

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR CETVELİ	1
BİBLİYOGRAFYA.....	3

GİRİŞ

GENEL BİLGİLER

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	16
I. Konunun Takdîmi	16
II. Terim Sorunu.....	17
III. Konunun Önemi	18
IV. Konunun Sınırlandırılması.....	19
§ 2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA UYARLAMA	20
I. Roma Hukukunda Uyarlama	20
II. İslâm Hukukunda Uyarlama.....	22
III. İngiliz Hukukunda Uyarlama	24
IV. Alman Hukukunda Uyarlama	25
V. Avusturya Hukukunda Uyarlama	27
VI. İsviçre Hukukunda Uyarlama	28

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KAVRAMI, BU KONUDAKİ GENEL İLKELER VE İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER

§ 3. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KAVRAMI.....	29
I. Genel Olarak.....	29
II. Sözleşmenin İçeriği.....	30
A) Kavram.....	30
B) Sözleşmenin Amacı	32
III. Sözleşmenin Yorumlanması.....	33
A) Kavram.....	33
B) Yorum Araçları.....	35
IV. Sözleşmenin Tamamlanması.....	36
A) Kavram.....	36
B) Sözleşmenin Tamamlanmasının Türleri	37
C) Sözleşmenin Tamamlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar	39
V. Sözleşmenin Yorumlanması ve Tamamlanması Kavramlarının Karşılaştırılması..	40
VI. Sözleşmenin Yorumlanması ile Uyarlanması Kavramları Arasındaki İlişki.....	41
VII. Sözleşmenin Tamamlanması ve Uyarlanması Kavramları Arasındaki İlişki.....	43
§ 4. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KONUSUNDAKİ GENEL İLKELER	44
I. Sözleşme Serbestisi İlkesi	44
A) Genel Olarak	44
1) Sözleşme Yapma Serbestisi	45
2) Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Serbestisi.....	45
3) Sözleşmenin Şeklini Belirleme Serbestisi	46
4) Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestisi	46
5) Sözleşmeyi Değiştirme veya Ortadan Kaldırma Serbestisi	46
B) Sözleşme Serbestisi İlkesinin Sınırları.....	46

1) Genel Olarak	46
2) Sözleşme Yapma Serbestisinin Sınırları.....	47
3) Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Serbestisinin Sınırları	49
4) Sözleşmenin Şeklini Belirleme Serbestisinin Sınırları	49
5) Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestisinin Sınırları	49
a) İmkânsızlık	50
b) Hukuka Aykırılık	50
aa) Emredici Kurallara Aykırılık	51
bb) Kamu Düzenine Aykırılık	51
cc) Kişilik Haklarına Aykırılık	51
c) Ahlâka Aykırılık	52
6) Sözleşmeyi Değiştirme veya Ortadan Kaldırma Serbestisinin Sınırları.....	53
II. Ahde Vefa (Pacta Sund Servanda) İlkesi	53
III. Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi	55
IV. Değerlendirme.....	57

§ 5. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI İLE İLGİLİ

OLARAK İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER.....59

I. Genel Olarak	59
II. İleri Sürülen Teoriler.....	59
A) Kurucu Şart (Voraussetzung) Teorisi	59
B) İşlem Temeli (Geschäftsgrundlage) Teorisi	61
1) Genel Olarak	61
2) İşlem Temeli Teorisinin Kendinden Önceki Teorilerden Farkları.....	63
a) İşlem Temeli Teorisinin Clausula Rebus Sic Stantibus'tan Farkı	63
b) İşlem Temeli Teorisinin, Kurucu Şart (Voraussetzung) Teorisinden Farkı.....	63
3) İşlem Temeli Teorisinin Gelişmesi	64
a) Kegel'in Görüşü.....	64
b) Kegel'in Görüşünün Değerlendirilmesi	66
c) Larenz'in Görüşü	67
d) Larenz'in Görüşünün Değerlendirilmesi	69

C) Hata Teorisi	70
D) İmkânsızlık Teorisi	74
E) Ahlâka Aykırılık Teorisi	77
F) Gabin Teorisi	78
G) BK. 365/ II' nin Genelleştirilmesi Teorisi	81
H) Sebepsiz Zenginleşme Teorisi.....	83
İ) Değerlendirme	86

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KONUSUNDA ALMAN HUKUKU İLE BORÇLAR KANUNU TASARISINDAKİ HÜKÜMLER VE POZİTİF HUKUK AÇISINDAN ARANAN KRİTERLER

§ 6. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KONUSUNDA ALMAN HUKUKU İLE BORÇLAR KANUNU TASARISINDAKİ HÜKÜMLER.....	90
I. Genel Olarak	90
II. Alman Hukukundaki (BGB) Düzenleme	91
A) BGB § 313/I	92
B) BGB § 313/II	93
C) BGB § 313/III.....	93
III. Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenleme	93
IV. Değerlendirme.....	95
V. Alman Hukukundaki Düzenleme ile Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemenin Karşılaştırılması.....	97
§ 7. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KONUSUNDA POZİTİF HUKUK AÇISINDAN ARANAN KRİTERLER	99
I. Genel Olarak	99
II. Şartlarda Sonradan Meydana Gelen ve Öngörülemeyen Değişiklikler	101
A) Şartlarda Sonradan Meydana Gelen Değişiklikler	101

1) Olağanüstü Nitelikteki Değişiklikler	103
a) Tabiat Olayları	104
b) Sosyal Olaylar	104
c) Ekonomik Olaylar	106
d) Para Değerinin Düşmesi.....	107
e) Yasama, Yürütme ve Yargı Kararlarındaki Değişiklikler.....	108
2) Olağanüstü Nitelik Taşımayan Değişiklikler	109
B) Şartlardaki Öngörülemeyen Değişiklikler.....	112
1) Genel Olarak	112
2) Tarafların Öngörmedikleri Değişiklikler	113
3) Tarafların Öngördüklerini Aşan Durumlar	116
4) Öngörülmezliğin Tespitinde Somut Sözleşmenin Özellikleri	117
III. Edimler Arası Dengenin Aşırı Derecede Bozulması	119
A) Genel Olarak	119
B) Edimler Arası Denge.....	120
C) Edimler Arası Dengenin Bozulması	121
1) Edimler Arasındaki Ağır Dengesizlik	122
2) Edimler Arasındaki Açık Dengesizlik	123
D) Para Borçlarında Edimler Arası Dengenin Bozulması	124
E) Edimler Arası Dengenin Bozulmasının Çeşitli Görünümleri.....	126
1) Edimler Arası Dengenin Tek Taraflı Sözleşmelerde Bozulması	126
2) Edimler Arası Dengenin Manevi Olarak Bozulması	127
3) Edimler Arası Dengenin Amacın Boşa Çıkması Yoluyla Bozulması	130
IV. Edimin İfa Edilmemiş Olması.....	132
V. Uygun İlliyet Bağı	133
VI. Kanunda veya Sözleşmede Bir Hüküm Bulunmaması.....	134
A) Genel olarak	134
B) Sözleşmede Bir Hüküm Bulunmaması	135
1) Genel Olarak	135
2) Sözleşmedeki Hükümün Niteliği	136
3) Sözleşmedeki Hükümün Uygulanması.....	138

a) Sözleşmenin Yorumlanması	139
b) Sözleşmenin Tamamlanması	140
C) Kanunda Bir Hüküm Bulunmaması.....	141
1) Genel Olarak	141
2) Kanundaki Hükümün Uygulanması	143
3) Kanunun Uyarlamaya İlişkin Genel Bir Hüküm İçermemesinin Anlamı.....	144
VII. Kusurun Bulunmaması	146
A) Genel Olarak	146
B) Kusurun Tespiti	146
C) Temerrüdün Rolü.....	148
VIII. Örf ve Adetin Etkisi	149

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ ÇEŞİTLERİ VE SONUÇLARI

§ 8. UYARLAMANIN ÇEŞİTLERİ	151
I. Genel Olarak	151
II. İradî Uyarlama	152
A) Açık Uyarlama Hükümleri.....	152
1) Genel Olarak	152
2) Açık Olumlu Uyarlama Hükümleri	153
a) Şart Şeklinde Kararlaştırılan Açık Olumlu Uyarlama Hükümleri.....	153
b) Vade Şeklinde Kararlaştırılan Açık Olumlu Uyarlama Hükümleri.....	157
3) Açık Olumlu Uyarlama Hükümlerinin Uygulanması.....	158
4) Açık Olumsuz Uyarlama Hükümleri	159
B) Örtülü Uyarlama Hükümleri	161
1) Genel Olarak	161
2) Örtülü Olumlu Uyarlama Hükümleri.....	162
3) Örtülü Olumsuz Uyarlama Hükümleri	164
C) Sözleşmedeki Kaydı İleri Sürmenin Hakkın Kötüye Kullanılması.....	165
Teşkil Etmesi.....	165

D) Şartların Değişmesinin Sonuçlarından Tamamen Bir Tarafı Sorumlu Tutan Kayıtların Hukukî Değeri	166
III. Kanunî Uyarlama.....	168
A) Genel Olarak	168
B) Kanundaki Olumlu Uyarlama Hükümleri.....	169
1) Belirli Durumların Ortaya Çıkması Halinde Uyarlama.....	169
a) Sözleşme Taraflarının Şahsından Doğan Durumlar	169
aa) Ölüm	169
bb) İflâs ve Aciz Haline Düşme.....	170
cc) Fiil Ehliyetinin Kaybı ve Hacir Altına Alınma	171
dd) Bir Tarafın Davranışının Sebep Olduğu Durumlarda	171
b) Sözleşme Konusunun Değişmesine veya İmkânsızlaşmasına Bağlı Durumlar.....	172
2) Önemli Sebeplerin Ortaya Çıkması Halinde Uyarlama.....	172
3) Haklı Sebeplerin Ortaya Çıkması Halinde Uyarlama.....	174
4) Kanundaki Olumlu Uyarlama Hükümlerine Bağlanan Sonuçlar	175
a) Sözleşmenin Sona Ermesi	175
b) Sözleşmenin İçeriğinin Değiştirilmesi.....	177
C) Kanundaki Olumsuz Uyarlama Hükümleri.....	178
IV. Hâkimin Uyarlaması.....	180
A) Genel Olarak	180
B) Dürüstlük Kuralı ve Uygulanması.....	181
1) Genel Olarak	181
2) Kavram.....	182
3) Özellikleri.....	182
4) Uygulama Alanı	183
a) Kanunun Yorumlanması ve Tamamlanmasında.....	184
b) Hukukî İşlemlerin Kuruluşu, Yorumu ve Tamamlanmasında	184
c) Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması	186
5) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	187
a) Kavram	187
b) Özellikleri.....	187

c) Sonuçları.....	188
C) Uyarlama Talebinin İleri Sürülmesi	189
1) Doğrudan Karşı Tarafa İleri Sürme	190
2) Mahkemede İleri Sürme.....	191
3) Uyarlamanın İleri Sürülmesine İlişkin Münferit Meseleler.....	193
a) İfa Davasında Uyarlama Talebinin İleri Sürülmesi	193
b) Kira Tespiti ile Kira Uyarlaması Davaları Arasındaki Farklar	194
c) Genel İşlem Şartı Olarak Belirlenen Uyarlama Hükümlerinin	197
Geçerliliği.....	197
d) Şartlardaki Değişikliğin Garanti ve Kefalet Sözleşmelerine Etkisi.....	200
D) Uyarlama Yapılabilecek Sözleşmeler.....	200
E) Hâkimin Müdahale Tarzı.....	204
1) Genel Olarak	204
2) Hâkimin Dikkate Alması Gereken Hususlar.....	204
 § 9. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ	
SONUÇLARI	208
I. Genel Olarak	208
II. Sözleşmenin Uyarlanması	208
A) Sözleşmenin Uyarlanmasının Hukukî Dayanağı.....	208
B) Sözleşmenin Uyarlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar	209
C) Uyarlama Şekilleri	210
III. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi	212
IV. Tazminat	213
 § 10. SONUÇ.....	215

KISALTMALAR CETVELİ

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AdBD.	: Adana Barosu Dergisi
ABGB	: Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
AD.	: Adalet Dergisi
Art.	: Artikel
AT	: Allgemeiner Teil
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkeme Kararları)
BGHZ.	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkeme Medenî Hukuk Kararları)
BKT.	: Borçlar Kanunu Tasarısı
bkz.	: bakınız
BverfGE.	: Bundesverfassungsgerichtshof (Alman Anayasa Mahkemesi)
C.	: Cilt
CC.	: Code Civil Français (Fransız Medeni Kanunu)
çev.	: Çeviren
DK.	: Danıştay Kararı
dpn.	: dipnot
FS.	: Festschrift
GiŞ.	: Genel İşlem Şartları
GKHK.	: Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Dergisi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK.	: İcra ve İflâs Kanunu

İKİD.	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA.	: Juristische Arbeitsblätter
JdT.	: Journal des Tribunaux
JuS.	: Juristische Schulung
JZ.	: Juristische Zeitung
KFTFK.	: Kanunî Faiz ve Temerrüd Faizine İlişkin Kanun
Komm.	: Kommentar
m.	: madde
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Medenî Kanun
N.	: Numara
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
OR.	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	: Resmî Gazete
S.	: sayı
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHD.	: Yasa Hukuk Dergisi
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTD.	: Yargıtay Ticaret Dairesi
ZGB.	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

BİBLİYOGRAFYA**

- Akıncı, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 3. Baskı, Konya 2006.
- : İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu, S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Aslan Armağanı, Konya 1998, 733-766 (Kısaltılışı: Akıncı, İrade).
- : Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996 (Kısaltılışı: Akıncı, Organ-Doku).
- : Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004 (Akıncı, Vekâlet)
- Akıpek, Şebnem : Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.
- Akman, Sermet : Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar, İBD. 1989, C. 63, S. 10-11-12, 624-636 (Kısaltılışı: Akman, Karşılaştırmalı).
- : Yüksek Oranlı Enflasyon ve Ani Ekonomik Krizin Para ve Döviz Borçlarına Etkisi, Ek (Munzam) Zarar, İBD. 1994, C. 68, S. 4-5-6, 181-194 (Kısaltılışı: Akman, Enflasyon,).
- Akyazan, Sıtkı : Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, Batider 1973, C. VIII, S. 2, 291-310.
- Akyol, Şener : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995 (Kısaltılışı: Akyol, Borçlar).

* Eserlere yazarların soyadı ile atıf yapılmıştır. Birden fazla eserinden yararlanan yazarların diğer eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içinde gösterilmiştir.

* Önünde işaret bulunmayan rakamlar sayfa numarasını göstermektedir.

- : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995 (Kısaltılışı: Akyol, Dürüstlük).
- Altunkaya, Mehmet : Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005.
- Aral, Fahrettin : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara 2000 (Kısaltılışı: Aral, Borçlar).
- : Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa (Yayınlanmamış Doçentlik tezi), Ankara 1995 (Kısaltılışı: Aral, Kötü İfa).
- Arsebük, Esat : Borçlar Hukuku C. I-II, 3. Basım, Ankara 1950.
- Arslan, Ramazan : Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Ataay, Aytekin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Ayırım, İstanbul 1975.
- Atabek, Reşat : Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum, Batider 1984, C. XII, S. 4, 87-103.
- Atamer, Yeşim : Revize Edilmiş TBK. Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukukî Perspektifler Dergisi, TBKT. Özel Sayı 2006, 27 (Kısaltılışı: Atamer, Tasarı).
- : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001 (Kısaltılışı: Atamer, Sözleşme).
- Ayan, Mehmet : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Konya 2002 (Kısaltılışı: Ayan, Borçlar).
- : Eşya Hukuku, Mülkiyet, 3. Baskı, Konya 2001 (Kısaltılışı: Ayan, Mülkiyet).
- : Ticarî Satım, Talikî Şart, Kusursuz İmkânsızlık ve Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı, SÜHFD, C. Üçok'a Armağan, C. II, S. 2, Ocak-Haziran 1989 (Kısaltılışı: Ayan, Ticarî Satım).
- Aybay, Aydın : İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması Sorunu, İstanbul 1975.
- Ayhan, Rıza : Beklenilmeyen Haller, İfa İmkansızlığı ve Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, AdBD. 1995, S. 11, 6-8.

- Barlas, Nami : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, İHFM 1997, C. LV, S. 3, 191-208 (Kısaltılışı: Barlas, Dürüstlük).
- : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992 (Kısaltılışı: Barlas, Temerrüd).
- Başpınar, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.
- Baumann, Max/ Dürr, David/
Lieber, Viktor/ Marti, Arnold/
Schnyder, Bernhard : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, I. Teilband Art. 1-7 ZGB, dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1998 (Kısaltılışı: Baumann, Art. 2).
- Baygın, Cem : Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukukî Sonuçları, İstanbul 1997.
- Baykal, Murat : Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Batider, Aralık 1998, C. XIX, S. 4, 231-265.
- Becker, Herman : Eser (İstisna) Sözleşmesi, YD. 1983, 308-328;
(Çev. Dura, Suat) 535-550; YD. 1984, 107-124 (Kısaltılışı: Becker, Art. 373).
- : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu I. Kısım, Genel (Çev. Olçay, Bülent) Hükümler, Ankara 1967 (Kısaltılışı: Becker, Art. 18).
- Belgesay, Mustafa : Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri, Reşit İstanbul 1947.
- Belling, Detlev W./
- Köksal, Mehmet : Toplu İş Sözleşmelerinde İşlem Temelinin Çökmesi Halinde Uyarlama, HGK'nun 3.5.1995 Tarihli Kararının İncelenmesi, YHD 1996, Y.19, C. 15, S. 175, 1487-1510.
- Bilge, Necip : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Bilsel, Cemil : Devletlerarasında Andlaşmalar, İstanbul 1936.

- Bischoff, Jacques : Vertragrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983.
- Braun, Johann : Wegfall der Geschäftsgrundlage- BGH, WM 1978, 322, JuS 1979, 692-697.
- Bucher, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Burcuoğlu, Haluk : Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İstanbul 1995 (Kısaltılışı: Burcuoğlu, Beklenmeyen Hal).
- : Hukukta Uyarlama Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Döviz Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama, MHAD. 1996, S. 20, 60-91 (Kısaltılışı: Burcuoğlu, Uyarlama).
- Burkhardt, Martin : Vertrag Anpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts, 1996.
- Buz, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Kısaltılışı: Buz, Dönme).
- : Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, Batider, Aralık 1998, C. XIX, S. 4 (Kısaltılışı: Buz, Gabin).
- Camcı, Ömer : Kira Parasının Kiracı Lehine Uyarlanması, İBD. 1994, C. 68, S. 4-5-6, 233-239 (Camcı, Kira).
- : Uzun Süreli Kira Sözleşmelerinde Sözleşmenin Uyarlanması, İBD. 1992, C. 66, S. 4-5-6, 390-394 (Kısaltılışı: Camcı, Uyarlama).
- Çöloğlu, Halit : Stagflasyon, Türkiye Bunalımı, Ekonomi, Politika, Toplum, Ankara 1983.
- Dinler, Zeynel : İktisada Giriş, Bursa 2000.
- Doğanay, İbrahim : Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu? YD. 1975, C. 1, S. 4, 23-46.

- Doğrusöz, Edip/
Er, Refik : Uygulamada Kira Tespiti Davaları ve Sular Hukuku, Ankara 1987.
- Dural, Mustafa./
Öğüz, Tufan : Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.
- Dural, Mustafa : Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler, Batider 1974, C. VII, 907-936 (Kısaltılışı: Dural, Sözleşmenin Amacı).
- : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976 (Kısaltılışı: Dural, İmkansızlık).
- Edis, Seyfullah : Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği, Koloğlu'na Armağan, 447-460 (Kısaltılışı: Edis, Doğruluk).
- : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993 (Kısaltılışı: Edis, Medeni).
- : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973 (Kısaltılışı: Edis, Hata).
- Egger, August : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Zürich 1930.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001.
- Erman, Hasan : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979.
- Erzurumluoğlu, Erzan : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.
- Esser, Josef/ Schmidt,
Eike : Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teilband I, Heidelberg, 1984.
- Feyzioğlu, Feyzi : Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C. I-II, İstanbul 1967 (Feyzioğlu, Borçlar).
- Feyzioğlu, Turhan. : İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Ankara 1947 (Kısaltılışı: Feyzioğlu, Emprevizyon).

- Gauch, Peter/ Schluep,
Walter/Jaggi, Peter : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, II,
6. Auflage, Zürich 1995.
- Germann, O. A. : Grundlagen der Rechtswissenschaft, 1950.
- Gezder, Ümit : Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
- Gönensay, Samim. : Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1948 (Kısaltılışı: Gönensay
Borçlar).
- : Mukavelelerin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi, Cemil
Bilsel'e Armağan, 160-171 (Gönensay, Mukaveleler).
- Gözübüyük,
Abdullah Pulat : Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve
Beklenmeyen Haller, 3. Bası, Ankara 1977 (Kısaltılışı:
Gözübüyük, Hukukî).
- : Olağanüstü Sebepler veya Beklenmedik Haller Hukuku, AD.
1953, S. 2, 903-911 (Kısaltılışı: Gözübüyük, Olağanüstü
Sebepler).
- Gülekli, Yeşim. : Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması
Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi, MHAD. N. 18,
İstanbul 1990, 43-69.
- Gür, Refik. : Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, İstanbul 1951.
- Gürsoy, Kemal Tahir : Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon
Nazariyesi), Ankara 1950 (Kısaltılışı: Gürsoy, Clausula).
- : İstisna Akdinde Fevkalade Hallerin Rizikosu Mukavele ile
Müteahhide Tahmil Edilebilir mi? ABD. 1958, Y. 15-1958, S. 1
(Gürsoy, İstisna).
- Hatemi, Hüseyin. : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul
1976.
- Honsell, Heinrich : Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel 2002
(Kısaltılışı: Honsell, Art. 2).

Honsell, Heinrich./

Vogt, Nedim P./

Wiegand, Wolfgang : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht,
Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel 2003 (Wiegand, Art.
18).

Hromodka, Wolfgang: Schuldrechtsreform in Deutschland, Turgut Kalpsüz'e Armağan,
777-790.

İmre, Zahit. : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1980 (Kısaltılışı: İmre, Medeni).

----- : Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler
Karşısında Durumu, Kemal Fikret Arık'a Armağan, 153-194
(İmre, İktisadi Meseleler).

İnan, Ali Naim. : Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen
und türkischen Recht, Freiburg 1956.

Jaggi, Peter/ Gauch,

Peter : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, Teilband V 1b, Zürich 1980
(Jaggi/Gauch, Art. 18).

Kaplan, İbrahim. : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.

Karahasan, Mustafa

Reşit : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1992.

Karaman, Hayrettin : Mukayeseli İslâm Hukuku, C. II, İstanbul 1991.

Karayalçın, Yaşar : İstisna Akdi-Enflasyon Riski, Özel Hukukta Meseleler ve
Görüşler, Hukukî Mütalaalar, 1998-1991, Ankara 1992
(Kısaltılışı: Karayalçın, İstisna).

----- : Para Değerinde Değişmeler, Yabancı Sermaye ve Anonim
Şirketlerde Ayni Pay, Koloğlu'ya Armağan, 493-508
(Karayalçın, Para Değeri).

Kegel, Gerhard : Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des
Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln in welchem

- Sinn? Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag 1953, Heft II
B, Tübingen 1954, 135 vd.
- Kendigelen, Abuzer : Hukukî Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) I, İstanbul
2001.
- Kılıçoğlu, Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- Kocayusufpaşaoğlu,
Necip : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul 2000 (Kısaltılışı:
Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar).
- : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata
Kavramı, İstanbul 1968 (Kocayusufpaşaoğlu, Hata).
- : İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket
Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi
Şart Mıdır? Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, 503-
514 (Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli).
- Koller, Alfred. : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I,
Bern 1996.
- Koller, T./
Schwander, I. : Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR, Band
I, St. Gallen 1996.
- Kostakoğlu, Cengiz : Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, 2. Bası,
İstanbul 1996.
- Köbler, Ralf : Die clausula rebus sic stantibus als allgemeiner
Rechtsgrundsatz, Tübingen 1991.
- Köhler, Helmut : Grundprobleme der Lehre von der Geschäftsgrundlage, JA
1979, 498-506.
- Köprülü, Ömer : Sözleşmelerde Özellikle Kira Sözleşmelerinde Uyarılama, İBD.
1984, C. 58, S. 7-8-9, 447-459.
- Köse, Saffet : Çağdaş İhtiyaçlar ve İslâm Hukuku, İstanbul 2004.
- Kuntalp, Erden/
Barlas, Nami/Moralı,

- Ahu A./İşintan, Pelin Ç./
İpek, Mehtap/Yaşar,
Mert/Koç, Sedef : Türk Borçlar Kanunun Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler,
İstanbul 2005.
- Kuru, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001.
- Larenz, Karl : Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung
“veränderter Umstände” im Zivilrecht, 3. Auflage,
München/Berlin 1963 (Larenz, Geschäftsgrundlage).
----- : Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil, Band I, 14.
Auflage, München 1987 (Kısaltılışı: Larenz, AT).
- Littbarski, Sigurd. : Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der
Geschäftsgrundlage, JZ 1981, 8-14.
- Medicus, Dieter : Allgemeiner Teil des BGB, 4. neubearbeitete Auflage,
Heidelberg 1990 (Kısaltılışı: Medicus, AT).
----- : Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, FS für Werner
Flume, Köln 1978, 629-647 (Kısaltılışı: Medicus,
Vertragsauslegung).
- Merz, Hans : Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht,
Einleitung Art. 1-10 ZGB, Bern 1962 (Merz, Art. 2).
- Roth, Günther : Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch,
Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1985 (Roth, Art. 242).
- Oftinger, Karl : Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül, İHFM.
(Çev. Davran, Bülent) 1942, C. VIII, S. 3-4, 598-617.
- Oğuzman, Kemal/
Barlas, Nami : Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul
2000.
- Oğuzman, Kemal/
Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2005.

- Oğuzman, Kemal/
Seliçi, Özer/
Oktay, Saibe : Kişiler Hukuku Dersleri, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 7 Baskı, İstanbul 2002 (Kısaltılışı: Oğuzman/ Seliçi/ Oktay, Kişiler)
Oktay, Saibe : Gezi Sözleşmesi, İstanbul 1997 (Kısaltılışı: Oktay, Gezi).
----- : Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni, İHFM. 1997, C. LV, S. 3, 209-234 (Kısaltılışı: Oktay, Uzun Süreli Sözleşmeler).
Olgaç, Senai : İstisna Akdi, Ankara 1977.
Oser, Hugo/
Schönenberger,
Wilhelm : Borçlar Hukuku Birinci Kısım, 2. Bası, Ankara 1947.
(Çev. Seçkin, Recai)
Öz, Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Kısaltılışı: Öz, Dönme).
----- : Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (Kısaltılışı: Öz, Sebepsiz Zenginleşme).
Özsunay, Ergun : Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979.
Öztan, Bilge : Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 9. Bası, Ankara 2000.
Palandt, Otto : Bürgerliches Gesetzbuch, 40. Auflage, München 1981 (Kısaltılışı: Palandt/Heinrichs, Art. 242).
Pulaşlı, Hasan : Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989.
Reisoğlu, Sefa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2000 (Kısaltılışı: Reisoğlu, Borçlar).
Reisoğlu, Seza : Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961 (Kısaltılışı: Sebepsiz İktisap).
Saymen, Ferit H./
Elbir, Halit K. : Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966.

- Schmidt-Rantsch, Jürgen/
Maifeld, Jan/
Meier-Göring, Anne/
Röcken, Matthias : Das neue Schuldrecht, Köln 2002.
Schmiedlin, Stefan : Frustration of Contract und clausula rebus sic stantibus, Eine rechtsvergleichende Analyse, Basel 1985.
Schwarz, Andreas : Harbin Hususi Akitlere Etkisi, AD., Y. 35, S. 2, 186-
(Çev.Belbez, H.) 202 (Kısaltılışı: Schwarz, Akitler).
----- : Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1943 (Kısaltılışı: Schwarz, (Çev.Basman, Türkan) Roma).
Seliçi, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977 (Kısaltılışı:Seliçi, Sürekli Borç).
----- : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 (Kısaltılışı: Seliçi, İnşaat).
Serozan, Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 3. Bası, İstanbul 2002, (Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Arpacı, Abdülkadir ile beraber), (Kısaltılışı: Serozan, İfa).
----- : Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, 1013-1030 (Kısaltılışı: Serozan, Uyarlama).
----- : Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, 195-207 (Kısaltılışı: Serozan, Sözleşme).
----- : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Kısaltılışı: Serozan, Dönme).
Sirmen, Lale : Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.

- Somuncuoğlu, Ü. : Özel Hukuka İlişkin Uzun Süreli Sözleşmelerin Gelişen Ekonomik Şartlara Uygun Hale Getirilmesi, İBD. 1987, C. 61, S. 1-2-3, 112-113.
- Sungur, H. Halis : Gabin, İstanbul 1953.
- Sungurbey, İsmet : Medeni Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963 (Kısaltılışı: Sungurbey, Eleştiri).
- : Medeni Hukuk Sorunları, C. V, İstanbul 1984 (Kısaltılışı: Sungurbey, Medeni).
- Şen, M. : İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005.
- Tahiroğlu, Bülent : Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000.
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I-II, Ankara 1977.
- Tekinay, Selahattin S./
- Akman, Sermet/
- Burcuoğlu, Haluk/
- Altop, Atilla : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Thilo, Emile : İsviçre Federal Mahkemesi Kararları ve Bir Tahlil, Adliye Ceridesi 1939, 1211-1224 (Thilo, Clausula).
- : Laesio Enormis ve Clausula Rebus Sic Stantibus ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not, İÜHFM. 1935, S. 1, 344-351 (Thilo, Para Borcu).
- Tuncay, A. Can/
- Ekmekçi, Ömer : Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.
- Tunç, Ramazan : İfa İmkansızlığı, YD. 2002, C. 28, S. 1-2, 104-122.
- Tunçomağ, Kemal : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976 (Kısaltılışı: Tunçomağ, Borçlar).
- : Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler, İHFM. C. 32, S. 2-4, 884-905 (Kısaltılışı: Tunçomağ, Objektif Görüşler).
- : Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD. Y. 1, S. 1, 87-108 (Kısaltılışı: Tunçomağ, Borcun İfası).

- : Ölüncüye Kadar Bakma Akdi, Ankara 1959 (Kısaltılışı: Ölüncüye Kadar Bakma).
- Uluslan, İlhan : İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu (BK. m. 63/I), İstanbul 1984.
- Ünal, Mehmet/
Aral, Fahrettin/
Başpınar, Veysel/
Kocağa, Köksal : Medeni Hukuk Pratik Çalışmalar, 3. Baskı, Ankara 2003.
- Velidedeoğlu, Hıfzı
Veldet/
Özdemir, Refet : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.
- Von Thur, Andreas : Borçlar Hukuku, C. I-II, Ankara 1983.
(Çev.Edege, Cevat)
- Yalman, Süleyman : Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- Yaşar, Tanju Oktay : Enflasyonun İstisna Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi ve Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara 1989.
- Yavuz, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2004.
- Yavuz, Nihat : Bilimsel Öğreti ve Uygulamada Yorum, YD. 1997, C. 23, S. 4, 431-464 (Kısaltılışı: Yavuz, Uygulamada Yorum).
- : Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi, YD. 1999, C. 25, S. 4, 570-603 (Kısaltılışı: Yavuz, Genel İşlem).
- Yurt, Bülent : Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Ankara 2000.
- Zevkliler, Aydın/
Acabey, Beşir/
Gökyayla, Emre : Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2000.

GİRİŞ

GENEL BİLGİLER

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. Konunun Takdîmi

Bir sözleşme yapılırken taraflar, mevcut şartların etkisi altındadırlar. Konumlarını buna göre belirlerler. Mevcut şartlar taraflarca adeta sabit kabul edilir ve değişebileceği pek düşünülmez¹. Ancak şartlar sonradan, öngörülemeyen şekilde değişirse, sözleşmenin bundan nasıl etkileneceği sorusu akla gelmektedir.

Borçlar Hukukunda esas, ahde vefa ilkesidir. Buna göre bir borç her ne şart altında olursa olsun ifa edilmelidir. İfa borcun doğal sonucudur; borçlu için zor, masraflı, hatta yıkıcı bile olsa yerine getirilmelidir². Öte yandan borçlu irade serbestliği çerçevesinde, kendi isteğiyle bir borç altına girmiştir ve bu borcu yerine getirmek zorundadır. Bunun tek istisnası ise, sonradan meydana gelen imkânsızlığın, borcun sona ermesi sonucunu doğurmasıdır (BK. m. 117). Ancak imkânsız olmamakla birlikte, aşırı ifa güçlüğü doğuran borcun akıbeti hakkında Borçlar Kanunu bir düzenleme getirmemiştir.

Sözleşme kurulduktan sonra şartlar taraflardan biri aleyhine ağır biçimde değişirse durum ne olacaktır? İfa hâlâ mümkün olmakla birlikte, borçlu için çok ağırlaşmış, başlangıçta edimler arasında sağlanan denge bozulmuştur. Üstelik bu tarafların öngörmediği ve bir kusurlarının da bulunmadığı durumlardan kaynaklanmaktadır.

Değişen şartların sözleşmeye etkisi bakımından doktrinde çeşitli teoriler üretilmiştir. Bu teorilerin ortak özelliği; kanundaki bir düzenleme (hata, imkânsızlık, gabin, istisna sözleşmesi gibi) çerçevesinde meseleyi çözmeye çalışmalarıdır. Alman hukukunda gelişen işlem temeli teorisi bunun dışındadır.

1 Larenz, AT, 323.

2 Gürsoy, Clausula, 1.

İsviçre - Türk hukuku bakımından, bu duruma bulunan çözüm ise dürüstlük kuralıdır (MK. m. 2/II). Dürüstlük kuralına göre, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmak zorundadır. Şartların değişmesi sebebiyle, aşırı ifa güçlüğüne düşen taraftan borcunu ifa etmesini beklemek dürüstlük kuralına uygun düşmez. Bunun diğer bir yönü ise, aynı şartlar altındaki makûl ve dürüst bir kişiden de ifanın beklenemez olmasıdır.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında, hangi şartların sözleşme üzerinde etkili olduğunu tespit edebilmek için bazı kriterler ortaya konulmuştur. Bu kriterler, şartların sonradan öngörülemeyen biçimde değişmesi, edimler arası dengenin bozulması, tarafların kusurunun bulunmaması ve edimin ifa edilmemiş olmasıdır. Ayrıca sözleşme veya kanunda buna ilişkin bir hüküm bulunmaması da aranmaktadır. Eğer bu kriterler oluşmuşsa, şartlar sözleşmeyi etkileyecek derecede değişmiş demektir. Bu durumda ya sözleşme yeni şartlara uyarlanır veya sona erdirilir.

II.Terim Sorunu

Tezimizin adı olan “Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması” her iki durumu da kapsayan bir kavramdır. Doktrinde bu konuda farklı kavramlar da kullanılmaktadır. Bunlardan başlıcaları beklenmeyen hal, clausula, emprevizyon, hâkimin sözleşmeye müdahalesi, aşırı ifa güçlüğü ve işlem temelinin çökmesidir. Beklenmeyen hal, kavramdaki kriterlerden sadece birini ifade ettiği için yetersizdir³. Clausula geniş bir çerçevede kabul görmüş Latince bir kavramdır. Ancak Türkçe bir ifade değildir. Aynı durum emprevizyon için de geçerlidir. Hem Fransızca bir kavramdır, hem de unsurlardan biri olan öngörülmezliği ifade etmektedir⁴. Hâkimin müdahalesi ise sadece bu konuyu ifade edebilecek bir kavram değildir. Gerçekten de, hâkim başka sebeplerle de sözleşmeye müdahale edebilir. Aşırı ifa güçlüğü ise yeni Borçlar Kanunu Tasarısında yer bulmuş bir kavramdır. Doktrinde, olayların doğurduğu sonuca işaret ettiği ve konuyu tam olarak yansıttığı savunulmakla⁵ birlikte, kanaatimizce ifa güçlüğü de bu kavramın bir unsurudur. Zira sadece aşırı ifa güçlüğü doğuran bir değişiklik sözleşme

3 Tunçomağ, Objektif Görüşler, 887.

4 Tunçomağ, Objektif Görüşler, 887; Gürsoy, Clausula, 5, 6.

5 Tunçomağ, Objektif Görüşler, 887; Serozan, Dönme, 365 vd.; Gülekli, 45.

üzerinde etkili olabilir. İşlem temelinin çökmesi de yaygın olarak kullanılmaktadır⁶. Ancak bu kavram aynı zamanda bir teorinin adıdır ve Alman hukukuna ait bulunmaktadır. Bu sebeplerle tezimizde, her yönüyle tam olarak anlatan ve bir üst kavram niteliğinde olan, “Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

III. Konunun Önemi

Değişen şartların sözleşmeye etkisi, hukukta çok tartışılmış bir meseledir. Böyle bir durumu kabul etmenin, ahde vefa ilkesiyle bağdaşmayacağı düşünülererek uzun zaman reddedilmiştir. Ancak I. Dünya Savaşı’nın doğurduğu sonuçlar karşısında, bu anlayışın yetersiz kaldığı görülmüştür. Para değerindeki büyük düşüşler, savaştan kaynaklanan ihracat-ithâlât engelleri, malların tedarikindeki sıkıntılar, yapılan sözleşmeleri ciddi biçimde etkilemiştir. Bu dönemde verilen mahkeme kararları, başlangıçta sözleşmeleri ayakta tutmaya yöneliktir. Bununla birlikte, ortaya çıkan adil olmayan durumlar mahkemeleri, bu şartlar altında kalan sözleşmeleri sona erdirmeye sevk etmiştir.

Günümüzde artık değişen şartların sözleşmeyi etkileyip etkilemeyeceği değil, bu etkinin hangi kriterlerle ve nasıl yapılacağı tartışılmaktadır. Gerek doktrin ve gerekse mahkeme kararları bazı kriterler oluşturmuşlardır. Bu kriterlerin niteliklerinin ve sınırlarının iyi çizilmesi önemlidir. Aksi halde yaşanan her değişiklik sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerden kaçma imkânı olarak kullanılabilir, mahkemeler önünde dava yığılmalarına sebep olabilir.

Başlangıçta sadece sözleşmenin sona erdirilmesine imkân verdiği düşünülen şartlardaki değişikliklerin, zamanla uyarlamaya da imkân verdiği sonucuna varılmıştır. Zira görülmüştür ki çoğu zaman uyarlama, sona erdirmeden daha adil sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumda hangi hallerde uyarlamaya, hangi hallerde sona erdirmeye gidilmelidir ve nasıl sonuçlandırılmalıdır, sorularının cevaplanması önem taşımaktadır.

6 Serozan, İfa, 220; Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 503; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 383.

Ülkemizde yaşanan ekonomik istikrarsızlıklar bu konuyu hep gündemde tutmaktadır. Gerçi savaşlar, ekonomik ve siyasî olaylar insanlara her alanda daha temkinli davranmayı öğretmiştir. Bunun sonucu olarak sözleşmelere, şartların değişmesinden korunmaya yönelik kayıtlar konulmaktadır. Ancak bunun yetersiz kaldığı veya hiç akla gelmediği durumlarla da sık karşılaşılmaktadır. Hukuk herkes için var olduğuna göre, böyle bir tedbiri almayanlar korunmaya lâyık değildir, denilemez. Günlük hayatın, başka ülkelerde meydana gelen olaylardan bile kolayca etkilenir olduğu küreselleşen dünyada, sözleşmeler açısından bu etkilere bir sınır koymak gerekir. Tüm bunlar dikkate alındığında uyarlamanın kriterlerini belirlemek, sınırlarını çizmek ve sonuçlarını değerlendirmek büyük önem taşımaktadır.

IV. Konunun Sınırlandırılması

Türk-İsviçre Hukukları bakımından, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını düzenleyen genel nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu bir eksiklik olarak görülmemekte, dürüstlük kuralı (MK. m. 2/II) uygulamasının bunu da kapsayacağı kabul edilmektedir⁷.

Borçlar Kanununda değişen şartların etkisi hakkında genel bir hüküm öngörülmemekle birlikte, bazı sözleşme türleri için özel hükümler konulmuştur. Meselâ kira, bağışlama, kefalet, istisna sözleşmeleri hakkında böyle hükümler mevcuttur. Hatta istisna sözleşmesindeki, uyarlama imkânı veren hükmün (BK. m. 365/II), tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde genelleştirilebileceği de doktrinde savunulmuştur⁸.

Tezin amacı, değişen şartların sözleşme üzerinde etkili olabilmesi için gereken kriterleri tespit etmek, incelemek, bu kriterler yerine gelmişse meydana gelebilecek sonuçları değerlendirerek tarafların, kanunun, hâkimin nereye kadar bu konuda etkili olacağını belirleyebilmektir. Kısaca amaç, değişen şartların sözleşmeye etkisi konusunda genel kriterler ortaya koyabilmektir. Dolayısıyla bu konuda özel hüküm taşıyan her sözleşme ayrıntılı olarak incelenmemiş, sadece ana hatlarına değinilmiştir.

7 Gauch/Schlupe/Jaggi, N.1289, 1290; Oğuzman/Öz, 156; Eren, 449; İmre, İktisadi Meseleler,189; Edis, Medeni, 313; Erman, 56; Hatemi, 197, dpn. 78; Bischoff, 31.

8 Schwarz, Akitler, 198; Arsebük, 852; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 784.

Aksi hal hem tezin kapsamını çok genişletir, hem de istisnai nitelikte olan bu düzenlemeleri genel kriterlerin önüne geçirirdi.

Çalışmada konunun tarihî gelişimi ve bu çerçevede ileri sürülen teoriler üzerinde de durulmuştur. Böylelikle çözüm çabaları ve katedilen yol ortaya konularak, günümüzde gelinen noktanın daha iyi anlaşılması sağlanmaya çalışılmıştır.

§ 2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA UYARLAMA

I. Roma Hukukunda Uyarlama

Klâsik Roma hukuku, genel anlamda geçerli bir “clausula rebus sic stantibus” ilkesini tanımamaktadır⁹. Bu hukuk sisteminde sözleşmeye bağlılık temel kuraldır¹⁰. İleride şartlarda meydana gelebilecek değişikliklerden etkilenmek istemeyen tarafın, sözleşmeye feshedici bir hüküm koyması gerekmektedir¹¹. Bununla birlikte clausula, Roma Hukukuna tamamen yabancı bir kavram da değildir¹². Gerçekten de, Romalı düşünürler Cicero ve Seneca eserlerinde, bu kavramdan bahsetmişler hatta Seneca genel bir clausula ilkesini açıkça ifade etmiştir¹³.

Corpus iuris civilis (o zamana kadar oluşmuş, yazılı olmayan Roma Hukukunu toplayarak yazılı hale getirmiştir)’de clausulaya yer verilmemiştir¹⁴. Ancak bazı sözleşmeler için değişen şartlar sebebiyle meydana gelecek özel durumlar dikkate alınmıştır. Örneğin kira sözleşmesinde, tarafların karşılıklı yükümlülüklerine aykırı davranışları dışında, kiraya verenin kendi ihtiyacı veya binanın yenilenme ihtiyacı sebebiyle kiralayana sözleşmeyi feshedebilme imkânı; bağışlama sözleşmesinde bağışlayana, bağışlananın nankörlüğü sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır¹⁵.

Roma İmparatorluğu’nun yıkılmasıyla Roma Hukuku da önemini yitirmiştir. Ancak bu hukuk sistemi 11. yüzyılda İtalya’da yeniden keşfedilmiş ve doktrini teorik

9 Köbler, 23; Bischoff, 175.

10 Köbler, 23.

11 Bischoff, 175.

12 Köbler, 23.

13 Köbler, 24; Merz, Art. 2, N.186.

14 Köbler, 24.

15 Köbler, 24; Merz, Art. 2, N. 186; Bischoff, 174. Bağışlamaya ilişkin diğer dönme sebepleri için bkz, Köbler, 25.

olarak etkisi altına almıştır¹⁶. Böylelikle İtalyan hukukunun glossatörleri¹⁷, Corpus iuris civilis'i yorumlamaya başlamışlardır. Burada genel bir clausula ilkesi bulunmadığından glossatörler, 11. yüzyıldan 13. yüzyıla kadar bu kavramı kullanmamışlardır¹⁸. Yapılan araştırmalar 13. yüzyılda, kilise hukukunda da clausulaya ilişkin ifadelerin yer almaya başladığını göstermektedir¹⁹. Örneğin Aquino'lu Thomas, "Summa Theologica" adlı eserinde kavramı ayrıntılı olarak açıklamış, Seneca'ya atıfta bulunmuş fakat genel bir uygulamayı değil, sadece istisnai uygulamayı kabul etmiştir²⁰.

13. ve 14. yüzyıllarda glossatörlerin çalışmaları, post glossatörler tarafından yeniden yorumlanmıştır. Bunlardan Bartolus ve Baldus, clausulayı açıklamışlar ancak "rebus sic sehabentibus" olarak ifade etmişleridir. "rebus sic sehabentibus", yapılan vaadin (verilen sözün) yerine getirilmesi için şartların değişmemesini esas alan bir zımnî şarttır²¹. Bartolus bu şartın genel bir kural olmadığını, özel durumlarda sözkonusu olacağını belirtmektedir²². Baldus ise bunu genel bir ilke şeklinde ifade eder²³. Ancak "clausula" ilkesini başarılı biçimde Medenî Hukuka sokan ilk kişi olarak Bartolus tanınır²⁴. Oysa yeni araştırmalar göstermektedir ki 12. yüzyılda yaşamış İtalyan hukukçu Pilius, clausulanın her tür yükümlülüğe uygulanmaya muktedir olduğu görüşünü daha önce savunmuştur²⁵.

Sonuç olarak, Klâsik Roma Hukuku'nda, clausula rebus sic stantibus genel bir ilke biçiminde yer almaz. Bununla birlikte clausula, bu hukuku yorumlayan glossatörler ve post-glossatörler tarafından bazı münferit durumlarda uygulanan bir kural olmaktan çıkarılıp, genel bir ilke haline dönüştürülmüştür²⁶.

16 Köbler, 27.

17 Glossatör, Roma ve Kilise hukuku metinlerini inceleyerek, bu metinleri açıklayıcı notlar yazan hukukçulara verilen addır.

18 Köbler, 28.

19 Köbler, 28; Merz, Art. 2, N.186.

20 Köbler, 29; Merz, Art. 2, N.186.

21 Köbler, 29.

22 Köbler, 29.

23 Köbler, 30.

24 Köbler, 29; Gürsoy, Clausula, 12.

25 Köbler, 30. Pilius bu durumu şöyle ifade etmiştir: "...weil darin die stillschweigende Bedingung gesehen wird, falls die Angelegenheit in demselben Zustand bleibt...." (...Çünkü bunun içinde zımnî şart görülür, eğer iş aynı durumda kalırsa...), Köbler, 28.

26 Köbler, 30; Merz, Art. 2, N.186.

II. İslâm Hukukunda Uyarlama

İslâm hukukunda, şartların sonradan değişmesine yönelik genel bir hüküm yoktur²⁷. Ancak İslâm hukuku, “zarûret hali, özür, ihtiyaç, sıkıntı, ikrah hali, acz ve zaâfiyet” gibi insanları ve toplumun karşılaştığı olağanüstü durumları dikkate alarak bazı kolaylıklar ve sorumluluğu hafifletecek esaslar getirmiştir²⁸. Bu durum, İslâm hukukunun Batı hukukundan farklı adalet anlayışından kaynaklanmaktadır²⁹. Batıda saf liberal anlayışın hâkim olduğu dönemde, ahde vefa ilkesinde çok ileri gidilmiştir. Daha sonra sosyal adalet düşüncesinin giderek hâkim olmasıyla bu sert ve bağlayıcı uygulama yumuşamaya başlamış ve çeşitli teoriler üretilmiştir³⁰. hukukunda ise, asıl hedef sosyal adalet olduğundan, başka teorilere gerek kalmadan, ahde vefa ilkesini yumuşatan tedbirler kolayca alınabilmektedir. Bunun en güzel örneklerini mazeret sebebiyle kira sözleşmesinin feshi ve beklenmedik durumlarda satım sözleşmesinin tadili teşkil etmektedir³¹.

Kira sözleşmesinde feshe sebep olan hallerden bazıları: kiracının iflâsı, iş değişikliği, kiralayanın kiralananı satması, kiralananandaki eksiklikler veya meydana gelen değişiklikler şeklinde sıralanabilir³². Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan imkânsızlık, sözleşmeyi kendiliğinden ortadan kaldırır. Ancak bu nitelikte olmayan ve sözleşme yapılırken mevcut bulunmayan bir durum ortaya çıkarsa; ya zarar görenin tek taraflı iradesiyle veya tarafların ortak iradesiyle ya da hâkim kararıyla sözleşme feshedilir. Meydana gelen değişiklik açıkça ortada ise hâkim kararına ihtiyaç yoktur³³. Burada feshin dayandığı nokta, “sözleşme yapılırken bilinmeyen ve ileride beklenmeyen” olaylardır³⁴. Bu açıdan Batı hukukundaki “öngörülemeyen durumlar”a benzemektedir. Ancak onların aksine ortadan kaldırılacak haller de buna sebep

27 Karaman, 405.

28 Köse, 111.

29 Karaman, 406; Köse, 111, 116.

30 Karaman, 406; Köse, 116.

31 Karaman, 406. Hatta İslâm hukukunda bir görüşe göre borcun doğduğu zaman ile ödeme zamanı arasında ortaya çıkan durumlar, para değerinin değişmesine sebep olursa, borcun doğduğu gündeki reel değer ödenmesi gerekir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köse, 114.

32 Karaman, 406; Köse, 112.

33 Karaman, 407; Köse, 113.

34 Karaman, 407; Köse, 112.

olabilir. Örneğin taraflardan biri, kazanç elde etmek için seyahate çıkması gerektiğinde kira sözleşmesini feshedebilir³⁵.

Şartların değişmesinin sonucu, İslâm hukukunda sözleşmenin feshi veya kendiliğinden sona ermesi, Batı hukukunda ise sözleşmenin sona ermesi veya uyarlanmasıdır. İslâm hukuku bakımından böyle bir durumda kira sözleşmesinin feshinin sebebi, beklenmedik bir olayın meydana gelmesi, sözleşme yapan ve sonradan mazereti ortaya çıkan tarafın başlangıçta düşünmediği ve sözleşme gereği borçlanmadığı bir zarara katlanmak zorunda kalmasıdır. Bu sebeple sözleşmenin ifasında ısrar edilemez, ortaya çıkan mazeret bir fesih hakkı doğurur³⁶.

Beklenmeyen durumlarda satım sözleşmesinin tadili ise, satıma konu olan meyve ve sebzelerin zarar görmesinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle meyvenin, henüz ağaç üzerindeyken satın alındığı durumlarda böyledir. Bu tür bir zarara uğrayan alıcının ödeyeceği miktar azaltılmaktadır³⁷. Burada meydana gelen zararın olağanüstü nitelikte olmasının gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler vardır³⁸.

Eski hukukumuzda Mecelle, şartların değişmesinin sözleşmeye etkisi konusunda açık bir hüküm taşımamaktadır. Ancak m. 83, kararlaştırılan şart bakımından, sonradan meydana gelen değişikliğe etki tanımaktadır³⁹. Buna göre bir şarta “bikaderilimkân” uymak gerekir⁴⁰. Bir başka deyişle sonradan ortaya çıkan değişiklik, kararlaştırılan şartı, taraflardan birinin sözleşmeden beklediği fayda ile kıyaslanamayacak derecede ağırlaştırırsa, artık o taraf, bu şarta uymakla yükümlü tutulamaz⁴¹. Bu hüküm clausula’nın, Mecelle’deki bir görünümünü teşkil etmektedir⁴². Bazen de çıkarılan özel kanunlarla buna imkân verilmiştir. Örneğin I. Dünya Savaşı sebebiyle meydana gelen

35 Karaman, 407. Benzer örnekler için bkz. Köse, 112, 113.

36 Karaman, 408; Köse, 113, 114.

37 Karaman, 410; Köse, 114, 115.

38 Bu görüşler için bkz. Karaman, 410 vd.; Köse, 115.

39 Mecelle m.83, Bikaderilimkân şarta muraat olunmak lazım gelir (Bir şarta imkân ölçüsünde riayet etmek gerekir).

40 Belgesay, 16.

41 Belgesay, 16; Gür, 65.

42 Belgesay, 16; Gür, 65. Mecelle’nin 17, 18, 20 ve 21. maddeleri de yine bu çerçevede değerlendirilmektedir.

konut sıkıntısını aşmak amacıyla çıkarılan, kiracıları koruyucu nitelikteki kanun ve kararnameleler böyledir⁴³.

III. İngiliz Hukukunda Uyarılama

İngiliz hukukunda (Common Law), sözleşme bir eda vaadi değil, aksine alacaklıya hakkı olan edayı mutlaka elde edeceğine dair verilen bir garantidir⁴⁴. Bunun sonucunda imkânsızlık, uzun süre İngiltere’de bir sona erme sebebi olarak kabul edilmemiştir⁴⁵. Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren aksi yönde bir gelişme sağlanabilmiştir. Mahkeme kararlarında örtülü şart (implied conditions) ve sözleşmenin temeli (foundation of contract) kavramları ortaya çıkmaya başlamıştır⁴⁶. Özellikle “taç giyme davaları” (coronation cases) bu gelişmeye katkıda bulunmuştur⁴⁷. Mahkeme burada tören alayının geçişini, sözleşmenin temeli (foundation), örtülü şartı (implied condition) kabul ederek, kira paralarının ödenmemesine karar vermiştir⁴⁸. Böylece sözleşmenin temeli (foundation of contract) teorisi İngiliz sözleşmeler hukukunda yerleşmiştir. Bu teori, tarafların ortak amaçlarının beklenmedik bir olay sonunda işleyemez hale gelmesi durumunda, sözleşmeden doğan hak ve borçların derhal sona ermesini ifade eder⁴⁹. Günümüzde ise sözleşmenin temeli teorisindeki örtülü şart kavramı, artık yerini tasavvurun boşa çıkması (frustration) kavramına terk etmiştir⁵⁰. Buna göre öngörülemez biçimde sonradan değişen şartlar, sözleşmenin ifasını, başlangıçta söz verilenden tamamen farklı hale sokarsa, sözleşme çökmüştür

43 Bu kanun ve kararnameleler için bkz. Gönensay, Mukaveleler, 168.

44 Schwarz, Akitler, 196; Schmiedlin, 21.

45 Örneğin, 1647 yılında verilen Jane Paradine kararında, kiraladığı binaları sözleşme gereği tamir ettirmekle yükümlü olan, ancak siyasi çalkantılar sırasında mülkünden uzaklaştırılmış bir hasılat kiracısı, sözleşmede kayıtsız şartsız kabul edilmiş olan mükellefiyetler dışında bırakılmadığı için edadaki bu imkânsızlık hiç dikkate alınmayarak, tazminata mahkum edilmiştir. Schwarz, Akitler, 196; Schmiedlin, 21,22.

46 Schwarz, Akitler, 196, Schmiedlin, 23, 24.

47 Taç giyme davaları şöyle gelişmiştir: Kral VII. Edward, aniden hastalanınca taç giyme töreni iptal edilmiştir. Bunun üzerine tören alayının geçeceği sokaklardaki pencere ve balkonlarını büyük bedellerle kiraya vermiş olanlar, tören yapılmamasına rağmen mahkemeye müracaat ederek bedellerin ödenmesini talep etmişlerdir. Schwarz, Akitler, 196; Schmiedlin, 39 vd.

48 Schwarz, Akitler, 196; Schmiedlin, 40.

49 Aybay, Kira, 90, dpn.25.

50 Serozan, Dönme, 378, dpn.248; Schmiedlin, 24, dpn.22, 69 vd.

(frustrated)⁵¹. Bir başka deyişle frustration'a dayanan taraf, yapmaya söz verdiği şey bu değildi (it was not this that I promised to do), demektedir⁵².

İsviçre-Türk ve İngiliz hukukları arasındaki yapısal farklılıklara rağmen frustration ile clausula birbirinden tamamen ayrı kavramlar değildir. Ancak iki kavram arasındaki farklılık sonuçlarda ortaya çıkmaktadır⁵³. Gerçekten de, İsviçre-Türk hukukunda hâkimin geniş bir uyarılama yapma yetkisi vardır. Oysa İngiliz hukukunda hâkimin böyle bir fonksiyonu yoktur⁵⁴.

İsviçre-Türk hukukunda istisnaen sonraki kusursuz imkânsızlıkta kabul edilen (Art. 119 OR; BK. m. 117) sözleşmeyi sona erdirmeye, İngiliz hukukunda şartların değiştiği (frustrated contact) tüm haller için kullanılan ağır bir kuraldır⁵⁵. İngiliz sistemi, sözleşme tipleri için tarafların taşıyacakları riskler konusunda açık kurallar içerir. Ancak bunun üstünde maruz kalınan zararlar bakımından bir tazminat hakkı tanınmıştır⁵⁶.

IV. Alman Hukukunda Uyarılama

1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medenî Kanunu (BGB)' nun temelleri Roma Hukukuna dayanmaktaydı ve onun ferdiyetçi hukuk sisteminin etkisi sebebiyle, ahde vefa ilkesi her şeyin üstünde yer almaktaydı. Bu yüzden söz konusu kanunda hâkimin sözleşmelere müdahale hakkı bulunmamaktaydı⁵⁷. Hatta ahde vefa ilkesinin zayıflayacağı endişesiyle Windscheid' ın kurucu şart (Voraussetzung) teorisi bile Medenî Kanun projesinden çıkarılmıştı⁵⁸.

BGB, sadece bazı hallerde (§ 321, § 610, § 343 gibi), şartlarda meydana gelen değişiklikten dolayı taraflardan birine sözleşmeden dönme hakkı veya sözleşmeyi değiştirebilme hakkı tanımıştı. Ancak bu konuda genel bir hüküm içermiyordu⁵⁹.

51 Baumann, Art.2, N. 478.

52 Baumann, Art.2, N. 478.

53 Schmiedlin, 183; Baumann, Art.2, N.778.

54 Schmiedlin, 182; Baumann, Art.2, N.778.

55 Schmiedlin, 183; Baumann, Art. 2, N. 778.

56 Schmiedlin, 183.

57 BGB. § 325'te ifayı zorlaştıran olayın ağırlığı ne olursa olsun, bir imkânsızlık söz konusu olmadıkça borçlunun ifa ile yükümlü olduğu, düzenlenmişti. (Gürsoy, Clausula, 47, 48).

58 Schwarz, Akitler, 194.

59 Larenz, AT, 321; Esser/Schmidt, 267, 268.

I. Dünya savaşından sonra Almanya'nın yaşadığı ekonomik çöküntü, ahde vefa ilkesinin hem doktrinde hem de mahkeme kararlarında yeniden gözden geçirilmesine sebep olmuştur. Yüksek mahkeme önceleri genel bir clausula rebus sic stantibus ilkesini kabul etmemiřtir⁶⁰. Daha sonra clausulayı kabul etmeye başlamış ve bu çerçevede kararlarını sırasıyla ekonomik imkânsızlık kavramına, işlem temeli kavramına ve BGB. § 242 anlamında objektif iyi niyet kavramına dayandırmıştır. Başlangıçta Yüksek Mahkemenin kararları sözleşmenin sona erdirilmesi yönündeydi. Daha sonra olağanüstü bir gelişme göstererek hâkimin müdahalesiyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesinin de yolu açılmıřtır⁶¹.

II. Dünya Savaşı sırasında artık iyice yerleşmiş olan hâkimin bu şekilde sözleşmeleri yeniden gözden geçirebilmesi fikri, Almanya'da çıkarılan “Sözleşmelere Yardım Kanunu” (Vertraghilfegesetz) ile özel hukuk alanındaki ilk savaş tedbirlerinden biri olarak yerini almıřtır⁶². Bu tüzükle, şartların aşırı güçleşmesi durumunda hâkimin sözleşmeye denge getirecek şekilde müdahalesinin devletin bir görevi olduğu fikri kabul görmüştür. Hâkime, sözleşmenin amacı bakımından her iki tarafın durumlarını dikkate almak ve zararı mümkün olduğuunca paylaştırarak hakkaniyet çerçevesinde bir karar vermek görevi yüklenmiřtir⁶³.

Alman hukukunda, her ne kadar doktrin ve mahkeme kararlarıyla kriterleri belirlenmiş olsa da BGB'de, değişen şartların etkisi konusunda genel bir kuralın bulunmaması pozitif hukukun bir eksikliği olarak yorumlanmaktaydı⁶⁴. BGB'de yapılan ve 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren değişlikle bu konu da düzenlenmiştir. İşlem temelinin çökmesi (Störung der Geschäftsgrundlage), Sözleşmelerin Uyarlanması ve Sona Ermesi (Anpassung und Beendigung von Verträgen) isimli üçüncü alt başlık altında, 313. maddede yer almıştır.

60 Gürsoy, Clausula, 49.

61 Schwarz, Akitler, 195.

62 Schwarz, Akitler, 195; Kegel, 202; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 893; Dural, İmkansızlık, 39, dñn. 49.

63 Schwarz, Akitler, 195.

64 Rantsch/Maifeld/Meier-Göring/Röcken, 327.

V. Avusturya Hukukunda Uyarlama

Alman Hukukundaki Oertmann'ın İşlem Temeli Teorisinin benzeri, Avusturya Hukukunda Oskar Pisko tarafından savunulmuştur. "Tipik tasavvur doktrini" (Lehre von den typischen Voraussetzungen) olarak adlandırılan bu teoriyi Pisko, hazırladığı şerhlerle geliştirmiştir⁶⁵.

Sözleşmenin yorumlanmasını düzenleyen ABGB. § 914'e göre tarafların niyeti araştırılmalı ve sözleşme doğru, namuslu, dürüst ilişki anlayışına uygun olarak anlaşılmalıdır. Buradaki doğru, namuslu ilişki (redlich Verkehr) kavramı, dürüstlük kuralı ile aynı anlama gelir⁶⁶.

Pisko'ya göre, tipik tasavvurun bir hukukî işlemde bulunduğu varsayılır. Ancak kişisel tasavvurla, tipik tasavvur arasındaki sınırı çizmek kolay değildir⁶⁷.

Pisko'nun teorisindeki kriterlerden yola çıkan mahkeme kararları, Alman ve İsviçre hukuklarını takip eden, benzer sonuçlara ulaşmışlardır⁶⁸. Bu kriterler şöyle sıralanabilir⁶⁹:

-Katlanılmazlık (borçlunun ifasının giderek katlanılmaz olması anlamındadır),

-Borçlunun kendi alanında meydana gelen bir olay (bu kriter hem borçta hem de kişisel tasavvurda açıkça ortaya çıkan çöküşü ifade eder),

-Bu olayın öngörülmez olması (sonradan meydana gelen, beklenmedik olay anlamındadır). Avusturya Hukukunun bugünkü uygulamasında enflasyon öngörülebilir kabul edilmektedir. Taraflardan birinin para değerinin değişmeyeceğine inandığına dair iddiası, mahkemelerde kabul görmemektedir⁷⁰. Diğer yandan tarafların bu konuda yaptıkları anlaşmalar da önem taşımaktadır. Eğer sözleşmede veya kanunda bu konuya ilişkin bir düzenleme varsa öncelikle uygulanmaktadır⁷¹.

65 Pisko, 351 vd. (naklen Baumann, Art.2, N. 474).

66 Baumann, Art. 2, N. 474.

67 Baumann, Art. 2, N. 474.

68 Baumann, Art. 2, N. 475; Merz, Art. 2, N. 187.

69 Baumann, Art. 2, N. 475.

70 Baumann, Art. 2, N. 475.

71 Baumann, Art. 2, N. 475.

VI. İsviçre Hukukunda Uyarlama

İsviçre, I. ve II. Dünya Savaşlarına girmemesine rağmen, savaşların dünya ekonomisi üzerindeki kötü etkileri yüzünden aynı meselelerle karşı karşıya kalmıştır. Ancak İsviçre Hukuku bu meselelerin aşılmasında dayanak olabilecek hükümler bakımından daha zengindir⁷².

Federal Mahkeme bu doğrultuda meselenin; hata hükümleri (OR. Art. 24), istisna sözleşmesindeki özel düzenlemeler (OR. Art. 373/II), gabin (OR. Art. 21) hükümleri ve dürüstlük kuralı (ZGB. Art. 2) yoluyla çözülebileceğini gösteren çeşitli kararlar vermiştir⁷³.

Günümüzde İsviçre Hukukunda, bu konuda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak böyle bir düzenlemeye ihtiyaç da duyulmamaktadır. Çünkü ZGB. Art. 2'nin bir üst sınır olarak, ahde vefa ilkesinin üzerinde bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁴.

İsviçre hukuku hakkında daha fazla ayrıntıya girilmemesinin sebebi, Türk hukuku ile paralel bir seyir izlemesi ve yapılan açıklamaların, çoğu zaman her iki hukuk için de aynı olmasından kaynaklanmaktadır. Farklı noktalar yeri geldikçe tez içerisinde belirtilmiştir.

72 Schwarz, Akitler, 197; Wiegand, Art. 18, N. 97.

73 Karar örnekleri ve ayrıntılı açıklamaları için bkz. Schmiedlin, 89 vd.

74 Von Tuhr, 643; Bischoff, 31; Wiegand, Art. 18, N. 97.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KAVRAMI, BU KONUDAKİ GENEL İLKELER VE İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER

§ 3. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KAVRAMI

I. Genel Olarak

Her sözleşmede tarafların yükümlülüğü, borcunu yerine getirmektir. Borç, zor veya masraflı olmasına bakılmaksızın ifa edilmek zorundadır¹. Ancak bu zorunluluk sınırsız değildir. BK. m. 117, borçluya yüklenemeyen haller sebebiyle ifanın mümkün olmaması durumunda, borcun sona ereceğini düzenlemiştir. Bu hüküm, basit bir adalet ve mantık kuralının² kanuna yansımasıdır. Bazı borçlar ise tamamen imkânsız olmamakla birlikte, çok ağırlaşmış ve masraflı bir hal almış bulunabilir. Öyle durumlar vardır ki; sözleşmenin kurulması sırasında orantılı olan eda, sonradan meydana gelen olaylar sebebiyle bir taraf için çekilmez hale dönüşebilir. Bu durumda bir imkânsızlık söz konusu değildir. İfa hâlâ mümkündür. Fakat söz konusu edimin ifası artık borçluyu ekonomik olarak çökertecek şekildedir veya karşı eda ile arasında çok büyük oransızlık vardır³. Gerçi sözleşmeler bakımından kuruluş aşamasında taraflar arasında matematik veya ekonomik bir dengenin bulunması şart değildir⁴. Sözleşme serbestisi ilkesi taraflara sözleşme içeriğini BK. m. 19 vd.'ndaki sınırlar çerçevesinde, dilediğince düzenleme yetkisi vermiştir. Ancak kural olarak her sözleşmenin kuruluşu sırasında, edimler arasında taraflarca kabul edilmiş bir dengenin bulunduğu görülür⁵.

Şartlardaki büyük değişikliklerin, yukarıda bahsedilen dengeyi bozması durumunda, sözleşmenin bir taraf için katlanılır olup olmadığı meselesi karşımıza çıkar. Eğer olağanüstü durumlar sözleşmeyi bir taraf için katlanılamaz hale getirmişse, sözleşmenin feshi veya uyarlanması söz konusu olur.

1 Oğuzman/Öz, 196 vd.; Eren, 899; Tunçomağ, Borçlar, 663; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 758; Serozan, İfa, 8.

2 Gürsoy, Clausula, 1.

3 Gürsoy, Clausula, 1. Bu durum sözleşmeye aykırılığa da benzemez. Çünkü aykırılık sözleşme yükümlülüklerinin ihlali halinde ortaya çıkar. Oysa şartlardaki değişikliğin ortaya çıkmasıyla aşırı bir ifa güçlüğüne doğması sözleşmenin ihlali değildir, Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 570.

4 Bischoff, 119; Kaplan, 112; Buz, Gabin, 55.

5 Bischoff, 119; Oftinger, 609; Kaplan, 112; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 784; Von Tuhr, 643.

Uyarlama kavramının tam olarak anlaşılabilmesi için, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlaması kavramları üzerinde durmak gerekir. Bunun için de öncelikle sözleşmenin içeriğinin tespiti önem taşır.

II. Sözleşmenin İçeriği

A) Kavram

Borçlar Kanununda, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflara, sözleşme içeriğini⁶ belirli sınırlar çerçevesinde diledikleri gibi düzenleme imkânı tanınmıştır (BK. m. 19/I). Bu sınırlar, sözleşme içeriğinin hukuka aykırı olmaması, ahlâka aykırı olmaması ve imkânsız olmamasıdır (BK. m. 19/II, m. 20/I).

Sözleşmenin içeriği, sözleşme kurulurken taraflarca kararlaştırılmış, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin bütünüdür⁷. Başka bir deyişle, tarafların birbirlerine nasıl davranması gerektiği, hangi edimi yerine getirmek zorunda oldukları, birbirlerinden hangi taleplerde bulunabilecekleri sorularına verilen cevapların toplamıdır⁸.

Sözleşmenin içeriği, farklı anlamlarda kullanılmaktadır⁹. Dar anlamda sözleşmenin içeriği, tarafların kararlaştırdıkları edim yükümlülüklerini, yani sözleşme metninde yer alan hükümleri ifade eder¹⁰. Buna karşılık sözleşmenin geniş anlamda içeriği ise tarafların istedikleri, anlaşarak kararlaştırdıkları her şeyi kapsar¹¹. Dolayısıyla bir sözleşme için geçerli olan kuralların tümü, sözleşmenin içeriğine dahildir. Zira kanunkoyucu tarafların irade beyanlarıyla elde etmek istediği hukukî sonuçları tanıırken, aynı zamanda genellikle sadece esaslı noktaları belirlemekle yetinen bu

6 Doktrinde BK. m. 19'da sözü edilen "akdın mevzuu"ndan, İBK. m.19'un Almanca metnine uygun olarak "sözleşmenin içeriği" (Inhalt des Vertrages) anlaşıldığı gibi (Eren, 293; Ataay, 238; Başpınar, 57 vd.); Fransızca metne uygun olarak "sözleşmenin konusu" şeklinde de yorumlanmaktadır (Oğuzman/Öz, 20, 72 vd.; Reisoğlu, Borçlar, 101).

7 Bucher, 177; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 273.

8 Bucher, 177.

9 Bucher, 177; Eren, 294.

10 Bucher, 177; Eren, 294; Başpınar, 58.

11 Eren, 294; Başpınar, 59; Hatta kötü ifa, öngörülemeyen şartların etkileri, tarafların hukukî anlaşmazlıkları da geniş anlamda sözleşme içeriğine dahildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bucher, 177.

beyanları tamamlar¹². O halde sözleşme için geçerli kurallar, sözleşmeye ait kurallar ve sözleşme dışı kurallar şeklinde ayrılabilir¹³.

Sözleşme kurulurken ya da daha sonra değiştirilirken konulan bu kurallar, taraf iradelerinin ürünüdürler ve sözleşmenin esasını oluştururlar¹⁴.

Sözleşme dışı kurallar ise taraflarca konulmamıştır. Bu kurallar kanun hükümlerinden ve hâkimin yarattığı hukuktan oluşur¹⁵.

Sözleşme hukukuna ilişkin kanun hükümleri, sözleşme ilişkisinin önemli bir parçasıdır¹⁶. Kanun hükümleri, emredici hükümlerle yedek hükümlerden oluşur. Taraflar emredici hükümlere aykırı bir sözleşme yapamazlar. Ancak, sözleşmenin bir kısmı emredici hükümlere aykırı olursa, bu kısmın bulunmamasının sözleşmenin varlığını etkilememesi kaydıyla, sadece o kısım geçersiz olur (BK. m. 20/II). Böylece, emredici hükümler taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyerek sözleşmenin içeriği haline gelir¹⁷. Borçlar Kanunundaki emredici hükümlerin sayısı, yedek hükümlere göre oldukça azdır¹⁸. Bunun sebebi Borçlar Kanunun mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanununun (Obligationenrecht), liberal bir hukuk anlayışı ile hazırlanmış olmasıdır. Yedek hükümler, yorumlayıcı ve tamamlayıcı kurallardan oluşurlar. Taraflar, bu hükümlerin açıkça uygulanmasını kararlaştırabilirler veya uygulanmayacağına dair bir hüküm koyabilirler. Böyle bir hüküm yoksa yedek hükümler sözleşmenin içeriğine dahil olurlar¹⁹.

Kanunda, örf ve adete atıfta bulunulmuşsa artık bunlar da kanun hükmündedir²⁰ ve sözleşmenin içeriğine dahildir²¹. Hâkim, ne sözleşmede ne kanunda ne de örf-adette uygulanabilecek bir hüküm bulamazsa, kanun boşluğunda olduğu gibi (MK. m. 1)

12 Von Tuhr, 146.

13 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 275 vd.; Kaplan, 12.

14 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 276, 277. Kaplan, 12; Eren, 437.

15 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 281-283. Kaplan, 13; Eren, 437.

16 Bucher, 179.

17 Bucher, 179.

18 Von Tuhr, 146; Oğuzman/Öz, 19.

19 Bucher, 179.

20 Von Tuhr, 52; Bischoff, 15; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 282.

21 Bischoff, 15; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 275.

sözleşmeyi kendi koyacağı kuralla tamamlar. Hâkimin koyduğu bu kurallar da sözleşmenin içeriğinin bir parçası olurlar²².

Böylelikle sözleşmenin içeriği, hem sözleşmeye ait, hem de sözleşme dışı kurallardan meydana gelir²³. Zira taraflar, sözleşme serbestisinden sadece gerekli gördükleri noktaları belirleme bakımından yararlanırlar ve bu yüzden her sözleşme fiilen eksiktir²⁴.

Taraflar sözleşmenin içeriği konusunda bir uyuşmazlığa düşerlerse hâkim, içeriğin tespitini yapmak durumundadır. Uyuşmazlık, sözleşmenin bir kısmına ilişkin olduğundan, içeriğin tespiti de o noktalar üzerinde gerçekleştirilir²⁵.

Sözleşmenin içeriğini tespitte öncelikle sözleşmeye ait kurallar belirlenir. Daha sonra bunların emredici kurallara aykırı olup olmadıkları, sözleşme dışı kurallarla tamamlanmalarının gerekip gerekmediği ve duruma göre şartların değişmesinde uygulanıp uygulanamayacakları da değerlendirilmelidir²⁶.

B) Sözleşmenin Amacı

Sözleşme doktrinde “belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukukî bir işlemdir”²⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımdan da anlaşıldığı gibi, her sözleşme için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, kurucu unsur teşkil eder (BK. m. 1). Bu çerçevede, taraflardan sadece birinin hedeflediği amaç, sözleşme bakımından önemsizdir²⁸. Bu amaç, ancak bir irade beyanının içeriği haline getirilirse hukukî öneme sahip olur²⁹.

22 Bischoff, 15; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 283.

23 Bischoff, 15; Kaplan, 12; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 275.

24 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 490; Bischoff, 15.

25 Kaplan, 14; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 292.

26 Kaplan, 14; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 285-287.

27 Eren, 191.

28 Von Tuhr, 249; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 371. Alacaklının sözleşmeyle güttüğü amaca, başka yolla ulaşılması durumunda (örneğin ameliyat olacak hastanın ameliyattan önce ölmesi veya iyileşmesi) bu sözleşmeye uygulanacak hükümler konusunda bkz. Dural, Sözleşmenin Amacı, 909 vd.

29 Bischoff, 9.

Amacın sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesi içine karşı tarafa açık veya örtülü şekilde bildirilmesi gerekir³⁰.

Bir kimseyi sözleşme yapmaya sevk eden düşünce ve tasavvur olarak tanımlanan³¹ saik de sözleşmenin unsuru sayılmaz³². Saikler, hukukî işlemin bir şartını teşkil etmedikleri sürece, sözleşmenin varlığına, hüküm ve sonuçlarına etki etmezler³³. Başka bir ifadeyle, tarafların kendilerine ait saikleri ve amaçları sözleşmenin içeriğine - üzerinde mutabık kalınmak şartıyla- dahil edilebilir. Ancak ortak amaçları, geniş anlamda sözleşme içeriğinin bir parçasıdır³⁴.

III. Sözleşmenin Yorumlanması

A) Kavram

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur (BK. m. 1/I). Ancak tarafların bu irade beyanları her zaman açık, net ve anlaşılır şekilde olmayabilir. Bir taraf sözleşme içeriğini diğerinden farklı anlayabilir³⁵. Bu durumda bir yorum uyumsuzluğu söz konusudur. Yorum uyumsuzluğu, yorumun ön şartıdır³⁶. Sözleşmenin yorumunu hâkim re'sen yapamaz. Taraflardan birinin veya her ikisinin bunu talep etmesi gerekir³⁷. Hâkimin, tarafların sözleşmedeki irade beyanlarının ortak anlamını tespitine, sözleşmenin yorumu denir³⁸.

Sözleşmenin yorumlanabilmesi için öncelikle sözleşmenin kurulmuş olması gerekir³⁹. Tarafların irade beyanlarının yorumu, bunların birbirine uygun olmadığı sonucunu ortaya çıkarırsa, artık burada sözleşmenin yorumlanması söz konusu olmaz. Zira böyle bir halde sözleşme kurulmamıştır⁴⁰. Bu durumda bir yorum uyumsuzluğu

30 Bischoff, 9; Von Tuhr, 149.

31 Eren, 352.

32 Von Tuhr, 279; Bucher, 178; Becker, Art. 18, N. 2.

33 Von Tuhr, 198; Esser/Schmidt, 267; BGE 79 II 275; 66 I 313 (Bischoff, 10, dpn. 33).

34 Eren, 294; Başpınar, 59.

35 Eren, 434; Wiegand, Art. 18, N. 16.

36 Eren, 434; Kaplan, 19; Gauch/Schluep/Jaggi, N. 1197; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 318; Wiegand, Art. 18, N. 9, 16.

37 Eren, 435; Kaplan, 20 vd.; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 319 vd.

38 Kaplan, 15; Von Tuhr, 267; Oğuzman/Öz, 150; Tekinay/Akman./Burcuoğlu/Alttop, 148; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 297, 304; Wiegand, Art. 18, N. 2.

39 Gauch/Schluep/Jaggi, N. 1197; Bucher, 180.

40 Oğuzman/Öz, 150; Kaplan, 23; Eren, 435; Wiegand, Art. 18, N. 3, 43.

değil, bir “uygunluk uyuşmazlığı” vardır⁴¹. Oysa bunlar birbirlerinden farklı kavramlardır. Yorum uyuşmazlığı, sözleşmenin içeriğiyle ilgiliyken, uygunluk uyuşmazlığı sözleşmenin kurulup kurulmadığıyla ilgilidir⁴². Ancak bir davada her iki uyuşmazlık talebinin ileri sürülmesi mümkündür. Böyle bir durumda hâkim önce uygunluk uyuşmazlığını araştırarak sözleşmenin kurulup kurulmadığını tespit etmeli, ardından kurulmuş olduğuna karar verirse yorum uyuşmazlığını incelemelidir⁴³.

Sözleşmenin yorumu için ayrıca taraflar arasında, sözleşmenin içeriği konusunda bir uyuşmazlık (yorum uyuşmazlığı) bulunmalıdır. Taraflar, sözleşmenin içeriğini, doğurduğu hak ve borçların tamamını veya bir kısmını farklı anlayabilirler. Hâkimin görevi burada gerçek ortak iradeyi tespit etmektir⁴⁴. Gerçek ortak iradenin tespit edilebilmesi için önce sözleşme metnine bakılır. Eğer metindeki ifadeler kesin ve açık ise, irade beyanlarının anlamı tam olarak anlaşılır⁴⁵. Ancak iş hayatının hızı ve tarafların hukukî bilgisizlikleri genellikle irade beyanlarının eksik ve kusurlu şekilde ifade edilmesine yol açar⁴⁶. Bu durumda sözleşme metnindeki doğru olmayan ifadelerin üstünde durmayıp, tarafların gerçek ve ortak iradesinin araştırılması gerekir (BK. m.18/I). Bunu tespit etmek kolay bir iş olmadığı için, tıpkı sözleşmenin kuruluşunda iradelerin birbirine uygunluğunu belirlerken yapıldığı gibi, burada da güven teorisine başvurmak gerekir⁴⁷. Güven teorisi ile bulunan irade artık gerçek ortak irade değil, farazî ortak iradedir. Hâkim, makûl ve dürüst şekilde davranan tarafların, mevcut şartlara altında güven teorisine göre tespit edilen ortak iradelerini esas alarak, sözleşmeyi yorumlamak durumundadır⁴⁸.

41 Kaplan, 23; Eren, 435; Gauch/Schluep/Jaggi, N.1198, 1199; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 324.

42 Kaplan, 23; Eren, 435; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 325.

43 Eren, 436; Kaplan, 23.

44 Oğuzman/Öz, 151; Eren, 437; Von Tuhr, 267; Gauch/Schluep/Jaggi, N.1200; Wiegand, Art. 18, N. 7, 8.

45 Von Tuhr, 267.

46 Von Tuhr, 267.

47 Oğuzman/Öz, 151; Eren, 438; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 150.

48 Eren, 438; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 150; Kaplan, 29; Becker, Art. 18, N.6.

B) Yorum Araçları

Sözleşmenin yorumunda hâkimin kullanacağı yorum araçları, aslî ve tamamlayıcı yorum araçları olmak üzere ikiye ayrılabilir⁴⁹.

Aslî yorum araçları, tarafların (sözlü veya yazılı) beyan aracı olarak kullandıkları kelimeler ve deyimlerdir. Bu kelime ve deyimler sözleşmenin kurulduğu anda, günlük dilde geçerli olan anlamıyla değerlendirilir⁵⁰. Eğer tarafların dahil olduğu iş çevresi ve ilişkilerinde bu ifadeler özel bir anlam taşıyorsa, artık o anlam üstün tutulur⁵¹. Kullanılan kelime ve deyimler tek başına değil sözleşmenin bütünlüğü içinde değerlendirilir⁵².

Tamamlayıcı yorum araçları, irade beyanı dışında tarafların iradelerini ortaya çıkarmaya imkân veren durumlardır⁵³. Bu durumlar arasında sözleşmenin kurulduğu yer ve zaman, sözleşme görüşmeleri, tasarıları, tarafların bu sırada veya sözleşme kurulduktan sonra birbirlerine karşı davranışları, ifa hazırlıkları, tarafların kuruluş sırasındaki menfaat durumları, amaçları, ilgili iş çevrelerindeki örf, adet ve teamüller sayılabilir⁵⁴.

Sözleşmenin yorumunda; aslî yorum araçları, tamamlayıcı yorum araçlarına göre önceliklidir. Eğer aslî yorum araçlarıyla kesin sonuca ulaşılamazsa, o zaman tamamlayıcı yorum araçlara başvurulur⁵⁵.

Hâkimin, sözleşmeyi yorumlarken göz önünde tutması gereken, doktrin ve mahkeme kararlarıyla oluşturulmuş genel kurallardan bazıları şöyle sıralanabilir⁵⁶:

-
- 49 Kaplan, 31; Eren, 438; Gauch/Schlupe/Jaggi, N. 1206-1212; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 344-354 vd.
50 Kaplan, 32; Eren, 438; Oğuzman/Öz, 151; Gauch/Schlupe/Jaggi, N. 1207; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 348; Wiegand, Art. 18, N. 19.
51 Kaplan, 33; Eren, 438; Oğuzman/Öz, 151; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 349; Wiegand, Art. 18, N. 21.
52 Oğuzman/Öz, 151; Eren, 439; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 151; Kaplan, 34; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 351; Becker, Art. 18, N. 8.
53 Eren, 439; Kaplan, 34; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 354.
54 Eren, 439; Kaplan, 34 vd; Gauch/Schlupe/Jaggi, N. 1213-1217; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 355 vd.; Wiegand, Art. 18, N. 26 vd.; Becker, Art. 18, N. 8-16.
55 Eren, 439; Kaplan, 35; Gauch/Schlupe/Jaggi, N. 1220; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 367. Wiegand, burada amacın tüm olay ve faktörleri gözönüne alarak, gerçek iradeyi bulmak olduğunu, bu sebeple yorum araçları arasında bir hiyerarşi bulunamayacağını savunmaktadır. Yazara göre doktrinde böyle bir ayırımdan söz edilmesinin sebebi yorum araçlarının ağırlık veya derece olarak inceleme düzeni ile ilgilidir. Wiegand, Art. 18, N. 18.

Sözleşme, kuruluş zamanına göre yorumlanmalıdır. Yorum dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılmalı, beyanlar kelime anlamlarıyla değil, gerçek anlamları araştırılarak yorumlanmalıdır. Sözleşme bir bütün olarak göz önünde tutulmalıdır. Genel deyimler, sözleşmeyle bağlantılı olarak yorumlanmalı, bir haktan vazgeçmeyi öngören beyan ve sözleşme hükümleri dar yorumlanmalıdır. Sözleşme metnindeki örnekler sınırlayıcı anlamda yorumlanmamalıdır. Sözleşmeyi geçersiz kılacak yorum yerine ayakta tutacak yorum tercih edilmeli, şüphe halinde yorum borçlu lehine yapılmalıdır. Sürekli borç ilişkilerinin yorumunda onun uygulanması göz önünde tutulmalıdır. Sözleşme metninde yer alan açık olmayan deyimler bunları kaleme alanın aleyhine yorumlanmalıdır. Tamamlayıcı hukuk kurallarından sapan sözleşme hükümleri dar yorumlanmalıdır.

IV. Sözleşmenin Tamamlanması

A) Kavram

Sözleşmede bir boşluk bulunması, günlük hayatta sık karşılaşılan bir durumdur. Çünkü taraflar, kapsamlı olarak sözleşme hükümlerinden ziyade aralarında esas teşkil eden özel ilişkiyi düzenlemektedirler⁵⁷.

Sözleşmedeki boşluk; tarafların o konuyu bilerek düzenlememiş olmalarından veya daha sonra düzenlemeyi kabul etmiş olmalarına rağmen bunu yapmamalarından kaynaklanabilir⁵⁸. Yine hiç üzerinde durmadıkları veya sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebepten de ileri gelebilir⁵⁹. İşte oluşan bu boşlukların doldurulmasına sözleşmenin tamamlanması denir.

Sözleşme boşluğu, tıpkı kanun boşluğunda olduğu gibi gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk şeklinde ikiye ayrılabilir. Gerçek boşlukta taraflar bir hukukî meseleyi

56 Bu kurallar hakkındaki ayrıntılı bilgiler için; Kaplan, 58 vd; Eren, s.440; Oğuzman/Öz, 152; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.151 vd.; Bucher, s.183 vd.; Gauch/Schluep/Jaggi N. 1222 vd.; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 411 vd.; Yavuz, Uygulamada Yorum, 433 vd.; Wiegand, Art. 18, N. 34 vd.; Becker, Art. 18, N. 17-25.

57 Kaplan, 81; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 490.

58 Oğuzman/Öz, 153, dpn, 503; Kaplan, 83; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 486; Wiegand, Art. 18, N. 57.

59 Oğuzman/Öz, 153, dpn, 503; Kaplan, 83; Wiegand, Art. 18, N. 57.

bilerek veya bilmeyerek hiç düzenlememişlerdir⁶⁰. Gerçek olmayan boşlukta ise tarafların yaptığı düzenlemenin son derece genel ve soyut olması sebebiyle meseleye tatmin edici bir cevap bulunamamaktadır⁶¹.

B) Sözleşmenin Tamamlanmasının Türleri

Sözleşmenin tamamlanması, yorumlanmasında olduğu gibi taraflar arasında, içerik konusunda ortaya çıkan bir uyuşmazlık sonucunda sözkonusu olur⁶². Böyle bir uyuşmazlık varsa tarafların önceden koyduğu kurallarla, yoksa kanunun tamamlayıcı hükümleriyle, o da yoksa, hâkimin kendi koyacağı kurallarla çözülür⁶³. Bu çerçevede sözleşmenin tamamlanması üçe ayrılabilir. Bunlar; sözleşmenin taraflarca tamamlanması, düzenleyici hukuk kurallarıyla tamamlanması ve hâkim tarafından tamamlanmasıdır⁶⁴.

Sözleşmenin taraflarca tamamlanması (iradî tamamlama olarak da adlandırılır), tarafların daha önceden koydukları hükümlerle sözleşmeyi yine kendilerinin tamamlamasıdır⁶⁵.

Düzenleyici hukuk kurallarıyla tamamlama (kanunî uyarılama olarak da adlandırılır), sözleşmenin kanundaki mevcut düzenleyici (tamamlayıcı) kurallarla tamamlanmasıdır⁶⁶. Bu, kural olarak dava yoluyla hâkimden istenir. Hâkim MK. m.1 uyarınca kanunu uygulamak zorundadır. Dolayısıyla sözleşme boşluğu noktasında bir ihtilaf varsa, kanunda uygulanabilecek bir hüküm olup olmadığını veya bir hükme yapılmış atıf bulunup bulunmadığını araştırmak durumundadır⁶⁷. İsviçre doktrininde, sözleşmedeki boşluğun ilk olarak kanunun düzenleyici hukuk kurallarıyla mı yoksa hâkimin sözleşmeyi tamamlaması yoluyla mı doldurulacağı konusunda iki ayrı görüş vardır: Birinci görüş⁶⁸ göre sözleşmedeki boşluklar, kanunun düzenleyici hukuk kurallarıyla doldurulmalıdır. Zira MK. m. 1 ile öngörülen, hâkimin kanunla bağlılığı, bu

60 Kaplan, 85; Eren, 443; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 493.

61 Kaplan, 85; Eren, 443; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 494.

62 Kaplan, 82; Eren, 443; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 485.

63 Eren, 443; Gauch/Schluep/Jaggi, N.1248; Bucher, s.187; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 484.

64 Eren, 444; Kaplan, 82; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 501 vd.

65 Eren, 444.

66 Gauch/Schluep/Jaggi, N.1249; Eren, 444; Kaplan, 88; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 502.

67 Gauch/Schluep/Jaggi, N.1254; Kaplan, 89; Oğuzman/Öz, 153.

68 Gauch/Schluep/Jaggi, N.1255; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 503; Wiegand, Art. 18, N. 70.

kuralların öncelikli olduğunu gösterir. Ayrıca tarafların farazî iradesi de, sözleşmede düzenlenmemiş hususların, kural olarak kanuna bırakıldığı yönündedir. İkinci görüşe göre⁶⁹ ise, boşluklar öncelikle hâkim tarafından doldurulmalıdır. Bu durum irade serbestisine uygundur. Sözleşme taraflar arasında geniş anlamda, özel-bağımsız bir düzen olduğu için (CC. Art. 1134/I), objektif kanun hükümlerinden ziyade tarafların farazî iradelerine dayanan bir tamamlama tercih edilmelidir⁷⁰.

Sözleşmedeki boşlukların öncelikle düzenleyici kanun hükümleriyle doldurulması daha uygun görünmektedir. Aksi hal, bu kuralların uygulamasının daraltılmasına yol açar. Bununla birlikte somut olayın özellikleri de gözardı edilmemelidir⁷¹.

Sözleşme boşluğu, kanunen tarafların iradesine bırakılan noktalar üzerinde söz konusu olur. Bu noktalar, düzenleyici hukuk kurallarının konusunu teşkil eder⁷². Taraflar isterlerse düzenleyici hukuk kurallarının aksini kararlaştırabilirler. Kararlaştırmamışlar ve sözleşmenin yan noktalarında bir boşluk meydana gelmişse bu boşluk düzenleyici hukuk kurallarıyla doldurulur⁷³. Konuya ilişkin bir düzenleyici hukuk kuralı yoksa boşluk, örf ve adet hukuku kurallarıyla tamamlanır⁷⁴.

Emredici hukuk kurallarının mevcut olduğu bir konuda, bu kurallara aykırı bir sözleşme yapılamayacağı için, bunlarla ilgili bir boşluk da söz konusu olmaz⁷⁵.

Sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması, sözleşme boşluklarının hâkimin kendi koyacağı kurallarla doldurulmasıdır⁷⁶. Bu boşluklar, kanun hükmü veya örf adet hukuku ile doldurulamadığı durumlarda, işin niteliğine göre boşluğu doldurmak

69 Merz, Art. 2, N. 138; Bischoff, 62 vd. ve Wiegand, Art. 18, N. 70' de sözü edilen yazarlar.

70 Bischoff, 64.

71 Wiegand, Art. 18, N. 72. Tarafların iradesinden aksi anlaşılıyorsa, uygulanacak hüküm tatbik kabiliyetini yitirmişse ya da uygulanacak hükmün kendisi boşluk taşıyorsa, hüküm hâkime gerek işin niteliği gerekse örf adet hukuku aracılığıyla boşluğu doldurmaya emrediyorsa veya doğrudan hâkimi kendi takdirine göre boşluğu doldurmaya yönlendiriyorsa, hâkim düzenleyici hukuk kurallarına başvuramaz. Kaplan, 90.

72 Eren, 444; Jaggi/Gauch, Art.18, N.502.

73 Eren, 444; Oğuzman/Öz, 153.

74 Eren, 444; Oğuzman/Öz, 153; Gauch/Schluep/Jaggi, N.1254; Bucher, 187; Wiegand, Art. 18, N. 83; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 520 vd.

75 Eren, 445.

76 Eren, 445; Gauch/Schluep/Jaggi, N.1256; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 526; Wiegand, Art. 18, N. 84.

hâkimin görevidir (BK. m. 2/II). Hâkim, dürüstlük kuralına göre tarafların farazî ortak iradelerini tespit eder. Bu tespit, makûl ve dürüst kimseler, sözleşmeyi yaparken boşluğu önlemek isteselerdi nasıl bir çözüm kabul edeceklerdiyse ona göre yapılır⁷⁷. Eğer sözleşme boşluğu, sözleşme yapıldığı sırada mevcut olmayan bir noktaya ilişkinse farazî irade, taraflar bu durumu ihtimal olarak düşünselerdi nasıl bir hüküm koyabilirlerdi şeklinde belirlenir⁷⁸.

C) Sözleşmenin Tamamlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar

Hâkimin sözleşmeyi tamamlamasında şu hususlara dikkat edilmelidir:

Öncelikle, tamamlama için sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olması gerekir. Kurulmamış sözleşme, bir hukukî işlem niteliği taşımadığından, onun boşluğundan da söz edilemez⁷⁹. Sözleşmenin kurulması konusu, sözleşmenin tamamlanmasında taraflar arasında bir uyuşmazlık noktası değildir⁸⁰. Burada uyuşmazlık, sözleşmenin içeriğini oluşturan hususlardan birinin düzenlenip düzenlenmediğiyle ilgilidir⁸¹.

Hâkim, sözleşmenin yorumu sonunda bir boşluk tespit eder ve bu boşluk yorumla giderilemezse, sözleşmeyi tamamlayarak boşluğu doldurur⁸². Sözleşme boşluğu genellikle yan noktaların eksik bırakılmasından kaynaklanır⁸³. Bu eksiklik üç ihtimalde karşımıza çıkar: Birinci ihtimalde⁸⁴ taraflar, yan noktalardan birini hiç düşünmemişlerdir. Bu sebeple o noktayı hiç müzakere etmemişler ve sözleşmenin içeriğine dahil etmemişlerdir. Bu durumda hâkim boşluğu, tamamlayıcı hukuk kurallarıyla doldurur. Kanunda bu konuya ilişkin bir tamamlayıcı kural yoksa örf ve

77 Oğuzman/Öz, 154; Eren, 446; Kaplan, 103; Gauch/Schluep/Jaggi, N.1257, 1260; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 498; Merz, Art. 2, N. 145; Wiegand, Art. 18, N. 76.

78 Jdt 1981 I 373 (Oğuzman/Öz, 154, dpn. 506); Bischoff, 52; Kaplan, 87

79 Eren, 445; Oğuzman/Öz, 154; Kaplan, 105; Merz, Art. 2, N. 132.

80 Eren, 445.

81 Eren, 445; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 541.

82 Eren, 445.

83 Eren, 445; Oğuzman/Öz, 153.

84 Eren, 445; Oğuzman/Öz, 154.

adet hukuku uygulanır, o da yoksa hâkim, MK. m. 1 uyarınca kendi koyacağı kurallarla sözleşmeyi tamamlar⁸⁵.

İkinci ihtimalde taraflar yan noktayı görüşmüşler ama bir anlaşmaya varamamışlardır. Bu yan nokta düzenlenmediği için sözleşmede bir boşluk vardır. Hâkim, varsa tamamlayıcı hukuk kurallarıyla, yoksa örf-adet kurallarıyla o da yoksa kendi koyacağı (MK. m. 1/I) kurallarla bu boşluğu doldurur.

Üçüncü ihtimalde taraflar yan noktanın düzenlenmesini ileri bir tarihe bırakmışlar ancak daha sonra da bir anlaşmaya varamamışlardır. Burada tarafların kanundaki tamamlayıcı hukuk kurallarını benimsemedikleri sonucuna varılabilir⁸⁶. Zira taraflar bu kuralları benimsemiş olsalardı ona göre bir anlaşmaya varırlardı. Konu üzerinde anlaşamadıkları gerçeği karşısında, farazî müşterek iradenin tespitinden de söz edilemez⁸⁷. O halde hâkim burada, sadece BK. m. 2/II uyarınca “işin mahiyetini” göz önüne alarak sözleşmedeki boşluğu doldurur⁸⁸.

V. Sözleşmenin Yorumlanması ve Tamamlanması Kavramlarının

Karşılaştırılması

Sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması kavramları arasında kesin bir sınır koymak zordur, zira düşünme yapısı her iki faaliyette iç içe geçmiş durumdadır⁸⁹. Öyle ki sözleşmenin tamamlanması, doktrinde bir görüş tarafından “bütünleyen (tamamlayan) sözleşme yorumu” olarak da ifade edilmektedir⁹⁰. Ancak bu nitelemenin, tamamlama yoruma bağlı olmakla birlikte, vasıflı bir yorum olarak kabul edilemeyeceğinden reddedilmesi gerekir⁹¹.

85 Eren, 446; Oğuzman/Öz, 154; Wiegand, Art. 18, N. 84; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 534. Burada Eren, yedek hukuk kurallarında hüküm yoksa örf-adet hukukuna gitmeden, hâkimin kendi koyacağı kuralla sözleşmeyi tamamlayacağı fikrindedir.

86 Eren, 447; Oğuzman/Öz, 154.

87 Oğuzman/Öz, 155.

88 Oğuzman/Öz, 155; Eren, 447. Eren, burada işin mahiyeti ve tarafların farazî ortak iradesiyle boşluğun doldurulacağı eğer böyle doldurulamıyorsa düzenleyici hukuk kurallarına başvurulması gerektiği görüşündedir.

89 Von Tuhr , 272; Bischoff, 52; Gauch/Schluep/Jaggi, 1263; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 554.

90 Bischoff, 52; Gauch/Schluep/Jaggi, N.1263; Roth, Art. 242, N.536; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 557.

91 Kaplan, 111; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 557.

Sözleşmenin tamamlanması, iki noktada yoruma bağlıdır. İlk olarak, sözleşmede boşluk bulunup bulunmadığını tespit için yorum yapılması gerekir⁹². Böylelikle tarafların o konudaki suskunluklarının, zımnî bir düzenleme olup olmadığı meselesi çözümlenmiş olur⁹³. İkinci olarak, tamamlamanın sınırlarının belirlenmesi için yorum yapılması gerekir⁹⁴. Çünkü sözleşmenin içeriği, tamamlama ile sözleşmenin amacına uygun olarak yeniden şekillendirilerek, genişletilir ya da daraltılır⁹⁵.

Sözleşmenin yorumlanması ile tamamlanması arasındaki fark ise şu noktada⁹⁶ karşımıza çıkar: Yorumda, tarafların sözleşmeye koydukları hükümlerin anlamı açık değildir. Bu yüzden hâkim, tarafların birbirine uygun gerçek veya farazî iradelerini araştırarak sözkonusu hükmün anlamını tespit eder. Tamamlamada, uyuşmazlık konusuna ilişkin bir hüküm sözleşmede hiç bulunmamaktadır. Hâkim, sözleşmedeki bu boşluğu, tarafların farazî iradelerini araştırarak doldurmaktadır.

Bazı durumlarda sözleşmenin yorumlanması ile tamamlanması arasındaki fark tümünden ortadan kalkmaktadır. Örneğin, tarafların gerçek iradelerini tespit çoğu zaman güç olduğundan bu durumda yorumla veya tamamlamayla belirlenecek farazî iradeler arasında bir fark yoktur⁹⁷. Yine taraflar susarak, zımnî biçimde irade beyanında bulunmuşlarsa, bu beyanın yorumu ile sözleşmenin tamamlanması, sözleşme içeriğinin ilk defa sözle ifade edilmesi bakımından birleşmektedirler⁹⁸.

VI. Sözleşmenin Yorumlanması ile Uyarlanması Kavramları Arasındaki İlişki

Sözleşmenin uyarlanmasında, yorumlama büyük önem taşır. Yorumlamanın, uyarlama bakımından iki yönü vardır: Birinci yönü sözleşmede uyarlamaya ilişkin bir hükmün varlığının tespiti, ikinci yönü böyle bir hüküm mevcutsa onun kapsamının belirlenmesidir.

92 Von Tuhr, 52; Bischoff, 51; Kaplan, 111; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 556.

93 Bischoff, 57; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 556.

94 Jaggi/Gauch, Art.18, N. 557; Kaplan, 111.

95 Jaggi/Gauch, Art.18, N. 557; Kaplan, 111.

96 Jaggi/Gauch, Art.18, N. 552, 553; Kaplan, 110.

97 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 559; Kaplan, 112.

98 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 560; Kaplan, 112.

Bir sözleşmede taraflar uyarlama konusunda hiç düzenleme yapmayacakları gibi, uyarlamaya yönelik olumlu veya olumsuz hükümler de kararlaştırabilirler. Bu hükümler açık ya da kapalı şekilde bulunabilirler. Hâkim açık bir hüküm yoksa yorum yoluyla, uyarlama iradesine ilişkin bir düzenlemeyi araştırır.

Hâkim uyarlama iradesini araştırırken öncelikle tarafların açıkça ve mutabık olarak oluşturdukları gerçek iradelerini bulmaya çalışır⁹⁹. Bu belirlenemiyorsa, yani net değilse, artık tarafların farazî iradelerinin tespiti yoluna gidilir¹⁰⁰.

Sözleşmenin yorumlanması sonucunda, uyarlamaya ilişkin gerçek veya farazî iradeler tespit edilebilirse, tarafların şartların değişmesi halindeki hukukî durumu açık veya örtülü şekilde düzenledikleri sonucu ortaya çıkar¹⁰¹. Bu düzenleme taraflar için bağlayıcı olur¹⁰². Aksi halde yani, tarafların bu konudaki gerçek veya farazî iradelerinin tespit edilememesi durumunda, yorumlama sonucu olumsuzdur¹⁰³. Böyle bir halde sözleşmede bir boşluk vardır ve tamamlanması gerekir. Aynı şekilde sözleşme, uyarlamayla ilgili hüküm taşımakla birlikte bu hüküm meseleyi her bakımdan düzenleyemiyorsa, eksikse yine tamamlanmalıdır¹⁰⁴. Görüldüğü gibi yorum, tarafların iradelerinden yola çıkarak sözleşmedeki boşluğu ortaya çıkarır ama bu boşluğu kapatamaz¹⁰⁵. Zira sözleşmedeki boşluk ancak sözleşmenin tamamlanması ile doldurulabilir. Sözleşmenin yorumlanması, tamamlanmasından önce gelir ve sadece sözleşme boşluğunu tespit etmekle kalmaz, aynı zamanda tamamlamanın taraf iradeleriyle uyumlu bir çerçevede yapılmasını sağlar¹⁰⁶.

99 Bischoff, 60.

100 Bischoff, 61.

101 Bischoff, 61; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 314.

102 Bischoff, 61.

103 Bischoff, 61; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 315, 316.

104 Bischoff, 61.

105 Bischoff, 62.

106 Bischoff, 62.

VII. Sözleşmenin Tamamlanması ve Uyarlanması Kavramları Arasındaki İlişki

Sözleşmenin tamamlanması ve uyarlanması birbirine yakın kavramlardır. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında, sözleşmenin hâkim tarafından uyarlanması, sözleşmenin yargısal olarak tamamlanması şeklinde anlaşılmaktadır¹⁰⁷.

Sözleşme, değişen şartlara uyarlanırken önce sözleşmede buna ilişkin bir hüküm olup olmadığına bakılır, sözleşmede hüküm yoksa kanuna bakılır, orada da hüküm bulunmuyorsa, hâkim kendi koyacağı kuralla mevcut boşluğu doldurur¹⁰⁸.

Eğer uyarlama, bir kanun hükmüne dayanılarak yapılıyorsa, bu, sözleşmenin tamamlanmasıdır¹⁰⁹. Zira böyle bir halde sözleşmedeki uyarlamaya dair boşluk, bir kanun hükmüyle doldurulmaktadır. Tarafların sözleşmeye uyarlama için koydukları hükümlerin uygulanması da hemen hemen böyledir. Hâkim duruma göre bu hükümleri yorumlayarak ya da tamamlayarak sözleşmenin uyarlanmasını gerçekleştirir.

Sözleşmenin, hâkim tarafından tamamlanması ile hâkimin kendi koyacağı kuralla uyarlanması arasında ise bazı farklılıklar vardır. Her ne kadar (sözleşmede bir boşluk olması ve ne sözleşmede ne de kanunda buna ilişkin bir hüküm bulunmaması gibi) çıkış noktaları aynı olsa da sınırları bakımından bu iki kavram birbirinden farklıdır. Tamamlamada sözleşme boşluğu, mevcut ama taraflarca düzenlenmemiş, ihmal edilmiş bir konuda olabileceği gibi sonradan ortaya çıkan bir durumdan da kaynaklanabilir¹¹⁰. Oysa uyarlamada, sözleşmedeki boşluk sadece sonradan ortaya çıkan, öngörülmemiş bir durumdan kaynaklanır ve bu uyarlama için bir şarttır¹¹¹. Tamamlama yalnızca sözleşmede boşluk teşkil eden nokta bakımından sözkonusuyken, uyarlamada hâkim sözleşmenin tümü üzerinde değişiklik yapabilir hatta sözleşmeyi

107 BGE 47 II 318; BGE 59 II 376ff; BGE 107 II 148f; BGE 111 II 260ff. (Gauch/Schluep/Jaggi, N.1293). İsviçre doktrininde genellikle uyarlama tamamlamanın bir türü kabul edilmektedir. Jaggi/Gauch, Art.18, N. 639 vd; Kramer, N. 275 (Wiegand, Art. 18, N. 58' den naklen), Wiegand, Art. 18, N. 58.

108 Gauch/Schluep/Jaggi, N.1293.

109 Gauch/Schluep/Jaggi, N.1294; Eren, 450; Jaggi/Gauch, Art.18, N. 639; Wiegand, Art. 18, N. 58.

110 Kaplan, 83; Oğuzman/Öz, 153, dpn. 503.

111 Bischoff, 204; Kaplan, 153; Gauch/Schluep/Jaggi, N.1298.

feshedebilir¹¹². Bu bakımdan uyarlama, tamamlama faaliyetinden daha geniştir. Ancak uyarlamanın sadece edimler arası dengenin bozulması halinde mümkün olması, tamamlamanın ise bunun dışındaki hallerde de sözkonusu olabilmesi tamamlamayı bu noktada uyarlamadan geniş kılar¹¹³.

§ 4. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KONUSUNDAKİ GENEL İLKELER

I. Sözleşme Serbestisi İlkesi

A) Genel Olarak

İrade serbestisi, Borçlar Hukukuna hâkim olan temel ilkedir ve fertlere, kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme yetkisi verir¹¹⁴. Bu durum liberal hukuk düşüncesi sisteminin etkisi altında hazırlanan Borçlar Kanunu’nun kişisel özgürlüklere verdiği özel önemin bir sonucudur¹¹⁵.

İrade serbestisine etkinlik kazandıran en önemli araç, sözleşmelerdir¹¹⁶. Bu sebeple sözleşme serbestisi ilkesi, irade serbestisi ilkesinin doğal sonucu ve uzantısı olarak kabul edilir¹¹⁷.

Sözleşme serbestisi kısaca kişilerin istedikleri sözleşmeyi hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapabilme özgürlüğünü ifade eder¹¹⁸. Anayasa, 48. maddesindeki “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir” düzenlemesiyle bu ilkeyi güvence altına almıştır¹¹⁹.

112 Oğuzman/Öz, 156; Serozan, İfa, 227; Eren, 450.

113 Akyol, Dürüstlük, 35.

114 Eren, 16; Akıncı, 10; Ayan, Borçlar, 6. Roma hukukunda irade serbestisi hakkında bkz. Schwarz, Akitler, 103.

115 Eren, 16; Akıncı, 10; Başpınar, 14; Ataay, 6; Bischoff, 6.

116 Eren, 16; Akıncı, 11.

117 Eren, 17; Akıncı, 11; Başpınar, 15.

118 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 362; Eren, 278.

119 Bischoff’a göre sözleşme serbestisi medenî hukuka ait bir kavramdır ve AY’daki temel haklardan bir alıntıya gerek duymaz. Bischoff, 6.

Sözleşme serbestisi, kanunda ne tanımlanmış ne de bütün yönlerini kapsar nitelikte düzenlenmiştir¹²⁰. Borçlar Kanunu sadece şekil ve içerik belirleme serbestisi ile bunların sınırlarına yer vermiştir (BK. m. 11, m. 19, m. 20). Oysa sözleşme serbestisi, şekil ve içerik belirleme özgürlüğü yanında, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçebilme, sözleşmeyi sona erdirebilme ve içeriğini değiştirebilme özgürlüklerini de kapsayan geniş bir kavramdır¹²¹. Bütün olarak sözleşme serbestisini teşkil eden bu kavramlar şöyle incelenebilir.

1) Sözleşme Yapma Serbestisi

Sözleşme yapma serbestisi, Borçlar Kanunu'nda açıkça hükme bağlanmamıştır. Ancak bu, sözleşme serbestisinin doğal bir sonucudur. Öyle ki sözleşme yapma veya yapmama serbestisinin bulunmadığı bir hukuk düzeninde, sözleşme serbestisinden de söz edilemez¹²². Konunun iki yönü vardır, kural olarak hem bir kişinin dilediği sözleşmeyi yapmasını hem de bir sözleşme yapmaya zorlanamamasını ifade eder¹²³. Zira liberal hukuk anlayışı çerçevesinde herkes kendi menfaatlerini en iyi şekilde kollayacağından¹²⁴, başkalarının yardım ve müdahalesine gerek olmadan, istediği sözleşmeyi yapabilir veya yapmaktan kaçınabilir¹²⁵.

2) Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Serbestisi

Taraflar sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisine sahiptir¹²⁶. Kural olarak bir kimsenin, istemediği bir kişiyle sözleşme yapmak zorunluluğu bulunmamaktadır¹²⁷. Herkes dilediği kişiyle sözleşme yapma hakkına sahiptir.

120 Başpınar, 15, Bischoff, 5, Aksi fikir, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 363. Yazarlara göre BK. m. 19/II, "...belirli sınırlamalar dışında, sözleşme özgürlüğünü bütün yönleriyle teyid eden bir hüküm koymaktadır."

121 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 362. Gauch/Schluep/Jaggi, N.613 vd.; Bucher, 89 vd.; Medicus, AT, N. 477; Bischoff, 6; Ayan, Borçlar, 6.

122 Eren, 279.

123 Oğuzman/Öz, 19; Eren, 279; Akıncı, 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 363; Reisoğlu, Borçlar, 101, dpn.1; Bucher, 89; Gauch/Schluep/Jaggi, N.614; Ataay, 8.

124 Eren, 276; Akıncı, İrade, 737.

125 Eren, 279.

126 Gauch/Schluep/Jaggi, N.615; Oğuzman/Öz, 19; Eren, 292; Bucher, 90; Ataay, 234.

127 Eren, 292; Akıncı, 14.

3) Sözleşmenin Şeklini Belirleme Serbestisi

Hukukumuzda kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir (BK. m. 11/I). Taraflar sözleşmeyi diledikleri şekilde kurabilirler. Hatta kanunda şekle bağlı tutulmamış bir sözleşmeyi, aralarında şekle bağlı tutarak yapabilirler (BK. m. 16). Görülüyor ki, sözleşme, kanun aksini emretmedikçe hiçbir şekle bağlı olmadan veya taraflarca kararlaştırılmış şekilde akdedilebilir¹²⁸.

4) Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestisi

Taraflar, sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler (BK. m. 19/I). İçerik belirleme serbestisinin iki görünümü vardır: Birincisi tip serbestisidir. Burada taraflar kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipini tercih edebilecekleri gibi kanunda düzenlenmemiş veya unsurları kanundan farklı biçimde bir araya getirilmiş sözleşmeler kurabilirler¹²⁹. İkincisi düzenleme serbestisidir ve edimin konusu, miktarı, süresi, tarzı gibi unsurların taraflarca serbest olarak belirlenebilmesini ifade eder¹³⁰.

5) Sözleşmeyi Değiştirme veya Ortadan Kaldırma Serbestisi

Taraflar kurmuş oldukları sözleşmeyi, tekrar anlaşarak ortadan kaldırabilirler veya içeriğini değiştirebilirler¹³¹. Buna bir engel bulunmamaktadır. İçerik değişikliği düzeltme veya ek yapma şeklinde de olabilir¹³². Sözleşmeyi ortadan kaldırmak isteyen taraflar aralarında anlaşarak bunu istedikleri zaman yapabilirler. Ancak bazı sözleşmeler tek taraflı bir irade beyanıyla da sona erdirilebilir. Hukukumuz bakımından bunun en tipik örneği vekâlet sözleşmesidir¹³³.

B) Sözleşme Serbestisi İlkesinin Sınırları

1) Genel Olarak

Sözleşme serbestisi ilkesi, 18. yüzyılda liberal düşüncenin etkisiyle neredeyse kutsal nitelikte kabul ediliyordu. Öyle ki Fransız Medenî Kanunu, sözleşmenin taraflar

128 Ataay, 236; Ayan, Borçlar, 10.

129 Akıncı, 13; Von Tuhr, 242; Gauch/Schluep/Jaggi, N.626; Eren, 293; Oğuzman/Öz, 20; Bucher, 92.

130 Eren, 293; Akıncı, 14.

131 Gauch/Schluep/Jaggi, N.616; Eren, 293; Akıncı, 14.

132 Eren, 293.

133 Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, Vekâlet, 33 vd.

için kanun yerine geçeceği hükmü (CC. Art. 1134) ile bu durumu veciz bir şekilde ifade etmiştir¹³⁴.

Hukuktaki bireyci akım, sözleşme serbestisine getirilebilecek sınırlamalara uzun süre dirense de toplumcu görüşlerin gittikçe öne çıkması karşısında bu durumunu koruyamamıştır¹³⁵. Devletler özellikle 2. Dünya Savaşından sonra sosyal sebeplerle (korumak, düzenlemek, kontrol etmek gibi) sözleşme serbestisine çeşitli sınırlamalar getirmişlerdir. Zira teorideki hukukî eşitlik uygulamada gerçek eşitliği yani sosyal ve ekonomik eşitliği sağlayamamakta, güçlü olanın zayıf olanı ezdiği bir düzene yol açmaktadır¹³⁶.

Hukukumuz bakımından da sözleşme serbestisi mutlak değil, sınırlı olarak kabul edilmiştir¹³⁷. Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanabilmesini ve bu kısıtlamaların neler olduğunu düzenlemiştir (m. 13). Sözleşme ve serbestisi temel hak ve hürriyetlerden (m. 12, m. 48) olduğu için bu sınırlamalara tâbidir. Borçlar Kanunu da bu doğrultuda sözleşme serbestisini esas, sınırlarını ise istisna olarak düzenlemiştir. Bu sınırlamalar daha ziyade sözleşmenin zayıf olan tarafını korumaya yöneliktir. Burada örnek olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ve 1475 sayılı İş Kanunu gösterilebilir.

Sözleşme serbestisi bakımından kanunda başka sınırlamalar da vardır. Bu sınırlamaları, sözleşme serbestisini oluşturan alt kavramlar bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

2) Sözleşme Yapma Serbestisinin Sınırları

Kural kişilerin sözleşme yapıp yapmama serbestisine sahip bulunmaları olmakla birlikte hukuk düzeni bazı durumlarda kişilere sözleşme yapma mecburiyeti yüklemiştir. Bu durum genellikle kişi, kurum veya kuruluşların, ürettikleri mal veya hizmeti talep edenlerle sözleşme yapma yükümlülüğünü ifade eder¹³⁸.

134 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 364; Bucher, 88; Eren, 17.

135 Bucher, 88; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 364; Reisoğlu, Borçlar, 102.

136 Eren, 278.

137 Eren, 277; Oğuzman/Öz, 20.

138 Eren, 280; Oğuzman/Öz, 146.

Sözleşme yapma mecburiyeti ya bir hukukî işlemde ya da bir kanun hükmünden doğar. Bu mecburiyetin dayandığı kanun hükmü de özel hukuktan veya kamu hukukundan kaynaklanabilir¹³⁹.

Hukukî işlemde doğan sözleşme yapma mecburiyetinin tipik örneği ön sözleşme (ön akit, sözleşme yapma vaadi) dir. Ön sözleşme, tarafların birbirleriyle veya üçüncü bir kişiyle ileride sözleşme yapma taahhüdüdür¹⁴⁰. Borçlar Kanunu, bir sözleşmenin ileride yapılmasına dair sözleşmeyi geçerli kabul etmiştir (BK. m. 12). Böyle bir taahhüde bulunan kimse asıl sözleşmeyi yapmakla yükümlü olduğundan, bu yükümlülük bir sözleşme yapma mecburiyetini ifade eder¹⁴¹.

Kanundan doğan sözleşme yapma mecburiyeti bazen özel hukuktan bazen de kamu hukukundan doğar. Özel hukuktan doğan sözleşme yapma mecburiyeti hallerine; miras hukukundaki paylaşmayı isteme hakkını (MK. m. 642), eşya hukukundaki kanunî şuf'a hakkını (MK. m. 732), Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun satıcının malın satışından kaçınamayacağına dair hükmünü (TKHK. m. 5) örnek olarak gösterebiliriz¹⁴². Yine ahlâka aykırılık, dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılmaması kuralının ihlâli de belirli şartlar altında verilen zararın tazmin edilmesi mecburiyetine yol açabilir¹⁴³. Belediye, Demiryolları, Havayolları, Posta, Su, Gaz ve Elektrik İdareleri sundukları mal ve hizmetler konusunda sözleşme yapmak mecburiyetindedirler¹⁴⁴. Çoğu zaman tekel durumunda olan ve mecburi ihtiyaçları karşılayan bu kuruluşlar, kendilerine müracaat eden kişilerle sözleşme yapmaktan kaçınamazlar¹⁴⁵.

139 Eren, 281; Akıncı, 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 365; Öguzman/Öz, 144, 145.

140 Öguzman/Öz, 148; Eren, 285; Akıncı, 13; Ataay, 236; Von Tuhr, 261; Tekinay /Akman / Burcuoğlu/ Altö, 142.

141 Öguzman/Öz, 148; Eren, 291.

142 Eren, 281; Akıncı, 12; Öguzman/Öz, 145.

143 Eren, 282; Ataay, 235; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 366; Öguzman/Öz, 144.

144 Von Tuhr, burada bir sözleşmeden sözedilemeyeceğini, doktrinde sözleşme olarak ifade edilmesinin Roma hukukuna dayanan, hakların ve borçların doğmasının tarafların anlaşmasına bağlama geleneğine dayandığını ifade etmektedir. Ona göre burada kamu hukukundan doğan bir ilişki vardır, mal ve hizmetlerden yararlananlar bir sözleşme kurmamakta sadece kamu hukuku kurallarına göre bunlardan faydalanmaktadırlar. Von Tuhr, 265.

145 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 365; Eren, 282; Akıncı, 11; Öguzman/Öz, 144.

3) Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Serbestisinin Sınırları

Herkes, kuracağı sözleşmenin karşı tarafını seçmekte serbesttir. Fakat sözleşme yapma mecburiyetinin bulunduğu durumlarda bu serbestlik sınırlanmıştır. Örneğin şuf'a hakkının kullanılmasında (MK. m. 732), şuf'a hakkı sahibi yeni malikle satım sözleşmesi yapmak mecburiyetindedir¹⁴⁶. Bir mal veya hizmete, hukukî ya da fiilî tekel şeklinde sahip olan kişi ve kuruluşlarla (PTT, DDY. gibi) yapılacak sözleşmelerde de, karşı tarafı seçme serbestisi bulunmamaktadır¹⁴⁷.

4) Sözleşmenin Şeklini Belirleme Serbestisinin Sınırları

Sözleşmenin şeklini belirleme serbestisinin de sınırları vardır. Kanun, bazı sözleşmelerin geçerliliğini bir şekle tâbi tutmuş olabilir (BK. m. 11/II). Ancak kanundaki tüm şekil şartları emredici nitelikte değildir, bazen aranan şekil ispat şartı içindir.

Geçerliliği kanunda bir şekle tâbi tutulmuş sözleşme, öngörülen şekilde yapılmazsa hükümsüzdür (BK. m. 11/II). Kanunda bir şekil öngörülmemekle birlikte taraflar aralarında bir şekil kararlaştırmışlarsa, bu şekle uyulması da mecburidir. Aksi halde sözleşme geçerli olmaz (BK. m. 16/I).

5) Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestisinin Sınırları

Sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi sadece borç sözleşmelerinde geçerlidir. Zira kişiler, aile, miras ve eşya hukuklarında sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi mevcut olduğundan sözleşme serbestisinden söz edilemez¹⁴⁸. Bununla birlikte borç sözleşmelerindeki içerik belirleme, serbestisi sınırsız değildir. BK. m. 19/I'de "Kanunun gösterdiği hudut dairesinde" demek suretiyle bu durum ifade edilmiştir. Kanunun gösterdiği sınırlar ise BK. m. 19 ve m. 20'de yer almıştır. Buna göre sözleşmenin içeriği imkânsız olmamalı, hukuka (emredici kurallara, kamu düzenine, kişilik haklarına) ve ahlâka aykırı bulunmamalıdır.

146 Bucher, 90; Eren, 292.

147 Eren, 293.

148 Eren, 293; Reisoğlu, Borçlar, 101, dpn. 2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 363; Gauch/ Schluep/ Jaggi, N. 626.

a) İmkânsızlık

Taraflar, gerçekleşmesi fiilen veya hukukî imkânsız olan konularda sözleşme yapamazlar. Bu imkânsızlık, sözleşmenin içeriğini teşkil eden edimin veya edimlerden birinin objektif olarak, başlangıçtan itibaren imkânsız bulunmasıdır¹⁴⁹.

Edimin objektif imkânsızlığı, borçlu da dahil hiç kimse tarafından yerine getirilememesidir¹⁵⁰. Örneğin yanmış evin veya ölmüş atın satımı gibi¹⁵¹. Edimin sadece borçlu tarafından yerine getirilememesi ise sübjektif imkânsızlıktır ve sözleşmeyi bâtil hale getirmez¹⁵². Ancak eğer borçlunun kişiliğinin, kişisel yeteneklerinin önemli olduğu bir sözleşme (örneğin bir ressamın sipariş edilen tablo) söz konusuysa, sübjektif imkânsızlık (örneğin ressamın felç olması) objektif nitelik kazanır¹⁵³.

İmkânsızlığın, başlangıçtan beri bulunması gerekir. Diğer bir deyişle sözleşmenin yapılmasından önce ortaya çıkmış olması gerekir¹⁵⁴. Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan imkânsızlık ise sözleşmeyi hükümsüz kılmaz ama borcu sona erdirir (BK. m. 96, m. 117).

İmkânsızlık maddî (bir atın ölmesi) ya da hukukî (imar izninin kalkması) nitelikte olabilir. Başlangıçtan itibaren, objektif olarak mevcut olan imkânsızlığa rağmen yapılan sözleşme bâtildir (BK. m. 20/I).

b) Hukuka Aykırılık

Taraflar, sözleşmenin içeriğinin hukuka aykırı olmamasına dikkat etmek zorundadırlar. Aksi halde sözleşmeleri bâtil olur (BK. m. 20/I). Kanun koyucu hukuka aykırılığı tanımlamamıştır¹⁵⁵. Hukuka aykırılık, karşımıza üç şekilde çıkabilir:

149 Gauch/Schluep/Jaggi, N.631, 632, 633, 634; Eren, 303; Ataay, 239.

150 Von Tuhr , 252; Eren, 304; Reisoğlu, Borçlar, 107; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 404; Dural, İmkansızlık, 9; Altunkaya, 94.

151 Eren, 304; Ögüzman/Öz, 76.

152 Von Tuhr , 253; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 404; Reisoğlu, Borçlar, 107; Eren, 304; Dural, İmkansızlık, 80; Altunkaya, 111.

153 Gauch/Schluep/Jaggi, N.636; Eren, 305; Dural, İmkansızlık, 89; Altunkaya, 112.

154 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 404; Eren, 304; Reisoğlu, Borçlar, 106; Gauch/Schluep/Jaggi, N, 633.

155 Ayrıntılı bilgi için, Hatemi, 12 vd.

aa) Emredici Kurallara Aykırılık

Emredici kurallar, mutlak şekilde uyulması gerekli kurallardır ve taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştıramazlar¹⁵⁶. Hangi kuralların emredici olduğu, kanun maddesinin metninden, yazılış şeklinden veya konuluş amacından anlaşılabilir¹⁵⁷.

Emredici kurallardan kurtulmak için hukuk düzeninin uygun görmediği bir sonucu gerçekleştirmek amacıyla, kanunun yasaklamadığı bir yolun seçilmesine kanuna karşı hile (kanunun dallanılması) denir ve bu şekilde yapılan sözleşmeler de bâtıldır¹⁵⁸.

bb) Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzeni, toplumun ve devletin doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarının tümüdür¹⁵⁹. Kamu düzeni anlayışı nisbî bir kavramdır, ülkeden ülkeye hatta bir ülke içinde devirden devire değişebilir¹⁶⁰.

Kamu hukuku kuralları ile iş hukuku kuralları, genellikle kamu düzenine ilişkindir¹⁶¹. Borçlar hukukunda, kamu düzeniyle ilgili kurallar istisnai niteliktedir¹⁶². Bununla birlikte sözleşme serbestisi, ahde vefa, gibi kurallar toplumun menfaati bakımından önemli kabul edildiğinden kamu düzenine ilişkin sayılırlar¹⁶³.

İçeriği kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler, hukuka aykırı olduğu için bâtıldır (BK. m. 20/I).

cc) Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik hakları, bir kimsenin, kişi olması sebebiyle sahip olduğu temel varlıklarına (hayat, beden ve ruh bütünlüğü, şeref, haysiyet ve özgürlükleri, ismi, resmi gibi) ilişkin haklarıdır¹⁶⁴. Bu hak, MK. m. 23 ve m. 24'te düzenlenmiştir. MK. m. 23,

156 Gauch/Schluep/Jaggi, N.638 vd.; Von Tuhr , 243; Eren, 295; Ataay, 241; Reisoğlu, Borçlar, 102.

157 Von Tuhr, 243; Eren, 295.

158 Eren, 299; Ataay, 241; Reisoğlu, Borçlar, 103; Von Tuhr , 246.

159 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 402; Eren, 297.

160 Eren, 297; Reisoğlu, Borçlar, 103.

161 Gauch/Schluep/Jaggi, N.648; Eren, 297; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 402

162 Eren, 297; Von Tuhr, Borçlar hukukunda kamu düzeniyle ilgili hüküm bulunmadığı fikrindedir. Von Tuhr , 244.

163 Eren, 297; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 403.

164 Çeşitli tanımlar için bkz. Dural /Öğüz, 91, 92; Oğuzman /Seliçi /Oktay, Kişiler, 375; Zevkliler /Acabey / Gökyayla, 395; Öztan, 111.

kişilik haklarının hukukî işlemlerle sınırlanmasına karşı korunmasını; MK. m. 24 ise üçüncü kişilerin hukukî işlem dışı saldırılarına karşı korunmasını hükme bağlamıştır¹⁶⁵. Bu çerçevede bir kişi rızasıyla da olsa vücut bütünlüğünü ihlâl edecek sözleşmeler yapamaz. Kanun, yazılı rıza ile insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasını, aşılmasını ve naklini mümkün kılmıştır. Ancak böyle bir borç altına giren kişiden edimini yerine getirmesi istemez, maddî ve manevî tazminat talep edilemez (MK. m. 23/III)¹⁶⁶. Bir kimsenin hak ehliyetini ya da fiil ehliyetini kısıtlayan (örneğin evlenmeyi, derneklere üye olmayı, bir kimse hakkında dava açmayı yasaklayan) sözleşmeler de bâtıldır (MK. m. 23/I). Kimse özgürlüklerinden tümüyle vazgeçemez. Ancak her sözleşme bir şekilde özgürlükleri sınırlamaktadır ve bu kaçınılmazdır¹⁶⁷. Önemli olan bu sınırlamaların hukuka veya ahlâka aykırı bir nitelik taşımamasıdır. Aksi halde yapılan sözleşme bâtil olur (MK. m. 23/II).

c) Ahlâka Aykırılık

Bir toplumda, belirli bir dönemdeki orta zekâda, makûl ve dürüst kimselerin düşünce ve anlayışları o toplumun genel ahlâk anlayışını oluşturur¹⁶⁸. Ahlâk, nisbî bir kavramdır, toplumlara, zamana hatta kişiye göre değişir¹⁶⁹. Ancak hâkimin göz önüne alacağı ahlâka aykırılık, tarafların sübjektif anlayışı ile değil sözleşmenin yapıldığı andaki objektif ölçüler çerçevesinde değerlendirilir¹⁷⁰.

Ahlâka aykırı olan sözleşmeler kural olarak hukuka da aykırıdır¹⁷¹ ve geçersizdir (BK. m. 19/II ve m. 20/I). Ahlâka aykırılık sadece sözleşmenin içeriğine ilişkin değildir. İçeriği ahlâka aykırı olmamakla birlikte, yöneldiği amaç ahlâka aykırılık teşkil eden bir

165 Dural/Öğüz, 135; Oğuzman/Seliçi/Oktay, Kişiler, 129; Özsunay, 151; Eren, 297; Öztan, 141; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 431 vd. Yazarlar, MK. m. 23'deki korumayı "kişinin rızasına dayanılarak yapılan saldırılara karşı koruma", MK. m. 24'deki korumayı da "kişinin rızası olmaksızın yapılan saldırılara karşı koruma" olarak adlandırmaktadırlar.

166 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu, organ naklini düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için Akıncı, (Organ-Doku) Nakli, 47 vd.

167 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 391; Reisoğlu, Borçlar, 104.

168 Eren, 300; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 308; Hatemi, 83 vd., 109 vd., Oğuzman/Öz, 74, dpn.112, Bucher, 256; Oser/Schönenberger, Art.20, N.28.

169 Eren, 300; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 399.

170 Eren, 300; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 398; Reisoğlu, Borçlar, 106; Oser/Schönenberger, Art.20, N.29.

171 Hükümetin izniyle genelev açılması için taşınmaz kiralınmasına ilişkin sözleşme geçerlidir. YİBK.14.1.1948 tarih ve 30/2 sayılı karar (RG. 30.7.1948, Nr. 6972). Aksi görüş, Hatemi, 264.

sözleşme yine bâtıldır¹⁷². Örneğin bir doktorla eczacı arasındaki, eczanenin kazancından pay ayrılması karşılığında hasta göndermeye ilişkin sözleşme ahlâka aykırıdır¹⁷³.

6) Sözleşmeyi Değiştirme veya Ortadan Kaldırma Serbestisinin Sınırları

Taraflar, kurdukları sözleşmeyi anlaşılarak değiştirmek ve ortadan kaldırmak serbestisine sahiptirler. Ancak şekle bağlı olan sözleşmenin yine aynı şekle uyularak değiştirilmesi gerekir (BK. m. 12). Bununla birlikte sözkonusu değişiklik, sözleşme metnine aykırı düşmeyen, tamamlayıcı anlaşma niteliğindeyse (örneğin daha önce belirlenmemiş ifa yerinin tayini gibi)¹⁷⁴ buna gerek yoktur (BK. m. 12).

Sözleşmenin düzeltilmesi de bir tür değiştirme olduğundan BK. m. 12'deki şekil kuralı burada da uygulanır¹⁷⁵. Taraflar böyle bir anlaşma içinde olmasalar bile kanun bazı hallerde¹⁷⁶, hâkimin sözleşmenin belirli noktalarını düzeltmesine imkân tanımıştır. Örneğin, sözleşmede cezai şart miktarı serbestçe tayin edilebilir ancak hâkim fahiş gördüğü cezaları indirebilir (BK. m. 161).

II. Ahde Vefa (Pacta Sund Servanda) İlkesi

Ahde vefa, hukukun yazılı olmayan ancak temel nitelikteki bir ilkesidir¹⁷⁷. Bu ilke sadece hukukî değil, aynı zamanda ekonomik ve toplumsal bir anlam da taşır. Zira verilen sözler, her alandaki ilişkilerin temelini teşkil eder¹⁷⁸.

Ahde vefa ilkesinin kökleri Roma hukukuna dayanır. Roma hukukunda sözleşme¹⁷⁹ taraflar arasında kanun hükmündedir¹⁸⁰. Sözleşme serbestisi, herkese sözleşme yapıp yapmamak konusunda özgürlük tanımıştır. Bununla birlikte geçerli bir sözleşme yapıldıktan sonra artık taraflar için bir zorunluluk doğmaktadır. İşte bu

172 Von Tuhr, 249; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 369; Eren, 301; Başpınar, 145; Hatemi, 163.

173 Reisoğlu, Borçlar, s.106.

174 Ataay, 233.

175 Ataay, 233.

176 BK. m. 365/II, BK. m. 409 gibi.

177 Koller, 613; Bischoff, 8.

178 Gürsoy, Clausula, 7.

179 Roma hukukunda sözleşme ikiye ayrılır. Contractus, lus Civile tarafından borç meydana getiren anlaşmaları ifade eder. Belirli sayıdaki contractus tiplerinin dışında kalan anlaşmalar için pactum terimi kullanılır. (Tahiroğlu, 102). Buradaki sözleşme terimi contractus'u ifade etmektedir.

180 Birer contractus olan mancruptio ve nexum'da, sözleşmenin taraflar için kanun hükmünde olduğuna ilişkin kural ("cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto") hakkında bkz. Schwarz, Roma, 104.

zorunluluk yani verilen söze sadakat dolayısıyla sözleşmenin bağlayıcı gücü¹⁸¹, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesini oluşturur.

Sözleşmenin ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda devlet, yükümlülüklerin yerine getirilmesini -gerekirse zorla- sağlayarak ahde vefa ilkesine işlerlik kazandırır. Aksi halde sadece tarafların lütfuna bağlı olan sözleşmenin ifası, alışveriş ve hukuk güvenliğinin sarsılmasına sebep olurdu¹⁸².

Ahde vefa ilkesinin diğer bir yönü de tarafların sözleşmeyi yaparken tüm ihtimalleri değerlendirmeleri, ortaya çıkabilecek sürprizlere karşı kendilerini koruyan tedbirler almaları gerektiğidir. Yoksa tedbirsizliğin sonuçlarına katlanmak zorunda kalırlar¹⁸³. Zira sözleşme gelecek üzerine bir bağlanmadır ve bu anlamda geleceği görmeyi gerektirir¹⁸⁴.

Ahde vefa ilkesine sıkı sıkıya bağlılığın, bazı durumlarda adaletsiz sonuçlara yol açması -özellikle getirdiği sıkıntılar sebebiyle I. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında- sık karşılaşılan bir mesele olmuştur. Sadece özel hukukta değil idare ve devletler (genel) hukukunda da geçerli olan ahde vefa ilkesindeki yumuşama önce bu alanlarda başlamıştır¹⁸⁵.

Ahde vefa ilkesi günümüzde sözleşme adaleti ve hakkaniyetten kaynaklanan sebeplerle yumuşatılmıştır¹⁸⁶.

Hukukumuzda ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi geçerlidir¹⁸⁷. Buna göre sözleşmeye, yapıldığı şekliyle uymak gerekir¹⁸⁸. Diğer bir deyişle, borçlu borcunu her

181 Bischoff, 8; Akyol, Dürüstlük, 77.

182 Bischoff, 7; İmre, İktisadi Meseleler, 187; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 885.

183 Gürsoy, Clausula, 7; Kaplan, 114; Merz, Art. 2, N. 202.

184 Akyol, Dürüstlük, 77; Kaplan, 113.

185 Schwarz, Akitler, 190; Gürsoy, Clausula, 37; Akyol, Dürüstlük, 79; Germann, 188, 189; Köbler, 74 vd.; Burkhardt, 9; Geniş bilgi için bkz. Feyzioğlu, Emprevizyon, 7 vd.

186 Tunçomağ, Objektif Görüşler, 885; Yaşar, 6; Gönensay, Mukaveleler, 170; Merz, Art. 2, N.17.

187 Gürsoy, Clausula, 10; İmre, İktisadi Meseleler, 187.

188 Gürsoy, Clausula, 10.

halde yerine getirmek zorundadır. Ancak bu kural mutlak değildir¹⁸⁹, kanun bazı durumlarda ahde vefa ilkesinden ayrılmıştır¹⁹⁰.

III. Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi

Clausula rebus sic stantibus teorisine göre her sözleşme yapıldığı andaki hal ve şartların değişmeyeceği örtülü şartını içerir. Eğer şartlar sonradan değişirse, sözleşme de kendiliğinden sona erer¹⁹¹. Roma felsefesi (Cicero, Seneca) ve Katolik Kilisesi (Özellikle Aqinolu Thomas) tarafından kaleme alınan bu teori, glossatörlerle, post-glossatörler tarafından geliştirilmiştir¹⁹².

16. yüzyılla birlikte clausula kavramı daha çok ifade edilmeye başlanmıştır ve somut durumlarla sınırlı olan uygulama alanını genelleştirme eğilimi doğmuştur¹⁹³. Pandekt hukukçusu Jason de Mayno, genel hukuk kuralı olarak her hukukî işlemin altında yatan örtülü şart biçiminde ifade edilen clausula'yı, sadece sözleşme hukukuna ait bir kavram olmaktan çıkarıp vasiyetnameleri, yeminleri, kanunları, imtiyazları da kapsar hale getirmiştir¹⁹⁴. Daha sonraki pandekt hukukçuları bu teoriyi formüle etmişler ve ayrıntılı olarak açıklamaya çalışmışlardır¹⁹⁵.

17. ve 18. yüzyıllarda clausula teorisinin uygulama alanı giderek genişlemiştir¹⁹⁶. Öyle ki 18. yüzyıldaki bazı Alman kanunlaştırma hareketlerinde bu teori bir hüküm olarak yer almıştır¹⁹⁷. Öte yandan aynı dönemlerde clausula doğal hukuk doktrini tarafından, hukuk güvenliğini bozduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu teorisinin uygulama alanını genişletmenin doğru olmadığı, sadece sözleşme hukukunda ve

189 Gürsoy, Clausula, 10.

190 Örneğin, BK. m. 310, BK. m. 344, BK. m. 365/II, BK. m. 517 gibi.

191 Gürsoy, Clausula, 11; Erman, 33; Erzurumluoğlu, , 54; Akyol, Dürüstlük, 79; Bischoff, 175; Feyzioğlu, Emprevizyon, 86.

192 Ayrıntılı bilgi için bkz. Köbler, 24-40.

193 Köbler, 30.

194 Köbler, 30; Bischoff, 175; Bilsel, 212; Yaşar, 8.

195 Örneğin Tiraquellus'a göre clausulanın bütün işlerde ve hükümlerde genel olarak geçerli bir kural olduğu, kendiliğinden anlaşılan bir durumdur. Alcatus, da clausulayı irade açıklamaları yönünden ayrıntılı olarak incelemiştir. Geniş bilgi için bkz. Köbler, 30.

196 Köbler, 31; Bischoff, 175.

197 1796 tarihli Bavyera Kanunu, 1794 tarihli Prusya Kanunu gibi. Köbler, 43 vd.; Bischoff, 175; Erman 34; Gürsoy, Clausula, 12, dpn. 3; Feyzioğlu, Emprevizyon, 9.

değişen şartlardan doğan haksız, ağır, çekilmez durumlarda uygulanması gerektiği savunulmuştur¹⁹⁸.

18. yüzyıl sonları ve 19. yüzyılda clausula teorisini eleştiren bu tür görüşlerin etkisi ve liberal-bireyci akımların her alanda kendini göstermesiyle birlikte teori zamanla değerini yitirmiştir. Bu dönemde clausula'nın tüm sözleşmelerde örtülü bir şart olarak bulunduğu fikri hem doktrinde hem de mahkeme kararlarında reddedilmiştir¹⁹⁹. Zira ilke, sözleşmelere olan güveni zedeleyerek ekonomiye zarar vereceği düşüncesiyle tehlikeli kabul edilmiştir²⁰⁰. Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi ön plana çıkmıştır.

Katı biçimde uygulanan ahde vefa ilkesinin yol açtığı hakkaniyete aykırı durumların, I. Dünya Savaşı ile sık karşılaşılan bir hal alması unutulmuş clausula teorisini tekrar gündeme getirmiştir²⁰¹.

Clausula Rebus Sic Stantibus doktrinde iki anlamda kullanılmıştır²⁰². Geniş anlamda, tüm beklenilmeyen halleri içine almaktadır. Dar anlamda ise her sözleşmede mevcut kabul edilen örtülü şart görüşünü ifade etmektedir. Buna göre taraflar ileride bir değişiklik olsa bile sözleşmeyi etkilemeyeceği, edimler arasındaki dengeyi bozmayacağı düşüncesindedirler, sözleşmeyi durumun değişmeyeceği şartı altında yapmaktadırlar²⁰³. Zira durumun değişeceği taraflarca bilinseydi ya sözleşme kurulmazdı veya buna ilişkin bir hüküm konurdu²⁰⁴. Öyleyse clausula her sözleşmede mevcuttur ve bir sözleşmenin devamını, yapıldığı zamandaki durumların esaslı biçimde değişmemiş olması örtülü şartına bağlar. Eğer şartlar, taraflardan katlanması beklenemeyecek şekilde değişirse, sözleşme bu zımnî şarta göre sona erer.

198 Clausula ilkesinin genişletilmesini eleştiren bu görüşleri savunan yazarlardan en önemlileri olan Cocceji, Grotius ve Pufendorf'un fikirleri için bkz. Köbler, 29-34.

199 Erman, 34; Erzurumluoğlu, 55; Thilo, Para Borcu, 346; Köbler, 89.

200 Esser/Schmidt, 268; Thilo, Para Borcu, 346; Gürsoy, Clausula, 12; Bischoff, 175.

201 Köbler, 89; Larenz, AT, 321, 322.

202 Erman, 33; Dural, İmkansızlık, 29.

203 Dural, İmkansızlık, 39; Erman, 43, Gürsoy, Clausula, 11; Oftinger, 600; Gönensay, Mukaveleler, 164, Von Tuhr 643; Erzurumluoğlu, 54.

204 Dural, İmkansızlık, 29; Gürsoy, Clausula, 12.

Burada değinilmesi gereken ilginç bir nokta da, Devletler Genel Hukuku doktrinde, ahde vefa ilkesi ile clausulanın birbirini tamamladığının, andlaşmaların ifasını garanti altına aldığıının ileri sürölmüş olmasıdır²⁰⁵.

I. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında clausula teorisi, doktrini çok meşgul etmiştir. Mahkemeler de ahde vefa ilkesinin, clausula ile yumuşatılmasını kimi zaman red, kimi zaman kabul eden kararlar vermişlerdir²⁰⁶. Ancak diğer yandan clausula teorisinin yeterli olup olmadığı meselesi ortaya çıkmıştır. Bu noktada değışen durumlar karşısında tarafların yükümlölüklerinin beklenmedik biçimde artması halinde nasıl bir yol izleneceğine dair çeşitli görüşler ortaya atılmaya başlanmıştır²⁰⁷.

IV. Değerlendirme

Sözleşme serbestisi ilkesi, liberal-bireyci hukuk sisteminin bir sonucudur. Buna göre herkes dilediği konuda, dilediği biçimde sözleşme yapma serbestisine sahiptir. Ancak bu serbestlik sınırsız değildir, bazen kanunî, bazen ahlâki, bazen de sosyal sebeplerle sözleşmenin içeriği sınırlandırılabilir. Sözleşme kurulduktan sonra artık taraflar için bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılık, ahde vefa ilkesi olarak ifade edilmiştir.

Hukukta ahde vefa ilkesi geçerlidir. Bununla birlikte, bu ilkeyi katı uygulamanın yol açtığı adaletsiz durumlar, clausula teorisinin doğmasına sebep olmuştur. Aslında ahde vefa ilkesi ile clausula arasındaki çatışmanın sebebi sözleşme adaletini sağlayabilmektir²⁰⁸. Ancak clausula, teorisi yeterli değildir²⁰⁹. Şöyle ki; dar anlamıyla clausulada yani sözleşmenin, durumların değışmeyeceği örtölü şartına bağlanmasında tarafların iradesi önemlidir. Eğer taraflar sözleşmeyi yaparken değışen şartlara ilişkin bir hüküm koymuşlarsa veya bu durum tamamlayıcı unsurlardan anlaşılıyorsa bir mesele yoktur, ama bu sonuç çıkarılamıyorsa, taraflarca açık veya örtölü bir bozucu şart kabul edilmemişse, sözleşmeyi sona erdirmek mümkün değildir²¹⁰. Çünkü böyle bir hal, kanunda düzenlenmemiş, yeni bir borcu sona erdiren sebebin kabul edilmesi anlamına

205 Yaşar, 11.

206 Bu kararlar için bkz., Gürsoy, Clausula, 14, dpn. 7.

207 Bu görüşler için bkz., § 5,II vd.

208 Gönensay, Mukaveleler, 163.

209 Gürsoy, Clausula, 13; Erman, 43; Dural, İmkansızlık, 31; Erzurumluoğlu, 56; Burkhardt, 11.

210 Gürsoy, Clausula, 12; Erman, 43; Oftinger, 606.

gelir²¹¹. Ayrıca amaç zaten sözleşmeyi sona erdirmek değil, değişen durumlara uyarlayarak ayakta tutmaktır. Clausulanın sözleşmeyi sona erdirmesi aslında bu kuralın başlangıçta, imkânsızlık temeline dayandırılmasından kaynaklanmaktadır²¹². Böylelikle, edimi ifa ederse ekonomik olarak yıkıma uğrayacak tarafın sözleşmeden kurtulması sağlanmak istenmiştir²¹³. Oysa önemli olan sözleşmeyi değişen yeni şartlara göre uyarlayabilmektir.

Diğer taraftan clausula teorisi, hukukî işlem güvenliğini zedeleyeceği gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Zira her borçlu, sözleşmenin kurulduğu sıradaki şartların değiştiğini ileri sürerek ifadan kaçınacak, alacaklı ise borçlunun eda ile yükümlü bulunduğunu ispat zorunda kalabilir²¹⁴.

Clausula yine, sadece iki taraflı ve uzun süreli sözleşmelerde şartların değişmesi hâli için çözüm getirdiği, ani edimli veya tek taraflı sözleşmeler bakımından yetersiz olduğu noktasında eleştirilmiştir²¹⁵.

Sonuç olarak, dar anlamda clausula, bir teoridir ve örtülü bir şart biçiminde her sözleşmede mevcut olduğu varsayımı gerçeğe uygun değildir. Hukukumuzda bu görüş kabul edilmemiştir²¹⁶. Geniş anlamda clausula ise beklenmeyen halleri ifade eden bir kavramdır ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını da kapsayacak şekilde hem mahkeme kararlarında²¹⁷, hem de doktrinde²¹⁸ kullanılmaktadır. Bununla birlikte özel hukuk düzeni, değişen şartların dikkate alınmasına münhasır bir esas içermediğinden, doktrinde clausula rebus sic stantibus'un "ilke" olarak nitelendirilmesinden çoğunlukla kaçınılmaktadır²¹⁹.

211 Erzurumluoğlu, 56, Oftinger, 601.

212 Akyol, Dürüstlük, 82; Erman, 31; Schwarz, Akitler, 193.

213 Akyol, Dürüstlük, 82.

214 Gürsoy, Clausula, 13; Erzurumluoğlu, 55; Kılıçoğlu, 159.

215 Dural, İmkânsızlık, 30; İmre, İktisadi Meseleler, 189; Gülekli, 55.

216 Erman, 44; Dural, İmkânsızlık, 30; Erzurumluoğlu, 56; Y. 13. HD. 6.4.1995, 145/339, (YKD.1995, C. 21, 6).

217 HGK. 13-332/340, (YKD, 2003, C.29, 10); Y.11. HD. 22.9.2000, 5723/6969 (YKD, 2004, C.30, 6).

218 Gürsoy, Clausula, 89; Akyol, Dürüstlük, 82; Kaplan, 161; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 783; Bischoff, 31; Köbler, 274, Oftinger, 616.

219 Bischoff, 177; Gürsoy, Clausula, 11; Akyol, Dürüstlük, 82; Oğuzman/Öz, 156; Von Tuhr, 643; Serozan, İfa, 225; Dural, İmkânsızlık, 29, Burcuoğlu, Uyarlama, 60; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1005; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 207; Aksi görüş için bkz. Köbler, 273.

§ 5. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI İLE İLGİLİ OLARAK İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER

I. Genel Olarak

Alman Yüksek Mahkemesi, BGB'nin kabulünden sonra verdiği 17.2.1902 tarihli kararında, BGB'de clausula'nın yer almadığını dolayısıyla böyle bir şartın kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir²²⁰. Gerçekten de BGB, sözleşme bağına gevşeteceği ve tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle genel bir clausula rebus sic stantibus kuralına yer vermemiş, istisnaen nafaka ve irat gibi dönemli edimlere uygulanmasını öngörmüştü²²¹.

Yüksek mahkeme, daha sonraki kararlarında şart (clausula) terimini kullanmıştır²²², ancak bu kavrama belirli ve ayrı bir anlam vermemiştir²²³. Zira bu kararlarda çözülmeye çalışılan mesele değişen şartlar sebebiyle sözleşmeye karışmanın mümkün olup olmadığıdır. Dolayısıyla şart terimi bu meseleye işaret eden bir isim veya alamet olarak kullanılmıştır²²⁴. Değişen şartların sözleşmeye etkisi konusunda clausulanın yetersiz kalması özellikle Alman doktrininde farklı görüşlerin doğmasına sebep olmuştur.

II. İleri Sürülen Teoriler

A) Kurucu Şart (Voraussetzung) Teorisi

Bu teori, 19. yüzyıl Alman hukukçusu Windscheid tarafından ileri sürülmüştür. Voraussetzung²²⁵ görüşü dogmatik olarak clausula'ya yakındır. Bununla birlikte Windscheid, clausula kavramını kullanmamış hatta reddetmiştir²²⁶.

Kurucu şart teorisi, bir sözleşmedeki beklenen, arzu edilen, öngörülen durumla mevcut durum arasındaki uygunsuzluğu ortadan kaldırabilme çabasının sonucudur²²⁷.

220 RGZ. 50-255(257), naklen Erman, 34, dñn.5.

221 Larenz, AT, 321; Akyol, Dürüstlük, 79.

222 Erman, 34; Akyol, Dürüstlük, 79.

223 Erman, 34; Tunçomağ, Borcun İfası, 87.

224 Erman, 34; Tunçomağ, Borcun İfası, 87.

225 "Voraussetzung" teorisi, teorinin içeriği gözönüne alınarak Türkçeye bazı yazarlarca (Gürsoy, Clausula, 14; Erzurumluoğlu, 56) tasavvur teorisi, bazı yazarlarca kayıt (Edis, Hata, 22), bazı yazarlarca ise varsayım (Sungurbey, 26) olarak çevrilmiştir. Ancak bu bir şartı ifade eder. Bu yüzden Akyol'un (Akyol, Dürüstlük, 79), "kurucu şart" teorisi, terimini tercih ediyoruz.

226 Köbler, 66.

Bu noktada, hata ve Voraussetzung kavramları birbirine yaklaşıp. Ancak hata, sözleşme kurulmadan önceki durumlara ilişkin; Voraussetzung sonraki mevcut durumla veya devam eden bir ilişkiyle ilgilidir²²⁸.

Voraussetzung, gelişmemiş veya bir şart haline gelememiş irade beyanını ifade eder²²⁹. Tarafların, hukukî ilişkinin mevcut ve gelecekteki durumu hakkındaki tasavvurları bunlar sözleşmeye bir şart olarak konmamış olsa bile önemlidir²³⁰. İrade beyanının belirli durum ve ilişkiler dikkate alınarak yapılması, istenilen hukukî sonucun bu durumlara bağlı olması anlamına gelmez ama bu sonuçların doğmasını da engellemez. Bu anlamda düşünülen durum gerçekleşmezse bile irade beyanı geçerlidir, hukukî sonuç doğurur. Ancak irade beyanı, sahibinin gerçek iradesine uygun değildir. Bu sebeple meydana gelen hukukî sonuç şeklen hakka uygun olmakla birlikte, maddî bakımdan meşru bir sebebe sahip değildir²³¹. Diğer bir deyişle tarafların sözleşmeyi yaparken varlığına ve değişmeyeceğine kesin olarak inandıkları şartlar vardır. Bu şartlar sözleşmenin kurulmasından sonra değişirse, sözkonusu değişiklik onların başlangıçta sahip oldukları tasavvur ve açıkladıkları iradeye uygun düşmez. Çünkü eğer taraflar aksini düşünselerdi, sözleşmeyi yapmazlardı²³². İşte böyle bir halde şartların değişmesinden zarar gören taraf, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir veya diğer tarafın ifa talebine karşı bir def'i hakkına sahip olur²³³.

Windscheid'ın teorisi, Alman Medenî Kanunu (BGB)'nin ilk tasarısında örtülü bir şart olarak yer almış, ancak sözleşmelerin bağlayıcı gücünü zayıflatacağı gerekçesiyle şiddetle eleştirilerek tasarıdan çıkarılmıştır²³⁴.

Voraussetzung teorisi, doktrinde yeterli bulunmamış ve eleştirilmiştir. Herşeyden önce tasavvur ve saik kavramları psikolojik unsurlardır. Tespit edilmeleri

227 Köbler, 66.

228 Gürsoy, Clausula, 15, dñn. 11; Edis, Hata, 23.

229 Gürsoy, Clausula, 14; Köbler, 66; Erzurumluoğlu, 56; Schwarz, Akitler, 194; Braun, 693; Feyzioğlu, Emprevizyon, 14; Edis, Hata, 23.

230 Gürsoy, Clausula, 14; Köbler, 66; Serozan, Dönme, 374; İmre, İktisadi Meseleler, 188, Gülekli, 58.

231 Gürsoy, Clausula, 14; Braun, 693; Saymen/Elbir, 879.

232 Erzurumluoğlu, 56; İmre, İktisadi Meseleler, 188; Erman, 44; Gütekli, 58.

233 Akyol, Dürüstlük, 80; Gürsoy, Clausula, 15; Erman, 44.

234 Schwarz, Akitler 194; Gürsoy, Clausula, 15; Erzurumluoğlu, 56; Feyzioğlu, Emprevizyon, 15.

özellikle üzerinden zaman geçtikten sonra güçtür²³⁵. Öte yandan her sözleşmede, tarafların gözönünde tuttukları amaçları, menfaatleri vardır. Taraflara ait bu tasavvurlar sözleşmenin bir şartı derecesine yükselememiş, gelişmemiş (unentwickelte Bedingung) şartlardır. O halde sözleşmenin varlığı, bu saiklere yani bir tarafın gözönünde tuttuğu durumların mevcudiyeti veya devamı şartına bağlanamaz²³⁶.

B) İşlem Temeli (Geschäftsgrundlage) Teorisi

1) Genel Olarak

Bu teori, Oertmann tarafından ortaya atılmıştır ve Windscheid'in teorisini geliştirilmiş halidir²³⁷.

Windscheid'in önem verdiği tarafların sözleşmeyi kurarken sahip oldukları gelişmemiş, sözleşmenin şartı olamamış saikler; Oertmann tarafından karşı tarafın bilmesi veya bilmesi gerekmesi şartıyla işlem temeli haline getirilmiştir. Başka bir ifadeyle sözleşmenin bir tarafının gerçeğe uygunluğundan emin olduğu için hukukî anlamda bir şart olarak sözleşmeye koymaya gerek bile duymadığı tasavvurları, karşı tarafça anlaşılmışsa ya da anlaşılması gereken değerdeyse artık bu bir işlem temelidir²³⁸.

Tarafların tasavvurları mevcut duruma veya geleceğe ilişkindir. Mevcut durum hakkındaki tasavvurlar hata hükümlerine tâbidir. Zira bir tarafın sözleşmeyi kurarken sahip olduğu tasavvurlar gerçeğe uymamaktadır²³⁹. Böyle bir durum İsviçre-Türk hukuku açısından işlem temeline başvurmaya gerek olmaksızın, BK. m. 24/I. b.4'deki sözleşmenin lüzumlu vasıflarında hata hükmüyle düzenlenmiştir. Bu tür bir hüküm Alman Medenî Kanunu (BGB)'nda bulunmadığı için tarafların mevcut duruma ilişkin tasavvurlarındaki hata, işlem temelinin baştan eksikliği kavramı içerisinde değerlendirilmiştir²⁴⁰.

235 Erzurumluoğlu, 57; Gürsoy, Clausula, 16; Köbler, 67, Braun, 693.

236 Gürsoy, Clausula, 17; Braun, 693; Köbler, 67; Erzurumluoğlu, 57; Saymen/Elbir, 879; Feyzioğlu, Emprevizyon, 14.

237 Serozan, Dönme, 374; İmre, İktisadi Meseleler, 188; Erman, 45; Gülekli, 58; Braun, 694.

238 Serozan, Dönme, 374; İmre, İktisadi Meseleler, 188; Oftinger, 615; Gürsoy, Clausula, 18; Erzurumluoğlu, 58; Gülekli, 58; Erman, 45; Littbarski, 10; Braun, 694.; Edis, Hata, 25.

239 Gürsoy, Clausula, 19; Erzurumluoğlu, 58; Gülekli, 57.

240 Serozan, Dönme, 375, dpn. 241; Gülekli, 57; Schwarz, Akitler, 194.

Gelecekteki olaylar veya değişiklikler de, sözleşmenin temelini teşkil edebilir. Diğer bir deyişle geleceğe ve olayların olağan akışına dair tasavvurlar işlemin temelini teşkil edecek kadar önemli ve tarafların sözleşme yapma iradeleri üzerinde etkili olabilir²⁴¹. Ancak kanun koyucu böylesi önemli bir mesele hakkında hüküm koymamıştır. Oertmann'a göre işlem temeli, sadece taraflardan birinin iradesini değil, tüm sözleşmeyi dikkate almaktadır. Bu yüzden hata hükümlerinden ayrı hükümlere tâbi tutulmalıdır²⁴². Kaldı ki hata hükümleri, sözleşmenin bir unsuruyken, işlem temeli -ileride meydana gelebilecek durumları da kapsadığından- sözleşmenin unsuru değildir. Bununla birlikte, meydana gelen değişikliğin esaslı nitelikte olması işlem temelini kaybolmasına sebep olur ki, bu da hatadan daha geniştir²⁴³.

Oertmann'a göre tarafların sözleşmeyi kurarken sahip oldukları saikler sübjektiftir. Ancak diğer tarafın bunu bilerek kabul etmesi veya bilecek durumda olduğu halde ses çıkarmaması, söz konusu saikleri objektif hale getirir. Bu saikler, işlem temelini oluşturur ve sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelecek esaslı değişiklikler, işlem temelini kaybolmasına, çökmesine sebep olabilir. Böyle bir halde borçluya, sözleşmeden rücu hakkı tanınmalıdır²⁴⁴.

Oertmann'ın işlem temeli teorisi, yeterince açık olmadığı yani taraflar için işlemin temelini teşkil eden saiklerin tespitinin güç olduğu, tespit edilse bile gerçeğe uygunluk bakımından sözleşmeden dönmeye nasıl imkân vereceği noktasında eleştirilmiştir²⁴⁵. Ayrıca sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kullanılabilmesi, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler için çözüm getirmemesi yönünden eksik bulunmuştur²⁴⁶. Teoriye yönelik bu genel eleştiriler yanında doktrinde onu tamamen gereksiz bulan görüşler de vardır. Örneğin Flume, işlem temeli teorisini kesin olarak reddetmekte, bu konudaki çabaları da gereksiz bulmaktadır. Yazar farklı olay grupları için farklı çözüm yollarına işaret etmektedir²⁴⁷. Benzer şekilde, Schmidt,

241 Gürsoy, Clausula, 19; Erzurumluoğlu, 59.

242 Gürsoy, Clausula, 19; Erzurumluoğlu, 59.

243 Gürsoy, Clausula, 20; Erzurumluoğlu, 59.

244 Gürsoy, Clausula, 21; Esser/Schmidt, 269.

245 Gürsoy, Clausula, 21; Saymen/Elbir, 879.

246 Gürsoy, Clausula, 21.

247 Yazarın bu görüşü için bkz. Larenz, AT, 323; Braun, 694; Akyol, Dürüstlük, 81.

farklı risk, işlem tipi ve şartlar için farklı çözümler bulunması gerektiği görüşündedir, tek bir genel çözüme karşıdır²⁴⁸. Koller'e göre işlem temeli teorisiyle çözüm zahmetlidir, risk dağılımı ve hesaplamasıyla çözüme gidilmelidir²⁴⁹.

2) İşlem Temeli Teorisinin Kendinden Önceki Teorilerden Farkları

a) İşlem Temeli Teorisinin Clausula Rebus Sic Stantibus'tan Farkı

Her iki teori de sözleşmenin, kurulduğu sırada mevcut olan durumların değişmeyeceği şartıyla yapıldığını kabul eder. Ancak işlem temeli, mevcut durumu, bu durumun devamını ve yeniden ortaya çıkmasını kapsarken, clausula sadece sözleşmenin kurulmasından sonraki durumları dikkate alır. Bu da gösteriyor ki, işlem temeli teorisi, clausula teorisine göre daha geniştir²⁵⁰. Başka bir ifadeyle, clausulada savaş, enflasyon,, doğal felaket gibi sebeplerin sözleşmeye olan etkisi önemlidir. Oysa işlem temeli bu sebepler yanında, geçmişe ve o günkü duruma ilişkin tasavvurları da içine alır²⁵¹.

b) İşlem Temeli Teorisinin, Kurucu Şart (Voraussetzung) Teorisinden Farkı

Bu teoriler, tarafların iradesine önem veren, sübjektif nitelikli teorilerdir. Voraussetzung teorisinin dayandığı gelişmemiş şart niteliğindeki saikler, karşı tarafın açık veya örtülü olarak kabul etmesine bağlı değildir. Böyle bir kabul olmasa da bu saikler önem arz ederler. İşlem temelinde ise tarafların her türlü tasavvurları önemlidir. Ancak sözleşmenin karşı tarafının bunları bilmesi, kabul etmesi ya da en azından bilmesinin gerekmesi aranır. Bu halde, her iki tarafın, bildiği, kabul ettiği ama sözleşmeye bir şart olarak koymaya gerek görmediği tasavvurlar da işlem temeli kavramını oluşturur²⁵². Sonuç olarak Voraussetzung teorisi tek tarafın tasavvuruna önem verirken, işlem temeli teorisinde iki taraflı tasavvurlar dikkate alınır²⁵³.

248 Yazarın bu görüşü için bkz. Larenz, AT, 323.

249 Yazarın bu görüşü için bkz. Larenz, AT, 323; Akyol, Dürüstlük, 81.

250 Gürsoy, Clausula, 20, dpn. 24. Doktrinde her iki teoriyi aynı anlamda kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Palandt/Heinrichs, Art. 242, N. 110; Akyol, Dürüstlük, 82.

251 Gürsoy, Clausula, 20, dpn. 24.

252 Littbarski, 10; Braun, 694; Schmiedlin, 95; Köbler, 95; Köhler, 499.

253 Gürsoy, Clausula, 20, dpn. 24.

3) İşlem Temeli Teorisinin Gelişmesi

Değişen şartların sözleşmeye etkisi konusunda en gelişmiş, en çok tarafları olan teori, işlem temeli teorisidir. Bu teori Oertmann'ın ilk defa ortaya koyduğu haline göre değişikliğe uğramıştır²⁵⁴. Bunda pek çok yazarın katkısı olmuştur, ancak bunlar arasında özellikle Kegel ve Larenz'in katkıları çok fazladır. Bu sebeple söz konusu yazarların görüşleri aşağıda ayrı ayrı ele alınmıştır.

a) Kegel'in Görüşü

Kegel, işlem temeli görüşünü kabul etmekte ancak değişen şartların sözleşmeye etkisi ve sonuçları bakımından farklı bir bakış açısı getirmektedir²⁵⁵. Yazara göre işlem temelinde sözkonusu olan, tehlikeyi veya zararı taşıma (Gefahr oder Schadenstratung) meselesidir. Zararı taşıma meselesi, geçmişe ilişkin durumlarda; tehlikeyi taşıma meselesi ise geleceğe ilişkin durumlarda karşımıza çıkar. Zarar beklenmedik durumlardan da kaynaklanabilir. Kural herkesin kendi alanındaki zararı, kendisinin taşımasıdır (casum sentit dominus)²⁵⁶. Bir sözleşmede tehlike veya zararı kimin taşıyacağı konusu taraflarca ya da tamamlayıcı kanun hükümleriyle de belirlenmiş olabilir²⁵⁷.

Objektif olarak zararı taşıyan taraf, sözleşmedeki amacına ulaşamamış olur. Zira borçlu, düşündüğünden fazla fedakarlıkta bulunmakta, alacaklı da düşündüğünden daha azla yetinmek zorunda kalmaktadır. Özellikle karşılıklı sözleşmelerin yapısı bu sonucu doğurmaktadır²⁵⁸.

Bir sözleşme geleceğe yönelik olduğu için tehlikelidir ve kural olarak herkes göze aldığı, kendi tehlikesini taşımak zorundadır²⁵⁹. Öte yandan bir de tarafların üzerine almasının beklenemeyeceği ortak, genel tehlikeler (Gemeingefahr) vardır. Doğal

254 Oertmann'ın İşlem Temeli adlı kitabının yayınlanmasının öncesinde ve sonrasında, I. Dünya Savaşı'nın patlak vermek üzere olmasının da etkisiyle clausula tekrar gündeme gelmeye başlamıştı. Doktrinde de Kaufmann, Krückmann ve Locher, işlem temeli anlayışını clausulaya bağlamaya çalışmışlardır (Larenz, AT, 322; Köbler, 97, 98, Tunçomağ, Objektif Görüşler, 888, 891).

255 Kegel, 199.

256 Kegel, 200.

257 Kegel, 200; Dural, İmkânsızlık, 42; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 892.

258 Kegel, 200; Dural, İmkânsızlık, 42; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 892.

259 Kegel, 200.

felaketler (deprem, sel gibi) ve devletin faaliyetleri (savaş, ekonomik tedbirler gibi) bu genel tehlikeleri meydana getirir. Günümüzde devletten kaynaklanan tehlikeler, doğal felaketlerden daha büyük sonuçlar doğurmaktadır²⁶⁰.

Kegel işlem temelini, küçük ve büyük işlem temeli olarak ikiye ayırmaktadır. Bu ayırımın sınırlarını ise tarafların hâkimiyet alanının (Machtbereichs der Parteien) belirlediğini düşünmektedir²⁶¹. Küçük işlem temeli (Kleine Geschäftsgrundlage), tarafların hâkimiyet alanı içinde olan zararlardır. Bu zararlara kural olarak taraflar kendileri katlanırlar²⁶². Dolayısıyla böyle bir durum değişen şartlar sebebiyle sözleşmeye müdahale edilebilmesine imkân vermez. Buna karşılık büyük işlem temeli (grosse Geschäftsgrundlage) ise tarafların hâkimiyet alanı dışında kalan ancak etkisini bu alan içinde gösteren (doğal afet, savaş, ekonomik çalkantılar gibi) zararlardır. Böyle bir zararı da taraflardan hiçbirinin üzerine alması beklenemez²⁶³.

Kegel'e göre sözleşme temeliniin çökmesinden söz edebilmek için²⁶⁴:

- Genel tehlike niteliğinde ve taraflardan birinin hâkimiyet alanı dışında meydana gelen bir olay ortaya çıkmalıdır.

- Bu olay sonucunda taraflardan biri önemli bir zarara uğramalıdır. Bunu tespit her zaman kolay değildir. Bu yüzden zarar meydana gelmeden önceki durum gözönünde tutularak hasarın % 25 artması bir ölçü kabul edilebilir. Bir başka deyişle borçlu ödemesi gerekenden % 25 fazla ödemek zorunda kalırsa veya alacaklı alması gerekenden % 25 az elde ederse hasar önemlidir²⁶⁵.

- Zarar gören bu olayı önceden tahmin edebilecek durumda olmamalıdır. Eğer orta zekâlı, makûl bir insanın öngörebileceği veya öngörmesi gereken bir durumda sözleşmeyi hiç yapmayacağı varsayılabilirse bu şart yerine gelmiş olmaz. Zararın

260 Kegel, 200.

261 Kegel, 201.

262 Kegel, 201-202.

263 Kegel, 201-202; Dural, İmkânsızlık, 43; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 893.

264 Kegel, 202 vd.; Dural, İmkânsızlık, 43 vd.; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 893 vd.; Köbler, 141.

265 Kegel, bu oranı Fransız Fevkalade (sıkıntı, müzayaka) Kira Kanunu'nda (französische Mietnotrecht) ve Alman Sözleşmeye Yardım Kanunu'nda (Deutsche Vertragshilfegesetz) dayanarak ifade etmiştir. Kegel, 202; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 893.

öngörülebilir olması halinde kişi, kendine karşı kusurludur ve doğan hasar bizzat üzerinde kalır²⁶⁶.

- Zarara uğrayan borçlu veya alacaklı temerrüde düşmüş olmamalıdır. Taraflardan biri, borcu ahlâken ifa zorundaysa veya belli ölçüde korunmaya layık durumda değilse işlem temelinin çökmesinden yararlanamaz²⁶⁷.

Doğal afetler veya devlet politikaları yüzünden bir sözleşmenin işlem temelinin çökmesinde ortaya çıkan genel zararı, bir tarafa yüklemek adil olmadığı gibi, karşı tarafa yüklemek de adil değildir. O halde en doğru çözüm zararın paylaşılmasıdır. Zarar kural olarak yarı yarıya paylaşılır. Ancak paylaşırma sırasında olayın bütün özellikleri gözönüne alınır. Bu paylaşırmada önemli olan nokta zararın taraflar arasında mümkün olduğunca az hissedilir kılınmasıdır. Bu sebeple sözleşmenin sona ermesi ancak karşı taraf hiç zarara uğramayacaksa sözkonusu olabilir²⁶⁸.

b) Kegel'in Görüşünün Değerlendirilmesi

Kegel görüşünü ileri sürerken, hem objektif iyi niyeti düzenleyen BGB. Art. 242'ye dayanmış hem de büyük oranda Alman Sözleşmeye Yardım Kanunundan (Deutsche Vertragshilfegesetz, 1942) faydalanmıştır²⁶⁹.

Kegel, ilk olarak işlem temelinin çökmesini sadece genel tehlike hallerine dayandırdığı için eleştirilmiştir. Oysa işlem temelinin çökmesi normal zamanlarda da ortaya çıkabilir. Örneğin, tamamen belli bir amaç için yapılmış sözleşmelerde (taç giyme törenini izlemek için balkon kiralınması ve sonrasında törenin iptal edilmesinde olduğu gibi) amacın kaybolması durumunda da işlem temelinin çökmesi sözkonusu olur²⁷⁰.

İkinci olarak da işlem temelinin çökmesinden doğan zararın taraflar arasında yarı yarıya bölüştürülmesi noktasında eleştirilmiştir. Çünkü bazen bu çözümler adil görünse bile bazı hallerde, borçlunun borçtan tamamen kurtarılması gibi farklı bir

266 Kegel, 203; Dural, İmkânsızlık, 43; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 894.

267 Kegel, 203; Dural, İmkânsızlık, 44; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 894.

268 Kegel, 204-205; Dural, İmkânsızlık, 44; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 894.

269 Larenz, Geschäftsgrundlage, 182; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 894.

270 Larenz, Geschäftsgrundlage, 182; Dural, İmkânsızlık, 47; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 895.

paylaştırma daha doğru olabilir²⁷¹. Bir başka deyişle yarı yarıya paylaştırma her zaman adil sonuçlar vermeyebilir.

c) Larenz'in Görüşü

Larenz'e göre işlem temeli kavramı, sübjektif ve objektif işlem temeli olmak üzere ikiye ayrılır²⁷².

Sübjektif işlem temeli, sözleşmenin kurulmasında etkili olmuş ortak tasavvurlardır. Bu tasavvurlar, taraflardan her ikisi veya hiç olmazsa biri tarafından açıklanmıştır. Mevcut duruma veya geleceğe ilişkindir. Bunların dürüstlük kuralına göre varsayılabilir nitelikte olması gerekir. Başka bir deyişle eğer tarafların, bu durumu bilselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacakları veya bu içerikle kurmayacakları kabul edilebiliyorsa sübjektif işlem temeli oluşmuştur²⁷³. Bu durum özellikle tarafların yaptıkları hesap hatasında ortaya çıkar²⁷⁴.

Objektif işlem temeli ise sözleşmenin, tarafların istedikleri biçimde sürebilmesi için, varlığı veya devamı objektif açıdan zorunlu olan durumları ifade eder. Tarafların bu durumları bilip bilmemelerinin önemi yoktur, objektif işlem temeli onların iradelerinden, tasavvurlarından soyutlanmıştır²⁷⁵. Diğer bir deyişle sübjektif işlem temelinde tarafların tasavvurları etkiliyken, objektif işlem temelinde böyle bir tasavvur bulunmamaktadır. Zira taraflar sürüp giden şartlar hakkında endişelenmezler, bu şartlar tamamen güvenli görünür²⁷⁶. Aslında burada sözkonusu olan clausula rebus sic stantibus niteliğindedir ve artık işlem temeli olarak adlandırılmaktadır²⁷⁷.

271 Larenz, Geschäftsgrundlage, 182; Dural, İmkânsızlık, 47; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 895.

272 Larenz, AT, 322; Larenz, Geschäftsgrundlage, 17; Köhler, 500,502; Braun, 694; Akyol, Dürüstlük, 81; Serozan, Dönme, 374; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 896; Dural, İmkânsızlık, 34.

273 Larenz, AT, 322; Larenz, Geschäftsgrundlage, 20, 184; Köhler, 500; Braun, 694; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 896, Dural, İmkânsızlık, 34.

274 Larenz, AT, 322; Larenz, Geschäftsgrundlage, 31; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 897; Dural, İmkânsızlık, 35; Köhler, 500; Köbler, 143.

275 Larenz, AT, 324; Larenz, Geschäftsgrundlage, 185; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 897; Dural, İmkânsızlık, 35, 36; Braun, 694.

276 Larenz, AT, 323; Dural, İmkânsızlık, 36; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 897.

277 Larenz, Geschäftsgrundlage, 185; Köbler, 142; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 897; Dural, İmkânsızlık, 36.

Objektif işlem temelinin çökmesi Larenz'e göre iki anlama gelir: Dengenin bozulması (Aquivalenzstörung) ve amacın boşa çıkması (Zweckvereitelung)²⁷⁸.

Dengenin bozulması, şartlardaki öngörülemez değişikliklerden dolayı edimler arasında büyük bir oransızlık meydana gelmesi halinde sözkonusu olur. Böyle bir durum para değerinin düşmesi, kanundaki değişiklikler veya politik olaylar sebebiyle ortaya çıkabilir²⁷⁹. Dengenin bozulduğunun kabulü için edimler arasındaki oransızlığın büyük ölçüde olması gerekmektedir²⁸⁰.

Amacın boşa çıkmasında ise edim hiçbir tarafa atfedilemeyen sebepler yüzünden neredeyse ulaşılamaz hale gelmekte ama tamamen de imkânsız olmamaktadır. Bu ulaşılamazlığın sürekli olması gerekmektedir²⁸¹.

Larenz, edimler arası dengenin bozulması ile sözleşmenin amacının boşa çıkması halleri için ayrı sonuçlar öngörmüştür. Eğer edimler arası denge büyük oranda bozulmuşsa (Aquivalenzstörung) ve henüz borç ifa edilmemişse sözleşme önce karşı tarafın rızası şartıyla yeni duruma uyarlanmaya çalışılacak, bu gerçekleşmezse, zarara uğrayan taraf sözleşmeyi sona erdirebilecektir²⁸². Buna karşılık zarara uğrayan borcunu yerine getirmekle birlikte alacağını alamamışsa, karşı edimin yükseltilmesini, bir denkleştirme yapılmasını talep edebilir²⁸³.

Sözleşme amacının boşa çıkması (Zweckvereitelung) durumunda, edim ortadan kalktığı için bir uyarlama sözkonusu olamayacağından, sözleşmenin sona erdirilmesi daha uygun düşer²⁸⁴. Örneğin, yapılacak töreni izlemek için balkon kiralınması ve törenin iptal edilmesiyle sözleşmenin yapılmasındaki amacın boşa çıkmasında durum böyledir.

Larenz'e göre, işlem temelinin çökmesi halinde BGB. § 242'deki dürüstlük kuralı dikkate alınır. Ancak bu hüküm tek başına yeterli değildir. Çünkü sözleşmeye

278 Larenz, AT, 324; Larenz, Geschäftsgrundlage, 185.

279 Larenz, AT, 324.

280 Larenz, AT, 325; Larenz, Geschäftsgrundlage, 91.

281 Larenz, AT, 326.

282 Larenz, Geschäftsgrundlage, 175; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 901; Dural, İmkânsızlık, 38.

283 Larenz, Geschäftsgrundlage, 175; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 901; Dural, İmkânsızlık, 38.

284 Larenz, Geschäftsgrundlage, 172, 173; Larenz, AT, 329.

yabancı olan hususlar da hakkaniyete uygun karar verme endişesiyle gözönünde tutulmak zorunda kalınmaktadır²⁸⁵. Oysa şartların değişmesinin sözleşme adaletini bozması durumunda, böyle haller için taraflarca tedbir alınmadığından, sözleşmede bir boşluk vardır ve bu boşluk BGB. § 157 çerçevesinde yorum yoluyla doldurulmalıdır. Sözleşmedeki boşluk doldurulurken de BGB. § 242'deki dürüstlük kuralından yararlanılır. Bu duruma yani sözleşmenin hem yorumlanmasına hem de yorum yoluyla düzeltilmesine “sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi” (korrigierende vertragsauslegung) denir²⁸⁶.

d) Larenz'in Görüşünün Değerlendirilmesi

Larenz, İşlem Temeli ve Sözleşmenin İfası (Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung) adlı eserinde, objektif ve sübjektif işlem temeli ayırımı yapmış, bunları farklı hükümlere tâbi tutmuştur²⁸⁷. Fakat bu ayırım doktrinde pek çok açıdan eleştirilmiştir. Öncelikle neyin objektif temel, neyin sübjektif temel olduğunun tespiti son derece güçtür. Larenz'e göre bir şeyin yanlış tasavvur edilmesi sübjektif temeli, hiç tasavvur edilmemesi de objektif temeli oluşturur. Oysa böyle bir ayırım, yeterli ve açık bir ölçü değildir²⁸⁸. Ayrıca bir şeyi yanlış tasavvur etmeyle, hiç tasavvur etmemeyi farklı hükümlere tâbi tutmayı haklı gösterecek bir sebep yoktur²⁸⁹. Örneğin Larenz bir töreni seyretmek için balkon kiralması ve sonradan törenin iptal edilmesi olayını, amacın boşa çıkması çerçevesinde objektif işlem temeli olarak değerlendirmiştir²⁹⁰. Oysa bu durum, tarafların kira sözleşmesini yaparken törenin yapılması konusunda

285 Larenz, Geschäftsgrundlage, 156; Larenz, AT, 333; Dural, İmkânsızlık, 40.

286 Larenz, Geschäftsgrundlage, 166; Larenz, AT, 330, 332; Dural, İmkânsızlık, 41; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 903.

287 Larenz, sübjektif işlem temelinin çökmesinde BGB Art. 779'daki hata hükümlerinin kıyasen uygulanarak sözleşmenin sona ereceğini, eğer sadece bir hüküm için sübjektif işlem temeli çökmüşse o hükmün geçersiz olacağını kabul etmiştir. Objektif işlem temelinin çökmesinde ise edimler arası denge büyük oranda bozulmuşsa duruma göre sözleşmenin sona erdirilebileceği veya denkleştirme yapılmasının talep edilebileceği sözleşme amacı boşa çıkmışsa yine sözleşmenin sona erdirilebileceği görüşündedir. Larenz'in sözkonusu kitabının ilk basısındaki bu görüşleri için bkz., Tunçomağ, Objektif Görüşler, 899.

288 Tunçomağ, Objektif Görüşler, 903.

289 Kegel, 62.

290 Larenz, AT, 327.

yanlış bir tasavvurda bulundukları iddiasıyla sübjektif işlem temeli olarak da nitelendirilebilir²⁹¹.

Yapılan eleştirileri haklı bulan Larenz, kitabının ikinci ve üçüncü basılarında objektif ve sübjektif işlem temelini aynı hükümlere bağlamıştır²⁹². Bununla birlikte bu ayırımdan tam olarak vazgeçmemiştir. Yazara göre, objektif ve sübjektif işlem temeli ayırımı olayları tanımayı kolaylaştırır. Sübjektif işlem temeliniin çökmesi halinde, artık objektif işlem temeliniin de çöküp çökmediğini aramaya gerek kalmaz²⁹³. Öte yandan Larenz'ın BGB. § 157 (sözleşmenin yorumlanması) ve § 242'yi (dürüstlük kuralı) birlikte değerlendirerek, işlem temeliniin, çökmesi halinde, sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi görüşü de eleştirilmiştir. Böyle bir yola gidilirse, clausulada olduğu gibi bir varsayım üzerine sözleşmeye müdahale edileceği; burada sadece sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun sözkonusu olabileceği onun için de bir dayanak bulunmadığı, zaten bu tür bir imkân varsa işlem temeliniin çökmesine gitmeye gerek olmadığı hususları bu eleştirilerin temelini oluşturmaktadır²⁹⁴.

C) Hata Teorisi

Hata, gerçeğin hiç tasavvur edilmemesi veya yanlış tasavvur edilmesidir²⁹⁵. Sözleşme yapılırken esaslı bir hataya düşen taraf, o sözleşme ile bağlı olmaz (BK. m. 23). Borçlar Kanunu, hangi tür hataların esaslı sayılacağını m. 24/I' de dört bend halinde düzenlemiştir. Bunlardan BK. m. 24/I. b. 4'teki temel hatası sebebiyle sözleşmenin iptal edilebilmesi imkânının, şartların değişmesi sebebiyle edimin ifasının zorlaşması durumunda da uygulanabileceği savunulmuştur²⁹⁶.

Temel hatası ile kastedilen, esaslı saik hatasıdır²⁹⁷. Saik bir kişiyi belirli davranışta bulunmaya iten düşüncedir²⁹⁸. Kural olarak saikte hata sözleşmeyi etkilemez

291 Tunçomağ, Objektif Görüşler, 904.

292 Tunçomağ, Objektif Görüşler, 900; Dural, İmkânsızlık, 35, dpn. 40.

293 Larenz, Geschäftsgrundlage, 17; Tunçomağ, Objektif Görüşler, 900; Dural, İmkânsızlık, 35, dpn. 40.

294 Bu eleştiriler için bkz., Tunçomağ, Objektif Görüşler, 904, dpn. 53, 54.

295 Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 31; Edis, Hata, 8; Olgaç, 39.

296 Von Tuhr, 289; bkz. bazı Federal Mahkeme kararlarından yola çıkarak Arsebük, 450.

297 Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 160; Edis, Hata, 37, 49; Oğuzman/Öz, 86; Eren, 358.

298 Eren, 352; Akıncı, 106, Saik kavramının çeşitli tanımları için bkz., Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 428; Tunçomağ, Borçlar, 211; Arsebük, 405, dpn. 62.

(BK. m. 24/II). Ancak saik hatasının esaslı nitelik taşıması, bu kurala istisna teşkil eder (BK. m. 24/I. b. 4). Bir saik hatasının esaslı sayılabilmesi için sübjektif ve objektif unsurlar birlikte aranır²⁹⁹. Sübjektif unsur, hataya düşen için hatanın onsuz sözleşme yapılmayacak (condicio sine qua non) bir unsura ilişkin olmasıdır³⁰⁰. Objektif unsur ise hata edilen hususun, iş hayatındaki dürüstlük kuralına göre sözleşmenin iptalini haklı gösterecek önemde bulunmasıdır³⁰¹. Doktrinde hata edilen noktanın hataya düşen taraf için sübjektif olarak esaslı nitelikte olduğunun karşı tarafça bilinmesi veya bilinebilir olmasının da bir unsur olduğu³⁰² ya da en azından bir yardımcı unsur olduğu³⁰³ savunulduğu gibi, bunun objektif unsurun doğal bir sonucunu teşkil ettiği³⁰⁴ de savunulmaktadır. Objektif unsur, yani dürüstlük kuralına göre hatanın sözleşmenin iptalini haklı kılacak önemde olması, zaten bu durumu karşı tarafın da bilmesi veya bilmesi gerekmesi sonucunu doğuracağından, ayrı bir unsur şeklinde değerlendirmeye gerek yoktur.

Alman Hukukunda, temel hatasına ilişkin İsviçre-Türk Hukukundakine (m. 24/I. b.4) paralel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık kişiye ve şeye yönelik nitelik hatası BGB. § 119/II'de ayrıca düzenlenmiştir³⁰⁵. Bunun sonucu olarak Alman Hukukunda bu gibi olaylar, ne zaman gerçekleştiklerine bakılmaksızın, işlem temelinin çökmesi kavramı içerisinde değerlendirilmektedir³⁰⁶.

İsviçre-Türk Hukuku'nda temel hatası düzenlendiğine göre sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelen olaylar bu çerçevede değerlendirilebilecek midir, sorusu akla gelmektedir.

299 Von Tuhr, 285; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 161; Eren, 360; Edis, Hata, 52; Akıncı, 107; Reisoğlu, Borçlar, 90.

300 Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 161; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 329; Oğuzman/Öz, 89, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 431, Edis, Hata, 52 vd.

301 Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 161; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 331; Edis, Hata, 57 vd.; Oğuzman/Öz, 89; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 431.

302 Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 329; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 431; Tunçomağ, Borçlar, 343. 303 Eren, 361.

304 Oğuzman/Öz, 90; Bischoff, 140; Erman, 48.

305 Eren, 358; Edis, Hata, 28 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 511, dpn. 18.

306 Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 510; Roth, Art. 242, N. 545.

Sonradan meydana gelen ve önceden tahmin edilemeyen olay, bir temel hatası teşkil edebilir³⁰⁷. Ancak BK. m. 23'e göre yapılan hatanın "akit yapılırken" vuku bulmuş olması gerekir. Başka bir ifadeyle Kanun'da, hatanın mevcut veya geçmişte meydana gelmiş olması aranmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bu durumu bir kararında oldukça güzel ifade etmiştir: "... *hata ancak bilebileceğimiz yerde mevcuttur. Gelecek hakkında hiçbir şey bilemeyiz, yalnızca tahmin yürütebiliriz*"³⁰⁸. Bununla birlikte, Federal Mahkeme bazı kararlarında, önceden kestirilebilir olmaları şartıyla gelecekteki olayların da temel hatasının konusu olabileceğine hükmetmiştir³⁰⁹. Örneğin bir binanın lokanta yapılmak üzere satılmasında, alıcı işletme ruhsatının alınacağı konusunda kesin bir kanaat sahibidir. Satıştan sonra beklenmedik biçimde işletme ruhsatının alınamaması durumunda BK. m. 24/I. b.4'e dayanılabilir³¹⁰. Ancak Federal Mahkeme, spekülatif (özel riskler ve kazanma şansı gibi) alanlar içeren gelecekteki olaylara ilişkin beklentilerin objektif esaslı nokta teşkil edemeyeceği görüşündedir³¹¹. Öte yandan Federal Mahkeme, son dönemlerde hem temel hatasını geçmişteki ve mevcut olaylarla sınırlı tutan³¹², hem de gelecekteki olayın gerçekleşmesine, her iki tarafın kesin gözüyle bakması şartıyla, temel hatası hükümlerinin uygulanabileceğine yönelik kararlar vermektedir³¹³.

Doktrinde her iki görüş de savunulmaktadır.

Gelecekteki olaylara, hata hükümlerinin uygulanabileceğini savunan görüşe göre, Federal Mahkemenin yaptığı gibi bir ayırım yapılmalı ve eğer olay öngörülebiliyorsa hata hükümlerine gidilmelidir³¹⁴. Zira tarafların gelecek olay hakkında somut tasavvurları yoksa hata hükümleri uygulanmaz. Temel hatası ancak tarafların bununla ilgili olarak, yanlışlığı sonradan ortaya çıkan somut tasavvurlara

307 Gürsoy, Clausula, 23.

308 BGE 59 II 374 (Bischoff, 141, dpn. 132).

309 BGE 117 II 218; BGE 118 II 297; BGE 41 II 365; BGE 79 II 275; BGE 95 II 409 (Bu kararlar için bkz. Kocayusufoğlu, İşlem Temeli, 509, dpn. 11; Eren, 363, dpn. 59; Bischoff, 142, dpn. 133).

310 Kocayusufoğlu, İşlem Temeli, 509; Eren, 363.

311 BGE 95 II, 407 (Bischoff, 142).

312 BGE 107 II, 150 (Bischoff, 144); BGE 45 II, 32; BGE 53 II, 139; BGE 98 II, 18 (bu kararlar için bkz. Eren, 368, dpn. 59).

313 BGE 109 II 110, BGE 117 II 218, BGE 118 II 297 (bu kararlar için bkz. Eren, 363, dpn. 59).

314 Kocayusufoğlu, Borçlar, 328; Eren, 363; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 430; Akıncı, 107; Bucher, 240; Erman, 48; Gülekli, 61; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 614.

sahip oldukları zaman sözkonusudur. Hiç düşünülmemiş, öngörülmemiş konularda hatalı tasavvurdan değil, tasavvur yokluğundan söz edilir³¹⁵. Bu tasavvurun her iki tarafça bilinmesi gerekmez, sadece hataya düşenin sahip olduğu somut tasavvurun karşı tarafça bilinebilir olması yeterlidir³¹⁶.

Hata hükümlerinin sadece geçmişteki ve sözleşmenin yapıldığı sıradaki olaylarla sınırlı olduğu görüşüne göre gelecekteki olaylara ilişkin tasavvurlar hata teşkil etmez³¹⁷. Eğer bir sözleşme tarafı gelecekteki bazı olayların gerçekleşeceğini veya gerçekleşmeyeceğini hesaba katıyorsa, geleceğe dair belirsizliğin farkındadır ve beklentilerinin umduğundan farklı gelişmesi riskini göze almıştır. En azından sözleşmeye kendini güvenceye alan bir hüküm koymalıdır. Aksi halde BK. m. 24/I. b. 4'ü geleceğe yönelik olarak genişletmek taraflara her değişiklikte temel hatasını ileri sürerek yükümlülükten kurtulma hatta yanlış planlamalarını bertaraf etme imkânı verebilecektir³¹⁸.

Kanaatimizce, gelecekteki olaylara hata hükümleri uygulanamaz. Zira gelecekteki olay tarafların bilmediği, bilemeyeceği olaydır. Kanun koyucu da hatanın sözleşme yapılırken bulunması gerektiğini BK. m. 23'te açıkça ifade etmiştir. Ancak sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut ve belirli hususlarda geleceğe ilişkin bir yanılma olursa hata hükümleri uygulanabilir³¹⁹. Bu durum sözleşmenin karşı tarafı için de BK. m. 25/I ve BK. m. 26/I'nin koruması altında bir haksızlık teşkil etmez³²⁰. Bununla birlikte söz konusu alandaki sınır o kadar incedir ki her olayı kapsayacak genel bir çerçeve çizmekte Federal Mahkeme dahi zorlanmaktadır. Örneğin, bir inşaat yapmak için satın alınan arsaya satımdan sonra, o arsanın özelliği sebebiyle inşaat ruhsatı verilmezse hata hükümlerine dayanılabilir³²¹. Fakat aynı arsada inşaat yapmak mümkün olmakla birlikte istenilen özelliklerde inşaat ruhsat verilmiyorsa, bu artık temel hatası

315 Kramer, N. 140 (Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 509, dpn. 12'den naklen); Larenz, AT, 323.

316 Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 329.

317 Oğuzman/Öz, 88; Serozan, İfa, 220; Bischoff, 144; Gürsoy, Clausula, 23; Oftinger, 614; Schwarz, Akitler, 200; Doğanay, 43; İmre, İktisadi Meseleler, 189; Honsell, Art. 2, N. 19; Wiegand, Art. 18, N. 99; Roth, Art. 242, N. 543.

318 Bischoff, 143; Schwarz, Akitler, 200.

319 Oğuzman/Öz, 89; Bischoff, 144.

320 Schwarz, Akitler, 200.

321 Benzer bir örnek için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 432.

teşkil etmez³²². Bu şartlar altında, hata hükümlerinin, şartların sonradan değişmesi halinde sözleşmeye uygulanamayacağı açıktır. Burada bir daha belirtmekte yarar vardır ki, Alman Hukuku'nda, BK. m. 24/I. b. 4'teki gibi temel hatasına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, böyle olaylar ne zaman gerçekleştiklerine bakılmaksızın “işlem temelinin çökmesi” çerçevesinde değerlendirilmektedir³²³. Oysa İsviçre-Türk Hukuku'nda sözleşmenin yapıldığı sıradaki veya daha önceki olaylar için temel hatası (BK. m. 24/I. b. 4) hükümleri uygulanır, gelecekte meydana gelen olaylar içinse şartları oluşmuşsa sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yoluna gidilir. İkinci önemli nokta hata hükümleri uygulandığında sözleşme iptal edilir ve başlangıçtan itibaren sona erer (BK. m. 23). Şartların sonradan değişmesi durumunda sözleşmeye hata hükümlerini uygulamak sözleşmenin iptali sonucunu doğurur. Ancak burada sözleşmenin iptalinden çok uyarlanması önem kazanmaktadır. Sözleşme baştan itibaren değil, beklenmeyen durumun ortaya çıktığı andan itibaren uyarlanmalı, bu mümkün olmuyorsa sona erdirmeye yoluna gidilmelidir³²⁴. Bu sebeplerle hata hükümlerinin, şartların sonradan değişmesi halinde sözleşmeye uygulanması sözkonusu değildir³²⁵.

D) İmkânsızlık Teorisi

İmkânsızlık, sözleşmenin varlığını ve geleceğini etkileyen bir kavramdır. Başlangıçta mevcut olan imkânsızlık, sözleşmeyi hükümsüz kılar (BK. m. 20), sonraki imkânsızlık sona erdirmektedir (BK. m. 117). Sonraki imkânsızlıkta borçlunun kusuru varsa borçlu tazminatla yükümlü olmaktadır (BK. m. 96). Borçlar Kanunu bu düzenlemelere rağmen, imkânsızlık kavramını tanımlamaktan kaçınmıştır. Bununla birlikte genel olarak imkânsızlık, kısaca edimin ifa edilememesi veya ifa edilemez hale gelmesi şeklinde tanımlanmaktadır³²⁶.

322 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 432; Serozan, İfa, 223.

323 Serozan, İfa, 229; Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 510.

324 Gürsoy, Clausula, 23; Erman, 49.

325 Aksi görüş Akyol, Dürüstlük, 79.

326 Dural, İmkânsızlık, 7; Oğuzman/Öz, 442; İnan, 3; Altunkaya, 89; Akyol, Borçlar, 151; Başpınar, 111.

İmkânsızlık, mantıkî, fiilî ve hukukî sebeplere dayanabilir³²⁷. Buna göre mantıkî imkânsızlık, mantık kurallarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hallerde sözkonusu olur³²⁸. Ancak bu tek başına yeterli değildir, bazen mantıken mümkün olan şey fiilen imkânsızdır. Bu sebeple günlük hayattaki dürüstlük ve güven kuralları uyarınca, edimin borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilememesi durumu da imkânsızlık teşkil eder ve fiilî imkânsızlık olarak adlandırılır³²⁹. Bazen de öyle haller sözkonusu olur ki; ne mantık kuralları ne de fiilî durumlar engel olmamakla birlikte edim yerine getirilebilir. İşte böyle mantıken ve fiilen edimin yerine getirilebilir olmasına rağmen, bir hukuk normunun ifayı engellemesine hukukî imkânsızlık denir³³⁰.

Borçlar Kanununda açıkça, sadece başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık (BK. m. 20 ve m. 117) düzenlenmişken, doktrinde başka türler ve bunlara bağlı farklı hukukî sonuçlar kabul edilmektedir. Başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık yanında başlıca imkânsızlık türleri; objektif-sübjektif imkânsızlık, sürekli-geçici imkânsızlık, tam-kısmî imkânsızlık ile borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı imkânsızlıktır³³¹.

İmkânsızlık teorisi³³², şartların değişmesi sebebiyle ifanın aşırı derecede güçleşmesi halini, BK. m. 117’de düzenlenen imkânsızlıkla bir tutmakta ve borcu sona erdiren bir sebep olarak kabul etmektedir³³³. Böyle bir sonuca imkânsızlık kavramının genişletilmesi yoluyla varılmıştır³³⁴. Şöyle ki, borcun ifasının dürüstlük kuralı gereğince borçludan istenemeyeceği durumlar da bir tür imkânsızlık teşkil eder³³⁵. Bu noktada objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımı devreye girer. Eğer edim hiç kimse tarafından

327 Dural, İmkânsızlık, 8 vd.; Altunkaya, 91 vd.; İnan, 3; Oğuzman/Öz, 443; Eren, 306; Serozan, İfa, 156.

328 Dural, İmkânsızlık, 8; İnan, 3; Tunç, 106; Altunkaya, 92.

329 Dural, İmkânsızlık, 9; İnan, 4; Altunkaya, 94; Tunç, 107; Başpınar, 113.

330 Dural, İmkânsızlık, 9 vd.; Tunçomağ, Borçlar, 179; Akyol, Borçlar, 155; Tunç, 107; Altunkaya, 95; Başpınar, 113.

331 Bu ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Dural, İmkânsızlık, 75 vd.; Altunkaya, 101 vd. İnan, 19 vd.

332 Von Tuhr, 561; Arsebük, 769; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 1004; Esser/Schmidt, 271, Oser/Schönenberger, Art 20, N. 6,7.

333 Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında, sözleşmenin değişen şartlar karşısındaki durumunu düzenleyen “Aşırı İfa Güçlüğü” başlıklı 143. madde de, borcu sona erdiren sebeplerden imkânsızlık ana başlığı altına yerleştirilmiştir.

334 Dural, İmkânsızlık, 17; Bischoff, 126; Gülekli, 55.

335 Schwarz, Akitler, 193; Gürsoy, Clausula, 27.

yerine getirilemeyecek nitelikteyse³³⁶ objektif, sadece borçlu tarafından yerine getirilemeyecek nitelikteyse³³⁷ sübjektif imkânsızlık sözkonusu olur³³⁸. Şartlardaki değişiklik nedeniyle ifanın aşırı güçleşmesi de bu anlamda bir sübjektif imkânsızlıktır³³⁹. Hatta doktrinde aslında imkânsızlığın ancak objektif olabileceği, sübjektif imkânsızlığın gerçek anlamda bir imkânsızlık teşkil etmeyip ya geçici bir durum veya ifanın aşırı güçleşmesi olduğu da savunulmaktadır³⁴⁰. Bu açıdan bakıldığında ifanın aşırı güçleşmesinde edimi yerine getirmek mümkündür, ancak borçludan beklenemeyecek, onu ekonomik olarak çökertecek bir ifa sözkonusu olmaktadır. Borçlunun ifa için dürüstlük kurallarının gerektirdiği çabayı göstermesi yeterlidir. Bunun üstünde bir çaba gerekiyorsa artık borç imkânsız hale gelmiş demektir³⁴¹. Bu durum, borçlu için edimin ekonomik açıdan zorlaşması veya çok masraflı hale gelmesi sebebiyle “iktisadî imkânsızlık” olarak da adlandırılmıştır³⁴².

Hukukumuzda sübjektif imkânsızlıkla, objektif imkânsızlığın eşdeğer olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır³⁴³. Bununla birlikte, sübjektif imkânsızlığın sözkonusu olduğu durumlarda³⁴⁴ borcun sona ermesi, ancak dürüstlük kuralı uyarınca ifanın gerçekleşme ihtimalinin çok düşük bulunduğu hallerde

336 Dural, İmkânsızlık, 80 vd.; Bischoff, 123; Altunkaya, 111; İnan, 21; Tunç, 106; Aral, Kötü İfa, 47.

337 Dural, İmkânsızlık, 80 vd.; Bischoff, 124; Altunkaya, 111; İnan, 21; Tunç, 106; Aral, Kötü İfa, 47.

338 İmkânsızlığın objektif-sübjektif ayrımında edimin konusu-borcun şahsı gibi farklı kıstaslar da kullanılmaktadır. Bunlar için bkz. Dural, İmkânsızlık, 82 vd.; Altunkaya, 113.

339 Almanya’da 1.1.2002’de yürürlüğe giren Alman Medenî Kanunu (BGB)’ndaki değişikliklerden önce objektif-sübjektif imkânsızlık ayırımına yer veriliyordu ve objektif imkânsızlık, sübjektif imkânsızlıkla bir tutuluyordu (BGB. § 275). Sübjektif imkânsızlık için “borçlunun ekonomik güçsüzlüğü” (unvermögen) terimi kullanılmaktaydı. Değişiklikle Alman Medenî Kanunundaki tüm bu ayrımları kaldırmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Altunkaya, 62 vd.

340 Eren, 305; Dural, İmkânsızlık, 89.

341 Erzurumluoğlu, 60; Schwarz, Akitler, 193; Feyzioğlu, Emprevizyon, 13; Dural, İmkânsızlık, 21; Doğanay, 30.

342 Schwarz, Akitler, 193; Eren, 304; Dural, İmkânsızlık, 17; Feyzioğlu, Emprevizyon, 13; Roth, Art. 242, N. 546.

343 Objektif imkânsızlık gibi sübjektif imkânsızlığın da borcu sona erdireceğini savunan yazarlar, Serozan, İfa, 155; Tunçomağ, Borçlar, 179, 461; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 909. Sübjektif imkânsızlığı borcu sona erdiren bir sebep olarak görmeyen yazarlar, Eren, 304, Dural, İmkânsızlık, 89; Oğuzman/Öz, 443; Altunkaya, 117; Bischoff, 125; Gönensay, Borçlar, 79.

344 Borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı edimin borçlu tarafından yerine getirilememesi de objektif imkânsızlık olarak kabul edilmektedir. Dural, İmkânsızlık, 89; Eren, 305; Altunkaya, 112; Başpınar, 120.

uygulanmalıdır³⁴⁵. Böyle olmayan hallerde, artık borçlunun temerrüdü hükümleri devreye girer³⁴⁶.

Değişen şartların sözleşmeye etkisinde, imkânsızlık teorisinden gerek Alman Yüksek Mahkemesi³⁴⁷ ve gerekse İsviçre Federal Mahkemesi³⁴⁸ zaman zaman yararlanmıştır. Bununla birlikte, konumuz bakımından imkânsızlık hükümleri yeterli değildir. Herşeyden önce ifanın ekonomik olarak zorlaşması veya çok masraflı hale gelmesi imkânsızlık değildir³⁴⁹. İmkânsızlıkta ifanın hiçbir şekilde mümkün olmaması gerekir. Oysa bahsedilen durumda ifa hâlâ mümkündür. Öte yandan imkânsızlık halinde borç sona ermektedir (BK. m. 117). Eğer ifanın zorlaşmasında da borç sona erdirilirse, bu alacaklının aleyhine olur³⁵⁰. Kaldı ki böyle hallerde amaç öncelikle uyarılama yoluyla sözleşmeyi ayakta tutmaktır. Uyarılama mümkün olmuyorsa borcun sona erdirilmesi yoluna gidilebilir³⁵¹.

E) Ahlâka Aykırılık Teorisi

Herhangi bir yazılı hükümle belirlenmemiş, ancak toplumda yerleşmiş ahlâk kurallarına³⁵², bir başka deyişle genel ahlâka aykırı olan sözleşmeler bâtıldır (BK. m. 20). Ahlâka aykırılık hem sözleşmenin konusunu hem de amacını kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır³⁵³.

Alman Hukukunda savunulmuş olan bir başka teoriye göre değişen şartlar sebebiyle ağırlaşan edimin ifasını talep etmek ahlâka aykırılık teşkil eder. Zira sonradan

345 Oğuzman/Öz, 443; Dural, İmkânsızlık, 89.

346 Altunkaya, 118; Serozan, İfa, 147, dñn. 6; Tunç, 115.

347 Alman Yargıtayı'nın bu tür kararları için bkz. Akyol, Dürüstlük, 80; Gürsoy, Clausula, 28; Erman, 50, dñn. 54.

348 BGE 43 II 170; BGE 44 II 510; BGE 48 II 242; 59 II 372, bu kararlar için bkz. Erman, 50, dñn. 53; Saymen/Elbir, s. 880.

349 Gülekli, 55; Erman, 51; Bischoff, 128; Dural, İmkânsızlık, 25; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 600; Merz, Art. 2, N. 191.

350 Erman, 51; Gürsoy, Clausula, 27; Gülekli, 55; Dural, İmkânsızlık, 25.

351 Erman, 52; Dural, İmkânsızlık, 27.

352 Oğuzman/Öz, 74; Hatemi, 83 vd., 126 vd.; Bucher, 256; Oser/Schönenberger, Art. 20, N. 29.

353 Oser/Schönenberger, Art. 20, N. 31, 45. İBK. m 20 "ahlâka aykırı sözleşmelerin" batıl olacağını belirtmiştir. TBK. m. 20'de "konusu ahlâka aykırı" sözleşmeden bahsedilmekte ancak konunun ruhuna uygun düştüğü için amacı da kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır. Oğuzman/Öz, 75; Eren, 302; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, 399.

gerçekleşen değişikliklere rağmen, borçluyu borcu ile bağlı kabul etmek, sözleşmelerde var olduğu kabul edilen, en azından arzu edilen ahlâkîlik ilkesine aykırıdır³⁵⁴.

Bu teori çeşitli noktalardan eleştirilmiştir. İlk olarak ahlâka aykırılık genelde bir sözleşmenin kuruluşu sırasında konu veya amaç bakımından sözkonusu olur³⁵⁵. Böyle bir aykırılık varsa, sözleşme bâtıldır (BK. m. 20). Bir sözleşmede ahlâka aykırılık durumu sonradan da ortaya çıkabilir³⁵⁶. Örneğin, o gün çocuğunu kaybeden bir şarkıcıdan sahneye çıkmasını istemek ahlâka aykırıdır. Ancak baştan ahlâka uygun olan bir sözleşmenin sonradan edimler arasındaki dengenin bozulması sebebiyle ahlâka aykırı olacağını söylemek güçtür³⁵⁷. Burada sözleşmeyle de olsa kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya hukuka ya da ahlâka aykırı şekilde sınırlandırmayacağı kuralı (MK. m. 23/2)'nin işletileceği düşünülebilirse de ekonomik yükümlülükler bakımından Federal Mahkeme buna izin vermemiştir³⁵⁸. Diğer bir deyişle ekonomik yükümlülükler, sözleşme kurulduktan sonra aşırı artsa ve hatta kişinin varlığını tehlikeye soksa bile ahlâka aykırı değildir³⁵⁹. Çünkü kişiyi bu anlamda koruyan hem icra-İflâs (İİK m. 82, 83), hem de gabin hükümleri (BK. m. 21) mevcuttur. Bununla birlikte gabinde bile tek başına edimler arasındaki dengesizlik sözleşmeyi sona erdirmek için yeterli bulunmamaktadır³⁶⁰.

Ahlâka aykırılık hükmü, uyarlamaya imkân vermemesi bakımından da bu alana uygun değildir ve zaten mahkeme kararlarında da yer bulamamıştır³⁶¹.

F) Gabin Teorisi

Gabin, taraflardan birinin, diğer tarafın darda kalmasından, tecrübesiz olmasından ya da düşüncesizliğinden yararlanarak sözleşmenin edimleri arasında açık

354 Gürsoy, Clausula, 33; Oftinger, 615; Erzurumluoğlu, 64; Saymen/Elbir, 682.

355 Gürsoy, Clausula, 33; Erzurumluoğlu, 64. Aksi görüş Serozan, Uyarlama, 1025. Yazara göre “edimler arasında baştan eşitsizlik BK. m. 20'nin genişletici yorumuyla düzeltilibilirken, eşitliğin sonradan bozulması bu konudaki yasa boşluğunun hukukî kıyas yoluyla doldurulması sayesinde düzeltilibilmektedir.”

356 Bischoff, 136.

357 Gürsoy, Clausula, 33; Erzurumluoğlu, 64.

358 BGE 95 II 55; BGE 97 II 399 (Bischoff, 138, dpn. 117).

359 Bischoff, 138; Bucher, 229.

360 Gürsoy, Clausula, 33.

361 Gürsoy, Clausula, 33, dpn. 66.

bir oransızlık meydana getirmesidir. Gabine maruz kalan taraf, sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir (BK. m. 21).

Edimler arasındaki her aşırı oransızlık, gabin sebebiyle sözleşmenin iptal edilmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü Borçlar Hukukunda hâkim olan irade ve sözleşme serbestisi ilkeleri taraflara, sözleşmenin şartlarını ve dolayısıyla edim-karşı edim arasındaki dengeyi istedikleri gibi kararlaştırma yetkisi vermektedir³⁶². Kanunda edimler arasındaki denge ve oran bakımından objektif bir ölçü bulunmamaktadır³⁶³.

Gabin hükümlerinin uygulanabilmesi için objektif ve sübjektif unsurların bir arada bulunması gerekir³⁶⁴.

Objektif unsur, edimler arasındaki aşırı oransızlıktır. Burada önemli olan sözleşmenin kurulduğu anda, diğer somut olaylar da göz önüne alınarak edimler arasındaki objektif, açık dengesizliğin tespiti³⁶⁵.

Sübjektif unsur, zarar görenin özel durumu ile sömürme kastından oluşur³⁶⁶. Zarar görenin özel durumu, onun darda kalması, tecrübesizliği veya düşüncesizliğidir (BK. m. 21). Sömürme kastı ise karşı tarafın, zarar görenin özel durumunu bilmesi ve bu durumdan yararlanmak istemesidir³⁶⁷. Sözleşme yapma talebinin, zarar görenden gelmiş olması da gabinden yararlanmasını etkilemez³⁶⁸.

Şartların değişmesi sebebiyle, sözleşmenin edimleri arasındaki dengenin bozulmasında gabin hükümlerinin uygulanabileceği özellikle İsviçre Hukuku'nda savunulmuştur³⁶⁹. Bu görüşe göre, gabinde edimler arası denge önemlidir. BK. m. 21, her ne kadar sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan açık dengesizliğe ilişkinse de

362 Eren, 387; Tekinay. / Akman/ Burcuoğlu/Altop, 458.

363 Avusturya Medenî Kanunu (m.934) "...taraflardan birinin diğer tarafa verdiği yarısından azını alması..." durumunda sözleşmenin sona erdirilerek eski halin iadesini talep etme hakkı tanıdığıdır. Buz, Gabin, 57.

364 Eren, 388; Oğuzman/Öz, 113 vd.; Akıncı, 115; Tunçomağ, Borçlar, 381 vd.; Sungur, 21; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, 459; Oser/Schönenberger, Art. 21, N. 3.

365 Eren, 389; Tunçomağ, Borçlar, 381; Akıncı, 115; Tekinay. / Akman/ Burcuoğlu/Altop, 461; Von Tuhr, 312; Oser/Schönenberger, Art 21, N.4.

366 Eren, 389 vd.; Tunçomağ, Borçlar, 383, 390; Akıncı, 115; Oser/Schönenberger, Art 21, N.8.

367 Eren, 391; Akıncı, 116; Tunçomağ, Borçlar, 390; Sungur, 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 463; Oser/Schönenberger, Art 21, N.9.

368 Eren, 390; Oğuzman/Öz, 115.

369 Dural, İmkânsızlık, 47; Gürsoy, Clausula, 28, dpn. 52.

sonradan meydana gelen edimler arası dengesizlikte de bu hüküm uygulanabilir³⁷⁰. Sözleşme kurulurken mevcut olan şartların değişmesi kusura bağlı değildir. Bu yüzden sübjektif unsurlardan borçlunun darda kalması (müzayaka hali) ihtimali gerçekleşmiştir³⁷¹.

Değişen şartlar dolayısıyla edimler arası dengenin bozulması, borçlunun darda kalmasına sebep oluyor ve ifade ısrar bir istismar teşkil ediyorsa gabin hükümleri uygulanarak sözleşme sona erdirilebilir³⁷². Bu yola gitmek hâkim için bir ölçü teşkil edeceğinden hukuk güvenliğini de sağlar³⁷³.

Böylece sözleşme kurulurken mevcut olan gabin yanında kanunda bulunmayan, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan daha geniş bir gabin kavramı oluşturulmuştur³⁷⁴.

Şartların değişmesi ile edimler arası dengenin aşırı bozulması halinde gabin hükmünün uygulanabileceği görüşü doktrinde pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Öncelikle gabinde edimler arasındaki açık oransızlık tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafının özel durumlarından bilerek ve isteyerek yararlanılmış olması gerekir. Oysa burada hem alacaklıya hem de borçluya tamamen yabancı bir durum sözkonusudur³⁷⁵. Diğer bir değişle edimler arası denge sonradan şartların değişmesi sonucu bozulmuştur ve bunu alacaklı ne öngörmüştür ne de borçlunun özel durumundan yararlanmaktadır. Edimler arası dengesizlik borçluyu sıkıntıya düşürür ama bu, onun borç altına girmesinin sebebi değildir³⁷⁶. Kaldı ki bazı hallerde hakkaniyet borçlu sıkıntıya düşmüş olmasa bile sözleşmenin uyarlanması ya da sona erdirilmesini haklı gösterebilir³⁷⁷.

370 Gürsoy, Clausula, 28; Dural, İmkânsızlık, 47; Erzurumluoğlu, 61; Gülekli, 56; Doğanay, 44; Erman, 46; Saymen/Elbir, 880.

371 Dural, İmkânsızlık, 48.

372 Dural, İmkânsızlık, 48; Erman, 52; Gülekli, 57.

373 Dural, İmkânsızlık, 48; Gürsoy, Clausula, 28.

374 Gürsoy, Clausula, 28; Erzurumluoğlu, 61.

375 Gürsoy, Clausula, 28; Dural, İmkânsızlık, 48; Gülekli, 57; Bischoff, 146; Feyzioğlu, Emprevizyon, T, 21.

376 Gürsoy, Clausula, 28; Merz, Art. 2, N. 196.

377 Dural, İmkânsızlık, 48; Erman, 52.

Öte yandan gabinin uygulama alanı, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir³⁷⁸. Diğer sözleşmelerde şartların değişmesinin sözleşmeye etkisi bakımından bir çözüm getirememektedir³⁷⁹. Daha da önemlisi gabin sadece sözleşmenin sona ermesine imkân tanımaktadır, uyarlama yapılabilmesi yönünden ise yeterli olmamaktadır³⁸⁰. Burada gabinden kaynaklanan bir kısmî iptal uyarlama olarak yorumlana bilir mi, sorusu akla gelmektedir. Gabin hükümleri, sömürülen taraf için kısmî iptali talep etme hakkı tanıyan bir düzenleme içermemektedir. Ancak doktrinde tam iptal yerine, BK. m. 20/II'ye kıyasla kısmî iptalin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir³⁸¹. Böylelikle sömürülenin borçlandığı aşırı edim normal seviyeye çekilerek, edimler arası denge sağlanmış olur³⁸². Bu, dürüstlük kuralının bir sonucudur³⁸³. Öte yandan doktrinde dürüstlük kuralının bir yansıması olan BK. m. 25/II'nin burada kıyasen uygulanması gerektiği de savunulmaktadır³⁸⁴. Ancak bu imkân bile sözleşmenin uyarlanması bakımından dar kalmaktadır.

Gabin teorisi Almanya'da itibar görmemiştir³⁸⁵. Ancak İsviçre'de Federal Mahkeme, değişen şartların sözleşmeye etkisinin kabulü ve unsurları bakımından gabine ilişkin BK. m. 21' den sık sık yararlanmıştır³⁸⁶.

G) BK. 365/ II' nin Genelleştirilmesi Teorisi

İstisna sözleşmesi, BK. m. 355 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında eser meydana getirme borcu altına girilmesine istisna sözleşmesi denir (BK. m. 355). Kanunkoyucu, eser meydana getirme borcu altına giren kişiyi müteahhit olarak adlandırmaktadır.

378 Eren, 388; Oğuzman/Öz, 113.

379 Dural, İmkânsızlık, 48; Gürsoy, Clausula, 29; Gülekli, 57.

380 Dural, İmkânsızlık, 48; Gürsoy, Clausula, 29; Erzurumluoğlu, 62; Erman, 53; Bischoff, 146; Thilo, Para Borcu, 346.

381 Eren, 392; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 466. İsviçre Federal Mahkemesinin 26.6.1997 tarihli BK. m. 20/II'ye kıyasla kısmî iptali kabul eden kararı ve bu kararın yerindeliği hakkında bkz. Buz, Gabin, 60 vd.

382 Eren, 392.

383 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 466.

384 Bucher, 235; Eren, 392.

385 Gürsoy, Clausula, 29.

386 BGE 59 II 378; BGE 67 I 277 (Erman, 52, dpn. 59); Thilo, Clausula, 1223.

İstisna sözleşmesinin unsurları; bir eser bulunması, bu eserin imal edilmesi, bu imalat için bir ücret taahhüt edilmesi ve taraflar arasında anlaşma bulunmasıdır³⁸⁷.

Müteahhit, meydana getireceği eserin gerektirdiği masrafları hesap ederek sözleşmeye girer, yaptığı hatalı hesaplamalardan doğan zararlara ise kendisi katlanır³⁸⁸. Ancak Kanun'da bu duruma ücretin götürü (kesin şekilde) veya takribi (tahminen) belirlenmesine göre iki istisna getirilmiştir³⁸⁹. Götürü ücretle belirlenen istisna sözleşmesinde beklenilmeyen haller sebebiyle BK. m. 365/II, takribi ücretle belirlenen istisna sözleşmesinde BK. m. 366, m. 367 uygulanır.

BK. m. 365/II ye göre öngörülemeyen veya öngörülüp de dikkate alınmayan bir durum işin yapılmasına engel olur ya da aşırı güçleştirirse hâkim, kararlaştırılmış bedeli yükseltebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Hâkimin burada takdîr yetkisi vardır³⁹⁰. Ayrıca tarafların bu durumun ortaya çıkmasında kusuru bulunmamalıdır³⁹¹.

Doktrinde bu hükmün, clausula rebus sic stantibus'un uygulanışının özel bir şekli olarak Kanun'da yer aldığı kabul edilmektedir³⁹².

BK. m. 365/II' deki istisna sözleşmesi için getirilen özel düzenlemenin kıyasen değişen şartların sözleşmeye etkisi bakımından uygulanması fikri, İsviçre/Türk Hukukunda savunulmuş bir görüştür³⁹³. Bu görüşe göre sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının temel dayanağı BK. m. 365/II'dir. Bu hüküm kıyas yoluyla diğer sözleşmelere de uygulanabilir. Çünkü menfaat dengesi bakımından diğer sözleşmelerdeki borçlunun, istisna sözleşmesindeki borçludan farklı bir muameleye tâbi tutulması için bir sebep bulunmamaktadır³⁹⁴.

387 Olgaç, İstisna, 2; Erman, 12 vd.; Tandoğan, 3 vd.; Bilge, 245 vd.; Aral, Borçlar, 327 vd.

388 Olgaç, İstisna, 81; Erman, 59.

389 Erman, 59; Bilge, 255 vd.; Tandoğan, 87 vd., 100 vd.

390 Bu takdîr hakkı kullanılırken seçim yetkisinin hâkimde mi, müteahhit de mi olduğu konusundaki farklı görüşler için, Tandoğan, 95; Olgaç, İstisna, 83.

391 Erman, 95; Tandoğan, 92.

392 Olgaç, İstisna, 83; Bilge, 256.

393 Schwarz, Akitler, 198; Arsebük, 852.

394 Schwarz, Akitler, 198.

Eğer BK. m. 365/II' deki önceden tahmin edilemeyen durumun ortaya çıkması ve edimin bu sebeple aşırı güçleşmesi şartları gerçekleşmişse bu madde kıyasen uygulanarak sözleşme ya yeni duruma uyarlanır veya sona erdirilir³⁹⁵.

İsviçre/Türk Hukuku bakımından orijinal bir fikir olmakla birlikte kıyas teorisi eleştirilerden kurtulamamıştır. Temel eleştiri özel bir hükmün genelleştirilip genelleştirilemeyeceği noktasındadır. Bu teoriyi savunanlar³⁹⁶ genelleştirme yapmada bir sakınca görmezken, eleştiren yazarlar³⁹⁷ ise Borçlar Kanununun özel kısmında ve yalnız belirli bir sözleşme tipi için konulmuş hükmün bütün sözleşme tiplerini kapsayacak nitelikte olamayacağı görüşündedirler. Ayrıca istisna sözleşmesinin niteliği yani uzun süreli ve beklenmeyen değişikliklerin ortaya çıkmasına açık olan yapısı BK. m. 365/II' nin konulmasına sebep olmuştur. Bundan dolayı aynı özelliklere sahip olmayan diğer sözleşme tiplerine uygulanması doğru bulunmamaktadır³⁹⁸. Diğer yandan BK. m. 365/II' nin sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından çözüm getirmesi de uygulama alanı sınırlı kalacağı için eleştirilmektedir³⁹⁹.

Türk Hukukunda Danıştay ve Yargıtay' ın bu yönde kararları bulunmaktadır⁴⁰⁰. İsviçre' de Federal Mahkeme ise Art. 373/II (BK. m. 365/II)' nin özel bir düzenleme olması sebebiyle çok dikkatli olunmak kaydıyla diğer sözleşmelere de kıyas yoluyla uygulanabileceği yönünde kararlar vermiştir⁴⁰¹.

H) Sebepsiz Zenginleşme Teorisi

Sebepsiz zenginleşme, temelini hakkaniyet fikrinden alan, kanunda ayrı bir borç kaynağı olarak düzenlenmiş bulunan bir kavramdır⁴⁰². Genel olarak geçerli bir sebebe

395 Schwarz, Akitler, 199; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, 784 ; Burcuoğlu, 61; Eren, 451; Akman, Enflasyon, 183; Doğanay, hâkimin gerek MK. m. 2/I gerekse BK. m. 365/II'nin kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir. Doğanay, 39.

396 Schwarz, Akitler, 198; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, 783; Burcuoğlu, Uyarlama, 61.

397 Gürsoy, Clausula, 24; Saymen/Elbir, 881; Feyzioğlu, Emprevizyon, 19; İmre, İktisadi Meseleler, 189.

398 Gürsoy, Clausula, 25; Dural, İmkânsızlık, 50.

399 Dural, İmkânsızlık, 50; Gülekli, 56.

400 8.4.1940 tarih, 109/ 115 nolu Danıştay GKK; 2.6.1946 tarih, 1522 nolu ve 20.12.1944, 2087 nolu Yargıtay kararları (Gürsoy, Clausula, 25, dpn. 41, 42).

401 BGE 47 II 314 (Koller/Schwander, 267 vd.).

402 Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, 1; Öz, Sebepsiz Zenginleşme, 10.

dayanmaksızın bir başkası aleyhine zenginleşen kimsenin mal varlığında meydana gelen bu haksız artışın iadesini amaçlar⁴⁰³.

Sebepsiz zenginleşme davasının açılabilmesi için, bir zenginleşme olmalı, zenginleşme haksız olmalı ve bu zenginleşme ile fakirleşme arasında illiyet bağı bulunmalıdır⁴⁰⁴. Fakirleşme unsurunun bir şart olarak aranıp aranmayacağı konusu ise tartışmalıdır. İsviçre-Türk hukuku bakımından baskın görüş, fakirleşmenin sebepsiz zenginleşme için bir şart olduğu yönündedir⁴⁰⁵. Ancak Alman hukukunda, sebepsiz zenginleşmenin fakirleşme şartına bağlı olmadığı kabul edilmekte, haklı bir sebebe dayanmaksızın başkasının hukuk alanından yararlanarak kazanç elde edilmesi yeterli görülmektedir⁴⁰⁶. İsviçre-Türk hukuku bakımından da bu görüş taraftarları gittikçe artmaktadır⁴⁰⁷.

Hangi durumların sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği BK. m. 61 ve m. 62' de örnek olarak sayılmıştır. Ancak bu bir sınırlı sayma değildir, bunların dışında da sebepsiz zenginleşme teşkil edebilecek olaylar ortaya çıkabilir⁴⁰⁸.

Sebepsiz zenginleşmede, iadenin kapsamı haksız zenginleşenin iyi veya kötü niyetli olmasına göre değişir (BK. m. 63, m. 64).

Sebepsiz zenginleşmenin temelinde yatan hakkaniyet fikri, şartların değişmesi ile edimler arasındaki dengenin bozulması halinde bu hükümlerin uygulanabileceği görüşünün doğmasına sebep olmuştur.

Sebepsiz zenginleşme teorisine göre, değişen şartlar yüzünden edimler arasındaki denge bozulursa sözleşme sebepten yoksun hale gelir. Bu durumda borçlu sebepsiz zenginleşme def' inde bulunarak borcunu ifadan kaçınabilir, borç ifa edilmişse

403 Öz, Sebepsiz Zenginleşme, 22; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, 27; Ulsan, 25.

404 Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, 50 vd.; Öz, Sebepsiz Zenginleşme, 22 vd.

405 Oser/Schönenberger, Art. 67, N.7; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, 105 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, 734 vd.; Oğuzman/Öz, 733; Öz, Sebepsiz Zenginleşme, 40 vd.

406 Larenz, AT, 533 vd.; Öz, 38, dñn. 47' de sayılan yazarlar.

407 Eren, 859 vd.; Serozan, İfa, 259 vd.; Akıncı, 189. Bu konudaki görüşler için bkz. Gauch/Schluep/Jaggi, N. 1565, 1566.

408 Akıncı, 188; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, 57 vd.; Öz, Sebepsiz Zenginleşme, 31 vd.; Von Tuhr, 416 vd.

yapılan eda sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilir⁴⁰⁹ (BK. m. 62). Özellikle paranın değerinin düştüğü durumlarda bu hal daha açıktır. Örneğin, sözleşme kurulduğunda yüksek bir meblağ teşkil eden bedel, ifa anında enflasyon,un etkisi ile değersiz hale gelebilir. Edimin değersizleşmesi, sözleşmenin karşı tarafının bu suretle zenginleşmesi anlamına gelir⁴¹⁰.

Enflasyon sebebiyle para değerinin düşmesinde bir taraf zarar görürken diğer tarafın çıkar sağlaması kanuna aykırı değilse de sağlanan çıkar sebepsizdir ve hakkaniyete uygun bulunmamaktadır. Bu sebeple kanun koyucu şekli hukukun doğurduğu bu tip haksızlıkları bertaraf edebilmek amacıyla böyle bir dava hakkı (Sebepsiz Zenginleşme Davası) tanımıştır⁴¹¹. Öte yandan sebepsiz zenginleşme davası için subjektif bir unsur aranmamakta, objektif olarak zenginleşme yeterli olmaktadır⁴¹². Sebepsiz zenginleşmenin ancak borç ödendikten sonra doğacağı iddiası ise BK. m. 61'deki "Haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisap eden" hükmündeki "iktisap eden" ifadesi ile boşa çıkmaktadır. Zira öyle olsaydı burada "iktisap etmiş olan" ifadesinin kullanılması gerekirdi⁴¹³. Kaldı ki sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra sözkonusu olan bir dava, onun meydana gelmesinden önce de mümkün olabilmelidir⁴¹⁴.

Sebepsiz zenginleşme teorisi de eleştirilerden kurtulamamıştır. Her şeyden önce yerine getirilmemiş bir borç için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanamaz. Çünkü mevcut olan borç ilişkisi sona ermedikçe buna dayanılarak yapılan ifa sebepsiz hale gelmez⁴¹⁵. Bu konuda kanunun ifadesinden yola çıkılarak yapılan savunma ise tatminkar değildir. Diğer yandan ortada bir sözleşme olduğuna göre bu sözleşmeye dayanan zenginleşmenin haksızlığını iddia etmek güçtür⁴¹⁶.

409 Bu görüşü savunan yazarlar için bkz., Gürsoy, Clausula, 30, dpn, 57; Saymen/Ebir, 881; Oftinger, 615; Feyzioğlu, Emprevizyon, 20; Erzurumluoğlu, 62.

410 Gürsoy, Clausula, 30; Erzurumluoğlu, 62.

411 Gürsoy, Clausula, 31.

412 Gürsoy, Clausula, 31.

413 Gürsoy, Clausula, 31.

414 Gürsoy, Clausula, 31; Erzurumluoğlu, 63.

415 Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, 33; Von Tuhr, 452; Oğuzman/Öz, 746; Eren, 841; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 734 vd.; Öz, Sebepsiz Zenginleşme, 70; Bucher, 661; Serozan, İfa, 247.

416 Gürsoy, Clausula, 32; Erzurumluoğlu, 63; Saymen/Elbir, 881; Feyzioğlu, Emprevizyon, 21.

Federal Mahkeme, başlangıçta değişen şartların sözleşmeye etkisi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine zaman zaman atıflar yapsa da sonradan buna dayanan iddiaları reddetmiştir⁴¹⁷. Fakat bazı kararlarında sonuçları tespit ederken bu hükümlerden yararlanmışır⁴¹⁸.

İ) Değerlendirme

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili olarak yukarıdan beri kısaca özetlenen teoriler, sözleşmenin değişen şartlar karşısındaki durumu hakkında çözümler getirmeye çalışmışlar, bunun için kanundaki mevcut düzenlemelerden de yararlanmışlardır (BK. m. 24/I. b. 4, BK. m. 365/II, BK. m. 21, BK. m. 117 gibi). Ancak getirilen söz konusu çözümler yeterli olamamıştır. Çünkü bu hükümleri, bahsedilen duruma uydurabilmek için genişletmek gerekmiş, bu da hükümlerin konuluş amacını aşmıştır. Öte yandan önerilen kanun hükümleri genelde sözleşmeyi sona erdirmekte ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından çare olmaktadır. Oysa burada önemli olan öncelikle sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanıyan ve tüm sözleşmeleri kapsayan bir çözüm bulabilmektir.

Mevcut hükümler dışında kapsamlı bir çözüm getiren teori, işlem temeli (Geschäftsgrundlage) teorisidir. Alman Hukuku'nda geniş yer tutan bu teoriye göre "Sözleşmenin kurulması sırasında ortaya çıkan, işlemin karşı tarafınca tanınan ve kusurlu bulunmayan, şikayet edilmeyen tasavvurlarla, tarafların varlığını kabul ettiği veya gelecekte ortaya çıkacağı bilinen şartlara ilişkin genel tasavvurlar..." işlem temelini oluşturur⁴¹⁹. Sonradan meydana gelen değişiklikler, taraflarca sözleşmenin kurulması sırasında varsayılan şartlarda bir eksilmeye yol açarsa, işlem temeli çökmüş olur⁴²⁰. Diğer bir deyişle, işlem temeli sözleşmeden bağımsız olan ancak ona katılan, kurucu nitelikteki bir unsurdur⁴²¹. İşlem temeli, şartların değişmesiyle çökerse duruma göre sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması ya da sona erdirilmesi sözkonusu olur.

417 Jdt 1922 I 476; Jdt 1926 I 327; Jdt 1928 I 492 (Bu kararlar için bkz., Gürsoy, Clausula, 32, dpn.62).

418 BGE 45 II 355; BGE 54 II 276 (Bu kararlar için bkz., Oftinger, 615, dpn. 81).

419 BGH NJW 53 1585 (Esser/Schmidt, 269, dpn. 9).

420 Esser/Schmidt, 268.

421 Bischoff, 202; Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 506.

İşlem temeli teorisi, İsviçre-Türk Hukukunda fazla ilgi görmemiştir⁴²². Bunun sebebi Alman Hukukunda işlem temeline bağlanan unsurların, İsviçre-Türk Hukukunda zaten birer pozitif hukuk kuralı (BK. m. 24/I. b. 4, MK. m. 1) olarak düzenlenmiş olmasıdır⁴²³.

Alman Hukukunda 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren, Borçlar Hukukunda köklü değişiklikler yapan BGB'nin yeni hükümleri, işlem temelinin çökmesini § 313 ile hükme bağlamıştır⁴²⁴.

İsviçre-Türk hukuku bakımından değişen şartlar karşısında sözleşmenin durumunu düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır⁴²⁵. Ancak hâkim olan görüş burada MK. m. 2'nin uygulama alanı bulacağı şeklindedir⁴²⁶. Hem İsviçre Federal Mahkemesi⁴²⁷ hem de Yargıtay⁴²⁸ uzun zamandır bu konudaki kararlarında MK. m. 2'ye dayanmaktadır.

MK. m. 2/I'deki iyiniyet kuralı, iki yönlüdür. Bunlar MK. m. 2/I anlamında dürüstlük kuralı ve MK. m. 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.

Dürüstlük kuralı aslında genel bir ilke olup⁴²⁹ hem alacaklıya hem de borçluya aynı ölçüde yüklenmiştir. Tarafların iradelerinin yorumlanmasında, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde, sözleşmelerin tamamlanmasında, yorumlanmasında, sözleşmeden doğan temel edimlerle yan edimlerin kapsamında ve hatta kanundan doğan hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı, hep yol gösterici rol oynamaktadır⁴³⁰. Hâkim bu kuralı re'sen uygular⁴³¹.

422 Bischoff, 202.

423 Bischoff, 202; Wiegand, Art 18, N. 97.

424 Hromodka, 789; Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Göring/Röcken, 325 vd.

425 Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 143. maddede bu durumu düzenlemektedir.

426 Gürsoy, Clausula, 38; Oftinger, 617; Oğuzman/Öz, 156; Edis, Medeni, 313; Erman, 56; Kaplan, 112; Serozan, İfa, 230; İmre, İktisadi Meseleler, 189; Eren, 449; Hatemi, 197, dpn.78; 208, dpn.91; Bischoff, 48.

427 BGE 44 II 527; 45 II 398; 46 II 162; 50 II 263; 51 II 310; 45 II 355; 48 II 372; 50 II 265 (Schmiedlin, 103).

428 Y.13.HD. 6791/9014 (YKD. C. 20, S.12, 1994); Y.13.HD. 145/3339 (C.21, S.6, 1995); Y.11. HD. 5723/6969 (C. 30, S. 6, 2004); HGK 13-332/340 (C. 29, S. 10, 2003).

429 Akyol, Dürüstlük, 5; Bischoff, 38; Edis, Medenî, 291.

430 Akyol, Dürüstlük, 6; Bischoff, 38; Edis, Medenî, 301 vd.

431 Akyol, Dürüstlük, 9; Bischoff, 39; Edis, Medenî, 292.

Ahde vefa ilkesi de sınırlarını dürüstlük kuralında bulur⁴³². Beklenmedik şekilde değişen şartlar sebebiyle sözleşme bir taraf için çekilmez bir hal alırsa hâkim önce tarafların bu konuda bir düzenlemesi olup olmadığına bakar; bir düzenleme varsa uyarlama (yeni duruma uydurma) ona göre yapılır. Eğer sözleşmede buna ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa, o zaman hâkim MK. m. 2/I uyarınca sözleşmeyi uyarlar veya sona erdirir. Yoksa burada doktrinde bazı yazarlarca savunulduğu gibi, değişen şartlar karşısında sözleşmenin durumunu düzenleyen genel bir kanun hükmü bulunmadığı için bir kanun boşluğu olduğu ve bu boşluğun MK. m. 1' e göre hâkimin hukuk yaratması ile doldurulacağından söz etmek⁴³³ doğru değildir. Bu görüşe göre, BK. m. 18 çerçevesinde tarafların sözleşmenin değişen şartlar karşısındaki durumu hakkında gerçek veya farazî iradelerin yorumlanmasıyla hâkim bir sonuca ulaşamıyorsa sözleşmede bir boşluk vardır. Ancak bu boşluğu doldurmak için sözleşmenin türüne göre kanunda da bir hüküm yoksa hâkim, MK. m. 1 uyarınca kanundaki bu boşluğu doldurmalı ve bunu yaparken de MK. m. 2/I' deki dürüstlük kuralından yararlanmalıdır⁴³⁴.

Kanaatimizce bu görüş çözüme ulaşmayı daha dolambaçlı hale getirdiği için uygun değildir. Tarafların bu konuda bir düzenlemeleri yoksa hâkimin doğrudan dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmeyi yeni şartlara uyarlaması ya da sona erdirmesi en doğru çözüm tarzıdır.

MK. m. 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağının burada uygulama alanı bulup bulamayacağı sorusuna cevap vermeden önce, bu yasağın kapsamına bakmak gerekir. Buna göre bir hak, o hakkın tanınmasındaki amaca aykırı olarak kullanılırsa ve kullanan bakımından bu kullanmada bir menfaat yoksa veya çok küçükse hakkın kötüye kullanılması sözkonusu olur⁴³⁵. Bir hakkın kötüye kullanılması her somut olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilir. Genel olarak şu hallerin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği kabul edilmektedir⁴³⁶: Hakkın kullanılmasında meşru bir

432 Merz, Art. 2, N. 17; Bischoff, 35; Gönensay, Mukaveleler, 170; Erman, 55; Reisoğlu, Borçlar, 334.

433 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 631, 632; Dural, İmkânsızlık, 64; Bischoff, 73; Akman, Enflasyon, 184.

434 Dural, İmkânsızlık, 65; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 626 vd.; Bischoff, 73.

435 Merz, Art. 2, N. 58; Akyol, Dürüstlük, 21; Edis, Medeni, 328.

436 Merz, Art. 2, N. 58; Akyol, Dürüstlük, 22; Edis, Medeni, 332 vd.

menfaat bulunmaması, hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunması, kendi ahlâka aykırı davranışına dayanarak hak kullanılması, uyandırılan güvene aykırı davranılması, şekle aykırılığın ileri sürülmesi gibi. Bu bir sınırlı sayma değildir, açıklayıcı niteliktedir⁴³⁷. Federal Mahkeme, bazı kararlarında hakkın kötüye kullanılmış olmasını da şartlardaki değişikliğin sözleşmeye etkisi bakımından bir unsur olarak aramaktadır⁴³⁸. Oysa bu durumda ayrıca hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının araştırılmasına gerek yoktur⁴³⁹. MK. m. 2/II hükmüne hiç gitmeden dürüstlük kuralı ile mesele halledilebilmektedir. Kaldı ki her sözleşmede değişen şartlar sonucunda hakkın talep edilmesi her zaman hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez⁴⁴⁰.

Sonuç olarak eğer taraflar şartların değişmesi karşısında sözleşmenin durumu bakımından açık veya örtülü bir uyarılama hükmü koymuşlarsa buna uyulur. Ancak böyle bir hüküm yoksa ve kanunda buna ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa artık hâkim, MK. m. 2/I uyarınca sözleşmeyi yeni şartlara uyarlar veya sona erdirir.

437 Merz, Art. 2, N. 59; Akyol, Dürüstlük, 22.

438 BGE 59 II 379; BGE 68 II 173; BGE 62 II 45 (Bischoff, 82, dpn.132); BGE 97 II 398 (Wiegand, Art. 18, N. 95); BGE 97 II 390, BGE 107 II 343 (Koller/Schwander, 277 vd., 286 vd.).

439 İmre, İktisadi Meseleler, 190; Bischoff, 86; Erman, 56, dpn. 70; Hatemi, 208, dpn. 91; Wiegand, Art. 18, N. 117; Jaggi/Gauch, N. 646; Merz, Art. 2, N.220. Reisoğlu burada hakkın kötüye kullanılmış olmasını da bir unsur olarak aramaktadır, Reisoğlu, Borçlar, 334.

440 Bischoff, 87.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KONUSUNDA ALMAN HUKUKU İLE BORÇLAR KANUNU TASARISINDAKİ HÜKÜMLER VE POZİTİF HUKUK AÇISINDAN ARANAN KRİTERLER

§ 6. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KONUSUNDA ALMAN HUKUKU İLE BORÇLAR KANUNU TASARISINDAKİ HÜKÜMLER

I. Genel Olarak

Mukayeseli hukukta uyarlamanın şartlarını ve hukukî sonuçlarını açıkça düzenlemiş ülkeler bulunmaktadır. Bu ülkeler İtalya (Code Civile Art. 1467), Yunanistan (Medenî Kanun Art. 388) ve Hollanda (Medenî Kanun Art. 258)'dir. Her üç hukuk da değişen şartlar altında sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi konusunda benzer düzenlemeler içermektedir¹. Fransa'da ise durum biraz farklıdır. Bu hukukta sadece mücbir sebep (force majeure) uyarlamayı mümkün kılmaktadır². Bizim hukukumuzda olduğu gibi İsviçre ve Alman hukuklarında da doktrin ve mahkeme kararları ile oluşturulmuş kriterler bulunmaktadır. Ancak söz konusu kriterlerin oluşması kolay olmamıştır. Başlangıçta çok sayıda teori geliştirilmiş, mahkemeler uyarlamaya yanaşmamış, sözleşmenin kurulduğu şekliyle ifa edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir. I. ve II. Dünya Savaşları, bazı ülkelerde (Yunanistan, İtalya gibi) kanun koyucunun bu konuda düzenlemeler yapması sonucunu doğururken, bazı ülkelerde mahkeme kararlarının (Almanya, İsviçre gibi) yumuşamasına yol açmıştır. Bununla birlikte değişen şartların sözleşmeye etkisi hakkında bir düzenlemeye sahip bulunmayan ülkelerde, bunun gerekli olup olmadığına ilişkin tartışma da sürüp gitmiştir.

Almanya bu tartışmayı 2002 yılında yürürlüğe giren, BGB'deki yeni § 313 ile sonlandırmıştır. Hukukumuz bakımından yeni Borçlar Kanunun Tasarısı da m. 413 ile bir düzenleme getirmektedir.

1 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 328.

2 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 328.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için gereken kriterlere geçmeden önce, Alman hukuku ve Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki bu düzenlemelere bakmak yol gösterici olur.

II. Alman Hukukundaki (BGB) Düzenleme

Ocak 2002'de yürürlüğe giren BGB'nin yeni hükümleri, Borç İlişkisi Hukukunu (Recht der Schuldverhältnisse) konu alan II. Kitap, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkisi (Schuldverhältnisse aus Verträgen) hakkındaki III. Fasl, Kurulması, İçeriği ve Sona Ermesi (Begründung, Inhalt und Beendigung) ile ilgili I. Kısımda, Sözleşmenin Uyarlanması ve Sona Ermesi (Anpassung und Beendigung von Verträgen) adıyla III. Alt Başlıkta meseleyi düzenlemiştir. III. Alt Başlık iki kanun hükmünden oluşmaktadır. Bunlardan biri § 313'de düzenlenen İşlem Temelinin İhlali (Störung der Geschäftsgrundlage), diğeri § 314'de düzenlenen Sürekli Borç İlişkilerinin Önemli Sebep Feshi (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) dir.

§ 313, üç fıkradan oluşmaktadır. I. fıkra genel olarak şartlarda meydana gelen değişikliklerin sözleşme üzerindeki etkisini düzenlerken, II. ve III. fıkra daha özel durumlara ilişkin hüküm getirmektedir. Buna göre “ (I) Sözleşmenin temeli olan şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra esaslı şekilde değişirse ve tarafların, bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç kurmayacakları veya başka bir içerikle kuracakları varsayılabilir, öyle ki taraflardan birinin, somut olayın tüm şartları özellikle akdî ve kanunî risk dağılımı göz önüne alındığında, değiştirilmemiş sözleşmeye bağlı kalması beklenemiyorsa, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.

(II) Sözleşmenin temelini oluşturan esaslı tasavvurların sonradan yanlış olduğunun ortaya çıktığı durumlarda da şartların değiştiği kabul edilir.

(III) Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya taraflardan biri için (bu uyarlama) katlanılabilir nitelik taşııyorsa, şartlar aleyhine değişen taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde dönme hakkının yerine fesih hakkı geçer”³.

3 BGB. Art. 313: “(I) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss swerwiegend verändert und hatten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hatten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls,

Alman hukukunda getirilen bu düzenleme aslında dürüstlük kuralının (BGB. § 242) özel bir uygulama alanını teşkil eder. Bu yüzden BGB. § 313'ün, § 242 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir⁴.

A) BGB § 313/I

Alman kanun koyucusu I. fıkra da işlem temelinin eksikliği veya çökmesi durumuna, öncelikle uyarlama yapılması sonucunu bağlamıştır. Bu mümkün olmazsa veya katlanılmaz sonuçlar doğurursa o zaman sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gidilir⁵.

I. fıkra uyarlamanın şartlarını düzenlemektedir. Hükme göre uyarlama için bu şartların birlikte bulunması gerekir⁶:

- Şartlar sözleşmenin kurulmasından sonra kesin (ciddi, ağır) biçimde değişirse,
- Bu değişiklikler öngörülememişse,
- Tarafların değişikliği öngörselerdi, sözleşmeyi hiç yapmayacakları veya başka şartlarla yapacakları kabul edilebiliyorsa,
- Somut olayın tüm şartları özellikle akdî veya kanunî risk dağılımı göz önüne alındığında, sözleşmenin eski haliyle ifasında ısrar etmek taraflardan beklenemiyorsa, sözleşme uyarlanabilir.

Bu şartlar ortaya çıktığında, işlem temelinin çökmesinden zarar gören taraf, sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir⁷.

Burada edim yükümlülüğünün ihlâli (Leistungsstörungen) özellikle bu yükümlülüğün ortadan kalkması (Ausschluss der Leistungspflicht, BGB. § 275)⁸ ile

insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (II) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (III) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.”

4 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 328.

5 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 328, 329.

6 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 329.

7 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 329.

işlem temelini çökmesi arasındaki sınıra dikkat etmek gerekir. Edimin mümkün olması, akdî yükümlülük bakımından işlem temelidir. BGB. § 275'in uygulama alanı, § 313'ün önünde yer alır. Eğer borçlu § 275'e göre edim yükümlülüğünden kurtulamamışsa o zaman uyarlama meselesi ortaya çıkar⁹.

B) BGB § 313/II

İşlem temeli teorisine göre tarafların işlem iradesini oluşturan tüm tasavvurlar, işlem temelini oluşturur. Bir bakıma I. fıkra objektif işlem temelini, II. fıkra da sübjektif işlem temelini düzenlemektedir¹⁰. Yani şartlarda meydana gelen objektif değişiklik, diğer unsurlarla birlikte nasıl uyarlama sonucunu doğuruyorsa, sözleşmenin temelini oluşturan esaslı tasavvurların yanlış olduğunun ortaya çıkması da aynı sonucu doğurur. Burada müşterek bir saik hatası söz konusudur. Bir taraf hatalı tasavvurda bulunmakta diğer taraf da kendi tasavvuru olmayan bu hataya katlanmaktadır¹¹.

C) BGB § 313/III

Kanun koyucu III. fıkroda doktrin ve mahkeme kararlarında görüş birliği ile kabul edilen bir alanı düzenlemektedir¹². Buna göre şartların değişmesi halinde öncelik uyarlamadır. Ancak uyarlama mümkün olmuyorsa veya taraflar için katlanılabilir değilse, sözleşme sona erdirilir. Sözleşmenin sona erdirilmesi, uyarlama karşısında ikinci sıradadır. Bir sözleşmeden dönülebilmesi için zara gören taraf, diğer tarafa dönme beyanını bildirmelidir¹³. Sürekli sözleşmelerde ise dönme hakkının yerine fesih hakkı geçer. Bu durum da doktrin ve mahkeme kararları ile kabul edilen görüşün, kanunen benimsenmiş halidir.

III. Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenleme

Bu konu, tasarıda Sona Erme Halleri'nden biri olarak, "İmkânsızlık" genel başlığı altında "Aşırı İfa Güçlüğü" adı ile 143. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme hukukumuz bakımından yenidir. Mevcut Borçlar Kanununda böyle bir

8 Bu kavram bizim hukukumuzda imkânsızlık (BK. m. 117) ile ifade edilmektedir.

9 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 330.

10 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 330; Hromodka, 790.

11 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 330.

12 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 330.

13 Schmidt-Rantsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken, 331.

hüküm mevcut değildir. Ancak gerek doktrin ve gerekse mahkeme kararlarıyla hem fikir olunan görüşe göre MK. m. 2’de bulunan dürüstlük kuralı bu meseleyi çözmeye muktedirdir.

Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki düzenleme, Alman hukukundaki düzenlemeye benzetmekle birlikte, tamamen aynı değildir. Gerçekten de, BKT. m. 143’e göre “ *Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır.*”

Görüldüğü gibi hüküm tek fıkradan oluşmakta ve birinci cümle uyarlamanın şartlarını düzenlemektedir. Bu şartlar şöyle sıralanabilir¹⁴:

- Şartlar sözleşme kurulduktan sonra değişmeli (Bu nokta kanun metninde açıkça ifade edilmemiş olsa da ilk iki cümlelerin birlikte yorumundan anlaşılmaktadır),
- Bu değişiklik taraflarca öngörülememeli ve öngörülmesi de beklenememeli,
- Değişiklik borçludan kaynaklanmamalı (yani bu değişiklikte borçlunun kusuru bulunmamalıdır),
- Edimler arası denge bozulmuş olmalı (Bu durum, borçludan ifayı istemenin hakkaniyete aykırı düşecek şekilde onun aleyhine değişmesi şeklinde ifade edilmiştir)
- Son şart, borçlunun borcunu ifa etmemiş ya da bu hakkını saklı tutarak ifa etmiş olmasıdır.

Tüm bu şartlar yerine gelmişse, sözleşme yeni duruma uyarlanabilir. Ancak uyarlama mümkün olmuyorsa sözleşmeden dönülebilir.

14 Söz konusu şartlar BKT. m. 143’ün gerekçesinde dört bent halinde sayılmış ve yukarıdaki ilk iki bent tek bir şart olarak değerlendirilmiştir.

143. maddenin ikinci ve son cümlesi ise sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkının alacağını düzenlemektedir. Somut olayın şartları bunun aksi bir sonucu da gerektirebilir.

IV. Değerlendirme

Tasarı, Alman hukukunu takip ederek bu konuda bir düzenleme yapmıştır¹⁵. Oysa İsviçre-Türk hukuku bakımından böyle bir düzenleme bulunmaması bir kanun boşluğu olarak kabul edilmemektedir. Tıpkı kanunun ve sözleşmelerin yorumlanmasında ve tamamlanmasında olduğu gibi uyarlamada da dürüstlük kuralına başvurulmakta ve onun uygulama alanı içerisinde değerlendirilmektedir. Ancak elbette bu konuda özel bir düzenlemenin bulunması uygulama açısından kolaylık sağlayacaktır.

Tasarı ile getirilen düzenleme, uyarlamanın tüm şartlarını tek bir cümlede ifade etmek kaygısından çok uzun olmuştur. Cümlenin çok uzun olması hem anlamayı güçleştirmiş, hem de dilbilgisi bakımından hatalı olmuştur. Örneğin, “...ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir...” cümlesi, “... ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut bulunan olguları borçludan ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede onun aleyhine değiştirirse ...” şeklinde daha iyi ifade edilebilirdi. Hatta tek bir cümle yerine şartları alt alta sıralamak hükmü daha anlaşılır kılabilirdi.

Tasarıda yer alan hükmün düzenleme yerinin Borç İlişkilerinin Sona Ermesi’nin yer aldığı III. Bölüme bırakılması da kanaatimizce uygun olmamıştır. Zira burada öncelik uyarlamada olup, sona ermede değildir¹⁶. Dolayısıyla düzenlemeyi burada yapmak ikinci derecedeki sonucu öne almak anlamına gelir. Oysa sözleşmenin yorumlanmasını düzenleyen BK. m. 18’den sonra, sözleşmenin uyarlanması başlığı ile bu hükmü oraya almak daha uygun olurdu. Öte yandan m. 143’ün düzenleme yeri, aşırı

15 BKT. m. 143’ün gerekçesinde, bu düzenlemenin doktrin ve uygulamada ahde vefa ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen işlem temelinin çökmesine ilişkindir, denilmektedir. İşlem temelinin çökmesi İsviçre-Türk hukukuna değil, Alman hukukuna ait bir kavramdır.

16 Aynı görüş Atamer, Tasarı, 27.

ifa güçlüğünü sanki imkânsızlığın bir türü haline getirmiştir¹⁷. Başlangıçta Federal Mahkeme kararlarında da yer bulan, hatta “ekonomik imkânsızlık” (wirtschaftliche Unmöglichkeit) olarak da adlandırılan bu anlayış zamanla terkedilmiştir. Günümüzde aşırı ifa güçlüğünün, imkânsızlıkla bir ilgisi bulunmadığı, ondan bağımsız bir kavram olduğu konusunda ihtilaf yoktur. Ancak hüküm mutlaka buraya konulacaksa imkânsızlık ana başlığı altında değil de, imkânsızlıktan sonra fakat ondan bağımsız aşırı ifa güçlüğü ana başlığı ile düzenlenebilirdi.

Tasarının getirdiği düzenleme esas bakımından da doktrinde eleştirilerden kurtulamamıştır. İlk eleştiri uyarlamanın uzun süreli sözleşmeler için öngörüldüğü, m. 143’ün ise sürekli edimli sözleşmeler için ayrı bir düzenleme getirerek, bunun ani edimli sözleşmelerde de geçerli olabileceği izlenimi doğurduğu yönündedir¹⁸. Oysa uyarlama ani edimli sözleşmelerde de yapılabilir. Hatta kanun koyucu ani edimli bir sözleşme olan istisna sözleşmesi için bu yönde bir düzenleme getirmiştir (BK. m. 365/II). Öte yandan sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasında şartların değişmesine yetecek kadar süre varsa bunun kısa veya uzun olması önemli değildir. Zira bir aylık süre içerisinde bile büyük değişiklikler olması mümkündür. Hemen ifa edilecek sözleşmelerde ise elbette uyarlama sözkonusu olmaz.

Tasarıda eleştirilen ikinci nokta, şartların olağanüstü ve objektif nitelikte değişmesi gerektiğinin vurgulanmamış olmasıdır¹⁹. Hukukumuzda ağırlıklı görüş (hem doktrin hem Yargıtay’da) bu yöndedir. Ancak değişikliğin olağanüstü nitelikte olması kriterinden giderek vazgeçilmeye başlandığı görülmektedir. Zira bu niteliği aramak bazen hakkaniyete aykırı durumların doğmasına sebep olabilir. Dolayısıyla yapılan düzenleme yerinde olmuştur.

17 İmkânsızlıkla aşırı ifa güçlüğünün farklı kavramlar olduğu BKT. m. 143’ün gerekçesinde de ifade edilmektedir: “...İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama istemi...”.

18 Kuntalp/Barlas, 84.

19 Kuntalp/Barlas, 84.

Diğer bir eleştiri noktası ifanın imkânsızlaşmamış olması gereğinin ayrıca belirtilmemesidir²⁰. Kanaatimizce bu eleştiri haklıdır. Hatta yukarıda da belirtildiği gibi, imkânsızlık ana başlığı altında düzenleme yapılarak buna daha çok mahal verilmiştir.

Bir başka eleştirilen nokta edimin ifa edilmemiş olması yanında ihtirazi kayıtlı ifa edilmiş olmasının da geçerli kabul edilmesidir²¹. Oysa bu yerinde bir düzenlemedir. Gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay tarafından kabul edilen bir durumdur. Zira borçlu bazen temerrüde düşmemek için çok zor durumda kalsa da ödeme yapmaktadır. Bu düzenleme borçlular açısından koruyucu nitelikte olmuştur.

Sözleşmede veya kanunda bir hüküm bulunmamasından bahsedilmemesi ve borçlunun kusursuzluğu yerine borçludan kaynaklanmayan sebeplerden sözedilmesi eleştirilmişse²² de işin niteliği gereği bunlar zaten böyle anlaşılmaya uygundur.

V. Alman Hukukundaki Düzenleme ile Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemenin Karşılaştırılması

Alman hukuku ile İsviçre-Türk hukukları arasındaki farklılık, her iki maddenin düzenleniş şeklinde açıkça görülmektedir.

BGB. § 313, Alman hukukunda doğan ve gelişen işlem temeli teorisine dayanmaktadır. Bu teori ise tarafların işlem iradesine yönelik tasavvurlarını esas alır.

Hüküm, I. bentte tarafların bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç kurmayacakları veya başka bir içerikle kuracakları varsayımını, uyarlamanın bir şartı haline getirmiştir. II. bentte ise tarafların tasavvurlarında meydana gelen yanlışlıkların (ki bunlar subjektif işlem temelini teşkil eder) da uyarlamaya sebep olacağını düzenlemiştir.

İsviçre-Türk hukuku, BK. m. 24/I. b. 4 anlamında temel hatasını düzenleyen bir hükme sahiptir. Bu hüküm esaslı saik hatasını düzenlemekte ve hatanın, hataya düşen için onsuz sözleşme yapılamayacak bir unsura ilişkin olmasını aramaktadır. Başka bir deyişle hataya düşenin, bu olaya ilişkin tasavvurunun yanlışlığını bilseydi, sözleşmeyi

20 Kuntalp/Barlas, 84.

21 Kuntalp/Barlas, 84.

22 Kuntalp/Barlas, 84, 85.

hiç veya bu şekilde yapmayacağı varsayılabilmelidir²³. Bu niteliği haiz bir saik hatası, objektif unsur da yerine gelmek kaydıyla sözleşmenin iptaline sebep olabilir (BK. m. 23). Ancak bu, hâkim olan görüşe göre en geç sözleşmenin kurulması sırasındaki olaylara uygulanabilir. Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelecek olaylar için uygulanacak bir hüküm değildir²⁴. Bu sebeple sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan olaylar hakkında, diğer kriterler yerine gelmek şartıyla uyarlama hükümlerine gidilebilir.

Alman hukukunda ise temel hatasına ilişkin ayrı bir hüküm bulunmadığından, bu tür olaylar ne zaman gerçekleştiklerine bakılmaksızın işlem temelinin çökmesi çerçevesinde değerlendirilmekteydi²⁵. Ancak artık BGB. § 313, bu anlayışı bir kanun maddesi haline getirmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelse bile taraflardan biri için sözleşmenin yapılması bakımından çok önemli olan veya tarafların işlem temelini teşkil eden tasavvurlarıyla uyuşmayan durumlar da uyarlamaya sebep olmaktadır.

BKT. m. 143, sadece objektif bakımdan meydana gelen değişikliklere uyarlama sonucunu bağlamıştır. Taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durumun varlığı aramıştır. Hukukumuzda hâkim görüş olağanüstü değişikliklerin uyarlamaya yol açacağı yönündedir²⁶. Hüküm olağanüstülük unsurunu belirtmemiştir. O halde olağanüstü olmayan ancak diğer kriterleri taşıyan değişiklikler de öngörülmezlik niteliğini taşımak kaydıyla uyarlamaya sebep olabilir.

BGB. § 313, uyarlama yapılırken somut olayın özellikleri ile akdî veya kanunî risk dağılımının gözönüne alınacağını düzenlemiştir. Bu durum BKT. m. 143'de bulunmamaktadır. Ancak doğal bir sonuç olduğu için bir eksiklik de sayılmaz. Zira taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde diledikleri düzenlemeyi yapabilirler. Ayrıca kanunî düzenleme bakımından genel hüküm, özel hükmü bertaraf etmez.

23 Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 508.

24 Bu ve diğer görüşler için bkz. § 5., II., C. vd.

25 Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 508.

26 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 7., II. vd.

Doktrinde edimler arası dengenin bozulması olarak ifade edilen kriter, iki düzenlemede de yer almıştır. BGB. § 313 bu durumu, taraflardan sözleşmenin eski haliyle sürdürülmesinin beklenememesi şeklinde; BKT. m. 143 ise borçludan ifanın istenmesinin hakkaniyete aykırı bir hal alması, şeklinde düzenlemiştir. Edimler arası denge kavramı sadece iki taraflı sözleşmeleri çağrıştırdığı için doktrinde yerleşmiş olmakla birlikte isabetli bulunmamaktaydı²⁷. Durumun bu şekilde ortaya konulması, tek taraflı sözleşmeleri de kapsayan daha geniş bir ifade olmuştur.

Tasarıda olup da BGB. § 313'te bulunmayan bir nokta ise ifanın yapılmamış veya aşırı ifa güçlüğünden doğan hakların saklı tutularak yapılmış olmasının aranmasıdır. BGB.'de böyle bir şart lafzen aranmamıştır. Ancak Kanun'un ruhu bunu gerektirmektedir. Zira borçlu ifayı yerine getirebiliyorsa zaten aşırı ifa güçlüğüne düşmemiş demektir. Hükümde yer verilmemesi Alman hukuku bakımından bu şartın aranmayacağı anlamına gelmez.

BGB. § 313/III'ün son cümlesi ile BKT. m. 143'ün son cümlesi aynıdır. Doktrin ve mahkeme kararları ile hem fikir olunan bir konu kanunlaştırılmıştır. Buna göre kural dönme hakkı olmakla birlikte sürekli sözleşmelerde, bu sözleşmelerin nitelikleri gereği, bunun yerini fesih hakkı almaktadır.

§ 7. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KONUSUNDA POZİTİF HUKUK AÇISINDAN ARANAN KRİTERLER

I. Genel Olarak

Her uyarlama talebinin, sözleşme üzerinde etkili olması düşünülemez. Eğer hâkime böyle bir genel yetki verilirse, özel hukukun temelini teşkil eden, irade serbestisi, sözleşme serbestisi ve ahde vefa ilkeleri büyük zarar görür²⁸. Bunun önlenbilmesi ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için bazı kriterlerin²⁹

²⁷ Bu konudaki görüşler için bkz. §. 7., III. vd.

²⁸ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 616; Kaplan, 146; Bischoff, 177; Yargıtay da aynı görüştedir: "Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hâl ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan irade özgürlüğü, sözleşme serbestisi ve sözleşmeye bağlılık ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar." HGK., 7.5.2003, 13-332/340, YKD. C. 29, S. 10, 1495.

²⁹ Bischoff, bu unsurların şart olarak değil, kriter olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre İsviçre hukukunda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel bir düzenleme bulunmadığından tarafların buna dair bir hakkı yoktur. Bir hakkın kullanılması için şartlar söz konusu olur. Böyle bir

kullanılması gerekir. Bu kriterler, zaman içerisinde doktrin ve mahkeme kararları ile oluşmuştur. Her ne kadar mahkemeler önlerine gelen her somut olay bakımından değerlendirme yapsalar da, benzer olaylarda kullanılabilecek genel kriterler üretmişlerdir³⁰.

Uyarlama yapılabilmesi için bulunması gereken bu genel kriterler³¹ şöyledir: Şartların öngörülemeyen biçimde değişmesi, edimler arası dengenin aşırı bozulması, bu durumun ortaya çıkmasında tarafların kusurunun bulunmaması ve edimin ifa edilmemiş olması³². Söz konusu kriterler aslında özel hukukta uyarlama ihtiyacının doğmasının da sebebiidir. Zira öngörülemeyen bu durumlar sebebiyle, edimler arası denge tarafların kusuru olmadan bozulmuştur ve artık ifayı beklemenin adil olmayan sonuçlar doğurması mümkündür. Bunların yanında, sözleşmede veya kanunda hüküm bulunmaması da bir kriter olarak kabul edilmektedir³³. Eğer böyle bir hüküm varsa hâkimin ayrıca diğer kriterleri aramasına gerek yoktur. Sözleşme ya da kanun hükümleri çerçevesinde uyarlamayı gerçekleştirir. Sözleşmede veya kanunda bir uyarlama hükmü olmamasına rağmen böyle bir talep geldiğinde hâkimin, artık yukarıdaki diğer dört kriterin bir arada bulunup bulunmadığına bakması gerekir. Öyleyse uyarlama yapılabilmesi, bu unsurların hepsinin aynı anda gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Eğer biri gerçekleşmezse uyarlama talebi sonuçsuz kalır³⁴.

‘esaslı hak’ olmadığına göre burada şartlar yerine kriterlerden söz etmek daha uygundur. Bischoff, 183. Türk hukukunda ise genellikle ‘şart’ terimi kullanılmaktadır. Eren, 452; Oğuzman/Öz, 156; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 368; Feyzioğlu, Emprevizyon, 36; Gürsoy, Clausula, 90. Ancak biz de kriter terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Zira doktrin ve mahkeme kararlarıyla ulaşılmış bu sonuçlar, bir kanun hükmünden değil, hakkaniyet düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple kriter terimi, şart terimine göre daha uygun görünmektedir.

30 Bischoff, 183; Braun, 696; Kaplan, 147; Gauch/Schluep/Jaggi, N. 1297.

31 Bir sözleşmenin uyarlanabilmesi için gereken bu kriterler Alman Medenî Kanunu (BGB) m.323 ve Borçlar Kanunu Tasarısı m.143’de kanun hükmü olarak yer almıştır.

32 Oğuzman/Öz, 157; Eren, 452; Akyol, Dürüstlük, 83 vd.; Serozan, İfa, 224 vd.; Feyzioğlu, Emprevizyon, 36; Schwarz, Akitler, 199; Atabek, 91; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, 368; Oser/Schönenberger, 844; Wiegand, Art. 18, N. 99 vd; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 209; Honsell, Art. 2, N. 19; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 620 vd; Sungurbey, 104, 105.

33 Eren, 452; Kaplan, 150.

34 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 369; Bischoff, 183; Kaplan, 147. Aksi görüş Serozan, İfa, 226. Yazara göre “öğelerden birinin eksikliği pekala, öteki öğelerin ağırlığı ile kapatılabilir.”; Serozan, Uyarlama, 1025.

Doktrinde yukarıda bahsedilen kriterler, kendi arasında olumlu kriterler ve olumsuz kriterler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁵. Ancak böyle bir ayırım, sadece sistematik açıdan yararlı olacaktır. Önemli olan kriterlerin net biçimde belirlenebilmesidir. Öte yandan olumlu denilen bir kriterin, bir başka açıdan olumsuz kabul edilebilmesi de mümkündür. Örneğin, bu ayırimda, bulunması gereken kriterler (Şartların sonradan değişmesi ve edimler arası dengenin bozulması) olumlu; bulunmaması gereken kriterler (Sözleşme ve kanunda hüküm bulunmaması, edimin ifa edilmemiş olması ve kusurun bulunmaması) olumsuz olarak nitelendirilmiştir. Oysa bir başka bakış açısıyla şartlarda sonradan meydana gelen değişiklikler ya da edimler arası dengenin bozulması olumlu durumlar değildir. Olumsuz kriter olarak nitelenen, sözleşme veya kanunda bir hüküm bulunmaması ise hâkim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde uyarlamaya yolaçan olumlu bir durumdur. Öte yandan bu ayırimda, şartlarda meydana gelen değişiklik olumlu kriter, bu değişikliğin öngörülmez olması olumsuz kriter kabul edilmektedir. Oysa bunun tek bir kriter olarak şartların sonradan öngörülemeyen şekilde değişmesi, şeklinde incelenmesi daha pratiktir. Dolayısıyla böyle bir ayırıma gidilmeden de hangi hallerde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabileceği tespit edilebilir³⁶.

II. Şartlarda Sonradan Meydana Gelen ve Öngörülemeyen Değişiklikler

A) Şartlarda Sonradan Meydana Gelen Değişiklikler

Uyarlama yapılabilmesi için, öncelikle şartların sözleşme kurulduktan sonra değişmiş olması gerekir. Bu değişiklikler mücbir sebep teşkil eden olaylarla sınırlı değildir. Mücbir sebep elbette uyarlamaya sebep olabilir ancak bu nitelikte olmayan olayların da uyarlamaya sebep olması mümkündür. Örneğin malzeme darlığı, işçi ücretlerinin artması, arsada ortaya çıkan elverişsizlik gibi. Demek ki uyarlamaya sebep olabilecek öngörülmeyen haller mücbir sebep kavramından daha geniştir³⁷.

35 Merz, Art. 2, N. 221 vd.; Jaggi/Gauch, Art. 18, N.661; Bischoff, 183 vd. ; Kaplan, 146 vd.; Oftinger, 605 vd.; Burcuoğlu, Uyarlama, 62.

36 Kramer, Art. 18, N. 336 (Kaplan, 147, dpn. 508'den naklen).

37 Akyazan, 301, 302; Gözübüyük, Olağanüstü Sebepler, 905.

Sadece şartların değişmesi yeterli değildir, bu değişikliklerin ilgili taraf üzerinde ciddi ve ağır sonuçlar da doğurmuş olması gerekir³⁸. Başka bir deyişle, genel hayat tecrübelerine göre önemli kabul edilebilecek bir değişiklik ortaya çıkmış olmalıdır. Geçici sıkıntılar veya güçlükler bu anlamda bir değişiklik kabul edilmez³⁹. Bununla birlikte, bir değişikliğin ne zaman ve nasıl etkili olduğu konusunda genel bir tanımlama yapılamaz. Zira bu somut olayın özelliklerine bağlıdır⁴⁰. Fakat her durumda şartlardaki değişikliklerin, edimler arasındaki dengeyi bozacak ağırlıkta olması aranır.

Uyarlama için önemli kabul edilen değişiklikler ya sözleşme kurulduktan sonra fakat ifa edilmeden önce veya ifa başladıktan sonra ancak edim sona ermeden önce -sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi- meydana gelen değişikliklerdir. Diğer kriterler oluşmak kaydıyla her iki zamandaki değişiklikler de uyarlama yapılmasına imkân tanır.

Şartlardaki değişikliklerin, sözleşmenin her iki tarafını da etkilemesi gerekmez. Sadece bir tarafın (alacaklının veya borçlunun) etkilenmesi durumunda da uyarlama talebinde bulunulabilir⁴¹.

Hangi tür değişikliklerin sözleşmenin uyarlanmasında gözönüne alınması gerektiği konusunda doktrinde iki görüş vardır. Birinci görüşe⁴² göre, şartlardaki değişikliklerin olağanüstü nitelikte olması gerekir. Bu nitelik ise sadece sosyal felaket olarak kabul edilebilecek durumlarda vardır. Hukukumuzda hâkim olan görüş budur⁴³. Diğer görüşe göre meydana gelen değişikliğin olağanüstü nitelikte olmasına gerek

38 Gürsoy, Clausula, 106; Bischoff, 189; Oftinger, 608; Erzurumluoğlu, 68.

39 Gürsoy, Clausula, 108; Bischoff, 184.

40 Bischoff, 190.

41 Gürsoy, Clausula, 107; Kaplan, 148, dpn, 511. Bischoff, tek bir sözleşme tarafını etkileyen durumlarda uyarlamanın söz konusu olamayacağı görüşündedir, Bischoff, 184.

42 Bischoff, 184; Gürsoy, Clausula, 106; Feyzioğlu, Emprevizyon, 37; Kaplan, 147 vd.; Esser/Schmidt, 278; Oğuzman/Öz, 157; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 368; Eren, 449; Saymen/Elbir, 877; Erzurumluoğlu, 68; Burcuoğlu, Uyarlama, 62; Kılıçoğlu, 160; Camcı, Uyarlama, 391.

43 Doktrinin genelinde olduğu gibi Yargıtay da bu görüştedir. “.....sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü haller, harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi, sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek gösterilebilir...”. Y.13. HD. 6.4.1995, 145/3339 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr). “...ekonomideki ani bozulma ve buna bağlı döviz fiyatlarında meydana gelen şok patlama...sözleşmedeki dengeyi...bozabilir.” HGK. 7.5.2003, 13-332/340 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

yoktur, BK. m. 24/b. 4'deki hata hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucunda iptale elverişli bir ağırlık taşıması yeterlidir⁴⁴.

Kanaatimizce şartlarda sonradan meydana gelen değişikliklerin olağanüstü nitelikte olması gerekli değildir. Bu nitelikte olmayan değişiklikler de diğer kriterlerin bir arada bulunması şartıyla uyarlamaya imkân verebilir. Ancak bu durum olağanüstü nitelikteki değişikliklerin sözleşmeye etkisini ortadan kaldırmaz. Bu yüzden öncelikle hangi hallerin olağanüstü nitelikte olduğunun ve ardından bu nitelikte olmayan değişikliklerin de hangi hallerde sözleşmeyi etkileyeceğinin tespit edilmesi gerekir.

1) Olağanüstü Nitelikteki Değişiklikler

Genel olarak olağanüstü nitelikteki değişikliklerle kastedilen, sosyal felaket boyutundaki olaylardır. Toplumun tümünü veya çoğunluğunu etkileyen ve şahsi özellikler taşımayan olaylar, sosyal felaket olarak adlandırılır⁴⁵. Örneğin savaş, doğal afetler, ekonomik sarsıntılar böyledir. Burada olaylar tarafların dışında gerçekleşmekte ancak sözleşmeyi etkisi altına almaktadır. Bir başka deyişle şahıslar üstü bir durum söz konusu olmaktadır⁴⁶.

Sosyal felaket olarak nitelendirilecek durumların tümünün tespiti, gelecekte ortaya çıkabilecek değişikliklerin belirsizliği ve çeşitliliği sebebiyle mümkün değildir⁴⁷. Ancak yine de uygulamada sık karşılaşılmaması ve inceleme kolaylığı bakımından bazı ayırmalar yapılmaktadır⁴⁸. Bu tür durumlar; doğa olayları, sosyal olaylar ve ekonomik olaylar olmak üzere üç grupta toplanabilir⁴⁹.

44 Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 512; Serozan, İfa, 225; Gülekli, 52.

45 Bischoff, 184; Gürsoy, Clausula, 106; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 629.

46 Bischoff, 184; Gürsoy, Clausula, 106; Wiegand, Art. 18, N. 106.

47 Bischoff, 184.

48 Bischoff, burada devlete yönelik tehlikeler ve doğal afetler şeklinde ikili bir ayırım yapmakta, devlete yönelik tehlikeleri de kendi içinde, savaş ve benzeri olaylar, genel ekonomik krizler, paranın değer kaybı ve tedavülde kalkması ile yasamanın veya yargılama faaliyetinin değişmesi şeklinde ayırmaktadır. Ancak savaş dışındaki olaylar, devlete yönelik değil, devletten kaynaklanan olaylardır. Bu yüzden böyle bir üst başlık kullanmak durumu iyi ifade edemeyeceğinden Gürsoy'un üçlü ayırımı tercih edilmiştir.

49 Gürsoy, Clausula, 116.

a) Tabiat Olayları

Sel, deprem, don, dolu, kar, kuraklık, salgın hastalık ilk akla gelen doğa olaylarıdır. Doğa olaylarının en büyük özelliği birdenbire, beklenmedik biçimde meydana gelmeleridir. Mevsimlerin normal gidişatı içinde meydana gelen, kısaca tahmin edilebilen, beklenebilen doğa olayları bu niteliği haiz değildir⁵⁰. Doktrinde bu tür olayların ayrıca sosyal felaket derecesine ulaşmış yani yıkıcı boyutlarda çok geniş çevreleri etkilemiş olması da aranmaktadır⁵¹. Ancak diğer kriterler yerine gelmişse bu boyutlara ulaşmamış doğa olayları da sözleşmenin uyarlanmasına sebep olabilir. Örneğin yazın meydana gelen ve bir bölgeyi değil, dar bir alanı etkileyen dolu, bir meyve bahçesine büyük zararlar verebilir. Bir sel felaketi ilk geldiği noktadaki alanlara çok zarar verirken, uzaktaki alanlara daha az zarar verebilir. Bu tür zararlar yıkıcı boyutta geniş çevreleri etkilememesine rağmen felakete maruz kalan alanların sahipleri için ifa güçlüğü doğurabilir. Ülkemizde, dar bir alanda etkili olsa bile böyle durumlara maruz kalan çiftçilerin devlete olan borçları genelde bir süre ertelenmektedir. Bu da bir uyarlamadır.

Doğa olaylarına dayanan uyarlama davasına uygulamada pek rastlanılmamakla birlikte, ülkemizde 1999 yılında yaşanan büyük depremin, sözleşmeler üzerinde ciddi sonuçlar doğurduğu bilinmektedir⁵².

b) Sosyal Olaylar

Sosyal olayların başında savaş gelir. Savaş benzeri olan, iç savaş ve ihtilaller de bu kapsamdadır⁵³.

Savaş ve benzeri olaylar tek başına ifayı zorlaştırmaz, ayrıca bu durumların borçlu üzerinde büyük etkiler doğurmuş olması gerekir⁵⁴. Savaş başka bir ülkede olsa bile etkisi, borçluyu ifa güçlüğüne düşürebilir. Bischoff, sosyal felaket derecesine

50 Gürsoy, Clausula, 117; Wiegand, Art. 18, N. 103.

51 Merz, Art. 2, N.249; Gürsoy, Clausula, 117; Bischoff, 189; Saymen / Elbir, 877; Oftinger, Cari Akitler, 608; Wiegand, Art. 18, N. 106.

52 Y.15.HD.16.9.2003, 3713/3966; Y.13.HD.3.2.2003,14548/972; Y.11.HD.3.10.2002, 4941/8497; Y.11.HD.25.6.2002, 4990/6559; Y.13.HD.25.12.2001,10667/12117; HGK.26.12.2001, 18-1149/1170 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

53 Bischoff, 185.

54 Gürsoy, Clausula, 117; Bischoff, 190; Feyzioğlu, Emprevizyon, 38; Oftinger, Cari Akitler, 608.

ulaşmayı bir unsur olarak kabul ettiği için her iki tarafın sosyal varlığının etkilendiği çevredeki bir savaşın dikkate alınması gerektiği, üçüncü ülkelerdeki savaşların sözleşmeyi etkilemesinin ise çok zor olduğu görüşündedir⁵⁵. Oysa günümüzün küreselleşen dünyasında bu uzak bir ihtimal olarak görülmemelidir⁵⁶.

Birinci ve İkinci Dünya Savaşının bu anlamda sözleşmeler üzerinde ciddi etkileri olmuş, hatta bir bakıma uyarlama kurumunun gelişmesini de sağlamıştır. Türkiye, İkinci Dünya Savaşına girmemesine rağmen savaştan ciddi biçimde etkilenmiştir. Yargıtay'ın o döneme ilişkin, uyarlamaya imkân tanıyan kararları mevcuttur⁵⁷. Daha yakın dönemlerdeki savaş ya da sosyal olayların (Örneğin Körfez Savaşı, Yemen'deki iç savaş, Gürcistan'daki çatışmalar, Rusya'daki sosyal çalkantılarda olduğu gibi) etkilediği sözleşmelere ilişkin kararlar da bulunmaktadır⁵⁸.

Sadece savaş değil, savaş sonrasının kaos ortamı da bu tür etkiler doğurabilir. Ancak savaş sırasında kurulan bir sözleşmede, savaşın böyle bir etkisi olmaz. Taraflar savaşı bildikleri ve etkilerini göze aldıkları için artık o, olağanüstü özellik taşımaz. Örneğin, Irak'ın işgali beklenen bir durumdu. Şu an için de mevcut bir durumdur. Dolayısıyla bir Iraklı ile yapılan ya da Irak'la ilgili bir konuda yapılan sözleşmede, savaş durumu taraflar için göze alınmış bir risktir. Bununla birlikte savaşın geleceği ile ilgili gelişmelerde öngörülemez bir değişiklik meydana gelebilir⁵⁹. Örneğin, ABD aniden Iraktan çekilme kararı alsa bu beklenmedik bir durum olurdu. Barış imzalanması olağanüstülük teşkil etmez, zira barış normal bir süreçtir ve savaştan barışa geçmek anormal durumdan normal bir duruma dönmek demektir⁶⁰. Bununla birlikte sözleşmenin konusu savaş dönemine yönelikse, örneğin savaşta kullanılmak üzere silah

55 Bischoff, 185.

56 Aynı fikir, Gürsoy, Clausula, 117.

57 Yargıtay 30.4.1941, 941 / 323 sayılı kararında, Ankara Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan, Milli Savunma Bakanlığının yaptırdığı bir inşaatta, İkinci Dünya Savaşı dolayısıyla ihale bedelinin çok üstünde artan malzeme fiyatlarından doğan farkın talep edildiği davada müteahhidin talebini haklı bulan mahkeme kararını onamıştır. Bu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Feyzioğlu, Emprevizyon, 24 vd.; Gürsoy, Clausula, 109.

58 Y. 11. HD. 29.6.1999, 1578/6000; Y. 11. HD. 4.11.1999, 3903/8685; Y. 19. HD. 14.5.1997, 7824/4925; Y. 19. HD. 13.3.1997, 8299/2559 (İçtihatlar ve Külliyat, Hukuk 2003).

59 Bischoff, 186; Feyzioğlu, Emprevizyon, 39 vd.

60 Gürsoy, Clausula, 117.

satışı yapılıyorsa, barış imzalanması o sözleşme bakımından olağanüstü bir durum teşkil eder.

Grev ve lokavt gibi sosyal olaylar da sözleşme üzerinde ciddi etkiler doğurabilir. Diğer kriterler yerine gelmek kaydıyla (öngörülmezlik, kusursuzluk, edimler arası dengenin bozulması gibi) bu tür olaylar uyarlama yapılmasına sebep olabilir⁶¹. Örneğin belirli miktar malı, belirli süre içerisinde üretilip, teslim etmek borcu altındaki bir fabrika sahibi, işçilerin çoğunluğunun beklenmedik şekilde greve gitmesi durumunda, teslim süresinin uzatılması şeklindeki bir uyarlama ile düştüğü ifa güçlüğünden kurtulabilir.

c) Ekonomik Olaylar

Bir ülkede meydana gelen ekonomik krizler, sözleşme ilişkilerini alt üst edebilir. Örneğin enflasyon, devalüasyon, yüksek işsizlik, borsadaki ciddi düşüşler, bankaların iflâsı gibi durumlar hem ülke ekonomisini hem de akdî ilişkileri önemli oranda etkilemektedir⁶². Hatta yabancı ülkelerde meydana gelen krizlerin -1997 yılı ortalarındaki Güneydoğu Asya krizi ve 1998'deki Rusya krizinde olduğu gibi- böyle sonuçlar doğurabilmesi mümkündür⁶³.

Tek başına krizin çıkması uyarlama için elbette yeterli değildir. Her ne kadar bu krizlerin herkesi etkileyen yıkıcı boyutlara ulaşmış bir sosyal felaket niteliğinde olması gerekmeseyse de⁶⁴, borçlunun edimini yerine getirmesini önemli ölçüde zorlaştırması aranmaktadır.

61 Feyzioğlu, Emprevizyon, 38; Gürsoy, Clausula, 117.

62 Bischoff, 186; Oğuzman/Öz, 157; Erzurumluoğlu, 68; Kaplan, 148; Burcuoğlu, Beklenmeyen Hal, 11; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 210; Roth, Art. 242, N. 557 vd.

63 Bu krizlerin Türkiye'ye etkileri konusunda bkz., Karluk/ Tonus / Çatalbaş, 8 vd., Güneydoğu Asya ve Rusya Krizi Karşısında Türkiye, (www.econturk.org/tonus.pdf). Yargıtay ülkemizdeki ekonomik krizin yabancı unsurlu bir sözleşmede diğer tarafı etkilemeyeceğine karar vermiştir. Bu ilginç dava şöyledir: Bir Türk öğrenci, KKTC'de ücreti dolar olarak belirlenmiş bir özel üniversiteye kaydolmuştur. KKTC'deki fakülte binalarının inşaatı bitmediği için öğrenci eğitimini Türkiye'de Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesinde sürdürmektedir. Söz konusu öğrenci 1999-2000 öğretim yılında 8000 dolar olarak belirlenen ücretin, Türkiye'deki Şubat 2001 krizi nedeniyle paranın aşırı değer kaybetmesinden dolayı, uyarlanması talebiyle Türkiye'de dava açmış, ilk derece mahkemesi davayı kabul edip ücreti 5600 dolar olarak uyarlamıştır. Ancak Yargıtay, davalı üniversitenin faaliyet gösterdiği ülkedeki şartlara göre ücretini dolar olarak belirlediği, davacı öğrencinin de bunu kabul ederek kaydolduğunu, bu durumda Türkiye'de kriz olmasının davacıya uyarlama talep etme hakkı vermeyeceğine hükmederek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Y.13.HD.24.2.2003, 11593/1640 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

64 Aksi görüş için bkz. Bischoff, 186; Merz, Art. 2, N.214 vd.

Para değerindeki düşüşler genelde ekonomik krizlerin sonucunda olur. Ancak taşıdığı önem sebebiyle ayrı bir başlık altında incelemekte yarar vardır.

d) Para Değerinin Düşmesi

Para değerindeki değişimler genel olarak iki sebepten kaynaklanmaktadır⁶⁵. Enflasyon ve devalüasyon. Enflasyon, bir ülkede fiyatlar genel düzeyinin sürekli artması, paranın satın alma gücünün azalmasıdır⁶⁶. Devalüasyon ise milli paranın dış değerinin hükümet kararıyla düşürülmesidir. Bunu sağlamak için de döviz kuru yükseltilir⁶⁷. Günümüz ekonomilerinde hem enflasyon, hem de devalüasyon olağandışı durumlar değildir⁶⁸.

Tarihte para değerindeki düşüşün felaket boyutlarına ulaştığı dönemler ve ülkeler olmuştur⁶⁹. Enflasyon,un süreklilik arzettiği gelişmekte olan ülkelerde⁷⁰ hangi hallerin şartlarda değişme olarak kabul edileceğinin tespiti gerekir. Gelişmiş ülkeler enflasyon, oranını sabitlemeyi önemli ölçüde başarmışlardır⁷¹. Ülkemizde enflasyon,un çok yüksek seyrettiği dönemler sık sık yaşanmaktadır. Bununla birlikte yapılan sözleşmelerde, özellikle uzun dönemli sözleşmelerde, tarafların bu durumdan kaynaklanabilecek dengesizlikleri kabul ettikleri varsayılabilir. Ancak ekonomi uzmanlarının bile tahmin edemediği enflasyon, oranlarının yaşandığı zamanlarda, sözleşme taraflarının bunu öngörebileceğini beklemek büyük bir haksızlık olur⁷². Öyleyse burada önemli olan nokta, para değerindeki düşüşün öngörülebilirliği ve taraflar üzerindeki etkisidir. Yoksa doktrinde savunulduğu gibi uyarılama için para değerinin hükümetin kontrolünden çıktığı, iç ve dış değer fiilen ortadan kalktığı bir durumu arayan⁷³ sıkı şartlar koymak, ülkemiz açısından adil olmayan sonuçlar doğurur. Öte yandan devalüasyon sebebiyle para değerindeki düşüşün devlet eliyle istenerek

65 Bischoff, 187.

66 Dinler, 404; Çöloğlu, 31; Doğanay, 24.

67 Dinler, 497.

68 Bischoff, 187; Dinler, 403; Wiegand, Art. 18, N. 102; Honsell, Art. 2, N. 19.

69 Örneğin Birinci Dünya Savaşından sonra Almanya' da böyle bir hiper enflasyon yaşanmıştır. Dinler, 405.

70 Dinler, 411.

71 Dinler, 404, 411.

72 Aynı yönde Akman, Enflasyon, 183; Akman, Karşılaştırmalı, 627; Doğanay, 27; Kılıçoğlu, 162; Camcı, Uyarılama, 391;Honsell, Art. 2, N. 19; Baygın, 145.

73 Bischoff, 187.

yapılması, onun adil olmayan etkilerinin yargısal olarak düzeltilmesine engel olmaz⁷⁴. Aksi bir düşünce hükümetin ekonomik başarısızlığından, bireyleri de sorumlu tutmak anlamına gelir. Yargı, yasama ve yürütmenin haksız uygulamalarından bireyleri korumak zorundadır.

Yargıtay'ın enflasyon, ve devalüasyon sebebiyle sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin birçok kararı bulunmaktadır. Kararlardaki genel eğilim, diğer şartlar da yerine gelmişse uyarlamaya imkân verme yönündedir⁷⁵. Ancak aksi yönde kararlar da mevcuttur⁷⁶. Özellikle tacirler bakımından, basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü (TTK. m. 20) sebebiyle ülkemizde enflasyon, ve devalüasyonun beklenmedik durumlar olmadığı, bu husus bilinerek yapılan sözleşmelerin sonuçlarına katlanılması gerektiğine dair yerleşmiş Yargıtay içtihatları bulunmaktadır⁷⁷.

e) Yasama, Yürütme ve Yargı Kararlarındaki Değişiklikler

Bu tür değişiklikler, sosyal ve ekonomik olaylar başlığı altında doğrudan kategorize edilemediğinden ayrı bir başlık altında değerlendirilmelidir.

Sözleşme kurulurken yürürlükte olan kanun, tüzük, yönetmelik ya da yerleşik mahkeme kararlarının (içtihatlar), daha sonra değişmesi de ifayı güçleştirebilir⁷⁸. Örneğin, yeni vergiler getirilebilir, vergi oranları artırılabilir, mevcut kanunlarda değişiklik yapılabilir veya yeni kanunlar konulabilir. Elbette mevzuattaki her değişikliğin sözleşmeyi etkilemesi beklenemez. Bunun gibi sözleşmenin konusunu ilgilendiren mevzuat değişikliklerinin de mutlaka sözleşmeyi etkilemesi, beklenemez⁷⁹. Örneğin, özel okul açmak üzere bir bina kiralanmış fakat okul faaliyete başladıktan

⁷⁴ Aksi görüş Bischoff, 187.

⁷⁵ Y.13.HD.8.5.2003, 1883/5725; Y.13.HD.26.12.2002, 11777/14066; Y.11.HD.29.2002, 474/4030; Y.11.HD.25.1.2002, 7365/477 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

⁷⁶ HGK.,1975 yılındaki bir kararında Türk parasının değerini dolara oranla %66 düşüren 10 Ağustos 1970 tarihli kararı beklenmeyen hâl saymamıştır. HGK, 2.4.1975, 569/ 432; Yargıtay ticaret dairesinin aynı yöndeki kararı, 21.9.1972, 733/ 119. Kararlar için bkz., Doğanay, 43; Akman, Enflasyon, 183, dpn.5; Y.11.HD., 12.12.1994, 5787/9591 (Kılıçoğlu, 162, dpn. 104); Y.19.HD., 25.3.2004, 5020/ 3287, YKD, 2004, Y.27, S.255, 173.

⁷⁷ Y.11.HD.17.11.2003, 3979/10988; Y.13.HD.10.6.2003, 3622/7636; Y.13.HD.7.10.2003, 6540/11490; HGK.15.10.2003, 13-599/599; HGK.7.5.2003, 13-332/340 (YKD. C.29, S.10, Ekim 2003, 1493).

⁷⁸ Bischoff, 188; Gürsoy, Clausula, 118; Esser/Schmidt, 275; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 209; Roth, Art. 242, N. 581; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 629.

⁷⁹ Bischoff, 188; Esser/Schmidt, 275.

sonra ilgili mevzuat tarafından sınıflara alınabilecek öğrenci sayısı sınırlanmış bu da okulun kontenjanının dolayısıyla kârının azalmasına sebep olmuşsa, böyle bir değişiklik uyarlama sebebi olmamalıdır.

Yasama, yürütme ve yargı kararlarındaki değişiklikler edimler arası dengeyi bozacak nitelikteyse ve taraflarca öngörülmesi de söz konusu değilse uyarlamaya imkân tanınabilir. Zira böyle değişiklikler genellikle kamuoyunda tartışıldıktan sonra yürürlüğe girdiğinden öngörülemezlik unsuru eksiktir⁸⁰. Ancak uzun süreli bir sözleşmede kuruluş aşamasında bu tür tartışmalar yokken, daha sonra gündeme gelip, kabul edilen yasama, yürütme veya yargı kararlarındaki değişiklikler için öngörülebilir, denilemez. Bununla birlikte kamuoyunda tartışılıp, değişiklikler getiren böyle bir durum için tarafların tedbir alması beklenir. Tartışılmadan, aniden yapılan değişikliklerde ise öngörülerini aşan etkiler doğarsa, diğer şartlar oluşmak kaydıyla yine uyarlama yapılabilir. Ayrıca hukuk düzeninde sosyal felaket boyutuna ulaşmış etkiler meydana getirmesine gerek yoktur⁸¹. Örneğin ülkemizde eski araçlarını getirenlere sağlanan hurda indirimine ilişkin düzenleme, neredeyse bir gecede değiştirilince, otomobil firmaları bu durumdan mağdur olan müşterilerine farklı indirim ve avantajlar sağlayarak, bir bakıma sözleşmelerini uyarlamışlardır.

Aslında bu tür değişiklikler genelde sözleşmeler üzerinde imkânsızlık ya da hukuka aykırılık gibi sonuçlar doğurur⁸². Bu yüzden uygulamada, uyarlamaya yol açtığı durumlara istisnaen rastlanmaktadır. Örneğin Yargıtay, varlık vergisini, ani ve ağır olmasına, özellikle İstanbul piyasasını alt üst etmesine rağmen olağanüstü bir olay kabul etmemiştir⁸³.

2) Olağanüstü Nitelik Taşımayan Değişiklikler

Burada kastedilen, sosyal felaket boyutuna ulaşmamış ama sözleşme taraflarını ağır biçimde etkilemiş değişikliklerdir. Doktrinde olağanüstülüğün, sosyal felaket

80 Bischoff, 188; Wiegand, Art. 18, N. 103; Roth, Art. 242, N. 582.

81 Aksi görüş, Bischoff, 188; Esser/Schmidt, 275; Larenz, Geschäftsgrundlage, 79-80; Merz, Art. 2, N.214, 249.

82 Bischoff, 188. Esser/Schmidt, 275.

83 YTD. 9.6. 1945, 1405 nolu karar (Gürsoy, Clausula, 118, dpn.80).

boyutu açıkça belirtilmese de verilen örnekler hep bu yöndedir⁸⁴. Savaş, deprem, şok devalüasyon gibi⁸⁵. Olağanüstülük niteliğinin sosyal felaket boyutunda olması fikri Bischoff'da en üst noktaya ulaşmıştır. Yazara göre,ş sosyal felaketten, halkın tamamının veya çoğunluğunun sosyal varlığını, yıkıcı biçimde etkileyecek ve değiştirecek, genel karakterde bir olay (savaş, sel, deprem, paranın değer kaybı gibi) anlaşılmalıdır. Buna karşılık sadece belli bir zamanda, az sayıda insanı veya tek bir sözleşme tarafını etkileyen durumlar (bir fabrikanın tamamının yanması, terör saldırısı, tarafların sağlık durumunun kötüleşmesi veya ödeme aczi gibi) sosyal felaketin karakteristik özelliklerini taşımadığı için uyarlamaya yol açmaz⁸⁶. Halkın tamamını veya çoğunluğunu etkilemeyen bir değişikliğin uyarlamaya yol açmayacağı görüşü kanaatimizce uygun değildir. Zira bir sözleşmede önemli olan sözleşmenin taraflarının durumudur. Eğer taraflardan biri için edimi ifa etmek aşırı güçleşiyorsa, değişikliğin tüm toplumu etkilemesini aramaya gerek yoktur. Elbette ki sosyal felaket boyutuna ulaşmış olaylar sözleşmeyi etkiler. Bu tür olaylar uyarlama yapılması ihtimalini kuvvetlendirir. Ama kesin olarak buna yol açmaz. Tek başına sosyal felaketin meydana gelmesi yeterli değildir, uyarlama için diğer kriterlerin de oluşması gerekir⁸⁷.

Olağanüstü nitelik taşımayan ancak tarafları ağır bir şekilde etkileyen değişikliklerin de sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanıyacağı görüşü giderek daha çok taraftar bulmaktadır⁸⁸. Hatta Alman Hukuku'nda bu durumu düzenleyen BGB. § 313'de olağanüstü nitelikte bir olayın bulunmasından söz edilmemiştir. Tarafların ortaya çıkan durumu öngörebilselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacakları veya bu şartlarla kurmayacakları sonucuna ulaşılabilmesi yeterli görülmüştür⁸⁹. Demek ki Alman Hukuku'na göre olağanüstü nitelik taşımayan değişiklikler de uyarlamaya yol açabilir.

84 Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 505.

85 Oğuzman/Öz, 157, 451; Eren, 449; Gürsoy, Clausula, 106, 116; Bucher, 365; Larenz, AT, 325; Esser/Schmidt, 272; Serozan, İfa, 225; Jaggi/Gauch/Schlupe, N.1286.

86 Bischoff, 184.

87 Bischoff, 183.

88 Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 508; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 368; Serozan, İfa, 226; Wiegand, Art. 18, N. 105.

89 BGB Art. 313 "Sözleşmenin temeli olan şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra esaslı şekilde değişirse ve tarafların, bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç kurmayacakları veya başka bir içerikle kuracakları varsayılabilirse, öyle ki taraflardan birinin, somut olayın tüm şartları özellikle akdî ve kanunî risk dağılımı göz önüne alındığında, değiştirilmemiş sözleşmeye bağlı kalması beklenemiyorsa, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.

Hukukumuzda Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da benzer bir hüküm bulunmaktadır ve aynı şekilde uyarlama için olağanüstü nitelikte olaylar aranmamaktadır⁹⁰ (BKT. m. 143).

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan şu olay, bu durumu çok güzel yansıtmaktadır; evlenirken eşinin anne-babasına bir taşınmazında süknâ hakkı tanıyan kişi, daha sonra eşinden boşandığında, taşınmazını irtifak hakkından kurtarmak için sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını talep etmiştir. Mahkeme uyarlama talebini olayın özelliği gereği sözleşmeyi sona erdirerek kabul etmiştir⁹¹. Görüldüğü gibi boşanma, toplumun tamamını veya çoğunluğunu ilgilendiren bir sosyal felâket değildir, sadece iki kişiyi ilgilendirmektedir. Ancak uyarlama yapılmasına engel olmamıştır⁹².

Doktrinde, olağanüstü nitelikte olmayan değişikliklerden hangilerinin uyarlamaya yol açabileceği konusunda BK. m. 24/I. b. 4'ten yararlanılması gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır⁹³. Bu görüşe göre hukukî işlem kurulmadan önce gerçekleşen olaylarda, sadece iş hayatındaki doğruluk ve dürüstlük açısından bir ağırlık arayan hukuk sisteminin (BK. m. 24/I. b. 4), işlem kurulduktan sonra sırf zaman faktöründen dolayı, sosyal felaket niteliği gibi daha ağır bir kriteri kullanması söz konusu olamaz. Temel hatasının tespitinde rol oynayan kriterler, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında da önem taşır. Öyleyse meydana gelen olayın, baştan mevcut olsaydı esaslı temel hatası sebebiyle sözleşmeyi BK. m. 24/b. 4 uyarınca iptale elverişli sayılabilecek ağırlıkta olması gerekir. Yani hata sebebiyle iptal hakkı verilirken, hataya yol açan olayların bu kadar ağır olması gerekmiyorsa, uyarlamada da gerekmemelidir. Aradaki tek fark zaman faktöründen doğmaktadır. Yoksa olayların niteliği bakımından bir fark yoktur. Ancak şu nokta unutulmamalıdır, hata sebebiyle yapılan iptallerde, hataya düşenin çoğu zaman karşı tarafa bir tazminat ödemesi gerekmektedir (BK.

90 BKT. m. 143 “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır.”

91 BGE 82. II. 332 (Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 510, dpn. 13; Wiegand, Art. 18, N. 105).

92 Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 510.

93 Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 512; Serozan, İfa, 225.

m. 26). Oysa uyarlamada – sona ermede hakkaniyetin gerektirmesi durumu hariç – böyle bir tazminat sözkonusu olmaz. Bu da sözleşmenin diğer tarafı bakımından adil bir çözüm olmaz. Bu görüş Alman işlem temeli doktrininin bir yansımasıdır ve BGB § 313’de kanun hükmü olarak uyarlama şartlarından biri şeklinde yerini almıştır.

Kanaatimizce öngörülmezlik, edimler arası denge, kusursuzluk gibi diğer kriterler olduğu sürece tekrar bir şart olarak değişikliğin BK. m. 24/I. b. 4’deki esaslı temel hatası ağırlığına ulaşmasını aramaya gerek yoktur. Şartlardaki değişikliğin objektif bir ağırlık taşıması yani aynı durumdaki herkeste aşırı ifa güclüğü doğuracak nitelikte olması yeterlidir. Keza Borçlar Kanununu Tasarısı da, değişikliğin esaslı temel hatası ağırlığında olması gerektiği noktasında bir düzenleme içermemektedir.

B) Şartlardaki Öngörülemeyen Değişiklikler

1) Genel Olarak

Uyarlama için sadece şartların değişmesi yetmez, ayrıca bu değişikliğin öngörülemez nitelikte olması gerekir. Uygulamada hem fikir olunan görüşe göre, şartlardaki değişiklik öngörülebiliyorsa uyarlama söz konusu olmaz⁹⁴. Öyle ki bu durumu ifade etmek için kullanılan “emprevizyon” terimi bile öngörülemezlik anlamına gelmektedir⁹⁵. Öte yandan mantıken hayatta bir kez meydana gelen bir olayın artık öngörülmez olduğu söylenemez. Bir kere olan olayın bir daha meydana gelmemesi için bir sebep yoktur. Aslında objektif olarak hiçbir olay öngörülmez değildir⁹⁶. Bu durumda tarafların öngörebildikleri tüm olaylar için tedbir almaları gerekir. Eğer taraflar tedbirlerini almamışlarsa, bunun sonuçlarına katlanırlar. Zira olması muhtemel bir olayı muhtemel görmemek veya muhtemel olayları düşünmeden borç altına girmek, bu olayın doğuracağı sonuçları önceden kabul etmek anlamına gelir⁹⁷. Ancak taraflardan böyle sınırsız bir öngörü de beklenemez. Her şeyden önce taraflar

94 Gauch/Schluep/Jaggi, N.1298; Oğuzman/Öz, 157, 451; Gürsoy, Clausula, 108; Feyzioğlu, Emprevizyon, 39 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 492; Saymen/ Elbir, 877; Serozan, İfa, 225; Burcuoğlu, Beklenmeyen Hal, 56; Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 512; Bischoff, 205 vd; Wiegand, Art. 18, N. 101; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 209; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 664; Merz, Art.2, N. 223.

95 Saymen/Elbir, 877; Feyzioğlu, Emprevizyon, 37.

96 Gürsoy, Clausula, 109.

97 Gürsoy, Clausula, 109.

gereğinden fazla ihtiyatlı olmak, her ihtimali düşünmek ve sözleşmelere her durum için şartlar koymak zorunda değildir⁹⁸. Bu mümkün de olamaz. Aksi halde ekonomik hayat felce uğrar⁹⁹, kimse sözleşme yapmak istemez. Demek ki hukuk düzeni taraflardan ne tamamen düşüncesiz, hesapsız davranmalarını ne de çok fazla tedbirli, ihtiyatlı davranmalarını bekler. Öyleyse öngörülmezlik nedir, sınırları nelerdir sorularının cevaplanması gerekir.

Öngörülmezlik, mücbir sebebin¹⁰⁰ de unsurlarından biridir ve orada önceden görülemeyen hususun, olayın kendisi değil doğuracağı sonuçlar olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹. Zira olayların belli ölçüde görülmesi mümkündür. Örneğin beklenen İstanbul depremi, öngörülemez değildir. Ancak bunun zamanı ve ne yıkıcılıkta olacağı öngörülememektedir. Uyarlama bakımından da durum böyledir. Sonuçların öngörülebiliş öngörülemediği önemlidir.

Uyarlamada öngörülmezlik kriteri iki şekilde karşımıza çıkar, taraflar şartlardaki değişikliği ya hiç öngörmemişlerdir, ya da öngörmüşler ama böyle sonuçlar doğuracağını tahmin edememişlerdir¹⁰². Bir başka deyişle şartlardaki değişikliğin bu sonuçları doğuracağı taraflarca hiç öngörülmemiş veya öngörülen sonuçlar beklenenden daha kötü şekilde gelişmiştir.

2) Tarafların Öngörmedikleri Değişiklikler

Şartlarda meydana gelen değişiklik, sözleşme kurulurken tarafların öngöremeyeceği nitelikte olabilir. Aslında öngörülmezlik ve sözleşmesel risk kavramları arasındaki fark da tam bu noktada karşımıza çıkar. Sözleşmesel risk, normal

98 Gürsoy, Clausula, 109; Wiegand, Art. 18, N. 101.

99 Gürsoy, Clausula, 109.

100 Öngörülmezlik hem mücbir sebebin hem de uyarlamanın kriterlerinden biridir. Zaman zaman bu iki kavramın birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Oysa mücbir sebeple uyarlamaya yol açan hallerin sonuçları farklıdır. Uyarlamaya sebep olan haller ifayı güçleştirirken, mücbir sebep imkânsızlaştırır. Uyarlama borçlunun sorumluluğunu değiştirir, mücbir sebep ise ortadan kaldırır. Uyarlama bazen sözleşmenin yeni şartlara uyumuna bazen de sona erdirilmesine sebep olur. Mücbir sebep sözleşmeyi ancak sona erdirir. Gözübüyük, Olağanüstü Sebepler, 905.

101 Eren, 543.

102 “Değişen hâl ve şartlar taraflarca önceden öngörülebiliş, beklenebilir, olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar öngörülebiliş olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri, kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir.” Y.13. HD. 24.10.1994, 6791/9014. (YKD. C. 20, S. 12, Aralık 1994, 1942). Görüldüğü gibi Yargıtay da olayın sonuçları bakımından öngörülmez olmasını yeterli bulmaktadır. Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 669 vd.

olarak tasavvur edilebilen veya edilmesi gereken, aşağı yukarı her işte bulunan ve genellikle göze alınan bir durumdur¹⁰³. Bu durumu aşan olaylar ise öngörülemez olaylardır¹⁰⁴.

Öngörülmezlik, iş hayatının normal sınırları içinde hesaba katmakla yükümlü olunmayan olaylara dayanılmasıdır¹⁰⁵. Başka bir deyişle somut olayın özelliklerine göre tarafların tasavvur sınırları içinde olmayan durumları ifade eder¹⁰⁶.

Taraflarca öngörülmemiş her durumun uyarlamaya yol açması elbette beklenemez. Bu sebeple öngörülenden ve öngörülebilir olandan esaslı biçimde sapma teşkil eden değişiklikler hukuken dikkate alınır¹⁰⁷. Demek oluyor ki sözleşme şartlarında öngörülen veya öngörülebilir olan değişikliklerin, taraflarca zımnen üstlenildiği kabul edilir¹⁰⁸. Sözleşme tarafları öngördükleri veya öngörmeleri gereken bir durumu hesaplayamamışlarsa, bu kendi kusurlarından kaynaklanır¹⁰⁹ ve katlanmaları gerekir.

Tarafların öngörülebilirlik sınırını dürüstlük kuralı çizer¹¹⁰. Normal şartlarda, dürüst ve makûl bir insanın öngöreceği veya öngörmesi gereken değişikliğin beklenmedik olduğu söylenemez¹¹¹. Öyleyse burada önemli olan tarafların subjektif düşünceleri değildir. Zira geleceği tahmin etmek bir kişinin tecrübesine, zekasına, elindeki araçlara hatta mesleki konumuna göre değişir¹¹², önemli olan objektif öngörülebilirliktir. Objektif öngörülebilirliğin tespitinde önce tarafların konumuna bakılır. Yani iş çevresindeki ortalama kişilerin anlayışı dikkate alınır¹¹³. Ancak burada somut olayın özellikleri de gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin taraflardan biri, aynı iş

103 Saymen/Elbir, 877.

104 Fransız Danıştay'ın öngörülmezlik tanımı da bu yöndedir: "Sözleşmenin akdi sırasında tarafların yapabildikleri bütün hesapları hükümsüz bırakan, tasavvur edebildikleri nihai hadleri aşan ve sözleşmenin bünyesini alt üst eden olaylardır." Feyzioğlu, Emprevizyon, 38.

105 Larenz, AT, 325; Gülekli, 48; Kaplan, 153; Roth, Art. 242, N. 583.

106 Bischoff, 205; Dural, İmkânsızlık, 67.

107 Gülekli, 48.

108 Medicus, AT, N. 868; Gülekli, 49.

109 Bischoff, 205; Gürsoy, Clausula, 109; Kaplan, 153; Burcuoğlu, Uyarlama, 62; Erzurumluoğlu, 73; Oftinger, 607; Dural, İmkânsızlık, 67.

110 Medicus, AT, N. 868.

111 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 665, 666; Bischoff, 206; Kaplan, 153.

112 Bischoff, 206; Gürsoy, Clausula, 112.

113 Bischoff, 206; Gürsoy, Clausula, 112; Doğanay, 37. Bu durum doktrinde bazı yazarlarca "subjektif ölçü" olarak değerlendirilmektedir. Sungurbey, Eleştiriler, 173; Erman, 77; Baykal, 252.

çevresindeki diğer kişilere göre daha fazla istihbarata sahip olabilir¹¹⁴. İkinci olarak olayların hayatın normal akışı içinde mantıken hesaba katılması gereken bir durum olup olmadığına bakılır¹¹⁵. Eğer önceden kestirilebilir, hesaba katılabilir bir durum söz konusuysa öngörülmezlik unsuru gerçekleşmemiş olur.

Ülkemizde mahkemeler eski tarihli, özellikle 2. Dünya Savaşı yıllarındaki kararlarında öngörülmezlik unsurunu genelde sert biçimde yorumlamışlardır¹¹⁶. Ancak bazı kararlarında ise savaş yıllarında yapılan sözleşmeler için bile öngörülmezlik unsurunun gerçekleştiğini kabul etmişlerdir¹¹⁷. Yargıtay, yeni tarihli kararlarında da öngörülmezlik unsuru üzerinde ciddi biçimde durmakta ve her olay bakımından yerine gelip gelmediğini araştırmaktadır¹¹⁸. Meydana getirdiği ciddi sarsıntılara rağmen gerek 1994 gerekse 2001 ekonomik krizlerini Yargıtay, özellikle tacirler için öngörülmez

114 Bischoff, 207.

115 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 667, 668; Bischoff, 207; Kaplan, 153; Doğanay, 37.

116 "...Mukavele 21 Ağustos 1939'da yani harb buhranının tamamıyla belirlediği bir zamanda aktedilmiş olduğuna göre, akitlerin bu vaziyeti önceden düşünememiş olduklarının farz ve kabulü mümkün olamaz..." DGK, Mamak Gaz Kışlası inşaatı sözleşmesine ilişkin karar, 27.05.1940, 187/184 Feyzioğlu, Emprevizyon, 41; Gürsoy, Clausula, 113; "... işi 1941 yılı haziranında deruhte eden ikinci müteahhidin rizikoyu göze almış sayılacağı..." DGK. 5.3.1942, 49/53, Düzce/Akçakoca yolunun inşası için yapılan sözleşmeye ilişkin karar, Feyzioğlu, Emprevizyon, 41; Gürsoy, Clausula, 112, dpn. 31.

117 "...Bu hâl akit tarihinden sonra vukua gelmiştir. Akit tarihi sırasında müteahhit tarafından derpiş edilmesine imkân tasavvur edilemez. Bir tacir ne kadar basiretkar olursa olsun, kendisinden bir siyaset adamının gösterebileceği basiretkarlık beklenemez. Tacir, mevcut ve tahaddüs etmiş siyasi hadiselerinin iktisadi, mâli ve ticari neticelerini derpiş edebilir fakat, siyasi hadisatın vukuundan evvel bunların vukuunu tahmin etmesi kendisinden istenemez. Aksi halin kabulü, tacirleri vahim bir tereddüde sevk etmeye saik olur ki bu da, binnetice iktisadi muamelelerde aranan sürat, intizam ve emniyeti ihlal eder." Y.2.6.1941, 2732/1522, Gürsoy, Clausula, 109; Erman, 78, dpn. 25; Feyzioğlu, Emprevizyon, 25. "...Muharebenin vukuu ile buhranın daha ziyade artacağıнын, mukavelenin akdi tarihinde kati surette kestirmenin mümkün olmadığı aşikar bulunduğu cihetle..." DGK, 17.6.1940, 224/217, Feyzioğlu, Emprevizyon, 40; Gürsoy, Clausula, 113; "...olağanüstü haller dolayısıyla malzeme, akaryakıt, amele, usta ve makinist ücretleri, kısa zamanda her türlü tahmin ve tasavvurun fevkinde yükselmiştir." DGK. 15.2.1943, 43/48, Feyzioğlu, Emprevizyon, 41; Gürsoy, Clausula, 113.

118 "...Her olay kendi şartları içinde değerlendirilmeli, değişimin tedbirli birinin bekleyeceği ve herkesi etkileyen nitelikte olup olmadığı hususu üzerinde de durulmalıdır." Y. 11. HD. 7.11.2002, 5287/10431; (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr). "Taraflar arasındaki sözleşmenin 1.4.2001 tarih itibarıyla yenilendiği tarihten önce Şubat 2001 krizinin ortaya çıktığı ve dövizin tırmanışa geçerek yükseldiği herkes tarafından bilinmektedir. Buna rağmen taraflar biraraya gelip, sözleşme yaptıklarına göre dövizdeki artışın sözleşme kurulurken nazara alındığının kabulü gerekir." Y.13.HD. 7.2.2002, 12426/1207 (YKD.C.28, S.9, Eylül 2002, 1356).

bulmamıştır¹¹⁹. Oysa ülkenin başbakanlarının bile şok ve beklenmedik olarak niteledikleri bu krizlerin, nasıl öngörülebilir bulunduğu son derece şaşırtıcıdır¹²⁰.

3) Tarafların Öngördüklerini Aşan Durumlar

Şartlardaki değişikliklerin öngörülebildiği bazı hallerde de uyarılama mümkün olabilir. Bunlar, taraflarca öngörülebilir olmakla birlikte sonuçlarının bu derece tahmin edilemediği veya tarafların öngördüğü ancak dikkate almadığı durumlardır.

Taraflarca öngörülmekle birlikte etkilerinin bu derece olacağı tahmin edilmemiş durumlar, uyarlamaya yol açabilir¹²¹. Sözleşme kurulurken şartların değişeceğine dair ipuçları genel olarak ortaya çıkmış olabilir ya da sözleşmeyi etkileyecek durumlar zaten mevcuttur (savaş çıkmıştır veya ekonomik sıkıntılar had safhadadır) ve bu durumların etkileri de ister istemez sözleşmeye yansımaktadır¹²². Böyle bir tablo karşısında tarafların iyimser tahminler içinde oldukları, şartların ağırlaşacağını öngöremeyecekleri söylenemez. Ancak öyle gelişmeler olabilir ki ifa son derece güçleşir. İşte tarafların öngörülerini aşan bu kısım için sözleşmenin uyarlanması imkânını tanımak gerekir¹²³. Örneğin 1. ve 2. Dünya Savaşı öncesinde, savaşın çıkacağını kuvvetle muhtemel olduğu zamanlarda ya da savaş çıktıktan sonra yapılan sözleşmelerde böyle durumlara

119 “Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte, sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Dolayısıyla ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum, tacir olan taraflarca tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır.” Y.11.HD. 17.11.2003, 3979/10988 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr); “Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinen bir gerçektir....Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanmak, kabul edilebilecek bir durum değildir...Öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır.” Y.13.HD. 10.6.2003, 3622/7636 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr). Aynı görüş Ayhan, Beklenmeyen Hal, 7; Kılıçoğlu, 160; Karayalçın, Para Değeri, 497.

120 Burcuoğlu, Beklenmeyen Hal, 66; Öngörülmezliğin tacirlerden beklenen özen sınırlarını da aşabileceği konusunda bkz. Somuncuoğlu, 112; Doğanay, 45.

121 Gürsoy, Clausula, 110; Erman, 79; Bischoff, 205; Kaplan, 154; Feyzioğlu, Emprevizyon, 38; Akyazan, 301; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 670.

122 Gürsoy, Clausula, 110; Feyzioğlu, Emprevizyon, 38 vd.; Bischoff, 205.

123 Gürsoy, Clausula, 111. Yargıtay’ın aksi yönde kararı da bulunmaktadır: “ Sözleşme düzenlendiği yıl ülkedeki, taraflarca bilinen yüksek enflasyon oranına rağmen , kira sözleşmesinde % 40 oranında bir artış öngörülmüştür. Bu durumda davacı kiralayanın açtığı uyarılama davasında, kira parasına yansıtılmasını isteyebileceği miktar, enflasyonda sonradan beklenmeyen ölçülerde artışların meydana gelmesi durumunda dahi, başlangıçtaki kabulünün imkan vereceği oranla sınırlıdır.” Y. 13. HD. 4.2.1999, 22/524 (YKD. C. 25, S. 6, Haziran 1999).

rastlanmıştır. Mahkemeler de tarafların öngörülerinin çok üstündeki bu durumlar karşısında, sözleşmelerin uyarlanabileceğine dair kararlar vermişlerdir¹²⁴.

Taraflarca öngörülen ancak dikkate alınmayan haller de uyarlamaya imkân verebilir. BK. m. 365/II’ de istisna sözleşmesi için açıkça düzenlenen bu durumun, genel bir öngörülmezlik teşkil ettiği kabul edilmektedir¹²⁵. Zira tarafların bir olayın meydana gelmeyeceğini varsayarak hesaplarını ona göre yapmaları ve fakat olayın sonradan ortaya çıkması durumu yine bir öngörülmezlik teşkil eder¹²⁶. Taraflarca dikkate alınmayan durumun, sözleşmeye bir hüküm olarak konması da şart değildir¹²⁷. Sözleşmenin kuruması sırasında bu düşüncenin hâkim olması dahi yeterlidir¹²⁸. Örneğin bir tünel yapımında bilirkişi raporunun olumlu sonucu üzerine yapılan sözleşmede, iş başladıktan sonra arazi elverişsiz çıkarsa durum böyledir¹²⁹.

Yargıtay, taraflarca öngörülmeyle birlikte dikkate alınmayan bu hallerin öngörülmezlik teşkil ettiğini genellikle kabul etmektedir¹³⁰. Ancak bazı kararlarında ise ülkemizde enflasyonun, ekonomik krizlerin öngörülmez olmadığını, dolayısıyla uyarlamanın da mümkün olamayacağına hükmetmiştir. Oysa öngörülebilir çerçevede de yeni ve yıkıcı gelişmeler olabilir. Bu durumdan sözleşmenin bir tarafını sorumlu tutmak ise adil olmayan sonuçlar doğurur¹³¹.

4) Öngörülmezliğin Tespitinde Somut Sözleşmenin Özellikleri

Öngörülmezliğin tespitinde somut sözleşmenin özellikleri de önem taşır. Bu bakımdan sözleşmenin süresi ve yapıldığı ana bakmak gerekir.

124 Gürsoy, Clausula, 111; Feyzioğlu, Emrevizyon, 39; Bischoff, 210.

125 Gürsoy, Clausula, 110; Erman, 79; Jaggi/Gauch/Schluep, N. 1298; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 671; Aksi görüş Bischoff, 211.

126 Erman, 79; Tunçomağ, Borçlar, 1059; Gürsoy, Clausula, 110; Akyazan, 305.

127 Erman, 79, Gürsoy, Clausula, 110.

128 Gürsoy, Clausula, 110; Jaggi/Gauch/Schluep, N. 1298; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 671

129 Erman, 79; Ünal/Aral/Başpınar/Kocaağa, 159; Tandoğan II, 240.

130 “Değişen hâl ve şartlar, taraflarca önceden öngörülebilir, olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri, kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilememelidir.” Y.11.HD. 2.6.1994, 192/7282, (YKD., C.20, S.12, Aralık 1994, 1942).

131 Aynı görüş Gülekli, 50.

Sözleşmenin süresi ne kadar uzun olursa, geleceği öngörebilmek o kadar güçleşir¹³². Kısa süreli sözleşmelerde tahmin imkânı daha fazladır¹³³. Sözleşme süresinin uzun olması tarafların lehine olan durumun sürekli devam etmesinin beklenmesi anlamına gelmez. Böyle bir beklentinin boşa çıkma ihtimalini de uzun süreli sözleşme yaparak taraflar üstlenmiş olur¹³⁴. Ancak tarafların normal tahminlerini aşan durumlar, beklenmedik gelişmeler, hesapları alt üst edebilir¹³⁵. Dolayısıyla uzun süreli sözleşmelerde, öngörülmezlik unsurunun oluşması daha kolaydır¹³⁶. Uygulamada uyarılma davalarına, genelde uzun süreli sözleşmelerde rastlanmaktadır. Yargıtayın uyarlamaya dair kararları yoğun olarak, uzun süreli özellik taşıyan kira ve kredi sözleşmelerine ilişkindir¹³⁷. Bununla birlikte ani edimli sözleşmelerde de öngörülmezlik söz konusu olabilir. Örneğin, para değerinin düşürülmesi durumunda süre ne kadar kısa olursa olsun taraflardan biri için öngörülemezlik ani değişiklik bir ifa gücüne doğurabilir¹³⁸.

Sözleşmenin yapıldığı an da, öngörülmezliğin tespitinde önemlidir. Sözleşme yapılırken mevcut olan şartlar geleceğe ilişkin tahminlerde esas alınır¹³⁹. Eğer genel gidişat iyiye taraflar durumların böyle süreceğini varsayarlar. Kötüye tedbirli davranırlar veya böyle davranmaları kendilerinden beklenir. Öyleyse bir olayın öngörülebilir olup olmadığını tespit ederken, sözleşmenin yapıldığı andaki şartlara bakmak gerekir

Sözleşmenin niteliği de öngörülmezliğin tespitinde önem taşır. Örneğin, spekülasyon karakterli bir sözleşmede, taraflar durumun değişmesinden çıkar sağlamayı

132 Oftinger, 608; Gürsoy, Clausula, 114.

133 Gürsoy, Clausula, 115; Erman, 80.

134 Larenz, AT, 325; Gürsoy, Clausula, 114; Erman, 80.

135 Gürsoy, Clausula, 115; Larenz, AT, 325; Erman, 80.

136 Oğuzman/Öz, 450; Gürsoy, Clausula, 115.

137 HGK. 7.5.2003, 13-332/340 (YKD. C.29, S.10, Ekim 2003, 1463); Y.13.HD. 26.6.2003, 5383/8547; Y.13.HD. 8.5.2003, 2256/5719; Y.13.HD. 27.3.2003, 13215/3584; Y.13.HD. 20.3.2003, 14706/3179; Y.13.HD. 21.2.2003, 12997/1639; Y.13.HD. 21.1.2003, 12337/468; Y.13.HD. 12.12.2002, 10368/13299; Y.11.HD. 11.11.2002, 5534/10231; Y.11.HD. 3.6.2002, 1983/5715; Y.11.HD. 6.5.2002, 518/4440; Y.11.HD. 1.4.2002, 10794/2870 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

138 Gürsoy, Clausula, 115.

139 Gürsoy, Clausula, 115; Erman, 80; Akyazan, 300.

hedeflediklerinden zaten bunu hesaba katmışlardır. Dolayısıyla bu tip bir sözleşmede öngörülmezlik unsuru oluşamayacağından uyarlama da söz konusu olmaz¹⁴⁰.

III. Edimler Arası Dengenin Aşırı Derecede Bozulması

A) Genel Olarak

Bir sözleşmenin uyarlanabilmesi için sadece öngörülemeyen bir olayın gerçekleşmesi yeterli değildir. Ayrıca bu olay sebebiyle edimler arası dengenin aşırı derecede bozulmuş olması gerekir. Edimler arası dengede meydana gelen önemsiz bir kayma ya da değişme uyarlamaya yol açmaz¹⁴¹. Aksi halde taraflar en ufak bir değişiklikte yükümlülüklerinden kurtulabilmek için sözleşmeyi sona erdirmeyi ya da değiştirmeyi denerler.

Edimler arası denge kavramı, aslında iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından söz konusu olur. Tüm sözleşmeleri kapsayan bir kavram değildir. Doktrinde, durumu daha iyi yansıtmak bakımından “taraflardan biri için sözleşmeyle bağlı kalmayı tahammül edilmez hale getirmiş olma”¹⁴² ya da “borçlunun ifayı gerçekleştirmesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemez olması”¹⁴³ ifadeleri de kullanılmaktadır. Ancak genellikle edimler arası dengenin bozulması ifadesinin tercih edildiği görülmektedir¹⁴⁴. Bu kullanımın tercih edilmesi ise tek taraflı sözleşmelerde uyarlama yapılamayacağı anlamına gelmemektedir.

Almanya’da yürürlüğe giren yeni BGB § 313, bu durumu “...sözleşmeyi eski haliyle devam ettirmek taraflardan beklenemiyorsa...”¹⁴⁵ şeklinde ifade etmiştir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda ise “...ifanın istenmesi hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değişirse” ifadesi kullanılmıştır.

140 Merz, Art. 2, N. 226; Oftinger, 608; Akyol, Dürüstlük, 84; Gürsoy, Clausula, 116; BGE 59 II 380) Wiegand, Art. 18, N. 103.

141 Jaggi/Gauch/Schluep, N.1300; Akyol, Dürüstlük, 88; Roth, Art. 242, N. 609; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 679.

142 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 368.

143 Gülekli, 51; Erzurumluoğlu, 70.

144 Bischoff, 190; Gürsoy, Clausula, 90; Oğuzman/Öz, 157, 451; Saymen/Elbir, 877; Serozan, Uyarlama, 1013; Burcuoğlu, Uyarlama, 62; Kaplan, 148; Baykal, 239; Erman, 56; Oftinger, 609; İmre, İktisadi Meseleler, 190; Eren, 453.

145 BGB. Art. 313 “..., das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann”.

Burada, tüm sözleşmeleri kapsamadığı için meseleyi tam yansıtamasa da, doktrindeki isimlendirmeye uymak bakımından, edimler arası dengenin aşırı bozulması ifadesi tercih edilmiştir.

B) Edimler Arası Denge

Karşılıklı sözleşmeler, her iki tarafa da borç yüklerler. Taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde bu borcun konusunu teşkil eden edimleri, istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Örneğin bir satım sözleşmesinde satıcı sattığı mal karşılığında bir bedel elde etmekte, alıcı da satılan malın maliki olmaktadır. Bu değiş tokuş bir dengeyi içermektedir. Ancak dengeyle kastedilen edimlerin birbirine yakın ya da eşit olması değildir¹⁴⁶. Aslında kökleri Aristo'ya kadar giden “denkleştirici sözleşme adaleti”¹⁴⁷. ilkesine göre, edim değiş tokuşunun adil olabilmesi, edim ile karşı edimin aynı değerde olmasına bağlıdır. Bir sözleşme ile edim yükümlülüğü altına giren tarafın, bunun uygun bir karşılığını da alması gerekir¹⁴⁸. Bununla birlikte serbest piyasa ekonomisi, bir edimin objektif değerini ve bu değer adil olup olmadığını tespit etmeyi güçleştirmektedir¹⁴⁹. Zira serbest piyasa ekonomisinde fiyat, talebe göre belirlenir¹⁵⁰. Aynı mala yönelik taleplerden biri diğerlerinden yüksek olduğunda, bu yüksek teklifi yapan öbürlerine oranla daha elverişsiz şartlar altında sözleşme kurmuş olmaktadır¹⁵¹. Bu şekilde oluşan fiyatın ise adil olduğu söylenemez. Adil değer tespitindeki bu güçlüğü fark edilmesi, subjektif bir dengenin aranmasının yolunu açmıştır. Buna göre tarafların edime verdikleri değer önemlidir ve adil bir denge için tarafların birbirlerinin edimini, kendi ediminin uygun karşılığı olarak görmesi yeterlidir. Bu noktada hukukun görevi ise subjektif iradenin bir hata ya da zorlanmaya maruz kalmadan oluşmasını sağlayabilmektedir¹⁵². Ancak günlük hayat artık sermayenin yoğunlaşıp merkezileştiği hatta bazı alanlarda tekelleştiği bir hal almıştır. Bu durum sözleşmenin bir tarafını diğer taraf karşısında son derece güçlü, dilediğini dayatan bir

146 Serozan, Uyarlama, 1013; Oftinger, 609.

147 Serozan, Uyarlama, 1013; Buz, Gabin, 54.

148 Buz, Gabin, 54.

149 Buz, Gabin, 54.

150 Dinler, 43 vd.

151 Buz, Gabin, 54.

152 Buz, Gabin, 55.

yapıya dönüştürmüştür¹⁵³. Öyle ki kendini koruyamayan sözleşme tarafını, kanun koyucu gerek tüketicilere gerekse genel işlem şartlarına yönelik düzenlemelerle koruma altına almaya çalışmaktadır. Almanya’da, Federal Anayasa Mahkemesi’nin 19.10.1993 tarihli kararıyla, eğer sözleşmenin tarafları arasında bir eşitsizlik varsa ve böyle bir eşitsizlik zayıf durumda olan tarafın aleyhine bir sonuç doğuruyorsa, hâkimin sözleşmeyi içerik kontrolüne tâbi tutmasının mümkün olduğuna hükmetmesi¹⁵⁴ de bu yolda atılan bir adımdır.

İsviçre-Türk hukuku bakımından sözleşmelerde edimler arasında bir dengenin bulunması şart değildir¹⁵⁵, sözleşmenin geçerliliği için böyle bir dengeye ihtiyaç yoktur. Bir başka deyişle sözleşmenin kuruluşunda var olan bir oransızlık, tek başına sözleşmenin uyarlanması için yeterli değildir¹⁵⁶. Böyle bir oransızlık olsa bile sözleşme geçerli olarak kurulur. Ancak genel olarak, sözleşmelerin kuruluşu sırasında belli ölçüde sağlanmış bir eşitlik bulunmaktadır ve bu durum iş hayatının doğal bir sonucudur¹⁵⁷. Edimler arası dengenin bozulması kavramı ise edimlerde sonradan meydana gelen bir değişikliği ifade eder¹⁵⁸. Bununla birlikte sözleşmenin kuruluşunda mevcut bulunan bir oransızlık, şartlardaki değişiklik sebebiyle sonradan aşırı derecede artarsa yine uyarlama söz konusu olur¹⁵⁹.

C) Edimler Arası Dengenin Bozulması

Uyarlama için edimler arası dengenin, aşırı biçimde bozulması gerekir. Bu aşırılığı tespitite iki kriter kullanılır: Meydana gelen dengesizliğin ağır olması ve açık olması¹⁶⁰. Mevcut dengesizliğin ayrıca katlanılamaz (unzumutbar) derecede olmasının

153 Serozan, Uyarlama, 1014.

154 BverfGE 89, 232 (Buz, Gabin, 55, dpn. 8’den naklen).

155 Buz, Gabin, 55; Bischoff, 191; Kaplan, 112. Hatta Borçlar Kanunu bazı istisnai düzenlemeler içermektedir. Örneğin gabine ilişkin, BK. m. 21 gibi.

156 Bischoff, 191.

157 Bischoff, 191; Oftinger, 609; Kaplan, 112; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 784; Von Tuhr, 643.

158 Bischoff, 191.

159 Bischoff, 191.

160 Burcuoğlu, Uyarlama, 62; Kaplan, 148; Oftinger, 610; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 680 vd.; Merz, Art. 2, N. 230 vd.; BGE 59 II 372 (Koller/Schwander, 271 vd.).

aranmasına ise gerek yoktur¹⁶¹. Katlanılmazlık zaten edimin açıkça ağırlaşmasının bir sonucudur. Dolayısıyla ayrı bir kriter değildir¹⁶².

Burada, eğer sözleşme kurulurken öngörülemeyen bir durum sebebiyle edimler arası dengenin bozulacağını tahmin etselerdi tarafların bu sözleşmeyi hiç yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, uyarlama söz konusu olur, şeklinde bir sonuca da varılmamalıdır¹⁶³. Aksi halde şartlar kendi aleyhine değişen, zarara uğrayan her borçlu sözleşmeden doğan normal riski bile kabul etmek istemeyerek, sözleşmeyi değiştirmeyi ya da sona erdirmeyi talep edebilir¹⁶⁴.

1) Edimler Arasındaki Ağır Dengesizlik

Edimler arasındaki dengenin ağır biçimde bozulması, tarafların taşımak zorunda olduğu sözleşme riskinin katlanması beklenilmeyecek şekilde aşılması anlamına gelir¹⁶⁵. Ancak bunun borçlunun sosyal varlığında yıkıma yol açması aranmaz¹⁶⁶, aşırı bir ifa güçlüğü doğurması yeterlidir.

Her sözleşme ediminin ifası bazı riskler taşır. Edimler arası dengede önemli olan bu riskin sınırıdır. Diğer bir deyişle sözleşme tarafının¹⁶⁷ yükümlülüklerinin gitmesi gereken en son sınır, sözleşme riskini oluşturur. Bu sınır aşıldığında ise edimler arası denge¹⁶⁸ ağır biçimde bozulmuş olur. Söz konusu riskler bazen kanunla düzenlenmiştir ve uyarlamaya sebep olmaz¹⁶⁹. Kanunda düzenlenmemiş ancak küçük ölçekte kalmış, piyasada normal karşılanan risk artışları da uyarlamaya yol açmaz¹⁷⁰. Öyleyse edimler

161 Aksi fikir Akyol, Dürüstlük, 83, Toplu iş sözleşmelerinde işlem temelinin çöktüğünün kabul edilebilmesi için katlanılmazlığın bir unsur olduğu konusunda bkz.Belling/Köksal, 1495.

162 Aynı görüş Baykal, 241.

163 Gürsoy, Clausula, 90.

164 Gürsoy, Clausula, 90, Bischoff, 191.

165 Akyol, Dürüstlük, 83; Larenz, AT, 326; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 209; Honsell, Art. 2, N. 19; Sungurbey, 104.

166 Aksi görüş Bischoff, 189; Saymen/Elbir, 877; İsviçre Federal Mahkemesi önceleri borçlunun iflâsını, yıkımını aramaktaydı, özellikle Alman Federal Mahkemesinin içtihatları doğrultusunda, 1919-1933 tarihleri arasında verdiği kararlarda bunu bir şart olarak aramıştır. Bu kararlar için bkz. Gürsoy, Clausula, 98; Erman, 83; Thilo, Para Borcu, 348. Yargıtay'ın da eski tarihli bazı kararlarında bu ölçünün kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, YTD. 2.6.1942, 2132/1522 (Gürsoy, Clausula, 98). Ancak günümüzde bu görüş terkedilmiştir. Gürsoy, Clausula, 98; Ünal/Aral/Başpınar/Kocaağa, 161; Erman, 83; Oftinger, 612.

167 Bischoff, 17.

168 Örneğin, satımda hasarın alıcıya geçmesinde (BK. m. 183) olduğu gibi.

169 Akyol, Dürüstlük, 88.

170 Akyol, Dürüstlük, 88; Gürsoy, Clausula, 92; Oftinger, 610; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 678.

arası denge bakımından somut sözleşmenin durumuna bakmak gerekir. Zira her sözleşme farklı bir risk taşır ve tarafların sözleşmeyi kurdukları sıradaki durumlar, o esnadaki ekonomik konjonktür ya da sözleşmeye koydukları açık veya örtülü şartların hepsi bu riskin tespitinde önemlidir¹⁷¹. Örneğin spekülâtif sözleşmelerde risk yüksektir. Uzun süreli sözleşmelerde ise risk artmaktadır¹⁷².

Edimler arası dengenin ağır şekilde bozulup bozulmadığı belirlenirken tarafların sübjektif durumu, diğer bir deyişle mâli durumları, ekonomik açıdan iflâsa düşecek olmaları ya da gabine maruz kalmaları önem taşımaz¹⁷³. Böyle durumlar uyarlama yapılması için aranan birer şart değildir. Yoksa maddî durumu iyi olan tarafın hiçbir zaman uyarlama talebinde bulunamayacağı sonucu doğmuş olur ki bu adil bir çözüm değildir¹⁷⁴. Burada İsviçre Federal Mahkemesinin de kabul ettiği üzere, sözleşme riskinin bir taraf için taşınabilir, katlanılabilir sınırlar için olup olmadığına bakmak gerekir¹⁷⁵. Buna göre bu riski taraflardan birinin taşıması gerekiyorsa uyarlama söz konusu olmaz.

2) Edimler Arasındaki Açık Dengesizlik

Sözleşmenin uyarlanmasında her türlü denge bozukluğu değil, açık, gözle görülür nitelikte bir oransızlık önemlidir. Bu dengesizliğin bir tarafı, aşırı bir ifa güçlüğüne soktuğu hemen anlaşılabilir¹⁷⁶. Öyleyse öncelikle somut sözleşme bakımından, denge bozukluğunun taraflar üzerindeki etkilerine bakmak gerekir. Zira her sözleşme taraflarını farklı biçimde etkiler. Federal mahkeme burada sözleşmenin “esas anlamını ve karakterini kaybedecek şekilde ekonomik olarak tamamen farklı bir hal almış olmasını” aramaktadır¹⁷⁷. Eğer sözleşme böyle bir hal almışsa açık bir dengesizlik oluşmuş demektir. Ancak bu durum, edimler arasındaki dengesizliğin tespitinde belirli

171 Gürsoy, Clausula, 92; Roth, Art. 242, N. 614.

172 Gürsoy, Clausula, 93; Akyol, Dürüstlük, 84, Oftinger, 610, 611; Wiegand, Art. 18, N. 124.

173 Bischoff, 196; Gürsoy, Clausula, 97 vd.; Aksi görüş, Akyol, Dürüstlük, 83.

174 Gürsoy, Clausula, 98 vd.

175 BGE 100 II 349 (Bischoff, 196, dpn. 86).

176 Burada karşı tarafın da aynı oranda yükten kurtulması şart değildir. (Aksi görüş Baykal, 240). Zira ifanın objektif ağırlığı çok açık olduğu halde alacaklının bundan faydalanmaması da mümkündür. Aynı görüş, Gürsoy, Clausula, 103.

177 BGE 47 II 458; 47 II 317; 48 II 252; 59 II 304 (Bischoff, 192, dpn. 55).

bir yüzdelik oran verilebilmesi imkânını doğurmaz¹⁷⁸. Mahkeme kararlarında karşılaştığımız oranlar ise sadece o sözleşmeler için bağlayıcıdır¹⁷⁹.

Edimler arasındaki açık oransızlık, edimlerin, uyarlama talebinde bulunduğu zamandaki değerine göre belirlenir¹⁸⁰. Bu değer edimin objektif değeridir. Tarafların edimin değeri üzerindeki subjektif düşünceleri önem taşımaz¹⁸¹. Hâkim, objektif değeri tespit ederken edim ile karşı edimin ekonomik önemini dikkate alır. Bulunan bu objektif değer, sözleşme kurulurken mevcut olan edimlerin değerini aşıyorsa, edimler arasında açık bir oransızlık var demektir¹⁸².

Sonuç olarak edimler arasındaki dengenin aşırı bozulmasının tespitinde aranan ağır ve açık oransızlık ölçüsü hâkimin takdîrindedir¹⁸³.

D) Para Borçlarında Edimler Arası Dengenin Bozulması

Edimler arasında meydana gelen dengesizlik para borçlarında daha açık olarak ortaya çıkar ve sık karşılaşılan bir durumdur. Para borçlarında edimler arasında oluşan her dengesizlik uyarlamada dikkate alınabilecek midir? Tam bir ekonomik istikrar sağlayamamış ülkelerde para değerinde düşüşler yaşanabilir. Olağanüstü düşüşlerin meydana geldiği durumlarda uyarlamaya imkân tanımak kolaydır. Ancak enflasyon,un kronikleştiği, paranın değer kaybının sıradanlaştığı dönemlerde uyarlama söz konusu olabilir mi?

Burada öncelikle itibari değer prensibinden bahsetmek gerekir. Bu prensibe göre para borcunda borçlu, borçlandığı miktarı alacaklıya ödeyerek borcundan kurtulur. Alacaklının paradaki değer kaybından dolayı ek bir talepte bulunma imkânı yoktur. Demek ki sözleşmede kararlaştırılan para miktarının, ifa anında da aynı değerde bulunduğu kabul edilmesi, itibari (nominal) değer prensibinin bir sonucudur¹⁸⁴. Ancak zamanla bu prensibin adil olmayan sonuçlar doğurduğu görülmüştür. Örneğin,

178 Bischoff, 190.

179 Gürsoy, Clausula, 104 vd.; Merz, Art. 2, N. 232.

180 Gürsoy, Clausula, 91; Bischoff, 193.

181 Bischoff, 193.

182 Bischoff, 193; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 680.

183 Gürsoy, Clausula, 104.

184 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 782; Tandoğan, 355; Feyzioğlu, Borçlar, 791; Bilge, 200; Akman, Enflasyon, 181; Roth, Art. 242, N. 568; Baygın, 19.

İsviçre’de Federal Mahkeme, itibari değer prensibinden türetilen “Mark=Mark anlayışını, anlamsız bir varsayım” olarak nitelemiştir¹⁸⁵. Demek ki sözleşmede kararlaştırılan para miktarının sonraki gelişmeler dolayısıyla değerini yitirmesi mümkündür ve sıkı şartlara tâbi tutulmazsa, her sözleşmede az çok böyle bir durum ortaya çıkabileceğinden, mahkemeler önünde dava yığınları oluşabilir.

Para değerinin düşmesi sebebiyle meydana gelen edimler arasındaki denge bozukluğunda öngörülmezlik unsuru öne çıkar. Bizim gibi yüksek enflasyon,un çoğu zaman hayatın bir parçası olduğu ülkelerde bunun öngörülemediği söylenemez. Dolayısıyla öngörülebilir ama tedbir alınmayan bir durum, edimler arasındaki dengeyi bozsa da uyarlamaya yol açmaz¹⁸⁶. Ancak kronik enflasyon, ortamında bile öngörülerini aşan şekilde yükselen enflasyon, oranı, edimler arası dengeyi ağır ve açık biçimde bozuyorsa artık uyarlama mümkün olmalıdır. Öte yandan kronik enflasyon, dönemlerinde milli paradan ziyade yabancı para borçlarından kaynaklanan uyarlama meseleleriyle karşılaşılır¹⁸⁷. Ülkemizde özellikle kira ve kredi sözleşmelerinde bu durum ortaya çıkmıştır¹⁸⁸. Yargıtay, talebe göre kiracı ya da kiralayan açısından kira parasında veya kredi borcu geri ödemelerinde uyarlama yapmaktadır¹⁸⁹. Burada BK. m. 83’ ten de bahsetmek gerekir.Kural olarak para borcu memleket parası ile ödenir (BK. m. 83/I). Bununla birlikte sözleşmeye aynen ödeme kaydı konulmuşsa, borcun mutlaka bu şekilde yerine getirilmesi gerekir. Eğer böyle bir kayıt yoksa borçlunun yabancı para ödeme yerine vade günündeki Türk parası değeri üzerinden ödeme yapması mümkündür (BK. m. 83/II). Ancak giderek artan yabancı para üzerinden sözleşme kurma eğilimi, aslında ülkemizdeki ekonomik sıkıntılar sebebiyle düşen para değeri karşısında kendini koruma çabasının ürünüdür. Bunu dikkate alan kanun koyucu 14.11.1990’ da BK. m. 83’e III. fıkrayı ekleyerek temerrüde düşen borçlunun seçim

185 BGE 51 II 310 (Bischoff, 197,dpn. 92). Mark=Mark anlayışı, ne miktar Mark borçlanıldıysa ifa zamanında o kadar ödeme yapılması, değer kaybı veya yükselişi durumlarının dikkate alınmaması anlamına gelir.

186 Bucher, 396; Gülekli, 50; Akman, Enflasyon, 182; Thilo, Para Borcu, 349, 350; Kılıçoğlu, 162; Karayalçın, Para Değeri, 496, 503.

187 Bischoff, 197; Baygın, 143.

188 Serozan, İfa, 224.

189 Y.13.HD. 13.12.2001, 11526/11752; HGK. 1.10.1997, 13-493/764; HGK. 19.2.1997, 11-674/87; HGK. 19.2.1997, 11-762/77; Y.13.HD. 3.6.1996, 4997/5538 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

yetkisini alacaklıya vermiştir¹⁹⁰. Alacaklı vadesinde ödenmeyen alacağının, isterse vade isterse de ödeme günü rayici üzerinden Türk parası ile ödenmesini isteyebilir. Böylece alacaklı vade günü ile fiili ödeme günü arasında meydana gelen değişikliklerden kendini korumuş olur. Borçlu temerrüde düşmekle, bu değişiklikler karşısında kendi menfaatini koruyabilme imkânını¹⁹¹ (BK. m. 83/II) kaybetmiş hatta alacaklıya devretmiş olmaktadır.

E) Edimler Arası Dengenin Bozulmasının Çeşitli Görünümleri

1) Edimler Arası Dengenin Tek Taraflı Sözleşmelerde Bozulması

Tek taraflı sözleşme, sadece taraflardan birine borç yükleyen sözleşmedir¹⁹². Dolayısıyla karşılıklı edimler söz konusu değildir. Karşılıklı edimler bulunmadığından, edimler arası denge de yoktur, hatta bir dengesizlik vardır. Örneğin bağışlama sözleşmesinde, bağışlayan borç altına girerken bağışlananın onun karşılığı olan bir borcu yoktur. Bu durumda uyarılama için gereken edimler arası dengenin bozulması unsuru nasıl gerçekleşecektir? Zira edimler arası denge bozulmamışsa, öngörülemez de olsa meydana gelen değişikliğin sözleşme üzerinde bir etkisi olmaz.

Tek taraflı sözleşmelerde de borç altına giren taraf, şartlardaki öngörülemeyen değişiklikler sebebiyle aşırı bir ifa güçlüğü yaşayabilir. Bu durumda onu uyarılama imkânından mahrum tutmak hakkaniyete aykırı olur¹⁹³. Örneğin bağışlama taahhüdünde, bağışlayanın mâli durumunun sonradan bozulması sebebiyle bağışlamanın ifasının çok güçleşmesi ya da kefalette, kefilin durumunun sonradan bozulması halleri böyledir (BK. m. 245, m. 503/I. b.3). Öyleyse öngörülemeyen bir olay sebebiyle şartlarda sonradan meydana gelen değişiklik borçluda aşırı ifa güçlüğü doğuruyorsa, diğer bir deyişle şartlar ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu

190 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 777, 778; Serozan, İfa, 91; Barlas, Temerrüd, 100. Burada borçlunun seçimlik yetkisinin alacaklıya geçip geçmediği konusundaki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Baygın, 102 vd..

191 Karayalçın, Para Değeri, 504.

192 Oğuzman/Öz, 41.

193 Aynı görüş Kaplan, 162; Dural, İmkânsızlık, 69; Gülekli, 47; Bischoff, 225; Roth, Art. 242, N. 531; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 211; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 687; Merz, Art. 2, N. 237. Aksi görüş, İmre, Medeni, 300; Baygın, 143.

aleyhine deęiřtiriyorsa¹⁹⁴ sözleşmenin uyarlanması mümkündür. Ancak tek taraflı sözleşmelerin niteliği gereği, yapılacak uyarlama daha ziyade sona erdirmeye şeklinde olur. Zira borç altına giren taraf, aynı zamanda şartların değişmesinden doğan zararı da tamamen üstlenmiş haldedir. Bu durumda zararı başka türlü paylaşırma imkânı bulunmadığından, sona erdirmeye daha adil bir çözüm olarak görünmektedir.

2) Edimler Arası Dengenin Manevi Olarak Bozulması

Edimler arası denge bozulmasının mutlaka maddî anlamda gerçekleşmesi gerekmez. İfanın yerine getirilmesinin, karşı taraftan manevî bakımdan beklenemez olması da diğer kriterler gerçekleşmek kaydıyla uyarlamayı mümkün kılar¹⁹⁵. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, eşinin babasına irtifak hakkı tanıyan bir kişi için boşanmadan sonra çekilmez bir hal alan bu ilişki, edimler arası dengenin manevî olarak bozulmasına sebep olmuştur¹⁹⁶. Hukukumuzda bağışlama sözleşmesi bakımından, bağışlananın sadakatsizliği, edimler arası dengenin manevî olarak bozulmasının güzel bir örneğini teşkil etmektedir (BK. m. 244). Bu durumda kanun bağışlayana sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanımaktadır.

Edimler arası dengenin manevî olarak bozulması durumu, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin haklı sebeple sona erdirilmesi haline benzemektedir. Borçlar Kanunu bazı sürekli sözleşmeler için haklı sebeple sona ermeyi düzenlemiştir. Ancak bu tür bütün sözleşmelerin haklı sebeple sona erdirilmesine ilişkin bir hüküm getirmemiştir. Bununla birlikte doktrinde dürüstlük kuralı gerektiriyorsa bu hakkın, tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerde uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁹⁷.

Haklı sebep kavramı, genellikle çekilmezlik açısından ele alınmaktadır. Buna göre haklı sebep, sona erdirmeyi isteyen taraf için ilişkiyi, devamı çekilmez hale getiren bir durumdur. Bu durumu somutlaştırmak için ise dürüstlük kuralına

194 BKT. m. 143.

195 Serozan, İfa, 224; Serozan, Dönme, 366; Wiegand, Art. 18, N. 105.

196 BGE 82 II 332 (Karar için Serozan, İfa, 224, dpn. 2; Wiegand, Art. 18, N. 105).

197 Seliçi, Sürekli Borç, 200-202; Serozan, Dönme, 368; Oğuzman/Öz, 8; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 658. Alman hukuku sürekli borç ilişkilerinin sona ermesini düzenleyen genel bir hüküm içermektedir (BGB. § 314).

başvurulmaktadır¹⁹⁸. Bir başka deyişle hangi hallerin, sürekli borç ilişkisini çekilmez hale getirdiğini önceden belirlemek imkânsızdır. Her somut olay bakımından bir değerlendirme yapmak ve ortaya çıkan durumun borç ilişkisi üzerinde etki yapabilecek nitelikte olmasını aramak gerekir¹⁹⁹. Borç ilişkisini çekilmez hale getirebilecek durumların sayılması mümkün olmasa da, hangi alanlarda ortaya çıkabilecekleri belirlenebilir. Buna göre çekilmezlik, sürekli borç ilişkisine taraf olanlardan birinin davranışından kaynaklanabilir. Tarafların kusurlu olması şart değildir. Bu haller genellikle tarafların sözleşmeye aykırı davranışlarında (kötü ifa, temerrüd gibi) ortaya çıkar²⁰⁰. Ancak ahlâka aykırı davranışlar da bu anlamda bir çekilmezlik doğurabilir. Örneğin bir market sahibi, satacağı ekmekleri almak için bir yıllığına anlaştığı fırınla olan sürekli borç ilişkisini, fırıncı market sahibinin bir yakınıını öldürürse haklı sebeple bozabilir.

Tarafların davranışı dışında haricen meydana gelen olaylar da sürekli borç ilişkisi üzerinde etkili olabilir. Bu durum özellikle sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan şartların sonradan değişmesiyle borç ilişkisinin çekilmez hale gelmesinde söz konusudur. O halde sürekli borç ilişkileri bakımından, şartların sonradan değişmesi aynı zamanda haklı sebep teşkil edebilir. Aralarındaki farklılık ise sonuçta karşımıza çıkmaktadır. Haklı sebep sadece sona erme sonucu doğururken, şartların değişmesi hem sona erme hem de uyarılama imkânı vermektedir²⁰¹.

Ancak uyarılama sadece sürekli borç ilişkileri bakımından değil, ani edimli sözleşmeler bakımından da sözkonusu olur. Ani edimli sözleşmelerde ise bu anlamda bir haklı sebeple sona erme durumu yoktur. Zira sürekli borç ilişkisi, ani edimli borç ilişkisine göre daha güçlü bir güven ilişkisi kurmaktadır²⁰². Kanun koyucu böylelikle sözleşmenin bir tarafını, güven ilişkisini bozan diğer taraf karşısında korumaktadır. Ani edimli sözleşmede uyarılama yapılabilmesi için sözleşmenin kurulması ile edimin ifası arasında bir sürenin bulunması gerekir. Bu süre zarfında şartlar doğal, ekonomik ya da

198 Seliçi, Sürekli Borç, 192.

199 Seliçi, Sürekli Borç, 193; Burkhardt, 245.

200 Seliçi, Sürekli Borç, 193.

201 Aynı görüş Seliçi, Sürekli Borç, 195.

202 Seliçi, Sürekli Borç, 34.

sosyal olarak değişirse uyarlama söz konusu olur. Ancak şartlar sonradan manevî olarak değişirse durum ne olacaktır? Örneğin bir bisküvi fabrikasının hammadde almak üzere anlaştığı ve teslimi iki ay sonra yapacak olan firmanın, daha sonra sağlığa zararlı saklama şartları sebebiyle mühürlenmesi durumunda, firma bakımından teslim konusunda bir sıkıntı olmamasına rağmen, bisküvi fabrikası için bu artık çekilmez bir durumdur. Buradaki uyarlama, sözleşmenin sona erdirilmesi şeklinde olur. Zira fiyatta bir uyarlama yapmanın, fabrika sahibine bir faydası olmayacak hatta onun tüketiciler gözündeki güvenilirliğine zarar verecektir²⁰³.

Sonuç olarak, uyarlamaya yol açan şartlardaki değişikliğin manevî olarak meydana gelmesi de mümkündür. Ancak bu durum, sürekli sözleşmeler bakımından, haklı sebeple sözleşmenin sona erdirilmesi yoluyla da çözülebilir. Zaten böyle bir durumda, uyarlamadan ziyade sözleşmenin sona erdirilmesi adil bir çözüm olduğundan, haklı sebeple, şartların değişmesi arasında bir fark yoktur. Yukarıda İsviçre Federal Mahkemesinin kararına konu olan olayda, kayınpedere tanınan sükna hakkı, boşanma sebebiyle çekilmez bir hal almaktadır. Bu hak, boşanan eř için taşınmazında kayınpederinin oturmasına katlanma borcu doğuran, sürekli bir ilişki doğurur. Federal Mahkeme burada, boşanma haklı sebep teşkil edeceğinden, sürekli borç ilişkisinin sona erdirilmesi yoluyla da bu sonuca varabilirdi.

Ani edimli sözleşmeler bakımından ise manevî sebeple uyarlama, hukukî ilişkinin ortadan kaldırılmasını bir tarafın keyfine bırakmak ihtimalini güçlendirmektedir. Bu hem ahde vefa hem de ticari ilişkiler açısından istenen bir durum değildir. Bununla birlikte sözleşme kurulduktan sonra ve fakat ifa edilmeden önce manevî olarak onu çekilmez hale getiren bir durum ortaya çıkarsa, bu durumdan zarar gören tarafı sözleşmeyle bağlı tutmak hakkaniyete aykırı olur. O halde nadiren karşılaşılacak durumlar da olsa diğer kriterler oluşmak kaydıyla manevî açıdan

203 Serozan bu konuda şu örnekleri vermektedir: Karısının öldüğü günün akşamı sahneye çıkma yükümü altındaki sanatçının durumu, bir ihtilal sırasında ihtilalciler tarafından babası öldürülen kişinin, yönetimi ihtilalcilerin eline geçmiş gazeteye karikatür çizme durumunda kalması, Serozan, Dönme, 366. Ayrıca Krückmann' ın şu örneğine de atıf yapmaktadır: Malik M, cep saatini dostu İ' ye ariyet olarak vermiştir. Saati bozan İ, bunu saat tamircisi T' ye verir. T, saatin kendisine hakaret etmiş ve müşterilerini elinden almış hasmı M' ye ait olduğunu bilmemektedir. Nevar ki bunu öğrendiğinde T için kendisinden aşılması istenemeyecek bir aşırı ifa güçlüğü ortaya çıkmış olur, Serozan, Dönme, 366, dpn. 223.

meydana gelen bir değişiklik de uyarlamaya yol açabilir. Böyle bir durumda yapılacak uyarlama, işin niteliği gereği sözleşmenin sona erdirilmesi şeklinde olur.

3) Edimler Arası Dengenin Amacın Boş Çıkması Yoluyla Bozulması

İşlem temeli doktrinde, işlem temelinin çökmesinin iki esas nedeni vardır. Bunlar eşitliğin bozulması (Äquivalenzstörung) ve amacın boş çıkması (Zweckvereitelung)dır²⁰⁴.

Bir sözleşmede bir taraf için önemli olan amaç, taraflara atfedilemeyen riskler sebebiyle ulaşılamaz hale gelirse ve buna rağmen amaçsız kalan edim imkânsız değilse amacın boş çıkması söz konusu olur²⁰⁵. Buna göre sözleşmenin içeriğine dahil olmayan ancak bir taraf için önemli olan her amacın ulaşılabilişliği, işlem temeli olarak kabul edilir²⁰⁶. Amacın boş çıkmasına şu örnekler verilebilir²⁰⁷. Taç giyme törenini izlemek için kiralanan balkonların kullanımı, törenin iptaliyle anlamsız hale gelmiştir. Yolda giderken birden bozulan arabanın tamirhaneye götürülmesi için çağrılan ekip gelmeden önce arabanın tekrar çalışması durumunda ifa hâlâ mümkündür ancak anlamsızdır, çünkü amaç ifa dışı bir yoldan gerçekleşmiştir²⁰⁸.

İsviçre - Türk hukukunda işlem temeli doktrini benimsenmedięi²⁰⁹ için amacın boş çıkması bu anlamda doğrudan uyarlama yapılmasına yol açmaz. Hukukumuzda taraflardan birinin amacı, açık veya zımnî olarak sözleşmenin şartı haline getirilmedikçe, bu amacın boş çıkmasının sözleşme üzerinde bir etkisi yoktur²¹⁰.

204 Larenz, AT, 324.

205 Larenz, AT, 326.

206 Larenz, AT, 326.

207 Larenz, AT, 327, 328.

208 Dural, Sözleşmenin Amacı, 908; Gülekli, 60.

209 Oğuzman/Öz, 156; Kaplan, 142; Bischoff, 202; Bucher, 354; Gürsoy, Clausula, 21 vd.; Saymen/Elbir, 879. Doktrinde işlem temeli doktrinini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Serozan, İfa, 220 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli, 305 vd.; Gülekli, 58. Yargıtay'ın da kararlarında sık sık işlem temeli kavramını kullandığı görülmektedir. “Önceden görülemeyen değişikliklerin borcun ifasını güçleştirmesi halinde işlem temelinin çökmesi gündeme gelir.” Y.13.HD. 3.4.2003, 1281/3909; Y.13.HD. 16.5.1995, 4613/4780; Y.13.HD. 27.5.1994, 4395/4330 (Mevdata, Mevzuat ve İctihat Programı, www.mevdata.com.tr).

210 Von Tuhr, 169; Bischoff, 9; Burkhardt, 310; aynı görüş Larenz, AT, 326.

Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği gibi geleceğe ilişkin kişisel tasavvurların boşa çıkması uyarlamaya sebep olmaz²¹¹.

Uyarlama yapılabilmesi için değişen şartların, edimler ve edimler arası denge üzerinde diğer bir deyişle sözleşme içeriği üzerinde etkili olması gerekir. Oysa amacın boşa çıkmasında, edimler etkilenmemekte, sözleşme içeriği dışındaki bir durum olan, taraflardan birinin kullanım veya değerlendirme amacı zedelenmektedir²¹². Bu anlamda taraflardan birinin beklediği kârı elde edememesi de bir amacın boşa çıkması durumudur ve uyarlamaya yol açmaz²¹³. Öyleyse burada ikili bir ayırım yapmak gerekir. Taraflardan birinin amacı, karşı tarafça biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa²¹⁴ ve dürüstlük kuralı uyarınca bu husus sözleşmeye dahil edilebiliyorsa, artık sözleşmenin içeriği haline gelmiş olur. Eğer diğer şartlar oluşmuşsa, böyle bir amacın boşa çıkması durumu uyarlamaya imkân tanıyabilir²¹⁵. İkinci olarak, sözleşmenin içeriği haline gelememiş bir amacın boşa çıkması diğer şartlar oluşsa bile uyarlamaya yol açmaz. Ancak sözleşmenin bu şekilde sürmesi bir hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa o zaman yine diğer şartlar oluşmak kaydıyla uyarlama söz konusu olabilir²¹⁶.

Hukukumuzda bir tarafın amacının boşa çıktığı bazı durumların sözleşmede bir değişiklik yapmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, kiracının kiralananı kullanma amacının boşa çıkması onu kira borcunu ödemekten kurtaramamakta (BK. m. 252), iş sahibinin, ısmarladığı eser işine yaramasa da ısmarladığı eserin bedelini ödeme

211 Olayda davacı, Tekel ile belirli miktarda şarap satın alma taahhüdünü içeren bir sözleşme yapmıştır. Sonra özel kurumlarca yapılan şarapların daha iyi nitelikte olması sebebiyle Tekel şaraplarının satışının azalmasını gerekçe göstererek sözleşmenin feshedilmesi talebinde bulunmuştur. Yargıtay, sözleşmenin yapıldığı tarihte de Tekel şarapları ile özel kurumlarca yapılan şaraplar arasında bir rekabetin olduğuna, dolayısıyla tek el şaraplarının satışının azalabileceğinin öngörülemediğini bahsedilemeyeceğine hükmederek davacının amacının boşa çıkmasını dikkate almamıştır. HGK. 16.11.1960, 4/43-283, İKİD, 1961, 179 (Gülekli, 61,dpn. 77'den naklen).

212 Bischoff, 203.

213 Oftinger, 612.

214 Serozan, hata için sözkonusu olan esaslilik unsurlarının (BK. m. 24/I. b. 4) kıyasen , bir amacın sözleşme konusuna girmiş kabul edilip edilemeyeceğinin tespitinde de kullanılabileceğini savunmaktadır. Serozan, Dönme, 393. Gülekli ise BK. m. 24/I. b. 4'ün bir tasavvurun işlem temelini oluşturup oluşturmadığının tespitinde kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Gülekli, 63. Larenz, bir tarafın amacının sözleşmenin konusuna dahil olmasını ancak karşı tarafın bunu garanti etmesi veya sözleşmeye bir şart olarak konması halinde mümkün görmektedir. Larenz, AT, 326. Serozan öngörülemeyen olayın uyarlamaya yol açabilmesi için taşıması gereken ağırlığın tespitinde de BK. m. 24/I. b. 4'ten yararlanmaktadır. Serozan, İfa, 225; Serozan, Dönme, 378.

215 Serozan, İfa, 224; Gülekli, 62 vd; Dural, Sözleşmenin Amacı, 912, 913.

216 Bischoff, 203.

yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır²¹⁷ (BK. m. 369). Sonuç olarak hukukumuz bakımından kural, “edimden bekleneni bulamama” riskine alacaklının katlanması olduğundan²¹⁸, amacın boşa çıkması ancak yukarıdaki sıkı şartlar altında uyarlamaya yol açabilir.

IV. Edimin İfa Edilmemiş Olması

Bir sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için edimlerin ifa edilmemiş olması gerekir. Bu uyarlamanın mantıki sonucudur. Zira uyarlama bir ifa imkânsızlığından değil, ifa güçlüğünden doğar. Dolayısıyla edim ifa edilmişse artık bir güçlükten söz edilemez²¹⁹. Diğer bir ifade ile taraflar sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekle, sözleşmenin ifa edilebilirliğini kabul etmiş olurlar²²⁰.

Öte yandan edimlerin ifasıyla borç sona erer ve sözleşme ortadan kalkar. Ortadan kalkmış bir sözleşmede ise uyarlama olmaz²²¹. Çünkü uyarlamada söz konusu olan, yapılacak edimlerde meydana gelen güçlüktür. Yoksa yerine getirilmiş olan edimlerdeki güçlük değildir²²². Edimin ifası zaten ortada bir güçlük olmadığını gösterir. Kanun bazı sözleşmeler için ifa edilmiş bir borçtan rücuya imkân tanımıştır (örneğin, BK. m. 244). Ancak bu hüküm bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde genişletilemez²²³. Demek ki uyarlama şartları oluşmasına rağmen borç ifa edilirse artık bundan geri dönülemez²²⁴. Bununla birlikte kısmî bir ödeme yapılmışsa kalan kısım için uyarlama talep edilebilir²²⁵. Sürekli borç ilişkilerinde ise aranacak olan nokta, ifaya başlanmaması değil ifa süresinin dolmamış olmasıdır²²⁶. Bu durumda daha önce ifa edilmiş olan edimler için bir uyarlama talebinde bulunulup bulunamayacağı konusunda Alman

217 Serozan, İfa, 224.

218 Serozan, İfa, 225.

219 Gürsoy, Clausula, 149; Kılıçoğlu, 161; Merz, Art. 2, N. 225.

220 Gürsoy, Clausula, 149; Baykal, 257; Bischoff, 219; Akyol, Dürüstlük, 86; Oftinger, 618; Burcuoğlu, Beklenmeyen Hal, 12.

221 Bischoff, 220; Gülekli, 53; Gürsoy, Clausula, 149; Baykal, 257; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 675.

222 Gürsoy, Clausula, 149.

223 Gürsoy, Clausula, 149.

224 Oftinger, 618; Bischoff, 220; Kaplan, 155; Oğuzman/Öz, 157.

225 Akyol, Dürüstlük, 86; Gülekli, 53; Burcuoğlu, Beklenmeyen Hal, 57.

226 Oğuzman/Öz, 157, dpn. 520a.

Federal Mahkemesi olumlu karar vermiştir²²⁷. Ancak yerine getirilmiş edimler için uyarlama yapılmamalıdır. Uyarlama henüz yerine getirilmemiş edimler için söz konusu olmalıdır. Hâkim doktrin de bu yöndedir²²⁸.

Edimin ihtirazı kayıtlı yerine getirilmesi durumunda da uyarlama talep edilebileceği kabul edilmektedir²²⁹. Buna göre değişen şartlardan etkilenen ve ifa güçlüğüne düşen taraf, edimini yerine getirmekle birlikte uyarlama talebini saklı tuttuğuna dair bir kayıtlı ifade bulunursa yine bu imkândan yararlanabilir.

Borçlar Kanunu Tasarısı da edimin ifa edilmemiş olmasını veya ihtirazı kayıtlı ifa edilmiş olmasını uyarlama kriterlerinden biri olarak aramaktadır (BKT. m. 143).

Yargıtay ise verdiği kararlarda bu kritere dikkat etmekte, edim herhangi bir kayıt konulmadan ifa edilmişse uyarlama talebini reddetmektedir²³⁰.

Ülkemizde özellikle kira ve kredi sözleşmelerinde gerek kiralayanın ihtar hakkını önlemek gerekse bankaların icra takipleri sebebiyle tüm mal varlıklarını kaybetmek durumunda kalmamak için borçlular şartlarını zorlayarak borçlarını ifa etmeye çalışmaktadır. Bu ifalar yapılırken uyarlama talep etme hakkını saklı tutan bir ihtirazı kayıt konulursa sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması yine istenebilir²³¹.

V. Uygun İlliyet Bağı

Uygun illiyet bağı aslında doğal bir kriterdir. Zira eğer sebep sonuç ilişkisi yoksa başka bir ifadeyle edimler arası dengenin bozulmasının sebebi, şartlardaki öngörülemeyen değişiklikler değilse, uyarlama söz konusu olmaz²³². Burada önemli olan nokta; hayatın normal akışına göre şartlardaki bu değişikliklerin edimler arası

227 BGHZ 25 (1985), S.393/94; NJW 1956, S.1072; NJW 1953, S.1585/86. Kararlar için bkz. Bischoff, 220 dpn., 202, 203, 204.

228 Oğuzman/Öz, 157; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 368; Bischoff, 220; Kaplan, 154; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 676; Merz, Art. 2, N. 225.

229 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 675; Kaplan, 155; Baykal, 257; Burcuoğlu, Beklenmeyen Hal, 13; Burcuoğlu, Uyarlama, 63.

230 Y.13.HD. 27.12.2002, 9911/14153; Y.13.HD. 3.6.1996, 4997/5538; Y.13.HD. 29.11.1993, 167/9332 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr). Federal Mahkemenin de bu yönde kararı bulunmaktadır. BGE 45 II 356 (Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 675).

231 Burcuoğlu, Beklenmeyen Hal, 13; Burcuoğlu, Uyarlama, 63.

232 Bischoff, 204; Wiegand, Art. 18, N. 100.

dengeinin bozulmasına yol açmasıdır²³³. Böyle bir uygun illiyet bağı varsa ancak o zaman sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması talep edilebilir.

VI. Kanunda veya Sözleşmede Bir Hüküm Bulunmaması

A) Genel olarak

Sözleşmenin hâkim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde bir uyarlamaya tâbi tutulabilmesi için sözleşmede veya kanunda bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmaması gerekir²³⁴.

Taraflar ileride, şartlarda meydana gelebilecek değişiklikleri göz önüne alarak buna dair düzenlemeler yapmışlarsa, uyarlama bu düzenlemeler çerçevesinde olur²³⁵.

Kanun koyucu, bazı sözleşmeler için şartların değişmesi halinde uygulanacak özel hükümler getirmiştir. Bu tür bir sözleşme varsa hâkim, sözleşmeyi kanun hükümleri uyarınca yeni şartlara uyarlamalıdır²³⁶. Burada hâkimin kanundaki risk dağılımını değiştirebilme yetkisi yoktur²³⁷. Öte yandan kanunda bir hüküm bulunması halinde kanunî uyarlamadan, sözleşmede bir hüküm bulunması halinde iradî (sözleşmeden doğan) uyarlamadan ve bu tür bir hüküm bulunmaması halinde de hâkimin uyarlamasından söz edilebilir²³⁸. Aslında kanunda ya da sözleşmede bir hüküm bulunsun bile taraflar anlaşamazlarsa yine hâkim söz konusu hükümlere bağlı kalarak uyarlamayı yapar. Oysa böyle hükümler yoksa kendisi, dürüstlük kuralı çerçevesinde

233 Saymen/Elbir, 877.

234 Kaplan, 150; Baykal, 246; Eren, 450; Jaggi /Gauch /Schluep, N.1288. “Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken, önce sözleşmede daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir.” Y.13.HD. 24.4.2002, 974/4522 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

235 Eren, 450; Bischoff, 91 vd.; Gülekli, 54; Eren, 450; Oğuzman/Öz, 450. Burcuoğlu, sözleşmede değişen şartlara ilişkin bir kaydın bulunmaması kriterini şaşırtıcı bulmaktadır. Zira uyarlamaya ön görülemeyen bir durum yol açarken, bunun öngörülüp sözleşmeye konması beklenemez. Burcuoğlu, Uyarlama, 63.

236 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 629; Kaplan, 128 vd.; Gülekli, 54; Eren, 45; Bischoff, 118 vd.; Oğuzman/Öz, 450.

237 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 629; Kaplan, 150.

238 Eren, 450; Gülekli, 54; Bischoff, 91, 118; Wiegand, Art. 18, N. 107.

uyarlamayı gerçekleştirir. Bu yüzden son durum, hâkimin uyarlaması olarak adlandırılmaktadır²³⁹.

Kanunda veya sözleşmede bir hüküm bulunmaması, uyarlamanın kriterleri olarak incelenmektedir. Bu durum uyarlama için gerçekten de bir kriterdir. Ancak bu tür hükümlerin bulunması ise uyarlamanın diğer çeşitlerini oluşturmaktadır. Burada uyarlamanın kriterlerinden biri olarak sözleşmede veya kanunda bir hüküm bulunmaması konusu genel hatlarıyla incelenmiştir. İradi ve kanunî uyarlamanın nasıl yapılacağı konusu ise üçüncü bölüme bırakılmıştır.

B) Sözleşmede Bir Hüküm Bulunmaması

1) Genel Olarak

Sözleşmede hüküm bulunmaması, tarafların uyarlamaya ilişkin hiçbir düzenleme yapmamış olmaları anlamına gelir. Bunu tespit edebilmek için öncelikle sözleşmedeki hükmün varlığının ve kapsamının belirlenmesi gerekir.

Sözleşme serbestisi, sözleşmeye değişen şartlara ilişkin bir hüküm konulabilmesine imkân tanır. Taraflar bu çerçevede, şartların değişmesi haline yönelik olumlu veya olumsuz bir uyarlama kuralını sözleşmeye koyabilirler²⁴⁰. Bu durum taraflar için bir yükümlülük değildir. Düzenleme yapılmamış olması sözleşmenin uyarlanamayacağı anlamına gelmez. Ancak geçmişte yaşanan siyasî, ekonomik ve sosyal olaylar, insanların geleceğe dair beklentilerinde daha temkinli davranmalarını sağlamıştır²⁴¹. Bu yüzden genellikle bir sözleşme yapılırken -özellikle uzun süreli sözleşmelerde- şartların değişmesine dair hükümler konulmaktadır. Böylece şartların değişmesinden kaynaklanan risk, taraflarca düzenlenerek ya paylaştırılmış ya da bir tarafa yüklenmiş olmaktadır²⁴².

239 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 621; Bu durum “dar anlamda hâkimin sözleşmeye müdahalesi” olarak da adlandırılmaktadır. Kaplan, 11.

240 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 576 vd.; Bischoff, 59; Gürsoy, Clausula, 157; Eren, 450.

241 Merz, Art. 2, N. 202; Bischoff, 91.

242 Bischoff, 91; Merz, Art. 2, N. 202.

Tarafların koydukları uyarlamaya ilişkin bu kayıtlar, hâkimi bağlar. Hâkim bu kaydı uygulamakla yükümlüdür²⁴³.

Sözleşmedeki uyarlama hükümleri çeşitli niteliklerde olabilir. Bazı hükümler uyarlamaya imkân tanırken, bazıları engeller. Bazı kayıtlar açıkça ifade edilmiştir, bazıları ise örtülü şekilde kararlaştırılmıştır. Hâkimin görevi bu hükmü tam olarak tespit etmek ve uygulamaktır. Uyarlama hükümlerinin açık ve net olmadığı durumlarda hâkim bunu sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması yoluyla yapar²⁴⁴. Ancak her şeye rağmen uyarlamaya dair bir düzenlemeye ulaşamazsa -ki bu durum bir sözleşme boşluğu ya da uyarlama boşluğu (anpassungslücke) olarak adlandırılmaktadır²⁴⁵- önce kanuna bakar, yine bir hüküm bulunmazsa artık kendisi dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeyi uyarlar²⁴⁶.

Sözleşmede bulunan hükme göre yapılan uyarlamaya sözleşmeye dayalı (iradî) uyarlama denilmektedir²⁴⁷.

2) Sözleşmedeki Hükümün Niteliği

Taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde, uyarlamaya ilişkin diledikleri bir düzenleme yapabilirler²⁴⁸. Ancak bu düzenleme, BK. m. 19 ve m. 20 anlamında kanuna, ahlâka, kamu düzenine aykırı bulunmamalı, kişilik haklarını ihlal etmemeli ve

243 Oftinger, 606; Gürsoy, Clausula, 157; Wiegand, Art. 18, N. 118.

244 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 593; Bischoff, 59 vd.

245 Doktrinde bu durumun bir boşluk olarak nitelendirilemeyeceği, zira öngörülemeyen bir durumun düzenlenmesinin beklenemeyeceği için bir boşluk teşkil etmeyeceği görüşü de savunulmaktadır. Saymen/Elbir, 879. Burcuoğlu da öngörülmeleyen bir durumun düzenlenmesinin beklenmesini şaşırtıcı bulmaktadır. Burcuoğlu, Uyarlama, 63.

246 “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. Bu yöntem sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hâl ve şartlara uyarlanması denir.” Y.13.HD. 24.1.2002, 11582/583 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

247 Eren bu durumu aynı zamanda “iradî uyarlama” olarak adlandırmaktadır. Eren, 450. Doktrinde “sözleşmesel uyarlama” (Güleki, 54), “sözleşmesel risk paylaşımı” (Bischoff, 91) terimleri de kullanılmaktadır.

248 Jaggi /Gauch /Schluep, N. 1284; Bischoff, 92; Eren, 450; Kaplan, 119; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 576.

imkânsız olmamalıdır. Örneğin bir taraf için baştan konulan, şartların değişmesi halinde uyarılama talebinde bulunulamayacağı yolundaki hüküm, kişilik haklarına aykırıdır²⁴⁹.

Sözleşme serbestisi taraflara, meydana gelecek değişikliğin tüm riskini bir tarafa yükleme imkânı da verir²⁵⁰. Ancak söz konusu değişiklik, bir sosyal felaket boyutunda meydana gelirse, böylesi bir felâketin tüm olumsuzluklarını bir tarafa yüklemek ne kadar adil olur? Bu sorunun cevabını somut sözleşme bakımından vermek gerekir. Örneğin silah üreten bir firmayla yapılan sözleşmede, savaş çıkması ihtimali, firma lehine bir durum hatta bir şans olduğundan, böyle bir ihtimalin sonuçlarını silah firması tamamen üstlenmiş kabul edilebilir²⁵¹. Bununla birlikte bir tüketici kredisi sözleşmesinde bankaların kendi lehine kayıtlarına rağmen, ekonomik krizin tüm riski tüketiciye yüklenilemez²⁵².

Bazı sözleşmelerdeki uyarılama hükümleri, değer kayıplarından kurtulmak için yabancı para, altın, tüketici fiyat endeksi gibi kayıtlar içermektedir. Borçlu ifa gününde bu kayıtlar üzerinden ödeme yapmaktadır. Böylece değer kaybından kaynaklanan riske borçlu katlanmış olmaktadır²⁵³.

Sözleşmedeki uyarılama kaydı, olumlu nitelikte olabileceği gibi olumsuz nitelikte de olabilir²⁵⁴. Örneğin sözleşmenin her durumda ifa edileceğine dair kayıt, olumsuz bir uyarılama kaydıdır²⁵⁵. Beklenmedik bir olayın ortaya çıkması halinde sözleşmenin sona ereceği şeklinde bir kayıt konulması da mümkündür²⁵⁶.

Taraflar, uyarlamaya ilişkin hükmü sözleşmeyi kurarken belirleyebilecekleri gibi, sözleşme sürerken ya da öngörülme-yen olay ortaya çıktıktan sonra da kararlaştırabilirler²⁵⁷. Böyle bir durum taraflara müzakere yoluyla her ikisini de tatmin

249 Bischoff, 92; Gürsoy, Clausula, 157.

250 Gürsoy, Clausula, 157.

251 Bischoff, 93.

252 Geniş bilgi için bkz, Baykal, 248 vd.

253 Gürsoy, Clausula, 157 vd.; Bischoff, 91; Eren, 451; Atabek, 91; Gülekli, 54; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 578; Baygın, 23 vd.

254 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 576; Jaggi /Gauch /Schluep, N. 1284; Eren, 45; Bischoff, 95 vd.; Kaplan, 119 vd.

255 Bischoff, 106; Kaplan, 124.

256 Bischoff, 96; Kaplan, 120.

257 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 576; Bischoff, 93.

edecek bir çözüm bulma şansı verir. Burada, şekle tâbi bir sözleşme kurulduktan sonra uyarlama konusunda yapılan düzenlemenin de şekle tâbi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. BK. m. 12'ye göre kanunen adi yazılı şekle tâbi tutulan bir sözleşmede, yapılacak değişiklik de aynı şekilde olmalıdır. Bu hususun resmî şekle tâbi sözleşmelerde de kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²⁵⁸. Ancak sözleşmenin esaslı noktalarını değiştirmeyen, sadece yan noktalara ilişkin tamamlayıcı nitelikteki değişikliklerin ise bu şekilde yapılmasına gerek yoktur (BK. m. 12/ c. II). Uyarlamaya yönelik değişiklikler ise esasa ilişkindir. Zira sözleşmedeki bedeli artırmakta, azaltmakta veya onun sona erdirilmesine yol açmaktadır. Bu sebeple eğer yapılan sözleşme bir şekle tâbi ise sonradan uyarlama konusunda eklenen değişikliğin de aynı şekilde yapılması gerekir²⁵⁹.

Değişen şartlara ilişkin risk paylaşımı her somut olay bakımından farklılık gösterir. Taraflar, söz konusu riski en az şekilde yüklenmek isteyeceğinden, karar verilirken menfaat durumlarına, alınan tedbirlere ve başlangıçta sağlanan dengeye bakmak gerekir²⁶⁰.

3) Sözleşmedeki Hükümün Uygulanması

Sözleşmedeki hükümlerin uygulanması için öncelikle tam olarak tespit edilmesi gerekir. Bu, sözleşmenin yorumlanması yoluyla olur. Hâkim, sözleşmenin yorumlanmasıyla, tarafların şartların değişmesi ihtimalini hesaba katıp katmadıklarını açık veya örtülü bir hüküm koyup koymadıklarını ve bu hükmün ortaya çıkan durumu tam olarak kapsayıp kapsamadığını araştırır²⁶¹. Bu yorumla sadece taraflar arasında riskin nasıl paylaştırıldığı değil, nereye kadar üstlenildiği de belirlenir²⁶². Sözleşmenin yorumu hiç ya da tam sonuç vermiyorsa sözleşmenin tamamlanması gerekir²⁶³.

258 Oğuzman/Öz, 126; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 129; Eren, 266, dpn. 73.

259 Aynı görüş, Bischoff, 92.

260 Bischoff, 93.

261 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 23; Bischoff, 59; Medicus, Vertragsauslegung, 633.

262 Bischoff, 59.

263 Bischoff, 62.

a) Sözleşmenin Yorumlanması

Sözleşmenin yorumlanması, BK. m. 18/I çerçevesinde olur. BK. m. 18/I'e göre tarafların bilerek veya bilmeyerek kullandıkları ifadeler değil, gerçek iradelerine bakılır. Diğer bir deyişle hâkim öncelikle gerçek ve ortak iradeleri belirlemeye çalışır²⁶⁴. Ortak irade belirlenebiliyorsa hâkim uyarlamayı buna göre yapar²⁶⁵. Ancak bu her zaman kolay olmadığından farazî iradelerin tespiti gerekir. Zira tarafların gerçek ve ortak iradesini tespit sonuçsuz kalıyorsa, hâkimin görevi sözleşmenin kuruluşu sırasındaki farazî iradeleri araştırmaktır²⁶⁶. Farazî irade, gerçek ortak iradenin tespit edilemediği durumlarda güven nazariyesi çerçevesinde irade beyanlarının yorumu ile ulaşılan iradedir²⁶⁷. Gerek gerçek irade gerekse farazî iradeyi tespit ederken sözleşmenin bütünü içinde tarafların kullandıkları ifadeler, deyimler değerlendirilir, sözleşmenin yapıldığı sıradaki şartlar ve tarafların sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışları önem taşır²⁶⁸. Hâkim burada objektif bir yorum yapmadan önce subjektif yoruma başvurmalı, somut sözleşme için tarafların sahip olduğu gerçek ve ortak iradeyi tespiti çalışmalıdır²⁶⁹.

Sözleşmenin yorumlanmasıyla, tarafların gerçek veya farazî ortak iradelerine ulaşılabilmesi uyarlama açısından olumlu bir sonuçtur²⁷⁰. Zira taraflar, şartların değişmesi halinde sözleşmenin durumunu olumlu veya olumsuz bir uyarlama kuralı ile düzenlemişlerdir. Böylece açık ya da örtülü de olsa tarafların taşıyacağı risklerin sınırı belirlenmiş olur ve artık bu durum taraflar için bağlayıcıdır²⁷¹.

Sözleşmenin yorumlanmasıyla tarafların gerçek veya farazî ortak iradelerine ulaşamaması, uyarlama açısından olumsuz bir sonuçtur²⁷². Bu durumda sözleşme bir boşluk içerir ve bu boşluğun tamamlanması gerekir.

264 Oğuzman/Öz, 151; Eren, 437; Kaplan, 26 vd; Merz, Art. 2, N.121.

265 Bischoff, 60.

266 Eren, 437; Oğuzman/Öz, 151; Kaplan, 26; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 332.

267 Oğuzman/Öz, 151; Eren, 440; Kaplan, 26; Merz, Art. 2, N.

268 Oğuzman/Öz, 152; Eren, 434; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 151; Kaplan, 31 vd; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 344 vd.

269 Bischoff, 60; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 150.

270 Bischoff, 61; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 314.

271 Bischoff, 61.

272 Bischoff, 61; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 315.

b) Sözleşmenin Tamamlanması

Sözleşmenin yorumlanması sonucunda değişen şartların sözleşmeye etkisine ilişkin bir düzenlemeye ulaşılamıyorsa yani taraflar bu konuyu hiç düzenlememişlerse veya tam olarak düzenlememişlerse sözleşmede bir boşluk vardır²⁷³. Bu boşluğun doldurulması için sözleşmenin tamamlanması gerekir.

Genel olarak sözleşmedeki boşluk, tarafların bu noktayı isteyerek düzenlememiş olmalarından, ileride düzenlemeyi kabul edip sonra anlaşılamamalarından ya da konu üzerinde hiç durmamış olmalarından kaynaklanır²⁷⁴. Burada durumun özelliği gereği daha ziyade tarafların konu üzerinde hiç durmamış olmaları söz konusudur. Zira boşluğu ortaya çıkaran sebep, sonradan meydana gelen ve öngörülmeven durumlardır. Şartlarda böyle bir değişiklik olmasaydı boşluk da ortaya çıkmayacaktı²⁷⁵. Demek ki sözleşmenin tamamlanması, yorumlama ile ortaya çıkan ancak kapatılamayan boşluğu, bir bakıma sözleşmenin içeriğini genişleterek doldurmaktır²⁷⁶.

Bir sözleşmenin tamamlanmasının nasıl yapılacağı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır²⁷⁷. Bir görüşe göre sözleşmenin tamamlanmasında önce tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurulmalıdır²⁷⁸. Başka bir görüşe göre tarafların farazî iradelerinden yola çıkılmalıdır²⁷⁹. Karma görüş ise her iki görüşü birleştirir ve tipik olmayan özellikler taşıyan sözleşme için farazî iradenin araştırılmasını, tipik sözleşmeler için kanuna başvurulmasını savunur²⁸⁰.

Kanaatimizce burada öncelik, tamamlayıcı hukuk kurallarındadır. Tamamlayıcı hukuk kurallarının amacı zaten tarafların düzenlemedikleri hususlarda hâkime yol göstermektedir. Bir meselede hakkında sözleşmeye hüküm konulmaması onun taraflar nezdindeki taliliğini ortaya koyar. O halde tamamlayıcı hukuk kuralları bu noktada tarafların farazi iradelerinden önceliklidir. Bu durum farazi iradelerin tesbitinin zor

273 Bischoff, 62; Oğuzman/Öz, 153; Eren, 443; Kaplan, 81; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 486, 625.

274 Oğuzman/Öz, 153; Kaplan, 10.

275 Bischoff, 62.

276 Bischoff, 62.

277 Bu görüşlerin geniş açıklanması için bkz, §1, IV, B.

278 Oğuzman/Öz, 154; Kaplan, 88.

279 Bischoff, 64; Jaggi/Gauch Art. 18, N. 306, 322.

280 Larenz, Auslegung, 140 (Bischoff, 64, dpn.35'den naklen).

olması bakımından da tercih edilmelidir. Ancak eğer kanun bu konuda tamamlayıcı hükümler içermiyorsa o zaman hâkim tarafların farazi iradelerinden yola çıkmalıdır²⁸¹.

Sözleşmenin tamamlanması sonucunda iki ihtimal ortaya çıkar; tamamlama ya olumlu ya da olumsuz sonuçlanır. Tamamlayıcı hukuk kuralları boşluğu doldurabiliyorsa sonuç olumludur. Eğer tamamlayıcı hukuk kuralı bulunmuyor ama sözleşmede değişen şartların sözleşmeye etkisi konusunda ortak bir birleşme noktasına ulaşılabiliriyorsa sonuç yine olumludur²⁸². Hâkim işin mahiyetine bakarak, sözleşmedeki boşluğu dolduracağından (BK. m. 2/II), makûl ve dürüst kimseler sözleşmeyi yaparken böyle bir boşluğu önlemek isteselerdi, nasıl bir çözüm kabul edeceklerdiyse, bu çözüm tarafların farazî ortak iradesi olarak kabul edilir²⁸³. Ancak boşluk teşkil eden konu, sözleşmenin yapıldığı sırada belli olmadığından (öngörülemediğinden) farazî irade, bu noktanın gerçekleşeceğini taraflar bilselerdi nasıl bir hüküm koyarlardı şeklinde değil, ihtimal olarak düşünselerdi nasıl bir hüküm koyacaklardı şeklinde tespit edilmelidir²⁸⁴. Böylelikle tespit edilen farazî ortak iradeyle, sözleşmedeki boşluk doldurulmuş olur²⁸⁵.

Ancak sözleşmede hiçbir ortak birleşme noktası bulunamıyorsa yani tarafların farazî iradeleri bile bir ipucu vermiyorsa ya da yetersiz, çok az ipucu veriyorsa sözleşmedeki boşluk taraf iradeleriyle doldurulamamış olur. Bu durum ise olumsuz sonuç teşkil eder²⁸⁶. Böyle bir halde hâkim dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmeyi değişen şartlara uyarlar.

C) Kanunda Bir Hüküm Bulunmaması

1) Genel Olarak

Bir sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için, o sözleşmeye ilişkin kanunda bir hükmün bulunmaması gerekir. Bir başka deyişle, kanunun o sözleşmeye

281 Bischoff aksi görüştedir. Yazara göre taraf iradeleri öncelik taşır. Eğer sözleşme, taraf iradelerinin anlaşılabilirliği hiçbir ipucu taşımıyorsa bu durumda tamamlayıcı hukuk kuralları devreye girer. Zira artık önemli olan “bu sözleşme için” değil, “bunun gibi bir sözleşme için” boşluğu doldurmak ve tamamlamayı gerçekleştirmektir. Kanundaki düzenleme aslında “tipik bir taraf iradesi örneğini” oluşturmaktadır. Kanunda düzenlenen tipik sözleşmenin tamamlanmasında bile somut sözleşmenin özel düzenlemelerinin dikkate alınması gerekir. Bischoff, 65.

282 Bischoff, 68.

283 Oğuzman/Öz, 154; Bischoff, 66; Kaplan, 86 vd.

284 Oğuzman/Öz, 154, dpn. 506; Bischoff, 66.

285 BGE 115 II 484 (Koller/Schwander, 289).

286 Bischoff, 69.

dair, değişen şartların etkisiyle ilgili açık veya örtülü bir düzenleme getirmemiş olması aranır²⁸⁷. Zira böyle bir düzenleme hem tarafları hem de hâkimi bağlar²⁸⁸. Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, uyarlama bu kanun hükmü çerçevesinde yapılır.

Hukukumuzda genel bir uyarlama hükmü bulunmamaktadır²⁸⁹. Doktrinde, istisna sözleşmesi için getirilen BK. m. 365/II hükmünün tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde genelleştirilmesi fikri²⁹⁰ savunulsa da çok taraflar bulamamıştır.

BK.'nda değişen şartların sözleşmeye etkisini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamasının sebebi, kural olarak bu riske ahde vefa ilkesi uyarınca ilgili tarafların katlanmak zorunda olmasıdır²⁹¹. Ancak Borçlar Kanunu, bazı sözleşmeler için bu konuda özel düzenlemeler getirmiştir²⁹². Bu düzenlemeler, kanunun hem özel hem de genel kısımlarında yer almaktadır²⁹³. Söz konusu düzenlemelerin ortak yönü ise sonradan meydana gelen durumların, sözleşme üzerindeki etkisinin dikkate alınmasıdır²⁹⁴. Kanun bu tür açık düzenleme yanında, örtülü bir düzenleme de yapmış olabilir²⁹⁵. Kanundaki açık hükümler, içeriklerinin düzenlenişine göre olumlu ve olumsuz uyarlama hükümleri şeklinde bir ayırma tâbi tutulmaktadır²⁹⁶.

Kanunun bir düzenleme yapmaması hiçbir zaman uyarlama yapılamayacağını anlamına gelmez. Kanunda veya sözleşmede bir hüküm yoksa kural ahde vefa ilkesi uyarınca tarafların kendilerine düşen zararları yine kendilerinin taşımasıdır. Ancak şartlarda öngörülemeyen biçimde sonradan meydana gelen ve edimler arası dengeyi aşırı bozan bir değişiklikte herhangi bir düzenleme olmasa bile dürüstlük kuralı gereği hâkim sözleşmeyi yeni şartlara uyarlar.

287 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 595; Bischoff, 119.

288 Kaplan, 151; Bischoff, 70. Öte yandan Alman Hukuku yeni yapılan bir değişiklikle böyle bir hüküm kazanmıştır. (BGB Art. 313). Hukukumuz bakımından BKT. da genel bir hüküm içermektedir (BKT. m. 143).

289 Eren, 451; Kaplan, 128. İsviçre Hukukunda da bu tarz bir hüküm bulunmamaktadır. Jaggi / Gauch / Schlupe, N. 1286; Bischoff, 119; Merz, Art.2, N.190.

290 Schwarz, Akitler, 198; Eren, 451; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1006.

291 Merz, Art. 2, N. 190; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 681; Kaplan, 128; Bischoff, 118; BGE 104 II 314; BGE 59 II 264 (Burkhardt, 311, dpn. 470).

292 BK. m. 82, m. 262, m. 264, m. 282, m. 286, m. 310....gibi.

293 Merz, Art. 2, N.190; Bischoff, 119; Eren, 451; Kaplan, 128.

294 Bischoff, 119.

295 Bischoff, 119.

296 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 595 vd.; Eren, 451; Kaplan, 129.

2) Kanundaki Hükümün Uygulanması

Sözleşmede bir düzenleme bulunmuyorsa, kanun hükümlerine bakmak gerekir. Kanundaki uyarlamaya ilişkin hükümler belirli bir sözleşmeye yönelik (örneğin, BK. m. 365/II, BK. m. 264) olabileceği gibi genel nitelikte (örneğin, BK. m. 82) de olabilir. Ancak her iki durumda da kanun hükümleri ikincil niteliktedir²⁹⁷. Tarafların sözleşmede bu alanı düzenlememiş olmaları halinde uygulanırlar. Diğer bir deyişle kanun hükümleri tamamlayıcı nitelik taşırlar²⁹⁸. Örneğin bir istisna sözleşmesinde kanun koyucu öngörülmeven durumların etkileri hakkında BK. m. 365/II'yi vazetmiştir. Bununla birlikte taraflar kendi istisna sözleşmelerinde bu hükmü kaldıran veya değıştiren bir düzenleme koyabilirler. Böyle bir düzenleme varsa o uygulanır, yoksa hâkim ve taraflar kanun hükmüyle bağıdırlar²⁹⁹.

Hâkim öncelikle önüne gelen olaydaki sözleşmenin, kanundaki düzenlemeyle uyumlu olup olmadığını tespit eder, niteliğine aykırı değilse uygular³⁰⁰. Zira kanunun uygulanması sadece “soyut kuralların somut kurallara yansıtılması” değildir³⁰¹. Kanunun uygulanabilmesi için önce uygulanacak hükmün tespiti gerekir. Bu tespit ise uygulanacak hükmün yorumlanmasına bağıdır³⁰². Hâkim bir kanun hükmünü uygularken onun gerçek kapsamını belirlemekle yükümlüdür³⁰³. Bunu yaparken de kanunun sözünden çıkan anlamla yetinmez, özünden çıkan anlamı da araştırır³⁰⁴.

Kanunun yorumlanması sonucunda, somut sözleşme için üç ihtimal ortaya çıkar;

Birinci ihtimalde değışen şartların sözleşmeye etkisi konusunda kanunda açık bir hüküm vardır ve uyarlanmaya imkân tanımaktadır. Hâkim bu kuralı uygular.

297 Bischoff, 120.

298 Bischoff, 71.

299 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 627; Bischoff, 70; Kaplan, 151.

300 Bischoff, 69.

301 Edis, Medenî, 183.

302 Edis, Medenî, 183.

303 Edis, Medenî, 184. Bu bakımdan kanunun yorumuyla sözleşmenin yorumu birbirine paraleldir, Medicus, Vertragsauslegung, 637.

304 Edis, Medenî, 185.

İkinci ihtimalde yine bu konuda açık bir hüküm vardır ancak uyarlamaya imkân tanımamaktadır .Hâkim bu durumda uyarlama yapamaz, mevcut risk taraflar üzerinde kalır.

Üçüncü ihtimal, kanunda uyarlamaya ilişkin olumlu veya olumsuz hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Şimdi böyle bir durumun ne anlama geldiğini inceleyelim.

3) Kanunun Uyarlamaya İlişkin Genel Bir Hüküm İçermemesinin Anlamı

Kanun koyucu bazı sözleşmeler için uyarlamaya imkân veren ya da yasaklayan hükümler koymakla birlikte uyarlama konusunda olumlu veya olumsuz genel bir hüküm getirmemiştir. Kanun böyle genel bir hüküm içermediğine göre bu durum neye işaret etmektedir? Bu konuda farklı değerlendirmeler yapmak mümkündür. İlk akla gelen kanun koyucunun düzenleme getirmemesinin nitelikli suskunluk olarak değerlendirilebileceğidir. Bu halde mevcut düzenlemeler, ahde vefanın istisnasını teşkil eder ve söz konusu düzenlemeler dışında uyarlama yapılamaz³⁰⁵. Böyle bir anlayış işin niteliğine aykırıdır, çünkü kanun koyucu ne bütün sözleşme tiplerini ne de öngörülmeleyen durumları düzenleyebilir. Genel bir hüküm konmaması ise tamamen kanunun hazırlandığı dönemle ilgilidir³⁰⁶.

Diğer bir değerlendirme kanun koyucunun bazı durumlarda uyarlamaya imkân tanıyarak ahde vefa ilkesinin sınırlandırılabilceğini göstermiş olduğudur³⁰⁷. Kanaatimizce bu doğru bir düşüncedir. Genel bir hüküm bulunmaması uyarlama yapılabilmesini engellemez. Kanun koyucu MK. m. 2 ile buna dolaylı olarak imkân vermiştir. Eğer MK. m. 2 olmasaydı o zaman aksi düşünülebilirdi.

Bir başka değerlendirme ise değişen şartların öngörülememesinin kanun koyucu için de normal olduğudur³⁰⁸. Kanun koyucu böyle durumları öngöremediğinden düzenlememiştir, yoksa istisnalar dışında uyarlamaya imkân tanımamak niyetinde değildir. Kanaatimizce bu durum kanun koyucu bakımından temel sebep olamaz. Zira yapılacak düzenleme öngörülemeyecek durumları sıralayan bir hüküm değil, bunun

305 Bischoff, 70.

306 Schwarz, Akitler, 198.

307 Bischoff, 70; Wiegand, Art. 18, N.115.

308 Bischoff, 70.

etkilerinin sözleşmede meydana getireceği katlanılamazlığa sonuç bağlayan bir hüküm olacaktı.

Sonuç olarak kanun koyucunun suskunluğu ne istisnalar dışında uyarlamaya imkân tanımama ne de sınırsız bir uyarlama yapılabileceği anlamına gelir.

Sözleşmede ve kanunda bir hüküm bulunmaması halinde hâkim uyarlamayı nasıl yapacaktır? Burada aynı sonuca çıkan iki yöntemden bahsedilebilir: Birinci yöntem göre³⁰⁹ kanunda bir hüküm bulunmaması kanun boşluğu teşkil eder. Hâkimin görevi MK. m. 1 çerçevesinde önce bu boşluğu doldurmak ve bulunan kuralı sözleşmeye uygulayarak sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamaktır. Hâkim bu esnada MK. m. 2/I'den de yararlanır. İkinci yöntem³¹⁰ bunu bir kanun boşluğu sayarak boşluk doldurma yolunda gitmeden, doğrudan MK. m. 2/I çerçevesinde hâkime uyarlama imkânı vermektedir. Her iki yöntem de uyarlama için MK. 2/I'den yararlanmaktadır. Diğer bir deyişle aynı sonuca farklı yollardan varmaktadırlar. Kanaatimizce doğrudan MK. 2/I'i uygulamak hâkim açısından daha pratik olur. Sadece o sözleşme için önemli olan sürenin uzatılması, kısaltılması, bedelin indirilmesi, yükseltilmesi, sona erdirilmesi gibi konularda önce MK. m. 1 uyarınca soyut bir hüküm koyup, sonra bu hükmü olaya uygulamak yerine daha işin başında dürüstlük kuralı uyarınca meseleyi çözebilir. Zira bunlar yalnızca somut sözleşmeyi ilgilendiren durumlardır. Öte yandan kanunda bu konuda bir boşluk da bulunmamaktadır. Şartların değişmesini düzenleyen genel bir hüküm yoktur ancak doktrin ve mahkeme kararları ile hâkim olan görüşe göre bu konu MK .m. 2/I'in kapsamına girmektedir.

Kanunda genel hüküm bulunsa bile hâkim yine önce sözleşmede bir hüküm olup olmadığına bakar. Sözleşme bir düzenleme içermiyorsa o zaman kanunda özel bir düzenleme bulunup bulunmadığını araştırır. O da yoksa doktrin ve mahkeme kararlarıyla belirlenmiş kriterlerin oluşmasına göre sözleşmeyi dürüstlük kuralı çerçevesinde yeni duruma uyarlar. Görüldüğü gibi genel bir hüküm bulunmasa da MK. m. 2/I, hâkime bu imkânı tanımaktadır. Ancak, hâkim sınırsız bir yetkiye sahip

309 Bischoff, 70; Jaggi/Gauch/Schlupe, N.1287; Dural, İmkânsızlık, 65; Kaplan, 156.

310 Oğuzman/Öz, 451; Erman, 54; Saymen/Elbir, 882; Reisoğlu, Borçlar , 333; Gönensay, Mukaveleler, 170; İmre, İktisadi Meseleler, 190.

değildir. Aksi hal, irade serbestisi ve ahde vefa ilkelerinin sonu olurdu³¹¹. Zira taraflar serbest iradeleriyle kurdukları sözleşmelerde, şartlardaki en ufak değişikliği ileri sürerek, üstlenmek zorunda oldukları risklerden hâkim eliyle kurtulmak isteyebilirler. Bu yüzden doktrin ve mahkeme kararıyla oluşmuş uyarlama kriterlerini esas alan hâkim, dürüstlük kuralı çerçevesinde uyarlama yapmalıdır. Bu kriterlerin oluşmaması halinde taraflar, sözleşmeden doğan risklere kendileri katlanırlar.

VII. Kusurun Bulunmaması

A) Genel Olarak

Uyarlamada söz konusu olan kusur, ne haksız fiil sorumluluğu ne de akdî sorumluluk anlamında bir kusurdur. Burada aranan kusur, somut olayda dürüst bir insan gibi hareket edilip edilmediğinin tespiti³¹². Eğer böyle davranılmışsa kusur yoktur. Aksi davranış ilgili tarafı kusurlu hale sokar. Bu durum aslında kimse kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemez (nemo auditur turpitudinem suam allegans) ilkesinin sonucudur³¹³. Zira hukukumuzda borcun kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi ya da ifanın mümkün olmaması hallerinde borçlu borcundan ancak hiçbir kusuru yoksa kurtulabilir³¹⁴ (BK. m. 96, m. 117). O halde uyarlama yapılabilmesi için tarafların kusurunun bulunmaması gerekir.

B) Kusurun Tespiti

Bir sözleşme için uyarlama talebinde bulunan tarafın, kusurunun bulunmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle kusurlu olan taraf, değişen şartlar sebebiyle ediminin ağırlaştığını ileri sürerek uyarlama talebinde bulunamaz³¹⁵.

Uyarlamada söz konusu olan kusurun iki yönü vardır. Birincisi şartların değişmesinde, ikincisi edimin ağırlaşmasında ortaya çıkar.

311 Bischoff, 71.

312 Gürsoy, Clausula, 153; Baykal, 250.

313 Baykal, 250.

314 Gürsoy, Clausula, 153; Kaplan, 152; Bischoff, 216.

315 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 673; Merz, Art. 2, N. 227; Kaplan, 152; Gürsoy, Clausula, 153; Baykal, 250; Saymen/Elbir, 877; Serozan, İfa, 225.

Şartların değişmesine kendi kusuruyla sebep olan taraf, uyarılama talep edemez. Uyarılama için sosyal felaket niteliğinde bir olayın varlığını arayan görüşe göre böyle bir olay kişiler üstü olduğundan bir tarafın kusurundan kaynaklanamaz. Zira bir tarafın olağanüstü bir olaya yol açması mümkün değildir³¹⁶. Oysa uyarılama yapılabilmesi için sosyal felaket boyutunda bir olayın gerçekleşmesi aranmaz. Sonradan meydana gelen öngörülemez bir olayın varlığı yeterlidir. Dolayısıyla bir tarafın böyle bir olaya kendi kusuruyla yol açması da mümkündür. Bununla birlikte kendi yol açtığı duruma dayanarak uyarılama talebi sözkonusu olmasa da, bu çok karşılaşılabilecek bir durum değildir. Öte yandan uyarlamayı talep eden tarafın, objektif olarak öngörülebilir bir olayı, öngörememesi de bir kusur teşkil eder³¹⁷. Ancak yine de somut olayın özelliklerini gözönünde tutmak gerekir³¹⁸. Eğer ifadaki zorluk, öngörülerini aşan bir hal almışsa artık borçlunun kusurunda söz edilemez³¹⁹.

İkinci olarak kusur, edimler arasındaki dengesizliğin aşırı bozulmasında ortaya çıkar. Bu noktada özellikle tarafların davranışları önem taşır. Örneğin, durumun daha fazla ağırlaşmasını önlemek için gereken tedbirler alınmamışsa, başka sözleşmeler yüzünden ifa hazırlıkları ihmal edilmişse veya borçlu böylelikle durumunu ağırlaştırmışsa, alacaklı borçlunun vaktinde ifasına imkân vermemişse kusur unsuru oluşmuştur³²⁰. Hatta istisna sözleşmesi bakımından borçlunun, durumun ağırlaştığını alacaklıya haber vermemesi de bir kusurdur³²¹.

İsviçre Federal Mahkemesi, ithalatçıların ihtiyaç duydukları dövizi zamanında tedarik etmemesini kusur olarak kabul etmiştir³²². Yargıtay da ihaleye girdiği sırada piyasada bol miktarda demir varken daha sonra müteahhidin demir bulamamayı bir

316 Bischoff, 217.

317 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 666; Merz, Art. 2, N. 223; Oftinger, 607; Baykal, 251.

318 Akyol, Dürüstlük, 87; Baykal, 251; Gürsoy, Clausula, 156.

319 Serozan aynı sonuca uyarılama kriterlerinden birinin eksikliğinin öbürlerinin ağırlığıyla kapatılacağı düşüncesiyle varmaktadır. Serozan, Sözleşme, 381; Serozan, İfa, 226.

320 Gürsoy, Clausula, 154 vd.; Baykal, 252; Baygın, 146.

321 Erman, 89; Becker, İstisna, 325.

322 Jdt 1935 I 200, Thilo, Para Borcu, 350; Oftinger, 607; Gürsoy, Clausula, 155. Yargıtay HGK'nun da davalı kurumu, sözleşmenin ifası için gerekli olan dövizi önceden tedarik etmediği ve tedarik edememe ihtimaline karşı tedbir almadığı için kusurlu bulunduğu bir kararı mevcuttur. HGK. 18.4.1984, 11-139, 426 (YKD. 1985, C. 11, S. 3, 321). Bu karar hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayan, Ticari Satım, 235 vd..

mücbir sebep olarak ileri sürmesini reddetmiş ve müteahhidi kusurlu bulmuştur³²³. Diğer taraftan bankalarla yapılan kredi sözleşmelerinde yaşanan büyük ekonomik krizlere rağmen, gerekli tedbirleri almadıkları için kredi borçluları kusurlu bulunamaz³²⁴. Zira Doğanay'ın yerinde olarak belirttiği gibi önceden tahmin edilmeyen devalüasyon kararı ile para değerinin düşürülmesini TTK. m. 20/II'deki basiretli bir tacir gibi hareket ilkesi ile çözmek mümkün değildir, bu ilke ancak normal piyasa şartlarında etkili olur³²⁵.

C) Temerrüdün Rolü

Tarafların temerrüde düşmesi, uyarılama talebinde bulunulmasına engel olur³²⁶. Şartlardaki öngörülemez değişikliğin meydana geldiği sırada taraflardan biri temerrüt halindeyse, artık bu değişikliğe dayanarak uyarılama talep edemez. Zira burada temerrüdün sebebi şartlardaki değişiklik değil, borcun zamanında ifa edilmemesidir³²⁷. Demekki uyarlamada temerrüde düşme zamanı önemlidir. Temerrüde düşmenin sebebi, meydana gelen değişiklikse, borçlu bu imkândan mahrum tutulamaz. Örneğin dövizde endeksli kredi borcu bulunan bir kişi, çıkan ekonomik kriz sebebiyle dövizin aşırı yükselmesi sonucu borcunu ödeyemediği için temerrüde düşerse uyarılama talebinin reddedilmesi düşünülemez. Bununla birlikte eğer borçlu önceden temerrüde düşüyse yani normal şartlar sürmesine rağmen borcunu ödemediyse daha sonra şartların değişmesine dayanamaz. Çünkü artık borçlunun bu hale düşmesinin sebebi şartların değişmesi değil onun mütemerrit olmasıdır. Eğer temerrüde düşmeseydi zaten şartların değişmesinden de etkilenmeyecekti.

Hukukumuz bakımından temerrüde düşmek için kusur aranmaz. Ancak uyarılama söz konusu olduğunda temerrüd bir kusur teşkil eder³²⁸. Bununla birlikte temerrüde düşmede bir kusur bulunmuyorsa o zaman ilgili tarafın uyarılama talep

323 HGK. 7.12.1966, 844/313 (bu ve benzeri kararlar için bkz. Erman, 86, dpn.54).

324 Baykal, 251 vd.

325 Doğanay, 45; Erman, 99; Baykal, 252.

326 Jaggi/Gauch, Art. 18, N.674; Merz, Art. 2; N.227; Gürsoy, Clausula, 154; Erzurumluoğlu, 73; Bischoff, 218; Oftinger, 607; Baykal, 251; Gülekli, 51; Dural, İmkânsızlık, 68.

327 Oftinger, 607; Bischoff, 219.

328 Akyol, Dürüstlük, 84.

edebileceği kabul edilmektedir³²⁹. Bu sonuca, kaza halinde sorumluluğu düzenleyen BK. m.102/II hükmünden de varılabilir³³⁰. BK. m.102./II'ye göre borçlu, kusuru yoksa edimin kazara uğrayacağı zararlardan sorumlu olmaz. Dolayısıyla kusursuz borçluyu uyarlama imkânından mahrum tutmak hakkaniyete ayrılık teşkil eder. Burada temerrüde düşenin alacaklı veya borçlu olması arasında bir fark yoktur. Kim temerrüde düşmüşse riski o üstlenmiş kabul edilir³³¹ ve uyarlama talebi dikkate alınmaz.

Yargıtay, kararlarında temerrüdü dikkate almakta ve temerrüde düşen tarafın uyarlama talebini reddetmektedir³³².

VIII. Örf ve Adetin Etkisi

Kanun uyarlama konusunda doğrudan bir düzenleme içermemekle birlikte örf ve adete atıfta bulunmuş olabilir. Bu durumda örf ve adet, kanunun içeriğini oluşturacağından artık söz konusu hüküm çerçevesinde uyarlama yapılır³³³. Ancak değişen şartların sözleşmeye etkisi bakımından kanunda böyle bir hükme rastlanmamaktadır.

Kanunda hüküm bulunmaması bir kanun boşluğu olarak kabul edilirse MK. m.1/II'in hâkime verdiği yetki uyarınca, hâkim önce uygun bir örf ve adet kuralını araştırır, bulamazsa kendisi kanun koyucu gibi hareket ederek bir kural koyar³³⁴. Öte yandan hâkimin sözleşmede veya kanunda bir hüküm yoksa doğrudan dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) çerçevesinde uyarlama yapması durumunda, bu anlamda örf ve adet hukukunu araştırması gerekmez. Taraflar böyle bir kuralı ileri sürerse, hâkim kararını oluştururken dikkate alabilir. Ancak her iki bakış açısı bakımından şu bir gerçektir ki

329 Oftinger, 607; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 674; Bischoff, 219; Baykal, 251; Erzurumluoğlu, 73; Kaplan, 152; Baygın, 147.

330 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 674; Merz, Art. 2, N. 227; Bischoff, 219; Kaplan, 152.

331 Bischoff, 219.

332 “Temerrüde düşen borçlu, borcunun uyarlanması yönünde bir istemde bulunamaz.” Y.11.HD. 16.1.2003, 7816/302; Y.11.HD. 3.6.1997, 2072/4215; Y.11.HD. 2.6.1995, 534/4540 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

333 Kaplan, 96.

334 Jaggi/Gauch/Schluep, N.1287; Bischoff, 148; Kaplan, 128 vd.; Eren, 451.

uygulamada sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına yönelik, örf-adet kuralına pek rastlanmamaktadır³³⁵.

Diğer bir ihtimal de tarafların sözleşmede uyarlama için örf-adete atıfta bulunmuş olmalarıdır. Adi sözleşmelerde karşılaşma ihtimali zayıf olsa da özellikle yabancı unsurlu sözleşmelerde uluslararası ticari örf-adet önem taşıyabilir.

335 Bischoff, 76.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ ÇEŞİTLERİ VE SONUÇLARI

§ 8. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ ÇEŞİTLERİ

I. Genel Olarak

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ya tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları uyarlama hükmüyle ya kanun hükmüyle ya da hâkim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılır. Demek ki tarafların kararlaştırdıkları bir düzenleme varsa öncelik ondadır. Eğer böyle bir düzenleme yoksa o zaman kanun hükümlerine gidilir. Hâkimin dürüstlük kuralına göre sözleşmeyi yeni şartlara uyarlaması ise son ihtimaldir ve kanunda da bir düzenleme bulunmaması halinde başvurulabilir. Diğer bir deyişle hâkimin bizzat sözleşmeyi yeni şartlara uyarlaması tali nitelikte bir yoldur, sözleşmede veya kanunda bir hüküm yoksa yapılabilir¹. Böyle bir hükmün bulunması ise hâkimi bağlar. Bu halde hâkim sözleşmeyi bizzat uyarlayamaz. Sözleşmedeki ya da kanundaki düzenleme çerçevesinde uyarlama yapmak durumundadır.

Uyarlama denilince ilk akla gelen, hâkimin dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeyi uyarlamasıdır. Aslında gerçek anlamdaki uyarlama budur. Hâkimin sözleşme veya kanun hükümleriyle yaptığı uyarlama sadece uyarlama boşluklarının doldurulmasıdır, yoksa teknik anlamda bir uyarlama değildir². Zira sözleşmede bir hüküm bulunmaması o sözleşme bakımından bir uyarlama boşluğu (sözleşme boşluğu) teşkil eder³. Öte yandan bazen bu hükümlerin yeterince açık olmaması da hâkimin yorum ya da tamamlamasını gerektirebilir⁴.

1 Jaggi/Gauch/Schlupe, N. 1287; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 622, 623; Kaplan, 118; Gürsoy, Clausula, 157; Oftinger, 606; Wiegand, Art. 18, N. 107; Honsell, Art. 2, N. 19.

2 Eren, 450.

3 Jaggi/Gauch/Schlupe, N. 1284; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 591, 592; Eren, 451; Kaplan, 126 vd; Atabek, 91.

4 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 580, 593; Kaplan, 127; Wiegand, Art. 18, N.116.

Sözleşmede veya kanunda bir hüküm bulunmaması, uyarlamanın kriterlerinden biri olarak birinci bölümde incelenmiştir. Burada sözleşmede veya kanunda bir hüküm bulunması hali, uyarlamanın çeşitleri başlığı altında değerlendirilmiştir. Uyarlama bu açıdan; iradî uyarlama, kanunî uyarlama ve hâkim tarafından uyarlama olmak üzere üçe ayrılır.

II. İradî Uyarlama

İradî uyarlama, akdî uyarlama olarak da adlandırılır. Taraflar sözleşme serbesti çerçevesinde diledikleri düzenlemeyi yapabilirler. Uyarlamaya dair düzenlemeler de böyledir. Sözleşme tarafları uyarlama yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin hükümler koyabilirler. Bu hükümler açık ya da örtülü biçimde olabileceği gibi, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına imkân verecek nitelikte olumlu veya buna imkân vermeyecek nitelikte olumsuz da olabilir. Bazı sözleşmelerde de uyarlama kendiliğinden yani otomatik gerçekleşmekte, bazılarında ise böyle olmayıp durumun özelliklerine göre uyarlama yapılabileceği kararlaştırılmaktadır⁵. Ancak böyle hükümlerin de açık-örtülü, olumlu-olumsuz ayrımı içinde değerlendirilmesi mümkündür. Taraflar arasındaki anlaşma, uyarlama hükümlerinin niteliğini belirler. Sözleşme ve uyarlama hükümlerindeki çeşitliliğin boyutu düşünüldüğünde hepsinin burada ortaya konulabilmesinin mümkün olmadığı görülür. Ancak genel hatları tespit etmek, uyarlamanın yapılmasında yol gösterici olur. Bu sebeple açık ve örtülü uyarlama hükümlerini kendi içinde olumlu ve olumsuz uyarlama hükümleri şeklinde bir ayırıma tâbi tutan sistematik⁶ tercih edilmiştir.

A) Açık Uyarlama Hükümleri

1) Genel Olarak

Taraflarca kararlaştırılan ve belirli durumların meydana gelmesi halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağını düzenleyen hükümler, olumlu uyarlama hükümleridir⁷. Bu tür hükümlerle, sözleşme daha yapılırken ileride şartların değişmesinden kaynaklanacak risk paylaştırılmış olur. Böylece meydana gelecek risk,

⁵ Atabek, 92; Burkhardt, 7.

⁶ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 576; Bischoff, 95.

⁷ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 577; Bischoff, 95; Eren, 450; Kaplan, 119; Wiegand, Art. 18, N. 109.

alacaklı veya borçlu üzerinde kalır⁸. Bunun faydası taraflara bazı olayları hesaba katma, yüklenilen riskleri sınırlama, değişen şartlar karşısında hukukî durumunu bilme şansı sağlamasıdır⁹. Sözleşmelere konulan altın, döviz, savaş, grev kayıtları gibi kayıtlar tarafların sorumluluklarını artırmakta, azaltmakta ya da ortadan kaldırmaktadır. Bu tür kayıtlara uygulamada sık sık rastlanılmaktadır¹⁰.

2) Açık Olumlu Uyarlama Hükümleri

a) Şart Şeklinde Kararlaştırılan Açık Olumlu Uyarlama Hükümleri

Olumlu uyarlama hükümleri genellikle BK. m. 149 vd. anlamında şart teşkil etmektedir¹¹. Taraflar böylelikle hem kendi sözleşme iradelerini gelecekteki durumlara uyarlama hem de esasen önemsiz olan saiklerini istisnai de olsa sözleşmeye dahil etme şansı kazanırlar¹².

Şart kavramı taraflara, hukukî işlemin etkisinin başlamasını ya da sona ermesini, gelecekteki şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağlayabilme imkânı verir¹³. Bu ihtimaller kanunda geciktirici (talikî) şart (BK. m. 149) ve bozucu (infisahi) şart (BK. m. 152) başlığı altında düzenlenmiştir. Geciktirici şart, tarafların koydukları kayıtlar hukukî işlemin sonuç doğurmasını gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlamalarıdır¹⁴ (BK. m. 149/I). Bozucu şart ise tarafların yaptıkları işlemin hukukî etkisinin ortadan kalkmasını, ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlamalarıdır¹⁵ (BK. m. 152/I).

Sözleşmelerde kararlaştırılan uyarlama hükümleri genelde bozucu şart şeklindedir¹⁶. Zira sözleşme, kurulduğu andan itibaren etkisini göstermekte ancak şart gerçekleşirse kendiliğinden (ipso iure) sona ermektedir¹⁷. Bu sona erme geleceğe etkili

8 Gürsoy, Clausula, 157.

9 Kaplan, 119; Bischoff, 95.

10 Ülkemizde kira sözleşmelerinin sıklıkla döviz üzerinden yapılması, bu durumun tipik örneğini teşkil etmektedir.

11 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 578; Bischoff, 96; Kaplan, 119.

12 Bischoff, 96; Kaplan, 120.

13 Sirmen, 53; Pulaşlı, 8.

14 Sirmen, 53; Pulaşlı, 57.

15 Sirmen, 54; Pulaşlı, 63.

16 Bischoff, 96; Kaplan, 120.

17 Bischoff, 96; Kaplan, 120.

(ex nunc) sonuçlar doğurmaktadır (BK. m. 152). Şartın gerçekleşmesine kanun, sözleşmenin sona ermesi sonucunu bağlamış olmakla birlikte, taraflar bu halde uyarlama yapılmasını da kararlaştırabilirler. Kanunun bu hükmü emredici değil, tamamlayıcı niteliktedir¹⁸.

Taraflardan birine dönme hakkı tanımak şeklinde bir uyarlama hükmü de sözleşmeye konulabilir¹⁹. Özellikle ihtiyatlı kimseler, sözleşmenin kuruluşu sırasında geçerli olan ekonomik şartların zamanla aleyhlerine bozulması ihtimaline karşı, sözleşmeden kurtulabilme yetkisini saklı tutmayı tercih ederler²⁰. Dönme hakkı, şartların ileride değişmesi halinde taraflardan birine kendi irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirme hakkı verir²¹. Başka bir deyişle bozucu şartta, şartların değişmesi sözleşmeyi kendiliğinden (ipso iure) sona erdirirken, dönme hakkında bir tarafın irade beyanı devreye girmektedir²². Ancak şu da bir gerçektir ki sözleşmede dönme hakkının mı saklı tutulduğu yoksa sözleşmenin bir bozucu şartı mı bağlandığı genellikle açıkça anlaşılmaz²³. Bu durumda bir ihtilaf çıktığında dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) uyarınca, kendi menfaatine uygun bir düzenleme yapmak isteyen tarafın kendiliğinden hukukî sonuçlar doğuracak olan bozucu şartı değil, sonuçlarını iradesine bağlı şekilde doğuracak olan dönme hakkını tercih edeceği ve karşı tarafın da bunu hesaba katması gerektiği kabul edilebilir²⁴.

Her ne kadar sözleşme serbestisinin sağladığı çeşitlilik ve menfaat durumları çok farklı uyarlama hükümleri düzenlenmesine imkân verse de teknik olarak bu hükümler birbirlerine benzerler. Öncelikle sözleşme üzerine etkili olacak değişiklik tespit edilir, ardından bunun nasıl bir sonuca bağlanacağı belirlenir²⁵.

18 Bischoff, 96; Kaplan, 120.

19 Bischoff, 96; Kaplan, 121; Buz, Dönme, 77; Öz, Dönme, 31.

20 Serozan, Dönme, 40.

21 Bischoff, 96; Kaplan, 121; Buz, Dönme, 66.

22 Serozan, Dönme, 217; Bischoff, 96; Kaplan, 121.

23 Serozan, Dönme, 217.

24 Serozan, Dönme, 217.

25 Bischoff, bu durumu kurucu unsur ve uyarlama sorucu olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Kurcu unsur, akdî uyarlama hükmünün hangi şartlar altında sözleşmenin uyarlanabileceği ile ilgili kısmı; uyarlama sonucu ise uyarlama unsurunun meydana gelmesinin tarafların iradesine göre sözleşmeyi nasıl etkileyeceğini ifade eder. Bischoff, 97, 98.

Sözleşmeyi etkileyecek değişiklikler bakımından somut düzenlemeler yapılabilir. Örneğin savaş çıkması, hammadde fiyatlarının artması, ithalat veya ihracat yasağı konması gibi²⁶. Taraflar daha soyut daha genel düzenlemeler de yapabilirler. Örneğin şartların değişmesi, ekonomik şartların değişmesi, önceden tahmin edilemeyen olayların ortaya çıkması gibi kayıtlar sözleşmeye konulabilir²⁷. Ancak bu tarz hükümler taraflar arasında ihtilaf doğurmaya çok açıktır²⁸. Hangi durumda şartların sözleşmeyi etkileyecek kadar değişmiş sayılacağı konusunda taraflar farklı düşünebilirler ya da menfaatleri farklı düşünmeyi gerektirebilir.

Bazen uyarlama hükümleri hem somut hem de genel düzenlemelerin bir araya gelmesinden oluşur. Örneğin belli bir durum genelleştirilebilir, “ciddi sonuçlar doğuran ekonomik kriz” gibi. Ya da genel hüküm ayrıntılı tanımlamayla somutlaştırılabilir; “savaş ve benzeri olaylar, grev, tabii afet, terör saldırısı”²⁹ gibi.

Taraflar sözleşmeyi etkileyeceğini kabul ettikleri bu durumlara, sözleşme serbestisi uyarınca istedikleri sonucu bağlayabilirler. Genellikle karşılaşılan uyarlama hükümleri, sözleşmenin süresinin veya tarafların yükümlülüklerinin değiştirilmesi, taraflara fesih ya da dönme hakkı tanınmasıdır³⁰. Uyarlama sözleşme konusunun bir değişkene bağlanması şeklinde de yapılabilir³¹. Örneğin altına, dövize, tüketici fiyatları endeksine (TÜFE) göre borcun ayarlanmasında durum böyledir.

Olumlu uyarlama hükümleri, edimin uyarlanmasına yönelik şekilde yapılabilir. Bu durumda sözleşmenin tümü etkilenmez yalnızca edim uyarlanır³². Bununla birlikte, sözleşmeyi bütün olarak etkileyecek bir uyarlama da söz konusu olabilir. Sözleşmenin süresinin değiştirilmesine veya sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler böyledir³³.

26 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 579; Bischoff, 97; Kaplan, 121, 122.

27 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 579; Bischoff, 97, 98; Kaplan, 122.

28 Bischoff, 98; Kaplan, 122.

29 Bischoff, 98.

30 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 579; Bischoff, 98; Kaplan, 122.

31 Bischoff, 98.

32 Bischoff, 99.

33 Bischoff, 99.

Uyarlamayı kimin yapacağı meselesi de farklı şekillerde düzenlenebilir. Uyarlama yetkisi, taraflardan birine uyarlama veya dönme hakkı şeklinde verilebilir. Örneğin borçluya, mâliyet fiyatlarının artması halinde malın fiyatını yükseltme veya alacaklıya piyasa şartlarının kötüleşmesi halinde malın fiyatını yeniden belirleme hakkı tanınabilir³⁴. Ancak bu konuda dikkatli olmak gerekir. Bir tarafın diğer taraf üzerinde baskı kurmasını sağlayacak şekilde uyarlama hakkının kullanılmasına mahal verilmemelidir³⁵. Uyarlama tarafların müdahalesine gerek kalmadan otomatik olarak da gerçekleşebilir. Sözleşmedeki kıymeti muhafaza kaydı (mallar arasındaki değiş tokuş oranının, yani bir mal karşılığında alınan, diğer mal miktarının değişmeyeceğini düzenleyen kayıt) veya eşel mobil (echelmobile)³⁶ kaydı gibi. Hatta taraflardan biri bir başka kişiyle daha elverişli fiyat ve şartlarla sözleşme yaparsa, diğer tarafın da bu fiyat ve şartlardan faydalanacağına dair bir düzenleme de yapılabilir. Örneğin acente sözleşmelerinde bu tür kayıtlara rastlanmaktadır³⁷. Otomatik uyarlama kayıtları içeren sözleşmelerde belirli dönemler sonunda endeksteği değişiklik uyarınca fiyat kendiliğinden ayarlanmakta yani fiyatın tarafların iradesi dışındaki bir değişkene bağlanarak uyarlanması sağlanmaktadır³⁸. Önemli olan nokta tespit edilen değişkenlerle uyarlamanın açık ve net bir şekilde yapılabilmesidir. Belirlenen değişken ortadan kalkarsa (örneğin ticaret odasının yayınladığı fiyat listesini baz alan hüküm odanın bu listeyi yayınlamaktan vazgeçmesi durumunda), uyarlama hâkim tarafından yapılmalıdır.

Bazı hükümler ise uyarlamayı tarafların ortak değerlendirmesine bırakabilir. Bu durumda ortak değerlendirme yükümlülüğünden kaçınan taraf BK. m. 97/1 uyarınca sorumlu olur ve doğabilecek müspet zararı tazmin borcu altına girer³⁹. Öte yandan

34 Bischoff, 99; Oftinger, 606.

35 Atabek, 95.

36 Eşel mobil, ücretlerin hayat pahalılığına göre kendiliğinden ayarlanması imkânı sağlayan yöntemdir. Yılmaz, 140.

37 Atabek, 94.

38 Bischoff, 99; Atabek, 93.

39 Bischoff, 99; Atabek, 96.

uyarlamanın sözleşmeyle hâkime, bir uzmana⁴⁰ veya hakeme bırakılması da mümkündür⁴¹.

b) Vade Şeklinde Kararlaştırılan Açık Olumlu Uyarlama Hükümleri

Açık olumlu uyarlama hükümlerinin vade şeklinde düzenlenmesi de mümkündür. Taraflar sözleşmenin ifasını vadeye bağlayarak ya da dönemli edimlerde vade tarihinde belirli miktarlarda artış kararlaştırılarak uyarlama yapabilirler. Nitekim Borçlar Kanununda sözleşmenin süresinin uzatılmasına imkân tanınmıştır (BK. m. 75).

Bir borcun vadeye bağlanması tarafların anlaşmasına, işin mahiyetine veya bir kanun hükmüne dayanır⁴². Taraflar başlangıçta sözleşmeyi vadeye bağlayabilecekleri gibi sonradan da böyle bir düzenleme yapabilirler. Sözleşmenin kurulması sırasında kararlaştırılan vade genellikle ifa hazırlıkları içindir. Uyarlama amacı taşımaz. Sonradan vade karlaştırması ise iki şekilde olur: Ya derhal ifa edilecek borç vadeye bağlanır ya da mevcut vade uzatılabilir. Buna tecil (erteleme, uzatma) anlaşması denilmektedir⁴³. Tecil anlaşmasının uyarlama amacıyla yapılması mümkündür. Şartların değişmesinden etkilenen taraf, vadenin uzatılmasıyla düştüğü ifa güçlüğünden kurtulabilir. Örneğin yaşanan doğal felaketler sebebiyle bankaya olan kredi borçları ertelenen çiftçilerin durumu böyledir. Tecil, iki tarafın anlaşmasıyla yapılır, tek taraflı bir muamele ile yapılamaz. Ancak tecil teklifinin zımni olarak kabul edilmesi de mümkündür⁴⁴. Örneğin bir teminatın kabulünde zımni uzatma sözkonusudur⁴⁵. Tecil anlaşması bir şekle tâbi değildir. Bununla birlikte şekle tâbi bir sözleşme için yapılan tecil sözleşmesinin de aynı şekilde yapılması gereklidir⁴⁶.

Vade kanunen de belirlenmiş olabilir (kira, BK. m. 257; karz, BK. m. 308/II, 312; hizmet, BK. m. 326 sözleşmelerinde olduğu gibi). Taraflar kanunen belirlenen bu

40 Uyarlama konusunda belirlenen uzman kişi, genellikle teknik olarak konuya hâkim olan bir kişidir. Bu kişinin verdiği karar hakem kararı niteliğinde değildir. Genellikle sözleşmenin uyarlanması konusunda özel yetkiye sahip olduğu ve vekil gibi hareket edeceği kabul edilmektedir. Atabek, 96.

41 Bischoff, 99; Burkhardt, 8. Uluslararası alanda yapılan sözleşmeler için Uluslararası Ticaret Odası öncülüğünde kurulmuş bir hakem heyeti bulunmaktadır. Somuncuoğlu, 112, 113.

42 Oğuzman/Öz, 250; Eren, 941; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 801.

43 Oğuzman/Öz, 250; Eren, 943; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 804; Bucher, 404.

44 Oğuzman/Öz, 250; Eren, 943; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 804; Bucher, 404.

45 Eren, 944.

46 Oğuzman/Öz, 250; Eren, 943; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 804.

vadelerde ya da kendi koyacakları vadelerde uyarlamaya yönelik düzenlemeler yapabilirler. Örneğin kira sözleşmesine konulan kira bedelinin altı ayda bir %20 artacağına dair hüküm, bir açık olumlu uyarlama hükmüdür.

3) Açık Olumlu Uyarlama Hükümlerinin Uygulanması

Uyarlama hükümleri ne kadar yalın ve açık olursa olsun taraflar arasında ihtilaf doğurabilir. Sözleşmede tespit edilen hükümlerin şartlarda sonradan meydana gelen değişikliği kapsayıp kapsamadığı meselesi tarafları karşı karşıya getirebilir⁴⁷. Zira beklenilenden farklı gelişen veya düşünülenleri aşan riskler bir menfaat çatışmasına yol açabilmektedir. Örneğin “ekonomik şartların esaslı değişimi” şeklinde kararlaştırılan bir hükmün başlangıcı ve sınırları nereye kadardır ya da savaşın etkileyeceği kabul edilen sözleşmede bundan ne anlaşılmalıdır? Terör saldırısı, iç savaş, üçüncü ülkeler arasındaki savaş da bu kapsama girer mi? Görüldüğü gibi somut bir düzenleme bile ihtilaf doğurmaya açıktır⁴⁸. Bu sebeple uyarlama hükümlerinin kapsamının ve sınırlarının belirlenebilmesi için sözkonusu hükümlerin yorumlanması gerekir. Yorum yapılırken somut sözleşmenin özellikleri gözden kaçırılmamalıdır⁴⁹.

Uyarlama hükümlerinin yorumlanması da sözleşmenin yorumlanması gibidir, öncelikle tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespiti gerekir⁵⁰. Uyarlama hükmünün anlamı ve kapsamı konusunda ortak bir iradeye ulaşılabiliriyorsa, bu irade çerçevesinde yorum yapılır. Ancak böyle bir iradeye ulaşılamamışsa o zaman objektif yorum yoluyla, dürüstlük kuralına (MK m. 2/I) başvurmak suretiyle⁵¹ uyarlama hükmünün anlamı tespit edilir.

BK. m. 18/I’de ifade edildiği gibi uyarlama hükmünün yorumlanmasında da sadece kullanılan kelimelerin anlamlarına bağlı kalınmamalıdır. Örneğin savaş yalnızca sözleşmenin yapıldığı ülkenin bizzat katıldığı bir savaşı değil üçüncü ülkelerin savaşını, terör saldırılarını, iç savaşı ya da bir ablukayı da ifade edebilir⁵². Uyarlama hükmü

47 Bischoff, 100.

48 Bischoff, 100.

49 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 579; Bischoff, 100.

50 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 579; Bischoff, 101; Von Tuhr, 267.

51 Bischoff, 101; Von Tuhr, 268.

52 Bischoff, 102.

durumu açıklamak için örnekler getirmişse bunlar sınırlı şekilde anlaşılmamalıdır⁵³. Diğer bir ifadeyle sadece belirlenen olaylar değil benzer olaylar da hükmün kapsamına girer. Örneğin “şartlardaki esaslı değişiklik; paranın değer kaybı, hammadde daralması” gibi uyarlama hükümleri bu durumlarla sınırlı kabul edilmez⁵⁴, bunlar sadece açıklayıcı nitelikte örnek kabilinden hallerdir.

“In dubio contra stipu latorem” kuralı burada da geçerlidir, yani yorum, uyarlama hükmünü kaleme alanın aleyhine yapılır. Zira o zaten hükümde kendini koruyucu tedbirler alacaktır⁵⁵. Bu durum özellikle şartların değişmesi konusunda çoğu kez bir uyarlama hükmü içeren genel işlem şartlarında karşımıza çıkar⁵⁶. Ancak hükmü kaleme alan kişinin kim olduğu konusunda yorum yoluna başvurulamaz⁵⁷.

Uyarlama hükmünün yorumlanmasında bu hükmün sözleşme bütünlüğü içindeki anlamı dikkate alınmalıdır. Böylece ilk bakışta fazla bir şey ifade etmeyen kayıtlar bile anlaşılabilir hale gelir⁵⁸.

Bazen tarafların davranışlarından açık olmayan uyarlama hükmünün anlamı anlaşılabilirse de bu konuda dikkatli davranmak gerekir⁵⁹. Uyarlama hükümlerinin yorumlanmasında tıpkı sözleşmenin yorumlanmasında olduğu gibi sözleşmenin kuruluşu anındaki şartlar da göz önüne alınmalıdır⁶⁰. Örneğin savaş zamanında kurulan bir sözleşme ile barış zamanında kurulan bir sözleşmenin değerlendirilmesi farklı olmalıdır.

4) Açık Olumsuz Uyarlama Hükümleri

Sözleşmenin değişen şartlara rağmen aynen uygulanacağını kabul eden, bir başka deyişle sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasına imkân vermeyen hükümler olumsuz uyarlama hükümleridir⁶¹. Taraflar böyle bir düzenlemeyi sözleşmede açıkça

53 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 439; Bischoff, 102.

54 Bischoff, 102.

55 Bischoff, 102; Von Tuhr, 270.

56 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 459; Merz, Art. 2, N. 172; Bischoff, 102.

57 Bischoff, 102.

58 Bischoff, 103.

59 Bischoff, 103; Von Tuhr, 267

60 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 365; Bischoff, 103.

61 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 584; Wiegand, Art. 18, N. 110; Bischoff, 105; Kaplan, 123.

kararlaştırabilirler. Bunun anlamı aslında şartların değişmesinden kaynaklanabilecek riski tamamen bir tarafın üstlenmesidir⁶². Böylelikle riski üstlenen taraf, her ne şart altında olursa olsun edimini yerine getireceğini taahhüt etmiş olmaktadır. Bu durum aynı zamanda ahde vefa ilkesinin, sözleşmede açıkça ifade edilmesidir. Zira şartlar değişse bile sözleşmeden doğan yükümlölüklerin değişmeyeceği esası bu ilkeden kaynaklanmaktadır⁶³.

Açık olumsuz uyarlama hükümleri iki türdür; ya genel kayıtlar şeklinde karşımıza çıkar ya da belirli kayıtlar şeklinde düzenlenir⁶⁴.

Sözleşmelerde karşılaşılan genel kayıtlar, sözleşmenin her durumda yerine getirileceğinin ifade eder. Örneğin “şartlar değişse bile”, “her şart altında” ya da “şartların değişmesine bakılmaksızın” şeklindeki kayıtlar böyledir⁶⁵.

Taraflar bazen de belirli olayları tespit ederek, bunların meydana gelmesinin, sözleşmenin yerine getirilmesini engellemeyeceğini kabul edebilirler⁶⁶. Örneğin bir müteahhit “kötü hava şartlarından” ya da “ekonomiye bağlı sebeplerden” dolayı fazladan ücret talep etme veya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkından vazgeçebilir. Keza “işlerin gidişatından bağımsız ödeme” nin taahhüt edilmesi veya “ifa güçlükleri olsa bile” edimin yerine getirileceğinin kararlaştırılması, belirli olumsuz uyarlama hükümlerine örnek teşkil etmektedir⁶⁷. Ülkemizde řartname⁶⁸ ve sözleşmelerde genelde şu tür hükümler yer alır: “Bu fiyatlar sabit olup mukavelenin kurulmasından sonra gümrük tarifeleri ve mevzuatlarda yapılması muhtemel değişikliklerden dolayı satıcı, alıcıdan fazla fiyat talebinde bulunamaz.”⁶⁹. Bu anlamda sözleşmelerdeki sabit fiyat

62 Bischoff, 106; Kaplan, 124.

63 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 585; Bischoff, 106; Kaplan, 124; Wiegand, Art. 18, N. 111.

64 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 586, 587; Bischoff, 106; Kaplan, 124; Wiegand, Art. 18, N. 111.

65 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 585; Bischoff, 106.

66 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 587; Bischoff, 106; Kaplan, 124.

67 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 587; Bischoff, 106; Kaplan, 124.

68 Akyazan, 307.

69 Bir davaya konu olan olaydaki genel şartnamenin, uyarlama hükmü taşıyan 28. maddesi şöyledir: “Sözleşme fiyatı kesin olup daha sonra hiçbir şekilde yükseltilemez. Ancak imalat gerektiren hallerde taahhüt mevzuu malın ana ham maddelerinden, fiyatı Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen veya dağıtımı resmî kuruluşlar tarafından yapılanlardaki fiyat değişiklikleri ayrıca teklifin yurtdışından getirilmesi zorunluluğu olduğu bildirilen hammadde için resmî kur değişiklikleri aşağıdaki şartlarla teklif fiyatına yansıtılır: a) Teklif fiyatında fiyat değişikliği (eskalasyon) formülü firma tarafından açıkça belirtilmiş olmalıdır...” Kendigelen, Mütalaalar, 402.

kayıtları açık olumsuz uyarlama hükmü teşkil eder. Ancak bazen sözleşmede açık bir hüküm olsa bile hakkaniyet buna uyulmasına engel olur⁷⁰. Örneğin şehir içindeki bir binanın süper market olarak işletilmek üzere on yıllığına kiralanmasına ilişkin sözleşmeye, her ne sebeple olursa olsun on yıldan önce feshedilemeyeceği kaydı konulmuş olsun. Daha sonra hükümet süper marketlerin şehir dışına taşınmasına yönelik bir düzenleme yapsa ve market kapatılsa artık sözleşmedeki kayda uyulması hakkaniyete aykırı olur. Zira kiracının hukukî olarak yapacağı bir şey kalmadığı gibi binayı başka amaçla kullanması da beklenemez.

Belirli kayıtlar şeklinde konulan uyarlama hükümlerinin zıt anlamından (mefhumu muhalifinden) bunların dışında kalan durumların uyarlamaya imkân vereceği gibi bir anlam çıkarılamaz⁷¹. Bu tür kayıtlarda önemli olan nokta kanuna, ahlâka ya da kişilik haklarına aykırılık teşkil etmemesi ve imkânsız olmamasıdır (BK. m. 19, m. 20, m.117).

Öte yandan olumlu uyarlama hükümlerinde olduğu gibi burada da olumsuz kayıtların hangi durumları kapsadığı yorum yoluyla tespit edilir. Sözleşmenin yorumu bazen olumsuz kaydın, sözleşmenin kuruluşunda öngörülebilir olayların ortaya çıkmasıyla sınırlı olduğu sonucuna götürebilir⁷². Bu konu ileride hakkın kötüye kullanılması teşkil eden durumlar başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

B) Örtülü Uyarlama Hükümleri

1) Genel Olarak

Bir sözleşmede uyarlama hükümleri açıkça kararlaştırılabileceği gibi örtülü şekilde de kararlaştırılabilir⁷³. Eğer sözleşme açık bir uyarlama hükmüne sahip değilse, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması yoluyla örtülü bir düzenleme içerip

70 BK. m. 365/II' de bu anlamda bir örnek kabul edilebilir. Götürü pazarlık edilen iş için kararlaştırılan fiyat sabittir. Müteahhid daha fazla masraf yapsa bile bunu talep edemez. Ancak öngörülemeyen veya öngörülüp de tahmin edilemeyen haller ortaya çıkarsa hâkim bedeli artırabilir veya sözleşmeyi sona erdirebilir.

71 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 587; Bischoff, 107; Kaplan, 125; Gürsoy, Clausula, 163.

72 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 586; Kaplan, 125.

73 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 581; Bischoff, 107; Kaplan, 122; Akyol, Dürüstlük, 91; Wiegand, Art. 18, N. 112.

içermediğinin araştırılması gerekir⁷⁴. Burada söz konusu olan sözleşmede açıkça yapılmış hiçbir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bir düzenleme var ama belirsiz ya da eksik ise o zaman örtülü düzenlemeden söz edilemez⁷⁵.

Örtülü düzenlemeler de açık düzenlemeler gibi, olumlu veya olumsuz anlama sahip bir içerikle ortaya çıkabilirler⁷⁶. Ancak burada önemli olan uyarılama hükmünün içeriği değil kararlaştırılma şekli ve somut olaydaki tespit edilmiştir⁷⁷.

Öte yandan clausula rebus sic stantibus'un her sözleşmede örtülü biçimde bulunduğu ve sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar altında geçerli olacağı fikri bugün artık terkedilmiştir⁷⁸. Bu durum tarafların örtülü düzenlemeler yapamayacakları anlamına gelmez. Ancak clausulanın her sözleşmede örtülü bir şart olarak bulunan bir ilke olduğu da söylenemez. Zira böyle bir düşünüş tarafların iradelerine bakılmaksızın sözleşmenin yorumlanmasına yol açar. Bu da irade serbestisine ters düşen bir durumdur⁷⁹.

Örtülü bir uyarılama hükmünün varlığı akdî mutabakattan veya tarafların sözleşmenin kuruluşundaki hukukî sonuç doğurmaya yönelik hareketlerinden anlaşılabilir⁸⁰. Bunun için sözleşmenin yorumlanması, gerekirse tamamlanması söz konusu olur.

2) Örtülü Olumlu Uyarılama Hükümleri

Örtülü olumlu uyarılama hükümlerinin tespitinde açık uyarılama hükümlerinde olduğu gibi bir yorumlama faaliyetine girilir. Ancak burada çıkış noktası olabilecek bir hüküm yoktur⁸¹. Bu yüzden sözleşmeden doğan somut ilişkiyi tarafların risk paylaşımına ilişkin beyanlarının içeriğini ve kapsamını belirlemek için yorumlamak gerekir⁸². Bu esnada dürüstlük kuralından faydalanılır. Böylece dürüstlük kuralından

74 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 581; Bischoff, 107; Kaplan, 122, 123; Wiegand, Art. 18, N. 112, 113.

75 Bischoff, 107; Kaplan, 123.

76 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 581, 588; Bischoff, 108; Kaplan, 122, 125.

77 Bischoff, 108

78 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 583; Bischoff, 109; Kaplan, 123; Oftinger, 616; Wiegand, Art. 18, N. 112.

79 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 583; Bischoff, 109; Oftinger, 616.

80 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 581, 588; Bischoff, 109.

81 Bischoff, 110.

82 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 581; Bischoff, 110; Kaplan, 122.

kaynaklanan güven teorisi uyarınca tarafların suskunluğundan uyarlamaya dair bir anlam çıkarılıp çıkarılmayacağına bakılır⁸³. Demek ki sözleşmenin yorumlanması tarafların bu konudaki ortak iradelerini tespiti yaramaktadır⁸⁴. Yorumlama yapılırken somut olayın tüm özellikleri ve tarafların hukukî sonuç doğurmaya yönelik hareketleri dikkate alınır⁸⁵. Ancak tüm bunlar örtülü bir uyarlama mutabakatına götürmüyorsa artık sözleşmenin tamamlanması gerekir⁸⁶. Zira sözleşmenin bu konuda bir boşluk taşıdığı ortaya çıkmış olur. Sözleşmenin tamamlanmasında amaç bu boşluğu tarafların farazî iradeleriyle doldurabilmektir⁸⁷. Boşluk doldururken dikkat edilecek nokta makûl ve dürüst kimselerin şartlardaki değişikliği sözleşmenin kuruluşunda ihtimal olarak hesaba katsalardı nasıl bir düzenleme yapacaklarını belirleyebilmektir⁸⁸.

Örtülü bir uyarlama hükmünün varlığı kolayca kabul edilebilecek bir durum değildir. Zira böyle bir hükme ulaşabilmek için açık ve örtülü irade beyanlarının yorumlanarak sözleşme içeriğinin belirlenmesi gerekir. Bu durum tarafların aslında istemediği tahmini şartların sözleşmeye eklenmesi veya bir tarafın gelecekle ilgili yanlış hükümlere dayanan saiki ile örtülü şartın bir tutulması, karıştırılması, böylelikle sözleşmenin süresinin hukuken önemsiz bir olaya bağlı hale getirilmesi tehlikesini doğurur⁸⁹. Bu tehlike özellikle sözleşmenin tamamlanmasında karşımıza çıkar. Bunun sebebi farazî iradenin çok zor tespit edilmesidir. Öyle ki tarafların farazî iradesinin, onlara atfedilen tahmini bir iradeyle karıştırılması ihtimali her zaman vardır⁹⁰. Bu yüzden yorumlama ve tamamlama faaliyetlerinin sınırlarını çok sıkı çizmek gerekir. Sözleşme ancak düzenlenmemiş konuya dair birleşme noktaları taşıyorsa tamamlanabilir⁹¹. Sözleşmenin kuruluşu anındaki şartlar da önemlidir. Böylelikle sözleşmeden doğan ilişki, somut olayın özelliklerine göre tamamlanarak örtülü bir

83 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 581; Bischoff, 110; Kaplan, 122.

84 Bischoff, 110.

85 Bischoff, 110.

86 Bischoff, 110.

87 Bischoff, 110.

88 Bischoff, 110.

89 Bischoff, 111; Wiegand, Art. 18, N. 113. Federal Mahkeme de zımni uyarlama kuralının tespitinde çok dikkatli olunması gerektiğini kabul etmektedir. BGE 88 II 203, SJZ 1989, 231 (kararlar için bkz. Wiegand, Art. 18, N. 113).

90 Bischoff, 111.

91 Bischoff, 111.

düzenlemenin mevcut sözleşmede var olup olmadığı anlaşılır⁹². Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda 10 yıllık bir elektrik dağıtım sözleşmesinin kurulmasından birkaç ay sonra elektriği alıp kullanacak olan fabrika tamamen yanmıştır. Sözleşmede açık bir uyarlama hükmü bulunmamaktadır. Sadece alıcıyı ilgilendiren, sözleşme açısından önemsiz olan, satım konusu malın alıcı için kullanım imkânının, sözleşmede örtülü şekilde kabul edilip edilmediğinin araştırılması gerekir.

Olayda elektriği satın alan fabrika sahibinin onu başka yerde kullanabilme ya da devredebilme şansı yoktu. Mahkeme sözleşmeyi güven prensibi çerçevesinde yorumlayarak, tarafların böyle bir durumu hesaba katmış olsalardı sözleşmenin sona ereceğine dair bir hüküm koyacaklarına karar vermiştir⁹³.

3) Örtülü Olumsuz Uyarlama Hükümleri

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına engel olan bir hüküm örtülü şekilde de kararlaştırılabilir⁹⁴. Bunun anlamı taraflardan birinin şartların sonradan değişmesine rağmen edimini yerine getirerek bu riski kendi üzerine almasıdır⁹⁵.

Bir sözleşmedeki örtülü-olumsuz uyarlama hükmü sözleşmenin yorumlanması ve duruma göre tamamlanmasıyla tespit edilir. Örtülü olumlu uyarlama hükümlerinin ortaya konulmasında kullanılan esaslar burada da geçerlidir⁹⁶. Somut olayın özelliklerinin bu noktada gözden uzak tutulmaması gerekir. Örneğin satıcı, sözleşme kurulurken malın elinde bulunduğunu söylerse, karşı tarafın buna güvenmesi ve sonradan şartlarda meydana gelen değişikliğe rağmen ifayı beklemesi normaldir. Açıkça kararlaştırılmasa bile satıcının böyle bir riski üstlendiği anlaşılmaktadır⁹⁷.

Spekülatif özellik taşıyan sözleşmelerde de riskin bu tür sözleşmeyi yapan tarafın üzerinde olduğu kabul edilir. Zira spekülatif sözleşme yapan taraf gelecekteki değişikliklerden büyük kazanç elde etmeyi beklemektedir. Eğer şartlar beklediğinden

92 Bischoff, 111.

93 BGE 48 II 366 (Bischoff, 112' den naklen).

94 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 588; Bischoff, 113; Kaplan, 125.

95 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 588; Bischoff, 113; Kaplan, 125.

96 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 588; Bischoff, 113.

97 BGE 43 II 214 (Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 588); Gürsoy, Clausula, 161.

farklı gelişirse, bu durum onun örtülü şekilde sözleşme uyarlamasından feragat ettiği anlamına gelir⁹⁸. Diğer bir deyişle spekülatif sözleşme yapan kişi şartlarda meydana gelebilecek değişikliği öngördüğü ve bu değişiklikten kazanç sağlamayı hedeflediği için şartların aleyhine değişmesi riskine de katlanmak zorundadır. Ancak elbette böyle sınırsız bir risk yüklenilmesini kabul etmek adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bu yüzden spekülatif sözleşme ile yüklenilen riskin sınırlarının sözleşmenin yorumlanmasıyla çizilmesi gerekir⁹⁹.

C) Sözleşmedeki Kaydı İleri Sürmenin Hakkın Kötüye Kullanılması

Teşkil Etmesi

Sözleşmeye konulan olumsuz uyarlama hükümlerini, kural olarak geniş yorumlamak gerekir. Belirli durumlar meydana gelse bile sözleşmenin yine aynen ifa edileceğine dair bir düzenleme yapılmışsa, bunların dışındaki durumlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabileceği sonucu çıkarılamaz¹⁰⁰. Zira böyle bir düşünüş ahde vefa ilkesine ters düşer¹⁰¹. Burada özellikle dikkat edilecek nokta, uyarlama hükmünün kanuna, ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edip etmedięidir¹⁰². Bunun sebebi elverişsiz uyarlama hükümleri ile sözleşmenin zayıf tarafını zarara sokacak düzenlemeler yapılabilmesi tehlikesinin de var olmasıdır¹⁰³. Bazen de olumsuz uyarlama hükmüne rağmen sözleşmenin yorumu, bu kaydın kuruluş zamanında öngörülebilir durumlarla sınırlı olduğu sonucuna götürebilir¹⁰⁴. Sözleşme yapılırken öngörülen durumların sınırlarını çok aşan gelişmeler karşısında alacaklının bu kaydı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilir. Örneğin şartlar değişse bile ifa edilmek üzere kurulan bir sözleşmede, parada aşırı değer kaybına yol açan devalüasyon karşısında, aynı şartlar altında ifayı istemek alacaklı bakımından hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilir. Burada ekonomik şartların birdenbire bozulmayacağı dolayısıyla beklenebilecek böyle bir durum için tedbir almayan, sorumluluğunu

98 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 588; Bischoff, 114; Kaplan, 125; Akyol, Dürüstlük, 84; Merz, Art. 2, N. 226.

99 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 588; Bischoff, 114; Kaplan, 126.

100 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 587; Bischoff, 107; Kaplan, 125.

101 Bischoff, 107; Gürsoy, Clausula, 161.

102 Bischoff, 107; Kaplan, 151.

103 Burkhardt, 6.

104 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 586; Kaplan, 125; Kendigelen, Mütalaalar, 404; Atabek, 102.

sınırlamayan borçlunun korunması gerekmediği şeklinde bir savunma ise yetersiz kalır. Zira verilen taahhüt olağan şartlar altında ve öngörülebilir çerçevedeki durumları kapsar.

Öte yandan tarafların sözleşmeye koydukları uyarılama hükümlerinin tümü (açık-örtülü, olumlu-olumsuz) kesin mi kabul edilmeli, yoksa hâkimin istisnaen bunları düzeltebilmesine imkân mı verilmeli, sorusunun cevabı da hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK. m. 2/II) ile bağlantılıdır¹⁰⁵. Eğer bu hükümlerin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa hâkim düzeltme yapabilir. Yargıtay da bu görüştedir¹⁰⁶.

D) Şartların Değişmesinin Sonuçlarından Tamamen Bir Taraf Sorumlu Tutan Kayıtların Hukukî Değeri

Taraflar olumsuz uyarılama hükümleri ile sözleşmede uyarılama yapılamayacağını kararlaştırabilirler. Bazen bu durum öyle düzenlenir ki değişen şartlardan doğan tüm sorumluluğun borçlu üzerine bırakılmasına yol açar. Borçluya sınırsız bir sorumluk yükleyen bu hükümler hukuken geçerli midir? Bir başka deyişle borçlu, şartların değiştiğini ileri sürerek uyarılama talep etme hakkından, sözleşme ile önceden feragat edebilir mi? Zira borçlu böyle bir kayıtla ağırlık derecesi kendisi için tamamen meçhul bir durumun sorumluluğunu kabul etmiş olmaktadır¹⁰⁷. Bu noktada çeşitli ihtimaller değerlendirilebilir. Örneğin istisna sözleşmesinde, müteahhidin uyarılama talep etme hakkından feragat etmesi kural olarak geçerlidir¹⁰⁸. BK. m. 365/II emredici nitelikte bir hüküm değildir. Taraflar aksini kararlaştırabilirler¹⁰⁹. Ancak böyle bir feragatin sınırsız biçimde geçerli olamayacağı doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir. Örneğin

¹⁰⁵ Bischoff, 116; Kaplan, 151.

¹⁰⁶ "...bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. m. 2/II hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılmasını manasına gelebilir. böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetsizlik çıkmışsa uyarılama yine yapılmalıdır..." HGK. 7.5.2003, 13-332/340 (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

¹⁰⁷ Gürsoy, Clausula, 157.

¹⁰⁸ "BK. m. 365/II hükmü amir hükümlerden olmadığından mücbir sebep iddiasından peşinen feragat geçerlidir." HGK. 16.1.1963, 28/2 (Olgaç, İstisna, 99); HGK. 19.1.1972, 968-86-21 (Erman, 121, dpn. 2); YTD. 24.6.1961, 2510/2152. Aksi görüş, Gürsoy, Clausula, 160; Gürsoy, İstisna, 211.

¹⁰⁹ Erman, 122; Seliçi, İnşaat, 60; Tandoğan, 92; Olgaç, İstisna, 100; Akyazan, 308; Oser/Schönenberger, Art. 373, N. 12; Becker, Art. 373, N.12.

müteahhit, ücretin artırılmasını istemek hakkından önceden vazgeçse bile sonradan şartların ağır biçimde değişmesi halinde bunu ileri sürebilir. Demek ki taraflar sözleşmeye böyle bir kayıt koymuşlarsa bu kaydın dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanması gerekir¹¹⁰. Diğer bir deyişle tarafların düzenlemesi dürüstlük kuralı ile sınırlıdır.

Öyleyse sözleşmelerdeki bu tür kayıtlar şöyle bir ayırımı tâbi tutulabilir¹¹¹: Eğer tarafların kararlaştırdıkları kayıt bir açıklık taşıyorsa yani sözleşmede etkili olacak değişikliklerin cinsini, sınırını az çok gösteriyorsa geçerli olur. Ancak her türlü riski borçlunun üzerine bırakıyorsa geçerli olmamalıdır. Zira feragat normal ve olağan piyasa şartları için yapılmaktadır¹¹². Aksi halde borçlu ne türünü ne ağırlığına bilmediği gelecekte ki bir değişikliğin tüm riskini yüklenmiş olur ki bu hem BK. m. 20 anlamında ahlâka hem de BK. m. 23 anlamında kişilik haklarına aykırılık teşkil eder¹¹³. Böyle bir kaydın geçerli olmaması borçluyu tamamen sorumsuz yapmaz. Hâkim meydana gelen riski uyarılma çerçevesinde adil biçimde taraflara dağıtır. Hakkaniyet gerektiriyorsa bu kayıt borçlunun sorumluluğunun daha ağır tespit edilmesine yol açar¹¹⁴.

Sınırları belli, geçerli bir feragatte sözleşmenin süresi borçlunun kusuru olmadan alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple uzar ve bu sırada şartlar değişirse feragatin

110 Erman, 122; Tandoğan, 93; Bilge, 184; Sungurbey, Eleştiriler, 175 vd.; Olgaç, İstisna, 100; Selici, İnşaat, 62; Akyazan, 308; Doğanay, 45; Karayalçın, İstisna, 13. Yargıtay da bu görüştedir. HGK. 6.11.1957, 76/82; HGK.22.11.1958, 1/7 (Karahasan, 1185). Gürsoy'a göre "BK. m. 365/II hususi bir tadil halini kabul eylediğine ve bu bakımdan istisna aktinde istisnai bir hüküm sevk edildiğine göre böyle bir akdın tadil edilebilmesi için ifanın objektif hüsnüniyete mugayir olmasını beklemeye lüzum yoktur. Halin muhik göstereceği zamanlarda bu hüküm tatbik edilebilmelidir. Böyle bir hükme hayatîyet verebilmek ve vazın kanunun hassaten derpiş etmiş olduğu bir hususa tatbik sahası bulabilmek için BK. m. 365/II hükmünden mutazammın kayıtları batıl addetmek icap eder." Gürsoy, İstisna, 212, 213.

111 Gürsoy, Clausula, 160.

112 Akyazan, 304. İkinci dünya savaşının etkisiyle Bakanlar Kurulu 13.7.1942 tarihli genelge ile şöyle düzenleme getirmiştir: "Bir istisna akti olan inşaat mukavelesinde hilafına kayıt bulunsa dahi her hadisenin tetkike tâbi tutulması ve bunlardan bazılarına müteallik hizmetlerin ifasına fasılasız devam olunması idari, askeri ve diğer mühim sebeplerle zaruri görülür veya mukavenenin feshi veya eski şartlarla devam ettirilmesinin müteahhidi tahammül edemeyeceği ağır zararlara maruz bırakacağı muhakkak bulunursa bu gibi hallerde (cas de l'imprevision) kuralına ittiba ile selahiyetli mercilerin bu hadiseler üzerinde takdir hakkını kullanarak ve bir nispet ile mukayyet olmayarak her işin göstereceği lüzum ve ihtiyaca ve arz edeceği mahiyete göre fiyat tereffülerinin tamamen veya kısmen kabulü denilmiştir..."

113 Gürsoy, Clausula, 160.

114 Gürsoy, Clausula, 158; Erman, 126.

geçerliliği sözleşmenin asıl süresi sonuna kadardır¹¹⁵. Borçlu belirlenen sözleşme süresi için feragat edip sorumluluğu yüklenmiştir ve karşı tarafının kusurundan dolayı sözleşme şartların değişmesine maruz kalmıştır.

Öte yandan borçlunun şartlardaki değişiklikler meydana geldikten sonra uyarlama talep etme hakkından feragat etmesi ise mümkündür. Zira artık borçlu yeni şartları bilmekte ve lehine olan bir haktan vazgeçmektedir¹¹⁶.

III. Kanunî Uyarlama

A) Genel Olarak

Borçlar Kanunumuz, değişen şartların sözleşmeye etkisine ilişkin genel bir hüküm taşımamaktadır. Kural, şartların değişmesinden kaynaklanan riske tarafların katlanmasıdır. Bu, ahde vefa ilişkisinin bir sonucudur¹¹⁷. Ancak kanunumuz uyarlama konusunu tamamen reddetmemiş, bazı hallerde buna imkân tanımıştır. Uyarlama konusuna dürüstlük kuralının verdiği genel yetki yanında, Borçlar Kanunu'nda çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.

Sözleşmede bulunan uyarlama hükümlerinde olduğu gibi kanun hükümlerinde de olumlu-olumsuz hüküm ayırımı yapılabilir. Belirli durumlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına imkân veren kanun hükümleri olumludur. Buna karşılık şartların değişmesine rağmen sözleşmenin aynen uygulanmasını bildiren hükümler olumsuzdur¹¹⁸. Olumlu hükümlerde, uyarlamaya sebep olan durumlarla, bunlara bağlanan hukukî sonuçların ayrı ayrı tespiti gerekir. Elbette burada, kanundaki uyarlama hükümleri içeren hükümlerin tümü ayrıntılı biçimde incelenmemiştir. Böyle bir tutum, çalışmanın kapsamını aşacağından sadece bu hükümlerin hangileri olduğu ve nasıl düzenlemeler getirdikleri belirlenmiştir. Ayrıca şu noktaya temas etmekte de fayda vardır. Aşağıda incelenen her durum aslında teknik anlamda bir uyarlama teşkil etmez. Hatta çoğu borcu sona erdiren sebeplerdir (ölüm, imkânsızlık gibi). Ancak bunlar kanun koyucunun sonradan ortaya çıkan değişikliklere sözleşme üzerinde etki tanınmasını

115 Akyazan, 309.

116 Gürsoy, Clausula, 161.

117 § 4, II, F, 3 vd.

118 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 595; Bischoff, 148; Kaplan, 129.

göstermesi bakımından önemlidir. Bu etkiyi ortaya koyabilmek için aslında borçların sona ermesi başlığı altında incelenen bazı durumlara da değinilmiştir.

B) Kanundaki Olumlu Uyarlama Hükümleri

Bazı durumların meydana gelmesi, kanunla belirlenmiş olan sonucun doğmasına yol açar¹¹⁹.

Kanun koyucu, çeşitli durumlar için farklı sonuçlar öngörmüştür. Uyarlama yapılabilmesinin sebebi olarak kimi zaman şahsa bağlı durumları (ölüm, iflâs, aciz hâli gibi) dikkate alırken, kimi zaman önemli, haklı ya da fevkalade sebeplerden söz etmiştir. Çeşitlilik arz etmekle birlikte bu durumlar daha genel başlıklar altında kategorize edilebilir.

1) Belirli Durumların Ortaya Çıkması Halinde Uyarlama

Ortaya çıkmasıyla sözleşmenin kanunen uyarlanması sonucunu doğuran durumlar; şahsa bağlı durumlar ve sözleşme konusunun değişmesine veya imkânsızlaşmasına bağlı durumlar şeklinde bir ayırıma tâbi tutulmaktadır¹²⁰.

a) Sözleşme Taraflarının Şahsından Doğan Durumlar

Kanun koyucu bazı sözleşmeler için, sözleşme kurduktan sonra taraflardan birinin ölümünü, iflâsını, aciz haline düşmesini, fiil ehliyetini kaybetmesini, hacir altına alınmasını, bir tarafın davranışının yol açtığı durumları uyarlama sebebi olarak kabul etmiştir.

aa) Ölüm

Kira ve hasılat kirasında, kiracının ölümü halinde kiralayan ya da kiracının mirasçıları sözleşmeyi feshedebilirler (BK. m. 265, m. 291). Aksi kararlaştırılmamışsa belirli zamanlarda bir şey verilmesini taahhüt eden bağlaşmada, bağışlayanın ölümü sözleşmeyi sona erdirir (BK. m. 247).

119 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 596; Bischoff, 148; Kaplan, 130.

120 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 598 vd.; Bischoff, 148 vd.; Kaplan, 130 vd.

Ariyet sözleşmesi ariyet alanın (BK. m. 305), hizmet sözleşmesi işçinin (BK. m. 347/1), yayın (neşir) sözleşmesi yazarın (müellifin) ölümüyle (BK. m. 384/I) sona erer.

Hizmet sözleşmesinde, iş verenin (BK. m. 347/II), istisna sözleşmesinde müteahhidin ölümü (BK. m. 371/I) ancak bu kişilerin şahsı önem taşıyorsa bir sona erme sebebi teşkil eder. Vekâlet sözleşmesinde, BK. m. 416/II'nin yaptığı atıf sebebiyle komisyon sözleşmesinde ve BK. m. 404/II'nin atfıyla tellallık sözleşmesinde ise aksi kararlaştırılmaması veya işin niteliğinden farklı bir sonuç çıkmaması durumunda taraftarlardan birinin ölümü (BK. m. 397/I) sözleşmeyi sona erdirir.

Ömür boyu gelir (kaydı hayat ile irad) (BK. m. 509/II), ölünceye kadar bakma (BK. m. 518) ve adi ortaklık sözleşmelerinde (BK. m. 535/I. b.2) de taraflardan birinin ölümüyle sözleşme sona erer. Bu hallerde ölüm mutlak bir sona erme sebebidir.

bb) İflâs ve Aciz Haline Düşme

Genel olarak karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde taraflardan biri borcunu ödemekte acze düşerse veya iflâs ederse diğer taraf kendine düşen ifayı, karşı taraf edasını yerine getirene kadar erteleyebilir. Eğer uygun bir sürede ifa yapılmaz veya en azından teminat verilmezse sözleşmeden dönülebilir (BK. m. 82). Özellikle kira ve hasılat kirası sözleşmelerinde kiracının (BK. m. 261, m. 290/I), yayın sözleşmesinde yayıncının (BK. m. 384/III), vekâlet (BK. m. 397/II), komisyon (BK. m. 416/II) ve tellallık (BK. m. 404/II) sözleşmelerinde tarafların, havalede havale edenin (muhil) (BK. m. 461/III), adi ortaklıkta ise ortaklardan birini iflâsı (BK. m. 535/I. b.3) sözleşmeyi sona erdirmektedir. Bağışlamada, bağışlayanın iflâs etmesi (iflâsın açılmasıyla) bağışlama taahhüdünü ortadan kaldırır (BK. m. 245/II)¹²¹. Aynı şekilde kefil, asıl borçlunun mâli durumunun kötüleşmesiyle güvence altına alınmayı veya kefaletten kurtarılmayı talep edebilir (BK. m. 503).

¹²¹ Kanunda bağışlayanın iflâsı veya acze düşmesinin bağışlama taahhüdünü iptal edileceği ifade edilmişse de bu durum iptal beyanına gerek olmadan kendiliğinden sona ermedir. Tandoğan I, 384; Aral, Borçlar, 211; Yavuz, 235; Zevkliler, 148.

Karz sözleşmesinde ödünç alanın aciz haline düşmesi (BK. m. 310/II), hizmet sözleşmesinde iş verenin (BK. m. 346) ya da bağışlamada bağışlayanın acze düşmesi (BK. m. 245/II) bu sözleşmeleri sona erdirir.

cc) Fiil Ehliyetinin Kaybı ve Hacir Altına Alınma

Adi şirkette, taraflardan birinin hacredilmesi şirketi sona erdirir (BK. m. 535/I. b.3). Vekâlet sözleşmesinde vekilin fiil ehliyetini kaybetmesi bir sona erme sebebidir. Haklarında hüküm bulunmayan veya doğrudan vekâlet sözleşmesine atıf yapan sözleşmelerde de durum böyledir. Örneğin, komisyon (BK. m. 416/II) ve tellâllık sözleşmesi (BK. m. 404/II) gibi.

dd) Bir Tarafın Davranışının Sebep Olduğu Durumlarda

Kanun koyucu bazen taraftarlardan birinin davranışlarına sözleşmeyi etkileyecek sonuçlar bağlamıştır. Örneğin borçlunun veya alacaklının temerrüdünde hem borçlu hem de alacaklı, diğer şartlar yerine gelmek kaydıyla sözleşmeyi sona erdirebilir (BK. m. 91 vd., BK. m. 106). Kefalet sözleşmesinde borçlunun temerrüde düşmesi, kefile borcundan kurtulabilme imkânı tanınmaktadır (BK. m. 503/b. 2).

Bağışlamada, bağışlananın davranışları sözleşmenin akıbeti bakımından önemlidir. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarına karşı bir suç işlemişse, kanunen yükümlü olduğu vazifelerine uygun davranmıyorsa ya da bağışlamanın sınırlamalarından doğan yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa, bağışlayan yaptığı bağışlamadan veya taahhüdünden dönüp, bağışlananın elinde ne kalmışsa onun iadesini dava edebilir (BK. m. 244).

İstisna sözleşmesinde, müteahhidin davranışı sözleşmenin sona erdirilmesine yol açabilir. Örneğin müteahhit işe zamanında başlamazsa, sözleşmeye aykırı olarak işi ertelerse veya yapılan erteleme bütün tahminlere göre işin zamanında bitirilmesine imkân vermeyecek derecede ise, iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir (BK. m. 358/I). Yine, iş sahibi müteahhidin işi ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yaptığını tespit ederse, müteahhide bir ihtar çekerek gereğini yapılmasını, aksi halde masrafları ona ait olmak

üzere tamirini veya işin tamamının inşasını başka bir müteahhide verebileceğini bildirebilir (BK. m. 358/II).

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, taraflardan birinin sözleşme kurulurken belirlenen yükümlüklerine aykırı davranmasından dolayı sözleşmeyi yerine getirmek çekilmez bir hal alırsa diğer taraf sözleşmeyi feshedebilir (BK. m. 517/II).

b) Sözleşme Konusunun Değişmesine veya İmkânsızlaşmasına Bağlı Durumlar

Kanun koyucu, bazı hallerde sözleşmeye konu olan şeyin sonradan bir değişikliğe uğramasına veya imkânsızlaşmasına da sonuç bağlamıştır. Örneğin kira sözleşmesinin devamı sırasında kiralananın sözleşmeye uygun kullanıma elverişli olmaması ve kullanım amacını daraltması durumunda kiracı, kira bedelinin indirilmesini ya da sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir (BK. m. 250/I).

İmkansızlığı düzenleyen gerek genel gerekse özel düzenlemeler de uyarlama sebebi olarak kabul edilebilir. Eğer borç, borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşırsa kendiliğinden sona erer (BK. m. 117/I). İstisna sözleşmesinde müteahhit, eserin tamamlanması iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple mümkün olmazsa bile yaptığı işin değerini ve masrafları talep edebilir (BK. m. 370/I). Keza adi şirkette, şirketin amacına ulaşması imkânsızlaşırsa şirket sona erer (BK. m. 535/I).

2) Önemli Sebeplerin Ortaya Çıkması Halinde Uyarlama

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan önemli sebeplere kanun bazen uyarlama sonucu bağlamıştır. Kimi maddelerde “mühim sebep”, kimi maddelerde “fevkalade hal” olarak geçen bu hallerin meydana gelmesi belirli sözleşmelerin kanunen uyarlanabilmesine imkân vermektedir.

Ortaya çıkan durumun önemli sebep olarak nitelendirilebilmesi için ya ön görülemez şekilde ya da olağanüstü şekilde gerçekleşmesi gerekir¹²².

122 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 601; Bischoff, 152; Kaplan, 131.

Kanunun, önemli sebeplerden dolayı uyarlamaya imkân verdiği sözleşmeler şunlardır:

Bağışlamada, bazı önemli sebeplerin varlığı bağışlayana taahhüdünden dönebilme imkânı verir. Söz konusu sebepler BK. m. 245/I'de üç bent halinde düzenlenmiştir. Bunlar; yerine getirilmiş bağışlama için öngörülen (BK. m. 244'deki haller) bir sebebin varlığı¹²³, bağışlama taahhüt edildikten sonra bağışlayanın mâli durumunun bozulmasından dolayı yerine getirilmesinin aşırı güçleşmesi, bağışlama taahhüdünden sonra yeni veya eskisinden daha külfetli aile vazifelerinin ortaya çıkmasıdır.

Kira ve hasılat kirası sözleşmelerinde “mühim sebeplerden dolayı” taraflara kira süresinin bitiminden önce sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı tanınmıştır. (BK. m. 264, m. 286). Bu “mühim sebepler” taraflar için esas teşkil eden şahsi veya maddî şartlara ilişkin, sözleşme kurulurken öngörülmeyen ve bunu ileri süren açısından sözleşmeye devamı çekilmez hale getirdiği dürüstlük kuralınca kabul edilebilir nitelikte olmalıdır¹²⁴. Ayrıca hasılat kirasında, meydana gelen büyük felaketler (fevkalade felaket) veya tabiat olayları sebebiyle hasılat önemli derecede azalırsa, kiracı, kira bedelinden uygun bir miktarın indirilmesini talep edebilir (BK. m. 282/I).

Ariyet sözleşmesinde, ariyet veren önceden bilinmeyen bir sebepten dolayı ariyet konusu şeye acil ihtiyaç duyarsa sözleşme süresi sona ermeden onu geri isteyebilir (BK. m. 303/II).

Vedia sözleşmesinde, kural olarak belirlenen süre dolmadan vedia alan vediaı iade edemez. Ancak öngörülmeyen haller sebebiyle sözleşmenin sürmesi vedia için tehlikeli olursa veya vedia alan için bir zarar doğurursa süre dolmadan iade edebilir (BK. m. 467).

İstisna sözleşmesinde, taraflarca öngörülemeyen veya öngörülmeyle birlikte dikkate alınmayan haller için yapılmasını engeller ya da son derece güçleştirirse kararlaştırılan bedel indirilebilir, hatta sözleşme feshedilebilir (BK. m. 365/II). Keşif

¹²³ Aral, Borçlar, 210.

¹²⁴ Tandoğan I, 232; Aral, Borçlar, 290, 291; Yavuz, 321.

bedelinin yaklaşık olarak tespit edildiği istisna sözleşmesinde iş sahibinden kaynaklanmayan bir sebeple, “sözleşmede öngörülen edimler için ödenmesi gereken nihai ücret keşif bedelini”¹²⁵ çok aşarsa iş sahibi sözleşmeden dönebilir (BK. m. 367/I). Meydana gelen bu aşmanın aşırı olup olmadığını hâkim dürüstlük kuralı çerçevesinde belirler¹²⁶.

3) Haklı Sebeplerin Ortaya Çıkması Halinde Uyarılama

Kanunda “muhtak sebep” olarak adlandırılan bu sebepler, bazı sürekli borç sözleşmelerinde taraflara tek taraflı ve ileriye dönük fesih hakkı sunar¹²⁷. Haklı sebep, önemli sebepte olduğu gibi belirsiz bir durumdur, somut olayı ifade etmez¹²⁸. Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşir ve kuruluştaki eksikliklerle ilgili olmayan olaylardan kaynaklanır¹²⁹. Borçlar Kanunu sürekli borç ilişkilerinin tümünü kapsayan genel bir haklı sebep hükmü getirmemiştir¹³⁰. Ayrı hükümlerde, farklı biçimlerde düzenlenmiştir. Haklı sebep kimi zaman taraflardan birinin çekilmez hale gelen davranışlarında (BK. m. 244), kimi zaman ilişkilerde meydana gelen değişikliklerde (BK. m. 517/I), kimi zaman da sözleşmeye aykırı davranışlarda (BK. m. 289) ortaya çıkar¹³¹.

Bir durumun haklı sebep teşkil edip etmediğini MK. m. 4 uyarınca hâkim takdir eder¹³². MK. m. 4’e göre hâkim kararını “hak ve nısfet” çerçevesinde verir. Bu doğrultuda hâkimin görevi, somut olayda ortaya çıkan sebebin sözleşmeyi sona erdirecek nitelikte olup olmadığını tespittir¹³³.

Kanun koyucu şu hallerde, haklı sebebin ortaya çıkmasına sözleşmeyi sona erdiren bir etki tanımıştır: Hizmet sözleşmesinde ahlâka veya iyi niyet kurallarına aykırı

125 Aral, Borçlar, 391.

126 Tandoğan II, 102; Aral, Borçlar, 391.

127 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 603; Bischoff, 150; Kaplan, 132 ; Seliçi, Sürekli Borç, 185.

128 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 603; Kaplan, 133.

129 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 603. Haklı sebep, uyarılama için olağanüstü olaylar arayan görüşe göre şartların değişmesinden daha geniş bir kavramdır. Zira sadece insan üstü olayları değil, kişisel durumlara ilişkin halleri de kapsar. Tunçomağ, Ölüncüye Kadar Bakma, 121, dpn. 12.

130 Seliçi, Sürekli Borç, 188. Ancak bunun tüm sürekli borç ilişkilerini kapsadığı kabul edilmektedir. Oğuzman/Öz, 10; Serozan, Dönme, 368; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 658.

131 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 603; Bischoff, 151; Kaplan, 133.

132 Seliçi, Sürekli Borç, 187; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 603; Oğuzman/Barlas, 66; İmre, İktisadi Meseleler, 167; İmre, Medeni, 215, 216; Tekinay, 66; Ataay, 200.

133 Seliçi, Sürekli Borç, 187 ; Köprülü, 97.

davranış, hem işçi hem de iş veren açısından fesih imkânı veren bir haklı sebeptir. Bu gibi hallerin varlığını takdir edecek olan hâkimdir. Ancak işçinin kısa süreli hastalığı ya da askerliği haklı sebep kabul edilmemektedir (BK. m. 344). Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, sözleşmenin devamını imkânsız kılan ya da son derece güçleştiren haklı sebeplerin ortaya çıkması taraflardan her birine, tek başına sözleşmeyi feshetme hakkı verir (BK. m. 517/I). Keza adi şirkette haklı sebeplerin varlığı şirket için bir fesih sebebi teşkil eder (BK. m. 535/b.7). Adi kira (BK. m. 264) ve hasılat kirası (BK. m. 286) sözleşmelerindeki önemli sebeplerden fesih hakkı, ayrıca bu kapsamda da değerlendirilebilir¹³⁴.

Görüldüğü gibi haklı sebep, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkar. Kanun koyucu genelde az çok uzun süreli olan ve karşılıklı güven ilişkisinin ağır bastığı sözleşmelerde haklı sebepten dolayı feshe imkân tanımıştır. Zira bu tip sözleşmelerde taraflardan o şartlar altında sözleşmeye devamı beklemek adil olmaz¹³⁵.

4) Kanundaki Olumlu Uyarlama Hükümlerine Bağlanan Sonuçlar

Kanunda değişen şartların sözleşmeyi etkilemesine izin verilen durumlarda, bu etkinin sonuçları farklı farklı düzenlenmiştir. Değişen şartlar bazı sözleşmeler için bir sona erme sebebiyken, bazı sözleşmeler için ise sadece içeriği değiştiren bir etkiye sahip kılınmıştır. Ancak içerik değişikliğinin etkili ve yeterli olmadığı bazı hallerde, tarafların durumunun kötüleşmesini önlemek bakımından yine fesih imkânı tanınmıştır¹³⁶.

a) Sözleşmenin Sona Ermesi

Kanundaki olumlu uyarlama hükümlerinin çoğunluğu şartların değişmesi halinde sözleşmenin sona ereceğini düzenlemektedir¹³⁷. Kanun maddelerinde genellikle fesih terimi kullanılmakla birlikte kastedilen sözleşmenin niteliğine göre bazen fesih bazen dönmedir.

134 Gürsoy, Clausula, 9.

135 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 603; Bischoff, 151; Kaplan, 133; Seliçi, Sürekli Borç, 34, 35; BGE 113 II 252; BGE 71 II 255 (Burkhardt, 233).

136 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 604; Bischoff, 156; Kaplan, 134 vd.

137 Bischoff, 154; Kaplan, 134.

Bazı sözleşmeler için şartların değişmesi halinde taraflardan birine tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla sözleşmeyi ileriye etkili (ex nunc) sona erdirme yani feshetme hakkı verilmiştir. Bunlara örnek olarak kira (BK. m. 264, m. 270) ve hasılat kirası (BK. m. 286), hizmet (BK. m. 344), istisna (BK. m. 365/II), ölünceye kadar bakma sözleşmeleri (BK. m. 517) gösterilebilir.

Bazı sözleşmeler içinse taraflara dönme hakkı tanınmıştır. Dönme hakkı da tek taraflı ve varması gerekli irade beyanıyla kullanılır. Ancak geçmişe etkili (ex tunc) sonuçlar doğurur. Dönme hakkı asıl olarak alacaklının ve borçlunun temerrüdü (BK. m. 106/II) ile karşı tarafın borç ödemekte aciz haline düştüğü karşılıklı sözleşmelerde (BK. m. 82) kanunen tanınmıştır¹³⁸.

Kanundaki olumlu uyarılama hükümleri bakımından ise kiralananın kullanımının azalması ya da mümkün olmaması halinde (BK. m. 250/I), müteahhidin işe zamanında başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi ertelemesi sebebiyle işin belirlenen sürede bitirilmesine imkân kalmamasında ve takribi olarak kararlarlaştırılan bedelin iş sahibinin kusuru olmadan çok fazla artması durumunda sözleşmeden dönülebilir (BK. m. 367/I).

Sözleşmeden dönme konusunda doktrinde iki görüş vardır: Eski dönme görüşüne göre sözleşme geriye etkili şekilde sona erer, yerine getirilmemiş edimler ortadan kalkar yerine getirilmiş edimler ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenir. Zira artık sözleşmenin mevcudiyeti kalmamıştır¹³⁹. Buna karşılık yeni dönme görüşüne göre geriye etkili olarak sona eren sözleşme ortadan kalkmamaktadır, bu sona erme bir tasfiye ilişkisi doğurmaktadır¹⁴⁰.

Sözleşmeden doğan borçların, tarafların irade beyanlarından bağımsız olarak da sona ermesi mümkündür¹⁴¹. Örneğin sonraki kusursuz imkânsızlık (BK. m. 117, m. 368, m. 370) ve sözleşme taraflarından birinin ölümü (BK. m. 247, m. 305, m. 347, m. 371,

138 Bischoff, 155; Buz, Dönme, 92 vd.; Öz, Dönme, 27. Buz ise eski dönme görüşünün hukukî sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde yeniden yorumlanmasıyla oluşturulan ayni etkili dönme teorisine taraftardır. Buz, Dönme, 121, 139 vd..

139 Serozan, Dönme, 618; Seliçi, Sürekli Borç, 208; Feyzioğlu, Borçlar, 221; Tunçomağ, Borçlar, 676; Saymen/Elbir, 756; Öz, Dönme, 39.

140 Serozan, Dönme, 628; Seliçi, Sürekli Borç, 209.

141 Bischoff, 156; Kaplan, 135.

m. 384, m. 397), borç ödemekten aczi veya ehliyetsizliği (BK. m. 245/II, m. 290, m. 397) hallerinde böyledir.

b) Sözleşmenin İçeriğinin Değiştirilmesi

Kanundaki olumlu uyarılama hükümleri sadece sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Değişen şartlar karşısında sözleşmenin içeriğini değiştirilmesini ön gören hükümler de bulunmaktadır. Burada çeşitli ihtimaller üzerinde durulabilir:

Her şeyden önce şartlardaki değişikliklik bazı sözleşmelerde taraflardan birinin edim yükümünün genişlemesine yol açmaktadır¹⁴². Örneğin istisna sözleşmesinde öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca dikkate alınmayan sebepler dolayısıyla işin yapılması son derece güçleşirse hâkim sahip olduğu takdir hakkı dolayısıyla kararlaştırılan bedeli artırabilir (BK. m. 365/II). Hizmet sözleşmesinde, işçinin sözleşme veya adetlere göre gerekenden fazlasını yapmak zorunda kaldığı hallerde (BK. m. 329) onun edim yükümlülüğü genişlemiş olur.

Kanun bazen şartların değişmesi halinde taraflardan birine edimin indirilmesini talep etme hakkı vermektedir¹⁴³. Örneğin adi kira sözleşmesinde kiracı, kusuru olmaksızın kiralananı kullanamıyorsa veya kullanım imkânı önemli ölçüde azalmışsa bedelin indirilmesini talep edebilir (BK. m. 250). Keza hasılat kirasında olağanüstü olaylar ya da tabii afetler sebebi ile elde edilecek ürünün her zamanki miktarı büyük oranda düşerse kiracı, kira bedelinde indirim isteyebilir (BK. m. 282/I).

Bazı sözleşmeler için kanunen tanınmış olan teminat talep edebilme imkânı da sonradan sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi niteliğindedir¹⁴⁴. Örneğin genel olarak iki taraflı sözleşmelerde bir tarafın aczi dolayısıyla, alacağı tehlikeye düşen diğer taraf (BK. m. 82), adi kira (BK. m. 261) ve hasılat kirasında (BK. m. 290/II) kiracının iflâsı dolayısıyla kiralayan, yayın sözleşmesinde yayıncının iflâsı halinde yazar veya halefi (BK. m. 384/II), kefalette BK. m. 503 uyarınca kefil borçludan teminat talebinde

142 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 606; Bischoff, 155; Kaplan, 136.

143 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 606; Bischoff, 156; Kaplan, 135.

144 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 606; Bischoff, 156; Kaplan, 135.

bulunabilir. Bu teminat taleplerinin yerine gelmemesi ihtimaline karşı sözleşmenin feshini talep edebilme hakkının da ona eşlik ettiği görülmektedir¹⁴⁵.

Nihayet kanunun bazı olumlu uyarlama hükümleri de hâkime daha geniş bir takdîr hakkı sunarak sözleşmenin içeriğini değiştirebilme yetkisi vermiştir¹⁴⁶. Örneğin hâkim ölünceye kadar bakma sözleşmesinde tarafların fesih sebeplerini yeterli görmezse sözleşmeyi feshetmez. Birlikte yaşamalarına son verir. Ancak alacaklıya ölünceye kadar sürecek bir irat bağlanmasına karar verir¹⁴⁷ (BK. m. 517/III). Yayın sözleşmesinde hâkim haklı sebepler varsa tamamen veya kısmen mümkün olan sözleşmenin sürmesine izin verir ve bunun için gerekli tedbirlerin alınmasını emredebilir (BK. m. 384/II).

Kanun uyarlamaya imkân verdiği hükümlerin bazılarında ayrıca tazminat da öngörülmüştür. Örneğin, önemli sebepler dolayısıyla feshedilen adi kira (BK. m. 264/I) ve hasılat kirasında (BK. m. 286/I), iş verenin ölümüyle sona eren hizmet sözleşmesinde (BK. m. 347/III) kanunen bir tazminat hakkı doğmaktadır.

C) Kanundaki Olumsuz Uyarlama Hükümleri

Kanundaki olumsuz uyarlama hükümlerinin, değişen şartların sözleşmeye etkisi bakımından fazla bir önemi yoktur. Zira bu hükümler şartların değişmesine rağmen sözleşmenin aynen uygulanacağını gösterirler. Diğer bir deyişle ahde vefa ilkesini teyid ederler¹⁴⁸. Hukukumuzda uyarlamayı açıkça reddeden, olumsuz hükümlerin sayısı azdır¹⁴⁹. Bu hükümleri şöyle sıralayabiliriz: Adi kira (BK. m. 252/I) ve hasılat kirasında (BK. m. 274/I), kiracının kendi kusurundan veya şahsından kaynaklanan bir sebeple kiralananı kullanamaması ya da sınırlı kullanabilmesi, onu kiranın tamamını ödemek yükümlülüğünden kurtarmaz. Zira kural olarak bir sözleşmede, edimin kullanım imkânının bulunup bulunmaması, o sözleşmenin ifa edilmesini engellemez. Ancak taraflar aksini kararlaştırarak bunu sözleşmeye bir şart olarak koyabilirler¹⁵⁰. Hizmet sözleşmesinde, işveren işi kabulden kaçınsa bile işçiye ücret ödemekten kurtulamaz

145 Bischoff, 156.

146 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 603; Bischoff, 156.

147 Tunçomağ, Ölünceye Kadar Bakma, 121.

148 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 607; Bischoff; 155; Kaplan, 156.

149 Bischoff, 157; Kaplan, 137.

150 Kaplan, 137, Bischoff, 157.

(BK. m. 325). Uzun süreli hizmet sözleşmesinde, işçinin hastalık ya da askerlik gibi bir sebeple kusuru olmadan kısa bir süre için işini ifa edememesi de onun ücret isteme hakkını engellemez¹⁵¹ (BK. m. 328). Ardiye sözleşmesinde ise, öngörülemeyen sebepler gerçekleşse dahi ardiye sahibi eşyayı sürenin bitmesine kadar muhafaza etmek zorundadır (BK. m. 477).

Edimin sonraki kusursuz imkânsızlığında borcun sona ermesini düzenleyen BK. m. 117/I'in olumlu bir uyarlama hükmü teşkil etmesinin aksine, BK. m. 117/II olumsuz uyarlama hükmü olarak mütalaa edilmektedir¹⁵².

BK. m. 117/II' ye göre kanun veya sözleşme ile borcun ifasından önce meydana gelen zarar alacaklıya yüklenebilir. Diğer bir deyişle edim kusursuz olarak imkânsızlaşsa bile borçlu kendi edimini ifa etmekle yükümlü tutulabilir. Bunun kanundaki en tipik örneği satımda karşımıza çıkmaktadır. Satılan malın hasar ve yararı, sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçer, teslim şart değildir (BK. m. 183/I). Böylece alıcı teslim almadığı malın hasarına katlanmakta yani şartların değişmesinden kaynaklanan risk, kendi üzerine kalmaktadır.

Bazı durumlarda uyarlamaya imkân veren hükümlerin mefhumu muhalifinden de sözleşmenin değişmeden uygulanacağı sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁵³. Örneğin BK. m. 82, iki taraflı sözleşmelerde sadece borçlunun borç ödemekten aczi halinde sözleşmeyi sona erdirme hakkı verir, bunun dışındaki değişiklikler sebebiyle -mali durumun kötüleşmesi gibi- böyle bir hak vermez. Keza BK. m. 282/I, hasılat kirasında normal ürün miktarını düşüren herhalde değil, yalnızca “fevkalade haller”de kira

151 Ancak bu durum İş Kanununa tâbi olan işçilerde farklıdır. İş Kanununa tâbi işçiler böyle hallerde ücret isteyemezler. SSK. m. 16' ya göre iş kazası, meslek hastalığı veya bunların dışındaki bir sebeple iş göremezliğe uğrayan sigortalıya, iş göremezlik ödeneği ödenir. Askerlikte ise işverenin hiçbir ödeme yükümlülüğü yoktur . Sadece askerden dönünce işe geri alma zorunluluğu vardır (İşK. m. 31). Yine aynı madde uyarınca kısa süreli askerlikte (2 ay boyunca) iş sözleşmesi askıdadır, ama ücret söz konusu değildir. Tuncay/Ekmekçi, 286, 287, 309. 5489 sayılı yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununu da madde 18'te geçici iş göremezlik ödeneğini düzenlemektedir.

152 Kaplan, 137; Bischoff, 157.

153 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 608; Kaplan, 138.

indirim talebinde bulunulabilir. Fevkalade olarak nitelendirilemeyecek hallerde ise risk hasılat kiracısının üstünde kalır¹⁵⁴.

IV. Hâkimin Uyarlaması

A) Genel Olarak

Sözleşme ve kanunda şartların değişmesine ilişkin bir hüküm bulunmaması hâkimin uyarlama yapabilmesinin ön şartıdır. Sözleşme veya kanunda hüküm olsa bile bu hükmün uygulanmasında bir ihtilaf çıkarsa yine hâkim uyarlama yapar. Ancak sözleşmedeki ya da kanundaki hükümle bağlı kalarak o çerçevede karar verir. Oysa burada ne sözleşmede ne de kanunda bir hüküm bulunmaması durumu söz konusudur. Hâkimin bu aşamada görevi, dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmeyi yeni şartlara uyarlayabilmektir. Demek ki hâkimin uyarlaması ikinci derece (tali) bir yoldur, öncelikle sözleşme ve kanunda bir hüküm bulunmadığının tespiti gerekir.

Bu tespiti yapan hâkim, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için gereken kriterlerin oluşup oluşmadığını araştırır. Söz konusu kriterler, şartlarda sonradan meydana gelen ve öngörülmeleyen değişikliklerin edimler arasında dengeyi bozması, şartların değişmesinde tarafların kusuru bulunmaması ve edimin ifa edilmemiş olmasıdır¹⁵⁵.

Sözleşmede uyarlamaya ilişkin hüküm bulunmaması onun kurulmasını etkileyecek bir unsur değildir. Ancak tarafların bunu ihmal etmesi sözleşme bakımından uyarlama boşluğu kabul edilmektedir¹⁵⁶. Oysa kanunda bu konuda bir hüküm bulunmaması bir boşluk teşkil etmez. Kanun koyucu her alan için düzenleme getirmek zorunda değildir. Genel hükümlerle çözülebilecek bir meselede özel hüküm bulunmaması bir boşluğa yol açmaz. Bu yüzden hâkimin uyarlamasının dayanağı MK. m. 1/II anlamında kanun boşluğunun doldurulması değil¹⁵⁷, MK. m. 2/I uyarınca

154 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 608; Kaplan, 138.

155 Bu kriterlerin ayrıntılı incelemesi için bkz.Böl. 2, § 7 vd.

156 Jaeggi/Gauch/Schluep, N.1284; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 624.

157 Doktrinde burada bir kanun boşluğu olduğu, bu boşluğun MK.m.1/II uyarınca hâkim tarafından genel, soyut bir kuralla doldurulacağı, somut sözleşmeye uygulama noktasında ise MK.m.2/I den yararlanılacağı görüşü de savunulmaktadır. Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 626 vd., 631, 632; Bischoff, 229; Kaplan, 155 vd.; Dural, İmkânsızlık, 64 vd. Ancak her iki görüş de sonuçta aynı noktaya varmaktadır. Yargıtay da uyarlamaya yönelik kararlarında genellikle MK. m. 1 ve m. 2'ye birlikte

herkesin hakkını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uymak zorunda olduğu dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I), hâkime bu yetkiyi doğrudan vermektedir.

Sonuç olarak şartların değişmesi sebebiyle eski haliyle sürdürülemeyen sözleşmenin uyarlanması¹⁵⁸ gerekir. Aksi halde risk, taraflardan birinin üzerinde kalmış olur. Ancak nasıl bir uyarlamanın mümkün ve hukuken kabul edilebilir olduğuna hâkim karar verir¹⁵⁹.

Hâkimin kararı dürüstlük kuralı çerçevesinde olacağına göre önce bu kural üzerinde ana hatlarıyla durmak gerekir.

B) Dürüstlük Kuralı ve Uygulanması

1) Genel Olarak

Uyarlamanın özünü dürüstlük kuralı oluşturur. Bu yüzden dürüstlük kuralı üzerinde ana hatlarıyla durmak gerekir.

MK. m. 2 genel olarak hakların kullanılmasına bir sınır koymaktır¹⁶⁰. Bu sınır MK. m. 2/I’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve MK. m. 2/II’de düzenlenen hakkın kötüye kullanımı yasağı olarak iki yönlüdür.

Diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak hukukumuzda genel bir ilke olan dürüstlük kuralı, Medenî Kanunun “Başlangıç Hükümleri”nde yerini almıştır (MK. m.2)¹⁶¹. Böylece kanun koyucu pozitif hukuktaki her konuyu ayrıntılı şekilde düzenleme imkânı bulunmamasından kaynaklanacak meseleler için yol gösterici bir hüküm vaz’etmiştir¹⁶².

atf yapmaktadır. Y.13. HD. 4.2.1999, 22/542 (YKD. 1999, C. 25, S. 6, 807); Y.6.HD. 24.6.1998, 5606/5641 (YKD. 1999, C.25, S. 10, 1377); HGK. 7.5.2003, 13-332/340 (YKD. 2003, C. 29, S. 10, 1493).

158 Uyarlama kavramı burada hem sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi hem de sona erdirilmesini kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır.

159 Bischoff, 230.

160 Egger, Art. 2, N.7; Oğuzman/Barlas, 167.

161 Oğuzman/Barlas, 169; Edis, Medenî, 290; Akyol, Dürüstlük, 9; Edis, Doğruluk, 448.

162 Jdt 1964 I 388 (Oğuzman/Barlas, 169, dpn. 281); Edis, Medenî, 293; Schwarz, Akitler, 255, 227.

2) Kavram

Dürüstlük kuralı MK. m. 2/I de düzenlenmiştir. Buna göre herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Görüldüğü gibi hüküm, bir tanım içermemektedir. Bu durum kanun koyucunun genelde tanım yapmama eğiliminde olmasının bir sonucudur¹⁶³. Öte yandan böylece somut olayda hâkime bırakılan esnek alan, adil bir çözüm sağlamaya yardımcı olur. Dürüstlük kuralını tanımlama, sınırlama ve özelliklerini belirleme görevi doktrin ve mahkemeye bırakılmıştır¹⁶⁴.

Temelde dürüstlük kuralı karşılıklı güven ilişkisine dayanır. Güven ilişkisi taraflara, buna aykırı hareket etmeme yani birbirlerine, beklemeye haklı oldukları davranışı gösterme yükümü getirir¹⁶⁵. Meydana gelen güven ilişkisinden doğan bağlar sözleşmeye, sözleşme öncesi ilişkilere veya kanuna dayanabilir¹⁶⁶.

Tüm bunlar ışığında dürüstlük kuralı kısaca “Bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranış” şeklinde tanımlanabilir¹⁶⁷. Davranışın bu nitelikte olup olmadığı ise toplumdaki ahlâki esaslara, geçerli adetlere, teamüllere, iş ilişkilerindeki kurallara ve hukukî ilişkinin amacına göre belirlenir¹⁶⁸.

3) Özellikleri

Dürüstlük kuralı maddî hukuka ilişkin olması sebebiyle hâkim tarafından kendiliğinden (re’sen) göz önüne alınır¹⁶⁹. Taraflar bu yönde bir talepte bulunmasa bile hâkimin MK. m. 2/I’i uygulaması gerekir¹⁷⁰.

Sadece kanunun dürüstlük kuralına atfı yaptığı hallerde değil, böyle bir atfı bulunmayan hükümler bakımından da bu kurala uyulup uyulmadığı gözetilmelidir¹⁷¹.

163 Edis, Medenî 291.

164 Edis, Medenî 291.

165 Edis, Medenî, 290; Bischoff, 36; İmre, İktisadi Meseleler, 185; Merz, Art. 2, N. 34.

166 Edis, Medenî, 291; Edis, Doğruluk, 448.

167 Oğuzman/Barlas, 169; İmre, Medenî, 310; Edis, Medenî, 291.

168 Oğuzman/Barlas, 169; Schwarz, Akitler, 188; İmre, Medenî, 310; Edis, Medenî, 292.

169 Merz, Art. 2, N. 99; Edis, Medenî, 292; Akyol, Dürüstlük, 9; Germann, 223; İmre, İktisadi Meseleler, 186; Edis, Doğruluk, 450; Arslan, 27; Egger, Art. 2, N.12, Yazar ZGB. Art. 2’yi emredici nitelikte kabul etmektedir.

170 Merz, Art. 2, N. 106; Edis, Medenî, 292; Akyol, Dürüstlük, 9.

MK. m. 2/I, ikinci derecede (tali) bir uygulama alanına sahiptir. Başka bir ifadeyle Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun olaya uygulanacak özel hükümlerini bertaraf etmez¹⁷². Önce somut olay için getirilmiş düzenleme araştırılır. Bu hüküm adil sonuçlar vermiyorsa dürüstlük kuralına başvurulur. Yoksa her olayda dürüstlük kuralı kullanılmaz. Aksi hal uygulamada aşırıya kaçma anlamına gelir. Böyle bir durum ise hukukî güvenliği ortadan kaldıracığından kanun koyucunun amacına aykırıdır¹⁷³.

Dürüstlük kuralı emredici nitelikte değildir. Taraflar sözleşme ile bu kuralı bertaraf edebilirler¹⁷⁴. Ancak bu durum ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olmamalı ve sürekli nitelik taşımamalıdır. Sadece belirli bir olaya münhasır olarak, devamlılık arz etmeyecek şekilde MK. m. 2/I hilafına sözleşme yapılabilir¹⁷⁵.

4) Uygulama Alanı

Dürüstlük kuralı, özel hukukun bütününde uygulanmaya elverişlidir. Bu sayede Medenî Kanunun yaptığı genel atıf (MK. m. 5) aracılığıyla yalnızca yazılı kurallara değil örf-adet hukukuna, hâkimin oluşturduğu hukuka kadar uygulama alanı bulur¹⁷⁶. Dürüstlük kuralının usul hukukunda, icra-ıflâs hukukunda ve hatta idare hukukunda uygulanabileceği ilişkiler vardır. Ancak kamu düzeni ve genel ahlâkın korunmasına yönelik kuralların yerine getirilmesinde başvurulamaz¹⁷⁷.

Görüldüğü gibi MK. m. 2/I, hakların kullanılması ve borçların ifası dışında da geniş bir uygulama alanına sahiptir. Borçlar hukukunda başlıca uygulama alanlarını; kanunların yorumlanması ve tamamlanması, sözleşmelerin kuruluşu, yorumlanması ve tamamlanması ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması oluşturur¹⁷⁸.

171 Edis, Medenî, 293.

172 Merz, Art. 2, N. 49; Akyol, Dürüstlük, 15; Edis, Medenî, 294; Sungurbey, 435; Bischoff, 38.

173 Oğuzman/Barlas, 192 vd.; Akyol, Dürüstlük, 15; Schwarz, Akitler, 198.

174 Merz, Art. 2, N. 103; Akyol, Dürüstlük, 7; Edis, Medenî, 299.

175 Akyol, Dürüstlük, 7; Edis, Medenî, 299; İmre, İktisadi Meseleler, 186; Merz, Art. 2, N. 102, 103.

176 Merz, Art. 2, N. 63; Egger, Art. 2, N. 8; Edis, Medenî, 301.

177 Edis, Medenî, 302.

178 Merz, Art. 2, N. 119 vd.; Oğuzman /Barlas, 181 vd.; Edis, Medenî, 304 vd.; Akyol, Dürüstlük, 24 vd.; İmre, İktisadi Meseleler, 186; Egger, Art. 2, N. 13 vd.; Arslan, 28 vd.

a) Kanunun Yorumlanması ve Tamamlanmasında

Dürüstlük kuralı, kanunun yorumlanmasında ve tamamlanmasında büyük önem taşır. Çeşitli hükümler bakımından farklı uygulama alanları bulur.

Bazı hükümler, kişilere başkalarının korunması için görev yükler¹⁷⁹. Yüklenen bu görevlerin dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekir. Aksi davranış kanuna aykırılık teşkil eder¹⁸⁰. Örnek olarak ana-babanın velayet hakkından doğan ödevleri (MK. m. 339) ile vasinin ödevleri (MK. m. 403/III) gösterilebilir.

Bazı hükümler ise kişisel amaçlıdır. Dürüstlük kuralı bu tür hakların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı konusunda hâkime yol gösterir. Örneğin şuf a hakkında müşterek maliklerin bu haklarını kullanmalarını önlemek ya da yüksek bir bedelle kullanmalarını sağlamak amacıyla satım bedelinin olduğunun çok üstünde gösterilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹⁸¹.

Kanun bazen dürüstlük kuralına açık bir atıf yapmaktadır¹⁸². Örneğin BK. m. 25'e göre hataya düşen taraf dürüstlük kuralına aykırı olarak ona dayanamaz. Bazı kişisel hakların kapsamını tayin bakımından da bu kuraldan yararlanılır. Mesela MK. m. 644 çerçevesinde, mülkiyet hakkının kullanımının sınırları belirlenirken dürüstlük kuralına başvurulur¹⁸³. Böylece mülkiyet veya sınırlı ayni hakkın başkasına zarar veren kullanımı önlenmiş olur¹⁸⁴. Dürüstlük kuralı menfaat çatışmalarında üstün yararın tespiti bakımından da önem taşır. Örneğin komşu maliklerin menfaatlerinin çatışmasında ya da eleştiri hakkı ile kişilik haklarının çatışmasında olduğu gibi¹⁸⁵.

b) Hukukî İşlemlerin Kuruluşu, Yorumu ve Tamamlanmasında

Dürüstlük kuralı tüm hukukî işlemlerin ve özellikle sözleşmelerin kurulup kurulmadığını tespit bakımından irade beyanlarının değerlendirilmesinde rol oynar. Bir irade beyanının varlığını ve kapsamını yorumlarken başvuru güven prensibi de

179 Merz, Art. 2, N. 27; Edis, Medenî, 304.

180 Merz, Art. 2, N. 27; Edis, Medenî, 305.

181 Edis, Medenî, 306.

182 Oğuzman/Barlas, 181.

183 Oğuzman/Barlas, 181; Edis, Medenî, 307; Oğuzman/Seliçi, 257 ; Ayan, Mülkiyet, 5.

184 Merz, Art. 2, N. 305; Edis, Medenî, 307.

185 Edis, Medenî, 308.

dürüstlük kuralına dayanır¹⁸⁶. Örneğin bir kişi kendine yapılan davranışı dürüstlük kuralına göre irade beyanı saymakta haklı ise o davranış irade beyanının unsurlarını taşımasa bile hukukî sonuç doğurur¹⁸⁷.

BK. m. 18'e göre hâkim sözleşmeleri ve diğer hukukî işlemleri yorumlarken¹⁸⁸ tarafların gerçek ve ortak amacını araştırmalıdır. Bu amacın tespiti için güven teorisinden ve dolayısıyla dürüstlük kuralından yararlanmak gerekir¹⁸⁹.

Yorum esnasında hâkim kullanılan kelimeleri esas almakla birlikte bunlarla bağlı değildir. Zira onun görevi tarafların gerçek ve ortak iradelerine ulaşabilmektir. Bu bakımdan hukukî işlemi bir bütün olarak değerlendirmesi gerekir¹⁹⁰. Hukukî işlem tek taraflıysa hâkim hakkın veya borcun kapsamını belirlemek için irade beyanını yorumlarken, iki taraflıysa ortak amacın tespitinde dürüstlük kuralından yararlanır¹⁹¹.

Hukukî işlemler bazı boşluklar taşıyabilir. Günlük hayatta genelde hukukî işlemin asıl konusu düzenlenmekte, yan meseleler ihmal edilmektedir. Özellikle sözleşmeler bakımından bu sık karşılaşılan bir durumdur. Zaten kanun koyucu da bir sözleşmenin kurulması için tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmalarını yeterli bulmuş (BK. m. 2), ikinci derece noktalarda anlaşmayı aramamıştır. Daha sonra bir ihtilaf çıkarsa bu boşlukları doldurma işi hâkime düşer¹⁹². Hâkim sözleşmedeki boşlukları doldururken gerek tarafların farazî iradelerinin tespitinde gerekse boşluğun bu iradeye uygun biçimde doldurulmasında dürüstlük kuralına başvurur¹⁹³.

186 Egger, Art. 2, N. 13; Oğuzman/Barlas, 183; Bucher, 123, 124; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 72.

187 Egger, Art. 2, N.13; Oğuzman/Barlas, 184; Akyol, Dürüstlük, 31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 73.

188 HGK. 28.12.1983, 721/1421 sayılı karara göre her hukukî işlem BK. m. 18 ve MK. m. 2 çerçevesinde yorumlanmalıdır (YKD. 1984, S. 10, 1474).

189 Merz, Art. 2, N. 121, 122; Egger, Art. 2, N. 14; Edis, Medenî, 311; Oğuzman/Öz, 61 vd., 151; Akyol, Dürüstlük, 24, 25.

190 Oğuzman/Barlas, 184; Edis, Medenî, 311; Akyol, Dürüstlük, 26 vd.

191 Oğuzman/Barlas, 184; Akyol, Dürüstlük, 24.

192 Hukukî işlemlerdeki boşluk kanunlardaki boşluğa tekabül eder ve bu sebeple kanun boşluğunun doldurulmasındaki yöntem (MK. m. 1) uygulanır. Egger, Art. 2, N. 13, 18; Edis, Medenî, 310; Akyol, Dürüstlük, 38.

193 Akyol, Dürüstlük, 38; Edis, Medenî, 310; Oğuzman/Barlas, 185.

Sözleşme öncesi görüşmelerden dolayı taraflara mükellefiyetler yükleyen culpa in contrahendo sorumluluğu da kaynağını dürüstlük kuralından alır¹⁹⁴. Bu mükellefiyetlerine aykırı davranan taraf gerekli konuları açıklamazsa, yanlış bilgi verirse, sözleşme yapma niyeti olmadığı halde müzakereye girerse ya da müzakere esnasında karşı tarafa zarar verirse doğan zararı tazmin eder¹⁹⁵. Aynı şekilde sözleşmeden, kanundan ya da başka bir hukukî ilişkiden doğmuş olsun asıl edim dışındaki yan yükümlülüklerde gerek tespit gerek kapsam bakımından yine dürüstlük kuralı bir ölçü olarak kullanılır¹⁹⁶.

c) Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması

Dürüstlük kuralı sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesinin esasını teşkil etmektedir. İster MK. m. 1 yoluyla, ister doğrudan uygulama yoluyla olsun uyarlama yapılabilmesinin temelinde bu kural yatmaktadır. Zira şartların öngörülemezlik biçimde ve edimler arası dengeyi bozarak sonradan değişmesi durumunda, karşı tarafın ifayı hâlâ sözleşmede kararlaştırılan haliyle talep etmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Buradan yola çıkarak doktrin ve mahkeme kararları sözleşme veya kanunda bu konuda bir düzenleme bulunmaması halinde, hâkimin MK. m. 2/I gereğince sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayabileceğini kabul etmektedir¹⁹⁷. Ancak elbette şartlardaki her değişiklik uyarlamaya yol açmaz. Hangi kriterler yerine gelirse uyarlama yapılabileceği konusu yine doktrin ve mahkeme kararları ile çözülmüştür. Bu kriterler, şartlarda sonradan meydana gelen ve öngörülemezlik, bu değişikliğin edimler arası dengeyi açık ve ağır biçimde bozması, edimlerin ifa edilmemiş olması ile tarafların kusurunun bulunmamasıdır¹⁹⁸.

194 Oğuzman/Barlas, 187; Akyol, Dürüstlük, 107; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 976; Yalman, 87, 88.

195 Oğuzman/Barlas, 187; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 976; Bucher, 278, 281 vd.; Yalman, 88 vd.

196 Merz, Art. 2, N. 260; Edis, Medenî, 316; Oğuzman/Barlas, 186.

197 Bkz. § 4, II, F, 3, c.

198 Bkz. § 4, II vd.

5) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

a) Kavram

Kişiler, hukuken kendilerine tanınan hakları diledikleri gibi kullanabilirler. Ancak kanun koyucu hak sahibini tamamen serbest bırakmamıştır¹⁹⁹. Bir hakkın amacına uygun kullanımını sağlamak için buna aykırı davranılması halini korumayacağını MK. m. 2/II ile ifade etmiştir. MK. m. 2/II'ye göre “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. O halde hakkın kötüye kullanılması, kendi sınırları içinde kalmakla birlikte bir hakkın amacına aykırı olarak kullanımı şeklinde tanımlanabilir²⁰⁰.

Hakkın kötüye kullanıldığı halleri tespit etmek her zaman kolay değildir. Her somut olay kendi şartları içinde değerlendirilerek bir sonuca varmak gerekir²⁰¹. Bununla birlikte doktrin ve mahkeme kararları bazı kriterler belirlemiştir²⁰². Temel olarak aranan iki kriter amaca aykırılık ve menfaat yokluğudur²⁰³. Başkasının bundan zarar görmesi ya da zarar görme tehlikesinin bulunması ise bir unsur değildir. Bir çok olayda böyle bir kastın olması onu zorunlu unsur haline getirmez²⁰⁴. Bunların dışında menfaatler arasında aşırı oransızlık bulunması, hakkın karşı tarafı koruyucu şekilde kullanılmaması, hakkı kullananın davranışlarının çelişkili olması, kötü kazanılan hakkın veya durumun ileri sürülmesi ve bazen de şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil eder²⁰⁵.

b) Özellikleri

MK. m. 2/II, dürüstlük kuralının uygulama alanına yardımcı olmanın yanı sıra kanunu düzeltici bir göreve de sahiptir. Böylelikle hâkim boşluk doldurma (MK. m. 1)

199 Egger, Art. 2, N. 23; Oğuzman/Barlas, 170; İmre, İktisadi Meseleler, 172.

200 Oğuzman/Barlas, 172.

201 Oğuzman/Barlas, 172; Honsell, Art. 2, N. 24.

202 Oğuzman/Barlas, 174; İmre, İktisadi Meseleler, 173.

203 Akyol, Dürüstlük, 21 vd.; İmre, İktisadi Meseleler, 174.

204 Oğuzman/Barlas, 173; Özsunay, 321; Schwarz, Akitler, 196; Akyol, Dürüstlük, 20; Barlas, Dürüstlük, 192, dpn.2; aksi görüş Edis, Medenî, 329; Ataay, 423; Tekinay, 96; Velidedeoğlu, 341.

205 Edis, Medenî, 332 vd., Oğuzman/Barlas, 174 vd.; Akyol, Dürüstlük, 22, 52 vd., 68 vd.; İmre, İktisadi Meseleler, 181 vd.; Merz, Art. 2, N. 340 vd.

görevi dışında belirli şartlarda kanunu düzeltme imkânı kazanmıştır²⁰⁶. Zira kanun koyucu, katı kanun hükümleri sonucunda tatmin edici olmayan uygulamaları önlemek ya da ortaya çıkan ekonomik ve sosyal değişimlere hukuk sistemini uydurabilmek için bu tür önleyici hükümler vazetmiştir²⁰⁷.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı ikinci derece bir yoldur, kanunda özel hüküm varsa uygulanmaz²⁰⁸. Hâkim bunu kendiliğinden (re'sen) göz önüne alır²⁰⁹.

c) Sonuçları

MK. m. 2/II, genel bir müeyyide getirerek hakkın açıkça kötüye kullanımının hukuken korunmayacağını öngörmüştür. Hakkın hukukî korumadan mahrum olması kötüye kullanılan hakka dayanan talep ve savunmaların dikkate alınmaması anlamına gelir²¹⁰. Diğer bir deyişle hakkını kötüye kullanan davacı ise davası reddedilir; davalı ise uyuşmazlık davacı lehine çözülür²¹¹. Örneğin bir davada zamanaşımını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa hâkim bu savunmayı dikkate almadan karar verir²¹². Ancak MK. m. 2/II'deki müeyyidenin yeterli olmadığı durumlar da ortaya çıkabilir. Bu taktirde kötüye kullanılan haktan zarar gören kimseye bir dava hakkı tanınmaktadır²¹³. Zarar gören kişi hakkın kötüye kullanılmasından doğan zararın önlenmesi veya giderilmesine yönelik dava açabilir. Bunun için bir tazminat davası açması da mümkündür. Tazminat davası kural olarak haksız fiil hükümlerine tâbidir²¹⁴. Ancak dürüstlük kuralı gereği daha ziyade davacı lehine olan sözleşme sorumluluğu kuralları uygulanmaktadır²¹⁵.

206 Merz, Art. 2, N. 23, 24; Edis, Medenî, 329; İmre, İktisadi Meseleler, 170, 171; Honsell, Art. 2, N. 26; Egger, Art. 2, N. 27.

207 İmre, Medenî, 288; Edis, Medenî, 329; Merz, Art. 2, N. 25; İmre, İktisadi Meseleler, 171, 177 vd.

208 Edis, Medenî, 330; İmre, Medenî, 286; Arslan, 36.

209 Merz, Art. 2, N. 99; İmre, Medenî, 376; Edis, Medenî, 330; Oğuzman/Barlas, 184; Akyol, Dürüstlük, 9, 10; Arslan, 35.

210 Honsell, Art. 2, N. 27. Oğuzman/Barlas, 179; Arslan, 34. Bu durum excepto doli generalis (genel hile def'i) olarak da adlandırılmaktadır. Teknik anlamda bir def'i değildir, zarar gören kişiye verilmiş bir savunma aracıdır. Akyol, Dürüstlük, 111; Egger, Art. 2, N. 25.

211 Edis, Medenî, 331; Oğuzman/Barlas, 179.

212 Von Tuhr, 709; Oğuzman/Öz, 482; Tunçomağ, Borçlar, 764; Saymen/Elbir, 942.

213 Oğuzman/Barlas, 180; Akyol, Dürüstlük, 112; Edis, Medenî, 331. Edis, Medenî, bu hakkı MK m.730' un genişletilmesine dayandırmaktadır

214 Oğuzman/Barlas, 180, Akyol, Dürüstlük, 116.

215 Akyol, Dürüstlük, 116.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması bakımından hukukî ilişkisinin devamını istemek hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa zarar gören uyarlama ya da sona erdirmeye talebinde bulunabilir. Ancak bu durumla, sözleşmenin dürüstlük kuralı uyarınca uyarlanmasında olduğu kadar sık karşılaşılmamaktadır²¹⁶.

C) Uyarlama Talebinin İleri Sürülmesi

Taraflar şartların değişmesi halinde sözleşmeye yönelik uyarlama talebini genelde mahkeme önünde kullanmaktadırlar. Hukukumuzda da durum böyle kabul edilmekte ve bu talebin mahkeme dışında kullanılıp kullanılmayacağı üzerinde pek durulmamaktadır²¹⁷. Borçlar Kanununda konuyla ilgili en önemli hüküm olan BK. m. 365/II'de hâkimin sahip olduğu takdîr hakkı dolayısıyla sözleşmeyi değiştirebileceği veya sona erdirebileceği düzenlenmiştir. BK. Tasarısında düzenlenen m.143'de ise mahkemeden söz edilmemişse de, gerekçede talebin hâkim önünde yapılacağı ifade edilmiştir.

Oysa bunun tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılmasında sakınca bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu benzer durumlar için böyle bir hak tanımıştır²¹⁸. Örneğin irade fesadı hallerinde, hak sahibi tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi iptal edebilir. Bu yenilik doğuran bir haktır ve karşı tarafa ulaşınca sonuç doğurur²¹⁹. Burada da aynı şekilde davranmamak için bir sebep yoktur. Şartların değişmesinden zarar gören taraf diğer tarafa yönelteceği bir irade beyanı ile sözleşmenin uyarlanmasını ya da sona erdirilmesini talep edebilir²²⁰. Kaldı ki istisna sözleşmesi için getirilen düzenlemede hâkimin karardan söz edilse de doktrinde ağırlıklı olarak bunun açıklayıcı nitelikte bir karar olduğu kabul edilmektedir²²¹.

216 Bischoff, 87.

217 Oğuzman/Öz, 450; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 492; Kaplan, 155 vd.

218 Gürsoy, Clausula, 177.

219 Oğuzman/Öz, 101; Eren, 319; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 453.

220 Gürsoy, Clausula, 177; Serozan, Dönme, 384.

221 Tandoğan, 95 vd ; Tunçomağ, Borçlar, 1061; Seliçi, İnşaat, 63. Erman, Bu kararın bazen açıklayıcı bazen de yenilik doğurucu nitelikte olduğunu savunmaktadır. Erman, 114, 115.

1) Doğrudan Karşı Tarafa İleri Sürme

Şartların değişmesinin sözleşme üzerindeki etkisini en iyi değerlendirebilecek olan genelde bundan zarar gören borçludur. Borçlu ifanın ağırlaşmasını ve bunun uyarlamayı haklı kılacak nitelikte olup olmadığını kendi açısından değerlendirir. Aslında değişen şartlar ağır etkiler doğursa bile borçlu bu durumdan yararlanmayabilir. Kendi isteğiyle ağırlaşan ifaya rağmen edimini yerine getirir. Ancak uyarlama imkânından yararlanmak istiyorsa bunu karşı tarafa bildirmesi gerekir. Bu bildirim gereklidir. Zira alacaklının durumdan haberdar edilmesi dürüstlük kuralı gereğidir²²².

Yapılan ihbarın amacı, hem ifanın ağırlaştığını bildirmek hem de çözüm önerisi sunmaktır. Borçlu burada alacaklıya sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını istediğini aksi halde sözleşmeyi sona erdireceğini ya da mahkemeye uyarlama için başvuracağını bildirir²²³. Bu durumda alacaklı uyarlama talebini kabul edebilir. Taraflar anlaştığında ortada yeni bir sözleşme değil eski sözleşmenin devamı vardır²²⁴.

Alacaklı ihbarla yapılan uyarlama talebini reddederse veya ihbara gerek kalmazsa²²⁵ borçlu tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirebilir. Bunların dışındaki hallerde borçlunun sözleşmeyi sona erdirebilmek için önce uyarlamayı teklif etmiş olması gerekir. Alacaklının uyarlamayı kabul edip etmeyeceğini bilmeden sözleşmeyi sona erdirmek yapılan işlemi haksız kılar²²⁶.

Şartların değişmesi sebebiyle borçlunun sahip olduğu uyarlama hakkı yenilik doğuran bir haktır²²⁷. Dolayısıyla şarta bağlı olarak kullanılamaz. Sözleşmenin sona erdiği bildirilmişse bundan geri dönülemez. Sözleşme sona erdikten sonra taraflar arasında uzlaşma olursa bu artık yeni bir sözleşme hükmündedir. Zira anlaşma ile yenilik doğuran hakkın sonuçları ortadan kaldırılamaz²²⁸. Borçlunun uyarlama isteğini karşı tarafa bildirirken şekle uyma zorunluluğu yoktur. Bu hakkın kullanılması süreye

222 Gürsoy, Clausula, 170.

223 Gürsoy, Clausula, 170.

224 Gürsoy, Clausula, 173.

225 Örneğin karşı tarafın böyle bir talebi reddedeceği açıksa, alacaklı ifayı aynen beklediğini bildirmişse veya uyarlama, durumu düzeltmeye yetmeyecekse ihbara gerek yoktur. Gürsoy, Clausula, 173.

226 Gürsoy, Clausula, 174; Arsebük, 886.

227 Gürsoy, Clausula, 184; Serozan, Dönme, 383.

228 Gürsoy, Clausula, 184.

de tâbi değildir. Ancak işin niteliğine göre uygun bir sürede kullanılması gerekir²²⁹. Aksi hal borçlunun uyarlama hakkından vazgeçtiği anlamına gelebilir²³⁰.

2) Mahkemede İleri Sürme

Uyarlama talebinin mahkemede ileri sürülmesi farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. İlk ihtimal taraflardan birinin, genellikle borçlunun²³¹ doğrudan mahkemeye başvurmasıdır. Şartların değişmesiyle aşırı ifa güçlüğüne düşen borçlu, mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını talep eder. Borçlu uyarlama davasını makûl bir süre içinde açmalıdır. Elbette borçludan şartların değişmesinin ertesi günü dava açması beklenemez. Onun durumu değerlendirmesi ve kendisine olan etkisini hesap edebilmesi için bir sürenin geçmesi gerekir. Bu süre somut olaya göre değişir. Örneğin sürekli edimli bir sözleşmede ani edimli sözleşmeye göre daha uzun bir süre kabul edilebilir. Ancak dava her durumda, borçlunun edimini (sürekli edimli sözleşmelerde şartların değişmesinden sonraki ilk edimini) yerine getirmesi gereken süreden önce açılmalıdır. Bunun istisnası borçlunun ihtirazi kayıtlı edimini ifa ettikten sonra dava açmasıdır. Eğer bunu yapmazsa uyarlama talep etme hakkını kaybettiği kabul edilebilir²³². Uyarlama talebi üzerine hâkim, gerekli kriterlerin yerine gelip gelmediğini araştırır. Ardından sözleşmede ya da kanunda bir hükmün olup olmadığına bakar, varsa uyarlamayı bu hükümlere göre gerçekleştirir. Eğer hüküm yoksa hâkim dürüstlük kuralı

229 “... Uyarlama davası, 4 Nisan 1994 kararlarından 1 yılı aşkın zaman geçtikten sonra açılmıştır. Bu durumda davalı- birleştirilen davanın davacısı bir yıl önceki olağanüstü koşullardan söz ederek sözleşmenin uyarlanması talebini ileri sürmesi MK.m.2’deki iyiniyet kurallarına da aykırı bulunmaktadır...” HGK. 30.5.2001, 15-402/459, (Mevdata, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

230 Gürsoy, Clausula, 184.

231 Şartların değişmesinden etkilenen tarafın alacaklı olması da mümkündür. Örneğin kira sözleşmesinde artan enflasyon sebebiyle kira bedelinin çok düşük kalmasında alacaklının durumu böyledir.

232 “Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.8.1998 tarihli ve 5 yıl 4 ay sürelidir, iş bu uyarlama davası ise 5.9.2001 tarihinde açılmıştır. Kira sözleşmesi düzenlendikten sonra ABD doları 21.2.2002 ekonomik krizi nedeniyle Türk Lirası karşısında aşırı değer kazanmıştır. Buna rağmen davacı uyarlama davası açmayarak, aynı yılın Eylül ayına kadar sözleşmeye uymaya devam etmiştir. Davacı bu şekilde ekonomik krizden sonra sözleşmeyi benimsemiş ve işlem temelinin çökmediğini kabul etmiş sayılacağından uyarlama davası açma hakkını kaybettiğinin kabulü zorunludur.” Y.13.HD. 27.12.2002, 9911/14153, (Mevdata Mevzuat ve İçtihat Programı, www.mevdata.com.tr).

çerçevesinde sözleşmeyi uyarlar. Bu uyarlama ya sözleşmenin yeni şartlara göre değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi şeklinde olur. Verilen karar kurucu niteliktedir²³³.

Diğer bir ihtimal borçlunun tek taraflı irade beyanıyla uyarlama hakkını kullanması üzerine alacaklının şartların oluşmadığı gerekçesiyle mahkemeye başvurusudur. Burada hâkim borçlunun davranışının haklı olup olmadığını tespit eder²³⁴. Bunu da uyarlama kriterlerini araştırarak yapar. Eğer hâkim borçluyu haklı bulursa alacaklıya yapılan ihbardan itibaren sözleşmeyi sona erdirir ya da uyarlama yapılmasına karar verir²³⁵. Uyarlama kriterlerinin oluşmadığına kanaat getirirse sözleşmenin devamına hükmeder. Burada hâkimin kararı kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Zira Borçlar Kanununun sözleşmenin muhik sebeplerle sona erdirilmesini düzenleyen hükümlerinde, hâkimin vereceği fesih kararı açıklayıcı niteliktedir ve değişen şartların etkisi bakımından bu kuraldan ayrılmak için bir sebep yoktur²³⁶.

Tarafların birlikte mahkemeye başvurusu da mümkündür. Bu durumda hâkim yine sözleşme veya kanunda bir hüküm bulunup bulunmadığı ve uyarlama kriterlerinin oluşup oluşmadığını araştırır. Sonuçta uyarlamaya, sona ermeye veya sözleşmenin aynı şekilde devamına karar verir. Burada hâkimin kararı kurucu niteliktedir.

Borçlu şartların değişmesine rağmen pasif durumda kalabilir. Böyle bir halde iş alacaklıya düşer. Alacaklı ifa davası açtığında borçlu da şartların değiştiğini, bu yüzden sözleşmenin uyarlanmasını veya sona erdirilmesi gerektiğini ileri sürebilir²³⁷. Burada temerrüt üzerinde tekrar durmak gerekir. Kural olarak temerrüde düşen borçlu şartların değiştiğini ileri süremez²³⁸. Ancak borçlunun temerrüde düşme sebebi bu ise o zaman

233 Gürsoy, Clausula, 185; Oftinger, 619.

234 Gürsoy, Clausula, 184; Serozan, Dönme, 384.

235 Gürsoy, Clausula, 184; Serozan, Dönme, 384.

236 Gürsoy, Clausula, 184; Serozan, Dönme, 383.

237 Gürsoy, Clausula, 175.

238 Burada şöyle bir ihtimal karşımıza çıkabilir, kira bedelinin 250 TL. olduğu bir sözleşmede kiralayan 500 TL. ister. Uyarlama talebiyle dava açar ve kiracının ödediği 250 TL. yi almaz. Kiracı bir tevdi yerini tayin ettirip kirayı yatırır. Mahkeme kira parasının 300 TL. olmasına hükmeder. Bu durumda kiracı 50 TL. için mütemerrit olur. Ancak buradaki temerrüd durumu, yukarıda kastedilen temerrüd hâli ile aynı değildir. Yukarıda kastedilen temerrüd, borçlunun şartların değişmesi ile aşırı ifa güçlüğüne düşmeden önce borcunu ödememesidir. Oysa örnek olaydaki temerrüd hâli uyarlama yapılmasına engel değildir. Uyarlama yapıldıktan sonra meydana gelmiştir. Alacaklı burada temerrüd hükümleri uyarınca kalan kısmı borçludan talep edebilir.

uyarlama talebi dikkate alınır²³⁹. Demek ki pasif durumda ki borçlu henüz temerrüde düşmediyse alacaklının ifa davasına karşı bunu bir def'i²⁴⁰ olarak ileri sürebilir. Temerrüde düştüyse bunun şartların değişmesinden önce mi yoksa değişen şartlar sebebiyle mi olduğuna bakılır. Eğer borçlu değişen şartlar sebebiyle temerrüde düşmüşse bunu ileri sürmesinde sakınca yoktur²⁴¹. Temerrüde düştükten sonra şartlar değiştiyse artık bundan yararlanamaz²⁴². Hâkimin alacaklının başvurusu üzerine verdiği karar, borçlu temerrüde düşmüş olsun olmasın kurucu niteliktedir.

3) Uyarlamanın İleri Sürülmesine İlişkin Münferit Meseleler

a) İfa Davasında Uyarlama Talebinin İleri Sürülmesi

Borçlu uyarlama davası ile doğrudan mahkemeye başvurarak bu talebini ileri sürebilir. Ancak alacaklı ifa davası açtığında, borçlu da sözkonusu davaya karşı şartların değiştiğini, bu şartlar altında edimini yerine getiremeyeceğini ileri sürerse bu savunmanın niteliği ne olacaktır?

Borcun doğmadığına veya sona erdiğine ilişkin olmakla birlikte uyarlamanın bir vakıa olarak ileri sürülebileceğini kabul etmek onu itiraz haline getirir. Ancak uyarlama hakkının ileri sürülmesi bir itiraz teşkil etmez. Zira itiraz teşkil eden vakıanın, davanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen göz önüne alınması gerekir. Oysa borçlu bunu ileri sürmemişse hâkim kendiliğinden uyarlamayı dikkate alamaz.

Def'i hakkı ise bir hakkın kullanılmasını geçici olarak sınırlayan veya daimi olarak ortadan kaldıran karşı haktır²⁴³. Def'i hakkının kullanılması, karşı tarafın hakkını ortadan kaldırmaz. Sadece o hakkın def'i hakkı sahibine yönelik olarak kullanılmasına engel olur. Böylelikle borçlu, alacaklının ifa talebini reddetme, engelleme ya da

239 bkz. § 4, II, C, 3.

240 Bu konudaki ayrıntılı açıklama için bkz. § 8, IV, C, 3, a.

241 Karara konu olan olayda 21.12.1993 tarihli bir dövize endeksli konut kredisi sözleşmesi vardır. Sözleşmeye göre 60.000 Mark kredi kullanan davacı, 1994 ekonomik krizi sebebiyle edimler arası dengenin bozulduğunu ileri sürerek uyarlama talebinde bulunmuştur. Davalı banka ise davacının özellikle 1994 yılı 4,5,6,7,9,10' uncu aylarında yaptığı ödemelerde temerrüde düştüğünü ve bu sebeple uyarlama talebinde bulunamayacağını ileri sürmüştür. Yargıtay ise mahkemenin uyarlamaya ilişkin kararını, temerrüd konusu incelenmediği için bozmuştur. Y.11.HD. 16.01.2003, 7816/302 (İçtihatlar ve Külliyyat, Hukuk 2003). Oysa olayda açıkça görülmektedir ki davacı ekonomik kriz sebebiyle temerrüde düşmüştür. 1994 krizi Nisan ayında patlak vermiş davacı da o aydan itibaren ödemelerini yapamamıştır.

242 Oftinger, 607; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 674; Merz, Art. 2, N.227; Bischoff, 218; Gürsoy, Clausula, 154; Erzurumluoğlu, 73; Baykal, 251; Gülekli, 51; Dural, İmkânsızlık, 68.

243 Eren, 69; Medicus, AT, N. 92; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 17.

kaçınma hakkına sahip olur (BK. m. 140, zamanaşımı def'i; BK. m. 81, ödemezlik def'i, BK.m. 486, adi kefalette kefilin önce asıl borçluya başvurulması hakkında olduğu gibi)

Uyarlama talebinde, bir hakkın kullanılmasının sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması sözkonusu değildir. Borçlu bu talebi ileri sürmekle, alacaklının ifa talebini ne engellemek ne de ortadan kaldırmak istemektedir. Sadece bu şartlar altında ifayı gerçekleştiremeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak bu hak def'i hakkıyla, kullanılma şekli bakımından benzerlik taşımaktadır. Her iki hak da hem mahkeme dışında hem dava açılması halinde mahkemede ileri sürülebilir. Def'i hakkının usul hukuku yönünden cevap layihasında yani esasa cevap süresi içinde kullanılması gerekir (HUMK. m. 179, m. 202, m. 211). Aksi halde alacaklının muvafakati olmadan bunu daha sonra ileri süremez. Hâkim dosyadan anlaşılsa bile def'i hakkını re'sen gözönüne alamaz.

Uyarlama talebinin, makûl bir süre içerisinde yapılması gerekir. Bu makûl süre borçlunun şartlardaki değişikliğin kendisini aşırı ifa güçlüğüne düşürüp düşürmediğini değerlendirmesi için gereken süredir. Def'i hakkının kullanılması gereken esasa cevap süresi ise böyle bir durumda uyarlama talebinin ileri sürülmesi bakımından aranan makûl süre kabul edilebilir.

Usul hukuku yönünden açılan ifa davasına yönelik uyarlama talebinin karşı dava yoluyla kullanılması da mümkündür. Bu yöntem usul ekonomisine aykırı görünse de böyle bir sakınca, davaların birleştirilmesi yoluyla aşılabılır.

b) Kira Tespiti ile Kira Uyarlaması Davaları Arasındaki Farklar

Kira bedelinin yeniden belirlenmesi konusunda uygulamada iki dava bulunmaktadır: Kira tespiti ve kira uyarlaması davaları.

Kira tespiti davası, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun (GKHK) 11. maddesi uyarınca, yenilenen kira sözleşmesindeki kira parasına ilişkin boşluğun, hâkim tarafından hak ve nasafet kurallarına uygun olarak doldurulması için açılır²⁴⁴.

244 Aral, Borçlar, 229; Kuru, 224.

Kira tespit davaları, kısa süreli ve taraflarca artış oranı belirlenmeyen kiralarda sözkonusu olur. Amaç hukukî ilişkiyi tespit etmek değil, yeni döneme ait, belirli olmayan kira bedelini tespit edebilmektir²⁴⁵. Bu tespitte önce olağan rayiç, bu yapılamıyorsa ekonomik veriler ve hak ve nasafet kuralları gözönüne alınır²⁴⁶. Diğer bir deyişle kira süresi içinde meydana gelen ve sonraki dönemi etkileyecek durumlara yani bir bakıma şartlardaki değişikliklere etki tanınmış olmaktadır.

Kira tespit davası, her zaman açılabilir²⁴⁷. Kiracıya ihtarı şart değildir²⁴⁸. Kiralayan, kira bedelinin hangi tarihten itibaren kiracıyı bağlayacağını belirtmesini dava dilekçesinde talep etmemişse, hâkim bu yönde karar veremez²⁴⁹ (HUMK. m. 74). Bu durumda kiranın başlangıcı göz önüne alınarak, yeni kira döneminden itibaren kiracı, tespit edilen miktarla sorumlu olur²⁵⁰. Ancak kiralayanın kira bedelinin tespitini talep edeceğini ve isteyeceği miktarı kiracıya ihtar etmesi de mümkündür. Bu takdirde ihtar takip eden ilk kira döneminde yeni kira bedelinin uygulanabilmesi için o kira döneminin sonuna kadar tespit davasının açılması gerekir²⁵¹.

Kira bedelinin uyarlanması davası ise uzun süreli sözleşmelerde, sözleşme kurulurken var olan şartların ifa sürecinde esaslı şekilde değişmesi sonucunda bedelin yeni şartlara uyarlanabilmesi için açılmaktadır²⁵².

Hukukumuzda taşınmaz kiralalarında uyarlama meselesi önce kiralayan lehine gündeme gelmiştir. Yargıtay'ın ilk kez 1981 yılında verdiği kararlar kiralayanın kendine

245 Köprülü, Uyarlama, 456; Yavuz, 144. Kiracılığın ve kira sözleşmesinin tespiti davaları bu kapsama girmez. Kuru, 229, 230.

246 “Kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun bilirkişice tespit edilecek oğlan rayiç ve bu tespit edilemezse ekonomi esasları ve hak ve nesafet uyarınca bilirkişi tarafından bildirilecek kira parası esas alınarak hâkim tarafından doldurulması gerektiğine” karar vermiştir. YİBK., 18.11.1964, 2/4, Karar için bkz. Doğrusöz/Er, 78 vd.; Aral, Borçlar, 220 vd.; Yavuz, 143.

247 YİBK. 21.11.1966, 19/10, RG. 29.12.1966. Ancak Yargıtay kira süresinin bitmesine uzun zaman varken tespit davası açılmasını uygun bulmamıştır. Bununla birlikte davayı reddetmeyip (usul ekonomisi ve davacıyı mağdur etmemek bakımından) olağan rayicin oluşması için beklenilmesine karar vermiştir. Y.3.HD. 13.9.1979, 5495/5321; Y.3.HD. 4.//.1980, 427/720 (Doğrusöz/Er, 71).

248 “İhtar yapılmamış olsa bile sonraki dönem için kira parası bakımından boşluk husule gelecektir.” YİBK. 21.11.1966, 19/10, RG. 29.12.1966.

249 Doğrusöz/ Er, 119; Aral, Borçlar, 230.

250 Doğrusöz/ Er, 119 vd.

251 Kira süresini bitmesine çok süre varken açılan bir tespit davası Yargıtay'ca kabul edilmemiştir. Ancak dava kiracının, kiralayanın talebini değerlendirebilmesi için makûl bir sürede açılmalıdır. Bu sürenin tespitinde kiracının tahliye iradesini en az 15 gün önce kiralayana bildirmesi gerektiği (GKHK. m. 11) hususu da gözönünde tutulmalıdır. HGK. 21.11.1966, 19/10, RG. 29.12.1966.

252 Camcı, Kira, 235. “Uyarlama davası taraflar arasındaki sözleşmenin bedele ilişkin hükümlerinin mahkemenin müdahalesi suretiyle yeniden düzenlenmesi sonucunu doğurur.” Y. 6.HD. 24.6.1998, 5606/5641 (YKD. C. 25, S. 10, Ekim 1999).

ait olan yakıt parasının aşırı yükselmesi sonucu kira bedelinin yetersiz kalması sebebiyle açtığı uyarlama davası kabul edilmiştir²⁵³. Kira sözleşmelerinin döviz üzerinden yapılmasının yaygınlaşmasıyla da kiracı lehine uyarlamalar giderek önem kazanmış ve Yargıtayca da kabul görmüştür²⁵⁴.

Her iki dava kira bedelini belirlemek bakımından birbirine yakın olmakla birlikte bazı önemli farklar taşımaktadırlar.

Uyarlama davaları genelde uzun süreli kira sözleşmeleri için, tespit davaları ise kısa süreli kira sözleşmeleri için açılmaktadır. Yargıtay kısa süreli sözleşmede tespit davası açılabilirken uyarlama davası açılmasını kabul etmemektedir²⁵⁵. Kira tespit davası ile belirlenen bedel yeni kira dönemine ilişkin, uyarlama davalarında bu bedel, davanın açıldığı tarihten itibaren derhal etkilidir²⁵⁶. Uyarlama davasında belirlenen bedelin derhal etkisi doktrinde bunun bazen kısa süreli kira sözleşmelerinde de kiracı bakımından uygulanabileceğinin savunulmasına yol açmıştır²⁵⁷. Zira kısa süreli de olsa şartlarda meydana gelen değişikliğe kiracının katlanmasını beklemek onun kiralayan karşısındaki zayıf durumu karşısında, hakkaniyete daha uygun bulunmaktadır. Örneğin döviz üzerinden yapılan bir yıllık kira sözleşmesinde, üçüncü ayda ekonomik kriz sebebiyle dövizin çok yükselmesi halinde, sırf süre kısa olduğu ve nasıl olsa yeni dönem için kira tespitinin yapılacağı gerekçesiyle kiracıyı aşırı ifa güçlüğü ile baş başa bırakmak adil değildir.

Yeni kira bedelinin belirlenmesinde takip edilen yöntem bakımından da her iki dava arasında fark vardır. Yargıtay’a göre uyarlama davalarında, tespit davalarında uygulanan yöntemle kira bedeli belirlenemez. Uyarlama davalarında, sadece rayiç kira bedeli dikkate alınamaz. Taraflar arasındaki ilişki kural olarak uzun bir süreye yayıldığından taşınmazın boş olarak kiraya verilmesinden daha az bir bedele

253 İsviçre Federal Mahkemesinin de benzer bir kararı bulunmaktadır. Uzun süreli bir kira sözleşmesinde, ısıtma masraflarını yüklenen kiralayan, savaş sebebiyle ekonominin alt üst olması sebebiyle yükümlülüğünden kurtulmal için dava açmış ve bu kabul edilmiştir. BGE 47 II 314 (Koller/Schwander, 267 vd.).

254 Burcuoğlu, Uyarlama, 29.

255 “Kira sözleşmesi bir yıl süreli olup kısa sürelidir. Kısa süreli kira sözleşmesinde dönem sonunda tarafların kira tespit davası açma hakları olduğu için uyarlama davası açılmaz.” Y.13.HD. 7.2.2002, 12426/1207 (YKD.2002/9, 1356).

256 Burcuoğlu, Uyarlama, 29; Camcı, Kira, 235.

257 Burcuoğlu, Uyarlama, 39; Camcı, Kira, 238.

hükmedilmesi gerekir²⁵⁸. Kira tespit davasında görevli mahkeme HUMK. m.8/II-b.1 uyarınca sulh hukuk mahkemesiyken uyarlama davasında bu, genel kural uyarınca müddeabihe göre belirlenir.

Kira bedelinin uyarlanması davası, şartların esaslı ve öngörülemez şekilde değişmesi, bu değişikliğin edimler arası dengeyi bozması durumunda açılabilirken, kira tespit davası, yeni döneme ait bedelin belirlenmesi için bu tarz değişikliklerin meydana gelmesine gerek olmadan açılabilir.

c) Genel İşlem Şartı Olarak Belirlenen Uyarlama Hükümlerinin

Geçerliliği

Gelecekte kurulacak aynı şekil ve tipteki sözleşmeyi düzenlemek amacıyla bir tarafça hazırlanan, karşı tarafın değiştirmeden kabulü için sunulan ve tek taraflı olarak belirlenen sözleşme şartlarına genel işlem şartları (GİŞ) denir²⁵⁹. Tarafların sıfatı, GİŞ' nın nitelendirilmesi bakımından dikkate alınmazken bunların denetlenmesi noktasında önem taşır²⁶⁰. Bankaların kredi sözleşmeleri için hazırladıkları formüler sözleşmelerdeki kayıtlar GİŞ teşkil etmektedir²⁶¹.

GİŞ' nın yorumlanmasında bazı ilkeler bulunmaktadır²⁶². Bunlardan biri GİŞ' nın içeriğinin açık ve net olmaması durumunda yorumun diğer taraf yani katılan taraf lehine yapılmasıdır. Diğer olağandışı, alışılmamış hükümlerin geçersiz sayılmasıdır.

GİŞ' nın içeriği tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi denetime tâbidir. Burada yer alan bir hükmün emredici kurallara, ahlâka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Ayrıca GİŞ' ndaki bir hükmün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemelidir²⁶³.

Borçlar kanunu GİŞ hakkında bir hüküm içermezken, BKT. bu konuyu ayrıntılı biçimde düzenlemiştir (BKT. m. 20-25).

258 13 HD.3.12.1999, 7018/11021 (Aral, Borçlar, 241, dpn. 50; Yavuz, 149). Aksi görüş, Camcı, Kira, 238.

259 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 155; Tekinay, 123,124; Atamer, Sözleşme, 61 vd.; Yavuz, Genel İşlem, 571 vd.; Yurt, 65.

260 Atamer, Sözleşme, 61.

261 Burcuoğlu, Uyarlama, 53; Atamer, Sözleşme, 95; Yurt, 64.

262 Burcuoğlu, Uyarlama, 54; Atamer, Sözleşme, 134; Tekinalp, 132; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 162; Yavuz, Genel İşlem, 573 vd.; Oktay, Gezi, 61.

263 Burcuoğlu, Uyarlama, 54; Atamer, Sözleşme, 146 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 161; Yavuz, Genel İşlem, 582; Oktay, Gezi, 62.

GIŞ içeren sözleşme hazırlayan taraf, şartların sonradan değişmesi durumu için genellikle kendini koruyucu tedbirler de alır. Bütün uyarılama kuralları bakımından söz konusu olabilecek zayıf tarafın zararına hüküm koyma ihtimali²⁶⁴, GIŞ içeren sözleşmelerde daha fazla bulunmaktadır. O halde bu tedbirlerin ne dereceye kadar bir uyarılama hükmü olarak hâkim tarafından göz önüne alınacağı sorusunun cevaplanması gerekir.

Kurulmasıyla ifa edilmesi arasında bir sürenin bulunduğu sözleşmelerde edimin değerinde artış olma ihtimaline karşı semenin yükseltilmesi belirlenmiş olabilir. Örneğin gezi sözleşmesinde, “Masraflar arttığı oranda fiyatlar buna göre ayarlanır”²⁶⁵ ya da araba satışına ilişkin sözleşmede “teslim tarihine kadar fiyatlarda oluşan artışlar müşteriye yansıtılır” şeklindeki düzenlemeler böyledir²⁶⁶. Bu tür kayıtlar hem sözleşmeyi hazırlayan tarafa uyarılama imkânı vererek riski diğer tarafa yüklemekte hem de uyarlanmış haliyle sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen tarafa dönme hakkı vermemektedir²⁶⁷. Böyle bir kayıt diğer tarafa aynı zamanda dönme hakkı veriyorsa geçerli kabul edilmek gerekir²⁶⁸. Dönme hakkı tanımadan uyarlamayı sağlayan kayıtlar ise geçersiz kabul edilmelidir²⁶⁹. Hâkim sözleşmede bir düzenleme yokmuş gibi uyarılamanın genel kriterlerinin oluşup oluşmadığını incelemeli ve buna göre dürüstlük kuralı uyarınca karar vermelidir.

Aynı şekilde özellikle bankalar ile yapılan sözleşmelerde bankaların mahfuz tuttuğu masraf ve komisyon bedellerini tek taraflı artırma imkânı da bu tür bir kayıttır. Ancak böyle bir artışın fahiş şekilde yapılması söz konusu olamaz. Bankanın bu tür bedelleri günün şartlarına uydurması normaldir. Haklı sayılabilecek artışların üstünde

264 Burkhardt, 6.

265 Gezi sözleşmelerindeki bu tür ücret değişikliğine yönelik kayıtların uyarılama kaydı olarak nitelendirilebileceği ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirileceği konusunda geniş bilgi için bkz. Yurt, 86 vd.; Oktay, Gezi, 196 vd..

266 Atamer, Sözleşme, 238.

267 Atamer, Sözleşme, 239; Oktay, Gezi, 198,199.

268 Alman GIŞ Kanunu Art. 11/1 ve bu konudaki AB yönergesi de benzer düzenlemeler içermektedir. Atamer, Sözleşme, 239.

269 Oktay ve Atamer bu sonuca BK. m. .367/I' in kıyasen uygulanması yoluyla varmaktadır. Oktay, Gezi, 198; Atamer, Sözleşme, 237. Kanaatimizce bu tür bir kaydın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

belirlenen oranların konulması halindeyse bu kaydın geçersiz sayılması ve hâkimin mevcut oranı makûl bir seviyeye getirmesi yani uyarlaması hakkaniyete uygun olur²⁷⁰.

Bankalarla yapılan kredi sözleşmelerinde, sözleşmenin devamı sırasında faiz oranını değiştirme hakkını veren kayıtları da incelemek gerekir. Öncelikle şu belirtilmelidir ki, tüketici kredileri²⁷¹ açısından, bankaların faiz oranını sonradan tek taraflı olarak değiştirmesi yasaktır²⁷² (TKHK. m. 10). Bununla birlikte bankalarla yapılan, tüketici kredisi niteliği taşımayan ve sabit bir faiz oranının olmadığı sözleşmeler (kredili mevduat hesapları gibi)²⁷³ açısından ise şu değerlendirme yapılabilir. Hukukumuzda taraflar faiz oranlarını serbestçe belirleyebilirler (BK. m. 72, TTK. m. 8, KFTFK. m. 1, m. 2, m. 4/a) bankalar açısından da bu kural geçerlidir, hatta ekonomik sistem içerisinde normal bir durumdur. Ancak bu hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerekir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde bir kullanım ise diğer tarafı (müşteriyi) artıştan haberdar etmeyi ve ona sözleşmeyi fesih imkânı tanımayı gerektirir. Nitekim bankaların ihtarsız, müşteriye hiçbir şikayet ve itiraz hakkı bırakmayan bu yöndeki düzenlemelerinin MK. m. 2 uyarınca böyle anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir²⁷⁴.

Bankalarla yapılan kredi sözleşmeleri bakımından diğer bir meselede Yargıtay'ın uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Yargıtay, sözleşme metinlerinde yer alan ve kredi borçlularının istediklerinde yabancı para üzerinden ödeme yapma yükümlülüğünden vazgeçerek Türk parasını seçebilme imkânı veren hükümleri bir uyarlama kaydı saymıştır. Sözleşmede hüküm varken hâkimin uyarlama yapamayacağı gerekçesiyle de bu talepleri reddetmiştir²⁷⁵. Ancak borçlunun yabancı parayı seçmesinin sebebi zaten Türk parası üzerinden ödemelerin çok yüksek olmasıdır. Ayrıca Türk parası üzerinden kredi kullanmış olsa bile bu onun aşırı ifa güçlüğüne düşmeyeceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla böyle bir şart uyarlama hükmü kabul edilemez.

270 Atamer, Sözleşme, 240.

271 Tüketici kredileri hakkında çeşitli tanımlar için bkz. Akipek, 143, 144; Gezder, 22, 23.

272 Atamer, Sözleşme, 241; Yavuz, Genel İşlem, 603.

273 Atamer, Sözleşme, 241.

274 Kostakoğlu, 65, 66; Atamer, Sözleşme, 242; Yavuz, Genel İşlem, 602. Yargıtayında aynı yönde kararları bulunmaktadır: Y. 19. HD. 26.10.1994, 10147/10028; Y. 11. HD. 18.6.1986, 2945/3631. Kararlar için bkz. Kostakoğlu, 69, 75, 76.

275 11. HD. 2.6.1995, 534/4540 (Karar için bkz. Burcuoğlu, Uyarlama, 87).

Gerekli kriterler oluşmuşsa hâkimin dürüstlük kuralı çerçevesinde uyarlama yapmasına engel olamaz²⁷⁶.

d) Şartlardaki Değişikliğin Garanti ve Kefalet Sözleşmelerine Etkisi

Garanti ve kefalet sözleşmeleri birer teminat sözleşmesidir. Garanti veren ve kefil, borçlunun edimini yerine getirmemesine dair riski üstlenirler. Taraflar bu riskin kapsamına açıkça şartların değişmesini dahil edebilirler. Ancak böyle bir düzenleme yoksa tek başına garanti ve kefalet sözleşmeleri nereye kadar şartların değişmesi riskini taşır, sorusunun cevaplanması gerekir.

Teminat işlemlerinin görevi borçluyu, alacaklının ödeme güçlüğüne düşme ihtimaline karşı korumak olduğundan, bu risk şartların değişmesinden kaynaklansa bile kural olarak teminat verenin yüklendiği kabul edilmektedir²⁷⁷. Alman Federal Mahkemesi borçlunun ödeme güçlüğüne düşmesi öngörülemez sebeplere dayansa dahi kefilin kefaletinden kurtulamayacağına hükmetmiştir²⁷⁸. İsviçre Federal Mahkemesinin de garanti sözleşmesi bakımından bu yönde kararı bulunmaktadır²⁷⁹.

Ancak gerek doktrin gerekse mahkeme kararlarında, istisnai de olsa çok sıkı şartlar altında uyarlamaya imkan tanınmaktadır²⁸⁰. Bunun için öncelikle şartlardaki değişikliğin teminat riskine girip girmediğinin tespiti gerekir. Bu ise sözleşmenin yorumlanması ile yapılır²⁸¹. Eğer teminat kapsamına, şartların değişmesi sebebiyle ortaya çıkan risk girmiyorsa o zaman uyarlama mümkün olur²⁸². Ülkemiz bakımından bankalarla yapılan kredi sözleşmeleri ve bu sözleşmelerdeki kefalet şartları düşünüldüğünde bunun adil bir çözüm olacağı ortaya çıkmaktadır.

D) Uyarlama Yapılabilecek Sözleşmeler

Uyarlama farklı hukuk alanlarında söz konusu olabilir. Örneğin idare ile yapılan sözleşmelerde, İş Hukukunda “zorlayıcı sebepler” (İş K. m. 24/III)’ in ortaya çıkması

276 Burcuoğlu, Uyarlama, 86; Baykal, 249.

277 Jaggi/Gauch, Art. 18, 589; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 211; Roth, Art. 242, N. 615.

278 BGH NJW 65, 438; NJW 66, 449 (Palandt/Heinrichs, Art. 242, 211, Roth, Art. 242, N. 615, dpn. 1282).

279 Bu karar metni için bkz. Thilo, Clausula, 1213; BGE II 163 (Bischoff, 226, dpn. 14).

280 Jaggi/Gauch, Art. 18, 590; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 211; Roth, Art. 242, N. 616. Aksi görüş, İmre, İktisadi Meseleler, 189; Oser/Schönenberger, Art. 502, N. 12. Yazarlara göre uyarlama talebi asıl borçluya ait, yenilik doğurucu bir hak olduğundan kefil tarafından kullanılamaz.

281 Jaggi/Gauch, Art. 18, 590.

282 Jaggi/Gauch, Art. 18, 590; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 211; Roth, Art. 242, N. 616.

halinde²⁸³, nafaka alacaklarında (MK. m. 176, m. 331 gibi) haklı sebeplerin varlığı halinde şirket sözleşmelerinde (TTK. m. 19, m. 200, m. 267, m. 504 gibi), haksız fiilden doğan tazminatta²⁸⁴ (BK. m. 46/II) hep değişen şartların etkisi mevcuttur. Ancak konumuz Borçlar Hukuku sözleşmeleri ile sınırlıdır.

Borçlar Hukukunda sözleşmeler çeşitli ayırımlara tâbi tutulmaktadır. Öncelikle borç yükleme bakımından bir ayırım yapılmaktadır²⁸⁵. Taraflardan yalnız birine borç yükleyen sözleşmeler (Örneğin bağışlama, kefalet, garanti sözleşmeleri gibi) tek taraflı, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler iki taraflıdır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de kendi içinde tam iki taraflı ve eksik iki taraflı olmak üzere ayrılmaktadır. Tam iki taraflı sözleşmelerde bir edim değişimi söz konusudur, her bir borç diğer borcun karşılığını teşkil eder²⁸⁶ (Örneğin alım-satım sözleşmesi). Eksik iki taraflı sözleşmelerde bazen bir taraf hep borç altına girerken diğer taraf belirli şartlar gerçekleştiğinde borç altına girer (Örneğin ücretsiz vekâlet), bazen de bir tarafın borcu diğer tarafın borcunun karşılığı değil borcun ifa edilmemiş olmasının yani malın tesliminin sonucudur²⁸⁷. Örneğin karz, ariyet gibi. Sözleşme ilişkisinin süresi bakımından yapılan ayırıma göre ise ani edimli ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler vardır²⁸⁸. Esas edimi, ani edim olan sözleşmeler ilk gruba girer (Örneğin

283 Bu zorlayıcı sebepler öngörülemez, kaçınılmaz ve iş verenin kusurunun bulunmadığı durumlardır. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde toplu iş sözleşmesi ile oluşturulan çalışma şartları ve belirli süreli iş sözleşmeleri ile oluşturulan çalışma şartlarında uyarlama yapılması mümkündür. Yargıtay ekonomik krizleri bu anlamda zorlayıcı sebep olarak kabul etmektedir. Y.9.HD. 24.1.1996, 24809/685; Y.9.HD. 31.1.1995, 16730/1307, HGK, 3.5.1995, 9-392/ 494, kararlar ve bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şen, 81 vd.

284 BK. m. 46/II, haksız fiilden doğan cismani zararlarda hâkime kararını iki yıl içinde gözden geçirebilme yetkisini saklı tutma imkânı tanımıştır. Hâkim kararında bu yetkisini saklı tutmamışsa taraflar tazminat hükmünün değiştirilmesini talep edemezler. Ancak öngörülemeyen sebepler dolayısıyla başka zararlar ortaya çıkarsa (örneğin bacağından yaralanıp tedavi olan bir kişi, daha sonra bu yaralanmanın etkisiyle kötürum olursa) yeni bir tazminat davası açılabilir. BK. m. 46/II hükmü, BK. m. 98/II'nin atfıyla akdî sorumlulukta da uygulanır. Buna göre borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bundan doğan zararların tazmini konusunda da hâkim kararını iki yıl içinde gözden geçirebilme yetkisini saklı tutabilir. Bu durumda şartların değişmesinin etkisini ortaya koymakla birlikte biraz farklıdır. Zira burada uyarlanan sözleşme değil, bir hâkim kararıdır. Hâkim kararını, şartlardaki değişiklik sebebiyle doğrudan doğruya kendisi uyarlamaktadır. Ancak tarafların bunu talep etmeleri gerekir. Buna yönelik bir dava açılmamışsa hâkim kararını kendiliğinden gözden geçiremez. Oğuzman/Öz, 586; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, 618.

285 Oğuzman/Öz , 40 vd.

286 Oğuzman/Öz, 41.

287 Oğuzman/Öz, 42.

288 Oğuzman/Öz, 44.

alım-satım). Bir borç ilişkisinde asli borçlardan en az biri sürekli, aralıklı veya dönemli edimleri içeriyorsa sürekli sözleşme vardır (Örneğin kira sözleşmesi)²⁸⁹.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler uyarlamanın esas uygulama alanını teşkil eder²⁹⁰. Hatta uyarlama ihtiyacının doğmasının sebebi de bu tür sözleşmelerdir. Ancak bu bir kural değildir. Zaten kanun koyucu da bu konudaki en önemli hüküm olan BK. m. 365/II' yi ani edimli bir sözleşme olan istisna sözleşmesi için düzenlemiştir. Doktrinde konu çoğunlukla uzun süreli sözleşmeler açısından ele alınmaktadır²⁹¹. Sürenin uzun olması sözleşmeye sürekli borç ilişkisi doğuran nitelik kazandırmaz. Zaman unsuru sürekli borç ilişkilerinde özel bir öneme sahip olmakla birlikte, ani edimli borç ilişkilerinde de sözkonusudur²⁹². Öyleyse sürenin uzunluğu hem sürekli borç ilişkilerinde hem de ani edimli borç ilişkilerinde karşımıza çıkabilir. Her iki sözleşme tipinde de tarafların uzun bir süre kararlaştırmaları veya sözleşmeyi belirsiz süreli olarak düzenlemeleri bu duruma sebep olabilir. Belirsizlik, sürenin hiç kararlaştırılmamasından kaynaklanmalıdır. Aksi halde işin niteliği de başka türlü olmasını gerektirmiyorsa ifa derhal yapılmalıdır (BK. m. 74). Sözkonusu belirsizlik şarta bağlı bir vade konulmasından ya da ifanın belirli bir zaman geçmesinden sonraya bırakılmış olmasından ileri gelebilir²⁹³. Süredeki uzunluğun, şartlardaki değişikliğin öngörülmezliğini etkilemesi normaldir²⁹⁴. Ancak kısa süreli ani edimli sözleşmelerde de şartlar aşırı ifa güçlüğü doğuracak şekilde değişebilir. Demek ki sürenin uzunluğu uyarlama için şart değildir²⁹⁵. Eğer bir ani edimli sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi

289 Oğuzman/Öz, 44.

290 “Akdî uyarlama daha çok ve önemli ölçüde uzun, sürekli ve karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde sözkonusu olur. Diğer bir anlatımla kural olarak ani edimli borç ilişkilerinde uygulanmaz.” Y.13.HD. 6.4.1995, 145/3339, YKD. C.21, S.6, 1995, 916.

291 Oğuzman/Öz, 451; Bucher, 395; Reisoğlu, Borçlar, 332; Somuncuoğlu, 112; Atabek, 87 vd.; Honsell, Art. 2, N. 19; Camcı, Uyarlama, 391. Sözleşme süresinin uzunluğunu uyarlama için bir şart olarak arayan Federal Mahkeme kararları BGE 69 II 144, 46 II 162, Oktay, Uzun Süreli Sözleşmeler, 219, dpn. 32.

292 Seliçi, Sürekli Borç, 5 vd. ; Oktay, Uzun Süreli Sözleşmeler, 210.

293 Oktay, Uzun Süreli Sözleşmeler, 218.

294 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 688, 689, 690; Oktay, Uzun Süreli Sözleşmeler, 219. Uzun süreli sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasından sonra, şartlarda değişiklik meydana gelebileceğini tarafların zaten göze aldıkları ve bundan doğacak risklere de katlanacakları işin niteliği gereği kabul edilir. Uyarlamaya sebep olan da elbette bu tür normal riskler değildir. BGE 107 II 347, Wiegand, Art. 18, N. 124.

295 “O halde uyarlama ilkesini mutlak şekilde sürekli edimlere uygulayıp sınırlamak hak nasafet ve adalet ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabileceğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. O nedenle gelecekte sonuçlar doğuran sözleşmelerde de veya derhal ifa ile sona ermeyecek

arasında, şartların değişmesinden etkilenmesine yetecek kadar süre varsa uyarlama söz konusu olur²⁹⁶. Kuruluşu sırasında hemen yerine getirilen sözleşmelerde ise uyarlama mümkün olmamaktadır²⁹⁷.

Uyarlama meselesi daha ziyade tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ortaya çıkmaktadır. Ancak bu durum eksik iki taraflı ve tek taraflı sözleşmeler bakımından uyarlama yapılamayacağı anlamına gelmez²⁹⁸.

Eksik iki taraflı sözleşmelerde edimler arasındaki dengesizlik, edim ile borcun ifa edilmesinin sonucu olan iade edim arasında ortaya çıkar²⁹⁹. Örneğin karz sözleşmesinde, ödünç alanın iade yükümlülüğü şartların değişmesinden büyük ölçüde etkilenebilir. Özellikle paranın konu olduğu karz sözleşmelerinde³⁰⁰ durum böyledir³⁰¹.

Sözleşme tek taraflı olduğunda da, yapıldıktan sonra şartların değişmesinden etkilenebilir. Bir tarafın borç altına girmesi uyarlama yapılamaması sonucunu doğurmaz³⁰². Nitekim kanun koyucu bağışlayan açısından şartlarda meydana gelen değişikliklere sonuç bağlamıştır (BK. m. 244/I, II, m. 245/II, III). Tek taraflı sözleşmede borç altına girmeyen taraf bakımından ise uyarlama talebinde bulunma imkânı yoktur. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında vasiyet edilen para, değerini kaybetmiş olsa bile uyarlama yapılamayacağını ifade etmiştir³⁰³.

sözleşmelerde de şartlar oluştuğu takdirde uygulanmalıdır.” Y.13.HD. 6.4.1995, 145/3339, YKD. C. 21, S. 6, 1995, 916.

296 Merz, Art. 2, N. 224; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 688-691; Bischoff, 226; Serozan, Dönme, 366; Dural, İmkânsızlık, 68, 69; Oktay, Uzun süreli Sözleşmeler, 219; Wiegand, Art. 18, N. 100.

297 “Clausula ilkesinin ani edimli sözleşmelerde uygulanamayacağı benimsenmektedir. Çünkü edim yerine getirildikten sonra artık şartların ağırlaştığını öne sürmek doğru olmaz. Y.11.HD. 22.9.2000, 5723/ 6969, YKD. C.30, S.6, 2004, 886; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 566.

298 Merz, Art. 2, N. 237; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 687; Bischoff, 224; Gürsoy, Clausula, 139; Kaplan, 161; Sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uyarlama yapılabileceğine yönelik kararlar için Thilo, Clausula, 1213 vd.; İmre, İktisadi Meseleler, 189.

299 Bischoff, 224.

300 Eğer karz sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmış veya kanunen ödenmesi gereken (BK. m. 307/I) bir faiz varsa, sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen nitelik kazanır. Aral, Borçlar, 310; Yavuz, 208.

301 Gürsoy, Clausula, 140 vd.; Bischoff, 224.

302 Bischoff, 224; Merz, Art. 2, N. 237; Kaplan, 162; Palandt/Heinrichs, Art. 242, 208; Roth, Art. 242, N.531; Aksi görüş, Gürsoy, Clausula, 148.

303 Jdt 1924 I. P. 2 (Gürsoy, Clausula, 148, dpn. 93).

E) Hâkimin Müdahale Tarzı

1) Genel Olarak

Uyarlama talebi önüne gelen hâkim, bu talebin haklı olup olmadığını araştırır. Diğer bir deyişle uyarlama kriterlerinin gerçekleşmesine bakar. Eğer bu kriterlerin gerçekleşmediğine kanaat getirirse sözleşmenin aynen sürmesine karar verir. Hâkim uyarlama kriterlerinin oluştuğunu görürse sözleşmeyi ya sona erdirerek taraflar arasındaki ilişkiyi bitirir ya da değişen şartlara uyarlayarak ifa güçlüğündeki tarafın yükünü hafifletir. Bu tüm zararın karşı tarafa bırakılması şeklinde değil taraflar arasında paylaştırılmasıyla yapılır. Aksi hal zararın borçludan alınıp alacaklıya bırakılması olur ki bu hakkaniyet aykırıdır³⁰⁴.

Sözleşmenin yerine getirilmesinde kural ahde vefa ilkesidir. Buna göre şartlar değişse bile tarafların sözleşmeye aynen riayet etmesi gerekir. Ancak bu ilkenin sınırını dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) çizer. MK. m. 2/I'in herkese yüklediği haklarını kullanmada ve borçlarını ifada dürüst davranma yükümü, somut sözleşme bakımından değişen şartların dikkate alınmasını zorunlu kılar. Demek ki dürüstlük kuralı sözleşmenin yeni şartlara uyarlanıp uyarlanmaması veya nasıl uyarlanması gerektiği konusunda hâkime yol gösteren temel bir ilkedir³⁰⁵.

Hâkim gerek kriterlerin olup oluşmaması gerekse uyarlama yapılıp yapılmaması bakımından son derece dikkatli davranmak durumundadır. Ne çok sıkı bir anlayışla sözleşmenin her şart altında uygulanmasına yol açmalı ne de buna başvurmayı sözleşmeden kurtulmanın bir yolu haline getirecek kadar gevşek davranmalıdır. Hâkimin bunu yaparken bazı hususlara dikkat etmesi gerekir.

2) Hâkimin Dikkate Alması Gereken Hususlar

Hâkimin göz önünde tutması gereken temel husus ahde vefa ilkesinin kural, uyarlamanın ise istisna olduğudur³⁰⁶. Bu yüzden hâkim uyarlama kriterlerinin oluşup

304 Gürsoy, Clausula, 189, 190.

305 Larenz, Geschäftsgrundlage, 165; Kaplan, 156; Jaggi/Gauch/Schluep, N.1289; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 633.

306 “Uyarlama davalarında hâkimin gözden kaçırmaması gereken temel esaslar sıralanabilir: Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır. Uyarlama daima yardımcı bir çözüm olarak düşünülmelidir.

oluşmadığını tespit ederken dikkatli davranmalıdır. Örneğin uyarlamaya ilişkin hükmün bulunmadığı bir istisna sözleşmesinde, müteahhidin kriz sebebiyle işi zamanında bitiremeyeceğini ileri sürerek iki yıl ek süre istediğini ve iş sahibinin de bu süreyi verdiğini varsayalım. Süre sonunda müteahhid işi bitiremezse artık krizi ileri sürerek uyarlama talep edemez.

Taraflar kendi aralarında anlaşarak uyarlamaya karar vermişler ancak onun şekli konusunda anlaşamamışlarsa, hâkim sadece uyarlama konusunda hüküm verir, gerekli şartların oluşmasını araştırmasız³⁰⁷.

Bir başka husus uyarlamanın hâkim tarafından yapılmasının ikinci derece (tali) yol olmasıdır³⁰⁸. Önce sözleşme veya kanunda bir hüküm bulunmadığının tespiti gerekir.

Hâkim borçlunun ve alacaklının menfaatlerini birlikte değerlendirir. Yalnızca borçlunun maruz kaldığı zararı değil, alacaklının sözleşmeden beklediği haklı menfaatleri de göz önüne alması gerekir³⁰⁹. Böylece meydana gelen zarar taraflar arasında hakkaniyete uygun şekilde paylaştırılmış olur.

Hâkimin hukukî ilişkiyi bir bütün olarak ele alması gerekir. Bu değerlendirmede tarafların mâli durumu³¹⁰, elde edilmesi planlanan kâr gibi sübjektif hususlar dışında

Sözleşmeye yazılan özel hükümler, yorumlanıp tarafların sağladığı hak ve yararlar değerlendirilmeli, ekonomik değişikliklerin etkileri, kiralananın nitelikleri gibi somut olayın özelliği ile belirlenecek tüm objektif hâl ve koşullar kıymetlendirilmeli, uyarlama yapılması kanaatine kavuşulursa sözleşmedeki intibak boşluğu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları (MK. m. 4, m. 2/I) ışığında doldurulmalıdır. Sonuçta verilecek her türlü karar, az yukarıda açıklanan esaslara aykırı olmamalı, özellikle toplanan delillerin red ve kabul edilen yönlerini dayanaklarını içerir şekilde gerekçeli ve Yargıtay denetimine uygun olmalıdır.” HGK. 7.5.2003, 13-332/340 (İçtihatlar ve Külliyyat, Hukuk 2003).

307 Kaplan, 158; Bischoff, 230, 234; Gürsoy, Clausula, 196.

308 Bischoff, 229; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 649; Kaplan, 155; Ayhan, Beklenmeyen Hal, 7; Kılıçoğlu, 159; BGH NJW 75, 776, Palandt/Heinrichs, Art. 242, 207. “Sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai, tali (ikinci derecede) ve yardımcı niteliktedir.” HGK. 7.5.2003, 13-332/340 (İçtihatlar ve Külliyyat, Hukuk 2003).

309 Oftinger, 620; Gürsoy, Clausula, 186; Kaplan, 159; Eren, 453.

310 Ancak kanun bazen mâli durumun değişmesine bu anlamda bir etki tanımıştır (MK. m. 176/IV). Yargıtay kararına konu olan olayda da durum böyledir: “... tarafların mâli durumlarının değişmesi de iradın artırılması veya azaltılmasını gerektirebilir. Örneğin alacaklının (davalının) yoksulluğu azalmış veya büsbütün ortadan kalkmıştır; ya da borçlunun (davacının) mâli veya gelir durumu kötüleşmiştir. Burada iradın takdîrine esas olan şartları ortadan kaldıracak önemde bir değişiklik olması aranacaktır.” Y. 13. HD. 4.3.2003, 1941/2097 (İçtihatlar ve Külliyyat, Hukuk 2003).

somut sözleşmeye ilişkin tüm noktalar göz önüne alınır³¹¹. Öte yandan şartların değişmesinin sadece tarafların yapmayı planladığı kârı düşürmesi ya da ortadan kaldırması uyarlamaya sebep olmaz. Zira burada önemli olan elde edilecek kâr değil meydana gelen zarardır. Ancak meydana gelen zararın da tamamı değil normal riski aşan kısmı önemlidir. Uyarlamaya tâbi olan, normal riski aşan kısımdır. Borçlunun mâli durumunun zayıf veya yüksek olması normal risk sınırını etkilemez. Dolayısıyla hâkim uyarlamada tarafların mâli gücüyle ilgilenmez. Bununla birlikte bazen hakkaniyet bir tarafın mâli gücünün zayıf olmasını dikkate almayı gerektirebilir³¹².

Uyarlamaya konu olan zarar başlangıçta mutabık kalınan bedel ile şartların değişmesinden sonra ortaya çıkan bedel arasındaki fark değildir³¹³. Mutabık kalınan miktar üzerine normal risk miktarının eklenmesinden sonra ortaya çıkan bedel ile şartların değişmesinin ortaya çıkardığı bedel arasındaki farktır. Örneğin dövizle kira sözleşmesinde dövizin aşırı yükselmesi durumunda uyarlama, sözleşmenin yapıldığı zamandaki kur ile yeni kur arasındaki fark üzerinden yapılmaz. Zira dövizle kira sözleşmesinin amacı zaten paranın değer kaybetmesinden korunmaktır. Dolayısıyla buradaki uyarlama kira borcunu dövizin normal seyri ile ulaşabileceği rakama getirmek şeklinde olacaktır. Böylece hem kiralayanın para değerini koruma amacı zedelenmemekte hem de kiracının aşırı ifa güçlüğüne düşmesi önlenmektedir.

311 Kaplan, 159; Gürsoy, Clausula, 187.

312 Gürsoy, Clausula, 199.

313 “Sözleşmenin kurulduğu günden dava tarihine kadar geçen süre içerisinde, ülkemizin yerleşmiş ekonomik koşullarının etkisi ile sözleşmedeki yabancı paranın Türk parası karşısında normal artışlarla ulaşması gereken değeri bulunmalı, bulunan bu değer sözleşme gereği kiralayan yararına kabul edilmeli, daha sonra 2001 yılı Şubat ayında başlayan ve aralıksız şiddetini artıran umulanın üstündeki dolardaki artış ve buna bağlı ekonomik krizin tabii sonucu ortaya çıkan, sözleşmedeki yabancı paranın Türk parası karşısındaki dava tarihi itibarıyla değer artışı tesbit edilmeli, böylece belirlenecek iki değer arasındaki farklılık miktarı, sözleşmedeki özel hükümler, kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgede kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticari gelişmeler gibi değişiklikler, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışlar ile somut olayda görülebilen objektif etkenlerle karşılaştırılıp, değerlendirilmeli, ... ,tarafların amacına uygun objektif iyi niyet, hak ve nesafet (MK. m. 4, m.2/I) kurallarının elverdiği ölçü ve düzeyde yine yabancı para olarak uyarlanmalıdır.” HGK. 7.5.2003, 13-332/340 (İçtihatlar ve Külliyyat, Hukuk 2003).

Taraflar arasında birden fazla sözleşme yapılmışsa bunların bazılarında kâr elde edilmesi diğerleri için uyarlama talebinde bulunulmasını engellemez³¹⁴. Her sözleşme ayrı değerlendirilmelidir.

Kural olarak şartların değişmesinden her iki taraf da zarar görmüşse ne uyarlamaya ne de sona erdirmeye gerek vardır³¹⁵. Örneğin döviz üzerinden taksitlendirme yapılmış bilgisayar satımına ilişkin sözleşmede dövizdeki ani artış hem alıcıyı hem de bilgisayarları yurtdışından dövizle temin eden satıcıyı etkilemektedir. Zira tarafların katlanacakları risk artmıştır ama edimler arası denge bozulmayarak bir bakıma kendiliğinden uyarlama gerçekleşmiştir³¹⁶. Bununla birlikte taraflardan birinin zararı diğerinden fazla olabilir. O halde hakkaniyet gerektiriyorsa bu durumda da uyarlama yapılabilir. Şartlar her iki taraf için de ağırlaşıyor ve sözleşmeyi çekilmez hale getiriyorsa sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna da gidilebilir. Örneğin bir satım sözleşmesinde dövizdeki artış sebebiyle alıcının, bu artışla karşılanamayacak kadar yükselen ulaşım mâliyetleri sebebiyle borçlunun, aşırı ifa güçlüğüne düşmesinde durum böyledir.

Uyarlama bakımından olayın hâkimin önüne kimin tarafından getirildiğinin bir önemi yoktur. İster alacaklının ister borçlunun isterse tarafların birlikte müracaatıyla olsun durum değişmez³¹⁷. Gereken kriterlerin gerçekleştiğine kani olan hâkim sözleşmenin uyarlanmasına veya sona erdirilmesine karar verir. Bu onun takdîrindedir (MK. m. 4).

Artık burada hâkim uyarlama yaparken tarafların farazî iradelerini araştırmaz. Tarafların ortak farazî iradelerini araştırmak sübjektif bir ölçü aramak anlamına gelir³¹⁸. Oysa uyarlamada hâkim dürüstlük kuralının objektif ölçüsünden yararlanmaktadır.

314 Aksi fikir Gürsoy, Clausula, 189. Yazara göre böyle bir durumda her sözleşmenin ayrı ayrı değerlendirilmesi dürüstlük kuralına aykırı düşer.

315 Gürsoy, Clausula, 187.

316 Gürsoy, şartların her iki tarafı için ağırlaşmasında bundan kimse fayda sağlamıyorsa borçludan çok alacaklıyı korumak gerektiği görüşündedir. Çünkü o, şartların değişmesinde önce bir sözleşme yaparak tedbirini almıştır (Gürsoy, Clausula, 189). Kanaatimizce uyarlama yapılabilmesi bir tarafın diğer tarafın aleyhine menfaat temin etmesine bağlı değildir.

317 Gürsoy, Clausula, 186.

318 Oftinger, 621; Gürsoy, Clausula, 196.

§ 9. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ SONUÇLARI

I. Genel Olarak

Şartların değişmesinin sözleşme üzerinde uyarlama ve sona erme olmak üzere iki önemli etkisi vardır. Uyarlama, sözleşmenin değişen şartlara uygun hale getirilebilmesi için içeriğinin veya süresinin değiştirilmesidir³¹⁹. Sözleşmenin sona erdirilmesi, sürede yapılan bir değişiklik olduğundan aslında o da uyarlama kavramına dahildir³²⁰. Buradan yola çıkarak doktrinde³²¹ dar ve geniş anlamda uyarlamadan söz edilmektedir. Dar anlamda uyarlama sözleşmenin içeriğindeki yani tarafların hak ve borçlarındaki değişiklikleri ifade eder. Geniş anlamda uyarlama ise sona erme de dahil olmak üzere sözleşmenin hem süresinde hem içeriğinde değişiklik yapılması anlamına gelir. Genelde geniş anlamıyla kullanılmış olmakla birlikte, sona erme dışındaki uyarlama hallerini ifade etmek için de bu kavramdan faydalanılmıştır. Burada sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapılması anlamında uyarlama ve hukukî ilişkiyi bitiren sona erme halleri ayrı ayrı incelenmiştir.

II. Sözleşmenin Uyarlanması

A) Sözleşmenin Uyarlanmasının Hukukî Dayanağı

Şartların değişmesinin başlangıçta sadece sona erme imkânı sağladığı kabul ediliyordu. İstisna, kira gibi sözleşmelerde tanınan uyarlama imkânı ise bunlara has bir özellik olarak görülüyordu. Ancak giderek fark edildi ki sözleşmeyi değişen şartlar altında da olsa değiştirerek ayakta tutmak, çoğu zaman sona erdirmekten daha iyi sonuçlar vermektedir³²². Bunun bir sebebi sözleşmenin sürmesinde tarafların menfaatinin bulunmasıdır. Diğer sebebi ise sona ermenin, riski bir tarafın üzerine yıkmak anlamına gelebilmesidir. Halbuki alacaklının beklediği haklı menfaati de göz önüne almak gerekir³²³.

319 Bischoff, 233; Wiegand, Art. 18, N. 98.

320 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 574; Eren, 450; Oğuzman/Öz, 156; Bischoff, 31, 32; Kaplan, 118.

321 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 574; Eren, 450.

322 Bischoff, 233; Gürsoy, Clausula, 190.

323 Bischoff, 235; Oftinger, 620, Gürsoy, Clausula, 190.

Doktrinde sözleşmenin uyarlanması için pozitif hukuktan başka dayanaklar³²⁴ önerilmiş olmakla birlikte temel hüküm dürüstlük kuralını düzenleyen MK. m. 2/I' dir. Zira sözleşmenin sona erdirilmesini haklı kılan dürüstlük kuralı, değiştirilmesini öncelikle haklı kılar³²⁵. Öte yandan kanunda şartların değişmesine yönelik genel bir hüküm bulunmaması kanun boşluğu teşkil etmediğinden, hâkim uyarlamayı MK. m. 1/II'nin verdiği boşluk doldurma yetkisi çerçevesinde değil, doğrudan MK. m. 2/I'in uygulama alanı gereği yapar³²⁶.

B) Sözleşmenin Uyarlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar

Hâkim şartlar oluşmuşsa öncelikle sözleşmeyi uyarlamaya çalışır³²⁷. Uyarlama, tarafların menfaatlerine en uygun şekilde yapılmalıdır. Bunun için bir tarafı mümkün olduğunca aşırı ifa güçlüğünden kurtarmak, diğer tarafı da haklı beklentilere olabildiğince yaklaştırmak gerekir³²⁸.

Uyarlama yapılması için sözleşmenin buna uygun olması yeterlidir. Tarafların bu yöndeki ortak iradelerine gerek yoktur. Her iki taraf da istemiyorsa elbette uyarlama yapılamaz³²⁹. Ancak onların birlikte bunu talep etmeleri aranmaz. Böyle bir durum uyarlama yapılmasını sınırlar. Zira karşı taraf aleyhine olacağı düşüncesiyle buna yanaşmak istemeyebilir. Diğer bir deyişle sadece tarafların bakış açısına göre yapılan yargılama menfaat çatışması doğurur³³⁰. Öte yandan hâkimin uyarlamadaki dayanağı dürüstlük kuralıdır. Dolayısıyla o, artık tarafların iradesi gibi sübjektif bir ölçüye değil, hakkaniyet gibi objektif ölçülere dayanmak durumundadır. Eğer hakkaniyet gerektiriyorsa taraflardan biri istemese bile hâkim sözleşmeyi değişen şartlara uygun

324 Doktrinde bazı yazarlar BK.365 /II deki uyarlama imkânının genelleştirilerek diğer sözleşmeler bakımından daha uygulanabileceğini savunmaktadır. Schwarz, Akitler, 198; Arsebük, 852; Eren, 451; Tekinay /Akman /Burcuoğlu/ Altop, 783.

325 Gürsoy, Clausula, 195; Kaplan, 157; Schwarz, Akitler, 200; Arsebük, 887; Gönensay, Mukaveleler, 170.

326 Bkz. § 5, II, I; Aksi görüş Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 627 vd.; Bischoff, 70; Kaplan, 156; Dural, İmkânsızlık, 65; Jaggi/ Gauch/ Schluep, N.1287.

327 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 637 (Yazarlara göre burada sona erdirmeye diğer uyarlama halleri arasında bir öncelik sırası bulunmamaktadır). Aynı görüş, Kaplan, 157. Oysa amaç sözleşmeyi ayakta tutmak olmalı, bu gerçekleşemiyorsa o zaman sona erdirmeye yoluna gidilmelidir.

328 Bischoff, 235; Kaplan 157.

329 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 638; Bischoff, 234; Gürsoy, Clausula, 195; Kaplan, 158.

330 Bischoff, 235.

hale getirir³³¹. Şartların değişmesi sebebiyle edimi ağırlaşan taraf sona erme talebinde bulunurken, karşı taraf uyarlama istiyorsa, bu durumda somut olayın niteliğine bakmak gerekir. Uyarlama borçlu için bir şey ifade etmiyorsa, sözleşmeyi sürdürmenin anlamı yoktur³³². Örneğin satın almayı taahhüt ettiği elektriği artık kullanamayacak olan alıcı bakımından fiyatın indirilmesi bir şey ifade etmez³³³.

C) Uyarlama Şekilleri

Hâkim nasıl bir uyarlama yapacağı konusunda serbesttir. Bu konuda geniş bir takdîr hakkına (MK. m. 4) sahiptir³³⁴. Ancak somut olayın özellikleri çerçevesinde hakkaniyete en uygun uyarlamayı yapmak ve kararını esasa ilişkin sebeplere dayandırmak zorundadır³³⁵.

Her sözleşme kendine ait bir uyarlamayı haklı çıkarır. Ancak çeşitli uyarlama şekillerinden söz etmek mümkündür.

Uyarlama sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi şeklinde yapılabilir. Örneğin hâkim, taksitle ödemeye ya da kısmî ödemenin kabulüne karar verebilir. Eğer borçlunun edimini tam olarak yerine getirebilmesini sağlayacaksa taksitle ödemeye imkân verilebilir. Mesela ithalat sınırlamaları sebebiyle taahhüt ettiği miktarda mal getiremeyen bir firma için teslimat taksitlendirilebilir. Hâkim, faiz miktarını değiştirebilir hatta tamamen kaldırabilir. Bir başka deyişle sözleşmede belirlenen faiz miktarı şartların değişmesiyle aşırı ifa güçlüğüne düşen taraf lehine indirilebilir ya da kaldırılabilir. Örneğin bankayla yapılan değişken faizli kredi sözleşmelerinde, faiz miktarını belirleme hakkı bankada olduğundan, bu hakkın fahiş şekilde kullanılması halinde faiz miktarı, hakkaniyete uygun bir seviyeye çekilebilir. Hâkim ifa yerini ve zamanını değiştirebilir. Tarafların esas ya da yan yükümlülüklerinde, aşırı ifa güçlüğüne

331 Merz, Art. 2, N. 250; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 636; Bischoff, 235; Gürsoy, Clausula, 195; Kaplan, 157.

332 Gürsoy, Clausula, 197.

333 Gürsoy, Clausula, 197; Bischoff, 111.

334 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 652; Gürsoy, Clausula, 197; Kaplan, 157; Bischoff burada hâkimin, kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin (MK. m. 1/II) metot çerçevesinde karar vereceği fikrindedir.

335 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 637; Kaplan, 157.

düşen taraf lehine değişiklik yapabilir³³⁶. Mesela deprem sebebiyle ulaşımda ortaya çıkan zorluklar özellikle maliyetleri çok artırdığında ifa yeri değiştirilebilir.

Uygulamada daha ziyade karşılaşılan, taraflardan birinin edim borcunun artırılması veya azaltılması şeklindeki uyarlamadır. Örneğin dövizle yapılan bir kira sözleşmesinde ekonomik şartların ağırlaşması sebebiyle kiracı, kira parasının indirilmesini talep edebilir. Keza kiralayan yüksek enflasyon, sebebiyle değer yetiren kira parasının artırılmasını talep edebilir. Ülkemizde çok karşılaşılan bu tür davalar, bazen tespit bazen de uyarlama davası niteliği taşımaktadır³³⁷.

Para borçları bakımından, uyarlama yaparken önemli olan nokta adil bir değerlendirme oranı tespit edebilmektir. Örneğin enflasyon, oranı %100 ise, sözleşmeye konu olan paranın değerini bu oranda artırmak veya eksiltmek adil bir uyarlama olmaz. Tarafların taşınması gereken normal riski aşan kısım dikkate alınır³³⁸. Maddî edimler bakımından uyarlama, karşı edim aynı kalmak şartıyla, borçlanılan edimin miktarı azaltılarak yapılabilir³³⁹. Örneğin, sözleşmenin karşı tarafına 10 ton buğday teslim etmekle yükümlü olan çiftçi, kuraklık sebebiyle normal miktarın çok altında ürün elde ettiği için aşırı ifa güçlüğüne düşerse hâkim, teslim borcunun miktarını indirebilir.

Hâkimin, sözleşmenin süresini uzatması veya kısaltması da mümkündür. Sürede yapılan değişiklik de içerik değişikliğinin bir türüdür³⁴⁰. Böyle bir durum özellikle şartların eski haline tekrar döneceğinin beklendiği hallerde söz konusu olur. Örneğin getirilen ihracat sınırlamaları dolayısıyla aşırı ifa güçlüğüne düşen borçlu için bu sınırlamaların kaldırılması söz konusu olduğunda, hâkim süreyi uzatarak ona sözleşmeye uygun biçimde edimini yerine getirme imkânı sağlayabilir. Uygulamada istisna sözleşmelerinde, özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ek süre verilerek uyarlama yapılmasıyla sık karşılaşılmaktadır.

336 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 635; Bischoff, 235; Kaplan, 156; Gürsoy, Clausula, 198.

337 Kira tespit ve uyarlama davaları için bkz. § 8, IV, C, b.

338 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. Gürsoy, Clausula, 189.

339 Bischoff, 234.

340 Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 574; Bischoff, 236; Eren, 450.

III. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Şartların değişmesine etki tanımak, sözleşmenin aynı şekilde sürdürülmemesi ve bu riskin tamamının taraflardan birinin üstüne bırakılmaması anlamına gelir³⁴¹. Bunun için sözleşmenin uyarlanması gerekir. Sözleşmenin sona erdirilmesi de bir tür uyarlamadır. Zira böylelikle süresi kısaltılmakta yani sona erdirilmektedir³⁴².

Sözleşmenin sona erdirilmesi clausula fikrinin ilk ortaya çıktığı zamandan beri kabul edilen bir çözümdür. Hatta uyarlamanın olağan ve esas sonucu olarak görülmektedir³⁴³. Borçlar Kanunu da değişen şartların etkisi bakımından genellikle sona erme sonucunu düzenlemiştir (BK. m. 245, m. 467, m. 517 gibi).

Hâkim uyarlama ile adil bir sonuca ulaşamayacağına kanaat getirirse sözleşmeyi sona erdirir³⁴⁴. Sözleşmenin sona erdirilmesinin geçmişe mi geleceğe mi etkili sonuçlar doğuracağı konusunda sözleşmenin niteliğine bakmak gerekir. Tıpkı diğer sona erme hallerinde olduğu gibi burada da süreklilik gösteren sözleşmelerde geriye etkili sona erme (ex tunc), yerine getirilmiş edimlerin akıbeti bakımından sorun teşkil edeceği için ileriye etkili (ex nunc) şekilde yapılmalıdır³⁴⁵. Demek ki sözleşmenin niteliği önemlidir. Uzun süreli sözleşmelerde genellikle ileriye etkili fesih adil sonuçlar doğurur. Kısa süreli sözleşmelerde ise geçmişe etkili dönme daha adil sonuçlar doğurabilir³⁴⁶. Ancak bu bir kural değildir³⁴⁷. Uzun süreli sözleşmelerde de geçmişe etkili bir sona erme söz konusu olabilir. Örneğin Nisan 1994 ekonomik krizinde, döviz üzerinden verilen konut kredilerinde bazı bankalar müşterileriyle ödeme planında uyarlama yapmak yerine sözleşmeyi sona erdirerek konutların geri bankaya

341 Bischoff, 230.

342 Bischoff, 31, 32; Eren, 450; Kaplan, 118; Oğuzman/Öz, 156; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 574.

343 Merz, Art. 2, N. 248; Bischoff, 231; Gürsoy, Clausula, 202; Tunçomağ, Borçlar, 1163.

344 BGE 59 II 372 (Koller/Schwander, 271).

345 Bischoff, 231; Seliçi, Sürekli Borç, 209 vd.; Serozan, Dönme, 177; Oğuzman/Öz, 383; Baygın, 149.

346 Aynı görüş Gürsoy, Clausula, 233; Kaplan, 153; Serozan, Dönme, 383; Buz, Dönme, 321-323.

347 Bu durum BKT. m. 143'te açıkça düzenlenmiştir. "... borçlu, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır." Aynı düzenleme BGB. Art. 313/III'te de yer almaktadır.

devredilmesini tercih etmişlerdir³⁴⁸. Bu yüzden hâkim sözleşmeyi iyi değerlendirip hakkaniyete en uygun kararı vermelidir.

Hâkimin sona erme kararı vermesinde tarafların iradeleri de bir dereceye kadar önemlidir. Eğer onlar sözleşmenin uyarlanmasını istiyorsa sona erdirme kararı verilemez³⁴⁹. Ancak bir taraf uyarlamaya yapılmasını istiyor, diğer taraf istemiyorsa hâkim önce uyarlamaya çalışır³⁵⁰. Bunun sebebi Borçlar Hukuku'nda sözleşmenin ayakta tutulmasının esas olmasıdır.

IV. Tazminat

Sözleşmenin sona erdirilmesi esasında ağır bir tedbirdir. Zira risk bir taraftan alınıp, diğer tarafa yüklenmiş olmaktadır. Bunu önlemek için karşı taraf lehine bir tazminata hükmedilebilir. Böylece şartların değişmesinden kaynaklanan riskin, dengeli biçimde paylaşımı sağlanır³⁵¹. Örneğin bir galeriden döviz üzerinden taksitle ikinci el araba alan bir kişi, kriz sebebiyle dövizin aşırı yükselmesi sonucu sözleşmeyi sona erdirebilir. Alıcı sadece arabayı geri verirse tüm zararı galeri sahibi üstlenmiş olur. Oysa amaç sözleşme adaletini sağlamak ve krizden doğan zararı taraflar arasında hakkaniyete uygun şekilde paylaşmaktır.

Kural olarak bir tazminat hakkının doğabilmesi için kusur şarttır. Gerek haksız fiilden gerekse borca aykırılıktan doğan tazminat taleplerinde borçlunun kusurlu olması aranır. Şartların değişmesi sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesinden doğan ödeme yükümlülüğü ise aslında tazminattan farklıdır. Zira bir kusur yoktur³⁵². Tarafların dışında meydana gelen bir olay bu sonuca yol açmaktadır. Sözleşme adaletini koruyabilmek için yapılan sona erdirme yine aynı sebeple bir ödeme yükümlülüğü

348 Böyle bir olayın konu olduğu davada, konutu bankaya devreden davacı o zamana kadar ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca bankadan geri istemiştir. Yargıtay davacının yaptığı ödemeler gözetilerek takas tarihindeki evin değeri de belirlenmek suretiyle davalı bankanın gerçekten sebepsiz zenginleşip zenginleşmediğinin tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Y.19.HD. 13.3.2003, 5451/2141 (İçtihatlar ve Külliyat, Hukuk 2003). Oysa yeni dönme görüşüne göre bu durum bir tasfiye ilişkisi kurar. Sebepsiz zenginleşme teşkil etmez. Yani şartların değişmesi sebebiyle sözleşmeden dönülmesinden doğan iade yükümlülüğü de sözleşme kökenlidir. Serozan, Sözleşme, 198.

349 Bischoff, 231.

350 Bischoff, 230.

351 Bischoff, 232; Gürsoy, Clausula, 203; Serozan, Dönme, 382.

352 Bischoff, 232; Serozan, Dönme, 382.

doğurmaktadır. Bu yükümlülük sözleşmenin ifa edilmemesinden değil, şartların değişmesi sebebiyle meydana gelen zararın, taraflarca paylaşılması gereğinden ortaya çıkmaktadır. Yani borçlu bakımından sözleşmeden kurtulmanın bedeli değil, alacaklı ile riski paylaşmanın sonucudur³⁵³. Bu yüzden aslında tazminattan ziyade denkleştirme terimi daha yerindedir³⁵⁴. Ancak durumu ifade etmek için genellikle tazminat terimi kullanılmaktadır.

Borçlunun ödeyeceği tazminat, alacaklının sözleşmenin ifasına yönelik olarak yaptığı masrafları karşılamalıdır³⁵⁵. Örneğin vergi ya da harç yatırılması, yapılan sözleşmeyi yerine getirmeye yönelik başkalarıyla yapılan sözleşmenin masrafları, hazırlıklar çerçevesinde alet ve işçi alımı, proje yaptırılması gibi. Sözleşmeye konu olan edimin borçlu tarafından kullanılmasından doğacak tazminat da buraya dahildir. Ancak borçlunun yaptığı masraflar da tazminatın tespitinde dikkate alınır. Bu tazminat riski paylaşma, riske katılma esasına dayandığı için alacaklının, borçlunun edimini yerine getireceğine güvenerek kaçırdığı fırsatları talep edebilmesi sözkonusu olmaz³⁵⁶.

Sözleşmenin sona erdirilmesinden kaynaklanan tüm riskin diğer tarafa yüklenmesini önlemek için verilen bu tazminat, onun zararının bir kısmını karşılamalıdır. Zararın tamamının tazmini söz konusu olmaz. Aksi halde zarar yine aşırı ifa güçlüğüne düşen taraf üzerinde kalmış olurdu. Böyle bir durum ise zararın taraflar arasında adil paylaşılmasıyla bağdaşmamaktadır³⁵⁷.

Ancak şunu da unutmamak lazımdır ki her olay mutlaka tazminat verilmesini gerektirmez³⁵⁸. Keza kanun koyucu kira ve hizmet sözleşmelerinin (BK. m. 264/I, m. 345/I) feshinde tazminattan söz ettiği halde, istisna sözleşmesinde (BK. m. 365/II) buna gerek görmemiştir. O halde her olayı kendi şartları içerisinde değerlendirmek gerekmektedir.

353 Serozan, Dönme, 382.

354 Bischoff, 232; Serozan, hakkaniyet ödencesi terimini kullanmaktadır. Serozan, Dönme, 382.

355 Serozan, Dönme, 382.

356 Serozan, Dönme, 382.

357 Bischoff, 232.

358 Gürsoy, Clausula, 204.

§ 10. SONUÇ

Bütün hukuk sistemlerinde ahde vefa esastır. Sözleşme ile verilen, edimin ifa edileceğine dair taahhüdün her ne şart altında olursa olsun yerine getirilmesi gerekir. Bu kurala getirilen kanunî sınırlamalar ise istisnai nitelikte (imkânsızlıkta ya da bağışlama taahhüdünün geri alınmasındaki gibi) olmuştur. Ancak Birinci Dünya Savaşı, dünyanın o zamana kadar yaşamadığı bir ekonomik sıkıntı doğurmuş, fiyatlar öngörülemez biçimde yükselmiştir. Başlangıçta ahde vefa ilkesi sebebiyle bu duruma kayıtsız kalan mahkemeler, daha sonra çekilmez hale gelen bu tür sözleşmelerin sona erdirilebileceğine karar vermeye başlamışlardır. Doktrin ve mahkeme kararlarında ise buna hukukî bir dayanak bulabilmek için çeşitli görüşler geliştirilmiştir. Glossatörlerden beri her sözleşmede örtülü bir şart olarak varolduğu kabul edilen clausula teorisi tekrar canlanmış daha sonra imkânsızlık, ahlâka aykırılık, gabin, sebepsiz zenginleşme teorileri ortaya çıkmıştır. Alman hukukunda ise kurucu şart teorisinin geliştirilmesi ile oluşturulan işlem temeli teorisi hâkim olmuştur. İsviçre- Türk hukuku bakımından işlem temeli teorisi çok taraftar bulmamış, Alman hukukunda bu kapsamda bulunmayan MK. m. 2, çözüm yolu olarak kabul edilmiştir.

Zaman içinde mahkemeler, sözleşmenin sona erdirilmesi yerine giderek uyarlanmasına yönelmiştir. Zira görülmüştür ki çoğu zaman uyarlama sona erdirmeden daha adil sonuçlar doğurmaktadır.

Konu bazı ülkelerde bir kanun hükmüyle düzenlenmiştir (Almanya, Yunanistan, Hollanda gibi). İsviçre-Türk hukuku bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak gerek doktrin gerekse mahkeme kararlarıyla oluşturulmuş kriterler mevcuttur. Bu kriterlerden birincisi şartların sonradan, öngörülemez şekilde değişmesidir. Şartlarda sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişikliğin, genellikle olağanüstü nitelikte olması gerektiği aranmaktadır. Bununla birlikte doktrinde yeni eğilim, bu nitelikte olmayan olayların da uyarlamaya yol açabileceği yönündedir. Öngörülmezlik uyarlamanın en önemli kriterlerinden biridir. Tarafların öngörmedikleri durumlarla, öngörülerini aşan durumları kapsar.

İkinci kriter, edimler arası dengenin esaslı yani ağır ve açık biçimde bozulmasıdır. Uyarlama sadece karşılıklı sözleşmelerde değil, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de mümkündür. Edimler arası denge bu tür sözleşmelerde daha ziyade manevî çekilmezlik şeklinde kendini gösterir. Sözleşme ile güdülen amacın boşa çıkması bizim hukukumuz bakımından uyarlamaya yol açmaz. Ancak bu durumda ifanın istenmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa bu dikkate alınır.

Üçüncü kriter edimin ifa edilmemiş olmasıdır. Zira edimin ifa edilmesi borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmemiş olduğunu gösterir. Eğer ödeme ihtirazi kayıtlı yapılırsa uyarlama yine mümkündür. Bunun sebebi borçlunun temerrüde düşmemek için çok zorla da olsa ödeme yapmak istemesidir.

Kanunda veya sözleşmede bu konuda hüküm bulunmaması da bir kriterdir. Böyle bir hüküm varsa öncelik bu hükmün uygulanmasındadır.

Uyarlama yapılabilmesi için ayrıca tarafların kusurunun bulunmaması gerekir. Buradaki kusur dürüst, makûl bir insan gibi davranılıp davranılmadığının tespiti ile ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle şartların değişmesinden etkilenen tarafın objektif olarak öngörülebilir bir olayı öngörememesinde, durumun ağırlaşmasını önlemek için tedbirler almamasında durum böyledir. Bir tarafın temerrüde düşmesi de bu kapsamda değerlendirilir. Hukukumuz bakımından temerrüt için kusur aranmaz. Ancak şartların değişmesinden önce temerrüde düşen borçlu uyarlama talep edemez. Bununla birlikte temerrüde düşme sebebi şartların değişmesi ise o zaman borçluyu uyarlamadan mahrum etmemek gerekir.

Uyarlamanın dayanağı bakımından çeşitlere ayrılması mümkündür. Taraflar sözleşmeye şartların değişmesine ilişkin bir hüküm koymuşlarsa iradî uyarlama, kanun böyle bir hüküm taşıyorsa kanunî uyarlama, bu yönde hüküm olmamakla birlikte hakkaniyet bunu gerektiriyorsa hâkimin uyarlamasından söz edilir.

İradi uyarlamada taraflar sözleşmeye bu yönde hüküm koymaktadırlar. Konulan hüküm açık veya örtülü ya da olumlu veya olumsuz nitelikte olabilir. Bu hükümlerin uygulanması noktasında bir ihtilaf çıkarsa hâkim, tarafların düzenlemeleri çerçevesinde

karar verecektir. Sözleşmeye uyarlamadan feragat edildiği yönünde de bir hüküm konulabilir. Ancak böyle bir feragatin normal piyasa şartları altında yapıldığını ve olağanüstü değişikliklerin bu feragati katlanılmaz hale getirebileceğini de gözardı etmemek gerekir. Hatta böyle bir kaydı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi de mümkündür.

Kanunî uyarlamada kanun koyucunun şartların değiştiği bazı haller için getirdiği hükümlerin uygulanması söz konusudur. Hukukumuzda ölüm, iflâs, önemli ve haklı sebeplerin ortaya çıkması gibi genel düzenlemeler yanında bazı sözleşmeler için özel düzenlemeler (kira, istisna, bağışlama sözleşmelerinde olduğu gibi) de bulunmaktadır. Kanunumuz uyarlamaya ilişkin genel bir düzenleme içermemektedir (Borçlar Kanunu Tasarısı madde 143, bu konuyu düzenlemiştir). Ancak İsviçre – Türk hukukları bakımından böyle bir düzenlemenin bulunmaması genelde bir kanun boşluğu olarak değerlendirilmemektedir. Bu durum MK. m. 2/I'nin uygulama alanı içinde kabul edilmektedir.

Hâkimin uyarlaması ise ne sözleşmede ne kanunda uyarlamaya ilişkin bir hükmün bulunmaması halinde devreye girer. Böyle bir hüküm yoksa hâkim gerekli kriterlerin (şartlarda sonradan meydana gelen öngörülemez değişiklik, edimler arası dengenin esaslı şekilde bozulması, edimin ifa edilmemiş olması ve kusurun bulunmaması) oluşup oluşmadığını inceler. Eğer oluştuğuna kanaat getirirse dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) çerçevesinde sözleşmeyi değişen şartlara uyarlar. Uyarlama talebi, doğrudan karşı tarafa yöneltilebileceği gibi dava yoluyla da kullanılabilir.

Genelde uzun süreli ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde karşılaşılsa da uyarlama, ani edimli sözleşmelerde de yapılabilir. Yeter ki sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasında şartların değişmesine yetecek kadar bir süre bulunsun.

Uyarlamanın dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamı sözleşmenin değişen durumlara uygun hale getirilmesini, geniş anlamı ise bunun yanında sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsar. Zira sona erdirme sonuç itibarıyla sözleşmenin süresinde yapılan bir uyarlamadır.

Hâkim, somut olayın şartları içerisinde hakkaniyete en uygun uyarlamayı yapmalıdır. Amaç sözleşmeleri ayakta tutmak olduğundan öncelik uyarlamadır. Ancak hâkim bu şekilde adil bir sonuca ulaşamayacağına kanaat getirirse o zaman sözleşmeyi sona erdirir. Sona erdirmeye uyarlamaya göre daha ağır bir tedbir olduğundan, meydana gelen zararı bir tarafa yüklememek için hâkim bazen tazminata da hükmedebilir. Görüldüğü gibi sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması bir ihtiyaçtır. Sonradan meydana gelen ve öngörülmemiş olan değişikliklerin bir tarafı aşırı ifa güçlüğüne düşürmesi yani riskin tamamının bir taraf üzerine bırakılması hukukta esas olan hakkaniyet düşüncesine aykırıdır. Bu yüzden uyarlama yapılmasına imkân tanımak gerekir. Ancak diğer yandan tarafların yükümlülüklerinden kurtulmaları için bu yola başvurmalarının da önüne geçilmelidir. Bu ise ahde vefanın esas, uyarlamanın istisna olduğunun unutulmaması ile sağlanabilir.