bischoff**, s. 107.

⁹⁰⁷ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 588; **Bischoff**, s. 107, 113.

⁹⁰⁸ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aab, aaaa. Olumlu ve Olumsuz Uyarılama Kayıtları.

ve bu kapsamda özellikle sözleşmenin üstü örtülü olarak bozucu şarta bağlanıp bağlanamayacağı konusu, tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre⁹⁰⁹, hukuki anlamda şart, sözleşmede sadece açık bir şekilde kararlaştırılabilir; üstü örtülü şartın kabulü mümkün görünmemektedir; çünkü hukuki anlamda şartın kabulü için, diğer olumlu uyarılama kayıtlarında olduğu gibi, tarafların sözleşmenin şarta bağlanması konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olması gerekir. Böyle bir anlaşma ise, sözleşmenin yorumlanması suretiyle tespit edilebilir. Yorum konusunda ise, somut olayda, yazılı olarak yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin metni esas alınır. Sözleşmenin metninden bu tür bir şartın varlığı sonucuna varılıyor ise, artık üstü örtülü değil, sözleşmenin metninden açıkça anlaşılabilir bir şartın varlığı kabul edilmelidir.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre ise⁹¹⁰, sözleşmenin tarafları, açıkça ifade etmeksizin, sözleşmenin hukuki sonuçlarının etkilerinin ortadan kalkmasını ortak tutum ve davranışlarıyla gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olaya bağlamış iseler, bu durumda üstü örtülü bir şartın varlığı kabul edilebilir. İsviçre Federal Mahkemesi, bu görüşü savunmaktadır.⁹¹¹

Şartın üstü örtülü olarak kararlaştırılmaya ilişkin ileri sürülen argüman, özellikle yazılı olarak yapılmayan sözleşmeler bakımından tatmin edici değildir. Kaldı ki, Türk-İsviçre borçlar hukukunda sözleşmelerin hem tarafların açık bir şekilde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile hem de bu anlamda tarafların iradi tutum ve davranışlarıyla üstü örtülü olarak da yapılabildiği genel olarak kabul edilmektedir.⁹¹² Bu nedenle, hukuki anlamda şart için farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirecek haklı bir neden yoktur. Dolayısıyla, üstü

⁹⁰⁹ von Tuhr/ Escher, s. 256; Sulzer, s. 56.

⁹¹⁰ Siegart, s. 99, 106; Reichel, s. 9; Merz, s. 409a vd., 455a, 456a, 494a, 495a; Oftinger, SJZ 36, s. 233; Schmitz, s. 19 vd.; BernerKomm-Becker, Vorbem. Art. 151-157 OR, Nr. 21 vd.; BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 204 vd.; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 581 vd., 588; Bischoff, s. 107 vd.; Bucher, s. 506; Bühler, s. 49 vd.; Erdin, s. 45, 47; BaslerKomm-Wiegand, Art. 18 OR, Nr. 112; BaslerKomm-Ehrat, Vorbem. Art. 151-157 OR, Nr. 1 vd.; Schwenzler, Nr. 37.33.

⁹¹¹ Bkz., BGE 48 II, 366 (372) (Stromlieferungsvertrag/ Fabriksbrand-Fall/ Zweckstörung); 59 II 264 (304); 66 I 299 (312); 71 II, 255 (256); 88 II 195 (203); 108 Ib 195 (203).

⁹¹² Bkz., von Tuhr/ Peter, s. 163; BernerKomm-Kramer, Art. 1 OR, Nr. 7; Keller/ Schöbi, s. 33; Koller, § 3, Nr. 118 vd.; Eren, s. 221 vd., 229; Oğuzman/ Öz, s. 58 vd.; Reisoğlu, s. 61.

örtülü şartın varlığını kabul etmek gerekir. Ancak üstü örtülü şartın varlığını, özellikle yazılı bir sözleşmenin yapılmadığı durumlarda tespit etmek son derece güçtür. Burada çalışmamız bakımından çözümlenmesi gereken asıl sorun ise, gerçekleşen sözleşme rizikosunun ne zaman üstü örtülü şartın konusu olduğu ne zaman ise clausula rebus sic stantibus kapsamında denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu olarak kabul edileceğidir. Bu konuda, somut olayın tüm durumları bakımından geçerli olan soyut unsurların ortaya konulması, pek mümkün gözükmemektedir. Ancak kanaatimize göre hukuki anlamda şartın unsurlarından hareketle, bazı genellemelere ulaşılabilir.

Şart, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan bir olay hakkında tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla hukuki işlemin sonuç doğurması veya hukuki işlemin etkilerinin ortadan kalkmasının kararlaştırılmasıdır.⁹¹³ Bu bakımdan şart, daima iradenin bir unsurudur.⁹¹⁴ Dolayısıyla, tarafların bu şekilde sözleşmeyi bir şarta bağlayabilmeleri için, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda şüpheli olan olaya ilişkin ortak bir subjektif bilincin (düşüncenin) varlığı gerekir.⁹¹⁵ Bu bağlamda, Alman hukukunda işlem temelinin başlangıçtaki eksikliği olarak adlandırılan ve geleceğe ilişkin ortak beklentilerin gerçekleşmediği olay gruplarında, üstü örtülü bir bozucu şartın varlığı kabul edilebilir. Çünkü bu anlamda bir beklenti de -tıpkı şart gibi- gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz -yani, şüpheli- olan gelecekteki bir olaya ilişkindir. Ayrıca, beklentide de, yine şart gibi, sözleşmenin kurulduğu sırada bu olaya ilişkin subjektif bir bilincin varlığı gerekir.

Tarafların geleceğe ilişkin ortak bilinç ve beklentileri değişik konularda olabilir. Bu anlamda olmak üzere, geleceğe ilişkin bilinç ya da beklenti, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği hakkında da olabilir. Yapılan yorumlamada sözleşmenin böyle bir beklenti ve bilinç altında yapılmış olduğu ortaya çıkıyorsa; ancak, tarafların bu beklentilerinin gerçekleşmemesi durumunda ne yapmaları gerektiği tarafların tutum ve davranışlarından

⁹¹³ Bkz., **Sirmen**, s. 53 vd., 96; **BaslerKomm-Ehrat**, Vorbem. Art. 151-157 OR, Nr. 1.

⁹¹⁴ Bkz., **Sirmen**, s. 53 vd., 96.

⁹¹⁵ **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 29.

anlaşılamiyorsa, bu konuda bir sözleşme boşluğu olduğu sonucuna ulaşılır. Bu sözleşme boşluğunun sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre mi yoksa clausula rebus sic stantibus kapsamında mı tamamlanması gerektiği ise, söz konusu bilinç ve beklentiler esas alınarak belirlenir.

Tarafların denge bozulması veya ifa güçlüğünün gerçekleşmeyeceğine ilişkin ortak bilinç ve beklenti altında sözleşme yapmış olmaları, tarafların bu beklentinin gerçekleşmeyeceğini bilmiş olsalardı sözleşmeyi üstü örtülü bir şekilde bozucu şarta bağlayacakları konusunda tarafların varsayıma dayalı iradeleri için bir destek noktasını oluşturabilir. Böylelikle denge bozulması veya ifa güçlüğünün gerçekleşmeyeceği konusundaki ortak bilinç ve beklenti altında yapılan sözleşmelerde, gerçekleşen sözleşme rizikosuna sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği konusundaki sözleşme boşluğu, sözleşmenin üstü örtülü bozucu şarta bağlandığı şeklinde tamamlanabilir.⁹¹⁶ Ancak, gerçekleşen rizikoya ilişkin olarak tarafların ortak bir bilinç halinin olduğu durumlarda, her zaman için sözleşmenin üstü örtülü bozucu şarta tabi kılındığı şeklinde sözleşmenin tamamlanması isabetli değildir.⁹¹⁷ Çünkü sözleşme kurulduğu zaman denge bozulması ve ifa güçlüğü hakkındaki sözleşme rizikosuna ilişkin ortak bir bilinç halinin olması, bu rizikonun aynı zamanda açıkça öngörülebiliyor olduğunu gösterir. Sözleşme rizikosu ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğü açıkça öngörülüyor olmasına rağmen tarafların sözleşmede açıkça buna ilişkin her hangi bir uyarlama kaydı kararlaştırmamış olmaları ise, sözleşmenin üstü örtülü olarak bozucu şarta bağlandığı şeklinde değil; sözleşmenin üstü örtülü olarak olumsuz uyarlama kaydı altında yapıldığı şeklinde sözleşmenin tamamlanmasına daha fazla haklılık kazandırır.⁹¹⁸ Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü hakkındaki sözleşme rizikosuna ilişkin ortak bir bilinç halinin olduğu durumlarda, açık bir uyarlama kaydı olmadığı süreçte, sözleşmenin üstü örtülü şarta bağlanıp bağlanmadığı konusunda somut olaya göre hareket etmek gerekir.⁹¹⁹ Özellikle üstü örtülü şartın varlığının kabulü konusunda,

⁹¹⁶ Bkz., **Bischoff**, s. 111; **Erdin**, s. 47.

⁹¹⁷ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 583; BGE 88 II 195, (203).

⁹¹⁸ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 583.

⁹¹⁹ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 581; **Sulzer**, s. 54.

hâkimin her halükarda oldukça çekingen davranması gerekir. Esasında, bu durum, olumlu uyarılama kayıtlarının üstü örtülü olarak kararlaştırıldığına iddia edildiği tüm durumlar bakımından geçerlidir.⁹²⁰ Çünkü gerçekleşen sözleşme rizikosuna ilişkin açık bir uyarılama kaydının olmadığı; ancak, tarafların ortak bir bilinç halinin olduğu veya öngörülebilirliğin söz konusu olduğu olaylarda, üstü örtülü şartın varlığının her durumda kabul edilmesi, borca aykırılığa ilişkin diğer düzenlemelerin somut olaya uygulanmasını neredeyse imkânsız hale getirir. Öyle ki taraflardan birisi örneğin somut olayda sözleşmenin diğer tarafınca da bilinen bir beklentisinin gerçekleşmesi karşısında, söz konusu beklentiye ilişkin olarak: “biz sözleşmeyi üstü örtülü olarak bozucu şarta bağlamıştık” iddiasında bulunabilir. Böyle bir iddia karşısında hâkimin somut olayda üstü örtülü şartın varlığını kabul etmesi durumunda ise, şartın gerçekleştiği anda borca aykırılık durumu olmadığı sürece, daha sonradan borca aykırılık hükümlerine başvurulamaz. Bu anlamda olmak üzere, şartın gerçekleştiğinin kabul edilmesinden sonra borcunu ifa etmesi gereken zamanda ifa etmeyen borçlu bakımından –örneğin- temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanma imkânı ortadan kalkar. Dolayısıyla, bu konuda hâkimin elinde somut destek noktaları olmadığı sürece, sırf gerçekleşen rizikoya ilişkin her iki tarafta da bir bilinç halinin olması nedeniyle bir tarafın sözleşmenin üstü örtülü olarak şarta bağlandığı iddiasını reddetmesi gerekir.⁹²¹

Öte yandan, tarafların ortak bilinç ve beklenti altında sözleşme yaptıkları ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüünün gerçekleşmesini üstü örtülü bir şekilde bozucu şarta bağladıklarının kabul edildiği durumlarda, eş zamanlı olarak, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacağı da tespit edilmiş olur. Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere, tarafların sözleşmeyi açık veya üstü örtülü şarta bağlandığı şarta bağlayabilmeleri için, denge bozulmasının veya ifa güçlüğüünün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda bir bilinç halinin olması gerekir. Bozucu şarta bağlandığı iddia edilen olaya ilişkin

⁹²⁰ **Schmiedlin**, s. 109; **BaslerKomm-Wiegand**, Art. 18 OR, Nr. 112; BGE 88 II 195 (203).

⁹²¹ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 583; **Bischoff**, s. 109 vd. Bu anlamda olmak üzere, İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların sözleşmeyi muhtemelen yapmayacakları şeklindeki bir bilinç halinin olmasını, sözleşmenin şarta bağlanması bakımından yeterli olmadığı görüşündedir. Bkz., BGE 88 II 195, (203).

olarak tarafların böyle bilinç hali varsa, bu olaya ilişkin rizikonun (örneğin edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının) taraflarca öngörülebildiği ortaya çıkar. Gerçekleşen rizikonun taraflardan biri tarafından dahi sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülebilir olduğu durumlarda ise, yukarıda da ifade edildiği üzere⁹²², denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Dolayısıyla, üstü örtülü şartın varlığının kabul edildiği bir durumda, artık denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi imkânı yoktur. Tersî durumda, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarının öngörülemediğinin tespit edildiği durumlarda ise, eş zamanlı olarak, bu rizikoların üstü örtülü şarta bağlanmadığı da belirlenmiş olur. Çünkü gerçekleşen sözleşme rizikosuna ilişkin tarafların hiçbir bilinç halinin olmadığı ve buna bağlı olarak da hiçbir öngörü ve şüphelerinin olmadığı durumlarda, pek tabiidir ki, tarafların üstü örtülü iradî tutum ve davranışlarıyla sözleşmeyi şarta bağladıkları iddia edilemez.⁹²³ Böyle bir durumda artık, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre sözleşmenin tamamlanması için sözleşmede gerekli olan destek noktası olmadığı da belirlenmiş olur.⁹²⁴ Dolayısıyla artık, diğer unsurlar da olmak kaydıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğü halinde clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilir.⁹²⁵

Sonuç olarak ister açık ister üstü örtülü olarak kararlaştırılsın, şart, daima iradenin bir unsuru olup, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda şüpheli olan olaya ilişkin ortak bir sübjektif bilincin (düşüncenin) varlığını gerektirir. Tarafların geleceğe ilişkin ortak beklentilerinin olduğu durumlarda, bu anlamda ortak bir sübjektif bilincin varlığı kabul edilebilir. Bu anlamda olmak üzere, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin bir sözleşme rizikosu gerçekleşirse, böyle bir rizikonun gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği hakkında her iki tarafın sözleşme kurulduğu sırada ortak bir bilinç ya da beklentileri varsa, tarafların sözleşmeyi üstü örtülü şarta bağladıkları

⁹²² Bkz., yuk., § 4, II. Sözleşme Rizikosunun Öngörülemez Nitelikteki Olaylara Bağlı Olarak Gerçekleşmiş olması.

⁹²³ Bkz., **Bischoff**, s. 111; **Erdin**, s. 47.

⁹²⁴ **Bischoff**, s. 111.

⁹²⁵ **Bischoff**, s. 111; **Erdin**, s. 47.

kabul edilebilir. Buna karşın böyle bir rizikonun gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği hakkında taraflardan en az birisinin dahi olsa bir sübjektif bir bilinç hali ya da beklentisi varsa, bu riziko hiçbir şekilde clausula rebus sic stantibus kapsamında kabul edilemez. Çünkü bu rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hakkındaki beklenti, aynı zamanda söz konusu rizikonun öngörüldüğünü gösterir. Böyle bir rizikonun gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği hakkında sözleşme kurulduğu zaman taraflardan hiç birinin sübjektif bir bilinç hali ya da beklentisi yoksa, artık sözleşmenin üstü örtülü şartta bağlandığı iddia edilemez⁹²⁶; ancak, diğer unsurlar da varsa, clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilir. Çünkü öngörülmezlik unsuru gerçekleşmiş kabul edilir. Bu bakımdan, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında üstü örtülü şartın uygulama alanı ile clausula rebus sic stantibus'un uygulama alanı, somut olayda bir hiç şekilde çakışmaz.

aab. Spekülatif İşlemlerdeki Riziko Boşluklarının Sözleşmenin Tamamlayıcı Yorumuna Göre Doldurulması

Türk-İsviçre hukukunda spekülatif işlemler deyimi, Alman hukukundan daha kapsamlı olarak⁹²⁷, uzun süreli sözleşmeleri de içerisine alan üst bir kavram olarak kullanılmaktadır.

Spekülatif işlemlerde ve bu arada da uzun süreli sözleşmelerde, yapılan sözleşmenin niteliğine özgü sözleşme rizikoları vardır. Bu tür risklerin gerçekleşmesi durumunda gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiği ise, sözleşmede kararlaştırılmamıştır. Dolayısıyla, bu konuda boşluk vardır. Ancak, sözleşmeye özgü bu riskler, objektif bakımdan öngörülebilir niteliktedir. Buradaki rizikolarının öngörülebilir olduğunun kabul edilmesi ise, aynı zamanda tarafların varsayıma dayalı iradelerinin ortaya çıkarılması bakımından bir destek noktasıdır. Öyle ki, bu risklerinin öngörülebilir olmasına rağmen tarafların sözleşmeyi yapmış olmaları, bu rizikoların gerçekleşmesi halinde tarafların varsayıma dayalı

⁹²⁶ Kuşkusuz şartın varlığı için tek taraflı bilinç hali de yeterli olmayacaktır, heki iki tarafın ortak bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan durumu şarta bağlama konusunda anlaşmaları gerekir.

⁹²⁷ Bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, ab. Spekülatif İşlemler Nedeniyle Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları, aaa. Genel Olarak.

iradelerinin sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulmaması gerektiği yönünde olduğuna ilişkin bir destek noktasını oluşturur. Dolayısıyla, sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı sürece, gerçekleşen bu rizikolara taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin sözleşme boşluğu, sözleşmenin olumsuz uyarlama kaydı altında yapıldığı şeklinde doldurulur. Buna göre, örneğin uzun süreli bir sözleşmeyle belirli bir malın tedarikinin taahhüt edildiği bir sözleşmede, savaş veya başka olaylar nedeniyle bu tür malların tedariki güçleşmiş olabilir. Bu tür bir sözleşmede sözleşmenin kurulduğu andaki şartların değişmesi ve bu anlamda denge bozulması ya da ifa güçlüğünün gerçekleşmesi sözleşmenin niteliğine özgü bir sözleşme rizikosu arasındadır. Buna bağlı olarak, bundan kaynaklanan rizikoların da (tedarik rizikosu, paranın zaman içerisinde değersizleşmesi rizikosu, üretim maliyetlerinin artması rizikosu) üstü örtülü olarak üstlenilmiş olduğu kabul edilir.⁹²⁸

Spekülatif işlemlerin ve bu arada uzun süreli sözleşmelerde gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin sözleşme boşluğunun üstü örtülü olumsuz uyarlama kaydı altında yapıldığı şeklinde doldurulması, şartların değişmesinin rizikosunun sınırsız bir şekilde üstlenildiği anlamına gelemmez. Bunun yerine, sözleşmenin yorumlanmasıyla hangi risklerin ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarının üstlenilip üstlenilmediğinin ortaya konulması gerekir.⁹²⁹ Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere, Alman hukukunda, uzun süreli sözleşmelerde, öngörülmesi durumunda; spekülatif işlemlerde ise, işlemin tipine özgü rizikolar arasında olması durumunda, gerçekleşen

⁹²⁸ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 588; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 334; BGE 43 II 214 vd.; 47 II 440 (459) (Stromlieferungsvertrag/ Leistungsschwerung); 48 II 440 vd. (Stromlieferungsvertrag/ Leistungsschwerung); 50 II 256 (265); 100 II 345 (348) (Darlehensvertrag/ Unzumutbarkeit wegen Änderung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse); BGE 101 II 17 vd. (vertraglich festgesetzte Unterhaltsbeiträge/ Äquivalenzstörung); 107 II 343 (347) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); 127 III 300 (305) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); Y. HGK 17.10.1980, E. 1978/11-773, K. 1980/2310 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü). Ancak, Yargıtay'ın kararlarında bu konuda tam bir açıklık yoktur. Örneğin: Y. 11. HD, 15.5.1989, E. 1988/5740, K. 1989/2878 (Satım sözleşmesi/ İfa güçlüğü). Yargıtay'ın kararları için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁹²⁹ **Roggwiller**, s. 77 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 588; **Bischoff**, s. 177; 114, 216; **Schmiedlin**, s. 163; **Kaplan**, s. 126.

rizikonun ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün üstlenildiği kabul edilmektedir.⁹³⁰

D. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunu Hâkimin Doğrudan Hukuk Yaratmak Suretiyle Doldurulması

Denge bozulması ve ifa güçlüğü ilişkin olarak somut olaya uygulanacak nitelikte kanunda ve örf-adet hukukunda her hangi bir düzenleme yoksa ve tarafların bu konudaki varsayıma dayalı iradeleri de tespit edilemiyorsa, artık sözleşmedeki riziko boşluğunun, MK.m.1/II hükmü gereğince, hâkim tarafından doğrudan hukuk yaratmak suretiyle doldurulması gerekir.⁹³¹ Hâkim burada da sözleşmeyi, dürüstlük ilkesinin ışığı altında tamamlamalıdır.⁹³² Bu aşamada, tarafların varsayıma dayalı iradeleri tespit edilememiş olduğu için, dürüst ve makul “sözleşme tarafları” ölçü alınmaz. Bunun yerine, dürüst, ortalama, “makul kişiler” benzer durumlarda alışılmış objektif değer ölçüsüne göre neyi kararlaştıracaklar ise, hâkim, sözleşmedeki riziko boşluğunu buna göre tamamlar.⁹³³ Ancak, hâkimin doğrudan hukuk yaratmak suretiyle sözleşmeyi tamamladığı durumlarda aynı zamanda bir kanun boşluğunun olduğunun kabul edilip edilmeyeceği ve böylelikle hâkimin yarattığı hukukun soyut ve genel nitelikte olmasının gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır.

Doktrindeki hâkim görüşüne göre⁹³⁴, hâkimin sözleşme boşluğunu doğrudan hukuk yaratmak suretiyle doldurması, hâkimin kanun boşluğunu doldurmasından başka bir anlama gelmemektedir. Bu nedenle, hâkimin doğrudan hukuk yaratmak

⁹³⁰ Uzun süreli sözleşmelere ilişkin olarak bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, aa, aac. Uyarılma Kayıtlarının Yorumlanması. Spekülatif işlemler için bkz., yuk., § 3, I, 3, B, b, ab, aab. Spekülatif İşlemler ve İşlem Temelinin Bozulmasının Uygulama Alanının Ayrılması. Doktrinde bazı yazarlar ise, bu konuda sınırsız bir riziko üstlenilmesinin söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Örneğin: **Merz**, s. 415a; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 226.

⁹³¹ Bkz., yuk., § 4, IV, 2, A. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hukuk Kurumları Arasındaki Hiyerarşi.

⁹³² Bkz., yuk., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağında Hareket Eden Görüşler . Ayrıca bkz., aşa., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak

⁹³³ **Bischoff**, s. 235; **Erdin**, s. 137 vd. 139.

⁹³⁴ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 138; **von Tuhr/ Peter**, s. 52; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 533 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 228; **Erdin**, s. 54; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, Nr. 1261; **Kaplan**, s. 155, 160.

suretiyle sözleşmeyi tamamlaması için, öncelikle kanun boşluğunu doldurması gerekir. Dolayısıyla, hâkimin yarattığı hukuk, genel ve soyut bir düzenleme niteliğinde olmalıdır. Öyle ki, hâkimin yarattığı hukuk, artık somut sözleşmeye ilişkin değil, bu tür sözleşmeler için geçerli olan bir norm niteliğinde olmalıdır.

Bizim de katıldığımız ve üstün tutulması gereken bir başka görüşe göre ise⁹³⁵, hâkimin doğrudan hukuk yaratmak suretiyle sözleşmeyi tamamlaması, kanun boşluğunu doldurmasına benzer nitelikte olsa da, gerçekte farklıdır. Gerçi, her iki durumda da dürüstlük ilkesi dikkate alınarak boşluk tamamlanır. Ancak, kanun boşluğunun doldurulması ve sözleşme boşluğunun doldurulması, sadece terminoloji açısından değil metotsal olarak da bir birinden ayrılır. Öyle ki, kanun boşluğunun doldurulmasında hâkim, öncelikle kıyasa başvurur; burada her hangi bir düzenleme bulamaz ise, genel ve soyut nitelikte bir düzenleme yaratmak zorundadır.⁹³⁶ Daha sonra da yarattığı bu düzenlemeyi somut olaya uygulamalıdır. Oysa boşluklu olan sözleşmenin doğrudan hukuk yaratmak suretiyle tamamlanmasında, hâkim, kendi amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla sözleşme ilişkisine giren tarafların yaptıkları somut hukuki işleme yönelik bir çözüm bulmaktadır. Kuşkusuz bu sonuç, bulunan çözümün diğer sözleşme ilişkileri bakımından da genelleştirilmesinin önünde bir engel değildir. Ayrıca, kanun boşluğunun doldurulmasında hâkimin yarattığı düzenlemenin, ideal hukuku gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir.⁹³⁷ Sözleşmelerin doğrudan hukuk yaratmak suretiyle tamamlanmasında ise, bu zorunlu değildir. Dolayısıyla, hâkimin yarattığı hukukun somut sözleşmeye özgü bir çözüm içermesi yeterlidir. Ancak, bulunan çözümün genelleştirilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, bunun ideal hukuku gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir. Tüm bunların dışında, somut olayda plana aykırı bir sözleşme boşluğu olmasına rağmen, kanunun nitelikli susması nedeniyle plana aykırı bir kanun boşluğu yok ise, bu

⁹³⁵ Chiotellis, s. 30; Oftinger, s. 98 vd.; Bischoff, s. 235; Caytas, s. 217 vd.; Sulzer, s. 164.

⁹³⁶ Bkz., Dural/ Sarı, s. 115 vd., 116; Serozan, (Genel Hükümler), § 5, III, Nr. 32 vd.

⁹³⁷ Bkz., Dural/ Sarı, s. 115.

durumda hâkimin kanunu tamamlaması da söz konusu değildir. Çünkü kanunun nitelikli olarak sustuğu durumlarda bir kanun boşluğu yoktur.⁹³⁸

V. ARA SONUÇ

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli konusunda Alman hukukunda kabul edilen işlem temeli öğretisi veya kurumu, Türk-İsviçre hukukunda hiçbir dönemde kabul edilmemiştir. Bu nedenle, öğretilerde kullanıldığı anlamıyla Türk-İsviçre hukukunda “işlem temeli” deyimini yoktur.

Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, genel olarak *clausula rebus sic stantibus* kapsamında kabul edilmektedir. *Clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edilmesinde, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiği sorusunun cevabı aranır. Bu bakımdan, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin şartları, sözleşme rizikosu esas alınmak suretiyle belirlenmelidir. Bu temelde, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, dört temel şartın bulunması gerekir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşir. Dolayısıyla, geleceğe ilişkindir. Gelecek ise, her zaman belirsizdir ve olası sözleşme rizikolarını bünyesinde taşır. Bu bakımdan, denge bozulması ve ifa güçlüğü, geleceğe ilişkin belirsizlikten kaynaklanan sözleşme rizikolarıdır. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin ilk şartı da, somut sözleşmede denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçeğe dönüşmüş olmasıdır. Yani, sözleşme rizikosunun gerçekleşmiş olması gerekir. Aksi durumda ise, sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu gerçekleşmemiş ise, artık *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşme rizikosuna kimin katlanması gerektiği sorunu gündeme gelmeyecektir.

⁹³⁸ *Gauch*, hâkimin hukuk yaratmak suretiyle sözleşme boşluğunu doldurduğu durumlarda gerçekte bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmektedir, ancak, hâkimin yarattığın hukukun genel ve soyut nitelikte olmasına ihtiyaç olmadığı görüşündedir. Bkz., *ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch*, Art. 18 OR, Nr. 535.

İsviçre Federal Mahkemesi, Birinci Dünya Savaşı sonrasında, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda nispi imkânsızlık görüşünü kabul ettiği kararlarının bazılarını, “yıkım teorisiyle” gerekçelendirmiştir. Yargıtay, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini, diğer unsurlara ek bir unsur olacak şekilde, edimler arasında bozulan dengenin borçlunun yıkımına neden olacak ağırlıkta olması gerektiğini kabul etmektedir. Alman Federal Mahkemesi de denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen rizikonun borçlunun yıkımına neden olduğu durumlarda, işlem temelini bozulmasının diğer unsurları olmasa bile, hakkaniyet gereği işlem temelini bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edilmesi için, borç ilişkisinin tamamının ve sadece borç ilişkisinin içeriğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Edimler arasında bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olacak ağırlıkta olmasını, sözleşmeye müdahale edilebilmesi için başlı başına yeter bir unsur veya ek bir unsur olarak kabul edilmesi durumunda, sözleşme, sözleşmenin içeriğinden anlaşılmayan dış unsurların etkisine açık hale getirilmiş olur. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olup olmadığının denetlenmesi, borçlunun ifa yeteneğine göre sözleşmeye müdahale edilip edilememesi sonucuna götürür. Borçlunun ifa yeteneği olup olmadığı ise, borç ilişkisinin içeriğine ilişkin bir husus değildir. Öte yandan, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında gerçekleşen sözleşme rizikosunun borçlunun yıkımına neden olmasının sözleşmeye müdahale edilmesi bakımından diğer unsurlara ek bir unsur olarak da kabul edilmemesi gerekir. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi aynı zamanda borçlunun yıkımına neden olması gerektiği kabul edilirse, borçlu bundan zarar görür. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmeye müdahale edilmesinin diğer unsurları olmasına rağmen, gerçekleşen riziko borçlunun yıkımına neden olacak ağırlıkta değilse, artık sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunamayacaktır. Borçlunun yıkımı unsurun kabul edilmesinin ise, haklı bir gerekçesi yoktur.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski tarihli istikrarlı içtihadına göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi, alacaklının aynen ifa talebindeki ısrarı, edimler arasındaki dengenin bir gabin oluşturacak şekilde bozularak borçlunun sömürülmesi niteliğini taşıması ve böylelikle açık bir şekilde hakkın kötüye kullanılması oluşturması durumunda söz konusu olur. Yargıtay ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü konusunda her hangi bir sözleşme boşluğu olmasa dahi, edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır surette bozulduğu bazı durumlarda, alacaklının sözleşmenin aynen ifası talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacağını kabul etmektedir.

Genel kayıtların tümünde olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması yasağının da somut olaya uygulanabilmesi için, somutlaştırılması gerekir. Aksi halde, alacaklının hakları somut olayda sadece hâkimin adalet anlayışına terkedilmiş olur. Bu ise, hâkimi hakkaniyet hukukçuluğuna zorlar ve bu da hukuki güvenliği tehdit eder. İsviçre Federal Mahkemesi, istikrarlı içtihadında, hakkın kötüye kullanılmasını, borçlunun sömürme niyeti olarak somutlaştırmaktadır. Oysa alacaklının borçluyu sömürme niyetinin olması, hiçbir şekilde tek başına hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez. Yargıtay ise, edimler arasındaki bozulan denge ilişkisinin ve bu anlamda gerçekleşen sözleşme rizikosunun ne zaman hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacağı konusunda ise, her hangi bir objektif ölçü getir(e)memektedir. Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturduğuna ilişkin her hangi bir somutlaştırma yoktur. Oysa denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, diğer unsurlar olmak kaydıyla, hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket edilmemiş olması da bir eksiklik oluşturmamaktadır. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hakkın kötüye kullanılması yasağının denetlenmesine ihtiyaç yoktur.

Türk-İsviçre hukuk doktrininde ve İsviçre Federal Mahkemesi ile Yargıtay'ın içtihatlarına göre, edimler arasındaki denge ilişkisinin “ağır surette” bozulması gerekir. Öte yandan Borçlar Kanunu Tasarısı'na göre, “...sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştir...”mesi gerekmektedir (BKT m. 137).

Denge bozulması ve ifa güçlüğünün hangi durumda ağır bir ölçüye ulaşmış kabul edileceğini belirlemeye yarayan objektif bir ölçü tespit edilememiştir. Öyle ki, hem İsviçre Federal Mahkemesi hem de Yargıtay'ın uygulamasında hem de Borçlar Kanunu Tasarısı'nda edimler arasındaki denge ilişkisinin ne zaman ağır surette veya hakkaniyete aykırı düşürecek şekilde bozulduğuna ilişkin, hiçbir objektif değer ölçüsü veril(e)memektedir. Buna bağlı olarak, ağır surette bozulma unsuru, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında bu haliyle hiçbir şekilde gerçek bir filtre fonksiyonu görmemektedir. Bu durumda ise, Türk-İsviçre hukukunda ağır surette bozulma unsuru, sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda, hâkimi, “hakkaniyet hukukçuluğuna” zorlamaktadır. Dolayısıyla, ağır surette bozulma unsuru da bu haliyle kabul edilemez. Oysa burada savunulan hâkimin sözleşmeyi tamamlaması görüşüne göre, ağır surette bozulma unsuruna da ihtiyaç yoktur. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmede bir riziko boşluğunun olduğu durumlarda hâkim, bu boşluğu MK m. 1/II hükmüne göre doldurmakla yükümlüdür. Hâkim, uyuşmazlığın çözümü konusunda sözleşme boşluğunu tespit etmesi durumunda bu boşluğu tamamlayıp tamamlamama konusunda gerçekleşen rizikoya rağmen edimler arasındaki denge ilişkisinin borçlunun yıkımına neden olacak ölçüde ya da hakkın kötüye kullanılması oluşturacak şekilde veya ağır surette bozulup bozulmadığını kontrol etmeye ilişkin her hangi bir takdir hakkı yoktur. Sözleşmede boşluk varsa, hâkim bunu tamamlamakla yükümlüdür. Bu kapsamda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının sözleşmeye müdahale edilip edilmeyeceği konusunda başkaca bir önemi yoktur. Bu çözüm tarzı, Alman hukukuyla da paralellik arz etmektedir. Öyle ki, Alman hukukunda, işlem temelinin bozulmuş olması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin pratik unsuru, “işlemin temeli haline gelen durumların sonradan ağır surette değişmesi”dir. Ancak burada geçen “ağır surette değişme” ifadesi, bir oran anlamında değildir. Gerçekleşen sözleşme rizikosuna, “sözleşmeyle”, “tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerle” taraflardan birine yüklenemiyorsa ve somut olayda da öngörülemediği gibi taraflar da bu rizikonun gerçekleşmesinden sorumlu tutulamıyorsa, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında ağır surette değişme unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bunun dışında, edimler arasındaki denge ilişkisinin ne kadar ağır surette bozulduğu değerlendirme dışıdır.

Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerekli olan ikinci şart, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan öngörülemez surette değişmiş olmasıdır. Öngörülmezliğin konusu, esas itibariyle şartların sonradan değişmesidir. Ancak, öngörülmezliğin konusu sadece şartların değişmesine neden olan olaylar değildir. Bundan daha da önemlisi, gerçekleşen sözleşme rizikosudur. Yani, çalışma konumuz bakımından denge bozulması ve ifa güçlüğüdür. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır. Bu konuda, Alman hukuku ile Türk-İsviçre hukuku arasında da esas itibariyle her hangi bir fark yoktur. Çünkü işlem temelinin konusu, şartların değişmesi olmayıp, gerçekleşen sözleşme rizikolarıdır. Söz konusu rizikolar öngörülebiliyorsa, artık işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz.

Öngörülmezliğin ölçüsü bakımından mutlak bir öngörülmezlik kabul edilemez. Ayrıca, sadece tarafların düşüncesini temel alan sübjektif bir öngörülmezlik de kabul edilemez. Öngörülmezliğin objektif bir öngörülmezlik olması gerekir. Objektif öngörülmezlik, ilgili olduğu iş çevresinde sözleşme kurulduğu sırada dikkatli ortalama bir kişinin öngöremeyeceği nitelikte sözleşme rizikolarının, öngörülemez olarak kabul edilmesi gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi, esas itibariyle objektif görüşe yakındır. Bu nedenle, öngörülebilirliğin ölçüsü konusunda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına paralellik arz etmektedir. Yargıtay'ın içtihatlarında ise, öngörülmezlik konusunda hangi ölçünün temel alındığı esas itibariyle belirsizdir. Ancak mahkemenin, öngörülmezliğin ölçüsü olarak tacirler bakımından objektif ölçüyü kabul ettiği söylenebilir. Aynı şekilde Borçlar Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan komisyon da objektif görüş doğrultusunda düzenleme yapmıştır.

Sözleşme rizikosunun gerçekleşmesine neden olan öngörülmez nitelikteki olayın sosyal felaketlere ve bu anlamda olmak üzere tüm toplumu ilgilendiren “genel” nitelikte bir olay olmasına gerek yoktur. Çünkü ilk olarak, sosyal veya tabii felaketlerin olduğu durumlarda çoğunlukla öngörülmezlik söz konusudur; ancak, öngörülmezlik bakımından gerçekleşen sözleşme rizikosunun sosyal felaketlere ve bu anlamda olmak üzere tüm toplumu ilgilendiren genel nedenlere dayanması şart olmadığı gibi, her zaman yeterli de değildir. Öte yandan, denge bozulması ve ifa güçlüğüne dayanan

taraf, niçin sosyal ve tabi felaketler gibi tümüyle genel nitelikteki durumlarda korunurken; bireysel yıkım durumlarında gerçekleşen riskin neden olduğu zararın tamamına katlanması gereksin? Gerçekleşen sözleşme rizikosu öngörülemediği sürece, bu iki durumun farklı hukuki sonuçlara tabi kılınmasını gerektirecek hiçbir haklı gerekçe yoktur. Alman Federal Mahkemesi, bu iki durum arasında denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi bakımından her hangi bir ayırım yapmamaktadır. 2002 tarihinde yürürlüğü giren işlem temelini bozulmasına ilişkin BGB § 313 hükmü de farklı bir anlayış getirmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulaması da esas itibariyle farklı değildir. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararları ise, yoruma açıktır. Ancak Yargıtay'ın içtihatları değerlendirildiğinde, yüksek mahkemenin, hem tüm toplumu ilgilendiren genel nitelikteki olaylarda hem de sadece tarafları ilgilendiren durumlarda denge bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul ettiği şeklinde yorum yapılması yanlış olmaz. BKT m. 137 hükmünde de gerçekleşen sözleşme rizikosunun neden olduğu olayın tüm toplumu veya sadece tarafları ilgilendirmesi ayırımı yapılmaksızın, her iki durumda da sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerekli olan üçüncü şart ise, “gerçekleşen sözleşme rizikosundan” “tarafların sorumlu tutulmamalarıdır”. Bu sonuç, BK m. 96 ve 117 hükümlerinden ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, nasıl ki borçlu sonraki imkânsızlıktan sorumlu tutulması durumunda tazminat borcundan kurtulamıyorsa, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da “bu rizikoların gerçekleşmesinden” “borçlunun sorumlu tutulması” durumunda sözleşmeye her hangi bir müdahale edilmemesi gerekir. Bununla birlikte, Türk-İsviçre hukuk doktrini ile İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın içtihatlarında bu şarta ilişkin olarak “şartların öngörülmez surette değişmesine”, tarafların “kusuru ile neden olmamaları” gerektiği ifade edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 137. maddesinde de aynı anlama gelecek şekilde, “ ... öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum ...” “... borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar...” ifadesi kullanılmaktadır. Oysa denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında tarafların “şartların öngörülmez surette değişmesine”, tarafların “kusuru ile neden

olmamaları” gereklidir; ancak, yeterli değildir. Bunun yanında hatta bundan daha da önemlisi, “gerçekleşen sözleşme rizikosundan” “ tarafların sorumlu tutulamamasıdır”. Bu yaklaşım, Alman hukuku ile de uygunluk içerisinde olur.

Borçlunun, kusuru bulunmasa dahi, gerçekleşen sözleşme rizikosundan sorumlu tutulabildiği durumlardan bir tanesi de temerrüt halidir. Çünkü temerrüde düşülmemiş olsaydı sonradan öngörülemez nitelikte bir olay gerçekleşmiş olsa bile, sözleşme bundan her hangi bir surette etkilenmemiş olacaktı. Bu bakımdan, sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden önce temerrüde düşen taraf, gerçekleşen sözleşme rizikosundan ve bu anlamda olmak üzere denge bozulması ve ifa güçlüğünden sorumlu olur. Böylece sözleşme rizikosuna kimin katlanması gerektiği sorunu da temerrüde ilişkin hükümler çerçevesinde çözülmüş olur. Ancak, temerrüt halinde, denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşmiş olsa bile clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilemeyeceğinin istisnasını, temerrüde düşülmesinde kusurun bulunmadığı haller oluşturmaktadır. Çünkü nasıl ki, BK m. 102/II hükmüne göre, kendi kusuruyla temerrüde düşen borçlu kazara vukua gelecek zararlardan da sorumludur. Bunun mefhumu muhalifinden, borçlu kusuru olmadan temerrüde düşmüş olması durumunda, kazadan sorumlu tutulamaz. Aynı şekilde, borçlunun kusuru olmaksızın temerrüde düşmesi durumunda da, temerrüt devam ederken sözleşme rizikosu gerçekleşirse, borçlunun gerçekleşen bu rizikodan sorumlu tutulamaması gerekir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun kusursuz olarak temerrüde düşmesi halinde, sonradan şartların öngörülmez surette değişirse, istisnaen sözleşmeye müdahale edilebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay ise, borçlunun temerrüde düşmesi halinde, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında artık sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamayacağını kabul etmektedir; ancak, bu konuda borçlunun kusuruyla temerrüde düşüp düşmediği konusunda her hangi bir denetim yapmamaktadır.

Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerekli olan dördüncü şart ise, gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği konusunda sözleşmede her hangi bir düzenlenmenin olmaması gerekir. Çünkü sözleşmenin tarafları, gerçekleşen sözleşme rizikosuna ve bu anlamda olmak üzere denge

bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiğini, sözleşmeye koydukları uyarılama kayıtlarıyla kendileri düzenlemişlerse, gerçekleşen sözleşme rizikosu ve bu anlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olduğu sürece sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri gereğince öncelikle uygulanır. Dolayısıyla gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiği konusuna ilişkin olarak sözleşmede her hangi bir boşluk olmaz. Buna bağlı olarak da artık clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz.

İsviçre Federal Mahkemesi, son yıllardaki içtihatlarında kanunda ve sözleşmede somut olaya uygulanabilecek nitelikte bir düzenlemenin olmaması gerektiğine açıkça işaret etmektedir. Aynı şekilde Yargıtay da denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi için, bu konuda bir sözleşme boşluğu olması gerektiği görüşündedir. Bu bakımdan Türk-İsviçre hukuku ile Alman hukuku arasında esaslı bir fark yoktur.

Gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği sözleşmede hiç düzenlenmemişse veya bu konuda uyarılama kaydı kararlaştırılmışsa, ancak açık değilse, bu rizikoya sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği konusunda bir sözleşme boşluğu vardır. Sözleşme boşluğunun doldurulmasında, yani sözleşmenin tamamlanması konusunda, taraflar uzlaşamazlar ise, sözleşme hâkim tarafından tamamlanır. Uyuşmazlık durumunda hâkimin sözleşmeyi tamamlaması, MK m. 1/II hükmünden kaynaklanan bir yükümlülüktür. Buna göre, somut olayda sözleşme boşluğunun bulunması halinde, hâkim, MK m. 1/I hükmüne göre, öncelikle kanunda sözleşmeye uygulanabilecek nitelikte bir düzenlemenin bulunup bulunmadığını denetlemelidir. Somut olaya uygulanacak nitelikte böyle bir düzenlemenin olması durumunda, artık söz konusu düzenlemelerin uygulanması gerekir. Ancak, somut olaya uygulanabilecek nitelikte hiç bir düzenleme yoksa veya tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme olmakla beraber, sözleşmeye uygulanması somut sözleşmenin tüm içeriği düşünüldüğünde çelişkili bir durum yaratacak ise, bu durumda artık tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler uygulan(a)maz. Bundan böyle, MK m. 1/II hükmüne göre, somut olaya uygulanacak nitelikte bir örf ve adet normu bulunup bulunmadığı denetlenir. Bununla birlikte, sözleşme hukukunda, nadir sayıda örf ve adet kuralı vardır. Bu nedenle,

hâkim son çare olarak sözleşmedeki riziko boşluğunu kendi yarattığı hukuka göre tamamlar. Hâkimin kendi yarattığı hukuka göre sözleşmeyi tamamlaması ise, hâkimin dolaylı hukuk yaratması ve doğrudan hukuk yaratması olmak üzere ikiye ayrılır. Hâkimin dolaylı hukuk yaratması, kanun boşluklarının doldurulmasından farklı olarak, öncelikle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre -yani, tarafların varsayıma dayalı iradeleri temel alınarak- yapılır. Yani, dürüst ve makul sözleşme tarafları, sözleşmenin kurulduğu sırada açık kalan noktaları bizatihi düşünmüş olsalardı “neyi isteyecekleri” ve buna bağlı olarak da “neyi kararlaştıracaklar ise”, ona göre sözleşme boşluğunu tamamlar. Ancak, sözleşmede tarafların varsayıma dayalı iradeleri de tespit edilemiyorsa, bu durumda, hâkim, doğrudan hukuk yaratmak suretiyle söz konusu sözleşme boşluğunu tamamlamalıdır. Bu bakımdan, sözleşme boşluklarının tamamlanmasında, tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerinin, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre öncelikle uygulanması gerekir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay da bu görüşü kabul etmektedir. Alman Federal Mahkemesi de esas itibariyle tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelere öncelik tanımaktadır. Şu halde, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin sözleşme boşluğunun da aynı şekilde öncelikle tamamlayıcı nitelikteki hükümlere göre doldurulması gerekir.

Türk-İsviçre hukukunda, şartların öngörülemez surette değiştiği durumlara ilişkin olarak, borçlar hukukunda çok sayıda tamamlayıcı nitelikte düzenleme vardır. Ancak, Türk-İsviçre hukukunda şartların öngörülmez surette değişmesine bağlı olarak gerçekleşen sözleşme rizikolarından denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin “genel” nitelikte bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan, yine Türk-İsviçre hukukunda şartların öngörülmez surette değiştiği durumlara ilişkin olarak, kanunda düzenlenen tipik sözleşmelere ilişkin çok sayıda düzenleme vardır. Bu bağlamda ani edimli borç ilişkileri bakımından eser sözleşmesine ilişkin BK m. 365/II hükmü, Türk-İsviçre borçlar hukukunda ifa güçlüğü durumunda sözleşmeye müdahale edilmesine imkân veren en açık kanuni düzenlemedir. Ancak bu hüküm eser sözleşmesi dışındaki diğer sözleşmelere -kiyasen de olsa- uygulanamaz. Bunun dışında sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerle (yani haklı nedenlerle) feshedilmesine ilişkin çok sayıda tamamlayıcı nitelikte kanuni düzenleme vardır. Ancak, özel nitelikteki düzenlemeler arasında ise, sadece ölünceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin BK m.

517 hükmü, tartışmalı olmakla birlikte, ifa güçlüğüne ilişkindir. BK m.517 hükmü dışında, denge bozulması ve ifa güçlüğü, sürekli borç ilişkilerinin sona erdirilmesi bakımından da hiçbir şekilde önemli bir neden oluşturmamaktadır. Buna bağlı olarak, sürekli borç ilişkilerinde denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi durumlarında, sadece bu gerekçeyle önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı kullanılamaz. Buna karşın Alman hukukunda, işlem temelini bozulması ve bu bağlamda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarının gerçekleşmesi durumlarında, Türk-İsviçre borçlar hukukunda kanundaki tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin uygulanması imkânı, son derece sınırlıdır. Bu nedenle hâkim, denge bozulması ve ifa güçlüğü söz konusu sözleşme tiplerine ilişkin olmadığı sürece, artık MK m.1/II hükmüne göre dolaylı hukuk yaratmak suretiyle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre sözleşmedeki riziko boşluğunun tamamlanması imkânının olup olmadığını araştırmalıdır

Sözleşmenin tamamlayıcı yoruma göre tamamlanması konusunda Alman hukuku ile Türk-İsviçre hukuku arasında esaslı bir fark yoktur. Hâkim, tarafların varsayıma dayalı iradelerinden hareketle sözleşmedeki riziko boşluklarını tamamlaması gerekir. Sözleşmedeki riziko boşluklarının bu şekilde doldurulması, daha ziyade genel uyarlama kaydının karşılaştırıldığı durumlarda söz konusu olur. Hâkim sözleşmedeki, genel olarak ifade edilen uyarlama kaydının ne anlama geldiğine ilişkin sözleşme boşluğunu tüm sözleşme içeriğini de dikkate alarak, dürüstlük ilkesinin ışığı altında tamamlar. Ancak özellikle “genel nitelikteki olumsuz uyarlama kayıtları, dar yorumlanmalıdır. Öyle ki, sözleşmede genel nitelikte bir uyarlama kaydı karşılaştırılmış ise, uyarlama kaydının sınırları içerisinde hangi rizikoların bulunduğuna ilişkin sözleşme boşluğu, gerçekleşen tüm risklerin sadece bir tarafa ait olduğu şeklinde doldurulmamalıdır.

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre boşluk doldurma, üstü örtülü uyarlama kayıtlarının neden olduğu sözleşme boşluklarında da söz konusu olur. Üstü örtülü uyarlama kayıtları, Türk-İsviçre hukuk doktrininde, Alman hukukundan farklı olarak, olumlu uyarlama kaydı niteliğinde, özellikle sözleşmenin üstü örtülü olarak bozucu şarta bağlanması şeklinde de olabileceği kabul edilmektedir. Denge bozulması

ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen sözleşme rizikosunun ne zaman üstü örtülü bozucu şartın konusu olduğu ne zaman ise clausula rebus sic stantibus kapsamında kabul edilebileceği ise, hukuki anlamda şartın unsurlarından hareketle tespit edilebilir. Şart, ister açık ister üstü örtülü olarak kararlaştırılsın, daima iradenin bir unsuru olup, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda şüpheli olan olaya ilişkin ortak bir sübjektif bilincin (düşüncenin) varlığını gerektirir. Tarafların geleceğe ilişkin ortak beklentilerinin olduğu durumlarda, bu anlamda ortak bir sübjektif bilincin varlığı kabul edilebilir. Bu anlamda olmak üzere, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin bir sözleşme rizikosuna gerçekleşirse, böyle bir rizikonun gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği hakkında her iki tarafın sözleşme kurulduğu sırada ortak bir bilinç ya da beklentileri varsa, tarafların sözleşmeyi üstü örtülü şarta bağladıkları kabul edilebilir. Buna karşın böyle bir rizikonun gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği hakkında taraflardan en az birisinin dahi olsa bir sübjektif bir bilinç hali ya da beklentisi varsa, bu riziko hiçbir şekilde clausula rebus sic stantibus kapsamında kabul edilemez. Çünkü bu rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hakkındaki beklenti, aynı zamanda söz konusu rizikonun öngörüldüğünü gösterir. Gerçekleşen sözleşme rizikosunun öngörülebildiği durumlarda ise clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Bu bakımdan, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında üstü örtülü şartın uygulama alanı ile clausula rebus sic stantibus'un uygulama alanı, somut olayda bir hiç şekilde çakışmaz.

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre, aynı zamanda spekülasyon işlemlerindeki riziko boşlukları da doldurulabilir. Spekülasyon işlemler ve bu kapsamda uzun süreli sözleşmelerde, yapılan sözleşmenin niteliğine özgü sözleşme rizikoları vardır. Denge bozulması ve ifa güçlüğü de bu rizikolar arasındadır. Bu rizikoların objektif bakımdan öngörülebilen nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu rizikolar öngörülebilen olmasına rağmen tarafların sözleşmeyi yapmış olmaları, bu rizikoların gerçekleşmesi halinde tarafların varsayıma dayalı iradelerinin sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulmaması gerektiği yönünde olduğuna ilişkin bir destek noktasını oluşturur. Dolayısıyla, sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı sürece, gerçekleşen bu rizikoları taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin sözleşme boşluğu, sözleşmenin olumsuz uyarılma kaydı altında yapıldığı şekilde doldurulur. Ancak, spekülasyon işlemlerinin ve bu arada uzun süreli sözleşmelerde

gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan katlanması gerektiğine ilişkin sözleşme boşluğunun üstü örtülü olumsuz uyarılama kaydı altında yapıldığı şeklinde doldurulması, şartların değişmesinin rizikosunun sınırsız bir şekilde üstlenildiği anlamına gelemez. Öyle ki, tıpkı Alman hukukundaki gibi, spekülasyon işlemlerinde, işlemin tipine özgü rizikolar arasında olması durumunda ve bu kapsamda uzun süreli sözleşmelerde öngörülmesi durumunda, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin gerçekleşen rizikonun üstlenildiği kabul edilmelidir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü ilişkin olarak somut olaya uygulanacak nitelikte kanunda ve örf-adet hukukunda her hangi bir düzenleme yoksa ve tarafların bu konudaki varsayıma dayalı iradeleri de tespit edilemiyorsa, artık sözleşmedeki riziko boşluğunun, hâkim tarafından doğrudan hukuk yaratmak suretiyle doldurması gerekir. Hâkim burada da sözleşmeyi, dürüstlük ilkesinin ışığı altında tamamlamalıdır. Ancak bu aşamada, tarafların varsayıma dayalı iradeleri tespit edilememiş olduğu için, dürüst ve makul sözleşme tarafları ölçü alınmaz. Bunun yerine, dürüst, ortalama, makul kişiler benzer durumlarda alışılmış objektif değer ölçüsüne göre neyi kararlaştıracaklar ise, hâkim, sözleşmedeki riziko boşluğunu buna göre doldurur. Öte yandan, hâkimin doğrudan hukuk yaratmak suretiyle sözleşme boşluğunu tamamladığı durumlarda hâkimin hukuk yaratmak suretiyle sözleşmeyi tamamlaması, kanun boşluğunu doldurmasına benzer nitelikte olsa da, gerçekte farklıdır.

§ 5. ALMAN VE TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA DENGİ BOZULMASI VE İFA GÜÇLÜĞÜ DURUMLARINDA SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Alman hukukuna göre, işlem temelini sonradan bozulması ve bu kapsamda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, BGB § 313 hükmüne göre, öncelikle sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir. Uyarlama somut olayda beklenilemez ise veya mümkün değilse, en son çare olarak (ultima ratio) dönme veya fesih hakkı kullanılarak, sözleşme tümüyle sona erdirilebilir. Bu husus, doktrinde ve içtihatlarda da öteden beri savunulmaktadır.⁹³⁹

Alman hukukunda, BGB § 313 hükmünde, öncelikle sözleşmenin uyarlanması yolunun denetlenmesi, tarafların varsayıma dayalı iradelerinin esas itibarıyla sözleşmenin öncelikle ayakta tutulması yönünde olduğu gerekçesiyle isabetli bulunmaktadır.⁹⁴⁰

⁹³⁹ Bkz., **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 172 vd.; **Fikentscher**, s. 106 vd.; **Haarmann**, s. 79; **Chiotellis**, s. 8 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 262 vd.; **Heßhaus**, s. 61 vd.; **Jung**, s. 86; **Hammer**, s. 108; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 307 vd.; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 831; **Lettl**, JuS 2001, s. 250; **Hey**, s. 31 vd., 37; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 178; **Schmidt-Kessel/ Baldus**, NJW 2002, s. 2076 vd.; **Medicus**, Nr. 877 vd.; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 23 vd.; **Bamberger/Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 84 vd., 91; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 100 vd.; **Dauner-Lieb/ Dötsch**, NJW 2003, s. 921 vd.; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 27 vd.; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 168, 170; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 28; **Hirsch**, s. 117 vd.; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 44; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 40 vd.; **Emmerich**, § 29, Nr. 1 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 75 vd.; **Hütte/ Helbron**, Nr. 813; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 6; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 19 vd.; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 241 vd.; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 212; AG Dortmund, 13.10.1948, NJW 1949, s. 148; BGH 15.03.1966, LM § 242 (Bb) Nr. 50; BGH 16.01.1953, LM § 242 (Bb) Nr. 12 (Bohrhämmer); BGH 14.07.1953, NJW 1953, s. 1585 vd. = JZ 1953, s. 735 (Güteraustausch/ erfüllter Vertrag); BGH 17.09.1954, NJW 1954, s. 1925 vd.; BGH 15.12.1955, BB 1956, s. 254 vd.; BGH 12.04.1957, NJW 1957, s. 1317; BGH 23.10.1957, BGHZ 25, 390; BGH 11.02.1958, NJW 1958, s. 785 (Pachtzinsminderung); BGH 22.10.1958, WM 1959, s. 206; BGH 03.12.1957, LM § 242 (Ba) Nr. 18 (Holz auf dem Stamm); BGH 06.07.1961, BGHZ 35, 272; BGH 25.10.1962, BGHZ 38, 146, (149); BGH 11.07.1963, BGHZ 40, 71 (Teilvergütung); BGH 29.10.1964, BGHZ 42, 232 (Teilvergütung); BGH 01.12.1964, GRUR 1965, s. 298; BGH 31.01.1967, BGHZ 47, 48 (52) NJW 1967, s. 721 (Bauunmöglichkeit); BGH 13.11.1975, NJW 1976, s. 565 (567) (Fußballspielertransfer); BGH 08.02.1984, NJW 1984, s. 1746 (1747) (Alkoholverbot-Kaufvertrag/ İran); BGH 31.05.1990, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 39= NJW 1991, s. 1478 vd., (1489) = GRUR 1990, s. 1005 vd. (Salome I/ Mietvertrag).

⁹⁴⁰ Bkz., **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 179; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 104; **Hirsch**, s. 117.

İsviçre hukukunda, hâkiminin *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale etmesinin hukuki sonuçları konusunda farklı görüşler vardır. Öyle ki, doktrinde savunulan bir görüşe göre⁹⁴¹, *clausula rebus sic stantibus* (ve bu arada da denge bozulması ve ifa güçlüğü) durumlarında, hâkim, sadece sözleşmeyi sona erdirebilir. Bunun dışında sözleşmeye başka türlü her hangi bir müdahalede bulunamaz. Aksi halde, hâkim, tarafların özgür iradeleriyle yaptıkları bir sözleşmenin içerisine uygunsuz bir şekilde girmiş olur ki, bu da sözleşme özgürlüğü ilkesinin ihlali anlamına gelir. Doktrindeki diğer bazı yazarlara göre ise⁹⁴², sözleşmenin sona erdirilmesi, *clausula rebus sic stantibus*'un normal hukuki sonucudur. Sözleşmenin uyarlanması ise, sadece tarafların bunu istemeleri durumunda söz konusu olabilir. Hâkim olan görüşe göre ise⁹⁴³, kabul edilen dogmatik temelden bağımsız bir şekilde, sözleşmenin sona erdirilmesini *clausula rebus sic stantibus*'un olağan sonucudur; ancak, tüm unsurların gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin uyarlanmasına gidilebilir. Ayrıca bu görüş, sözleşmenin sona erdirilmesi veya uyarlamadan birine, diğeri karşısında her hangi bir üstünlük veya öncelik tanınmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, tıpkı doktrindeki hâkim görüş gibi, dogmatik temelden bağımsız olarak, hem sözleşmenin uyarlanmasını hem de sözleşmenin sona erdirilmesini kabul etmektedir.⁹⁴⁴ Bunun dışında mahkeme, başlangıçta, sözleşmenin uyarlanmasının tarafların buna rıza göstermeleri durumunda söz konusu olabileceği görüşünde iken⁹⁴⁵,

⁹⁴¹ Reichel, s. 26.

⁹⁴² Siegwart, s. 178 vd.; Merz, s. 479a, 482a, 675a; Oftinger, SJZ 36, s. 247, 248; Hungerbühler, s. 35. Merz'e göre, hâkimin sözleşmeyi uyarlaması hiçbir bakış açısına göre haklı değildir (bkz., BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 249 vd.).

⁹⁴³ Schmitz, s. 66 vd., 70 vd.; Schlageter, s. 103 vd.; Deschenaux, s. 204 vd.; ZürcherKomm-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR, Nr. 635 vd.; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 325, 327, 332, 353; ZürcherKomm-Baumann, Art. 2 ZGB, Nr. 460 vd.; Sulzer, s. 210; Hausheer/Manuel, Art. 2 ZGB, Nr. 121; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Nr. 1291, 1295; Schwenger, Nr. 35.10.

⁹⁴⁴ “ ... İsviçre hukukunda, sözleşmenin sona erdirilmesi yerine sözleşmenin uyarlanmasının karşısında olan hiçbir hukuki engel yoktur ... ”. Bkz., BGE 59 II 372 (375) (Börsengebäude-Zürich-Fall). Ayrıca bkz., 47 II 314 (315) (Mietvertrag/ Heizkosten/ Leistungerschwerung); 48 II 366 vd. (Stromlieferungsvertrag/ Fabriksbrand-Fall/ Zweckstörung); 115 II 484 vd. (Mietvertrag); “ ... Hâkimin sözleşmeyi uyarlamasının asıl hukuki sonucu olarak, sözleşmenin feshi veya sözleşmedeki edim yükümlülüğünün değiştirilmesi (Modifikation) şeklinde olabilir ... ”. Bkz., 127 III 300 (307) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); Hâkimin sözleşmeyi sona erdirilebileceği hakkında bkz., 107 II 144 vd. (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 111 II 260 (262) (Leibrente).

⁹⁴⁵ Bkz., BGE 47 II 314 (318) (Mietvertrag/ Heizkosten/ Leistungerschwerung); 48 II 242 (250).

daha sonra, sözleşmenin uyarlanması konusunda tarafların anlaşmasını da bir gereklilik olarak görmemiştir.⁹⁴⁶

Türk hukukunda ise, doktrinadaki hâkim olan görüşe göre⁹⁴⁷, öncelikle sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilmelidir. Bunun mümkün olmaması durumunda ise, sözleşme sona erdirilmelidir. Yargıtay'ın kararlarında da denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hem sözleşmenin uyarlanmak suretiyle ayakta tutulması hem de sözleşmenin sona erdirilmesi imkân dâhilinde kabul edilmektedir. Ancak, daha ziyade uyarlama şartlarının mevcut olup olmadığının denetimi yapılmaktadır.⁹⁴⁸

Kanaatimize göre, Türk-İsviçre hukukunda, *clausula rebus sic stantibus*'un ve (ve bu arada da denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün) hukuki sonuçları, dogmatik temelden bağımsız olarak belirlenemez. Öyle ki, *Bischoff*'un haklı olarak işaret ettiği

⁹⁴⁶ Bkz., BGE 51 II 303 (309) (Äquivalenzstörung); 59 II 372 (376) (Börsengebäude-Zürich-Fall).

⁹⁴⁷ **Kaplan**, s. 156; **Burcuoğlu**, s. 14; **Oğuzman/ Öz**, s. 451; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 9; **Eren**, s. 441.

⁹⁴⁸ Bkz., “ ... Değişen durumlarda sözleşmede ve yasada bir hüküm yoksa boşluk kabul edilmeli MK. m.1 ve 2 uyarınca hâkim sözleşmeyi yeni durumlara uydurmalıdır. ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/ 147, K. 1981/ 932 (Kira sözleşmesi/ İfa güçlüğü); “...daha sonra ortaya çıkan ve zorlu neden niteliğinde bulunmayan olağanüstü durumlarda, yanların edimleri (borçları) arasında denge önemli ölçüde sarsılırsa, hüküm Medeni Kanun madde 1 ve 2 çerçevesinde, ya sözleşmeyi sona erdirir ya da değişen durumlara uyarlar. ... Ne var ki; sözleşmenin yeni durumlara uydurulması imkanı varsa, yani edimler arasındaki denge bozulmuş ise, yeni durumlara uydurma kural, sona erdirmeye istisna olmalıdır. ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); “ ... İşlem temelini çöktüğünü kabul eden hakim; duruma göre; alacaklı lehine borçlunun edimini yükseltmeye, borçlu lehine onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar vermek suretiyle sözleşmeyi değişen şartlara uydurur ... ”. Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); “ ... Clausula rebus sic stantibus kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. ... Hakim bu gibi hallerde ya sözleşmeyi ortadan kaldıracak, ya da sözleşme koşullarının olağanüstü olgulara uyarlanmasına ve böylece sözleşmede bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlayacaktır. ... ”. Bkz., Y. HGK 19.02.1997, E. 1996/ 11-762, K. 1997/ 77 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 17.09.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); “...tarafların edimleri arasındaki denge önemli ölçüde sarsılmış, edimin olduğu gibi yerine getirilmesi borçludan beklenemez duruma gelmişse doğruluk ve dürüstlük kuralları gözönünde tutularak "İşlem Temelinin Çökmesi, ya da aşırı derecede sarsılması ilkesi uyarınca sözleşme yeni durumlara uyarlanabilir. ... ”. Bkz., Y. HGK 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması); “ ... İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar. ... ”. Bkz., Y. HGK 7.5.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Aynı yönde: Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

gibi⁹⁴⁹, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hangi dogmatik temelde sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği savunuluyorsa, hukuki sonuçlarının da kabul edilen dogmatik temele tabi olması gerekir.

Türk hukukunda hâkim olan görüş ve Yargıtay, yukarıda da ifade edildiği üzere⁹⁵⁰, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak dürüstlük ilkesini kabul etmektedir. Ancak, yine yukarıda açıklandığı üzere, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temelinin dürüstlük ilkesine dayandırılması isabetli değildir. Çünkü dürüstlük ilkesinin düzeltme fonksiyonu yoktur. Dolayısıyla, dürüstlük ilkesine göre sözleşmeye müdahalede bulunulamaz. Diğer taraftan, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, yine yukarıda açıklandığı üzere⁹⁵¹, hakkın kötüye kullanılması yasağına göre sözleşmeye müdahale edilmesi, pek mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hakkın kötüye kullanılması yasağına göre sözleşmeye müdahale edilebildiği kabul edilse bile, hakkın kötüye kullanılması yasağının, hâkimin, somut olaya uygulanacak norm yerine yeni bir hüküm yaratması sonucunu meydana getirmez. Öyle ki, *Zeller*'in işaret ettiği üzere⁹⁵², bir kimse hakkını kötüye kullanırsa, hâkim, bu kimsenin söz konusu hakkına temel teşkil eden normu, somut olay bakımından hükümsüz kılar ve uygulamaz. Yani, davacı ise, davası reddedilir. Davalı ise, aleyhine karar verilir. Dolayısıyla, *clausula rebus sic stantibus* durumlarında da hakkın kötüye kullanılması yasağına göre sözleşmeye müdahale edilebildiği kabul edilse dahi, hâkimin düzeltme ve bu anlamda olmak üzere uyarılma hakkı ve yetkisi yoktur.⁹⁵³ Bu dogmatik temelde tarafların edim

⁹⁴⁹ Bkz., **Bischoff**, s. 229.

⁹⁵⁰ Bkz., yuk., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler .

⁹⁵¹ Bkz., yuk., § 2, III, 4. Dürüstlük İlkesi ile Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağından Hareket Eden Görüşler .

⁹⁵² Bkz., **Zeller**, s. 328, 329.

⁹⁵³ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 251; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 646; **Bischoff**, s. 60, 237; **Schmiedlin**, s. 175. Bu husus bir örnek yardımıyla daha da somutlaştırılabilir. Örneğin, borçlu olan davacı, sözleşmenin sona erdirilmesini dava ederse, hâkim, alacaklının aynen ifa talebinin MK m. 2/II hükmüne göre hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturup oluşturmadığını re'sen araştırır. Hâkim, hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiği sonucuna varırsa, aynı zamanda taleple bağlılık ilkesi gereği, sözleşmeyi sadece sona erdirir. Alacaklının aynen

yükümlülüklerinin artırılması veya azaltılması şeklinde sözleşmenin uyarlanması, sadece sözleşmenin bu şekilde uyarlanmasının talep edilmesi durumunda söz konusu olabilir.⁹⁵⁴ Oysa bizim de savunduğumuz sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması görüşü bakımından, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hem tarafların edim yükümlülüklerinin artırılması veya azaltılması şeklinde hem de sözleşmenin sona erdirilmesi imkanının sağlayacak şekilde sözleşmeye müdahale edilebilir. Yani, sözleşme tamamlanabilir. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin riziko boşluğu, MK m. 1 hükmü temelinde geliştirilen metoda göre⁹⁵⁵, hâkim tarafından hukuk yaratmak suretiyle serbestçe doldurulur.⁹⁵⁶ Hâkim, sadece, MK m. 2/I hükmüne göre, dürüstlük ilkesinin ışığı altında sözleşme boşluğunu tamamlaması gerekir.⁹⁵⁷ Dolayısıyla, hâkimin somut olayda sözleşmeye yaptığı müdahalenin sadece

ifa talebini dava yoluyla kullanması durumunda da, hâkimin, alacaklının bu talebinin MK m. 2/II hükmüne her hangi bir aykırılık oluşturup oluşturmadığını yine re'sen incelemesi gerekir. Yaptığı inceleme sonucunda alacaklının bu talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğu sonucuna varırsa, davayı reddetmesi gerekir. Dolayısıyla, hâkim, mahkemeden sözleşmenin sona erdirilmesini dava etmiş ise, davayı uyarlama hakkına sahip değildir. Karşı görüş için bkz., **Akyol**, s. 113 vd.

⁹⁵⁴ Öyle ki, örneğin bir varil petrolün 20 Amerikan Doları'na karşılık geldiği bir zamanda bir yıllık bir süreyle her ay varili 20 Amerikan Doları üzerinden belli miktarda petrol tedarikini borçlanan bir borçlu, kısa bir süre sonra şartların öngörülmez surette değişmesi sonucu petrolün varil fiyatının 100 Amerikan Doları'na çıkması karşısında borcunu ifa etmekten kaçınırsa, alacaklı aynen ifa talebiyle dava açabilir. Tedarikçi olan davalı, alacaklı olan davacının hakkını kötüye kullandığı iddia eder ve bu da mahkemece sabit bulunursa, davacının davası reddelir. Bunun dışında, hâkimin yukarıda da açıklandığı üzere, sözleşmeyi uyarlayarak ayakta tutma yetkisi yoktur. Bu davada tedarikçi olan davacı davanın reddini değil de sözleşmenin sona erdirilmesini talep ederse ve davacının da hakkını kötüye kullandığı davada sabit görülürse, hâkim yine davalının lehine karar vermek zorunda olduğu için, sözleşmenin uyarlanmasına değil, sözleşmenin sona erdirilmesine karar vermesi gerekir. Hâkim, taleple bağlılık ilkesi ile bağlı olduğu için, sözleşmenin sona erdirilmesi yerine sözleşmenin uyarlanmasına karar veremez. Çünkü sözleşmenin uyarlanması sözleşmenin sona erdirilmesine göre "aza" hükmetmek değildir. Dolayısıyla, böyle bir durumda da hâkim sözleşmeyi uyarlayamaz. Hâkimin sözleşmeyi uyarlaması, sadece davacı olan tarafın sözleşmenin edimler arasındaki denge ilişkisinin sağlanması amacıyla açtığı davalar bakımından söz konusu olabilir ki, tedarikçi olan borçlunun sözleşmenin sona erdirilmesindeki menfaati sözleşmenin uyarlanmasındaki menfaatinden daha fazla ise, çoğunlukla sözleşmenin sona erdirilmesini talep edeceği de kuşkusuzdur.

⁹⁵⁵ Bkz., yuk., § 4, IV, 2, A. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hukuk Kurumları Arasındaki Hiyerarşi.

⁹⁵⁶ **Deschenaux**, s. 201; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 638 vd.; **Bischoff**, s. 229, 234; **Caytas**, s. 209 vd.; **Schmiedlin**, s. 176.

⁹⁵⁷ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 632 vd., 648 vd., 651 vd.; **Bischoff**, s. 30, 55, 178; **Schmiedlin**, s. 177; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 358; **Erdin**, s. 54; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 83; **Sulzer**, s. 212; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 121; **Gauch/Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1289; BGE 47 II 314 (318) (Mietvertrag/ Heizkosten/ Leistungerschwerung); 59 II 372 (376 vd.) (Börsengebäude-Zürich-Fall). Hâkimin, sözleşme

belli bir hukuki sonuca yönelik olması gerektiğine ilişkin hiçbir genel prensip yoktur. Hâkimin, dürüstlük ilkesine göre tarafların ortak menfaati neyi gerektiriyorsa, ona göre sözleşme boşluğunu tamamlaması gerekir. Bu kapsamda, hâkim, tarafların edim yükümlülüklerinin artırılması veya azaltılması şeklinde veya sözleşmenin taraflarına dönme ya da fesih hakkı tanımak suretiyle sözleşmedeki riziko boşluğunun tamamlanmasına karar verebilir.⁹⁵⁸ Dolayısıyla, hâkimin sözleşme boşluğunu tamamlanmasında tercih edilecek yolun birinin diğerine üstünlüğü veya önceliği yoktur.

II. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI

1. Genel Olarak

Alman hukukunda doktrinde ve içtihatlarda kabul edildiği üzere, BGB § 313 hükmüyle edimin ifasının yeniden beklenilebilirliğinin sağlanması amaçlanır. Bu bakımdan, sözleşmenin uyarlanmasının kapsamı ve ölçüsü, dürüstlük ilkesinden kaynaklanan beklenilmezlik unsuruna göre belirlenir.⁹⁵⁹ Türk-İsviçre hukukunda da

boşluğunu dürüstlük ilkesine göre doldurması gerektiği hakkında bkz., 100 II 330 (331) (Mietvertrag/ Ergänzung durch den Richter); 108 II 112 (114) (Mietvertrag/ Ergänzung durch den Richter); **Kaplan**, s. 155, 159; **Eren**, s. 441; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 10. Yargıtay'ın içtihatları: "... işlem temelini çöktüğü hallerde nasıl hareket edilecektir? Bu soruya hukuksal yanıt ve kaynak olarak Medeni Kanun madde 2 deki doğruluk ve dürüstlük kuralını gösteririz. ... Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır ve bu boşluğun doldurulması için, sözleşmenin anlamı gözönünde tutularak, yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulacaktır. ... ". Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); "... Somut sözleşmenin özelliği, koşulları, süresi beklenilmeyen ekonomik değişiklikler (enflasyon), kiralananın nitelikleri sözleşmenin anlamına aykırı olmayacak şekilde her iki tarafın menfaatleri gibi tüm objektif ve subjektif hal ve şartlar tartışılıp kıymetlendirilmeli, sonuçta uyarlama yapılması kanaatına kavuşulursa hâkim, sözleşmedeki intibak boşluğunu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları (MK. Md. 4, 2) ışığında Kanun boşluğunda olduğu gibi MK.nun 1. maddesindeki yetkiye dayanarak yine bizzat kendisinin yaratıp taktir ettiği bir kuralla doldurmaya çalışmalıdır. ... ". Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); "... işlem temelini kısmen veya tamamen çökmesi halinde, adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak "Akdi Uyarlama" benimsenmiştir ... ". Bkz., Y. HGK 19.02.1997, E. 1996/ 11-762, K. 1997/ 77 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); "... İşlem temelini çöküşüne ilişkin uyumsuzlukların giderilmesinde kaynak olarak MK'nun 1, 2 ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır ... ". Bkz., Y. HGK 7.5.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www. kazanci. com. tr.

⁹⁵⁸ Bkz., **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 638 vd.; **Bischoff**, s. 229, 234; **Caytas**, s. 210; **Schmiedlin**, s. 177.

⁹⁵⁹ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 267; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 308; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 88; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 25; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 102, 105; **Hirsch**, s. 128; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 41; **AnwKomm-BGB/**

sözleşmenin uyarlanması, esas itibariyle Alman hukukundan farklı değildir. Öyle ki, Türk-İsviçre hukukunda hâkim, MK 1/II (ZGB Art. 1/II) hükmüne göre sözleşmedeki riziko boşluğunu doldururken yine dürüstlük ilkesini (MK m. 2/I; ZGB Art. 2/I) dikkate alması gerekir.⁹⁶⁰

Sözleşmenin uyarlanması konusunda dürüstlük ilkesini ve bu arada beklenilmezlik ilkesine göre hareket edilmesi gerekli olsa da, genel kayıtların tümünde olduğu gibi, hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla, sözleşmenin uyarlanması konusunda, dürüstlük ilkesinin de somutlaştırılması gereklidir.⁹⁶¹ Bu anlamda olmak üzere, nelerin beklenilebilir olup olmadığı veya sözleşme boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda, soyut olarak değil; somut olayın tüm durumları özellikle de tarafların menfaati dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekir.⁹⁶² Ancak hâkim, somut olayın özelliklerini ve tarafların menfaatlerini dikkate alırken, sadece sözleşmenin içeriğinden hareket etmelidir.⁹⁶³ Doktrinde ve bazı

Krebs, § 313 BGB, Nr. 76; **Emmerich**, § 29, Nr. 20; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 241; BGH 23.10.1951, JZ 1952, s. 145 (146) = MDR 1952, s. 156 (Volkswagensparer); BGH 31.01.1967, NJW 1967, s. 721 (722) (Bauunmöglichkeit); OLG Köln, 16.02.1977, DB 1977, s. 1943; BAG 18.02.2003, NJW 2003, s. 3005 (3006). Dolayısıyla, beklenilmezlik unsuru Alman hukukunda bir yandan sözleşmeye müdahale etme konusunda işlem temelinin bozulmasının normatif unsurunu oluştururken, öbür yandan da sözleşmeye yapılacak müdahalenin hukuki sonuçlarının ölçü alınan kriterini oluşturmaktadır. Bkz., **Köhler**, s. 156 vd.; **Ulmer**, AcP 174, s. 184; **Chiotellis**, s. 36 vd.; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 263; **Hammer**, s. 109; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 88; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 103; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 28; **Hirsch**, s. 117; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 49; **Hütte/ Helbron**, Nr. 814; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 76.

⁹⁶⁰ Bkz., yuk., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak.

⁹⁶¹ **Erdin**, s. 54.

⁹⁶² **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 88; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 101; **Hirsch**, s. 117; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 41; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 19 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 76; **Emmerich**, § 29, Nr. 19 vd.; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 652, 686; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 359; **Erdin**, s. 54; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1291; BGE 107 II 411 (414) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 108 II 112 (114) (Mietvertrag/ Ergänzung durch den Richter); **Oğuzman/ Öz**, s. 451; **Eren**, s. 441. “ ... değişen durum ve koşullar sonucu bozulan ekonomik dengenin objektif olarak yeniden dengelenmesinde hakim Medeni Kanun madde 4'ün kendisine tanıdığı takdir yetkisinin sınırları içerisinde kalarak en iyi çözümü bulmaya yönelik bir karar vermelidir. ... ”. Bkz., Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Yargıtay'ın kararları için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁹⁶³ Dolayısıyla, hâkim, tarafların mali durumu gibi, sözleşmenin içeriğine ilişkin olmayan durumları hiçbir şekilde dikkate almamalıdır. Bkz., **Rüthers**, s. 27; **Locher**, AcP 121, s. 93; **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 88 vd.; **Chiotellis**, s. 150; **Jung**, s. 83; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 650, 682; **Caytas**, s. 218; **Kaplan**, s. 159. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, hem Alman

mahkeme kararlarında, hâkimin özellikle tarafların varsayım iradelerine hareket etmesi, yani, somut olayda taraflar gerçekleşen sözleşme rizikosunun bilgisinde olmuş olsalardı söz konusu rizikoları kendi aralarında nasıl paylaşacaklar ise, bu temelde sözleşmenin uyarlanması gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁶⁴ Gerçi bu yargı ilk bakışta doğru gibi gözükebilir. Ancak, tarafların gerçek ortak iradeleri olmasa bile varsayım dayalı iradelerinin ne olduğu ilişkin sözleşmede bir destek noktası varsa, bu durumda sözleşmedeki riziko boşluğu sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre doldurulabilir. Yok, böyle olmayıp da tarafların varsayım dayalı iradelerine ilişkin her hangi bir destek noktası yok ise, bu durumda tarafların iradelerinin hangi yönde olabileceğine ilişkin bir destek noktası olmadan bir varsayım ortaya atılmış olur ki, bu da tarafların varsayım dayalı iradeleri değil, sadece hâkimin varsayımı olur.⁹⁶⁵ Dolayısıyla denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında BGB § 313 hükmüne göre veya -Türk-İsviçre hukuku bakımından- *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmenin uyarlanması durumlarında, tarafların olmayan varsayım dayalı iradelerinden hareket edilemez. Bunun yerine, sözleşme boşluklarının olduğu ve ancak kanun boşluğu olmadığı durumlarda hâkim nasıl hukuk yaratıyorsa ona göre sözleşmedeki riziko boşluğunu tamamlamalı ve ona göre bir uyarlama yapmalıdır. Buna göre hâkim, dürüst, ortalama, makul kişilerin benzer durumlarda alışılmış objektif değer ölçüsüne göre neyi kararlaştıracaklar ise, sözleşmedeki riziko boşluğunu buna göre doldurmak suretiyle uyarlama yapmalıdır.⁹⁶⁶ Uyarlama yapılırken, gerçekleşen sözleşme rizikosunu,

Federal Mahkemesi hem de Yargıtay, denge bozulması ve ifa güçlüğü borçlunun yıkımına neden olmasını, sözleşmeye madahale edilmesi bakımından dikkate almaktadır. Bkz., yuk., § 4, I, 2, A. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin “Borçlunun Yıkımına Neden Olacak Ağırılıkta” Bozulmuş Olmasının Gerekip Geremediği Sorunu.

⁹⁶⁴ **Medicus**, (FS Flume I), s. 629 vd.; **Larenz**, (Schuldrecht), § 21 II 3, s. 329; **Medicus**, Nr. 879; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 168; **Hirsch**, s. 128; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 651; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 358; **BernerKomm-Weber**, Art. 97-109 OR, Nr. 83; **Sulzer**, s. 43. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, ilk başlarda hâkimin verdiği kararın tarafların varsayım dayalı iradelerine uygun olması gerektiği görüşündedir. Bkz., BGE 59 II 372 (376) (Börsengebäude-Zürich-Fall). Yargıtay da tarafların varsayım dayalı iradelerinin dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması) Y. HGK 17.09.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651 (Döviz endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması). Yargıtay’ın kararları için bkz., www. kazanci. com. tr.

⁹⁶⁵ Bkz., **Oftinger**, SJZ 36, s. 249. Aynı yönde: **Bischoff**, s. 235, **Caytas**, s. 212. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, özellikle *Oftinger*’in itirazları doğrultusunda bu konuda ilk başlarda verdiği içtihatlarını değiştirmiştir. Bkz., BGE 107 II 144 (149) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter).

⁹⁶⁶ **Nicklich**, s. 227; **Bischoff**, s. 235; **Erdin**, s. 137 vd. 139.

haklı bir neden olmadığı sürece, özellikle şüpheli durumlarda taraflar arasında eşit şekilde paylaştırılmalıdır. Bu bakımdan, sözleşme rizikosunun tümüyle tek bir tarafa yüklenilmesi, çoğu zaman hakkaniyete uygun olmaz.⁹⁶⁷ Bu şekilde yapılacak bir uyarılama, kural olmamakla birlikte, esas itibariyle edimler arasındaki başlangıçtaki denge ilişkisinin tekrar sağlanması sonucuna götürür.⁹⁶⁸ Ayrıca, uyarılama yapılırken sözleşme özgürlüğü ilkesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, sözleşmeye, sözleşmedeki riziko boşluğu ölçüsünde müdahale edilmelidir.⁹⁶⁹ Başlangıçta yapılan sözleşmede edimler arasında gerçekte bir dengesizlik varsa, hakkaniyet mülhazasıyla da olsa, bu dengesizliği ağırlaştıracak veya etkisiz kılacak şekilde sözleşme uyarlanmamalıdır.⁹⁷⁰ Ayrıca, yine sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereği olarak, hâkimin kararı, hiçbir şekilde tarafların üzerinde uzlaştıkları konulara aykırı olmamalıdır. Örneğin, tarafların her ikisi de sözleşmenin uyarlanmasını istemişlerse; ancak, uyarılamanın ölçüsü konusunda uzlaşmamışlarsa, hâkim, sözleşmenin sona erdirilmesine veya değişmeksizin aynen devam etmesine karar vermemelidir.⁹⁷¹

Yukarıda açıklanan ilkeler ve sınırlamalar dâhilinde hâkim, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin olarak gerçekleşen sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiği hakkındaki sözleşme boşluğunu, serbestçe doldurabilir. Bunun sonucunda, hâkimin kararı sözleşmenin uyarlanması yönünde ise, borçlunun

⁹⁶⁷ Jung, s. 87; Haas-Medicus, Kap. 3, Nr. 178; Bamberger/ Roth-Grüneberg, § 313 BGB, Nr. 89; Hirsch, s. 129; Fikentscher/ Heinemann, Nr. 241; BGH 29.09.1961, NJW 1962, s. 29 (31); BGH 23.11.1989, NJW 1990, s. 572 (573) (Höhere Gewalt/ Reisevertrag/ Groß Geschäftsgrundlage/ Tschernobyl).

⁹⁶⁸ Soergel-Teichmann, § 242 BGB, Nr. 267; Hirsch, s. 129; AnwKomm-BGB/ Krebs, § 313 BGB, Nr. 76; Fikentscher/ Heinemann, Nr. 241.

⁹⁶⁹ MünchKomm-Roth, § 313 BGB, Nr. 102; Palandt-Heinrichs, § 313 BGB, Nr. 28; HandKommentar-Schulze, § 313 BGB, Nr. 19.

⁹⁷⁰ Bu anlamda olmak üzere Yargıtay'a göre: "... sözleşmede yüklenilen edimleri tamamen başka bir anlam verilecek hale getirmek suretiyle bir tarafa beklenmedik şekilde olağanüstü yararlar sağlanamaz. Sözleşme yeni bir hale dönüştürülemez. ...". Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www. kazanci. com. tr.

⁹⁷¹ BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 250; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 638; Bischoff, s. 234; Caytas, s. 210; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 357 vd.; Erdin, s. 55; Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey, Nr. 1291; Kaplan, s. 158; Eren, s. 442.

sözleşmede kararlaştırılan edim yükümlülüğü indirilmiş⁹⁷² veya borçlunun edim yükümlülüğü artırılmış⁹⁷³ olabilir.⁹⁷⁴

⁹⁷² Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Federal Mahkemesi'nin borçlunun edim yükümlülüğünün indirilmesine ilişkin kararları: BGH 13.10.1959, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 33 = NJW 1960, s. 91 (Apothekenkonzessionfall). Alman Federal Mahkemesi, emeklilik sözleşmelerinde, işverenin ödediği emeklilik ücretini artık ödeyemez hale gelmesi durumunda, işlem temelinin bozulması kapsamında işverenin ödediği emeklilik ücretinin indirilebileceğini kabul etmektedir. Bkz., BAG 16.03.1956, NJW 1956, s. 1086 (1088) (Betriebsvereinbarungen über betriebliche Ruhegelder). Benzer durum, beslenme ve barınma sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Bkz., OLG Celle 13.01.1958, RdL s. 183. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın da borçlunun edim yükümlülüğünün indirilmesine ilişkin kararları: BGE 43 II 170 (176); 44 II 519, (526) (Handelsverbot-Fall); BGE 48 II 242 (249 vd.); 61 II 259 (261); Y. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 19.02.1997, E. 1996/ 11-762, K. 1997/ 77 (Dövizde endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması). Y. HGK 17.09.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651 (Dövizde endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. HGK 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864 (Dövizde endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Yargıtay'ın kararları için bkz., www. kazanci. com. tr.

⁹⁷³ Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatları: Mahkemenin enflasyona bağlı olarak paranın değer kaybetmesi karşısında alıcının ödemesi gereken satım bedelini artırması hakkındaki kararı için bkz., RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 (333) (Kaufvertrag/ Vigognespinnerei); Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin, ön alım sözleşmesiyle belirlenen satım bedelinin artırılmasına ilişkin kararı için bkz., RG 16.04.1921, RGZ 102, 98 (Grundstückskauf). Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin kanun değişikliği sonucu satıcının ipoteğin çözülmesi için gerekli olan masraflarının artması karşısında bunların alacaklı tarafından karşılanması gerektiği hakkındaki kararı için bkz., RG 10.02.1926, RGZ 112, 329 vd. Alman Federal Mahkemesi'nin emeklilik sözleşmelerine ilişkin borçlunun (işverenin) edim yükümlülüğüne artırmasına ilişkin kararları: BGH 28.05.1973, BGHZ 61, 31 (35 vd) = NJW 1973, s. 1599 =MDR 1977, s. 99 (AG Vorstand/ Ruhegehaltsvertrag/ Wertsicherungsklausel); BGH 04.11.1976, WM 1977, s. 53 (AG Vorstand). Alman Federal Mahkemesi'nin üst hakkı sözleşmelerine ilişkin borçlunun edim yükümlülüğüne artırmasına ilişkin kararları: BGH BGH 30.03.1984, BGHZ 91, 32 vd. = NJW 1985, s. 126 = BB 1984, s. 1193 = MDR 1984, s. 744 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 20.12.1985, BGHZ 96, 371 vd. (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 21.02.1986, BGHZ 97, 171 = NJW 1986, s. 2698 (2699) = BB 1986, s. 1183 = MDR 1986, s. 662 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung); BGH 04.05.1990, BGHZ 111, 214 vd. = LM § 9 ErbbauVO Nr. 30 = NJW 1990, s. 2620 (Erbbaurecht/ Äquivalenzstörung). Alman Federal Mahkemesi'nin başka sözleşme tipleri bakımından borçlunun edim yükümlülüğünün artırılmasına ilişkin kararları: BGH 08.02.1984, NJW 1984, s. 1746 (1747), (Alkoholverbot-Kaufvertrag/ İran); BGH 23.11.1989, NJW 1990, s. 572 (573) (Höhere Gewalt/ Reisevertrag/ Groß Geschäftsgrundlage/ Tschernobyl); BGH 10.07.2002, NJW 2002, s. 3234 (3237). Bkz., BGH 23.05.1980, BGHZ 77, 194 = NJW 1980, s. 2241=JuS 1981, s. 145 = MDR 1980, s. 835 = BB 1980, s. 1183 (Erbbaurechtsvertrag/ Äquivalenzstörung). İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları: BGE 47 II 314 (319) (Mietvertrag/ Heizkosten/ Leistungerschwerung). Yargıtay'ın içtihatları: Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/ 147, K. 1981/ 932 (Kira sözleşmesi/ İfa güclüğü); Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması); Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Yargıtay'ın kararları için bkz., www. kazanci. com. tr.

⁹⁷⁴ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 262, 267; **Heßhaus**, s. 62; **Jung**, s. 87; **Lettl**, JuS 2001, s. 250; **Haas-Medicus**, Kap. 3, Nr. 178; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 89; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 28; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 28; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 28; **Hirsch**, s. 128; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 41; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 77; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 6; **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 19; **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 134; **ZürcherKomm-Jäggi/Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 531, 573 vd., 635 vd.; **Bischoff**, s. 235vd.; **Schmiedlin**, s. 177; **Caytas**, s. 212; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 353; **Erdin**, s. 55; **Bühler**, s. 45; **Hausheer/ Manuel**, Art. 2

2. Uyarlamaya İlişkin Kararın İnşai Nitelikte Bir Karar Olması

Alman hukukunda BGB § 313 hükmü kanunlaşmadan önce doktrinde ve içtihatlar tarafından da kabul edilen görüşe göre,⁹⁷⁵ sözleşmenin uyarlanması, işlem temelini unsurlarının mevcut olması durumunda hak ve yükümlülüklerin sınırını çizen BGB § 242 hükmüne göre kanunen (ipso iure) gerçekleşir. Sözleşmenin uyarlanmasını isteyen tarafın böyle bir durumda def'i hakkı vardır. Burada hâkimin kararı, sadece uyarlamanın tespitine yönelik açıklayıcı nitelikte bir karardır. Hâkim, sadece dürüstlük ilkesine göre işlem temeli haline gelen durumların değişmesi nedeniyle sözleşmenin hangi içeriğe sahip olduğunu tespit eder.⁹⁷⁶ Doktrindeki bir başka görüşe göre ise,⁹⁷⁷ işlem temelini bozulmasından olumsuz etkilenen tarafın böyle bir durumda def'i hakkı olmayıp, sadece sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir talep hakkı vardır. Bu nedenle, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin olarak irade beyanında bulunması gerekir. Aynı şekilde sözleşmenin diğer tarafının da buna uygun irade beyanında bulunması gerekir. Sözleşmenin diğer tarafı sözleşmenin uyarlanması kendisinden beklenilebildiği halde buna uygun irade beyanında bulunmazsa, hâkim sözleşmeyi uyarlar. Uyarlama, kanunen değil hâkimin kararıyla gerçekleşir. Bu bakımdan hâkimin kararı açıklayıcı değil, inşai niteliktedir.

ZGB, Nr. 121; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, Nr. 1291; **Kaplan**, s. 156; **Akyol**, s. 103 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 451; **Serozan**, (İfa Engelleri), § 20, Nr. 9; **Eren**, s. 441. “ ... hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar. ... ”. Bkz., Y. HGK 7.5.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Aynı yönde: Y. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171 (Kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Yargıtay'ın kararları için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁹⁷⁵ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 262; **MünchKomm-Roth**, (1994), § 242 BGB, Nr. 551; **Martinek**, AcP 198, s. 329 vd.; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 307. Alman Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGH 19.11.1971, NJW 1972, 152, (153); BGH 26.09.1996, BGHZ 133, 281, 296 = NJW 1997, 320 (Klimbim).

⁹⁷⁶ BGH 12.06.1987, BGHZ 101, 143 =NJW 1987, 2674 (2676)= MDR 1987, 923 = LM § 242 BGB Nr. 123 (Erbbaurechtsvertrag/ Kaufvertrag/ Äquivalenzstörung/ Zweckstörung/ Bauerwartung); BGH 22.01.1993, NJW 1993, 1641; OLG Stuttgart 26.09.1966, WRP 1997, 312, 317.

⁹⁷⁷ **Larenz**, (Geschäftsgrundlage), s. 173; **StaudingersKomm-Weber**, § 242 BGB, E 373; **Haarmann**, s. 103; **Horn**, AcP 181, s. 255 vd. (s. 276 vd.); **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 262; **Eidenmüller**, ZIP 1995, s. 1063 vd.

BGB § 313/I hükmünde, sözleşmeyle aynen bağlı kalınmasının beklenilemez hale gelmesi durumunda borçlunun, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını “talep edilebileceği” öngörülmektedir. Yani, burada şartların değişmesinden olumsuz etkilenen tarafa sadece bir talep hakkı sağlanmaktadır. Buna göre, sözleşmenin diğer tarafının bu talebi kabul etmemesi durumunda, sözleşmenin uyarlama imkânının olup olmadığını ve sözleşmenin aynen ifasının borçludan beklenilip beklenilemeyeceğine artık hâkim karar verecektir. Dolayısıyla, uyarlamanın gerçekleşmesi kanunen değil, – ikinci görüşe uygun olarak- uyarlamayı isteyen tarafın talebinin sözleşmenin diğer tarafınca kabul edilmemesi durumunda, bunu mahkemeden talep etmesi (yani dava açması) ve mahkemenin de buna karar vermesi sonucu gerçekleşir. Yani, hâkimin kararı açıklayıcı değil, inşai niteliktedir.⁹⁷⁸

Türk-İsviçre hukuku bakımından ise, doktrinde bir görüşe göre⁹⁷⁹, sözleşmenin uyarlanmasını isteyen tarafın bunu karşı taraftan talep etmesi, hâkim kararını gerektirmeyen inşai haklardandır. Dolayısıyla, uyuşmazlık durumunda hâkimin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararı, inşai nitelikte bir karar değil, açıklayıcı nitelikte bir karardır.⁹⁸⁰

“Uyarlama talebinin” inşai hak nitelikte olup olmadığı, inşai hakların özelliklerinden bağımsız olarak belirlenemez. Dolayısıyla, öncelikle inşai hakların özelliklerinin ortaya konulması gerekir.

Inşai haklar, hak sahibine, başka bir şahsın hukuk alanında tek taraflı bir hukuki işlemle hukuki sonuç doğurma gücü vermektedir. Bu tür tek yanlı bir güç

⁹⁷⁸ **BT-Drucks**, 14/6040, s. 176; **Eidenmüller**, Jura 2001, s. 831; **Hey**, s. 32 vd.; **Dauner-Lieb/Dötsch**, NJW 2003, s. 922; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 85; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 44; **Medicus**, (Bürgerliches Recht), Nr. 168a.; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 44; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 40; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 79 vd.; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 27; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 29; **Hirsch**, s. 118; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 40; **Emmerich**, § 29, Nr. 1 vd.; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 78.

⁹⁷⁹ **Serozan**, s. 383.

⁹⁸⁰ Türk-İsviçre hukukunda, bu görüş dışında, hâkimin verdiği kararın hukuki nitelendirilmesine ilişkin başka bir görüş veya tartışmaya rastlanılmamıştır.

dağılımı, kanun tarafından öngörüldüğü durumlarda söz konusu olabilir.⁹⁸¹ İnşai hakların sözleşmeyle tanınıp tanınmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bazı yazarlar⁹⁸², inşai hakların sınırlı sayıda olduğunu ve sözleşmeyle tanınamayacağını kabul etmektedir. Diğer bazı yazarlar ise⁹⁸³, sınırlı sayıda olma ilkesinin temelinde üçüncü kişilerin haklarının korunması veya kamu düzeninin korunması gerekliliğinin yattığını, bunun dışındaki durumlarda taraflarca inşai nitelikte hakların sözleşmeyle kararlaştırılmasının önünde hiçbir engel olmadığı görüşündedir. Çalışma konumuz bakımından sorun ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin taraflarına sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesine ilişkin değiştirici nitelikte bir inşai hak veren bir sözleşme hükmü olmadığı ve bu konuda da herhangi bir kanun hükmünün olmamasına karşın, taraflara inşai nitelikte hakların tanınıp tanınamayacağıdır.

Kanaatimize göre, inşai hakların sözleşmeyle dahi kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı bu kadar tartışma konusu iken, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin içeriğini uyarlamak suretiyle değiştirmesine imkan veren inşai nitelikte bir hakkın bulunduğu iddiası, hukuken kabul edilebilir görünmemektedir. Çünkü inşai haklar, tek taraflı beyanla başka şahısların hukuki alanında kendiliğinden hukuki sonuç doğururlar. Bu bakımdan, kanunla veya sözleşmede kendisine inşai hak tanınan taraf lehine olmak üzere, taraflar arasında altlık-üstlük ilişkisi ortaya çıkar.⁹⁸⁴ Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmede sözleşmenin taraflarından birine sözleşmenin içeriğini değiştirme yetkisi veren her hangi bir sözleşme hükmü yok iken ve bu konuda kanunda da her hangi bir hükmün olmadığı yukarıda açıklanmış iken, bu şartlarda taraflardan birinin sözleşmenin uyarlanmasına yönelik inşai nitelikte bir hakkın bulunduğunun iddia edilmesi ise, taraflar arasında alt-üst ilişkisinin yaratılması sonucunu doğurur. Bu ise, irade özerkliği ilkesine ve onun bir unsuru olan taraflar arasında eşitlik ilkesine

⁹⁸¹ Bkz., **Buz**, (Yenilik Doğuran Haklar), s. 84 vd.

⁹⁸² Bkz., **Buz**, (Yenilik Doğuran Haklar), s. 84, dn. 114'deki yazarlar.

⁹⁸³ Bkz., **Buz**, (Yenilik Doğuran Haklar), s. 85 ve ayrıca dn. 115'deki yazarlar.

⁹⁸⁴ Sözleşmeyle taraflardan birisine inşai hak tanınmasının sözleşmenin tarafları arasında altlık-üstlük ilişkisi doğuracağı hakkında bkz., **Buz**, (Yenilik Doğuran Haklar), s. 85.

tümüyle aykırı olur. Bu durum, aynı zamanda, burada savunulan görüşe göre, kanuna da aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü “sırf” edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu gerekçesiyle sözleşmenin bir tarafına sözleşmeyi “değiştirme hakkı”nın tanınması, bir yerde, “şartların değişmesi durumunda sözleşme sona erdirilmelidir” şeklinde özetlenecek olan *clausula rebus sic stantibus* öğretisinin kabul edilmesinden başka bir anlama gelmemektedir. Bu öğreti ise, yukarıda ifade edildiği üzere⁹⁸⁵, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun kanunlaşma sürecinde açıkça tartışma konusu olmasına rağmen kabul edilmemiştir.⁹⁸⁶ Dolayısıyla, bu konuda kanunun nitelikli susması söz konusudur. Yani, kanun koyucunun, sırf edimler arasındaki denge ilişkisi bozuldu diye sözleşmeye müdahale edilmesine karşı olduğu şeklinde anlamak gerekir. Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edildiği durumlarda, sözleşmenin taraflarının sözleşmenin içeriğini değiştirmeye ve bu anlamda uyarlamaya ilişkin inşai nitelikte hiçbir hakları yoktur. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmenin diğer tarafından sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesi, sözleşmenin kurulması için diğer esaslı noktaları da ihtiva ettiği ve ayrıca kesin ve belirli de olduğu sürece, olsa olsa sözleşmenin içeriğinin değiştirilmek suretiyle yeni bir sözleşme yapılmasına yönelik bir icap niteliğindedir.

Taraflardan birisinin sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulması konusundaki talebinin sözleşmenin diğer tarafınca kabul edilmemesi durumunda, ilgili taraf, hâkimden uyuşmazlığa çözüm bulmasını isteyebilir. Hâkim, yukarıda ifade edildiği üzere⁹⁸⁷, MK m. 1/II hükmüne göre, söz konusu sözleşme boşluğunu doldurmakla yükümlüdür. Hâkim böylelikle, örneğin kira tespit davasında olduğu gibi⁹⁸⁸ hukuken geçerli bir biçimde yapılmış olan, ancak, kira artış oranı sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu için bu konuda boşluklu olan sözleşmeyi tamamlar.

⁹⁸⁵ Bkz., yuk., § 2, I. Tarihi Gelişim ve *clausula rebus sic stantibus* Öğretisi.

⁹⁸⁶ Bkz., yuk., § 2, III, 3. Gabine İlişkin BK m. 21 (OR Art. 21) Hükümünün Kıyasen Uygulanması Görüşü.

⁹⁸⁷ Bkz., yuk., § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

⁹⁸⁸ Bkz., **Önen**, s. 108 vd.

Hâkimin buradaki takdir yetkisi, gerçekte inşai yönde karar almaya yönelik bir yetkidir. Çünkü hâkim dava sonunda vereceği kararlar, mevcut duruma yeni bir şeyler katmış olmaktadır.⁹⁸⁹ Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında açılan davalarda da sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulmasına ilişkin kararın kesinleşmesiyle birlikte, edimlerin değeri sözleşmede kararlaştırılan değer üzerinden değil, hâkimin kararında belirlenen değer üzerinden geçerli olur. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında tarafların edim yükümlülüğünün artırılması veya azaltılması amacıyla açılan dava, “inşai bir dava”dır ve hâkimin verdiği kararın da “inşai nitelikte bir karar” olduğu görülmektedir.⁹⁹⁰ Bu davada hâkime inşai karar alma yetkisi veren

⁹⁸⁹ Bkz., **Önen**, s. 111. Nitekim Yargıtay, “kira tespit” davasına ilişkin bir kararında, “kira tespitinde hukuki sonuç ancak hâkimin kararı ile doğmaktadır” cümlesini kullanmak suretiyle, kira tespit davasının bir inşai dava ve bu dava sonrasında verilecek kararın da inşai bir karar olduğunu keskin çizgilerle ortaya koymaktadır (bkz., Y. HGK 12.11.1979, E. 1, K. 3, Resmi Gazete, 13.01.1980, Sayı 16868. Bu kararın değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz., **Önen**, s. 111). Benzer durum, aşırı cezai şartın indirilmesinde de söz konusudur. Gerçi, aşırı cezai şartın indirilmesinde hâkimin sözleşmeye müdahalesi, sözleşmede boşluk olması nedeniyle değil, BK m. 161/III hükmü temelinde, hakkaniyet mülahazasına dayandırılmaktadır (bkz., **Eren**, s. 1141). Ancak, **Önen**’in işaret ettiği üzere, gerek kira tespit davasında, gerekse aşırı cezai şartın indirilmesinde, kararın kesinleşmesiyle birlikte, borçlunun edimi, artık sözleşmeyle kararlaştırılmış olan bedel üzerinden değil, hâkimin belirlediği bedel üzerinden geçerli olacaktır. Bu ise, hâkim kararının, taraflar arasındaki hukuki ilişkide bir değişiklik ortaya koyması anlamına gelmektedir (bkz., **Önen**, s. 100, 101).

⁹⁹⁰ **Caytas**, s. 210; **Akyol**, s. 117. Gerçi, inşai davanın konusunu sadece kanunda düzenlenen inşai bir hakkın oluşturabileceği bu nedenle de böyle bir davanın açılmayacağı ileri sürülebilir. Bu konuda Alman hukukunda, inşai davanın kanunda düzenlenen inşai bir hakka dayanması gerektiği görüşünü savunan yazarlar yanında, kanunda düzenlenen böyle bir hakka dayanmasına gerek olmadığı görüşünü savunan yazarlar da vardır (bkz., Alman hukukunda özellikle *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, inşai bir hakka dayanmayan davalarda inşai kararın istisnai olarak verilebileceği görüşündedir (bkz., § 91, Nr. 4). Ayrıca diğer yazarlar için bkz., **Önen**, s. 54, dn. 24 deki yazarlar). Türk hukukunda ise, usul hukukçuları arasında inşai davaların sadece kanunda düzenlenen inşai bir hakka dayanması durumunda açılacağı görüşü hâkimdir (bkz., örneğin: **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 272; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 292 vd.; **Önen**, s. 53, ve ayrıca s. 53 dn. 18 deki yazarlar). *Alangoya*’ya göre ise, hâkimin takdir hakkına dayanarak hukuki ilişkiyi değiştirdiği davalar da inşai dava niteliğindedir (bkz., **Alangoya**, s. 209). *Alangoya*’nın görüşü üstün tutulmalıdır, çünkü inşai dava açılabilmesi için gerekli olan unsur, inşai davanın kanunda düzenlenen bir inşai hakka dayanmasından ziyade, *Sungurtekin Özkan*’ın yerinde olarak işaret ettiği üzere, inşai karar vermesi bakımından hâkimi yetkilendiren bir hukuk normuna ihtiyaç olduğudur (bkz., **Sungurtekin Özkan**, s. 560). Nitekim cezai şartın aşırı olması durumunda, sözleşmenin tarafları inşai nitelikte bir talepte bulunmamış olsalar bile, hâkim, BK m. 163/III hükmünden aldığı yetkiye dayanarak, inşai nitelikte bir karar verebilmektedir (bkz., **BernerKomm-Becker**, Art. 163 OR, Nr. 20; **von Tuhr/ Escher**, s. 285; **Alangoya**, s. 209; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 292; **Eren**, s. 1142). Bunun dışında, yukarıda da ifade edildiği üzere, Yargıtay içtihatlarında, kira tespit davaları, inşai bir dava kabul edilmektedir. Doktrinde de özellikle usul hukukçuları, kira tespit davalarının inşai nitelikte bir dava olduğunu kabul etmektedir (bkz., örneğin: **Önen**, s. 111; **Akyol**, s. 117; **Alangoya**, s. 208 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 271. Bu yazarlara karşın **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, kira tespit davasının, tespit davası olduğu görüşündedir: bkz., s. 288). Bu konuda yeri gelmişken bir başka konuya da açıklık getirmemiz gerekir. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edildiği durumlarda, tarafların sözleşmenin içeriğinin uyarlanmasına ilişkin taleplerinin olsa olsa bir icap

hüküm ise, kanaatimize göre MK m. 1/II (ZGB Art. 1/II) hükmüdür.⁹⁹¹ Çünkü hâkimin sözleşme boşluğunu doldurmasına yönelik kararları, inşai nitelikteki kararlardır.⁹⁹²

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, hâkimin verdiği kararın inşai nitelikteki olmasının gerekliliği, Borçlar Kanunu Tasarısı'na da yansımış gözükmektedir. Öyle ki, BKT m. 137 hükmünde, uyarılmanın mahkemeden talep edileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin uyarılma imkânının olup

niteliğinde olduğu ve hakimin verdiği kararın ise inşai nitelikte bir karar olduğunu yukarıda belirtmiş bulunuyoruz. Bu durum karşısında: “hakimin kararının sözleşmenin uyarlanması yönünde olması durumunda sözleşmenin içeriğinin sözleşmenin uyarlanmasını isteyen tarafın talebi doğrultusunda değişmiş olacağı; bunun ise, tıpkı MK.m.734/I hükmünün önalm hakkının dava açılarak kullanılması zorunluluğunu getirmesi gibi, hak sahibinin dava açmaksızın hakkını kullanma imkanının elinde alınması sonucunu doğuracağı ve bununla ilgili diğer itirazlara yolaçacağı iddia edilebilir (önalm hakkının MK.m.734/I hükmü gereğince alıcıya karşı dava açılarak kullanılmasına yönelik eleştiriler için bkz., **Kırca**, (Önalm Hakkı), s. 1199 vd.). Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, inşai haklar, özellikle kamu düzeni veya üçüncü kişilerin haklarının korunması gereken durumlarda kanuna; diğer durumlarda ise, inşai hakkın hukuki sonuçlarını doğuracağı kişinin rızasına dayanması gerekir. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic sitantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edildiği durumlarda ise, tarafların böyle bir hakkının olmadığı yine yukarıda aynı başlık altında açıklanmış bulunuyoruz. Hal böyle iken, yani ortada denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin içeriğinin tek taraflı bir beyanla değiştirilmesine ilişkin inşai nitelikte bir hak yok iken, sözleşmenin içeriğinin ve bu anlamda uyarılmanın bu konuda hakim kararıyla değil de uyarılma talebinin sözleşmenin karşı tarafına ulaştığı anda gerçekleştiğinin iddia edilmesi ise, dogmatik değil, pragmatik bir yaklaşım olur.

⁹⁹¹ Nitekim yine yukarıda ifade edildiği üzere, kira bedelinin bir sonraki kira döneminde ne olacağı sözleşmede kararlaştırılmadığı için, bir sözleşme boşluğu vardır. Bu sözleşme boşluğunun ise, MK m. 1/II hükmünden aldığı yetkiye dayanarak hâkim tarafından doldurulması gerekmektedir. Türk hukukunda usul hukukçuları, yukarıda da ifade edildiği üzere, her hangi bir kanun hükmüne dayandırmaksızın, kira tespit davasını inşai dava olarak nitelendirmektedirler. Bu ise, kira tespit davasının sanki inşai davaların hâkimi yetkilendiren bir kanun hükmüne dayanması gerektiği görüşünün bir istisnası oluşturduğu izlenimini vermektedir. Kanaatimize göre, bu durum, usul hukukçuları tarafından kira tespit davasında yeni döneme ilişkin kira bedelinin ne olacağı hakkında bir sözleşme boşluğu bulunduğunun tespit edilememiş olmasından ileri gelmektedir.

⁹⁹² Bkz., **Walder-Richli**, § 24, Nr. 32. Gerçi, klasik inşai dava tiplerinde tarafların hukuki durumlarında başlı başına bir değişiklik amaçlandığı halde, burada sadece örneğin edim üzerinde bir değişiklik yapılması istenmektedir. Bu ise açılan davanın sanki bir tespit davası olduğu izlenimini vermektedir. Hatta öyle ki, hâkimin yarattığı hukuk nedeniyle edimin yeniden belirlenmesi, inşai faktörü arka plana iterek hüküm fıkrasına yansımaktadır. Yani, davanın asıl karakteri olan inşai özellik, görünüşte bir tespit örtüsü arkasına gizlenmiş olmaktadır. Ancak bu durum, açılan davanın tespit davası olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü tespit davası ile amaçlanan şey, sadece “mevcut olanın” tespitidir. “Mevcut olan” ile sözleşme boşluğu olması nedeniyle “belirlenecek olan” durumlar ise, aynı şey değildir. Bu nedenle, sözleşmede edimlerin değeri “mevcut” ise, ancak ne kadar olduğu konusunda uyuşmazlık varsa, bu durumda tespit davası açılabilir. Henüz belli olmayan, ihdas edilecek ve bununla mevcut hukuki durumda değişiklik yapılarak yeni bir hukuki durum ve hukuki ilişki ortaya konulacak biçimde edimin yeniden belirlenmesi ise, ancak inşai karaktere haiz olabilir (bkz., **Önen**, s. 111). Dolayısıyla, kararın içerisinde tespit unsurunun olması, hâkimin verdiği kararın inşai nitelikte olduğu gerçeğini değiştirmez (bkz., **Önen**, s. 101).

olmadığına, mahkeme karar verecektir. Bu nedenle, hâkimin kararı açıklayıcı değil, inşai nitelikte bir karar olacaktır.

3. Uyarlamanın Yapılması

A. Alman Hukukunda

a. Uyarlamaya İlişkin Olarak BGB § 313 Hükümünün Müzakere Yükümlülüğü İçerip İçermediği Sorunu

BGB § 313 hükmünde uyarlama talebinin sözleşmenin diğer tarafına doğrudan doğruya mı yoksa dava yoluyla mı ileri sürülmesi gerektiği açık değildir. Bununla birlikte, BGB § 313 hükmünün gerekçesinde, tarafların öncelikle sözleşmenin uyarlanmasını müzakere etmek zorunda oldukları ifade edilmektedir. Ancak burada kastedilenin teknik anlamda yeniden müzakere yükümlülüğü⁹⁹³ olup olmadığı da açık değildir. Bundan başka bu müzakere yükümlülüğünün dava edilip edilemeyeceği veya ihlali halinde ne türlü bir yaptırımının uygulanacağı da belirsizdir.

İşlem temelini bozulması durumunda tarafların yeniden müzakere etme yükümlülüklerinin olup olmadığı sorunu, esasında BGB § 313 hükmünün kanunlaşmasından önceki tartışmalara dayanmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, BGB § 313 hükmünün kanunlaşması sürecinde doktrinde bir görüş⁹⁹⁴, yeniden müzakere yükümlülüğünün söz konusu madde hükmünde düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur. Ancak, Alman kanun koyucusu, bu görüşün aksine, yeniden müzakere yükümlülüğünü madde hükmünde düzenlememiştir. Bunun yerine, kanun metninde, sadece sözleşmenin uyarlanmasının “talep edilebileceği” öngörülmektedir. Bu bağlamda, doktrindeki azınlık görüşüne göre⁹⁹⁵, § 313 BGB hükmünde yeniden müzakere yükümlülüğü öngörülmektedir. Buna karşın hâkim olan görüşe göre⁹⁹⁶,

⁹⁹³ Yeniden müzakere yükümlülüğü için bkz., § 3, I, 3, B, b, aa, aab, aaaa. Olumlu ve Olumsuz Uyarlama Kayıtları.

⁹⁹⁴ **Horn**, s. 640 vd.

⁹⁹⁵ **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 29. Aynı yönde: **HandKommentar-Schulze**, § 313 BGB, Nr. 19.

⁹⁹⁶ **Teichmann**, BB 2001, s. 1491; **Mattheus**, JuS 2002, 218; **Hey**, s. 39; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 85; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 93; **Henssler/ Westphalen-Muthers**, (Schuldrechtsreform), § 313 BGB, Nr. 26; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 24; **Dauner-Lieb/ Dötsch**, NJW 2003, s. 925; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 45; **Rösler**, ZGS 2003, s. 388 vd.; **Hirsch**, s. 120; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 81, 84; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 241.

kanunun gerekçesine rağmen, BGB § 313 hükmünde sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir müzakere yükümlülüğü yoktur. Kanun metnindeki “talep edebilir” ifadesi, tarafların öncelikle kendi aralarında bir çözüm yolunu denemeleri konusunda kanunun taraflara bir ışık tutması şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa müzakerenin bir yükümlülük olarak kabul edilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kuşkusuz, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında taraflar arasında müzakerenin önemli faydaları göz ardı edilemez. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında tarafların uyarlama konusunda öncelikle kendi aralarında müzakere etmeleri, her şeyden önce sözleşme özgürlüğü ilkesine uygunluk arz eder. Ayrıca, dava sürecinde tarafların mahkeme kanalıyla değil de kendi aralarında yüz yüze görüşmeler yapmaları, birbirlerinin durumlarını daha yakından tanımalarına ve buna uygun olarak daha yaratıcı ve daha esnek hareket etmelerine imkân verir. Bundan başka, tarafların mahkeme masraflarına katlanmalarının ve yargılama sürecinin uzamasının neden olduğu sakıncaları da asgariye indirir.⁹⁹⁷ Ancak, müzakerenin bu anlamda faydalarına karşın “bir yükümlülük olarak kabul edilmesinin” sakıncaları da vardır. Her şeyden önce tarafların müzakere etme yetenekleri ve güçleri somut olayda her zaman aynı olmayabilir. Öyle ki, yeniden müzakerenin talep edilmesi, örneğin kültürel bakımdan çoğunlukla zayıflığın bir işareti olarak algılanmaktadır. Bu nedenle, bir tarafın diğer taraf üzerinde psikolojik baskı kurmasına neden olmaktadır. Ayrıca, yeniden müzakere yolu, dava sürecinin uzatılması maksadıyla zaman kazanma yönünde suiistimal aracı olarak kullanılması durumunda, ekseriyetle sözleşmenin uyarlanmasını talep eden tarafın zaman kaybı, yargılama masraflar ve belirsizlikler yüzünden bundan zarar görmesine neden olmaktadır. Tüm bunların dışında, yeniden müzakerenin bir yükümlülük olarak öngörülmesi durumunda, bu yükümlülüğün ihlaline uygun yaptırımlar yoktur.⁹⁹⁸ Bu bakımdan, tarafların yeniden müzakereye zorlanması doğru değildir. Kaldı ki, buna ilişkin olarak BGB § 313 hükmünde de herhangi bir işaret yoktur. Bu nedenle, BGB § 313 hükmündeki açık düzenlemeye

⁹⁹⁷ Yeniden müzakerenin yararları konusunda bkz., **Horn**, s. 633 vd.; **Eidenmüller**, ZIP 1995, s. 1065 vd.; **Hirsch**, s. 121 vd.

⁹⁹⁸ Yeniden müzakere yükümlülüğünün sakıncaları konusunda bkz., **Eidenmüller**, ZIP 1995, s. 1067; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 324; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 85; **Hirsch**, s. 122; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 81.

rağmen hükmün gerekçesinden hareketle bir müzakere yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmesi isabetli bir yorum değildir. Madde hükmündeki “talep edebilir” ifadesini, sözleşmenin uyarlanması talebinin dava dışında kullanılabilirdiği gibi doğrudan dava yoluyla da kullanılabilirdiği şeklinde yorumlamak gerekir. Çünkü talep, bir şeyin yapılmasının, yapılmamasının, tespitinin veya inşai nitelikte bir talebin, sözleşmenin karşı tarafından istenilmesidir. Bu ise, dava dışında veya dava yoluyla ileri sürülebilir.

b. Uyarlama Talebinin Dava Dışında Kullanılması

BGB § 313 hükmündeki unsurların tamam olması durumunda, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir. Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere⁹⁹⁹, BGB § 313 hükmüne göre uyarlama kanunen gerçekleşmez. Öyle ki, BGB § 313/I hükmünün açık lafzı karşısında, sözleşmenin uyarlanması için sözleşmenin uyarlanmasını isteyen tarafın talebine uygun olarak sözleşmenin diğer tarafının da buna onay vermesi gerekir. Yani, tarafların sözleşmenin uyarlanması konusunda anlaşmaları gerekir. Taraflar, sözleşmenin uyarlanması konusunda anlaşılırsa, esas itibarıyla bir sorun yoktur. Ancak, sözleşmenin diğer tarafı sözleşmenin uyarlanması konusunda bir anlaşma yapmaktan kaçınırsa, son çare, uyarlama talebinin dava yoluyla kullanılmasıdır.¹⁰⁰⁰

c. Uyarlama Talebinin Dava Yoluyla Kullanılması

Uyarlama talebinin dava yoluyla kullanılması durumunda, açılan davanın konusu, davalının uyarlamaya onay vermesine mahkûm edilmesidir. Daha açık bir ifadeyle, dava dışında uyarlamaya onay vermeyen alacaklının irade beyanı yerine geçmek üzere karar verilmesi talebidir. Alman hukukunda sözleşmenin diğer tarafının uyarlamasının uygun bulmasına ilişkin irade beyanı, Alman İcra İflas Kanunu'nun (ZPO) § 894/I-1 hükmüne göre “ara sorun davasıyla” sağlanmaktadır. Öyle ki, söz konusu madde hükmüne göre, açılan davada borçlunun bir irade beyanında bulunması gerekiyor ise, kararın kesinleştiği anda, açıklanması gereken irade beyanı sağlanmış

⁹⁹⁹ Bkz., yuk., § 5, II, 2. Uyarlamaya İlişkin Kararın İnşai Nitelikte Bir Karar Olması .

¹⁰⁰⁰ Schmidt-Kessel/ Baldus, NJW 2002, s. 2076; Dauner-Lieb/ Dötsch, NJW 2003, s. 922; Hirsch, s. 129; Larenz/ Wolf, § 38, Nr. 44; AnwKomm-BGB/ Krebs, § 313 BGB, Nr. 79; Emmerich, § 29, Nr. 11.

olur. Daha sonra ise, uyarlama kararının yerine getirilmesi için bir eda davasının açılması gerekmektedir. Ancak, hâkim görüşüne göre¹⁰⁰¹, bunun için ikinci bir dava açılmasına gerek yoktur. Çünkü böyle ikinci bir dava açılması, usul ekonomisine uygun değildir. Bu nedenle her iki dava, terditli davaya ilişkin ZPO § 254 hükmüne göre birlikte açılabilir. Gerçi, davanın açıldığı sırada, uyarlama konusundaki somut talepler, henüz tam olarak belli değildir. Uyarlamaya ilişkin somut taleplerin, yani işlem temelinin ne ölçüde bozulduğu ve sözleşmeye ne ölçüde müdahale edilebileceği, ara sorun davası sonucunda belirginleşecektir. Ancak açılan dava terditli dava da olsa, ZPO § 253/II Nr. 2 hükmü gereğince davalı, taleplerinin içeriğini -dava açıldığı zaman henüz tam olarak belirli olmasa da- sınırlaması ve belirlemesi gerekir. Bu anlamda olmak üzere, davacının uyarlama konusunda davalının uygun irade beyanının ne olması gerektiğini dava dilekçesinde yeterince belirtmesi gerekir. Hâkim ise, bu taleplerle bağlıdır. Ancak bu durumda davacı, hakkı olan taleplerinin bir kısmını kaybetme tehlikesi ile karşılaşabilir. Ayrıca davacı, talepleri, lehine karar verildikten daha fazla ise, buna ilişkin dava masraflarına katlanmak zorunda kalır (ZPO § 92/I). Bu tür hakkaniyete aykırı sonuçların önüne geçilmesi amacıyla, sözleşmenin uyarlanmasının dava yoluyla kullanılması durumunda davacı, “davalının sözleşmenin uyarlanmasına onay vermesine mahkûm edilmesini” ve dilekçesinin devamında da “genel” bir ifadeyle, örneğin “uygun bir şekilde sözleşmenin uyarlanmasını” talep etmesi, yeterli kabul edilmelidir. Bu bakımdan, işlem temelinin bozulması durumunda, terditli davaya ilişkin ZPO § 254 hükmü, doğrudan uygulanmasa da kıyasen uygulanabilmelidir. Öyle ki, terditli olarak görülen davanın ilk aşamasında mahkemenin ara sorun davası kapsamında diğer tarafın yerine geçecek şekilde sözleşmenin uyarlanmasına onay vermesi sağladıktan sonra, terditli davanın ikinci aşamasında uyarlama sözleşmesinden kaynaklanan somut talepler dava edilebilir.

¹⁰⁰¹ Soergel-Teichmann, § 242 BGB, Nr. 265; Schmidt-Kessel/ Baldus, NJW 2002, s. 2076 vd.; Dauner-Lieb/ Dötsch, NJW 2003, s. 922 vd.; Henssler/ Westphalen-Muthers, (Schuldrechtsreform), § 313 BGB, Nr. 30; Hirsch, s. 129 vd.; Wieser, JZ 2004, s. 654 vd.; Larenz/ Wolf, § 38, Nr. 46; Emmerich, § 29, Nr. 12 vd.

B. Türk-İsviçre Hukukunda

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin bir tarafı, bu rizikolara ilişkin sözleşme boşluğunun doldurulmasını ve bu anlamda olmak üzere sözleşmenin uyarlanmasını diğer tarafından talep edebilir. Ancak sözleşmenin diğer tarafı, irade özerkliği ilkesine göre böyle bir talebi kabul etmek zorunda değildir. Tarafların bunu kendi aralarında müzakere etmelerine ilişkin yükümlülükleri de yoktur.¹⁰⁰² Bu nedenle sözleşmenin tarafları, bu yollardan hiçbirisine başvurmadan dahi, sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulmasını hâkimden talep edilebilir. Yargılama sonucunda sözleşmede her hangi bir riziko boşluğunun olmadığı sonucuna varılırsa, hâkimin davayı reddetmesi gerekir. Hâkimin verdiği bu karar inşai bir karar olmayıp, sözleşme boşluğunun bulunmadığı yönünde bir tespit hükmüdür.¹⁰⁰³ Ancak, yapılan yargılamada sözleşmede bir riziko boşluğu olduğu sonucuna varılırsa, hâkimin riziko boşluğunun doldurulması amacıyla vereceği karar, yukarıda da ifade edildiği üzere, inşai nitelikte bir karardır.¹⁰⁰⁴ Hâkimin kararı, sadece sözleşmedeki riziko boşluklarının doldurulmasına ilişkinse, bu hükmün icrasına gerek yoktur; hukuki etkisi, kararın kesinleştiği anda hükümlerini doğurur; yani, sözleşmenin uyarlanması kendiliğinden gerçekleşir.¹⁰⁰⁵ Ancak, bazı durumlarda bu karardan sonra bir eda davası açmak gerekli olabilir. Öyle ki, aşağıda açıklanacağı üzere¹⁰⁰⁶, örneğin davacı karar kesinleşinceye kadar borcunu ifa etmiş ise, inşai nitelikteki karardan sonra, daha önce fazladan ifa etmiş olduklarını davalıdan talep edebilir. Böyle bir durumda, usul ekonomisi nedeniyle terditli dava kapsamında tek bir dava açılması gerektiği savunulabilir. Bunun için ise, HUMK m. 179 hükmünün gereği olarak, taleplerin somutlaştırılması ve sınırlandırılması gerekir.¹⁰⁰⁷ Yani, davacının hem sözleşmedeki

¹⁰⁰² Schmiedlin, s. 171.

¹⁰⁰³ Bkz., Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 272; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 294.

¹⁰⁰⁴ Bkz., yuk., § 5, II, 2. Uyarlamaya İlişkin Kararın İnşai Nitelikte Bir Karar Olması .

¹⁰⁰⁵ Bkz., **Walder-Richli**, § 24, Nr. 30 vd.; **Alangoya**, s. 211; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 272; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 294.

¹⁰⁰⁶ Bkz., aşa., § 5, IV. Uyarlamanın veya Dönme ya da Fesih Beyanıyla Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Kısmen İfa Edilen Sözleşmelere Etkisi

¹⁰⁰⁷ Bkz., **Üstündağ**, s. 147 vd.

riziko boşluğunun doldurulmasına ilişkin talebini hem de eda davası kapsamındaki taleplerini davanın açıldığı sırada somutlaştırması gerekir.

İnşai dava açıldığı zaman hâkimin söz konusu sözleşme boşluğunu nasıl dolduracağı ve bu anlamda sözleşmeyi nasıl tamamlayacağı, davacının hâkimiyet altında bulundurduğu durumlarla ilgili değildir. Öyle ki, hâkim, söz konusu sözleşme boşluğunu MK m. 1/II hükmüne göre hukuk yaratmak suretiyle doldurur. Buna bağlı olarak, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin sözleşme boşluğunu nasıl dolduracağı; yani sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin taraflara bir hak mı vereceği yoksa sözleşmenin uyarlanmasına mı karar vereceği; uyarlanmasına karar verecek ise ne ölçüde bir uyarlama yapacağı, sadece inşai nitelikteki kararın kesinleşmesiyle belli olur. Sonuç olarak, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşme boşluğunun nasıl doldurulacağı, kural olarak, sadece hâkimin takdirindedir. Bu nedenle, davacının, hâkimden sadece: “sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulması” şeklinde talebini sınırlandırması, yeterli kabul edilmelidir. Çünkü böyle bir talepte bulunulmasa dahi, hâkim, uyuşmazlık konusuna ilişkin sözleşmede bir boşluk bulunduğunu tespit etmesi durumunda, MK m. 1/II hükmüne göre bu boşluğu doldurmakla görevlidir. Dolayısıyla, inşai davada davacının talebini daha başka şekilde somutlaştırmasına gerek yoktur.¹⁰⁰⁸ Ancak, her iki taraf da sözleşmenin sadece uyarlanmasını istiyorlarsa, tarafların taleplerinde bunu açıkça belirlemeleri gerekir. Böyle bir durumda, hâkimin, buna uygun hareket etmesi gerekir. Çünkü sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, hâkim, tarafların üzerinde anlaştıkları hususların aksine karar veremez.

Eda davasına ilişkin talebin somutlaştırılması ise, istenilmiş olan edanın kapsam ve çeşidine göre bir belirsizlik mevcut olmayacak şekilde beyan edilmesi

¹⁰⁰⁸ Bununla birlikte, uygulamada taraflar sözleşmenin rakamla tespit edilen belirli bir bedele uyarlanmasını talep etmektedir. Örneğin: “ ... Taraflar arasındaki "kira uyarlaması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir Asliye 9. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 3.12.2001 gün ve 234-951 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 23.5.2001 gün ve 3903-6048 sayılı ilamı ile; (... Davacı, davalının maliki olduğu taşınmazı 1.10.2000 tarihli ve 5 yıl süreli kira sözleşmesi ile kiraladığını, sözleşme ile aylık kira bedelinin 2000 Amerikan Doları olarak kararlaştırıldığını, ancak 2001 yılı Şubat ayı ortalarında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle dolar kurunun önceden tahmin edilemeyecek derecede yükseldiğini, sözleşmenin düzenlendiği sıradaki dengenin aleyhine bozulduğunu ileri sürerek, aylık kira bedelinin 1200 dolara uyarlanmasını istemiştir ... ”. Bkz., Y. HGK 7.5.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövizde endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması), bkz., www.kazanci.com.tr.

suretiyle yapılmalıdır. Bu bağlamda para borçlarında edanın konusunun belli bir rakam olarak somutlaştırılması gerekir.¹⁰⁰⁹

Sözleşme boşluğunun doldurulmasını isteyen tarafın inşai dava açıldığı zaman eda davasına ilişkin taleplerini, örneğin, daha önce ödediklerinin ne ölçüde iadesini isteyeceğini ve talebini nasıl somutlaştıracığı, önemli bir sorun oluşturmaktadır. Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere, inşai davada hâkimin neye karar vereceği, inşai davanın açıldığı sırada henüz belli değildir. Dolayısıyla, inşai davanın açıldığı sırada eda davasına ilişkin somutlaştırmanın veya sınırlandırmanın yapılması, büyük bir zorluk teşkil etmektedir. Bu nedenle Türk-İsviçre hukukunda sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin inşai nitelikteki dava açıldığı sırada eda davasının da terditli olarak açılmasının uygulanma imkânı fazla yoktur. Bu nedenle, eda davasının, inşai davaya ilişkin kararın kesinleştikten sonra açılması daha uygun olur.

III. SÖZLEŞMENİN DÖNME VEYA FESİH BEYANIYLA SONA ERDİRİLMESİ

1. Alman Hukukuna

BGB § 313/III hükmüne göre, sözleşmenin uyarlanması “mümkün değilse” veya bir taraftan “beklenilemiyorsa”, en son çare olarak, dönme veya uzun süreli sözleşmeler bakımından ise fesih yoluyla sözleşme sona erdirilir.¹⁰¹⁰ Burada uyarlamanın “mümkün olmaması”, daha ziyade edimin ifasının anlamsız hale geldiği işlem temelinin bozulmasına ilişkin diğer olay gruplarına (özellikle de amaç bozulmalarına) ilişkindir.¹⁰¹¹ Bunun dışında, özellikle denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında esas itibarıyla dürüstlük ilkesine dayanan “beklenilmezlik” kriteri öne çıkmaktadır. Ancak, somut olayda sözleşmenin uyarlanması mı yoksa sözleşmenin sona erdirilmesi mi gerektiği konusunda tüm durumlar için belirleyici olan soyut bir beklenilmezlik kriteri yoktur. Bunun yerine somut olaya göre değerlendirme

¹⁰⁰⁹ Bkz., Üstündağ, s. 147 vd.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 286.

¹⁰¹⁰ Bkz., yuk., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak

¹⁰¹¹ Emmerich, § 29, Nr. 24. Örneğin, “geçit töreni olayı”nda (bkz., yuk., § 2, II, 2, A, b. Larenz’in Görüşü), kralın taç giyme töreni gerçekleşmez ise, geçit töreninin izlenmesi de imkânsız hale gelmiştir. Dolayısıyla, pencerenin kiralınması hakkındaki sözleşme tümüyle anlamını kaybetmiştir. Burada artık uyarlama mümkün değildir. Bkz., Riesenhuber/ Domröse, JuS 3/ 2006, s. 212.

yapılmalıdır. Somut olaya göre belirleme yaparken, esas itibariyle sözleşme taraflarının menfaatleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, somut olayda uyarlamayı talep eden tarafın önerisine karşılık olmak üzere, sözleşmenin diğer tarafı yine kabul edilebilir bir uyarlama önerisi getirmiş ise, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince sözleşmenin tümüyle sona erdirilmesine ilişkin taraflara bir hak verilmesi haklı olmaz.¹⁰¹² Ancak, sözleşmenin uyarlanmasına hakkı olan tarafın uyarlamaya ilişkin önerisinin sözleşmenin diğer tarafınca haklı bir gerekçe olmaksızın reddedilmesi durumunda, uyarlamayı isteyen tarafın doğrudan doğruya sözleşmeyi sona erdirme hakkının olup olmadığı konusu tartışmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre¹⁰¹³, bir tarafın sözleşmenin uyarlanması müzakerelerinden kaçınması durumunda, uyarlamayı talep eden taraf, sözleşmeden dönebilir veya sürekli borç ilişkileri bakımından ihtarda bulunmak suretiyle sözleşmeyi feshedebilir. Ancak hâkim görüşüne göre¹⁰¹⁴, böyle bir durumda, diğer tarafın BGB § 313/III hükmüne göre dönme veya fesih hakkı mevcut değildir; çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere¹⁰¹⁵, BGB § 313 hükmü, yeniden müzakere yükümlülüğü içermemektedir. Bu nedenle yeniden müzakere yükümlülüğünden kaçan tarafa hiçbir şekilde olumsuz bir yük yüklenmediği gibi, bunu isteyen taraf da böyle bir durumda sadece mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir. Kaldı ki, işlem temelinin bozulmasının birincil hukuki sonucu, yukarıda da ifade edildiği üzere¹⁰¹⁶, sözleşmenin uyarlanmasıdır; sözleşmenin tümüyle sona erdirilmesi ise, burada en son çaredir.

¹⁰¹² **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 88; **Hirsch**, s. 134; **Riesenhuber/ Domröse**, JuS 3/ 2006, s. 212.

¹⁰¹³ BGH 21.11.1968, NJW 1969, s. 233 (234) = MDR 1969, s. 212 vd. = LM § 242 (Bb) BGB Nr. 57. Aynı yönde: **Horn**, AcP 181, s. 286; **Eidenmüller**, ZIP 1995, s. 1070; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 88, 91; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 29; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 44.

¹⁰¹⁴ **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 268; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 324 vd.; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 24; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 45; **Hütte/ Helbron**, Nr. 815; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 83; **Fikentscher/ Heinemann**, Nr. 241.

¹⁰¹⁵ Bkz., yuk., § 5, II, 3, A, a. Uyarlamaya İlişkin Olarak BGB § 313 Hükmünün Müzakere Yükümlülüğü İçerip İçermediği Sorunu.

¹⁰¹⁶ Bkz., yuk., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak

Öte yandan, Alman hukukunda, işlem temelinin bozulmasının hukuki sonuçlarına ilişkin olarak, dönme veya fesih beyanıyla sözleşmenin sona erdirilmesinin hukuki niteliği konusunda her hangi bir tartışma bulunmamaktadır. Buna göre, sözleşmenin sona erdirilmesi, inşai nitelikte bir irade açıklamasını gerektirir. Sürekli borç ilişkileri bakımından ise, fesih hakkı kullanılabilir. Ancak fesih için, BGB § 314 hükmünden farklı olarak, ihtarda bulunmaya gerek yoktur. Bu haklar, davada itiraz olarak ileri sürülebilir. Bu bakımdan söz konusu hakların kullanılması için hâkim kararına ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla, yapılan yargılama sonrasında işlem temelinin bozulduğu ve bu anlamda sözleşmeyle aynen bağlı kalmanın beklenilemez olduğu sonucuna varılmış ve sözleşmenin de uyarlanmasının beklenemediği saptanmış ise, sözleşmenin sona ermesi kanunen v e y a hâkim kararıyla değil; işlem temelinin bozulmasından olumsuz etkilenen tarafın dönme veya feshe ilişkin inşai nitelikte bir irade beyanıyla gerçekleşir.¹⁰¹⁷

2. Türk-İsviçre Hukukunda

Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan görüş ve içtihatlar, clausula rebus sic stantibus (ve bu arada denge bozulması ve ifa güçlüğü) durumlarında sözleşmenin sona erdirilmesini kabul etmektedir.¹⁰¹⁸

Kanaatimize göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hakimin sözleşmeyi sona erdirme yetkisinin olup olmadığı, sözleşmeye müdahalenin kabul edilen dogmatik temelinden bağımsız olarak belirlenemez. Burada savunulan hakimin sözleşme boşluğunu tamamlaması görüşü gereğince, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin sözleşme boşluğunun olduğu durumlarda, hakim, MK.m.1/II hükmündeki metoda göre bu boşluğu tamamlayacaktır. Bu anlamda olmak üzere en nihayetinde hakim, dürüst, ortalama, makul kişiler benzer durumlarda alışılmış

¹⁰¹⁷ BT-Durucks. 14/6040, s. 176; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 262; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 308; **Hey**, s. 37; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 92; **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 26; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 29; **Hirsch**, s. 133; **Larenz/ Wolf**, § 38, Nr. 44, 46; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 29; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 30; **Hütte/ Helbron**, Nr. 816; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 88; **StudienKomm-Kropholler**, § 313 BGB, Nr. 6; BGH 23.09.1994, DnotZ, 1996, s. 636 (639); BGH 26.09.1996, BGHZ 133, 316 (328)= NJW 1997, s. 1702 (1704); BGH 16.02.2000, NJW 2000, s. 1714 (1716).

¹⁰¹⁸ Bkz., yuk., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak.

objektif değer ölçüsüne göre neyi kararlaştıracaklar ise ona göre sözleşmeyi tamamlayacaktır. Dolayısıyla hakimin, sözleşme boşluğunun tamamlamasının sınırı dışına çıkararak, sözleşmeyi sona erdirme yetkisi yoktur. şayet, sözleşmedeki riziko boşluğunun, edim yükümlölüklerinin artırılması veya azaltılması suretiyle tamamlanması somut olayda tarafların menfaat durumuna uygun düşmüyorsa, hakim, taraflara dönme veya fesih hakkı tanımak suretiyle sözleşmeyi tamamlayabilir. Sözleşmenin bu şekilde tamamlanması da esas itibariyle yine sözleşmenin uyarlanmasından başka bir anlama gelmemektedir.

Öte yandan, Türk-İsviçre hukukunda sözleşmenin nasıl sona erdirileceği konusu da açık değildir. Bir görüşe göre¹⁰¹⁹, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, bundan olumsuz etkilenen tarafın sözleşmeden dönme hakkı vardır. Uyuşmazlık durumunda hâkimin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararı, açıklayıcı nitelikte bir karardır. Bir başka görüşe göre ise, sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin olarak hâkimin kararı açıklayıcı değil, inşai niteliktedir.¹⁰²⁰

Kanaatimize göre, kanundan ve sözleşmeden kaynaklanmayan bir durumda taraflara inşai bir hak olan dönme hakkının tanınması pek mümkün görünmemektedir.¹⁰²¹ Bu nedenle kanundan ve sözleşmeden kaynaklanmayan bir durumda taraflardan birine sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin inşai nitelikte bir hakkın verilmesi isabetli değildir. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere¹⁰²², denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme boşluğu, MK m. 1/II hükmüne göre hâkim tarafından hukuk yaratmak suretiyle serbestçe doldurulabilir. Bu bağlamda, sözleşme, denge bozulması ve ifa güçlüğünden olumsuz etkilenen tarafa hâkimin takdirine göre dönme ve fesih hakkının tanınmasıyla tamamlanabilir.¹⁰²³ Yani

¹⁰¹⁹ Serozan, s. 383.

¹⁰²⁰ Bkz., Schmitz, s. 64; Bischoff, s. 231; Caytas, s. 210; Schmiedlin, s. 170; Akyol, s. 117.

¹⁰²¹ Bkz., yuk., § 5, II, 2. Uyarlamaya İlişkin Kararın İnşai Nitelikte Bir Karar Olması .

¹⁰²² Bkz., yuk., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak.

¹⁰²³ Bkz., ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 635; Bischoff, s. 230. Burada yeri gelmişken belirtmemiz gerekir ki, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak dürüstlük ilkesinin kabul edilmesi durumunda, dürüstlük ilkesinin sözleşmeyi düzeltme fonksiyonu olmadığı için, sözleşme hiçbir şekilde sona erdirilemez. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılması halinde ise, hâkim, sadece, sözleşmenin sona erdirilmesi dava

sözleşmeyi, sözleşmenin sona erdirilmesine imkan sağlayacak şekilde uyarlanabilir. Ancak hâkim, tarafların edim yükümlülüklerinin artırılması veya azaltılmasına hizmet edecek şekilde sözleşmeyi uyarlamasında olduğu gibi, burada da dürüstlük ilkesiyle bağlıdır. Buna göre, sözleşmenin taraflarından birisi denge bozulması ve ifa güçlüğüünün olumsuz sonuçlarını üstlenmeye hazır olduğunu açıklamış ise, hâkim borçluya dönme veya fesih hakkı tanıyacak şekilde sözleşmeyi tamamlamaması gerekir. Çünkü böyle bir durumda sözleşmenin diğer tarafının sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin bir hakkın verilmesinde ısrar etmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olur.¹⁰²⁴ Bunun dışında hâkim, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereği olarak tarafların ortak iradesine saygılı olmalıdır. Öyle ki, örneğin, sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmenin ayakta tutulmasını veya sözleşmenin sona erdirilmesine hizmet edecek şekilde sözleşmenin uyarlanmasını istiyorlarsa, hâkim, aksine karar veremez.¹⁰²⁵

Tüm bu durumlarda hâkimin kararı inşai nitelikte bir karardır. Çünkü hâkimin sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin kararları inşai niteliktedir.¹⁰²⁶ Ancak, hâkimin sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin kararının etkileri farklı şekilde olur. Öyle ki, hâkim dönme ya da fesih hakkı tanımak suretiyle sözleşmeyi tamamlamış ise, sözleşme, inşai nitelikteki hâkimin kararıyla sona ermiş olmaz. Böyle bir durumda hâkimin kararı, sadece sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesine ilişkin inşai nitelikte bir karardır. Sözleşmenin sona erdirilebilmesi, ayrıca, bu hakka sahip olan tarafın sözleşmenin sona erdirilmesini karşı taraftan talep ettiği anda gerçekleşir.¹⁰²⁷

edilirse, sözleşmeyi sona erdirebilir. Çünkü taleple bağlılık ilkesi gereği, sözleşmenin sona erdirilmesi talep edilmediği sürece, hâkim, sözleşmenin sona erdirilmesine karar veremez. Bkz., yuk., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak.

¹⁰²⁴ **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 250; **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 636; **Bischoff**, s. 230; **Schmiedlin**, s. 171; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 357.

¹⁰²⁵ **ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 638; **Bischoff**, s. 230. Ayrıca bkz., BGE 47 II 314 (319) (Mietvertrag/ Heizkosten/ Leistungerschwerung).

¹⁰²⁶ Bkz., yuk., § 5, II, 2. Uyarlamaya İlişkin Kararın İnşai Nitelikte Bir Karar Olması .

¹⁰²⁷ Hakimın sözleşmedeki riziko boşluğunu fesih veya dönme hakkı tanımak suretiyle tamamladığı durumlarda, inşai kararın verildiği anda sözleşme sona erdirilmeyip de daha sonra bunun için dönme veya fesih hakkının kullanılmasının gerekmesi ve hatta sözleşmeden dönme hakkına sahip olan tarafın

İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmeye edim yükümlülüğünün azaltılması veya artırılması şeklindeki uyarılama dışında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale ettiği içtihatlarında, ya taraflara dönme hakkı tanımakta¹⁰²⁸ ya da sözleşmeyi öngörülemez nitelikteki olayın gerçekleştiği andan ileriye etkili olarak sona erdirmesini¹⁰²⁹ kabul etmektedir.¹⁰³⁰

Yargıtay uygulamasında ise, sözleşmenin sona erdirilmesi kabul edilmekle birlikte, tercih edilen bir yol değildir.¹⁰³¹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ise, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin m. 137 hükmünde, uyarılamanın mümkün olmaması durumunda, borçlunun sözleşmeden dönebileceği veya sözleşmeyi feshedebileceği belirtilmektedir. Burada dönme ve fesih hakkının doğrudan kullanılıp kullanılmayacağı tartışma konusu yapılabilir. Madde hükmünde geçen "... uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına

bu hakkını kullandıktan sonra bu hakkın usulu dairesinde kullanılıp kullanılmadığının tespiti için muhatabın ayrıca yeni bir dava açmasının, yargılamanın uzamasına neden olacağı açıktır. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında gerçekleşen sözleşme rizikosuna sözleşmenin hangisinin katlanması gerektiği konusundaki sözleşme boşluğunun tamamlanmasında hakimin dikkate aldığı hususlar, tamüyle davacının veya davalının tasarrufunda olan durumlar değildir. Yani, hakimin sözleşmedeki riziko boşluğunu tarafların edim yükümlülüklerini artırmak veya azaltmak ya da bu konuda taraflara dönme veya fesih hakkı tanıyarak mı sözleşme boşluğunu tamamlayacağı, tarafların kontrol edecekleri durumların dışındadır. Buna bağlı olarak, davacı veya davalının inşai davanın ardından açılacak davaya ilişkin (eda, tespit davası) yeterince somutlaştırma imkanı yoktur. Dolayısıyla hek iki davanın birlikte açılması, hukuken mümkün gözükmemektedir. Öte yandan, unutulmamalıdır ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarının gerçekleşmesinin ardından edimlerin artırılması veya azaltılması suretiyle sözleşme boşluğunun tamamlanmasına ve bu anlamda sözleşmeye müdahale edilmesine hiçbir şekilde razı olmayan taraf, sözleşmedeki riziko boşluğunun sözleşmenin diğer tarafına bu konuda dönme veya fesih hakkı tanımak suretiyle tamamlaması durumunda, başlangıçtaki bu sert tutumundan ayrılmak zorunda kalabilir. Öyle ki, sözleşmeye hiçbir şekilde müdahale edilmemesini savunan taraf, artık dönme veya fesih hakkına sahip olan tarafın bu haklarını kullanarak sözleşmenin sona erdirmeye imkanını elde etmesinin ardından, artık müzakere yoluyla edim yükümlülüğünün artırılması veya azaltılması suretiyle sözleşmenin uyarlanmasına da razı olabilir. Bu bakımdan, her iki davanın birlikte açılması, her zaman için amaca uygun da değildir. Bkz., yuk., §5, II, 3. Sözleşmenin Uyarlanması, A.Türk-İsviçre Hukukunda.

¹⁰²⁸ BGE 45 II 351 vd. (Bier-Fall/ Leistungerschwerung); 45 II 386 vd. (Stausee-Fall); 57 II 532 vd. (Mietvertrag/ Zahnarztpraxis- Fall/ persönliche Leistungspflicht).

¹⁰²⁹ BGE 48 II 366 vd. (Stromlieferungsvertrag/ Fabriksbrand-Fall/ Zweckstörung).

¹⁰³⁰ Bkz., Merz, s. 434a; Schmiedlin, s. 170.

¹⁰³¹ Bkz., yuk., § 5. Alman Ve Türk-İsviçre Hukukunda Denge Bozulması Ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahalenin Hukuki Sonuçları, I. Genel Olarak. Ancak, Yargıtay'ın İkinci Dünya Savaşı ve sonraki yıllarda özellikle ifa güçlüğü durumlarına ilişkin içtihatlarında, sözleşmenin feshine karar verdiği de görülmüştür. Örneğin: Y. TD, 22.09.1943, E. 2423, K. 1673 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü), bkz., Gürsoy, s. 77 vd.; Y. 4. HD, 12.12.1957, E. 7173, K. 7373 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü), bkz., Gözübüyük, s. 101.

sahiptir...” ifadesini, yapılan yargılama sonunda sözleşmeye müdahale edilmesinin şartlarının olduğunun; ancak, uyarılmanın mümkün olmadığı sabit bulunması halinde dönme ve fesih hakkının kullanılacağı şeklinde yorumlamak gerekir. Bu nedenle, borçlunun sözleşmeden dönebilmesi (ve bu arada sözleşmeyi feshedebilmesi için) öncelikle sözleşmenin uyarılmasını dava etmesi gerekir. Uyarılmanın mümkün olmaması durumunda ise, borçlu dönme veya fesih beyanı ile sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Burada inşai bir dava hakkı olmayıp, inşai bir hak vardır. Dönme veya fesih beyanı, kullanıldıktan sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Uyuşmazlık durumunda hâkimin kararı ise, açıklayıcı nitelikte bir tespit hükmüdür. Bu bakımdan, tasarıda öngörülen düzenleme, dönme ve fesih hakkının kullanılması ve hukuki sonuçları bakımından, Alman hukukunda işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmüne paralellik arz etmektedir.

IV. UYARILAMANIN VEYA DÖNME YA DA FESİH BEYANI İLE SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİNİN KISMEN İFA EDİLEN SÖZLEŞMELERE ETKİSİ

Alman hukukunda doktrinde ve içtihatlarda kabul edildiği üzere, işlem temelinin bozulmasının hukuki sonuçları, işlem güvenliği nedeniyle, etkisini sözleşmenin henüz ifa edilmeyen kısmı üzerinde gösterir. Bu nedenle, sözleşme ifa edildiği oranda işlem temelinin bozulması esas itibariyle artık önemsizdir.¹⁰³² Bu kapsamda, sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin uyarılması, sadece geleceğe ilişkin olmak üzere, henüz ifa edilmeyen kısma ilişkin olabilir.¹⁰³³ Ancak, doktrinde bazı yazarlara göre¹⁰³⁴, sözleşmenin ifa edilen kısmı bakımından işlem temelinin bozulmasına dayanılmayacağına ilişkin her hangi bir ilke yoktur. Burada önemli olan, borcun yerine getirmesinin beklenilmez olup olmadığıdır. Bu nedenle, borçlunun

¹⁰³² **Horn**, s. 579; **Hammer**, s. 108; **Köhler**, (FG 50 Jahre BGH), s. 308; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 93; **MünchKomm-Roth**, § 313 BGB, Nr. 52; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 15; **Hirsch**, s. 134; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 75; RG 06.01.1923, RGZ 106, 11 (13) (Grundstückskauf); BGH 28.06.384, BGHZ 2, 379 (384); OLG Stuttgart 09.08.1951, NJW 1952, s. 385 (386); BGH 02.05.1972, BGHZ 58, 355 (363) = NJW 1972, s. 1577 = MDR 1972, s. 858 (Vergleich/ Rechtsprechungsänderung); BGH 21.04.1983, NJW 1983, s. 2143 (2144); BAG 09.07.1996, NJW 1987, s. 918 vd.; BGH 24.11.1995, BGHZ 131, 209 (216) = NJW 1996, s. 990 (992).

¹⁰³³ **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 28; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 75, 77; BGH 21.04.1983, NJW 1983, s. 2143 (2144).

¹⁰³⁴ Özellikle **Haarmann**, s. 101 vd.; **Fikentscher**, s. 126; **Soergel-Teichmann**, § 242 BGB, Nr. 264.

borcunu ifası daha önceki bir zamanda beklenilmez hale gelmiş ise, sözleşme de esas itibariyle bu andan itibaren uyarlanabilmelidir.

Türk-İsviçre hukukunda doktrinde bir görüşe göre¹⁰³⁵, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin karar, sadece geleceğe etkilidir ve bu nedenle geçmişe etkili bir uyarlama yapma imkânı yoktur. Bir başka görüşe göre ise¹⁰³⁶, uyarlama kararı hem geçmişe hem de geleceğe etkili olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay, sözleşmenin dava tarihinden itibaren uyarlanacağı görüşündedir.¹⁰³⁷

Kanaatimize göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin karar hem geçmişe etkili, hem de geleceğe etkili olabilir. Bu bakımdan, doktrinde savunulan ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Çünkü hâkim, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, bu rizikoların gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan sözleşme boşluğunu doldurmaktadır. Dolayısıyla, hâkimin vermiş olduğu karar sözleşmedeki riziko boşluğunun ortaya çıktığı ana ilişkindir. Buna bağlı olarak da hâkimin sözleşme boşluğunun doldurulmasına ve bu kapsamda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararının geçmişe etkili olarak, sözleşme rizikosunun gerçekleştiği andan itibaren uygulama alanı bulması gerekir.¹⁰³⁸ Buna göre, ani edimli,

¹⁰³⁵ Merz, s. 477a; Schmitz, s. 64; Bischoff, s. 231.

¹⁰³⁶ ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 635, 676; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 345; Akyol, s. 103.

¹⁰³⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, 1921 tarihli içtihadında, kiracının edim yükümlülüğünün karar tarihi itibariyle değil, dava tarihi itibariyle uyarlanmasına hükmetmiştir. Bkz., BGE 47 II 314 vd. (Mietvertrag/Heizkosten/ Leistungserschwerung). Yargıtay'a göre: " ... Davacının istemiş bulunduğu uyarlama için, her davada olduğu gibi iş bu davada da, dava tarihi esas alınmalıdır. ... ". Bkz., Y. 11. HD, 1.4.2002, E. 2001/10563, K. 2002/2983 (Dövize endeksli kredi sözleşmesi/ Denge bozulması); " ... dava konusu tesisin kira bedelinin yıllık ... olarak ... dava tarihinden geçerli olmak üzere uyarlanmasına karar verilmiştir. ... ". Bkz., Y. 11. HD, 24.03.2003, E. 2002/10574, K. 2003/2730 ; " ... Türk parası karşısındaki dava tarihi itibariyle değer artışı tespit edilmeli, böylece belirlenecek ... ". Bkz., Y. HGK 07.05.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340 (Dövize endeksli kira sözleşmesi/ Denge bozulması). Kararlar için bkz., www.kazanci.com.tr.

¹⁰³⁸ Bu çözüm tarzı, hâkimin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararının inşai nitelikte bir karar olmasıyla da çelişmez. Çünkü inşai nitelikteki kararlar kural olarak ileriye etkili olur. Ancak, sayıları hiç de azımsanmayacak bazı inşai hükümlerin geçmişe etkili olduğu da bir gerçektir. Çünkü, inşai nedenin hükmün kesinleşme tarihinden daha önceki bir zamanda doğmuş bulunduğu her ihtimal için, inşai tesirin o tarihten başlayarak geçerli olması, eşyanın tabiatına daha uygundur. Buna göre, örneğin anonim şirket genel kurul kararının iptali hükmünün tesirleri, hükmün kesinlik kazandığı andan çok öncesinden, yani hüküm tesirleri yönünden geleceğe değil, geçmişe dönük olacaktır (TK m. 381 vd.). Bunun dışında, aşırı cezai şartın indirilmesinde de sözleşmenin içeriği geçmişe etkili olarak değişmektedir (BK m. 161/III). Bkz., Önen, s. 189 vd.

dönemsel edimli veya sürekli bir borç ilişkisi söz konusu ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün gerçekleştiği andan itibaren borçlu borcunu hüküm fıkrasında belirtilen bedel veya miktar üzerinden ifa edebilmelidir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulmasına ve bu kapsamda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararının geçmişe etkili olması, mahkeme kararından sonra muaccel hale gelen borçlar bakımından esas itibariyle her hangi bir sorun teşkil etmez. Ancak, mahkeme kararından önce muaccel hale geldiği kabul edilen borçlar bakımından, borçlunun borcunu daha önce ifa etmeye başlamış olup olmadığına göre ayrı değerlendirme yapılması gerekir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu gerçekleşmesinden sonra, borçlunun denge bozulması ve ifa güçlüğü oranında borcun ifasından kaçınabilir. Bu da her hangi bir şekilde borca aykırılık durumu oluşturmaz. Çünkü burada savunulan görüşe göre, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesiyle birlikte, gerçekleşen bu rizikoya taraflardan hangisinin katlanması gerektiği sorunu gündeme gelir. Bu konuda sözleşmede bir riziko boşluğu varsa, sözleşme boşluğunun konusu olan alan içerisinde borçlunun borcunu ifa etmemiş olması, her hangi bir şekilde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık teşkil etmez.¹⁰³⁹ Buna bağlı olarak, bu konuda borca aykırılığa ilişkin hükümlere (temerrüt, tazminat vs.) başvurma imkânı da yoktur. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi durumlarında, alacaklı aynen ifaya ilişkin bir dava açarsa, borçlu, cevap dilekçesinde sözleşmedeki riziko boşluğuna işaret ederek hâkimin bu boşluğu doldurmasını talep etmelidir. Hâkim, sözleşmede bir riziko boşluğunun olduğunu tespit ederse, bu boşluğu, sözleşmenin uyarlanması veya taraflara dönme veya fesih hakkı tanımak suretiyle doldurabilir. Hâkimin sözleşme boşluğunu doldurmaya ilişkin inşai nitelikteki kararı, aynı zamanda borçlunun riziko boşluğunun konusu dâhilinde borcunu ifa etmemesinin her hangi bir şekilde borca aykırılık oluşturmadığının da tespiti anlamına gelir.

¹⁰³⁹ Bkz., yuk., § 1, III, 2. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturmadığı Görüşü.

Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi durumlarında sözleşmedeki riziko boşluğu dâhilinde borçlunun borcun ifasından kaçınmaya hakkı olmakla birlikte, somut olayda borçlu sözleşmedeki riziko boşluğunun tam olarak sınırlarını, yani, hangi oranda borcun ifasından kaçınmaya hakkı olduğunu çoğu zaman tam olarak bilemeyebilir. Bu nedenle borçlu, dava sonucunda kısmen veya tamamen haksız çıkma ihtimali ve özellikle cebri icra tehdidi vs nedenlerle, borcunu ifa etmek isteyebilir. Bu durumda hâkim, sözleşmenin taraflarında birine dönme hakkı tanımak suretiyle sözleşmedeki riziko boşluğunu doldurursa, esas itibariyle pek bir sorun yaşanmaz. Öyle ki, ani edimli veya dönemsel edimli bir borç ilişkisi söz konusu ise ve hâkim sözleşmedeki riziko boşluğunu borçluya dönme hakkı tanımak suretiyle doldurursa; borçlu, sözleşmeden döndüğü anda, yeni dönme teorisine göre¹⁰⁴⁰, henüz ifa edilmemiş olan edimler sona erer; ifa edilmiş olan edimlerin ise geri istenilmesi hakkı kazanılır. Dolayısıyla, böyle bir durumda borçlu cebri icra tehdidi vs. altında fazladan ifa etmiş olsa bile bunların iadesi talep edebilecektir. Ancak, somut olayda ifasına başlanan sürekli bir borç ilişkisi söz konusu ise ve hâkim de taraflardan birine fesih hakkı tanımak suretiyle sözleşmedeki riziko boşluğunu doldurmuş ise, fesih hakkının kullanan borçlunun daha önce fazladan ifa ettiklerini nasıl talep edebileceği, bir sorun olarak ortadadır. Çünkü ifasına başlanılmış bir sürekli borç ilişkisinin feshedilmesi durumunda, fesih beyanı geçmişe etkili olmayıp, sadece ileriye etkili hukuki sonuçlar doğurur.¹⁰⁴¹ Bu sorunun yaşanmaması için hâkim, fesih hakkı tanımak suretiyle sözleşmedeki riziko boşluğunu doldurduğu durumlarda, aynı zamanda denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden sözleşmenin feshedilmesine kadar geçen süre zarfında denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin sözleşme boşluğunu da

¹⁰⁴⁰ Bkz., Serozan, s. 78 vd., 130 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1290; Oğuzman/ Öz, s. 415; Eren, s. 1213.

¹⁰⁴¹ İsviçre Federal Mahkemesi, ifa edilen sürekli borç ilişkilerinde sadece ileriye etkili olarak sözleşmenin sona erdirilebileceği görüşündedir. Bkz., BGE 78 II 32 (37); 89 II 30 (34) (Auflösung aus wichtigen Gründen); 97 II 58 (65 vd.) (Mietvertrag); 99 II 308 (311 vd.) (Auflösung aus wichtigen Gründen).

doldurması gerekir.¹⁰⁴² Böyle bir durumda hâkim, söz konusu dönem için, sözleşmenin uyarlanmasına karar vermişse ve sözleşmenin feshine kadar geçen dönemde daha önce ifa edilenler hâkimin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararında belirtilenden daha fazla olduğu ortaya çıkması durumunda, iadenin hangi hukuki temelde olacağı sorunu ortaya çıkar. Aynı sorun, ani, dönemsel veya sürekli borç ilişkilerinde hâkimin sözleşmedeki riziko boşluğunu sözleşmenin uyarlanması şeklinde doldurulması durumunda bu karardan önce borçlunun borcunu gerekenden daha fazla oranda ifa ettiği ortaya çıktığı durumlar için de geçerlidir. Zira, BK m. 62 (OR Art. 63) hükmüne göre, borçlu olmadığı şeyi ifa eden, bu hususta hataya düşerek ifada bulunduğunu ispat etmedikçe, iade talep edemeyecektir. Borçlu olup olmadığı hakkında bir şüphenin olması ise, hatayı ortadan kaldırır. Çünkü şüphenin olduğu yerde hata söz konusu olmaz.¹⁰⁴³ Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da sözleşme rizikosunun gerçekleşmesiyle birlikte, bundan olumsuz etkilenen taraf, ifa etmesi gereken borcun artık sözleşmede kararlaştırılan borç olmadığı iddiasındadır. Böyle bir bilinç haliyle borcun ifa edilmiş olması ise, borcun gerçek miktarı hakkında şüphenin olduğu anlamına gelir ki bu da hatayı tamamen ortadan kaldırır. Dolayısıyla, bu durumda artık BK m. 62 hükmü gereği, ifa ettiklerini geri talep edemeyecektir. Gerçi böyle bir durumda doktrinde, borçlunun borcunu ihtirazı kayıt altında ifa etmesi durumunda ifa ettiklerini, geçmişe etkili olmak üzere, talep edebileceği kabul

¹⁰⁴² Örneğin, döviz kuru üzerinden yapılan bir kira sözleşmesinde öngörülemeyen nitelikteki bir devalüasyon kararı sonucunda döviz kurunun aşırı artmasına bağlı olarak edimler arasındaki denge ilişkisi bozulmuş ve bu konudaki sözleşmedeki riziko boşluğu kiracıya fesih hakkı tanımak suretiyle doldurulmuş ise, hakimin bu kararıyla birlikte ileriye etkili olarak sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiği tespit edilmiştir. Ancak, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden hâkimin kararına kadar ki geçen dönemde sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin sözleşme boşluğu doldurulmamıştır. Bu nedenle, hâkimin taraflara fesih hakkını tanıması durumunda fesih hakkının kullanılmasına kadar geçen süre zarfında gerçekleşen sözleşme rizikosuna tarafların hangisinin katlanması gerektiği konusunda da bir karar vermesi gerekir. Bu konuda, daha öncede ifade edildiği üzere, Yargıtay uygulamasında sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin kararlar son derece sınırlıdır. Ancak, yüksek mahkeme, fesih kararıyla sözleşmenin sona erdirilmesine hükmettiği eski tarihli bir kararında, sözleşmenin feshedilmesine kadar geçen süre zarfında ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosuna taraflardan hangisinin katlanması gerektiğini tartışmaktadır. Bkz., Y. TD, 22.09.1943, E. 2423, K. 1673 (Satım Sözleşmesi/ İfa Güçlüğü), bkz., **Gürsoy**, s. 77 vd.

¹⁰⁴³ Bkz., **Edis**, (Hata), s. 7.

edilmektedir.¹⁰⁴⁴ Aynı şekilde, aşırı ifa güçlüğüne düzenleyen BKT m. 137 hükmünde de bu hususa açıkça işaret edilmektedir.¹⁰⁴⁵ Ancak, tasarıda öngörülen düzenlemenin kanunlaşmadığı sürece, ihtirazi kayıt altında ifa edilen edimlerin fazladan ifa edildiğinin ortaya çıkması durumunda hangi hukuki temelde geri talep edilebileceği açıklanmamaktadır. Dolayısıyla, ihtirazi kayıt altında da olsa fazladan ifa edilenin iadesinin, BK m. 62 hükmüne rağmen nasıl sağlanabileceği bir sorun gibi gözükmektedir. Bununla birlikte bu sorun, son dönemde İsviçre hukuk doktrininde savunulan ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen “iadenin hukuki temelini sözleşme olması gerektiği” yönündeki görüşe göre çözümlenebilir.¹⁰⁴⁶ Türk hukukunda bu görüşün savunucu olan *Buz*'a göre¹⁰⁴⁷: “... tarafların edim yükümlülüklerinin miktarını tespit eden ve dolayısıyla sınırlayan sözleşme hükümleri, örtülü olarak, sözleşmede öngörülenden fazla yerine getirilen edimlerinin iadesi yükümlülüğünü de ihtiva eder.”¹⁰⁴⁸ Biz de buradan hareketle, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleştiği durumlarda bu konudaki bir sözleşme boşluğuna rağmen borçlunun ileride icra takibine uğrama ihtimali veya haksız çıkması halinde temerrüt faizi ödemek zorunda kalabileceği endişesiyle borcunu ifaya devam ederse ve hâkim de sonradan sözleşmenin uyarlanması yönünde sözleşmedeki riziko boşluğunu doldurursa, borçlunun fazladan yaptığı ifaların bu görüş temelinde iadesinin mümkün olacağı kanaatindeyiz.

¹⁰⁴⁴ Bkz., **BernerKomm-Merz**, Art. 2 ZGB, Nr. 225; **Deschenaux**, s. 202; **ZürcherKomm-Jäggi/Gauch**, Art. 18 OR, Nr. 675; **Bischoff**, s. 219 vd.; **BernerKomm-Kramer**, Art. 18 OR, Nr. 345; **Sulzer**, s. 209; **Hausheer/Manuel**, Art. 2 ZGB, Nr. 120; **Kaplan**, s. 155; **Akyol**, s. 103; **Burcuoğlu**, s. 13.

¹⁰⁴⁵ BKT m. 137: “ ... borçlu da borcunu ... ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa ... hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme ... hakkına sahiptir ... ”.

¹⁰⁴⁶ Bu konuda doktrinde savunulan görüşler ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın içtihatları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Buz**, s. 134 vd.

¹⁰⁴⁷ Bkz., **Buz**, s. 150.

¹⁰⁴⁸ *Buz*, bu “sonuca” vardığı “Sözleşmede Kararlaştırılandan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı” adlı makalesinin “Sorun” başlığı altında: “sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeye göre borçlu olmadığını bildiği halde, icra takibine uğrama ihtimali veya haksız çıkması halinde temerrüt faizi ödemek zorunda kalabileceği endişesiyle sözleşmede kararlaştırılandan fazla ifada bulunması da, hataen fazla ödemeye eş sayılması ve iade talebinin aynı esaslara tabi tutulması gerekir. Bu nedenle aşağıda varacağımız sonuçlar, bu ihtimal bakımından da geçerli olacaktır.” demektedir (bkz., **Buz**, s. 134).

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin verdiği kararın geçmişe etkili olduğunun da kabul edilmesinin, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi bakımından başka bir takım sonuçları da vardır. Bu konu, özellikle, borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olmasını, sözleşmeye müdahalenin bir unsuru olarak kabul eden görüşle yakından ilgilidir. Öyle ki, Türk-İsviçre hukukunda genel olarak kabul edilen bu görüşe göre¹⁰⁴⁹, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olması gerekir.¹⁰⁵⁰ Bu husus BKT m. 137 hükmünde de açık bir şekilde ifade edilmektedir.¹⁰⁵¹ Burada, borçlunun borcunu bir yandan ifa ederken diğer yandan da borcun olmadığını iddia etmesi, çelişkili davranış yasağının ihlali olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, borçlu borcunu ifa ediyorsa, artık ifa güçlüğü de olmadığı ortadadır. Dolayısıyla, artık böyle bir durumda sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulmasına ilişkin kararının geçmişe etkili olduğunun da kabul edilmesi, borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olmasının sözleşmeye müdahalenin bir unsuru olarak kabul edilemeyeceği sonucuna götürmektedir. Çünkü hâkimin sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulmasına ilişkin kararının geçmişe etkili olduğunun kabul edilmesi, yukarıda da açıklandığı üzere, hâkimin kararından önce ifa ettiklerinin iadesini mümkün kılmaktadır. Olması gereken de budur. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin kararının geçmişe de etkili olması gerektiğine ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız bir yana, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında borcun ifa edilmemiş olmasını sözleşmeye müdahale

¹⁰⁴⁹ Siegwart, s. 82; Reichel, s. 25; Otfinger, SJZ 36, s. 247; Schmitz, s. 43; BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 225; Deschenaux, s. 202; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 675; Bischoff, s. 219 vd.; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 345; Sulzer, s. 209; Hausheer/ Manuel, Art. 2 ZGB, Nr. 120; BGE 47 II 440 (450); 48 II 242 (249); 122 III 97 vd. (Unterhaltsrente); 127 III 300 (305) (Baurechtsvertrag/ Zweckstörung); Kaplan, s. 154; Burcuoğlu, s. 12; Akyol, s. 86, 103; Oğuzman/ Öz, s. 451; Eren, s. 441; Oğuzman/ Barlas, s. 221; Kılıçoğlu, s. 184.

¹⁰⁵⁰ Dolayısıyla, bu konuda Türk-İsviçre hukuku ile Alman hukuku arasında esaslı bir fark yoktur. Bu konuda Alman hukuku'na ilişkin açıklamalarımız için bkz., yuk., aynı başlık altında.

¹⁰⁵¹ BKT m. 137: “ ... borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş ise veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu ... sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme ... hakkına sahiptir ... ”.

edilmesinin bir unsuru olarak kabul eden görüşün argümanları da her zaman için haklı ve geçerli değildir. Öyle ki, bu unsurun kabul edilmesi durumunda, hâkimin dönme hakkı tanıdığı sözleşmeler bakımından sorunlar yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Örneğin yapılan bir sözleşmeyle sözleşmenin bir tarafı sözleşmenin diğer tarafına sözgelimi 25 ve 26 Şubat 1991 tarihlerinde iki ayrı teslimatla her biri 10 bin varil olmak üzere toplam 20 bin varil petrol tedarik etmeyi ve borçlunun da yine teslimattan sonra o gün içerisinde bunun bedelini ödemeyi taahhüt etmiş olsun. 25 Şubatın sabahında petrol tedarik eden taraf borcunu ifa etmesinden sonra öğleyin (tıpkı Irak'ın aniden Kuveyt'i işgali gibi) bir savaş (buna bağlı olarak da bir petrol krizi) yaşanır ve petrolün varil fiyatı 5 kat artmış olabilir. Bu durumda, para borçlusunu olan taraf para borcunu kriz yaşanmasından sonra hâlâ kararlaştırılan bedel üzerinden ödemek istemiş ve ertesi günün teslimatının da yine aynı bedel üzerinden ifa etmek istemiş olabilir. Böyle bir durumda, tedarik borçlusunu, şartların öngörülemez surette değişmesine bağlı olarak gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulmasını hâkimden talep edebilir. Ancak, şayet “borcun ifa edilmemiş olması” sözleşmeye müdahale edilmesinin bir unsuru olarak kabul edilirse, tedarik borçlusunu, daha önce ifa ettiği teslimatı değil sadece henüz ifa etmediği teslimatı sözleşmeye müdahalenin konusu yapabilir. Öte yandan yapılan yargılama sonunda hâkim, petrol krizinden olumsuz etkilenen tarafa bir dönme hakkı tanır ve bu taraf da sözleşmeden dönerse, daha önce ifa ettiği edimler her hangi bir şekilde denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin edilemeyeceği için, dönme hakkı, sadece geleceğe etkili sonuçlar doğurur. Dolayısıyla, dönmeden beklenen sonuçlar, yani yeni dönme teorisine göre ifa edilmiş olan edimlerin geri talep edilmesi gerçekleşmez. Kaldı ki bu olayda, borcun ifa edilmemiş olmasını sözleşmeye müdahalenin bir unsuru olarak kabul edilmesi için ortaya atılan argümanlar da yoktur. Çünkü borçlu, borcunu ifa ettiği zaman denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunu henüz gerçekleştirmemiştir. Dolayısıyla, öngörülmez nitelikteki bir olayın gerçekleşmiş olmasına rağmen sözleşmenin ifa edilmiş olması ve böylelikle borçlunun çelişkili hareket etmesi de söz konusu değildir. Bunun yanında, borçlu borcunu ifa etmiş ise, artık onun ifa güçlüğüne düşmesinden bahsedilemeyeceğine ilişkin argüman da tatmin edici değildir. Çünkü aynı durum ihtirazı kayıt altında ifa edilen borçlar için de geçerlidir. Oysa ihtirazı kayıt altında ifa edilen edimler bakımından sözleşmeye

müdahale edilebileceği kabul eden yazarlar, aynı zamanda sözleşmenin henüz ifa edilmemiş olmasını sözleşmeye müdahalenin bir unsuru olarak kabul eden yazarlardır. Hatta sözleşmeye müdahaleyi sözleşmenin henüz ifa edilmemiş olmasına bağlayan görüşün asıl “çelişkisi” de buradadır. Öyle ki, bir yandan sözleşme ifa edilmiş ise artık borçlunun ifa güçlüğüne düşmesi de söz konusu olmayacağı düşüncesinden hareketle ifa edilen edimler bakımından sözleşmeye müdahale edilmemesi gerektiğinin savunulması; öbür yandan ise, ihtirazı kayıt altında ifa edilen edimler bakımından sözleşmeye müdahalenin kabul edilmesi, başlı başına bir çelişkili davranıştır. Çünkü borç bir kez ifa edilmiş ise, ihtirazı kayıt altında ifa edilip edilmediği, ifa güçlüğüne düşmüş olması bakımından önemsiz olması gerekir. Öte yandan, burada savunulan görüşe göre, sözleşmeye müdahalenin nedeni, öngörülmez nitelikteki olayların neden olduğu sözleşmedeki riziko boşluklarının MK m. 1 hükmü gereğince doldurulmasıdır. Sözleşme boşluğunun doldurulmasında ise, borçlunun ifa gücü ve bu anlamda olmak üzere ödeme yeteneğinin olup olmadığının ya da ne kadar olduğunun kontrolü değildir.

Sonuç olarak, Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulmasına ilişkin kararının geleceğe etkili olduğu kabul edilmektedir. Türk-İsviçre hukukunda ise, İsviçre Federal Mahkemesi’nin uygulamasında ve Yargıtay’ın uygulamasında bu kararın, hem geçmişe hem de geleceğe etkili bir karar olduğu kabul edilmektedir. İsbetli olan da budur. Öte yandan, burada savunulan görüşe göre, borçlu, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun konusu dâhilinde borcunu ifa etmekten kaçınırsa, bu durum borca aykırılık olarak kabul edilemez. Ancak, buna rağmen borçlu borcunu ifa ederse, sözleşme temelinde fazladan ifa ettiklerinin iadesini talep edebilmelidir. Bunun dışında, borcun henüz ifa edilmemiş olması”, Alman ve Türk-İsviçre hukukunda esas itibarıyla karşı çıkılmakla birlikte, sözleşmedeki riziko boşluğunun doldurulması bakımından esas itibarıyla önemsizdir.

V. İSPAT YÜKÜ

Alman hukukunda, kim denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini istiyorsa, bunun unsurlarını ispatlaması gerektiği

kabul edilmektedir.¹⁰⁵² Aynı sonuç, MK m. 6 (ZGB Art. 6) hükmü gereği Türk-İsviçre hukuku için de geçerlidir.

VI. ZAMANAŞIMI

Alman hukukunda, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin talepler genel zamanaşımı süresine ilişkin BGB §§ 195 ve 99 hükümlerine tabidir. Buna göre, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin talepler işlem temeli haline gelen durumların ağır surette değiştiği konusunda bilgi sahibi olunduğu veya olunması gerektiği tarihten itibaren üç yılın sonunda zamanaşımına uğrar. Azami süre ise, on yıldır. Öte yandan dönme hakkı da, dönme hakkının geçersizliğine ilişkin BGB § 218 hükmüne uygun bir şekilde, yine zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürülmesi gerekir. Bu bağlamda sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen BGB § 314 hükmünde, hak sahibinin fesih nedenini öğrendiği andan itibaren uygun bir süre içerisinde sözleşmeyi feshetme imkânını düzenleyen üçüncü fıkrası hükmü, işlem temelinin bozulmasına ilişkin BGB § 313 hükmünün uygulama alanı bulduğu sürekli borç ilişkilerinin feshinde uygulanmaz.¹⁰⁵³

Türk-İsviçre hukukunda da denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine ilişkin talepler, olağan zamanaşımı süresi olan süresi olan 10 yıllık sürenin sonunda zamanaşımına uğrar (BK m.125; OR Art. 127).

¹⁰⁵² **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 96; **JauernigKomm-Stadler**, § 313 BGB, Nr. 30; **Erman-Hochloch**, § 313 BGB, Nr. 44; **Palandt-Heinrichs**, § 313 BGB, Nr. 31; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 92; BGH 30.11.1994, BGHZ 128, 125 (134)= NJW 1995, s. 1082; BGH 15.03.1995, NJW 1995, s. 1891 (1892); BGH 08.11.2002, NJW 2003, s. 510.

¹⁰⁵³ **KompaktKomm-Hirse**, § 313 BGB, Nr. 26; **Bamberger/ Roth-Grüneberg**, § 313 BGB, Nr. 95; **AnwKomm-BGB/ Krebs**, § 313 BGB, Nr. 93.

SONUÇ

Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale konusu, Alman ve Türk-İsviçre hukuk sistemleri bakımından incelenmiş ve aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, para edimi ile maddi edimin dengede bulunduğu düşüncesinden hareketle yapılır. Burada denge, edimlerin “aynı değerde olması anlamındadır. Dolayısıyla dengenin belirlenmesi için öncelikle bir değer ölçüsünden yararlanmak gerekir. Bu ise, kural olarak paradır. Paranın ölçü alınmak suretiyle edimler arasındaki değer ilişkisinin karşılaştırılması ise, edimler arasındaki denge ilişkisi olarak ifade edilir.

Alman ve Türk-İsviçre hukukunda, edimlerin sözleşme kurulduğu zaman dengede olması gerektiğine ilişkin içerik düzenlemesini öngören genel nitelikte bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Söz konusu hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi hâkimdir. Bu nedenle bu hukuk sistemlerinde sözleşmenin kurulduğu zamanda edimler arasındaki denge ilişkisinin, tek başına sözleşmenin geçerliliği üzerinde her hangi bir etkisi yoktur.

Edimler arasında sözleşmenin kurulduğu zamandaki denge ilişkisi, politik, toplumsal, ekonomik, teknolojik veya çevre faktörlerine bağlı olarak sonradan bozulabilir. Türk-İsviçre pozitif hukukunda, çalışma konumuz olan şartların değişmesine bağlı olarak gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine imkân veren genel nitelikte her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda da Alman Medeni Kanunu’nun kanunlaşma sürecinde edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması dikkate alınmamıştır. Ancak Almanya’da 2002 yılında Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanununu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda getirilen BGB § 313 hükmünde işlem temelinin bozulması düzenlenmektedir. Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü, maddenin uygulama alanındadır. Bu nedenle, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü, artık Alman pozitif hukukunda BGB § 313 hükmünde düzenlenmektedir.

Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması (denge bozulması) ve sonraki ifa güçlüğü (ifa güçlüğü) durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturduğu, Alman ve Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüş tarafından ve içtihatlarda kabul edilmekle birlikte, kanaatimizce, böyle durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesi, hiçbir şekilde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye yapılan müdahalenin dogmatik temeli konusunda Alman hukukunda, hâkim görüş ve Alman Federal Mahkemesi, dürüstlük ilkesinden geliştirilen işlem temeli öğretisini kabul etmektedir. Bu öğreti, 2002 yılında yürürlüğe giren BGB § 313 hükmüyle kanunlaşmıştır. BGB § 313/I hükmüne göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi için, dört unsurun gerçekleşmesi gerekir.

BGB § 313/I hükmüne göre, öncelikle, işlem temeli haline gelen durumların olması gerekir. İşlem temelinin üzerinde uzlaşılan bir tanımı yoktur. Tanımlama yerine, işlem temelinin pozitif olarak somutlaştırılması, negatif olarak da sınırlandırılması yoluna gidilmektedir. İşlem temeli pozitif olarak, “konu” itibarıyla somutlaştırılır. İşlem temelinin konusu, sadece sözleşme rizikosudur. Sözleşme rizikosu, “gerçeğin” doğru olarak takdir edil(e)memesi tehlikesidir. Bu kapsamda, ortak saik hatası, sözleşmenin kurulduğu andaki gerçeğin doğru takdir edilememesine ilişkin sözleşme rizikosudur. Buna karşılık amaç bozulması ile çalışma konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü, işlem temelinin sonradan bozulmasına neden olan ve geleceğe ilişkin olan sözleşme rizikolarıdır. Ancak söz konusu rizikolar, her zaman işlem temelinin konusu olan sözleşme rizikosu da değildir. Bu bakımdan, işlem temelinin konusu dışında olan sözleşme rizikolarının belirlenmesiyle, işlem temeli negatif olarak sınırlandırılabilir. Bu anlamda olmak üzere, somut olayda sözleşme rizikosu, yani konumuz olan denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşmiş olsa bile, bu rizikoya kimin katlanması gerektiği sözleşmedeki uyarılama kayıtlarına göre, spekülasyon işlemlerde olduğu gibi sözleşmenin niteliğinden hareketle veya tamamlayıcı nitelikteki hükümlere göre belirlenebiliyorsa artık bu sözleşme rizikoları sözleşmenin içeriğidir, dolayısıyla da işlem temelinin konusu dışındadır. Ters durumda ise, yani, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosu, sözleşmenin içeriği değil

ise, işlem temelinin konusu olan, yani işlem temeli haline gelen bir sözleşme rizikosudur.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün işlem temeli haline gelmesi, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin sadece ön şartıdır. Bundan daha önemlisi, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, sözleşme kurulduktan sonra işlem temeli haline gelen durumların “ağır surette değişmiş olması” gerekir.

Somut olayda ağır surette değişme unsurunun varlığının kabul edilmesi için, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin diğer iki unsurunun da gerçekleşmiş olması gerekir. Öyle ki, varsayıma dayalı unsur gereğince, işlem temeli haline gelen durumlar öyle ağır surette değişmiş olmalı ki, tarafların, işlem temeli haline gelen durumların değişeceğini bilmiş olsalardı –yani, denge bozulması ve ifa güçlüğü'nün gerçekleşeceğini öngörmüş olsalardı- sözleşmeyi hiç yapmayacak veya hiç olmazsa başka türlü yapacaktı denilebilmesi gerekir (BGB § 313/I). Ancak, somut olayda varsayıma dayalı unsurun ne zaman gerçekleştiğini belirlemeye yarayan objektif bir ölçü yoktur. Öyle ki, birçok olayda, “tarafların söz konusu değişiklikleri öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacaklardı veya en azından başka türlü yapacaklardı” denilebilir. Bu bakımda, varsayıma dayalı unsurun işlem temeli haline gelen durumların sonradan ağır surette değişip değişmediğinin belirlenmesi konusunda somut olaydaki filtre fonksiyonu son derece sınırlıdır. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temeli haline gelen durumların ağır surette değişip değişmediğinin belirlenmesi bakımından asıl belirleyici unsur, normatif unsurdur.

Normatif unsur, beklenilmezlik unsurudur. Buna göre, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, sözleşmenin temeli haline gelen durumların, özellikle sözleşme ve kanunda sözleşme rizikosunun paylaşılmasına ilişkin hükümler dikkate alındığında, değişmeksizin sözleşmeyle bağlı kalınması beklenilemeyecek kadar ağır surette değişmesi gerekir (BGB § 313/I). Bu kapsamda, yapılan yorumlama sonucunda, sözleşmeyle, sözleşmeye ilişkin tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere göre ya da sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna veya tamamlayıcı nitelikteki diğer hükümlere

göre üstlenilen sözleşme rizikosunun sınırının aşıldığı sonucuna varılırsa, bu durumda gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne tarafların katlanması beklenilmez. Buna bağlı olarak da böyle bir durumda işlem temelinin bozulması kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilir. Ayrıca, sözleşmenin tarafı, işlem temeli haline gelen durumlardaki değişiklikleri gerçekten öngörmemiş ise veya ilgili iş çevresindeki dürüst, ortalama, makul bir kişinin göstermesi gereken alışılmış özeni göstermesi durumunda dahi bu değişiklikleri öngöremeyecek idiyse, sözleşmenin ifası borçludan beklenilmez ve işlem temelinin bozulması kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilir. Bunun dışında, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden tarafların sorumlu tutulamamaları gerekir. Sözleşme rizikosuna kusuru ile neden olan veya bu rizikonun gerçekleşmesi iradesine dayanan ya da rizikonun sözleşmeye etkilerinin ağırlaşmasından sorumlu tutulan yahut da denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleştiği anda temerrüde düşmüş olan borçludan, bu rizikolara katlanması beklenir. Dolayısıyla böyle bir durumda denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçekleşmiş olsa bile, artık işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilemeyecektir. Tüm bunların dışında, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarında, edimler arasındaki denge ilişkisinin borçlunun yıkımına neden olacak şekilde bozulduğu durumlarda, sözleşmenin yorumlanmasından borçlunun bu rizikoyu üstlenmemiş olduğu sonucuna varılıyorsa, istisnai olarak hakkaniyet gereği borcun ifasının borçludan beklenilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak istisnai de olsa beklenilmezliğin kriteri olarak hakkaniyet temelinde sözleşmeye müdahale edilmesi, “sözleşmeyi, sözleşmeye yabancı olan unsurların etkisine açık hale getirmektedir. Bu nedenle, denge bozulması ve ifa güçlüğüne borçlunun yıkımına neden olması, işlem temelinin bozulması bakımından önemsiz kabul edilmelidir.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli konusunda Alman hukukunda kabul edilen işlem temeli öğretisi, Türk-İsviçre hukukunda hiçbir dönemde kabul edilmemiştir. Bu nedenle, öğretilerde kullanıldığı anlamıyla Türk-İsviçre hukukunda “işlem temeli” deyimini veya işlem temelinin bozulması yoktur. Türk- İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi ise, genel olarak clausula rebus

sic stantibus kavramıyla ifade edilmektedir. Bu anlamda sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda İsviçre Federal Mahkemesi, uzun yıllar hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket ederken; Yargıtay ve Türk hukukunda hâkim görüş, dürüstlük ilkesini kabul etmiştir. İsviçre hukuk doktrinde hâkim olan ve Türk hukuku bakımından bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temeli, sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması görüşüdür. Çünkü şartların öngörülemez surette değiştiği denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında taraflar borçlarını ifa edip etmeyeceklerini veya edeceklerse ne ölçüde edeceklerini sözleşmede kararlaştırmamışlar ise, ortada bir rizikolara kimin katlanması gerektiğine ilişkin bir sözleşme boşluğu vardır. Böyle bir sözleşme boşluğu, öngörülemez nitelikteki olaylardan kaynaklanmış olduğu için, plana aykırı bir sözleşme boşluğudur. Bu sözleşme boşluğu, aynı zamanda sonradan ortaya çıkan bir sözleşme boşluğudur. Bir sözleşme boşluğu Türk-İsviçre hukuk sisteminde nasıl doldurulacak ise, şartların öngörülmez surette değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin riziko boşluğunun da aynı şekilde doldurulması gerekir. Buna göre hâkimin, MK m. 1/II hükmünden aldığı yetkiye dayanarak denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunu doldurması, yani boşluklu olan sözleşmeyi tamamlaması gerekmektedir. Bunun dışında sözleşmeye müdahale edilmesi için, Türk-İsviçre hukukunda başka her hangi bir dogmatik temele, bu anlamda olmak üzere, dürüstlük ilkesine, hakkın kötüye kullanılması yasağına, işlem temeli öğretisine veya clausula rebus sic stantibus öğretisine ve hatta bunun için yeni bir kanuni düzenleme yapılmasına da ihtiyaç yoktur.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında, gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani gerçekleşen denge bozulması ve ifa güçlüğüne, taraflardan hangisinin katlanması gerektiği sorusunun cevabı aranır. Bu bakımdan, Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin şartları, sözleşme rizikosundan hareketle belirlenmelidir. Bu temelde, Türk-İsviçre hukukunda clausula rebus sic stantibus kapsamında denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin, dört temel şartı vardır.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin ilk şartı, somut sözleşmede denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçeğe dönüşmüş olmasıdır. Yani, sözleşme rizikosunun gerçekleşmiş olması gerekir. Sözleşme rizikosunun gerçekleşmediği bir durumda ise, sözleşmeye her hangi bir müdahalede bulunulamaz. Çünkü sözleşme rizikosu gerçekleşmemiş ise, artık sözleşme rizikosuna sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği sorunu gündeme gelmeyecektir. Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmede bir riziko boşluğunun olduğu durumlarda ise hâkim, bu boşluğu MK m. 1/II hükmüne göre doldurmakla yükümlüdür. Bu nedenle, hâkimin uyuşmazlığın çözümü konusunda sözleşme boşluğunu tespit etmesi durumunda bu boşluğu tamamlayıp tamamlamama konusunda bir takdir hakkı yoktur. Dolayısıyla hâkimin gerçekleşen rizikoya rağmen edimler arasındaki denge ilişkisinin borçlunun yıkımına neden olacak ölçüde ya da hakkın kötüye kullanılması oluşturacak şekilde veya ağır surette bozulup bozulmadığını kontrol etmeye ilişkin de her hangi bir takdir hakkı yoktur. Bu bakımdan edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının belli bir ağırlığa ulaşmasının sözleşmeye müdahale edilip edilmeme kararı konusunda esaslı bir önemi yoktur. Bu çözüm tarzı, Alman hukukuyla da paralellik arz etmektedir. Öyle ki, Alman hukukunda, “işlemin temeli haline gelen durumların sonradan ağır surette değişmesi” unsuru, bir oran anlamında değildir. Gerçekleşen sözleşme rizikosuna, “sözleşmeyle”, “tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerle” taraflardan birine yüklenemiyorsa ve somut olayda da öngörülemediği gibi taraflar da bu rizikonun gerçekleşmesinden sorumlu tutulamıyorsa, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında ağır surette değişme unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerekli olan ikinci şart, gerçekleşen sözleşme rizikosunun, yani, denge bozulması ve ifa güçlüğüne öngörülemeyen nitelikte olmasıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır. Bu konuda, Alman hukuku ile Türk-İsviçre hukuku arasında da esas itibarıyla her hangi bir fark yoktur. Yine bu kapsamda olmak üzere, her üç hukuk sisteminde de esas itibarıyla öngörülemezliğin ölçüsünün objektif bir öngörülemezlik olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde Borçlar Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan komisyon da objektif görüş doğrultusunda düzenleme

yapmıştır. Bu noktada, sözleşme rizikosunun gerçekleşmesine neden olan öngörülmez nitelikteki olay, olağanüstü ve genel (tüm toplumu ilgilendirir) nitelikte olabileceği gibi, sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendiren bir olay da olabilir. Alman hukukunda işlem temelinin bozulmasına ilişkin BGB § 313 hükmü, bu konuda her hangi bir ayrıma gitmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın uygulaması da esas itibariyle farklı değildir. BKT m. 137 hükmünde de aynı çözüm yolu benimsenmiştir.

Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerekli olan üçüncü şart ise, “gerçekleşen sözleşme rizikosundan” “tarafların sorumlu tutulmaması”dır. Ancak, bu şarta ilişkin olarak Türk- İsviçre hukuk doktrininde, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın içtihatlarında “şartların öngörülmez surette değişmesine”, tarafların “kusuru ile neden olmaması” gerektiği kabul edilmektedir. BKT m. 137 hükmünde de buna yakın bir şekilde“ öngörülmeyen öngörülmeside gerekmeyen olağanüstü bir durum borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ... ” ifadesi geçmektedir. Oysa denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında “şartların öngörülmez surette değişmesine”, tarafların “kusuru ile neden olmamaları” gereklidir; ancak, yeterli değildir. Bunun yanında hatta bundan daha da önemlisi, “gerçekleşen sözleşme rizikosundan” “tarafların sorumlu tutulamaması” gerekir. Nitekim bu konuda Alman hukukunda, isabetli bir şekilde, işlem temelinin bozulması kapsamında sadece öngörülmez nitelikteki olaylardan değil, gerçekleşen sözleşme rizikosundan -kusurlu olup olmadıkları da dikkate alınarak- tarafların sorumlu tutulup tutulmadıkları kontrol edilmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için gerekli olan dördüncü şart ise, gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği konusunda bir sözleşme boşluğunun olması gerekir. Gerçekleşen sözleşme rizikosuna, yani denge bozulması ve ifa güçlüğüne sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği sözleşmede hiç düzenlenmemişse veya bu konuda uyarılma kaydı kararlaştırılmışsa, ancak açık değilse, bu rizikoya sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği konusunda bir sözleşme boşluğu vardır. Sözleşme boşluğunun tamamlanması konusunda taraflar uzlaşamazlar ise, hâkimin sözleşme boşluklarını tamamlaması, MK

m. 1/II hükmünden kaynaklanan bir yükümlülüktür. Buna göre, somut olayda sözleşme boşluğunun bulunması halinde, kanunda ve örf adet hukukunda somut olaya uygulanabilecek nitelikte her hangi bir düzenleme yok ise, hâkim son çare olarak sözleşmedeki riziko boşluğunu kendi yarattığı hukuka göre tamamlar. Hâkimin bu şekilde sözleşme boşluğunu doldurmasına, hâkimin dolaylı hukuk yaratması da denir. Hâkimin dolaylı hukuk yaratması, kanun boşluklarının doldurulmasından farklı olarak, öncelikle sözleşmenin tamamlayıcı yoruma göre (tarafların varsayıma dayalı iradeleri temel alınarak) yapılır. Yani, dürüst ve makul sözleşme tarafları, sözleşmenin kurulduğu sırada açık kalan noktaları bizatihi düşünmüş olsalardı “neyi isteyecekleri” ve buna bağlı olarak da “neyi kararlaştıracaklar ise”, ona göre sözleşme boşluğu doldurulur ve böylece boşluklu olan sözleşme tamamlanır. Tamamlayıcı yorumuna göre sözleşmenin tamamlanması konusunda Alman hukuku ile Türk-İsviçre hukuku arasında esaslı bir fark yoktur. Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına taraflardan hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin olarak tarafların varsayıma dayalı iradeleri de tespit edilemiyorsa, artık sözleşmedeki riziko boşluğunun, hâkim tarafından doğrudan hukuk yaratmak suretiyle tamamlanması gerekir. Hâkim burada da sözleşmeyi, dürüstlük ilkesinin ışığı altında tamamlamalıdır. Bu aşamada, dürüst, ortalama, makul kişiler benzer durumlarda alışılmış objektif değer ölçüsüne göre neyi kararlaştıracaklar ise, hâkim, sözleşmedeki riziko boşluğunu buna göre tamamlamalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay, son dönemde denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikolarına sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği hakkında kanunda ve sözleşmede somut olaya uygulanabilecek nitelikte bir düzenlemenin olmaması gerektiğine açıkça işaret etmektedir. Alman hukukunda da, gerçekleşen rizikonun işlem temelinin konusu olabilmesi için, bu rizikoya kimin katlanması gerektiği uyarılma kayıtlarına göre veya tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine göre belirlenememiş olması gerekir. Dolayısıyla bu konuda Türk-İsviçre hukuku ile Alman hukuku arasında esaslı bir fark yoktur.

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında Alman hukukunda işlem temelinin bozulmasının Türk-İsviçre hukukunda da clausula rebus sic stantibus kapsamında sözleşmeye müdahalenin unsur ve şartlarının tamam olması durumunda, sözleşmeye müdahale edilebilir. Alman hukukunda BGB § 313 hükmüne göre hâkim,

öncelikle sözleşmenin uyarlanması imkânını araştırmalıdır. Somut olayda uyarlama imkânı yoksa veya taraflardan beklenemiyorsa, son çare olarak taraflara dönme veya fesih hakkı tanınmak suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesinin yolu açılır.

İsviçre hukukunda, sözleşmeye müdahale konusunda kabul edilen dogmatik temelden bağımsız bir şekilde, hem sözleşmenin uyarlanması hem de sözleşmenin sona erdirilmesinin imkân dâhilinde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay ise, sözleşmenin sona erdirilmesi yolunu açık bir şekilde reddetmemekle birlikte, uygulamada daha çok sözleşmenin uyarlanması imkânının olup olmadığını denetlemektedir. BKT m. 137 hükmünde ise, sözleşmenin uyarlanması imkânının olmaması durumlarında taraflara dönme veya fesih hakkının tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Kanaatimize göre ise, clausula rebus sic stantibus kapsamında denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, bu konuda sözleşmenin uyarlanmasının veya taraflara dönme veya fesih hakkı tanınmasının birini diğerine karşı üstünlük tanımaksızın kabul edilmesi gerekir. Çünkü denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşmedeki riziko boşluğunun nasıl doldurulması gerektiği, sözleşme özgürlüğü ilkesini ihlal etmemek ve dürüstlük ilkesine uygun olmak kaydıyla, hâkimin takdir yetkisindedir.

Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin sözleşmeyi uyarlamasına ilişkin kararının inşâi nitelikte bir karar olduğu kabul edilmektedir. Hâkimin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararı, Türk-İsviçre hukuku bakımından da inşâi nitelikte bir karardır. Aynı şekilde, Alman hukukunda ve Türk-İsviçre hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkim sözleşmenin uyarlanmasına değil de taraflara dönme veya fesih hakkı tanınmış olması durumunda da hâkimin kararı yine inşâi niteliktedir. Hâkimin inşâi nitelikteki bu kararının Alman hukukunda sadece geleceğe etkili olduğu kabul edilmektedir. Türk-İsviçre hukuku bakımından ise, hâkimin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararının hem geçmişe hem de geleceğe etkili olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme rizikosunun gerçekleştiği ana kadar geçmişe etkili olmak üzere, taraflar, edimlerini hüküm fıkrasında karar verilen bedel üzerinden ifa edebilmelidirler.

ÖZET

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da hem alacaklı hem de borçludur. Dolayısıyla, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin kurulmasıyla birlikte, taraflar sözleşmede kararlaştırılan edim ve karşı edimi yerine getirmekle yükümlü olurlar. Sözleşmenin kurulduğu sırada çoğu zaman tarafların borçlandıkları edimi nasıl yerine getireceklerine, hangi masraflarının olacağına ve edimin yerine getirilmesi konusunda ne tür çabalarının olduğu konusuna ilişkin düşünce ve beklentileri vardır. Ancak, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların bu düşünceleri belli nedenlerle tam olarak gerçekleşmez. Bu duruma, çoğunlukla borçlunun sözleşmenin kurulduğu sırada borcun ifası için gerekli olan masraflar hakkında yanlış bilgileri neden olur. Bazı durumlarda ise, sözleşmenin kurulduktan sonra gerçekleşen olaylar, ifa için gerekli olan masrafların artmasına veya edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına neden olur. Bu son durum, yani edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü, mevcut çalışmanın konusudur.

Bu çalışmanın amacı, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesinin sözleşmeye ne tür etkilerinin olduğunun belirlenmesidir. Bunun için öncelikle şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temelini belirlemek gerekir. Bu amaçla, çalışmanın birinci bölümünde Alman ve Türk-İsviçre hukukunda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli incelenmektedir. Bu anlamda olmak üzere, Alman ve Türk-İsviçre hukuk sisteminde edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine ilişkin görüşler ortaya konulmaktadır.

Çalışmanın ikinci ve son bölümünde ise, öncelikle edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında Alman ve Türk-İsviçre hukukunda doktrinde ve mahkeme kararlarına göre sözleşmeye müdahale edilmesinin şartları incelenmektedir. Çalışmanın bu bölümünde ayrıca, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü hukuki sonuçları olarak sözleşmenin sona erdirilmesini veya sözleşmenin uyarlanması açıklanmaktadır.

ZUSAMMENFASSUNG

Durch den Abschluss eines synallagmatischen Schuldvertrages verpflichten sich die Parteien gegenseitig zur Erbringung einer Leistung: Jede Partei verpflichtet sich als Schuldner gegenüber den anderen Partei als Gläubiger, eine bestimmte Leistung zu erbringen. Beim Vertragsschluss hat in der Regel jede Partei gewisse Vorstellungen, wie sie die von ihr geschuldete Leistung erbringen wird und welcher Aufwand, welche Erfüllungsanstrengungen dazu nötig sind. Diese Vorstellungen der Parteien können sich aus verschiedenen Gründen als nicht richtig erweisen. Oft hat sich der Schuldner zu wenig Gedanken oder falsche Vorstellungen über die nötigen Erfüllungsanstrengungen gemacht oder sich bei deren Bestimmung verrechnet oder verschätzt. Zuweilen waren dem Schuldner gewisse bereits bei Vertragsschluss vorliegende Umstände nicht bekannt. Und manchmal kommt es vor, dass nach dem Vertragsschluss Ereignisse oder Umstände eintreten, welche den Erfüllungsaufwand erhöhen oder das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis zwischen Leistungen stören. Dieser letzte Fall bildet den Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Ziel der vorliegenden Arbeit war es, den Vorgang zur Bestimmung der Rechtsfolgen im allgemeinen und die konkrete Festlegung der einzutretenden Rechtsfolge im Falle einer Berücksichtigung des Einflusses veränderter Umstände auf bereits geschlossene Schuldverträge zu untersuchen. Dazu gehört in erster Linie die Frage der richtigen Fassung des Tatbestands des Rechtsbehelfs, was das erste Teil der Arbeit ist.

Im ersten Teil wurde zuerst von der Leistungerschwerung und Äquivalenzstörung gesprochen. Sodann wurde im deutschen, schweizerischen, türkischen Recht Lösungsansätze der Lehre und Rechtsprechung dargestellt.

Im zweiten Teil untersuchen ist vorerst, wann und wie weit und bei welchen veränderten Umständen die Leistungerschwerung und Äquivalenzstörung nach der geltenden Rechtslehre und Rechtsprechung berücksichtigt werden können. Danach beantwortet es die Frage, wieweit veränderte Verhältnisse einen Eingriff in einen Vertrag rechtfertigen. Ausserdem wurde im zweiten Teil Vertragsauflösung oder die Vertragsanpassung als Rechtsfolgen der Leistungerschwerung und Äquivalenzstörung dargestellt.