

T.C.

İSTANBUL KEMERBURGAZ ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Uluslararası Ticaret Hukuku

Yüksek Lisans Programı

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU'NDA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Bahadır Çalışkaner

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Cevdet Yavuz - Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım

İSTANBUL,2015

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU'NDA
AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Bahadır Çalışkaner

İstanbul Üniversitesi, 1999

T.C.İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Uluslararası Ticaret Hukuku

Yüksek Lisans Programı'na

sunulmuştur.

Bu çalışma tarafımızca incelenmiş olup, kapsam ve kalite açısından Yüksek Lisans / Doktora tezi olmaya yeterli bulunmuştur.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM

Eş Danışman

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

Danışman

İnceleme Komitesi Üyeleri (İlk isim jüri başkanına, ikinci isim tez danışmanına aittir.)

Prof. Dr. Hakan ACAR (Jüri)

Doç. Dr. Murat TOPUZ (Jüri)

Yrd. Doç. Dr. Umut YENİOCAK (Jüri)

Bu çalışma bir Yüksek Lisans / Doktora tezinin tüm gerekli şartlarını taşımaktadır.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM

Bölüm Başkanı

[Üniversite] onayı 26 / 05 / 15

Enstitü Müdürü

Bu dökümandaki tüm bilgilerin akademik kural ve etiğe bağlı kalınarak yazıldığını ve tez yazım kuralları kapsamında bu çalışmada bulunan ve original olmayan bütün bilgi ve materyallerin referanslandırıldığını temin ederim.

Bahadır Çalışkaner

[İmza]



İTHAF

Bu çalışma kendisini hiçe sayarak beni yetiştiren ve her gün eksikliğini hissettiğim sevgili annem Şenel Çalışkaner'in aziz anısına ithaf edilmiştir.

Öncelikle beni akademik bir çalışma yapma yönünde cesaretlendiren en yakın arkadaşım ve sevgili eşim Av. Seda Çalışkaner'e, her sabah mutlu bir şekilde güne başlamamı sağlayan kızlarım Deniz Zeynep ve Şenel İdil'e, eğitim hayatımın yanı sıra hayatta da bana sürekli destek olan ablam Av. Banu Keskin'e, gerek meslek hayatım gerekse tez aşamasında yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a ve Yüksek Lisans aşamasında daima yanımda olan Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım'a teşekkürü borç bilirim. İstanbul, Şubat, 2015

Av. Bahadır Çalışkaner

ÖZET

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU'NDA

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Bahadır Çalışkaner,

Uluslararası Ticaret HukukuYüksek Lisans Programı, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi,

Danışman: Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Yrd. Doç. Dr. A. Cemil Yıldırım

Aşırı ifa güçlüğü hali ahde vefa ilkesinin bir istisnası olarak görünse de aslında ana kuralın sözleşme koşullarına uymak olduğu tartışmasızdır. Aşırı ifa güçlüğü halinin sonuçlarına yönelik düzenleme ahde vefa ilkesi ile çelişen değil hakkaniyet çerçevesinde onunla uyumlu olan bir düzenlemedir. İmkansızlık derecesine varmayan haller sonucunda edimler arası denge bozulduğunda dahi sözleşme lehine hareket ilkesinden hareketle çözüm bulmak gerekir; ne var ki değişen hal ve şartların sözleşme adaletini ortadan kaldırdığı durumlarda bazen sözleşmenin uyarlanmasından, sözleşmeyi feshetmeye kadar varan tedbirlerin alınması gerekebilir. Aşırı ifa güçlüğü hali ve ilgili düzenlemeler işte tam da bu sorunu düzenlemek için ortaya konulan bir çözümdür.

Anahtar kelimeler: Aşırı İfa Güçlüğü, Ahde Vefa, Değişen Haller, Sözleşmenin Uyarlanması, Sözleşmenin Feshi

ABSTRACT

Even though hardship seems to be an exemption to the principle of Pacta Sunt Servanda , it is beyond doubt that the fundamental rule is indeed to comply with the terms of contract.The regulations related to the consequences of hardship are regulations that are not in conflict with the principle of Pacta Sunt Servanda , but are in fact compatible with the same under the terms of equity.A solution in accordance with the terms of the favor contractus principle has to be found even in cases of disequilibrium between the parties' contractual performances resulting from circumstances which are not a degree of impossibility. Nevertheless, in cases where the changed circumstances eliminate the contract equilibrium, it may be necessary to take some measures ranging form an adaptation of the contract to the termination of the contract. The principle ofHardship, including related regulations is a solution provided specifically to regulate this problem.

Keywords: Hardship, Pacta Sunt Servanda, Changed Circumstances, Adaptation of Contract, Termination of Contract

İÇİNDEKİLER

ÖZET vi

ABSTRACT. vii

İÇİNDEKİLER viii

KISALTMALAR. xi

GİRİŞ 1

1.SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE AHDE VEFA İLKESİ 3

1.1.Sözleşme Özgürlüğü. 3

1.2.Ahde Vefa İlkesi ve Aşırı İfa Güçlüğü 5

2.AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ – DEĞİŞEN HAL VE ŞARTLAR. 10

2.1.Değişen Hal ve Şartların Niteliği 10

2.1.1.Olağanüstü Bir Durum Olması. 11

2.1.2.Öngörülemezlik Şartı. 12

2.2.Değişen Hal ve Şartların Boyutu. 16

2.3.Değişen Hal ve Şartların Sözleşmenin Tarafları Üzerindeki Etkisi. 20

3.KARŞILAŞTIRMALI HUKUK. 23

3.1.İngiliz Hukuku. 23

3.2.Amerikan Hukuku. 27

3.3.Fransız Hukuku. 31

3.4.Alman Hukuku. 34

3.5.İsviçre Hukuku. 38

3.6.Diğer Ülkelerdeki Uygulamalar 40

4.ULUSLARARASI HUKUK. 43

4.1.Genel Olarak 43

4.2.Unidroit İlkeleri ve Hardship. 46

4.3.Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde Şartların Değişmesi (Change of Circumstances) 54

5. TÜRK HUKUKUNDA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ. 58

5.1.Aşırı ifa Güçlüğü Terimi ile İlişkilendirilen Teoriler/Yasa Maddeleri 58

5.1.1.İmkansızlık. 58

5.1.2.Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Hata. 59

5.1.3. Aşırı Yararlanma (Gabin) 60

5.1.4. Borçlar Kanunu (818 sy.yasa) Md. 365/2 60

5.1.5. Türk Medeni Kanunu Md.2 62

5.2. Mülga ve Mer'i Borçlar Kanunu Dönemlerinin Değerlendirilmesi. 63

5.2.1. 818 Sayılı Yasa Dönemi. 63

5.2.1.1. Doktrindeki Çeşitli Görüşler. 63

5.2.1.2. Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi. 64

5.2.2. 6098 Sayılı Yasa ile Getirilen Düzenleme. 71

5.2.2.1. Borçlar Kanunu'nun 138. Maddesinin Gerekçesinin İncelenmesi 71

5.2.2.2. Madde Metninin İncelenmesi. 74

5.3. 818 Sayılı Yasa ile 6098 Sayılı Yasa Döneminin Karşılaştırılması. 77

5.3.1. Yasa Metinleri Açısından. 77

5.3.2. Yargıtay Kararları Açısından. 80

6.AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ HALİ KAPSAMINDA TBK 138. MADDENİN UYGULANMASI 88

6.1. Borçlar Kanunu'nun 138. Maddesinin Uygulanma Şartları 88

6.1.1. Öngörülemezlik. 88

6.1.2. Edimler Dengesinin Bozulması. 90

6.1.3. Kusursuz Olma. 91

6.1.4. Sözleşmenin Devamının Katlanılamaz Hale Gelmesi 92

6.1.5. Borcun İfa Edilmemiş Olması. 93

6.1.6. Kanunda veya Sözleşmede Özel Hüküm Bulunmaması. 95

6.2. Aşırı İfa Güçlüğünün Sonuçları. 97

6.2.1 Sözleşmenin Uyarlanması. 97

6.2.1.1. Kanuni Uyarlama. 97

6.2.1.2. Akdi Uyarlama. 99

6.2.1.3. Hakim Tarafından. 102

6.2.2. Sözleşmenin Feshi veya Sözleşmeden Dönülmesi. 105

6.2.2.1. Sözleşmeden Dönülmesi. 105

6.2.2.2. Sözleşmenin İleriye Etkili Olarak Feshi. 106

SONUÇ. 108

KAYNAKÇA. 114

KISALTMALAR LİSTESİ

AÜHFM: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

BATİDER: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BGE: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)

Bkz: Bakınız

C.: Cilt

CISG: United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Viyana Konvansiyonu, 1980)

Çev.: Çeviren

D.:Dairesi

DCFR: Draft Common Frame of Reference (Ortak Temel İlkelere ilişkin Tasarı)

E.: Esas

EBK: Borçlar Kanunu (818 sayılı Borçlar Kanunu)

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

ICC: International Chamber of Commerce

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JDT: Journal des Tribunaux

K.: Karar

md.: Madde

PICC: Principles of International Commercial Contracts (Uluslararası Ticari Sözleşme İlkeleri - UNIDROIT)

PECL: Principles of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)

Sy.: Sayı

s.: Sayfa

t.: Tarihli

TBK: Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı Borçlar Kanunu)

TMK: Türk Medeni Kanunu

TTK: Türk Ticaret Kanunu

UNIDROIT: Institut international pour l'unification du droit privé

v.: versus (karşı)

vb.: ve benzeri

vs.: ve sair

Y: Yargıtay

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Sözleşme ile ortaya konan edimleri ifa etmek sözleşmenin taraflarının bir bakıma en büyük yükümlülükleridir. Pacta sunt servanda ilkesi ile sözleşmenin taraflarının sözleşme hükümlerine uymasının bir şart olduğu saptanmış, ahde vefa gösterilmesi gerektiği öncelikli olarak insanların kabul ettiği bir husus olmuştur. Her ne kadar değişen koşulların sözleşme ve sözleşmenin tarafları üzerindeki etkisi tartışma konusu olmuş ve çeşitli teoriler geliştirilmişse de aslolan ahde vefa ilkesi olmuştur. Zira etkili ekonomik faaliyetlerin itimat edilebilir taahhütler olmadan yürütülmesinin mümkün olmadığı göz önünde bulundurulduğunda bu ilkenin önemi bir kez daha ortaya çıkar[1]. Ne var ki bu ilkeye sıkı sıkıya bağlılık göstermenin de çeşitli mahzurları olacağı açıktır.

Değişen koşullar, sözleşme ile kendini bağlayan bir tarafın aslında en başta hiçbir şekilde öngörmediği olaylar sonucunda büyük zararlara uğramasına sebebiyet verebilir. Adil olmanın kişinin tarafı olduğu sözleşmeye uymasını gerektirdiği düşünülebilir ise de bazen sözleşmenin koşullarına harfiyen uyulması başlı başına adaletsiz sonuçlarla karşılaşılmasına da sebebiyet verebilir. Bu nedenle adaletin yanına hakkaniyeti de eklemek gerekmektedir.

Sözleşme ile aslında en başta taraflar arasında bir edimler dengesi oluşturulduğu varsayılır. Bir sözleşmede, bir şekilde sözleşmenin taraflarından biri açısından, onun kusuru olmadan ve onun elinde olmayan nedenler sonucunda edimler dengesi bozulmuş ise bu sözleşmeye harfiyen uyulması tarafları hakkaniyetli bir sonuca ulaştırabilecek midir? Bu soruya basit bir şekilde evet ya da hayır diye cevap vermek çok da kolay değildir. Burada değişen koşullar, tarafların öngörüsü, sözleşme hükümleri gibi birçok husus karşımıza çıkacaktır. Ne var ki edimler dengesinin ciddi bir şekilde bozulduğu halde sözleşmeye uymanın adil olmayacağı dile getirilebilecektir. Tabii ki sözleşmeye uymamanın en büyük adaletsizlik olacağı gibi bir yaklaşım da her zaman masanın diğer yanında önemli bir görüş olarak ağırlığını sürdürecektir.

---

[1] MASKOW, D., Hardship and Force Majeure, 40 Am.J.Comp.L. 1992, at 657 et seq., http://www.trans-lex.org/126400

Yukarıda kısaca ele alınan tüm soru ve görüşler aslında bizleri aşırı ifa güçlüğü halinin sözleşme üzerindeki etkilerine götürmektedir. Bu çalışma ile bahse konu hususların ele alınması ile birlikte, genel olarak aşırı ifa güçlüğü halinin sözleşme üzerindeki etkisi ve değişen hal ve şartlar özelinde aşırı ifa güçlüğü kavramı incelenmeye çalışılmıştır.

1. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE AHDE VEFA İLKESİ

1.1. Sözleşme Özgürlüğü

Sözleşme ile taraflar karşılıklı olarak iradelerini ortaya koyar ve birbirlerini bağlarlar. Şahısların iradesi üzerinde bu derece önemi olan "sözleşme" hakkında doğal olarak birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerden en önemli olanlarından birisi sözleşme özgürlüğüne ilişkin olandır.

Fransız Medeni kanunu sözleşmeyi tarafları açısından kanun hükmünde saymıştır. Bu kadar büyük önem arz eden sözleşmeye ilişkin olarak tarafların özgürlüğe sahip olması da liberal görüşün bir yansıması olmuştur. Zamanla sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilse de temel ve değişmeyecek olan yine de sözleşme özgürlüğüdür.

Türk hukukunda bu prensip yasalar ile koruma altına alınmıştır. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 26. maddesine göre "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*". Maddenin başlığında da yazılı olduğu üzere Borçlar Kanunu sözleşme özgürlüğünü koruyucu hükümler içermektedir. Sözleşme özgürlüğünün sınırları ise, sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması veya sözleşmenin konusunun imkansız olması olarak belirlenmiştir.

Sözleşme özgürlüğünün temelinde tarafların iradeleri vardır. Borçlar hukuku alanında hukuki işlem olgusu doğrudan doğruya iradeye dayanmaktadır[2] ve özel hukuk düzeni de hak sahibi varlıklara kendi iradeleri ile kural koyma yetkisi tanımıştır ki kişilerin hukuki işlemler yoluyla kural koyabilme yetkisi "*irade muhtariyeti*" olarak tanımlanmıştır[3]. İrade muhtariyeti ilkesinin sözleşme hukukuna yansıması sözleşme özgürlüğü olmuştur; sözleşme özgürlüğü ise hukuk

---

[2] ESENER, T., Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI , Sa.1, s.478; ANTALYA, O.G., Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2. Baskı, 2013, s.11

[3] KAPLAN, İ., Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, (Müdahale), Ankara, Yetkin , 3.Baskı, 2013, s.19–20; ANTALYA, s.53

düzeninin sınırları içinde irade beyanları ile ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırma hürriyeti olarak tanımlanmıştır[4].

Peki ya tarafların karşılıklı irade beyanları ile birlikte kurdukları sözleşme taraflardan biri açısından adil olmayan sonuçlar doğuruyorsa? Adil olmayan sonuçların nedeni sözleşmenin kurulmasından sonra koşulların esaslı olarak değişmesi ve tarafların bunu öngörmemesi ise bu durum sözleşme özgürlüğü bağlamında nasıl bir yol izlenmelidir?

Yargıtay bir kararında "*Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan "irade özgürlüğü" sözleşme serbestîsi "ve sözleşmeye bağlılık" ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar*"[5] ifadesini kullanmıştır. Bu durumda koşullar esaslı olarak değişse de her talep vukuunda sözleşme uyarlanmamalıdır. Keza mutlak surette akde sadakatsizlik kargaşa doğurur[6].

Ne var ki ahde vefa ilkesinin Medeni Kanunun 2. maddesinde hayat bulan doğruluk – dürüstlük kuralı ile sınırlandığı da unutulmamalıdır[7]. Bazen sözleşmeye uymak bizzat en adaletsiz sonuçlara sebebiyet verebilir. Bu durumda ahde vefa temel bir ilke olmakla birlikte bunun da sınırlarının olduğu ve aşırı ifa güçlüğü halinin de bu sınırların içinde yer aldığı dikkatlerden kaçmamalıdır.

---

[4] KAPLAN, Müdahale, s.19, 20

[5] Y.13.HD 24.10.1994 t. E.1994/6791 - K.1994/9014, www.kazancihukuk.com

[6] OFTINGER, K., Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül (clausula rebus sic stantibus hakkında), (Çev.,DAVRAN B.) İÜHFM, 1942, s.603

[7] KAPLAN, İ.,Borçlar Hukuku Dersleri: Genel Hükümler (Borçlar) , Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2012, s.95

1.2. Ahde Vefa İlkesi ve Aşırı İfa Güçlüğü

Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesine göre "*Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir*"[8]. İlk başta, Fransız ihtilali ve liberal ekonomi ile kuvvetlenen ve Kant'ın irade teorisi ile desteklenen görüşe göre insanların ancak kendi iradeleri ile bağlamaları ve borç altına girmelerinin mümkün olduğu, borcu meydana getiren, tadil eden, devir ve sona erdirenin insan iradesi olduğu iddia edilmekteydi[9].

Bunun karşısında sözleşme kurulurken var olan şartlar ve sonradan ortaya çıkabilecek olan koşulların sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerden birine göre "*Taraflar, ifası belli bir süreye yayılan bir sözleşmeyi kurarlarken özgür değillerdir, zira ilişkilerini çevreleyen dış ortamı ve karşı tarafın davranışındaki olası değişiklikleri dikkate almazlar*"[10]. Bu kapsamda adeta mevcut şartların sabit kalacağı ve değişmeyeceği düşünülür ve olası değişimler ve bu değişimlerin sözleşmeye olan etkileri düşünülmez[11]. Sözleşme gelecek için bir bağlanma olduğundan, sözleşmenin bir anlamda geleceği görmeyi gerektirdiği de belirtilebilir[12]. İrade serbestîsi ilkesi bir anlamda da sözleşme yapıldıktan sonra şartlar değişse dahi sözleşmenin aynen uygulanmasını gerektirir, ne var ki sözleşmeye bağlılık ilkesinin doğruluk ve dürüstlük kuralı ile sınırlandığı hususu göz ardı edilmemelidir[13]. Burada

---

[8] BAYSAL, B., Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü (Borçlar) , İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70 , Sayı 1 (2012), s.229, Dipnot 23

[9] ERMAN, H., Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları (Akit), İÜHFM., C.XXXVIII, Sayı 1-4, Ayrı bası , 1973, s.2

[10] GHESTIN, J./JAMIN, C./ BILLIAU, M., Traité de droit civil ,Les effets du contrat ,1994 , no:266, s.314 (naklen: CASHIN RITAINE,E., (Çev.BAYSAL, B.), Emprevizyon , Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C.LXIII,Sy.1-2,2005, s. 325, Dipnot 19)

[11] ARAT, A., Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Şeçkin ; Ankara, 2006, s.17

[12] AKYOL, Ş., Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Istanbul,1995, s.77

[13] KAPLAN, Borçlar, s.95–98

artık verilen sözün tutulması ile sözleşme hakkaniyetinin çatışmasının söz konusu olduğu söylenebilir[14].

Sözleşme kurulurken edimler arasında denge olduğu kabul edilmekle ve taraflar sözleşmenin hükümlerine aynen uymakla yükümlü olmakla birlikte doğruluk-dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek haller "Ahde Vefa" ilkesinin sınırları olarak karşımıza çıkmaktadır[15].

Bu çerçevede pacta sunt servanda ilkesi değişen koşullarda yükü koşulların olumsuz yönde etkilediği tarafa yüklerken; ancak imkansızlık halinde "*impossibilium nulla est obligatio*" prensibi uygulanmaktaydı[16].

Belirtmek gerekir ki değişen koşulların olumsuz etkisi sadece imkansızlık hali ile sınırlı değildir. Bu nedenle pacta sunt servanda prensibinin doğurabileceği adaletsizlikleri önlemek adına "*clasula rebus sic stantibus*" teorisi ortaya atılmıştır. Bu teoriye göre süresiz veya uzun süreli bütün sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu zamandaki hal ve şartların esaslı bir şekilde değişmemesi gibi *örtülü/zımni bir infisahi şart* mevcuttur. Yani müddetsiz veya uzun müddetli bir sözleşmenin devam edebilmesi, sözleşme yapıldığı sıradaki durumun esaslı surette değişmemiş olması örtülü şartına bağlıdır[17]. Eğer bu durum sonradan değişirse taraflar sözleşme ile bağlı değillerdir[18]. Sözleşmeye bağlılık ilkesi sözleşmenin aynen uygulanmasını, sözleşme adaleti ise tarafların ortaya koydukları iradeden farklı olarak sözleşmenin ifa

---

[14] ERMAN, H., İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2) (İstisna), İstanbul : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979, İstanbul Üniversitesi yayınlarından no; 2652. Hukuk Fakültesi no: 598, s.3

[15] KAPLAN, Borçlar , s.95

[16] SCHWENZER, I., (2009) Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts.Victoria University of Wellington Law Review, 39, http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf, s.709,710

[17] TEKINAY, S. /AKMAN, S. /BURCUOĞLU, H., /ALTOP, A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası, Istanbul, 1993 , s.1005; FEYZİOĞLU, T., İdare Hukukunda Emprevizyon Teorisi , Ankara, 1947, s.7,8

[18] GÜRSOY, K.T., Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Teorisi), Ankara, 1950, s.11

edilmemesini gerektirir ki iki ilke arasındaki bu zıtlık sözleşmenin uyarlanması yoluyla giderilmeye çalışılır; işte bu ilke "*Clasula rebus sic stantibus*" ilkesidir[19].

"*Clasula rebus sic stantibus*" ilkesi, XVI. ve XVII. yüzyıllarda Kıta Avrupası'nda geniş ölçüde kabul görmüştür[20]. 1756 tarihli Codex Maximilianeus Bavaricus Cilivis (IV 15 § 12) ve Prusya Umumi Kanununda (I, 5 §§377 v.m.) buna benzer düzenlemeler mevcut idi[21].

Teorinin temelinde yatan örtülü şart görüşü bu teorinin en çok eleştirilen yönlerinden biri olmuştur, ancak yine de bu teorinin aşırı ifa güçlüğü haline ilişkin olarak esin kaynağı olmasının önüne geçmemiştir. Ne var ki bu durum ahde vefa ilkesinin bir istisnası olan "*Clasula rebus sic stantibus*" ilkesinin "*tehlikeli bir istisna*" olarak tanımlanmasına da engel olmamıştır[22].

Bu teoriye ilişkin en güzel ifadelerden biri Çiçeron'a aittir. Çiçeron şöyle demektedir: "*Her şey taahhüt altına girdiğim zamanda olduğu gibi aynen baki kalmış olmalıdır ki, müteahhit olarak beni sözümle bağlayabilsin*"[23]. Spekülatif sözleşmeleri bir yana koyarsak aslında insanların çoğu sözleşme imzalandığı andaki koşulları göz önünde bulundururlar ve bu koşulların değişmesi halinde sözleşmenin bağlayıcılığını sorgularlar. Basiretli bir tacirin öngörmesi gereken koşullar dahi sözleşmenin kurulduğu anda öngörülebileceklerle sınırlı olmalıdır. Geleceğe ilişkin olaylar açıkça bilinemez, en fazla tahmin edilebilir, bu tahminin çerçevesi ise kişilerin bilgi ve görgüleri ile sınırlıdır. Hal böyleyken taraflar sözleşme ile birbirlerini bağlarlar, ortak bir amaç güderler ve fakat genellikle koşulların esaslı olarak değişebileceği hallere dikkat etmezler ya da göz ardı ederler.

---

[19] KAPLAN, Müdahale, s.111, 112

[20] TEZCAN, M., Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf, s.26

[21] OFTINGER, s.602 ; ERMAN, İstisna, s.34

[22] ICC Award No. 1512, YCA 1976, at 128 et seq. (also published in: Clunet 1974, at 905 et seq.)., s. 129, http://www.trans-lex.org/201512 (...*The principle "*Rebus sic stantibus*" is universally considered as being of strict and narrow interpretation, as a dangerous exception to the principle of sanctity of contracts*)

[23] FEYZİOĞLU, s.8

Taraflar sözleşmeyi kurarken farklı gayelerle fakat ortak bir amaca doğru hareket ederler. Sözleşmeye konu olan ortak amacın gerçekleştirilmesi sonradan meydana gelen gelişmeler neticesinde taraflardan birinin gayesini boşa çıkartmış ise bu noktada ortak bir amaç için birlikte hareket edilmesinden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Bu aşamada "*Clasula rebus sic stantibus*" ilkesi devreye girer.

Hukuki, ekonomik vd. nedenlerle en başta sözleşme ile kurulmuş olan edimler arasındaki denge bozulabilir, edimler arasındaki dengenin bozulması da bir anlamda sözleşme adaletinin kısmen yok edilmesine yol açar[24]. Sözleşme adaletinin bozulması tarafların sözleşme ile bağlı olma iradelerini sorgulamalarına yol açar. Sözleşmenin kurulması aşamasında var olduğu varsayılan edimler dengesinin bozulması aslında her iki tarafın da beklenen kazancına yönelmiş olan kazan-kazan durumunu, kaybet-kazan durumuna dönüştürmektedir ki, ahde vefa ilkesine körü körüne bağlılık bu halde bir tarafın menfaatini diğer tarafın aleyhine korur duruma gelmektedir[25]. Bu da TMK md.2'de ele alınan doğruluk – dürüstlük kuralı ile çelişen bir durumdur.

Ahde Vefa ve Aşırı İfa Güçlüğü hali denildiğinde "*Clasula rebus sic stantibus*" ilkesi dışında bir hayli tartışma konu olan bir başka teori de İşlem Temelinin Çökmesidir. İşlem temeli denince Alman hukukunda sözleşme içeriğine girmeksizin, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan, mevcut yahut gelecekteki bazı hal ve şartlara ilişkin olarak öyle ortak veya karşı tarafça bilinebilip de itiraz edilmeyen bir taraflı tasavvurlar anlaşılır ki, tarafların işlem iradeleri işte bunlar üzerine inşa edilir[26]. Buna göre sonradan meydana gelen değişiklikler sözleşmenin kurulması anındaki şartlarda bir eksilmeye yol açar ise işlem temelinin çöktüğü kabul

---

[24] KAPLAN, Müdahale, s.111

[25] SCHAFER, H.B./AKSOY, C.A., Hukuk Ekonomi Yaklaşımı Çerçevesinde Türk Sözleşme Hukukunda Ekonomik İmkansızlık, BATİDER , C.XXVI Sa.1, 2010, s.43

[26] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?, M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.506

edilmektedir. Bu nedenle değişen koşulların sözleşme adaletini ortadan kaldırması halinde tarafların sözleşme ile olan bağını ortadan kaldırmak bir çözüm olarak karşımıza çıkar.

İfası uzun süreye yayılan sözleşmelerde ahde vefa ilkesine mutlak bağlılık, öngörülemeyen ve kaçınılamaz hallerin vuku bulması halinde sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilmesi sözleşmenin bir tarafı için haksız bir yük getirebilir ve aşırı bir külfetle karşılaşmasına sebebiyet verebilir[27]. Gerek "*Clasula rebus sic stantibus*" ilkesi, gerekse İşlem Temelinin Çökmesi teorisi, Ahde Vefa ilkesinin yaratabileceği sakıncaları aşmak için ileri atılmıştır. Bu çerçevede hukukçular adaletsizliğin ortadan kaldırılması için, milli hukuklarında, farklı yollarla da olsa çözüm aramışlardır.

[27] FLAMBOURAS, D.P., The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, 13 Pace International Law Review (Fall 2001), s.284

2.AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ – DEĞİŞEN HAL VE ŞARTLAR

2.1. Değişen Hal ve Şartların Niteliği

Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü halini incelemeye geçmeden önce TBK md.138'in uygulanma şartlarından olan değişen hal ve şartların boyutu, niteliği ve sözleşmenin tarafları üzerindeki etkilerini kısaca değerlendirmek takip eden bölümlerin incelenmesini daha kolay kılacaktır. Bu çerçevede değerlendirmeye başlarsak; TBK md. 138'e göre uyarlamanın söz konusu olabilmesi için sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun vukuu bulması gerektiği görülmektedir. Kanun koyucu madde gerekçesinde de maddenin uygulama koşullarını aşağıdaki gibi belirlemiştir;

1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.

2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.

3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Bu bağlamda sözleşmeyi ve taraflar arasında sözleşme ile kurulduğu varsayılan dengeyi bozacak olayların olağanüstü olması ve öngörülememesi gerekmektedir. Her somut olayda yerine gelip gelmediğinin değerlendirilmesi gereken ve bir anlamda da en çok tartışma konu olan şartlar "*öngörü*" ve "*olağanüstü bir durum*"a ilişkin olanlardır. Dolayısı ile yasa koyucu tarafından değişen hal ve şartların olağanüstü olması ve öngörülemez nitelikte olması gerektiği varsayıldığından değişen hal ve şartların niteliği iki alt madde ile değerlendirilecektir; şartların olağanüstü olması ve öngörülemez olması.

2.1.1. Olağanüstü Bir Durum Olması

TBK md. 138 yürürlüğe girmeden önce "olağanüstü bir durum" şartının kanun koyucu tarafından değerlendirmeye tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; Ocak 2005 tasarısındaki metin yapılan değişiklikten önce madde metninin BGB § 313 (I)'e çok daha yakın olduğu görülmektedir. Tasarının ilk aşamalarında olağanüstü bir durum şartı mevcut değildir, tasarı halindeki madde metninde "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum*" ifadesi geçmekte idi. BGB'de de olağanüstü bir durum şartı aranmamaktadır ki Alman Hukukunda BGB § 313 hükümlerinin uygulanması için olağanüstü bir halin aranmamış olması, olağanüstü nitelik taşımayan değişikliklerin de uyarlamaya yol açabileceği şeklinde yorumlanmalıdır[28].

Aşağıda da değinildiği üzere tasarının ilk halinde "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum*" ifadesi geçmekte iken yerine TBK md. 138 ile "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum*" ifadesi getirilmiştir[29].

Doktrinde aşırı ifa güçlüğüne ilişkin genel bir düzenleme olmadığı tarihlerde genellikle Alman Hukukundan alınan "İşlem Temelinin Çökmesi" teorisine atıfta bulunulurken Aşırı İfa Güçlüğüne ilişkin düzenlemede Alman Hukukundan kısmen farklı ve muhafazakar bir yol izlenmiştir. Madde gerekçesinde dahi İşlem Temeli teorisine atıfta bulunan kanun koyucu son anda, Ahde Vefa ilkesinin ağırlığından olsa gerek, "olağanüstü bir durum" ibaresini maddeye eklemiştir. Doktrinde TBK md. 138'de yer alan "*olağanüstü bir durum*" ifadesini isabetli bulanlar mevcuttur[30]. Ancak olağanüstü bir durumun sosyal felaket boyutunda olup olmaması konusunda çeşitli görüşler olduğunu, sosyal felaketi şart olarak gören ve ağırlıkta olduğu görülen tarafa karşı aksi görüşte olanların sayısının arttığını belirtmek gerekir[31]. Bu çerçevede BAYSAL uyarlama yapılabilmesi için sadece sözleşmenin taraflarını etkileyen durum değişikliklerini dahi yeterli görürken, sonra ortaya çıkabilecek durum değişikliklerinin

---

[28] ARAT, s.103

[29] BAYSAL, B., Sözleşmenin Uyarlanması, (Sözleşme), Oniki Levha, İstanbul, 2009, Sözleşme, s.86 ; Bkz. Dipnot 244

[30] ACAR, H., Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü , Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.XII, Sy.1-2 (2008), s.120

[31] TEZCAN, s.93

olağanüstü nitelikte olmasını aramamaktadır[32]. Keza ARAT da değişen hal ve şartların mutlaka olağanüstü nitelik taşıması gerekmediğini belirtmektedir [33].

2.1.2. Öngörülemezlik Şartı

Kanun koyucu TBK md. 138'de geçen "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum*" ifadesi ile değişen hal ve şartlar için öngörülemez olma şartı getirmiştir. Uygulamada da Yargıtay'ın, sözleşmenin taraflarının bilgi ve görgüleri haricinde, enflasyonun, devalüasyonun vb. öngörülebilir olaylar olduğu saptamaları ile bizzat olayların öngörülebilir olup olmadığı hususunu dikkate aldığı anlaşılmaktadır[34].

Öngörülemeyen olaylar doğası gereği beklenmeyen olaydır ve beklenilmeyen olaylar, sözleşmenin akçalı koşullarını alt üst eden olağanüstü, sezilemeyen, kusur dışı, gerçek olaylardır[35]. Belirtmek gerekir ki olayın bizatihi kendisi öngörülebilir olmayabilir ancak sözleşmenin taraflarının öngörüleri de maddenin uygulanması kapsamında önemlidir.

Öncelikle hiç kimsenin öngörülebilirlik limitlerinin ötesinde bulunan risklerle kendisini bağlayacağı düşünülemez[36]. Bu yüzden gerek sözleşmenin değerlendirilmesi, gerekse (fesih veya dönem dahil olmak üzere) sözleşmenin uyarlanması aşamasında tarafların öngörülerine gerekli önem verilmelidir.

Hakim "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum*" nedeni ile TBK md. 138 uyarınca hakkaniyetli bir çözüm bulmaya çalışırken, "*öngörü*" tahtında, bir düzenlemeye daha dikkat etmelidir. Bilindiği üzere Viyana Konvansiyonu (CISG) 2 Nisan

---

[32] BAYSAL, Sözleşme, s.279

[33] ARAT, s.96

[34] Bkz. Dipnot 233,252 vd.

[35] BURCUOĞLU, H., Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığı Altında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama (Taşınmaz Kira Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama uygulaması), 1995, s.31, Y.13.HD.12.02.1981 t., E.1981/147, K.1981/932

[36] ULUSU, A.E., Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, 2011, s.57

2009'da 5870 Sayılı yasa ile kabul edilmiş, 7 Nisan 2010'da iç hukuka aktarılmış ve 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir[37]. 13 Haziran 2014 tarihi itibari ile 81 ülkenin kabul ettiği CISG'ın[38] 74. maddesine göre;

"*Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz*."

CISG md.74 bir iç hukuk düzenlemesi olduğundan maddede yer, "*sözleşmenin kurulması sırasında öngörülebilen*", "*o tarihte bilinen*", "*veya bilmesi gereken*" bilgiler öngörünün sınırlarının belirlenmesinde belirleyici olmalıdır. Maddede yer alan "*Öngördüğü*" ifadesi objektif, "*Öngörmesi Gerektiği*" ifadesi ise sübjektif ölçüt olarak ifade edilmektedir[39].

Bu çerçevede mahkeme objektif ölçütü ele alırken sözleşmenin kurulması anında sözleşmeyle ilgili hususlar hakkında ortalama bir tacirin ne öngörmesi gerektiğine dikkat etmeli, meydana gelen zararın öngörülüp öngörülmediği kadar makul bir tacirin bahse konu zararı öngörebilecek bir durumda olup olmadığına da bakmalıdır[40]. CISG md. 74 esas olarak öngörünün esas ölçütü olarak objektif ölçütü esas almaktadır, ne var ki adil risk paylaşımını sağlamak için ikincil olarak sözleşmenin taraflarının sözleşme kurulurken sahip oldukları fiili bilgiye de başvurulması gerekebilir ki bu noktada sübjektif öngörü devreye girmektedir[41].

---

[37] Viyana Konvansiyonu'nun Türkçe metni için bkz:

http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm

[38] http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html

[39] ULUSU, s.113

[40] ULUSU, s.115

[41] ULUSU, s.117–119

Yargıtay'ın "*öngörü*" kapsamındaki değerlendirmelerinde özellikle "*basiretli tacir*" ifadesi ile öngörü çıtasını çok yukarılara koyduğu görülmektedir. Bu çerçevede tacirin "*bildiği*" veya "*bilmesi gereken*" bilgiler arasında "*örf*'ün yer alıp almaması gerektiği de değerlendirilmelidir. TTK md. 2'ye göre;

"(1)*Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.*

(2)*Bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü ticari örf ve âdetler genel olanlara üstün tutulur. İlgililer aynı bölgede değillerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ifa yerindeki ticari örf ve âdet uygulanır."*[42]

İrade açıklamalarının yorumunda teamüllerin dikkate alındığı ve sözleşmede aksi öngörülmedikçe ticari örf ve adetin uygulanmasının kanun gereği olduğu bir halde, tacirin "bilgi"si kapsamında ticari örfün de öngörü kapsamında dikkate alması gerekmektedir. Sözleşmede boşluğun olduğu bir halde örf, adet ve teamüllerin boşluk doldurmadaki önemi göz ardı edilemez[43]. Uyarlama faaliyetinin bir anlamda sözleşmedeki boşluğu doldurma faaliyeti olduğu düşünüldüğünde tacirin sübjektif öngörüsünün içinde ticari örf ve teamüllerin de yer alması gerektiği düşünülmelidir.

Aşağıda çeşitli defalar değinildiği üzere Yargıtay öngörü-öngörülemezlik şartını mağdur olan taraf aleyhinde ve dar bir şekilde yorumlamaktadır[44]. Örneğin devalüasyon kararının önceden bilinebilir olması ve bir tacirin bunu öngörmesinin beklenmesi haksız bir yaklaşımdır, zaten doğası gereği devalüasyon kararı gizlice alınan bir karardır ve bunun basiretli olma yükümlülüğü ile bağlı olmasına imkan yoktur[45]. Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi'nin Yargıtay tarafından da onanan bir kararında "*Tacir mevcut ve tahaddüs etmiş siyasi hadiselerin iktisadi,*

---

[42] http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214-1-1.htm

[43] KAPLAN, Müdahale, s.149, 150

[44] Bkz. Dipnot 232, 233

[45] TEZCAN, s. 99

mali ve ticari neticelerini derpiş edebilir. Ve fakat siyasi hadisatın vukuundan evvel bunların vukuunu tahmin etmesi kendisinden istenemez. Aksi fikrin kabulü tacirleri vehim ve tereddüde sevketmeğe saik olur ki, bu da binnetice iktisadi ve ticari mukavelelerde sürat intizam ve emniyeti ihlal eder." ifadesi mevcuttur ki olaylar vuku bulmadan önce olayların olacağının tahmin edilmesinin tacirden beklenmemesi gerektiği son derece güzel bir şekilde izah edilmiştir, burada artık bir öngörüden bahsedilmesi mümkün olmamalıdır[46]. Devalüasyonun niteliği açısından olağanüstü ve öngörülemez olduğundan (hele bir ülkenin başbakanı tarafından dahi ekonomik deprem ve kurtuluş savaşı olarak nitelendirildiği bir ortamda) kuşku duymamak gerekir[47].

Her ne kadar Yargıtay daha sonra devalüasyon kararını öngörülebilir bir karar olarak nitelendirse de devalüasyonun öngörülemez olduğunu belirttiği eski kararı da mevcuttur[48]. Kaldı ki "*basiret ancak normal piyasa şartlarının devam ettiği sürece söz konusu olur*"[49].

Öngörülemezlik şartı özelinde spekülatif sözleşmeleri ise ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekmektedir. Bu sözleşmelerde olası olağanüstü durumlar peşinen göz önüne alınmıştır; başka bir deyişle öngörülemezlik koşulu eksiktir çünkü taraflar olası değişimleri ve bunların olası sonuçlarını sözleşme kurulurken hesaba katmışlardır[50]. Ne var ki bir sözleşme tam anlamıyla spekülatif değilse bu sözleşmelerin uyarlanabileceği şeklinde de görüşler mevcuttur[51].

---

[46] FEYZİOĞLU, s.24,25, Yargıtay Ticaret Dairesi 30.04.1941/323

[47] BURCUOĞLU, s. 48,49, "*Özellikle yabancı para kurlarındaki artışların, önceki yıllarda %45-%70 arasında seyrettiği düşünülürse, 1994 yılı içerisinde %250'leri aşan ani yükselişin, olağanüstü olduğundan kuşku duymamak gerekir*."

[48] YILDIRIM, A.C., Sözleşme Ekonomisinin Bozulmasıyla İlgili Kuramların Türk Hukuku'ndaki Uygulamaları ve Yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki Aşırı İfa Güçlüğü, (Sözleşme), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, s.80, 15.HD., 4.12.1975 t. 4684 E., 4970 K. ; HGK 07.10.1977 t., 976/15-3502 E. 778 K.

[49] ERMAN, İstisna, s. 99

[50] BURCUOĞLU, s.13

[51] BAYSAL, Sözleşme, s.185,214

2.2. Değişen Hal ve Şartların Boyutu

Değişen hal ve şartların ne boyutta olması gerektiği önemli bir tartışma konusudur. Bir görüşe göre değişen hal ve şartların boyutunun sosyal felaket ölçeğinde olması şarttır, diğer bir görüş ise sosyal felaket ölçeğinin aranmasının gerekli olmadığı yönündedir. Ancak her halükarda tartışmasız olan husus –diğer şartlar da mevcut ise- eğer değişen hal ve şartlar sosyal felaket ölçeğinde ise sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olduğudur. Bu nedenle öncelikle sosyal felaket üzerinden değerlendirmeye başlamak doğru olacaktır.

Doğal Afetler, Sosyal Olaylar, Ekonomik olaylar ilk olarak akla gelen ve boyutları büyük olduğu noktada neredeyse tartışmasız olarak kabul edilebilen aşırı ifa güçlüğüne neden olan hallerdir. Tartışmasız olarak kabul edilebilecek bu halleri tek tek ve yukarıda yazılı olan sırada ele almakta fayda vardır.

Doğal Afetler: Doğal afetler denilince ülkemizin büyük bir bölümünün deprem kuşağında olması nedeni ile deprem ilk akla gelen doğal afettir. 1.9.1999 günlü ve 23803 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 277 no'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile deprem sonrasında vergi ertelemesine gidilmesi devletin meydana gelen doğal afet nedeni ile aşırı ifa güçlüğü halini göz önünde bulundurduğunu göstermektedir[52].

Sel ise diğer bir doğal afettir. Bakanlar Kurulunun 2010 Yılında Meydana Gelen Sel Afetleri Nedeniyle Zarar Gören Gerçek ve Tüzel Kişi Üreticilerin T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve Tarım Kredi Kooperatiflerine olan Tarımsal Kredi Borçlarının Ertelenmesine İlişkin almış olduğu karar sel nedeni ile kredi sözleşmelerinin uyarlanmasına için bir örnektir[53]. Yargıtay deprem ve sel gibi felaketlerin sözleşme üzerinde etkisini kabul etmektedir[54].

---

[52]http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23803_1.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23803_1.pdf (S.50–54)

[53] http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100522-5.htm

[54] Y.15.HD 11.12.2007 E.2006/7442 - K.2007/7996 , www.kazancihukuk.com

Kuraklık da sel gibi tarım kredi borçlarının aşırı ifa güçlüğü nedeni ile ertelendiği ve bu anlamda uyarlandığı başka bir örnektir[55].

Yargıtay 14.Hukuk Dairesinin 17.2.2009 gün ve 2008/13917 E., 2009/1991 K. sayılı ilamında "*...zeytin mahsulünün kuraklıktan etkilenmesi sonucu bilirkişi raporu ile belirlenen davacının zararı da göz önüne alınarak Türk Medeni Kanununun 4. maddesinin hakime tanıdığı takdir yetkisi kullanılarak davacının talepleri değerlendirilip bir karar verilmelidir. Aksine düşüncelerle yazılı şekilde davanın reddine dair hüküm kurulması doğru olmamış, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir*." ifadesi kullanılmış yerel mahkemenin direnme kararı sonrasında ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1.11.2009 gün ve E.2009/14-457 - K.2009/497 sayılı kararında "*...BK'nun 282. maddesinde belirtilen dava konusu olayda sözkonusu olan aşırı kuraklık gibi olağanüstü durumlar sözleşmede önceden var olan sözleşme adaletini bozmakta, taraflar daha önce bunlara karşı bir önlem de alamadıklarından sözleşme koşulları bir taraf aleyhine ağırlaşmış olmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette değişmişse artık taraflar o akitle bağlı tutulamazlar, değişen koşullar karşısında Borçlar Kanununun 282. maddesi uyarınca kira bedelinden gerekli indirimin yapılması gerekebilir. Davacı, açıklanan nedenlerle kira bedellerinde ve kiralama şartlarında uyarlama talep etmiştir. Dava konusu zeytinliklerdeki verim düşüklüğünün gerçek sebebinin aşırı kuraklık olduğu belirlenmiş olmasına göre mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler de nazara alınarak davacının talepleri doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.*"[56] şeklinde bir karar vermiştir. Bu karar kuraklığın aşırı ifa güçlüğü bağlamında olağanüstü bir olay-sosyal felaket olarak ele alındığını ortaya koymaktadır.

Tabii bu noktada küresel iklim değişikliği ve küresel ısınma nedeni ile aslında kuraklık, sel ve benzeri doğa olayları ile daha sık karşılaşılacağı gerçeği karşısında söz konusu doğa olaylarının -sosyal felaket boyutu bir kenara bırakılıp- artık öngörülebilir olup olmadığı da tartışılabilir.

---

[55] http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140513-1.htm ve www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140513-1-1.pdf

[56] www.kazancihukuk.com

Bahse konu olaylar için sigortalama yönünde tedbir alınmaması basiretsizlik olarak nitelendirilebilir mi şeklinde ve benzeri sorular akla gelebilir. Ne var ki Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçevede Sözleşmesinin imzalanmasının üzerinden yıllar geçmesine rağmen hükümetlerin bu konuda somut tedbirler almadığı bir ortamda sade bir vatandaşın ekstra tedbir almasını beklemek hakkaniyetli olmayacaktır.

Sosyal Olaylar: Sosyal olaylar denildiğinde akla ilk olarak savaş gelir. Seferberlik hali, iç savaş, abluka, ihtilal, terör olayları da benzer sosyal olaylar olarak sayılabilir. Savaş sözleşme ve tarafları üzerinde başlı başına bir etki yaratmayabilir, savaşın aşırı ifa güçlüğü yaratabilmesi için borçlu üzerinde büyük etki doğurması gerekmektedir[57]. Sonuçta bir ülkede savaş olsa bile ve sözleşmenin tarafları o ülke vatandaşları olsa dahi, sözleşmenin tarafları üzerinde etkisi olmayan bir olayın aşırı ifa güçlüğüne sebebiyet verdiği iddia edilemez. Ne var ki savaş başka ülkeler arasında olsa bile savaşın boyutu sözleşmenin taraflar arasında kurduğu edimler arası dengeye olumsuz yönde etki ediyorsa bu durum aşırı ifa güçlüğü kapsamında ele alınmalıdır.

Türkiye ikinci dünya savaşına girmediği halde savaşın etkilerinden uzak kalamamıştır. Bu çerçevede savaş nedeni ile bir çok olumsuzluk yaşanmıştır. Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi'nin Yargıtay tarafından da onanan bir kararında sözleşmenin savaş nedeni ile tadil edilebileceğini esas itibariyle kabul etmiştir[58].

Bu aşamada bir konuya dikkat etmek gerekmektedir, savaş sırasında yapılan sözleşmeler için artık aşırı ifa güçlüğü iddiasında bulunmak bir hayli güç olacaktır. Çünkü artık savaş meydana gelmesi açısından beklenemeyecek bir durum değildir ve etkileri, özellikle tacirler açısından, bir noktaya kadar ölçülebilecek mahiyettedir. Hatta kıtlık çekilen emtia açısından spekülatif sözleşme yorumuna gidilmesi bile mümkün olacaktır ki bu halde sözleşmenin uyarlanmasının talep edilmesi haklı olmayacaktır.

[57] ERMAN, İstisna, s.99, Yargıtay Ticaret Dairesi 09.06.1945 tarih ve 1405 sayılı karar

[58] FEYZİOĞLU, s.24,26,Yargıtay Ticaret Dairesi 30.04.1941/323

Ekonomik Olaylar: Her ne kadar Yargıtay devalüasyonu -ülkemiz özelinde- özellikle tacirler açısından tahmin edilebilir kabul etse de aslında paranın değerinde meydana gelen aşırı düşüşler normali aşan bir ekonomik olaydır[59].

Başlıcaları ve ilk akla gelenleri yukarıda sayılan olaylar sosyal felaket ölçütündedirler. Peki değişen hal ve şartların mutlaka sosyal felaket ölçeğinde olması şart mıdır?

Sözleşme kurulduktan sonra değişen hal ve şartların fevkalade olması gerektiğini ifade edenler, bu halleri sosyal felaket veya facia kavramı altında toplayanlar vardır[60]. GÜRSOY'a göre bahse konu olaylar boyutu açısından ferdi olmamalı, toplumsal bir boyutta olup en azından toplumun büyük bir bölümünü, bir yöreyi etkisi altına almalıdır[61].

Bu görüşün karşısında ise işlem temelinin çökmesi bağlamında sosyal felaket tarzında olağanüstü olayların gerçekleşmesi şartının bulunmadığı yönünde görüşler de mevcuttur. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na göre "*Savaş, deprem, su baskını, ani ve yüksek enflasyon ve benzeri olaylar, olsa olsa, işlem temelinin çöktüğünün kabul edilmesini kolaylaştıran çarpıcı örnekler olabilir*" [62]. Bu çerçevede EBK md. 24/b.4 de aşırı ifa güçlüğünün değerlendirilmesi kapsamında bir kriter olarak ele alınmıştır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU işlemden önce gerçekleşen olaylarda -hata tahtında- sosyal felaket niteliği aranmadığı bir halde sırf zaman faktörü nedeni ile sonradan meydana gelen olaylar için sosyal felaket kriterinin aranmasını kabul etmemektedir[63].

---

[59] FEYZİOĞLU, s.27

[60] BISCHOFF, s.184; naklen KAPLAN, Müdahale, s.140

[61] GÜRSOY, s.106,107

[62] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.514

[63] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.513,514

SEROZAN da işlem temelinin çöktüğünün kabulü için koşul olarak sonradan meydana gelen beklenmedik olay eğer en başta mevcut olsa idi esaslı temel hatası nedeni ile sözleşmenin EBK md. 24/b.4 uyarınca iptale elverişli sayılmasını gerekçe olarak göstermiştir[64].

BAYSAL uyarlama yapılabilmesi için sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkabilecek durum değişikliklerinin olağanüstü nitelikte olmasını aramamakta, sadece sözleşmenin taraflarını etkileyen durum değişikliklerini de yeterli saymaktadır, bu da bizleri sözleşmenin uyarlanması için mutlaka sosyal bir felaket olması gerekmediği sonucuna ulaştırmaktadır[65]. Benzer bir şekilde ARAT da sonradan meydana gelen değişikliklerin olağanüstü nitelik taşıması gerekmediği görüşü ile "sosyal felaket"in bir ölçü olarak aranmasının gerekli olmadığını ifade etmiştir[66].

İsviçre Federal Mahkemesi de muhakkak olağanüstü bir hal aranması gerektiği görüşünde değildir. Federal Mahkeme evlenirken eşinin anne ve babasına kendi taşınmazında oturma (sükna) hakkı tanıyan bir eşin boşanma sonrasındaki oturma hakkından kurtulma talebini esaslı hata ilkesi ile değil, işlem temelinin çökmesi ilkesi ile değerlendirmiş ve sadece iki kişiyi ilgilendiren, "*sosyal felaket*", "*olağanüstü bir olay*" niteliği bulunmayan bir hali işlem temelinin çökmesi ilkesi doğrultusunda ele almıştır. Federal Mahkeme bahse konu uyuşmazlıkta uyarlama talebini haklı görmüş ve sözleşmenin sonlanması yönünde karar tesis etmiştir[67].

2.3. Değişen Hal ve Şartların Sözleşmenin Tarafları Üzerindeki Etkisi

Değişen hal ve şartlar sözleşmenin tarafları üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmektedir. İşte bu nedenle taraflar arasındaki edimler dengesinin bozulması aşırı ifa güçlüğü hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet verebilmektedir. Peki, bu denge hangi ölçüde bozulmalıdır? Sözleşmeye konu taahhütlerin ifa edilmesine etki eden olaylar sözleşmenin tarafları üzerinde nasıl bir etki bırakmalıdır ki sözleşmenin uyarlanabilmesinin önü açılsın? Burada değişen hal

---

[64] SEROZAN, İfa, §20,N.1; naklen KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.506,Dipnot 6, 512

[65] BAYSAL, Sözleşme, s.279

[66] ARAT, s.96

[67] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.510, BGE 82.II.332

ve şartların borçlu/mağdur olan taraf üzerindeki etkisinin iktisadi olarak adeta çöküntü yaratması gerektiği yönünde görüşler vardır.

Ne var ki doktrinin önemli bir bölümü Yargıtay'ın bazı aşırı yorumlarına karşın aşırı ifa güçlüğü hükümlerini uygulamak için sözleşmenin bir tarafının ekonomik olarak mahvını şart koşmayı kabul etmemektedir[68].

Her ne kadar eskiden iktisaden mahvolma bir şart olarak koşulduysa da artık bu görüş daha az destek bulur hale gelmiştir. Türk-İsviçre hukuku merkezinden bakarsak İsviçre Federal Mahkemesi "*akdin ifasının borçlunun mahvü harabisine müncer olmasını*" ararken, 1934'ten sonra karşılıklı edimler arasında açık ve büyük bir dengesizlik meydana gelmesini yeterli görmüştür[69].

Aşırı ifa güçlüğüne neden olan bir olayın çözülmesini borçlunun iktisaden mahvolması gibi sübjektif bir kıstasa bağlayan böylesi bir şart Alman hukukunda da terk edilmiştir[70].

Öncelikle iktisaden mahvolma şartı sübjektiftir çünkü edimler arasında bozulan denge ilişkisinin taraflardan birisinin ekonomik mahvına sebep olup olmadığının değerlendirilmesi, sözleşme rizikosunu sözleşmenin yalnızca tek tarafı üzerinden değerlendirilmesi sonucunu doğurur, o halde edimler arasındaki denge aşırı derecede bozulmuş olsa dahi sözleşme borçlusunun çok zengin olduğu bir durumda sözleşmenin uyarlanması için gerekli şartlar mevcut olsa bile sözleşmenin uyarlanamayacağı sonucuna ulaşılır ki, bu yaklaşımla adil bir sonuca ulaşılması mümkün olmayacaktır[71].

---

[68] ERMAN, İstisna, s.84; KAPLAN, Müdahale, s.141, Dipnot 543'de anılan Jaeggi / Gauch, Kramer, Bischoff, Feyzioğlu, İmre, Atabek sayılmıştır.

[69] FEYZİOĞLU, s.23,24

[70] SCHWARZ, A., Harbin Hususi Akitler Üzerinde Tesiri,(Harp), Türk Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi No:80, Ankara, 1944, s.14

[71] YILMAZ, S., Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı, AÜHFM, 59 (1) 2010, s.152

Keza sözleşme borçlusunun çok fakir olduğu bir halde de borçlunun iktisaden mahvolması kolayca sağlanacak bir şart olarak karşımıza çıkacaktır[72]. Bu durumda sübjektif bir şart olan "*iktisaden mahvolma*" kriterini aramak yerine, sözleşme borçlusunun meydana gelen değişiklikler sonrası edimini ifa etmesinin ne derece ağır olduğu ve ortaya çıkacak iktisadi zorluk ile borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının elde edeceği fayda arasındaki dengeye bakarak objektif bir yaklaşım sergilemek daha doğru olacaktır[73]. Bu nedenle sübjektif bir kriter olan ve sadece sözleşme borçlusunun ekonomik gücünü esas alan iktisaden mahvolma kriterinin sağlıklı bir kriter olmadığı görülmektedir.

TBK md. 138'de de "…*olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir*" şeklinde vücut bulan düşünce mağdur olan taraf açısından iktisadi olarak mahvolmanın şart olmadığını ortaya koymaktadır. Madde metni ile kanun koyucu borçludan/mağdur olan taraftan ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde ağırlaşmasını yeterli görmektedir.

Düzenleme nispeten yeni olmasına rağmen Yargıtay da bir kararında "*Sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğünün, mutlaka borçlunun ekonomik olarak mahvına veya ağır zararına yol açacak olması gerekmez. Maddede, 'kendisinden ifanın istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir' olması yeterli görülmüştür. Elbette bu değerlendirmede, karşı tarafın durumu da göz önüne alınacaktır*." ifadesini kullanarak iktisaden mahvolma kriterinin geçerli olmadığını belirtmiştir**[74]**.

Gerek TBK md. 138'in lafzı, gerekse Yargıtay'ın bahse konu kararı, 818 sayılı yasa döneminde ekonomik olarak mahvolma kriterinin artık aranmadığını göstermektedir.

---

[72] ERMAN, İstisna, s.84

[73] ACAR, s.128,129

[74] Y.13.HD 07.02.2013 t. E.2012/8250 - K.2013/2623 , www.kazancihukuk.com

3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

3.1. İngiliz Hukuku

İngiliz Hukukunda, Frustration doktrini (Frustration of Purpose) ile sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir halin ticari ve/veya fiziksel olarak sözleşmenin uygulanmasının imkansız hale gelmesi ya da yükümlenilen sorumluluğun radikal bir şekilde (sözleşmenin kurulduğu anda yükümlenilen hususlardan farklı bir yükümlülük haline gelmesi) değişmesi hallerinde taraflara sözleşmenin yüklediği sorumluluklardan kurtulma imkanı getirilmiştir[75].

Ne var ki ahde vefa ilkesine dayanan ve sözleşmeye mutlak güç tanıyan görüş nedeni ile Frustration doktrininin uygulanması ilk başta mümkün olamamıştır. Zamanla doktrin daha fazla ve farklı hallerde uygulanabilir hale gelmiştir. Ancak genel olarak dar bir yorum ile ahde vefa ilkesine sıkı sıkıya bağlılık bir noktaya kadar devam etmektedir denilebilir.

İngiliz hukukunda günümüzdeki uygulamaya gelinmesi üç aşamada olmuştur[76]. İlk aşamada mahkemeler sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ortadan kaldırıcı kararlar vermekten kaçınmışlardır. 1647 yılında *Paradine v. Jane* davasında kiralanan bir taşınmazın kira bedelinin ödenmemesi nedeni ile dava açılmıştır. Ne var ki kiralanan taşınmaz Alman Prensi Rupert tarafından işgal edilmiş, kullanılamamış, gelir elde edilememiştir. Mahkeme bir yükümlülüğün kanun nedeni ile doğması ile kişinin kendi iradesi (sözleşme) ile doğması arasında bir ayırım gözetmiş ve kanun ile doğmuş bir yükümlülük olması halinde yükümlülüklerden kurtulma imkanı getirilebileceğini ancak kişinin kendi yarattığı sözleşme ile kendisini koruyacak düzenlemeler getirebileceğini gözeterek sözleşmeye uygun hareket etmesi gerektiğini saptamıştır. Bu karar İngiliz ve Amerikan hukuku uyarınca düzenlenmiş sözleşmelerin neden

---

[75] CHITTY BEALE H. (General Editor) Chitty on Contracts, Volume 1 - General Principles, Edition:31, Sweet & Maxwell, 2012, s. 1635

[76] SCHMITTHOFF, C.M., (edited by CHENG C-J), Clive M. Schmitthoff's Select Essays On International Trade Law, 1988, s. 257-261

çok daha detaylı olduğunu ve hakime sözleşmenin yorumlanması tahtında alan bırakmadığının anlaşılmasına yardımcı olabilecek mahiyettedir[77].

İkinci aşama *Taylor v. Caldwell* davası ile başlamıştır ve açıkçası Frustration doktrini bu davada verilen karar ile vücut bulmuştur. 1863 yılında bir konser salonu dört günlüğüne kiralanmıştır. Ne var ki bir kaza sonucu salon yanmış ve kullanılamaz hale gelmiştir. Bu davada mahkeme sözleşmeye verilen mutlak güç prensibi yerine başka bir prensibi uygulamıştır. Mahkeme sözleşmenin kurulması anında zımni bir şart olduğunu ve bunun da konser salonunun varlığı olduğunu belirlemiştir ki bu zımni şart teorisinin sözleşmelerin lafzına ilişkin olarak ilk uygulanışı olmuştur[78]. Salonun yanması ve bir anlamda ortadan kalkması ile birlikte zımni şart da ortadan kalkmış ve taraflar sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtulmuşlardır. Mahkeme burada sözleşme bir kişi ya da bir şeyin varlığına bağlı ise, burada tarafların bir şart ortaya koyduğunu ve varlığına bağlanan kişinin ölmesi/şeyin telef olması halinde yükümlülüklerin ortadan kalkacağını ifade etmiştir. Bu karar fiziksel imkansızlık halini ortaya koyan bir karardır[79].

Taylor v. Caldwell davasında verilen karar ile ortaya konan Frustration doktrini yeni uygulama alanları bulmuş ve farklı konulardaki uyuşmazlıklarda da uygulanmıştır. 1874 yılında *Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd.* davasında doktrin bu sefer bir çarterpartide uygulanmıştır. Liverpool'dan Newport'a oradan da San Fransico'ya gitmek üzere bir gemi kiralanmıştır. Ne var ki gemi Liverpool'dan yola çıktığı ilk gününde karaya oturmuştur. Geminin yüzdürülmesi altı hafta, tamirat ise altı ay sürmüştür. Kararda geminin tam olarak tamir edilmesinden sonra yapılacak seferin farklı bir sefer (farklı bir serüven kadar farklı) olacağı belirtilmiş, ticari açıdan bu kadar uzun süren bir tamir halinin sözleşmenin feshedilmesini gerektireceği ifade

[77]PUELINCKX, A.H., Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprevision, Wegfall der Geschaftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, 3 J.Int'l Arb. 1986, No.2,at 47 et seq. http://www.trans-Lex.org/128100, s.2

[78] PUELINCKX, s.3

[79] CHITTY:BEALE H., s.1637

edilmiştir[80]. *Taylor v. Caldwell* davası sonrasında söz konusu teorinin uygulandığı ve en bilinen davalardan birisi de *Krell v. Henry* davasıdır. "*Coronation cases*" olarak adlandırılan davalardan biri olan *Krell v. Henry* davasında Kral VII. Edward'ın taç giyme töreni için töreni gören bir yerin iki günlüğüne –olağan kiralama bedelinin hayli üzerinde bir bedelle- kiralanması ancak törenin ertelenmesi söz konusu olmuştur. Bu davada hakim taç giyme törenini –her iki taraf açısından da- sözleşmenin kurulma sebebi olarak saymış, sözleşmeden beklenen yararın elde edilemeyecek olması nedeni ile sözleşmeyi feshetmiştir[81].

Davis Contractors v. Farehem U.D.C. davasında ise Lord Radcliffe tarafından ifade edildiği üzere sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirme imkanı olmayan tarafın "*Non haec in foedera veni*", bu benim yapmayı söz verdiğim şey değildi deme noktasına geldiği hallerde Frustration doktrini uygulanmalıdır[82].

Günümüzde ise İngiliz Hukukunda doktrinin uygulanma şart ve koşulları açıklığa kavuşmuştur denilebilir. Artık ortada kabul görmüş bir doktrin vardır. Her ne kadar çeşitli davalarda farklı değerlendirmeler yapılabilse de *Laurizten AS v. Wijsmuller BV* davasında doktrinin özünü oluşturan beş sav ortaya konmuştur[83].

Buna göre Frustration doktrini İngiliz hukukunun sözleşme ile tarafların üstlendikleri mutlak yükümlülükler hususundaki sert tutumunun etkilerini hafifletmek için evrilmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkacak hallerin sözleşmenin uygulanmasının adil olmayan sonuçlar doğurması durumunda adil ve mantıklı bir sonuca ulaşılması amaçlanmıştır.

İkinci olarak Frustration doktrini bir anlamda sözleşmeyi öldürmek (sona erdirmek) ve tarafları yükümlülüklerinden kurtarmak için işletildiğinden bu doktrine çok kolay ve basit bir şekilde başvurulmamalıdır ve dar bir şekilde yorum getirilmelidir.

---

[80] CHITTY:BEALE H., s. 1638

[81] EMANUEL, S., Emanuel Law Outlines:Contracts, Eight Edition,2006, s.426

[82] CHITTY:BEALE H., s.1642

[83] CHITTY:BEALE H., s.1638,1639

Üçüncü olarak Frustration sözleşmeyi derhal ve otomatik olarak feshetmektedir.

Dördüncü olarak Frustration doktrininin uygulanmasını gerektiren hal doktrine dayanan tarafın seçimi veya eyleminden kaynaklanmamalı, doktrine başvurulması tarafların etkisi dışında meydana gelen bir olaya dayanmalıdır.

Son olarak doktrine dayanacak tarafın, doktrinin uygulanması gerektiğini iddia ettiği olayın meydana gelişinde hata veya kusuru bulunmamalıdır.

Doktrinin uygulandığı haller ve kararları belirttikten sonra uygulanmadığı hallere de kısaca değinmek gerekir. The Eugenia olarak da bilinen *Ocean Tramp Tankers v. V/O Sovfracht* davasında Hindistan'dan Odessa'ya (İtalya'dan başlamak üzere) tek seferlik bir çarterparti sözleşmesi imzalanmış; fakat siyasi gelişmeler nedeni ile Süveyş Kanalı'nın kullanılamaması sonucu Afrika'nın dolaşılması ve Ümit Burnu üzerinden Hindistan'a gidilmesi söz konusu olmuştur. Bu çerçevede Frustration doktrinine başvurulmuştur. Ancak Ümit Burnu üzerinden gidilmesi daha uzun ve pahalı bir rotanın izlenmesine sebebiyet vermesine rağmen bu temel bir değişiklik olarak ele alınmamış ve kargonun da metal olması nedeniyle yolun uzamasının kargo üzerinde bir etkisi olmadığı da gözetilerek Frustration doktrini uygulanmamıştır[84]. Süveyş kanalının yukarıda anılan nedenlerle kullanılamadığı durumda Frustration doktrinin uygulandığı tek bir karar olduğunu ve karara konu sözleşmede rotanın açıkça Süveyş kanalı olarak açıkça belirlendiğini ifade etmek gerekir[85]. Bu çerçevede doktrinin uygulanması yönünde aslında o kadar da kolay bir şekilde karar verilmediğini hatırlatmakta fayda vardır.

Yukarıda belirtilenleri de göz önünde bulundurursak, İngiliz Hukukunda Frustration doktrinin kullanılabilmesi üç halde mümkündür[86].

- Sonradan ortaya çıkan kanuna aykırılık hali,

---

[84] CHITTY:BEALE H., s.1638,1661

[85] PUELINCKX, s.5

[86] ANDREWS, N., Contract Law, Cambridge University Press, 2011, s.445,446

- Diğer imkansızlık halleri,
- Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi karşısındaki ağır engellerin varlığı.

Bu hallerden bir ya da bir kaçının varlığı halinde Frustration doktrini ile sözleşme hakim tarafından feshedilebilir. Doktrinin sözleşme üzerindeki etkisi ex nunc'dur. Fesih ileriye dönük olup, tarafların sözleşme nedeni ile gelecekte yerine getirmek zorunda kalacakları yükümlülüklerinden kurtulmalarını sağlar. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşmede fors majör vb. hükümler olması Frustration doktrininin uygulanmasına engel olacaktır. Şöyle ki maddede tanımlanan bir halin meydana gelmesi, bahse konu hal zaten sözleşme ile düzenlendiğinden, olası sorunların sözleşme kapsamında çözüme kavuşturulmasını gerektirecektir. Frustration doktrini kapsamında hakimin sözleşmeyi değişen koşullara göre uyarlama gibi bir yetkisi ise yoktur, bu doktrinin uygulanması sonucu taraflar sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtarılmaktadırlar[87].

3.2. Amerikan Hukuku

Amerikan Hukukunda Uniform Commercial Code § 2-615'de[88] ele alınan Impracticability kavramı ile çeşitli hallerde Ahde Vefa ilkesinin sıkı sıkıya uygulanmasının yaratacağı adaletsiz

---

[87] PUELINCKX, s.5

[88] Orijinal metin için bkz. http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-615 :

"*Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:*

- *(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faithwith any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.*
- *(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller'scapacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contractas well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.*
- *(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer*."

sonuçlardan kaçınılması amacı güdülmüştür. Mahkemenin sözleşmeyi uyarlaması Amerikan hukuk sisteminde, diğer ülke hukuklarına nazaran yenidir[89] ve hala ciddi bir tartışma konusudur.

Bu düzenleme ile satıcının edimini yerine getirmesi öngörülmeyen bir halin vuku bulması nedeni ile artık onun için ticari açıdan elverişsiz ise, ve bu hal nedeni ile satıcının teslimatı yapamaması ya da geç teslimat hali söz konusu ise bu durumda satıcının edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getirememesi artık sözleşmenin ihlali olarak ele alınmayacaktır. Belirtmek gerekir ki Restatement (Second) of Contracts § 261 ile Uniform Commercial Code § 2-615'in sadece mal alım satımına ilişkin sözleşmelere değil, tüm sözleşme tiplerine uygulanmasının önü açılmıştır[90]. Sözleşmenin uyarlanabileceği sonucuna maddeye ilişkin resmi yorumdan da ulaşılabilmektedir[91].

Bahse konu yasal düzenlemeler öncesinde de Impracticability kavramı kullanılmakta idi. Ne var ki *Mineral Park Land v. Howard* kararına kadar maliyetin çok fazla yükselmesi ve işin kar getirmeksizin yapılacak hale gelmesi ilk defa tek başına bir neden olarak kullanılmış ve kararda fahiş ve makul olmayan maliyetin sözleşmenin uygulanabilir olmaktan çıkacağı yönünde saptama yapmıştır[92]. Ancak maliyetin yükselmesinin tek başına yeterli olmadığı kararlar da mevcuttur. Örneğin *Missouri Public Service Co. v. Peabody Coal Co.* davasında kömür tedarik etmeyi yükümlenmiş Peabody Coal Co. 1973 yılındaki petrol ambargosu nedeni ile enerji maliyetinin arttığını iddia etmiştir. Mahkeme, Peabody Coal Co.'nun iddiasını ispat

---

[89] HILLMAN, R.A., Court Adjustment of Long-Term Contracts; An Analysis Under Modern Contract Law, (Court) Duke Law Journal, Sayı 1, Şubat, 1987, s.2, Dipnot 5

[90] WALTER, P., (2012)"Commercial Impracticability in Contracts," St. John's Law Review: Vol. 61: Iss. 2, Article 2, s.227

[91] FUCCI "*In situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of 'excuse' or 'no excuse', adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith*" http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html

[92] WALTER, s.232

edemediğini ve ambargonun davaya konu sözleşmeye olumsuz bir etkisi olsa bile aslında dolaylı olarak şirketin elinde bulunan kömür rezervlerinin varlığının petrole alternatif bir enerji kaynağı olarak şirketin değerini arttırıcı mahiyette olduğunu belirtmiştir[93].

Amerikan Hukukunda İngiliz Hukukuna göre farklı bir yaklaşım mevcuttur, nadir de olsa değişen koşulların varlığı halinde sözleşmenin feshedilmesi dışındaki çözümler de değerlendirilmektedir. Yasal düzenlemeler öncesinde de mahkemeler gerektiği halde –çok sınırlı da olsa- sözleşmenin feshedilmesinin yanı sıra sözleşmenin uyarlanması yönünde de kararlar vermekteydiler. *Dillon v. United States* davasında öngörülmeyen nedenlerden ötürü ekstra çaba sarfedilmesi ve işin bitirilmesi sonucunda ek bir tazminata hükmedilmiştir[94]. Keza *City of Vernon v. City of Los Angeles* davasında da Vernon şehrinin kanalizasyonun Los Angeles kanalizasyon sistemi aracılığı ile yakınlardaki Santa Monica körfezine transfer edilmesi yönünde bir anlaşma yapılmış olmasına rağmen sonraki tarihte verilen bir mahkeme kararı ile yaratılan kirliliğin giderilmesi ve atık su arıtma tesisi kurulması yönünde Los Angeles şehri aleyhine hüküm tesis edilmesi neticesinde Los Angeles şehri (yönetimi) ek maliyet (41 milyon Amerikan Doları yatırım ve 500.000 Amerikan Doları yıllık işletme maliyeti) nedeniyle artık sözleşmenin uygulanabilir olmadığını iddia etmiş, ancak mahkeme bedeli arttırarak sözleşmenin devamına karar vermiştir[95].

En çok tartışma yaratan ve hala "*mahkemenin sözleşmeyi yazması*" tahtında eleştiriye uğrayan karar ise sözleşmenin uyarlanması anlamında önemli olan *Aluminum Co. of America v. Essex Group* kararıdır. Mahkeme maliyetlerin ciddi bir şekilde artması sonunda sözleşmede belirli olan fiyat düzenlemesini uygulamamış bunun yerine farklı bir fiyat düzenlemesinde karar kılmıştır[96]. Uyarlamanın önünü açan bu yeni karar mahkemeler tarafından büyük bir istekle karşılanmamış, hatta mahkemenin öngörülmeyen olaylar nedeni ile sözleşmeyi yeniden

---

[93] EISENBERG, M.A., Impossibility, Impracticability, and Frustration - Professor Goldberg Constructs an Imaginary Article, Attributes It to Me, and then Criticizes It, 2 J. Legal Analysis 383 (2010), s.393,394

[94] CUNEO, G.A./CROWELL, E.H., Impossibility of Performance Assumption of Risk or Act of Submission , s.538,539

[95] WALTER, s.233

[96] WALTER, s.228

yazmak gibi bir sorumluluğu ya da işlevi bulunmadığı dahi belirtilmiştir[97], fakat yine de yasal düzenleme olmayan dönemde dahi Amerikan hukuk sisteminde aşırı ifa güçlüğü hali mahkeme kararları arasında kendisine bir yer bulabilmiştir.

Yapılan yasal düzenlemeler sonrasında artık öngörülemezlik ve sözleşmenin uygulanmasının ticari açıdan elverişli olup olmadığı temel konular olarak değerlendirilmektedir. Yasal düzenlemeler sonrası verilen mahkeme kararlarında bu etkileri görmek mümkündür. *Selland Pontiac-GMC Inc v. King* kararında alıcıya teslim edilecek mal kapsamında sözleşmede tanımlanmış bir tedarikçiden alınması gereken bir ürün söz konusu iken tedarikçinin finansal nedenlerle ekonomik faaliyetlerine son vermesi nedeni ile satıcının Impracticability doktrininden yararlanmasına imkan tanınmıştır; keza yukarıda da kısaca değinildiği üzere- *Aluminum Company of America v. Essex Group Inc* davasında da taraflar arasında alüminyum tedarik sözleşmesi mevcut iken yeni yasal düzenlemeler ile çevre kirliliğine ilişkin getirilen zorunluluklar kapsamında tedarikçinin maden tasfiye maliyeti ciddi bir şekilde yükselmiştir. Mahkeme tarafların sözleşmeyi kurarken bu yönde bir tasavvurları bulunmadığını ve söz konusu değişikliğin öngörülemeyecek bir değişiklik olduğunu değerlendirerek tedarikçi açısından sözleşmenin uygulanamaz hale geldiğini saptamıştır[98].

Impracticability doktrini sözleşmenin bir tarafını sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmemesine imkan sağlayabilse de teoride tarafların aralarında kurulan sözleşmeden kaynaklı bağı ortadan kaldırmayı amaçlamaz; prensip olarak diğer taraf hala sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilmesini isteyebilir ve karşı tarafı bu yönde zorlayabilir ancak bu sadece yeniden müzakere etmekle veya sözleşmenin uyarlanması yoluyla olabilir. Kaldı ki mahkemenin eğilimi Impracticability doktrinini uygulaması halinde tarafların

---

[97] HILLMAN, Speidel, s.598-600, Dipnot 28, "*It is not the responsibility or function of this court to rewrite the parties' contract to provide for [unforeseen] circumstances*" Aultman Hosp. Ass'n v. Cmty. Mut. Ins. Co., 544 N.E.2d 920,924 (Ohio 989)

[98] TRENTACOSTA, J.R., Commercial Impracticability and Fair Allocation Under UCC 2-615 , Michigan Bar Journal , November, 2010, s.43

edimlerini yerine getirmelerini zorlama yerine önceliği tarafların uyarlama konusunda müzakere etmelerini sağlama yönünde olmaktadır[99].

Amerikan Hukukunda da ifa güçlüklerine dayanılması sınırlı hallerde mümkündür. Uniform Commercial Code § 2-615'in resmi yorumlarında savaş, ambargo, mahsul kıtlığı (kuraklık), fiyatların yükselmesine neden olabilecek hammadde sıkıntısı gibi haller açıkça yazılmıştır, ne var ki bu haller sayılanlarla sınırlı değildir[100]. Belirtmek gerekir ki yapılan yasal düzenlemelerle ifa güçlükleri vb. hallerde İngiliz Hukukuna nazaran daha elverişli bir konumun mevcut olduğu söylenebilir.

SCHMITTHOFF'un verdiği güzel bir örnekte olduğu gibi X'in ambarında 500 ton buğday varken ve X, 5 ayrı kişiye 100'er ton buğday satmak üzere anlaşmış iken hükümetin 400 ton buğdaya el koyması halinde ne olacaktır? Müşterilerden birine kalan 100 tonun satılması halinde diğer müşteriler açısından imkansızlık halinin söz konusu olmadığı, satıcının kendi seçimi ve eylemi nedeni ile diğer müşterilerin zarara uğradığı iddia edilebilir. Benzer sorunlar tüm müşterilere 20'şer ton satılması halinde de doğacaktır. Uniform Commercial Code § 2–615 (b) ile satıcıya adil ve mantıklı bir şekilde tahsis yapma hatta sözleşme bağı olmasa bile düzenli müşterilerini de tahsisata ekleme imkanı tanınmıştır. İngiliz hukukunda da benzer bir düzenleme yapılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir[101].

3.3. Fransız Hukuku

Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesine göre "*Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir*"[102]. Bahse konu kanun hükmü ve ahde vefa

---

[99] SMYTHE, D.J., Bounded Rationality, the Doctrine of Impracticability, and the Governance of Relational Contracts Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 13, No. 2., s.51,52

[100] MOSKIN, M./ROSSMAN, V.R.,Commercial Contracts: Strategies for Drafting and Negotiating, Second Edition (2014 Supplement), s.9-37 Dipnot 90

[101] SCHMITTHOFF, s.263,264

[102] "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*."

prensibinin sıkı şekilde uygulanması karşısında, ancak aşırı ifa güçlüğüne ilişkin "*hardship*" klozları ile taraflarca sözleşmenin uyarlanması veya kanun koyucu eli ile (Fransız Medeni Kanunu md. 1769–1773 -Hasılat kirası- arası maddeler: Ürünün yarıdan fazlası zarar görürse, çiftçi kira bedelinde bir indirim talep edebilir) bu maddenin getirdiği sınırlama aşılabilmektedir[103].

Prensip olarak, aksine kanun koyucu tarafından açıkça izin verilmediği sürece, hakimin sözleşmeyi uyarlama ya da sözleşmenin uygulanmamasını sağlayacak şekilde karar vermesi mümkün değildir[104]. Fransız hukukunda tarafların sözleşmeye kurarken ortaya koydukları irade neredeyse her şeyden üstün tutulmuştur. Mahkemelerin –Danıştay'ı bir kenara bırakırsak- bu bağlamda sözleşmeye müdahale etme imkanı bulunmamaktadır.

Fransız Yargıtay'ı Crapone Kararında (6.3.1876) "…*Ne kadar adilane görünürse görünsün, hiçbir halde, taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmeyi zaman ve durumlar dikkate alınarak değiştirmek ve sözleşme taraflarınca özgürce kararlaştırılmış hükümlerin yerine yenilerine karar vermek mahkemenin yetkisinde değildir*." ifadelerini kullanarak karar tesis etmiştir, bu sebeple aşırı ifa güçlüğü halinin varlığının kabul edildiği durumlarda dahi sözleşmenin uyarlanması ya da sözleşmenin feshedilmesi ve/veya sözleşmeden dönülmesi imkanının önü açıkça kapanmıştır[105].

Fransız Yargıtay'ının bu yorumu karşısında, birinci dünya savaşının etkisi ile 1918 tarihli Faillot Kanunu gibi yasal düzenlemelerle savaştan önce kurulmuş olan sözleşmelerin feshedilmesinin (uyarlanmasının değil) önü açılabilmiştir[106]. Süre ve konu olarak sınırlı olan bu yasal

---

http://legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006436298&dateTexte=20150529

[103] Code Civil Français md. 1134 f.I; (CASHIN RITAINE, s.324'den naklen)

[104] PUELINCKX, s.9

[105] CASHIN RITAINE , s.322

[106] SCHWARZ, Harp, s.7

düzenlemeler Fransız Medeni Kanununun sözleşmeye tanıdığı –bir nevi- kutsiyetin istisnası olmuştur.

Asıl istisna ise İdare Hukuku alanında yer almaktadır. Fransız Danıştayı (Conseil d'Etat) *Gaz de Bordeaux Kararında* (30.3.1916) Sözleşmelerin Uyarlanmasına imkan tanımış *Compagnie Generale de Gaz'*ın iflas etme tehlikesi nedeni ile Bordeaux'da gaz dağıtımının kesintiye uğramasını engellemiştir[107]. Tabii bu noktada kısaca bir hususa değinmekte fayda vardır, birinci dünya savaşı öncesinde Fransız Danıştayı emprevizyon teorisine doğru giden yola çoktan girmiş bulunmaktaydı, 1886 yıllarında sözleşmelere harfiyen uyulmasından şüphe edilmeye başlanmış, kamu hizmetinin kesintiye uğraması yerine imtiyaz sahibini tazminata mahkum etmek gibi çözümler tercih edilmeye başlanmıştı[108].

Her ne kadar Fransız Danıştay'ının oluşturduğu emprevizyon teorisi önemli olsa da konumuz açısından Fransız Yargıtay'ının verdiği kararlar daha büyük önem arz etmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere Fransız Yargıtay'ı aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanmasının önünü kapatmıştır. Ne var ki, Fransız Yargıtay'ında Ahde Vefa ilkesine olan sıkı bağlılıktan küçük adımlarla da olsa uzaklaşma emareleri görülmektedir ve bu aşırı ifa güçlüğü prensibine yönelmek olarak nitelendirilebilir. Şöyle ki; her ne kadar tarafların aralarındaki sözleşmede aşırı ifa güçlüğüne yönelik bir düzenleme ele almış olmaları ya da kanunun sözleşmenin uyarlanması konusunda imkan tanıması haricinde hakim sözleşmeye müdahale edemese de, ağır bir adaletsizlik ve taraflardan birinin kötü niyetle hareket etmesi halinde hakim iyi niyet prensibini uygulamaya yetkilidir[109].

Emprevizyon yalnızca İdare Hukuku ile sınırlı kalmıştır. Fransız Yargıtay'ı uygulamada emprevizyon'u sadece gayrimenkul satışlarında bir fesih sebebi olarak kabul etmiştir. Bu hususta gabin (aşırı yararlanma) adı altında 7/12'den fazla bir kıymet farkı için emprevizyon'u kabul etmiştir. İvazlar arasında objektif nispetsizlik bir fesat sebebi sayılmış, rızayı fesada

---

[107] CASHIN RITAINE, s.322

[108] FEYZİOĞLU, s.29,30

[109] SCHWENZER, s.710,711

uğratan sübjektif bir unsur olan gabin bir çözüm olarak kullanılmıştır. Tüm bunlar aslında dolambaçlı olarak emprevizyon'un kabulüdür[110], ne var ki Fransız Yargıtay'ının açıkça emprevizyonu kabul ettiğini söylemek mümkün değildir.

3.4. Alman Hukuku

Alman Medeni Kanunu'nun temelleri Roma Hukukuna dayandığından ahde vefa ilkesine sıkı sıkıya bir bağlılık söz konusu idi ve bu nedenle hakimin sözleşmeye müdahale etme hakkı bulunmamakta, sözleşmeye müdahale yalnızca bazı hallerde mümkün kılınmış, genel bir düzenleme yapılmamış idi[111].

Genel anlamda Alman hukuku aşırı ifa güçlüğü ve benzeri haller karşısında Anglo-Amerikan ve Fransız Hukukuna göre çok daha esnek bir yaklaşıma sahiptir. Tarihsel olarak bakıldığında dünya savaşları sonrasında geçirilen ekonomik buhranların etkilerini ciddi olarak yaşamış bir devlet olan Almanya'nın ahde vefa ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmaması şaşırtıcı değildir[112]. Yüksek enflasyon ifadesinin bile hafif kalacağı ekonomik zorluklar yaşandığı dönemlerde bazı koşullar altında bizzat ahde vefa ilkesine bağlı kalmanın adaletsiz sonuçlar doğurduğunu tecrübe eden Almanya çözüm yolunu bulmak için çeşitli teoriler geliştirmiştir.

Ekonomik imkansızlık hallerinde aşırı ifa güçlüğüne ilişkin genel bir düzenleme olmamasına rağmen, fiili imkansızlık prensibinin yanında iktisadi imkansızlık fikri geliştirilmiş[113], eski BGB § 275'in uygulanması ile uygulamada ahde vefa ilkesinin sıkı bağlarından sıyrılabilme imkanı getirilmiştir[114].

Ancak genel bir düzenlemenin olmadığı dönemde Windscheid'ın Kurucu Şart Teorisi ve sonrasında Oertaman'ın İşlem Temeli Teorisi genel bir düzenlemenin olmamasının olası

---

[110] GÜRSOY, s.44,45

[111] ARAT, s.25,26

[112] PUELINCKX, s.13

[113] SCHWARZ, Harp, s.8

[114] ACAR, s.116

mahsurlarını gidermek için ortaya atılmıştır. İşlem Temeli Kegel tarafından küçük ve büyük işlem temeli olarak ayrılmış, küçük işlem temeli tarafların hakimiyet alanı içinde olan, büyük işlem temeli ise tarafların hakimiyet alanı dışında kalan ancak etkisini bu alan içinde gösteren (savaş vb.) zararlar olarak tanımlanmış ve genel tehlike niteliğinde olan ve taraflardan birinin hakimiyet alanı dışında meydana gelen olaylar sözleşme temelinin çökmesi için yeterli görülmüştür[115].

Larenz ise (daha sonra bu görüşünden ayrılmış olsa da[116]) işlem temelini sübjektif ve objektif işlem temeli olarak ikiye ayırmış;

- Sübjektif işlem temelini sözleşmenin kurulmasında etkili olmuş ortak tasavvurlar,
- Objektif işlem temelini ise tarafların iradelerinden soyut olan, sözleşmenin varlığı ve devamı için objektif açıdan zorunlu olan durumlar olarak nitelendirmiştir[117].

Alman Hukukunda işlem temelini "*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*"ın oluşturduğu kabul edilmekte ve bu teoriye göre sonradan meydana gelen değişikliklerin sözleşmenin kurulması anında olduğu varsayılan şartlarda bir eksilmeye yol açması halinde işlem temelinin çöktüğü kabul edilmektedir[118]. Alman Federal Mahkeme Kararları uyarınca ise "*sözleşmenin asıl içeriğine dahil olmamakla birlikte sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya*

---

[115] ARAT, s.61

[116] DURAL, M., Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler, BATİDER, Cilt VII, 1974, s.910,911; ERMAN, H., İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2) (İstisna), İstanbul : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979, İstanbul Üniversitesi yayınlarından no; 2652. Hukuk Fakültesi no: 598 ,s.46

[117] ARAT, s.63–65

[118] ESSER, J./SCHMIDT, E., Schuldrecht Band I,Allgemenier Teilband I , Heidelberg, 1984, s.269, Dipnot 81; naklen: ARAT, s.80

çıkan ve işlem iradesinin dayanağı olan belirli koşulların varlığına veya gelecekte ortaya çıkmalarına ilişkin tasavvurlar" işlem temeli olarak anlaşılmaktadır[119]. İşlem temelinin çökmesi teorisi Alman Hukukunda genel bir düzenleme olmadığı dönemde dahi aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanabilmesinin önünü açmıştır.

Değişen şartların sözleşme üzerindeki etkisi konusunda genel bir kuralın bulunmamasının pozitif hukukun bir eksikliği olarak yorumlanması sonucunda işlem temelinin çökmesi sözleşmelerin uyarlanması ve sona ermesi isimli üçüncü alt başlık altında BGB § 313'te genel bir düzenleme yapılmıştır[120].

Bu düzenlemeye göre (BGB § 313)[121] işlem temelinin sarsılması aşağıdaki gibi ele alınmıştır:

(1) *"Eğer sözleşmeye esas teşkil eden olgular sözleşmenin akdedilmesinden sonra önemli ölçüde değişirse ve taraflar bu değişimi öngörmüş olsalardı sözleşmeyi yapmayacak veya başka içerikle yapacak idilerse, her bir somut halin bütün şartları, özellikle sözleşmesel veya yasal risk dağılımı göz önünde tutulduğunda taraflardan birinden sözleşmenin mevcut halinde bağlı kalmasının beklenemeyeceği durumda sözleşmenin uyarlanması istenebilir.*

(2) *Sözleşmeye esas olan temel tasavvurların yanlış çıkması da koşulların değişmesi gibidir.*

(3) *Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya taraflardan birinden beklenmezse, zarar gören taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeyi feshetmek, sözleşmeden dönmenin yerine geçer."*

Birinci fıkranın objektif işlem temeli, ikinci fıkranın ise sübjektif işlem temelini düzenlediği değerlendirilmektedir[122].

---

[119] Enscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 89,226,231; naklen: CASHIN RITAINE, s.321,322

[120] ARAT, s.26-27

[121] YILDIRIM, Sy.1-2 (2012), s.89, Dipnot 99

[122] ARAT, s.87

Buna göre borç ilişkisi gereğince alacaklı borçlusundan yapma veya yapmama şeklindeki bir edimin ifasını talep edebilir. Bir borç ilişkisinin içeriğinde değişiklik yapılması için taraflar arasında bir sözleşmenin bulunması şarttır. Tek taraflı olarak sözleşmesel yükümlülükten caymak mümkün değildir[123].

Alman Hukukunda sözleşenlerin gelişmeleri baştan kestirebilseler sözleşmeyi baştan değişik koşullarda kurabileceklerinin söylenebilmesi, sözleşmeye olduğu gibi katlanılmasının taraflardan biri için artık kendisinden beklenmez bir özveri gerektirmesi ve son olarak yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre de taraflardan sözleşmeye aynen bağlı kalmalarının beklenmemesi işlem temelinin çökmüş olması için yeterli sayılmaktadır; bu bağlamda "sosyal felaket niteliğinde olağanüstü olaylar" şartının söz konusu olmadığını belirtmek gerekir[124].

Genel bir yasal düzenleme yapılması sonrasında yeni bir tartışma konusu ise müzakere etme yükümlülüğüdür. Alman hukukunda sözleşmenin tarafları sözleşmeyi yeniden müzakere etmelidirler ancak bundan sonuç alınamadığı takdirde, taraflardan her birinin sözleşmeden cayma hakkı vardır şeklinde bir görüş vardır[125]. Buna karşı yeni yürürlüğe giren BGB § 313'e göre müzakere yükümlülüğünün olmadığını savunanlar da mevcuttur[126].

Alman Adalet Bakanlığının BGB § 313'e ilişkin notlarında ise tarafların mahkemeye uyarlama talebi ile gitmeden önce müzakere etmeleri tavsiye edilmektedir, ne var ki kanun koyucu bu yönde açık bir düzenleme yapmaktan imtina etmiştir.[127]

---

[123] CASHIN RITAINE, s.325

[124] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.511,513

[125] CASHIN RITAINE, s.340

[126] BRUNNER, C., Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration, 2009, s.407; SCHWENZER, s.722

[127] UNBERATH, H.,The Common Frame of Reference: A View From Law& Economics, European Law Publishers Gmbh, Munich, 2009, s.148, Dipnot 199

3.5. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda aşırı ifa güçlüğüne yönelik olarak genel bir düzenleme yer almamaktadır, ne var ki İsviçre Federal Mahkemesi İsviçre Medeni Kanununun 2. maddesinin bir üst sınır olarak ahde vefa ilkesinin üzerinde bulunduğunu kabul etmektedir[128].

İsviçre Federal Mahkemesi Medeni Kanunun ikinci maddesi uyarınca, yani iyi niyet prensibinden hareketle, uzun süreli sözleşmelerin öngörülemeyen ve şartları esaslı olarak değiştiren şartların varlığı halinde feshedilebileceğini kabul etmektedir[129]. Aşırı ifa güçlüğü halinin vuku bulması İsviçre hukukunda –gerekli tüm şartların gerçekleşmesi kaydıyla- sözleşmenin feshedilmesi veya uyarlanmasının önünü açabilmektedir.

Sözleşmenin aşırı ifa güçlüğü hali nedeni ile uyarlanabilmesi çeşitli teorilere dayanmaktadır. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin sözleşmenin taraflarının rebus sic stantibus kaydı ile bağladıkları yönünde kararları mevcuttur[130]. Bunun yanı sıra İsviçre Federal Mahkemesinin eser sözleşmesine ilişkin İBK 373/2. maddenin (EBK md. 365/2) kıyasen uygulanması yönünde de kararları vardır[131].

Aşırı ifa güçlüğü nedeni ile sözleşme uyarlanabilse de aslolan öncelikle sözleşmenin ayakta tutulması olup İsviçre Federal Mahkemesi öncelikli olarak sözleşmenin feshi yerine sözleşmenin uyarlanması seçeneğini dikkate almaktadır[132]. Sözleşmede uyarlamaya yönelik bir

---

[128] ARAT, s.28

[129] Van HOUTTE, H., Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda,in:Gaillard (ed.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration (Icc Publ. Nr.480,4), Paris 1993, at 105 et seq., s.13

[130] GÜRSOY, s.58, 10 Eylül 1919 T., JDT 1920 IP 14:R.O. 45.II.386 "*Medeni Kanunun ikinci maddesindeki umumi prensipten mülhem olarak, böyle bir mukavelede taraflar rebus sic stantibus kaydı altında bağlanmışlardır. Yani uzun müddetli bir mukavelede durum esaslı surette tebeddül eder ve bu yüzden meşrut bedelin idamesi hüsnüniyet kaidelerine muhalif olursa, taraflar, bir tazminat vermeksizin akitten rücu edebilirler*."

[131] GÜRSOY, s.62,4.5.1922 T., T. R.O. 48.II.242 "*Clausula rebus sic stantibus, İsviçre Hukukunda pek müstesna ahvalde tatbik olunabilir. Borçlar Kanununun ruhunda pacta sund servanda prensibi meknuzdur. Münasebetlerin emniyetine halel getirmemek isteniyorsa B.K.'nın 373/2*. (EBK 365/2) *maddesinin, pek fevkalade hallerde ve büyük bir ihtiyatla diğer mukavelelere teşmilen tatbik edilebilmelidir*."

[132] SCHWENZER, s.723

düzenleme olmadığında hakim sözleşmedeki uyarlama boşluğunu doldurma faaliyetini yapmaktadır[133].

Hakimin yukarıda belirtilen çerçevede uyarlama boşluğunu doldurma faaliyeti kapsamında *"Clasula rebus sic stantibus"* prensibini uygulayabilmesini koşulları ise İsviçre Hukukunda;

- Koşulların değişmesi riskinin sözleşme ile ele alınmamış olması,
- Koşulların değişmesinin sorumlusunun sözleşmenin taraflarından bir olmaması,
- Koşulların değişmesinin öngörülemez olması ve taraflarca da öngörülmemiş olması,
- Taraflardan birinin sözleşmede yer alan bir hüküm ya da görüşmeler vb. yollar ile sözleşmede yer alan sorumluluklarının yerine getirilmesi yükünü üstlenmemesi,
- Koşullardaki değişimin olağanüstü olması,
- Koşullardaki değişimin edimler dengesini açıkça bozması,

Olarak tanımlanabilirken, hakimin sözleşmeye müdahale etmesinin sonuçlarının alacaklı olan taraf açısından kabul edilemez nitelikte –ör: sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin borçludan alınarak alacaklıya yüklenmesi gibi- olmaması da gözetilmektedir[134]. Sonuçta hakim sözleşme adaletini tesis etmek üzere faaliyetlerini yürütmelidir.

İsviçre hukukunda aşırı ifa güçlüğü haline ilişkin genel bir düzenleme olmamasına rağmen aşırı ifa güçlüğüne neden olabilecek haller sınırlı bir çerçevede ele alınmamıştır. Uç bir örnek olsa da sadece birkaç kişiyi (kayınpeder ile damat arasındaki ilişki) ilgilendiren oturma (sükna) hakkının sonlandırılması, oturma hakkı tanıyan eşin boşanması kapsamında, yani toplumsal etkileri olmayan bir olay nedeni ile, aşırı ifa güçlüğü hali çerçevesinde ele alınabilmiştir[135]. Bunun haricinde İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında inşaata ilişkin bir yasal

[133] BAYSAL, Sözleşme, s.58,59

[134] Van HOUTTE, s.13

[135] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 510, BGE 82.II.332

düzenlemedeki değişikliği sözleşmenin feshedilmesi için geçerli bir neden olarak ele almış ve sözleşmenin kuruluş anında bu tür bir değişikliğin tahmin edilebilir/öngörülebilir olmadığını belirtmiştir[136]. Türk hukukundaki yeni dönemi bir kenara bırakırsak, genel bir düzenleme yokluğuna rağmen, Türk-İsviçre hukukunda Yüksek Mahkemelerin farklı teoriler adı altında olsa da aşırı ifa güçlüğü halinin yarattığı sorunları aşma yolunu izlediği görülmektedir.

3.6. Diğer Ülkelerdeki Uygulamalar

Çoğu Kıta Avrupası ülkelerinde aşırı ifa güçlüğü teorisi kabul görmüştür. Belki 20. Yüzyılda yaşanan iki dünya savaşının etkilerinin doğrudan hissedilmesi, belki de sonraki dönemlerde yaşanan petrol krizi vb. krizler Kıta Avrupası ülkelerini ahde vefa ilkesini dürüstlük ilkesi ile sınırlamaya yönlendirmiştir.

Kıta Avrupası'nda İskandinav ülkelerinin yanı sıra, Hollanda (Hollanda Medeni Kanunu md. 6: 258), İtalya (İtalyan Medeni Kanunu md. 1467), Yunanistan (Yunan Medeni Kanunu md.388), Portekiz (Portekiz Medeni Kanunu md. 437), Avusturya (Avusturya Medeni Kanunu §§936) gibi ülkelerde aşırı ifa güçlüğü teorisi tanınmaktadır[137]. Bazı ülkelerde bu konuda genel bir yasal düzenleme yapılması nispeten yeni olsa da aşırı ifa güçlüğü teorisi üzerindeki tartışmalar hiç de yeni değildir ve söz konusu teorinin düşünsel temeli uzun yıllara yayılan bu tartışmaların eseridir.

İtalyan hukukunda 1942 tarihli Medeni Kanuna kadar aşırı ifa güçlüğünü ele alabilecek genel bir düzenleme mevcut değil idi[138]. Ne var ki bu dönem öncesinde de Alman hukuku doktrini olan İşlem Temelinin Çökmesi doktrini *'teoria della presupposizione'* (varsayım) adı altında İtalyan hukukuna uyarlanmıştı[139]. İtalyan hukukunda "*clasula rebus sic stantibus*" teorisinin modern formu ise İtalyan Medeni Kanununun 1467 ve 1468. maddelerinde hayat bulmuştur

---

[136] BRUNNER, s.166

[137] SCHWENZER, s.711

[138] YILDIRIM, A.C., Equilibrium in International Commercial Contracts(with particular regard to gross disparity and hardship provisions of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts), (Equilibrium), 2010 , s.18

[139] BRUNNER, s.393, Dipnot 1969

ve öngörülmeyen gelişmelerin (sopravenienza) uzun süreli sözleşmelerde taraflardan biri üzerinde sonradan çıkan aşırı güçlüğün (eccessiva onerosità) etki yaratması halinde sözleşmenin feshi ya da uyarlanması söz konusu olabilmektedir[140].

Hollanda Medeni Kanununun 6: 258. maddesi ise;

"*1.Sağduyu ve hakkaniyet kriterlerine göre, diğer tarafın sözleşmenin olduğu gibi kalmasını bekleyemeyeceği, önceden görülemez nitelikte hal ve şartlar ortaya çıktığı takdirde, hakim, taraflardan birinin talebi üzerine sözleşmenin hükümlerinde değişiklik yapabileceği gibi onu tamamen veya kısmen fesih dahi edebilir. Söz konusu sözleşme değişikliği veya fesih, geçmişe etkili biçimde de karara bağlanabilir*."

hükmünü içermektedir[141]. Bu düzenleme ile, değişen koşullar nedeniyle taraflardan biri için sözleşme aşırı külfetli hale geldiği takdirde, koşulların olumsuz olarak etkilediği taraf sözleşmenin feshini isteyebileceği gibi, alternatif olarak, sözleşme koşullarının değiştiği anki piyasa şartları doğrultusunda sözleşme bedelinin değiştirilmesini talep edebilmektedir[142].

Kıta Avrupası'nın yanı sıra Amerika kıtasında da Arjantin, Bolivya, Brezilya, Paraguay ve Peru'nun yanı sıra Kolombiya, El Salvador ve Guatemala'da aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanmasının önü açıktır[143]. Bu konuda genel düzenlemelerin yanı sıra kriz

---

[140] HORN, N., Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law, in Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of contracts in International Trade and Finance, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. 1985, at 15 et seq., s.20

[141] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.513

İngilizce metin için bkz. http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6655.htm"*1. Upon a right of action (legal claim) of one of the parties to an agreement, the court may change the legal effects of that agreement or it may dissolve this agreement in full or in part if there are unforeseen circumstances of such a nature that the opposite party, according to standards of reasonableness and fairness, may not expect an unchanged continuation of the agreement. The court may change or dissolve the agreement with retroactive effect*."

[142] PERILLO, J.M., Force Majeure and Hardship under The Unidroit Principles of International Commercial Contracts , "…Where, because of changed circumstances, a contract has become excessively burdensome on one of the parties, the party subjected to that burden may request a discharge of the contract, or, alternatively, its modification to reflect an exchange of values in accordance with market values at the time of the changed circumstances"

[143] MUNOZ, E., Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law, s. 185

dönemlerinin etkisi ile ortaya çıkan düzenlemeler de mevcuttur, örneğin 2002 yılında, ekonomik kriz neticesinde 6 Ocak 2002 tarihinden önceki parasal yükümlülüklerin Arjantin Pezosu olarak ödenmesi ve 1 Amerikan Dolarının 1 Arjantin Pezosu olarak hesaplanması gerektiği yönünde bir düzenleme yapılmıştır[144].

Dünyanın bir diğer ucunda, Japonya'da da aşırı ifa güçlüğü hali sözleşmenin uyarlanmasına sebebiyet verebilmektedir. Japon Hukuku, biraz Alman Hukukunun etkisi, biraz da Almanya'ya paralel olarak dünya savaşlarının yarattığı doğrudan olumsuz etkiler ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik gelişmeler neticesinde ahde vefa ilkesini sıkı sıkıya uygulamak yerine daha esnek bir yaklaşım sergilemiştir. İmkansızlık olduğu hallerde sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler ortadan kaldırılabildiği gibi, imkansızlık halinin ortada olmadığı durumlarda değişen şartlar prensibi uyarınca sözleşmenin uyarlanması mümkün olabilmektedir[145].

Örneğin 1935 yılında yapılan bir satış anlaşması ile malik sattığı taşınmazı yirmi yıl süresince sabit bir fiyat karşılığında geri alma hakkına sahip olmuştur. Ne var ki malik 1955 yılında sözleşmenin kendisine tanıdığı geri alım hakkını kullandığında taşınmazın gerçek/güncel değeri belirlenen sabit fiyatın neredeyse 620 katına ulaşmıştır. Bu davada geri alım hakkının kullanılmasının adil olmayacağı ve iyi niyet kurallarına aykırı olacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir[146].

---

[144] MUNOZ, s.189, Dipnot 98, "*Argentina's Law No. 25.561 of 6 January 2002 as amended by Decree No. 214/02, the Decree No. 320/02, Decree No. 410/02 and Decree No. 704/02*"

[145] PUELINCKX, s.15,16

[146] PUELINCKX, s.20

4. ULUSLARARASI HUKUK

4.1. Genel Olarak

1759 tarihli *Luke v. Lyde* kararında Lord Mansfield'in dediği üzere "*Ticaret hukuku tek bir ülkenin hukuku değil ve fakat bütün ulusların hukukudur*"[147]. Hukukta birlik yaratma yönünde Ernst Rabel'in ikinci dünya savaşı öncesine dayanan öncü çalışmaları sonrasında, 1960'lı yılların başından itibaren, ulusların hukuklarının üzerinde, ticaretin ve hukukun ortak bir paydada buluşabileceği yeni lex mercatoria oluşturulması yönünde tartışmalar başlamış ve özellikle Berthold Goldman ile C. M. Schmitthoff'un önderliğinde ilk ciddi adımlar atılmaya başlanmıştır[148]. Bu çerçevede yeniden oluşturulmaya çalışılan lex mercatoria'nın "*bir zamanlar var olan sözleşme hukuku birliğinin özü olarak*" da tanımlandığını da belirtmek gerekir[149]. Ulusal sınırları aşan ticaretin birliği kapsamında ele alınan lex mercatoria'nın ekonomik gerekliliklerin yanı sıra dünya barışının da sağlanması amacıyla ortaya çıktığı yönünde ifadeler de mevcuttur[150].

İkinci dünya savaşı sonrasındaki dönemde ve takip eden yıllarda dünya üzerindeki ticaret hacminin artması, doğu bloğunun yıkılması, ticaretin serbestleştirilmesi gibi etkenler sonucunda uluslararası ticaret üzerindeki sınırlamalar kalkmaya başlamış; bu durum da uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların sayısını bir hayli arttırmıştır. Bu somut duruma karşı özel ve uluslararası tahkim yolunda gelişmeler yaşanmıştır. Ayrıca sözleşmelerden

---

[147] APAYDIN, E., Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi, Prof.Dr.Aydın Zevkliler'e Armağan, 2013 , s.201

[148] MUSTILL, M., The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, Arb.Int'l 1988, at 86 et seq., s.87, Lex Mercatoria'nın tarihsel dönüm noktaları 1. Malynes ve Blackstone, 2. Zitelmann, 3. Goldman, Fouchard ve Kahn (Fransız Okulu), 4. Clive Schmitthoff, 5. UNIDROIT, 6. Dezalay, Garth ve Teubner (Sosyolojik Yaklaşım), 7. UNIDROIT, Lando Komisyonu olarak sıralanmıştır, BERGER, "*…In the late 1950s and early 1960s, the notion of transnational commercial law was revitalized by the French comparatist Berthold Goldman…The other driving force behind the revival of the lex mercatoria in the early 1960s was Clive Schmitthoff. In various articles he advocated the evolution of a system of transnational commercial law*"

[149] APAYDIN, s.204

[150] OĞUZ, A., Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFM, C.50 Sa.3, 2001, s.11

kaynaklanacak olası uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirsizliğinin getirdiği riskleri ortadan kaldırmak ve mahkeme/tahkim kararları arasında uyum sağlanması uluslararası ticaretin aktörleri için büyük önem arz ettiğinden uluslararası konvansiyonların (CMR - Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi; CISG - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) yanı sıra UNCITRAL (Uluslararası Ticaret Hukuku Hakkında Birleşmiş Milletler Komisyonu) ve ICC'nin (Milletlerarası Ticaret Odası) hazırladıkları örnek yasa ve sözleşmelerle uluslararası hukukun önemli kaynakları olmuşlardır[151].

Atılan tüm bu adımlar en sonunda bizleri UNIDROIT prensipleri ile Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerine ulaştırmıştır. UNIDROIT prensipleri de uluslararası ticarette tek bir hukuk oluşturma, bir nevi yeni lex mercatoria oluşturma amacıyla hazırlanmıştır. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri de AB ülkelerinde tek bir medeni hukuk oluşturma amacı ile ortaya çıkarılmıştır. Söz konusu iki düzenleme de özellikle tahkime konu olmuş uyuşmazlıklarda esasa uygulanan hukuk olarak sözleşmelere dahil edilebildiğinden mukayeseli hukuk alanında önemi göz ardı edilmemelidir[152].

Uluslararası hukuk alanındaki bu iki önemli kaynağı incelemeden önce uygulamadaki rolü açısından öne çıktığı söylenebilecek ICC ve *hardship* düzenlemesine kısaca göz atmakta fayda vardır.

Sözleşmelerin uyarlanmasının önünü açacak ilk düzenleme ICC tarafından 1978 yılında 326 numaralı broşür ile yapılmıştır, ne var ki ICC'ye bu amaçla her hangi bir başvuruda bulunulmaması söz konusu düzenlemenin işlemesini engellemiştir[153]. Bu çerçevede ICC'nin 1985 tarihli Hardship klozunun uluslararası ticaret hukukunda sözleşmedeki edimler

---

[151] SÜRAL, C., Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, (Uluslararası),Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:4, İzmir, 2008 , s.249,250

[152] ACAR, s.121

[153] YILDIRIM, Equilibrium, s.81

dengesinin sonradan bozulması durumuna ilişkin ilk ciddi adım olduğu söylenebilir[154]. Daha sonra 2003 yılında yeni ve daha kapsamlı bir düzenleme daha yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre;

> "*…2. Bu klozun 1. Paragrafına bakılmaksızın, sözleşme taraflarından biri (Akit Taraf),*
>
> *(a) Sözleşmedeki yükümlülüklerinin aralıksız ifasının, sözleşme kurulduğu sırada dikkate alınması makul olarak beklenemeyecek, makul kontrolü dışındaki bir olaydan ötürü aşırı ölçüde külfetli hale geldiğini; ve…*
>
> *(b) Bu olaydan veya sonuçlarından makul olarak kaçınamayacağını veya üstesinden gelemeyeceğini,*
>
> *Kanıtlarsa; taraflar, bu klozun uygulanmasının talep edilmesinden (itibaren) makul bir süre içinde, bu olayın sonuçlarını karşılayacak alternatif sözleşme koşullarını müzakere etmekle yükümlü olacaklardır…*"[155]

Yapılan bu düzenlemelerle öngörülen sistemde taraflara makul bir süre zarfında müzakere etme şartı getirilmiş ancak uyarlama hakkı verilmemiştir[156]. Tabii ki bu düzenlemenin yine de ahde vefa ilkesinin temel şart olarak kabul ettiğini ifade etmek gerekir[157]. Söz konusu düzenleme İtalyan Medeni Kanunu[158] ve UNIDROIT ilkelerindeki düzenlemelerden[159] esinlenmekle birlikte müzakere için zaman sınırlaması vermekle ve bu yönde bir anlamda

---

[154] YILDIRIM, Equilibrium, s.82

[155] KÖSOĞLU, M., Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/ Hardship Klozları (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s.166

[156] YILDIRIM, s.83; BRUNNER, s.506

[157] KÖSOĞLU, s.145, Dipnot 580

[158] BRUNNER, s.506; YILDIRIM, Equilibrium, s.83

[159] BRUNNER, s.506; YILDIRIM, Equilibrium, s.83

müzakere borcu[160] yaratmakla farklılık göstermektedir[161]. Müzakere etme yükümlülüğünün genel şartları ise uzlaşmaya hazırlıklı olma, makul ve uygun çözümleri arama gibi iyi niyet ilkesini akla getiren şartlardır[162].

Aşırı İfa güçlüğü/Hardship'e ilişkin düzenlemeler ile taraflara müzakere etme borcu getirmesi açısından tahkim alanında genel kabul gören bir kurum olan ICC'nin bahse konu düzenlemeleri bu nedenle de ayrı bir öneme sahiptir. Bu noktada belirtmek gerekir ki genellikle "*hardship*" olarak adlandırılan aşırı ifa güçlüğü hali uluslararası sözleşmelerde farklı şekillerde de ele alınmaktadır (Korunma/İhtiyat Hükmü, Gözden Geçirme Klozu, Uyarlama Klozu vb.)[163], ancak genel ve yoğun kullanımın "*hardship"* ibaresinin kullanılması şeklinde olduğu kabul edilmektedir.

4.2. UNIDROIT İlkeleri ve Hardship

Tek bir hukuk gayesi ile ortaya çıkan UNIDROIT ilkeleri aslında bu yöndeki ilk çaba değildir. Modern devletlerin güçlenmesi ve kanunlaştırma çabalarının meyvelerini vermesinden çok

---

[160] RÖSLER, H., Çev.ÜNVER T.A, Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar, İÜHFM C. LXVI, Sy.1, 354 s. 353-364, 2008, s.361

[161] YILDIRIM, Equilibrium, s. 83

[162] KÖSOĞLU, s.167,168, Dipnot 677 "1.*Klozda belirtilen müzakere çerçevesinde bağlı kalmak, 2.Sözleşmenin diğer hükümlerine uymak, 3.Taraflar arasında daha evvel mevcut olan sözleşme uygulamasını göz önünde bulundurmak, 4.Bir anlaşmaya varmak için ciddi gayret göstermek, 5.Karşı tarafın menfaatlerine dikkat etmek, 6.Uyarlamaya ilişkin bilgileri sağlamak, 7.Uzlaşmaya hazırlıklı olmak, 8.Müzakereler sürecinde esnekliği korumak, 9.Makul ve uygun çözümleri aramak, 10.Uyarlama için somut ve makul önerilerde bulunmak, 11.Özensiz ve aceleye getirilmiş tekliflerden kaçınmak, 12.Sunulan çözüm önerilerini gerekçelendirmek, 13.Zor ve karmaşık konularda uzman görüşü almak, 14.Karşı tarafın yaptığı tekliflere en kısa sürede cevap vermek, 15.Fiyat-Performans ilişkisini korumak için tarafların uygun buldukları parametreleri dikkate almak, 16.Karşı tarafın zararına olacak veya haksız menfaat sağlayacak her şeyden kaçınmak, 17.Müzakerelerde daha evvel saptanmış durumları yeniden tartışmaktan kaçınmak, 18.Makul bir sürede bir anlaşmaya varmak için çaba göstermek, 19.Müzakereler sürecinde gereksiz gecikmelerden kaçınmak.*"

[163] KÖSOĞLU, s.130

önce özellikle tacirler arasında uygulanan uluslarüstü bir hukuk sistemi mevcut idi. Avrupa'da 11. Yüzyıl sonrasında ticari hayata hareketlenme meydana gelmesi ile birlikte tacirler için *"ius mercatorium"* olarak adlandırılan ve uluslararası alanda tanınan bağımsız bir hukuk gelişmiş ve uygulanmıştır[164]. Ulus devlet ve kanunlaştırma çabaları sonrasında ise ortak hukuk düşüncesi uzun bir süre dile getirilmemiştir. Ne var ki dünya ticaretindeki, özellikle ikinci dünya savaşından sonraki dönemde, artış öyle büyük boyutlara varmıştır ki en sonunda ekonomik gelişmelerin ışığı altında bazı örgütler model kanunlar yaratmak suretiyle "uluslararası kanun koyucu" işlevini görmeye başlamıştır[165].

UNIDROIT da bu amaçla kurulan bir enstitüdür. Hukuku yeknesaklaştırma çalışmalarının programa alınması UNIDROIT Enstitüsünce 1971 yılında alınan karar ile olmuştur[166].

UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşme İlkeleri ilk olarak 1994 yılında yayınlanmış[167], bu çalışma bir adım daha ileri götürülmüş ve üç yeni bölüm eklenerek 2004 versiyonu yayınlanmıştır[168]. En son olarak da 2010 yılında UNIDROIT İlkeleri son şeklini almıştır[169].

DAYINLARLI'nın "*güç durum*" olarak çevirdiği "*hardship*" kavramı aslında aşırı ifa güçlüğü halini tanımlamaktadır. UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşme İlkelerinin farklı dillerdeki versiyonlarında da "*hardship*" ifadesi kullanılmıştır[170]. Bu biraz da "*hardship*" ifadesinin uluslararası ticaret hukukunda genel kabul gördüğünün de göstergesidir.

Prensiplerde "*Performance*" yani "*ifa*" bölümü altında ele alınması "*hardship*"in bir imkansızlık hali olmadığını ortaya koymaktadır. Metin aşağıda yer almaktadır;

---

[164] OĞUZ, s.20

[165] OĞUZ, s.22

[166] DAYINLARLI, K., Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri , Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 23, Sayı 1-2 (2003), s.203

[167] http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf

[168] http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf

[169] http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf

[170] KÖSOĞLU, s.107

"İkinci Kısım – Güç Durum (Hardship)

Madde 6.2.1. (Sözleşmeye uyma)

Karşılaşılan güçlüğe ilişkin aşağıdaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, ifa daha fazlaya mal olsa bile, taraflar yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar.

Madde 6.2.2 (Güç durumun tanımı)

Edimlerin dengesini temelinden değiştiren olayların meydana gelmesi halinde güç durum vardır; ya borçların ifasının maliyeti artmıştır ya da karşı edimin değeri azalmıştır, ve

a) *Bu olaylar sözleşmenin yapılışından sonra meydana gelmiş veya zarara uğrayan tarafça bilinmiştir;*

b) *Mağdur olan taraf sözleşmenin yapılması esnasında, böyle olayları makul biçimde dikkate almamıştır;*

c) *Bu olaylar mağdur tarafın kontrolü dışında kalmış; ve*

d) *Bu olayların riskini mağdur olan taraf üstlenmemiştir.*

Madde 6.2.3. (Güç durumun sonuçları)

(1) Sözleşmenin sarsılması halinde mağdur taraf müzakerelerin yeniden açılmasını isteyebilir. Talep geciktirmeden ve gerekçeli olarak yapılmalıdır.

(2) Talep tek başına mağdur tarafa yükümlülüklerini askıya alma hakkı vermez.

(3) Makul bir süre içinde taraflar arasında mutabakat olmazsa biri veya diğeri mahkemeye müracaat edebilir.

(4) Sözleşmeyi sarsan bir halin varlığı sonucuna varan mahkeme eğer onu makul görür ise;

a) Tespit edeceği tarih ve şartlarda sözleşmeye son verebilir.

b) Edimlerin dengesini yeniden tesis etmek için sözleşmeyi uyarlayabilir."[171]

Md. 6.2.1. ile öncelikle ahde vefa prensibine atıfta bulunulduğu ve asıl kuralın sözleşme koşullarına uymak olduğu ortaya konulmuştur. "*Hardship*" bu çerçevede ahde vefa ilkesi ile çelişen değil, aslında hakkaniyet çerçevesinde onunla uyumlu olan bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır. Konsey de zaten uzun süreli sözleşmelerde karşılıklı güvenin tamir edilemez şekilde ortadan kalkması halinde tarafların sözleşmeyi feshetmeleri yönünde görüş bildirmiş, sözleşme lehine hareket ilkesi (*favor contractus*) uyarınca sözleşmeyi feshetmek yerine ayakta tutmak asıl amaç olarak kabul edilmiştir[172].

Bu düzenlemeye göre uyarlamanın söz konusu olabilmesi için;

---

[171] DAYINLARLI, s. 239,240, Unidroit İlkeleri(2010)Metni için bkz.

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf, s.212–218, Madde 6.2.1 – Madde 6.2.3.'ün orijinal İngilizce metni ise aşağıdadır:

"*Md.6.2.1. Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.*

Md.6.2.2. There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Md.6.2.3. (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium."

[172] OĞUZ, s.37,38

- Sözleşmenin dengesini temelden değiştiren hadiselerin ortaya çıkması,
- Bu hadise veya hadiselerin, sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelmesi veya ifa güçlüğü çeken tarafından sözleşme yapıldıktan sonra öğrenilmesi,
- Bu hadiselerin sözleşmenin yapıldığı sırada ifa güçlüğüne düşen taraf için;
    - Öngörülemez,
    - Kontrol edilemez ve,
    - Sonuçlarının önceden tahmin edilemez olması,
- Borcun ifa edilmemiş olması gerekmektedir[173]. Bu şartlar altında taraflardan biri için edimin ifa edilmesi aşırı derecede külfetli hale gelmelidir[174].

Asıl kural sözleşmeye uymak olsa da madde içeriğinde yazılan hallerin vukuunda sözleşme uyarlanabilecektir. Burada Türk Hukukunda olmayan ve bir nevi ilk çare olarak ortaya konulan "*müzakere*" şartı dikkat çekmektedir. Mağdur olduğunu iddia eden taraf öncelikle karşı tarafı müzakareye davet etmelidir.

Meksika'da görülen bir tahkim davasında kararda yer alan *hardship* halinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlükleri yerine getirmeme hakkı vermediği, değişen durumlar nedeni ile UNIDROIT prensiplerinin 6.2.3. maddesi uyarınca taraflara müzakere etme hakkı tanıdığı saptaması bu bağlamda önemlidir[175].

UNIDROIT prensiplerinin 6.2.3. maddesiyle ilgili olarak bir başka tahkim kararında da (9994 sayılı ICC Tahkim Kararı 1995) tahkim heyeti Unidroit prensiplerini uygulamış, 6.2.3. maddesi uyarınca alıcının müzakere talebinde bulunmak zorunda olduğuna, bu yükümünü ihlal ettiği

[173] ACAR, s.122,123

[174] KÖSOĞLU, s.108

[175] http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=Abstract

için feshin haklı olmadığına hükmetmiştir[176].

Müzakere yükümlülüğü sözleşmenin ayakta tutulması adına önemli, ancak vereceği sonuçlar ve etkinliği açısından tartışmalı bir düzenlemedir. Makul bir süre içinde tarafların mutabakata varamaması halinde ise artık tarafların mahkemeye müracaat etme hakkı doğmaktadır. Aralarında uyuşmazlık olan tarafların müzakere ile sadece zaman kaybedebileceğinin ileri sürülmesi mümkündür. Ne var ki dava açılması veya tahkime gidilmesi halinde tarafların sadece yargılamayı kazanmak için zaman ve para harcayacağı oysa müzakere edilmesi halinde ortak bir sonuca ulaşmak için tarafların çaba sarf edecekleri yönünde müzakere lehinde görüşler de mevcuttur[177].

Müzakereler sonunda uzlaşma sağlanamadığında artık bu aşamada mahkeme sözleşmeyi uyarlayabilir ya da feshedebilir, ancak belirtmek gerekir ki gerekir ki, hükümler, seçeneklerden biri ya da diğeri için öncelik hakkı sunamaz[178].

Müzakere aşamasını geçip yargılama aşamasına geldiğimizde ise *hardship* hükmünün uygulamasının geniş bir alana yayıldığını görebilmekteyiz. Şöyle ki, *hardship* çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Savaş gibi sosyal olaylar ya da deprem gibi doğal afetler ilk akla gelenler olsa da *hardship* oluşturabilecek halleri bunlarla sınırlamamak gerekir. Bu duruma örnek olarak bir tahkim kararını incelersek;

Eski bir Sovyetler Birliği ülkesi ile ABD'li bir inşaat şirketi arasında yapılan, bir enerji santralinin yapımı ve işletilmesi konulu bir sözleşmede ABD'li inşaat şirketine yatırımın maliyetini kurtaracak makul bir seviyede elektrik ücretlerini düzenleme hakkı verilmiştir. Ne var ki sözleşmenin tarafı olan devlet bir yasal düzenleme ile inşaat şirketinin maliyetini kurtaracak bir fiyata elektrik satmasına engellemiştir. İnşaat şirketi tahkime başvurmuştur. Bunun üzerine hakem heyeti bu yasal düzenlemenin UNIDROIT prensiplerinin 6.2.2 maddesi anlamında

[176] YILDIRIM, Equilibrium, s.105

[177] AKINCI, Z., Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s.137

[178] RÖSLER, s.360,361

hardship teşkil ettiği sonucuna varmıştır[179]. Buradan da anlaşılacağı üzere *hardship* halini sınırlı sayıda örnekle tanımlamak çok kolay ve de pek de doğru değildir.

Hardship halinin dar bir yorum yerine geniş bir perspektif ile ele alındığı söylenebilir. Bu biraz da *hardship* hükümlerinin Alman Hukuku etkisi ile düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Keza PETER SCHLECHTRIEM'a göre UNIDROIT'daki *hardship* hükümleri Alman Hukuku çizgisi doğrultusunda tasarlanmıştır[180]; BAYSAL da Alman Hukukundaki işlem temelinin baştan eksikliğini düzenleyen 313. madde ile PICC md. 6.2.2 arasındaki benzerliğe dikkat çekmektedir[181].

UNIDROIT prensiplerinin uluslararası bir hukuk metni olarak doğrudan ve tek başına bir bağlayıcılığı yoktur. Burada bir istisnayı dile getirmekte fayda vardır. Panama Tahkim Kanununda UNIDROIT prensiplerinin de, ticari örf ve âdetin yanı sıra, hakem tarafından dikkate alınması gerektiği yazılıdır[182]. Bu istisna dışında UNIDROIT hükümlerinin ulusal kanunlar ve/veya uluslararası konvansiyonlar karşısında bir üstünlükleri olmasa da en azından bir kaynakça ya da boşluk doldurma aracı olarak CISG hükümlerinin yorumlanması aşamasında kullanılabileceği düşünülmekte[183], bu konuda Enstitü de –tamamlayıcı olma bağlamında-

---

[179] YILDIRIM, Equilibrium, s.99,100

[180]FLECHTNER, H.M., (edited by) Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, ParolEvidence, Analogical Application, and much more , http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html, s.233

[181] BAYSAL, Sözleşme, s.69, 70

[182] BONELL, s.209, "*Article 27 of the Arbitration Act of 8 July 1999,*"*the arbitral tribunal shall rely on the terms of the contract in applying the law governing contractual relations and shall take account of trade usages and practices and of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*"; RODRIGUEZ, s.887

[183] CARLSEN; CISG hükümlerinin tamamlayıcı olarak Unidroit ilkelerinin ele alındığı bir tahkim kararı için bkz. ICC International Court of Arbitration, Paris 8817 http://www.unilex.info/case.cfm?id=659 "*Furthermore, the provisions of the Convention and its general principles, now contained in the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, are perfectly suited to resolving the dispute… According to Article 9.1 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 11 April 1980, the parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves. This rule was extended to all international commercial contracts by the Unidroit Principles. Principle 1.8 provides that: The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.*"

benzer görüş ifade etmekte[184], hatta ilkelerin bu fonksiyonu tavsiye edilmektedir[185]. ICC Model sözleşmelerde de sözleşmenin açık olarak bir milli hukuka tabi olmaması halinde prensiplerde yer alan fors majör hükmünün uygulanabileceğinin belirtildiği[186] bir halde *hardship* hükümlerinin de uygulanabileceği düşünülebilir. Bu kullanım şekli de UNIDROIT prensiplerinin uygulamada hayat bulması noktasında prensiplerin önemini arttırmaktadır.

Uygulama aşamasında prensiplerde yer alan *hardship* hükümlerinin hem usule yönelik hem de temel hukuki etkileri olmaktadır. Müzakereye çağırma, müzakere, olası anlaşamama halinde mahkemeye veya tahkim yoluna başvurma ve en sonunda mahkeme tarafından sözleşmenin uyarlanması ya da feshedilmesi gibi[187]. Ancak bu hükümlerin uygulanması halinde doğrudan mahkemeye başvurulamayacağının unutulmaması gerekmektedir. Doğrudan mahkemeye başvuramamaya neden olan bu düzenleme bir anlamda tarafların öngörülemeyen halin sonuçlarını kendi aralarında düzenlemeleri yönündeki, temelini dürüstlük kuralından alan, bir beklentiden kaynaklanmaktadır[188].

Sözleşmenin uyarlanması tahtında Yargıtay'ın İsviçre hukukunun etkisi ile objektif yaklaşımın etkisi altında olduğu ve Yargıtay'ın uyarlamanın koşullarını sayarken bu yaklaşımla hareket ettiği ve Yargıtay'ın söz konusu uygulamasının UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşme İlkelerinin *hardship* hükümlerinin yaklaşımı ile bire bir örtüştüğü hususunda doktrinde görüşler mevcuttur[189].

---

[184] http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf, s.3-5

[185] RIMKE, J., Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Reproduced with Permission of Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000), s.240,241

[186] ERDEM, E., ICC Model Contracts, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul, 2008, s.522

[187] RIMKE, s.240

[188] SÜRAL, C., Respecting The Rules Of Law: The Unidroit Principles In National Courts And International Arbitration,(Respecting), (2010) 14 VJ 249 - 266 249 , s.118

[189] YILDIRIM, Sözleşme, s. 76,77

4.3. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde Şartların Değişmesi (Change of Circumstances)

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL) AB ülkelerinde tek bir medeni hukuk oluşturma amacı ile ortaya çıkarılmıştır.

Bu bağlamda Avrupa Komisyonu'nun da yardımlarıyla ve Ole Lando'nun öncülüğünde Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu uzun bir çalışma sonunda "Avrupa Sözleşme Hukuku"nun İlkeleri yayınlamıştır. Avrupa Sözleşme Hukuku ilkeleri, sözleşmelerle ilgili bir dizi genel kural koymakla birlikte, sözleşmelerin ifa edilmesi ve ifa edilmemesi ile ilgili de çeşitli düzenlenmeler içermektedir[190].

Aşırı İfa Güçlüğü ile ilgili düzenleme PECL'nin 6:111. maddesinde yer almaktadır, madde metnine göre;

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

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

(a) sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmiş olmalı;

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

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

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

(a)Sözleşmeyi belirlediği tarih ve koşullarda sona erdirebilir;

[190] OĞUZ, s. 27

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

Bu iki halde de, mahkeme taraflardan birinin müzakerelere yanaşmamasından veya dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde müzakerelere son vermesinden kaynaklanan zararın tazminine karar verebilir.[191]"

Madde incelendiğinde ilk göze çarpan husus birinci fıkrada ahde vefa ilkesine yapılan vurgudur[192]. Esas olan tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeleridir. Bu yaklaşımın UNIDROIT prensipleri ile paralellik arz ettiğini belirtmek mümkündür. Ne var ki bazı koşullar gerçekleştiğinde sözleşmenin aşırı ifa güçlüğü nedeni ile uyarlanması mümkün olabilecektir.

Bu düzenlemeye göre sözleşmenin uyarlanabilmesi için gerekli koşullar;

- Şartların değişmesi nedeniyle sözleşmenin yerine getirilmesinin aşırı bir şekilde ağırlaşması,
- Şartların sözleşmenin yapılmasından sonra değişmesi,
- Sözleşmenin yapıldığı sırada bu tür bir değişikliğin taraflarca öngörülemez olması,
- Sözleşmeye göre, şartların bu şekilde değişebileceği riskine, değişimden etkilenen tarafça katlanılmasının gerekmemesidir[193].

Şartların değişmesi halinde öncelikli olarak müzakere etme yükümlülüğü karşımıza çıkar. Aşırı ifa güçlüğü halinde alacaklı artık aynen ifade ısrar edemez, bir anlamda ifa talebi bloke edilir[194].

---

[191] BAYSAL, Sözleşme, s.70,71

[192] FLAMBOURAS, s.287

[193] ACAR, s.127,128

[194] ATAMER, Y.M., İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Serozan Armağanı , s.241

UNIDROIT prensipleri gibi Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde de öncelikle yeniden müzakere şartı aranır[195]. UNIDROIT prensipleriyle paralel olarak Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde tarafların makul bir süre içinde mutabakata varamaması taraflara mahkemeye müracaat etme hakkı vermektedir. Bundan sonra (gerekli şartlar mevcut ise) mahkeme sözleşmeyi uyarlayabilir ya da feshedebilir, ne var ki, seçeneklerden biri ya da diğeri için öncelik hakkı sunulmamaktadır[196].

Avrupa Birliği müktesebatı ile ilgilenen Avrupa Birliği Grubu ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri çalışmalarını devam ettiren çalışma grubu tarafından yazılan Ortak Temel ilkelere ilişkin Tasarıda da (*Draft Common Frame of Reference* - DCFR) aşırı ifa güçlüğüne ilişkin bir düzenleme mevcuttur.

Henüz hayata geçmemiş olsa da önemli bir belge olarak karşımıza çıkan DCFR'nin III-1: 110 madde metni:

"(1) Gerek edimin ifası için yapılacak masrafın artmasından gerekse karşı edimin değerinin azalmasından dolayı, ifası aşırı külfetli hale gelse bile, bir borcun ifa edilmesi gereklidir.

(2) Bununla beraber, sözleşmeden doğan bir borcun veya tek taraflı bir hukuki işlemden kaynaklanan bir borcun ifasının, koşulların olağandışı durum değişikliği sonucu çok külfetli hale gelmesi üzerine, borçluyu borcunu ifaya zorlamak açıkça adaletsiz olacaksa, mahkeme:

(a) yeni şartlar dahilinde makul ve adil hale getirmek amacıyla sözleşmeyi uyarlayabilir; ya da

(b) sözleşmeyi belirlediği tarihte ve şartlar dahilinde sona erdirebilir.

(3) Paragraf (2) sadece şu hallerde uygulanır:

(a) koşullardaki değişiklik sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelirse,

---

[195] SCHWENZER, s.721

[196] RÖSLER, s.360,361

(b) borçlu, sözleşmenin kurulması anında, koşulların değişme ihtimali ya da derecesini göz önünde bulundurmamışsa veya göz önünde bulundurması makul olarak kendisinden beklenemiyorsa,

(c) borçlu söz konusu koşulların değişikliği riskini öngörmemiş veya öngörmesi makul olarak kendisinden beklenemiyorsa,

(d) borçlu, makul olarak ve iyi niyetle, borcu düzenleyen koşulların makul ve adil olarak yeniden uyarlanmasını sağlamak için görüşmelerde bulunmaya teşebbüs etmişse."

ibarelerini içermektedir[197].

İlk bakışta PECL'de yer alan düzenleme ile kayda değer bir fark yokmuş gibi görünse de DCFR'nin III–1: 110. maddesinde değişen koşulların derecesinin ya da başka bir deyişle ölçeğinin belirtilmesi öngörülebilirliğin değerlendirilmesi tahtında olumlu bir yenilik olarak kabul edilmelidir[198]. Bir diğer farklılık da özellikle ICC, UNIDROIT prensipleri ve PECL'de hayat bulan genel eğilimden ayrılır şekilde müzakere yükümlülüğünün kabul edilmemesi olmuştur[199].

Bahse konu taslağın niteliği ve geleceği belirsizdir; gelecekte kanun yaparken bir araç olarak kullanılıp kullanılmayacağı, kullanılacaksa bunun milli mi yoksa Avrupa ölçeğinde mi olacağı, mahkemeler tarafından mevcut Avrupa hukukunun yorumlanmasında kullanılıp kullanılmayacağı, bir kodifikasyon projesinin başlangıcı olup olmayacağı gibi sorular hala cevapsızdır, ne var ki bu ve benzeri düzenlemeler artık aşırı ifa güçlüğü halinin Kıta Avrupası'nda daha fazla kabul gördüğünü göstermektedir[200].

---

[197] RÖSLER, s.362,363

[198] URIBE, R.M., Change Of Circumstances In Internatıonal Instruments Of Contract Law. The Approach Of The CISG, The PICC, The PECL and The DCFR. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf, s.263

[199] URIBE, s.265

[200] RÖSLER, s.362,363

5. TÜRK HUKUNDA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

5.1. Aşırı ifa Güçlüğü Terimi ile İlişkilendirilen Teoriler/Yasa Maddeleri

Sadece sözleşmeye kutsiyet tanımak ve hakkaniyet duygusunu göz ardı ederek şartlar ne olursa olsun sözleşme hükümlerinin uygulanmasını beklemek adalet duygusunu zedeleyecek sonuçlarla karşılaşılmasına neden olabilir. Bu çerçevede, gerek yargılama faaliyeti kapsamında gerekse doktrinde yer alan tartışmalarda aşırı ifa güçlüğü halinin sözleşmenin uyarlanmasına yol açabileceği yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Ancak bu görüşler, genel bir yasal düzenlemenin eksik olduğu dönemde, farklı teorilere dayanmıştır. Bu teorilerin ve/veya görüşlerin önde yer alanları aşağıda yer almaktadır.

5.1.1. İmkansızlık

İmkansızlık (EBK md. 117) teorisi aşırı ifa güçlüğü halinin yarattığı sorunların aşılması için kullanılmak istenen teorilerden birisidir. Ancak ifa güçlüğü halinin ifa imkansızlığına dayandırılamayacağı yönünde Yargıtay'ın çeşitli kararları mevcuttur[201]. İfanın ekonomik olarak sözleşmenin taraflarından biri açısından zorlaşması bir imkansızlık hali değildir, burada iyi niyet prensibine dayanan bir iktisadi imkansızlık söz konusudur[202], fiili imkansızlıktan söz edilmesi mümkün değildir.

Burada fiili imkansızlık ile iktisadi imkansızlık kavramlarına kısaca değinmek gerekmektedir. İktisadi imkansızlık borçlunun borcunu ifa etmesi için yapacağı yüksek masrafların iyi niyet kurallarına göre kendisinden makul bir şekilde istenememesi hali olarak tanımlanabilir[203]. Aslında iktisadi imkansızlık halinde fiili bir imkansızlık yoktur, ne var ki ifanın teorik olarak mümkün olması edim borçlusunun edimini ifa etmesinin borçludan her koşulda istenebileceği anlamına gelmemektedir. Ancak bu durum aşırı ifa güçlüğü halinin fiili imkansızlık teorisi ile çözümlendirilmesine imkan tanımamaktadır, çünkü şartlar ne olursa olsun iktisadi imkansızlık

---

[201] KAPLAN, Müdahale, s.133; Y.11.HD. 16.12.1976 t., 1976/5406-5406, Y.13.HD,14.05.1981 t., 1981/2743-3288, Y.4.HD. 21.04.1977 t., 1976/9297-4775

[202] FEYZİOĞLU, s.13

[203] SAUSER-HALL, G., Çev.OSMAN M., Borçlar Hukukunun Umumi Nazariyeleri, İÜHFM C. VIII Sa.46, 1930 , s.704

halinde edimin ifası -borçlunun ekonomik olarak mahvına sebebiyet verecek olsa dahi- teorik olarak mümkündür, bir fiili imkansızlık söz konusu değildir.

Doktrinde edimin yerine getirilmesinin dürüstlük kuralına uygun olarak borçludan beklenemediği hallerde bu durumun imkansızlık kavramına dahil edilerek daha geniş bir muhteva oluşturulmak istenmiştir[204]. Ancak bu yaklaşım yerinde değildir.

5.1.2. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Hata

Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Hata (EBK. md. 24/I-4, 6098 sy. Yasa md. 31-32) aşırı ifa güçlüğü hali kapsamında ele alınan bir başka teoridir. Şartların değişmesinin borçludan ifanın istenmesini dürüstlüğe aykırı kılacak derecede olduğu ve alacaklının kendi karşılıklı edimini arttırmayı reddettiği halde, borçlunun akdi iptal edebileceğinin kabul edilmesi gerektiği ve bu çözüm şeklinin EBK. md. 24/4. maddesinde sağlam bir dayanak bulabileceği ifade edilmiştir[205]. Ne var ki Sözleşmenin Esaslı Unsurlarındaki Hata sözleşmenin yapıldığı anda var olan olaylara ilişkindir, gelecekteki olaylara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı unsurlarındaki hataya dayanılması ve bunun uygulanması mümkün değildir. Doktrinde de bu yönde görüşler vardır[206].

Aşırı ifa güçlüğü hali değerlendirilirken –neredeyse konsensüs halinde- sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra meydana gelen olayların sözleşme ve taraflar üzerindeki etkisi üzerinde durulmaktadır. Sözleşmenin esaslı unsurlarındaki hata ise sözleşmenin kurulduğu andaki olaylara, tasavvurlara ilişkindir. Hal böyleyken sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen gelişmelerin sözleşmenin unsurlarında esaslı hata düzenlemesine dayanılarak çözümlenmeye çalışılması mümkün görülmemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında *"...hata ancak bilebileceğimiz yerde mevcuttur. Gelecek hakkında hiçbir şey bilemeyiz, yalnızca tahmin*

---

[204] YALMAN, S., Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006, s.29

[205] TEKİNAY, s.1349,1350

[206] ERMAN, İstisna, s. 48

yürütebiliriz." demekle gelecekteki olaylara ilişkin olarak hataya dayanılmasının önünü kapatmıştır[207].

5.1.3. Aşırı Yararlanma (Gabin)

Yukarıda belirtilenlerin yanı sıra Aşırı Yararlanma (TBK. md. 28, 818 sy. EBK. md. 21) teorisi de sözleşme adaletini sağlama yolunda çözüme ulaşma adına değerlendirilmiştir. Ne var ki sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkacak bir durumun gabin olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Borçlar Kanununa göre gabin hali için sözleşmede edimler arasında aşırı oransızlık olması aranmaktadır ve bu şart aşırı ifa güçlüğü hali ile paraleldir. Ne var ki bu oransızlığı zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleşmesi gerekmektedir. Takdir edileceği üzere söz konusu hallerin sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmesi mümkün değildir. Nitekim bu yönde de Yargıtay kararları mevcuttur[208].

Sonuçta gabin halinde sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık var ise bu zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden kaynaklanmalıdır. Aşırı ifa güçlüğü ise sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması şartı ile ele alınabilir. Hal böyleyken, yani sözleşme kurulurken, sözleşmenin taraflarından birinin zaten içinde bulunduğu bir hale dayanılması ve aşırı ifa güçlüğü bağlamında gabin teorisinin işletilmesi mümkün değildir.

5.1.4. Eski Borçlar Kanunu Md. 365/2 (818 sy. yasa)

Aşırı ifa güçlüğü halinde ele alınan diğer bir teori ise 365. maddenin 2. fıkrasının (818 sy. yasa) kıyasen uygulanmasıdır.

Bahse konu madde eser (istisna) akdine yönelik bir düzenleme olarak Kanun Koyucu tarafından yasaya eklenmiştir ancak bu maddenin kıyasen diğer sözleşmelere de uygulanabileceği

---

[207] ARAT, s.67 (BGE 59 II 374)

[208] ERMAN, İstisna, s. 53, Y.4.HD. 18.01.1958 t., 1958/6713-283

düşünülmüştür[209]. Götürü taahhüt başlıklı maddenin ikinci fıkrasında "*Fakat evvelce tahmin olunamıyan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmıyan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısiyle ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler*." ifadesi geçmekteydi. Bu ifade kapsamında eser sözleşmesi özelinde sözleşmenin uyarlanması mümkün idi. Bu maddenin kıyasen uygulanması sözleşme adaletinin sağlanması açısından bir çözüm getirmekle beraber özel bir düzenlemenin genel bir düzenlemeymişçesine uygulanması başlı başına bir tartışma konusudur. Ne var ki İsviçre Federal Mahkemesi'nin Art.373/II'nin (EBK md. 365/2 , TBK md.480/2) özel bir düzenleme olması nedeni ile çok dikkatli olunmak şartı ile diğer sözleşmelere kıyas yoluyla uygulanabileceği yönünde kararları mevcuttur[210]. Bu çerçevede İsviçre Federal Mahkemesi eser sözleşmesine ilişkin 373/2. maddenin (EBK md. 365/2, TBK md. 480/2) gerekli şartların olması halinde, aşırı ifa güçlüğü halinde –kıyasen- uygulanabileceğini kabul etmiş görünmektedir[211]. Doktrinde OĞUZMAN/ÖZ[212] EBK md. 365/2'yi aşırı ifa güçlüğü hali için en iyi ve doğru örnek olarak değerlendirmiş ve TEKİNAY'a göre EBK md. 365/2 düzenlemesinin kıyas yolu ile diğer sözleşmelere uygulaması mümkün görülmüştür[213]. Yargıtay'ın da bu yaklaşma paralel başta Hukuk Genel Kuruluna ait olmak üzere çeşitli kararları mevcuttur[214].

---

[209] SCHWARZ, Harp, s.13; TEZCAN, s.23; KAPLAN, Müdahale, s.150; EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Bası, Istanbul, 2015, s.484

[210] ARAT, s.78 (BGE 47 II 314)

[211] GÜRSOY, s.62, 4.5.1922 t., T. R.O. 48.II.242 "*Clausula rebus sic stantibus, İsviçre Hukukunda pek müstesna ahvalde tatbik olunabilir.Borçlar Kanununun ruhunda pacta sund servanda prensibi meknuzdur.Münasebetlerin emniyetine halel getirmemek isteniyorsa B.K.'nın 373/2*. (EBK 365/2) *maddesinin , pek fevkalede hallerde ve büyük bir ihtiyatla diğer mukavelelere teşmilen tatbik edilebilmelidir*."

[212] OĞUZMAN/ÖZ, s.155

[213] TEKİNAY, s.1042-1044

[214] HGK 31.01.1996 t., E.1995/11-980 - K.1996/18 "*…sözleşmelerin değişen hal ve şartlara uyarlanmasında Hâkimin, Genel Hükümler içinde yer almamasına rağmen BK.nun 365/II. maddesinden yararlanması uygulama ve öğretide oybirliğine yakın bir çoğunlukla kabul edilmektedir*."

5.1.5. Türk Medeni Kanunu Md.2

818 sayılı Kanun döneminde, doktrinde ağırlıklı olarak Medeni Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının uygulanmasının edimler arasındaki dengenin sağlanması ya da sözleşmenin feshedilmesi bağlamında doğru ve geçerli bir dayanak olduğu kabul edilmiş ve bu yönde saptamalar yapılmıştır[215]. Bu görüşün temelinde dürüstlük kuralı ile sözleşmenin taraflara yüklediği sorumlulukların aynı şekilde devam edip etmediği, edimler dengesinin bozulup bozulmadığı ve ifanın beklenip beklenemeyeceği hususlarının çözüme kavuşturulması gerektiği kanaati hakimdir.

Savaş ve sonrasında karşılaşılan ekonomik değişimler sonrasında fiyatlarda aşırı değişim olduğu hallerde borçlunun sözleşmenin oluştuğu anda belirlenen yükümlülüklerine harfi harfine uymasının istenmesi borçluyu ekonomik bir felakete sürükleyebilecektir, bu halde "*Borçlunun tespit olunan edimini ne dereceye kadar ve hangi sınırlar içinde yerine getirmeğe mecbur olduğunu ve dürüst insanlar gibi düşünüldüğü takdirde "ben artık bununla bağlı değilim" diyebilecek vaziyete geldiğini tesbit ve hal etmek ancak hüsnüniyet prensibine göre mümkündür*"[216] . İsviçre Federal Mahkemesi de bu çerçevede "*Sürekli sözleşmelerde, sonradan ortaya çıkan bir durum, bir taraf için ilişkiye devamı çekilmez hale sokarsa, diğer tarafın bu ilişkinin sürdürülmesini istemesi dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz*." ifadelerini kullanarak verdiği kararda dürüstlük kuralına ve bu kuralın üstünlüğüne vurgu yapmıştır[217].

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda "*Değişen durumlarda, sözleşmede ve yasada bir hüküm yoksa, boşluk kabul edilmeli, MK. m. 1 ve 2. gereğince, hakim sözleşmeye el atarak, sözleşmeyi yeni durumlara uydurmalıdır. Öyle ki, değişen durum ve koşullar sonucu bozulan ekonomik dengenin nesne [objektif] olarak yeniden dengelenebilmesinde, hakim, MK. m. 4`ün kendisine*

[215] ERMAN, İstisna, s.54; BAYSAL, Sözleşme, s.80

[216] SCHWARZ, Medeni, s.230,231

[217] ERMAN,İstisna, s.55 (JDT 1944 I 62-63)

tanıdığı takdir yetkisinin sınırları içinde kalarak en iyi çözümü bulmaya yönelik bir karar vermelidir."[218] ifadesini kullanarak bu hususu vurgulamıştır.

KAPLAN'a göre bu hallerde çözüm TMK. md. 2'den kaynaklanan clausula rebus sic stantibus ilkesidir[219]. Sonuçta esas olan gerek hakları kullanırken gerekse borçları yerine getirirken dürüstlük kuralına uymaktır. Aşırı ifa güçlüğü hali için genel bir düzenleme olmadığı dönemde TMK. md. 2'nin akla gelmesi bu nedenle doğaldır ve mantıklıdır.

5.2. Mülga ve Mer'i Borçlar Kanunu Dönemlerinin Değerlendirilmesi

5.2.1. 818 Sayılı Yasa Dönemi

5.2.1.1. Doktrindeki Çeşitli Görüşler

818 sayılı yasa döneminde "*hüsnüniyet prensibi*" haricinde yasada işlem temelinin çökmesi halinde edimlerden dönülebilmesi, sözleşmenin çözülebilmesi ya da değiştirilebilmesi konusunda pek az kurala rastlanmaktadır; bunlar borçlunun sonradan acze düşmesi (EBK md. 82/310, TBK md.89/390), bağışlayanın darlığa düşmesi veya bağışlama lehdarının vefasızlık etmesi (EBK md. 244/45, TBK md.295), beklenmedik gelişmeler yüzünden müteahhidin taahhüdünü gerçekleştirmesinin aşırı ölçüde güçleşmesi (EBK md. 365/2, TBK md.480/2) sürekli sözleşme ilişkilerinde ilişkiyi katlanılmaz duruma getiren haklı nedenlerin ortaya çıkması (EBK md. 264,517 vd. , TBK md.311,617 vd.), alacaklı temerrüdüne veya alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığında alacaklının karşı edimi düşürme (mahsup) olanağı (EBK md. 252/274, TBK md.325), yoksulluk nafakasına irat şeklinde hükmedildikten sonra maddi koşulların köklü biçimde değişmesi (TMK md. 176 IV), kamulaştırmanın üstünden beş yıl geçtiği halde kamulaştırma amacına ulaşılamaması (Kamulaştırma K. md. 23) gibi sınırlı hallerdir[220].

---

[218] Y.13HD 12.02.1981 E.1981/147 - K.1981/932 www.kazancihukuk.com

[219] KAPLAN, Müdahale, s.150

[220] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.262,263; ATABEK, R., Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum, BATİDER , C.XII Sa.4, 1984 , s.87

Bahse konu düzenlemeler içinde ileride gerçekleşecek değişiklikler açısından en iyi ve doğru örnek OĞUZMAN/ÖZ'ün de haklı olarak belirttiği üzere EBK md. 365/2 idi[221]. Bu düzenleme ile, her ne kadar söz konusu maddenin birinci fıkrası sözleşmeden sıyrılma imkanının önünü kapasa da, önceden tahmin edilemeyen haller nedeniyle işin yapılması müteahhidi bir yıkıma sürükleyecek nitelikte ise hakimin sözleşmeye müdahale etmesi, sözleşme ile belirlenen bedeli değiştirmesi ya da sözleşmeyi iptal etmesi ve TEKİNAY'a göre bu düzenlemeyi kıyas yolu ile diğer sözleşmelere uygulaması mümkün idi[222]. Ancak yine de 818 sayılı yasa döneminde genel bir düzenlemenin eksikliği ve bahse konu düzenlemelerin özel düzenleme olduğu gerçeği ışığı altında hakimin sözleşmeye müdahale edebilmesinin sınırlı koşullar altında mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Yargıtay bu koşullar altında genellikle TMK. md. 2 ile EBK md. 365/2 hükümleri üzerinden sonuca ulaşmaya çalışmıştır.

Aşırı ifa güçlüğü hali için öngörülen çözümlerin hangi sözleşmeler için uygulanabileceği de bir başka tartışma konusu olmuştur. Ağırlıklı görüş sürekli borç ilişkilerinin uyarlanabileceği yönündedir. Ne var ki bir sözleşmenin değişen hal ve şartlar nedeni ile uyarlanabilmesi için sürekli bir borç ilişkisi olması gerekmez, kuruluşu ile ifası arasında bir zaman farkı taşıyan sözleşmeler uyarlanabilir; ne var ki ani edimli sözleşmeler için aynı durumdan bahsetmek mümkün değildir[223]. Manevi darda kalış (Ör: Bir sanatçının temsilden bir gün önce eşinin vefatı) hallerinde ise ani edimli sözleşmeye yaklaşan; pek kısa süreli bir sözleşmede aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olabileceği de SEROZAN tarafından ifade edilmiştir[224].

5.2.1.2. Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın genel yaklaşımının "*Ahde Vefa*" ilkesinden hareketle sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden kurtulma adına TMK. md. 2 ve EBK. md. 365/2 hükümlerinin kolayca kullanılmasını kabul etmeme yanında olduğunu söylemek gerekir. Şartlar oluştuğunda Yargıtay

---

[221] OĞUZMAN/ÖZ, s.155

[222] TEKİNAY, s.1042–1044

[223] KAPLAN, Müdahale, s.151,152

[224] SEROZAN, R., Sözleşmeden Dönme, (Dönme), İstanbul, 1975, s.366

sözleşmenin uyarlanması tahtında TMK. md. 2 ve EBK. md. 365/2 hükümlerini uygulasa da pek de bu yönde karar verme taraftarı olmadığı izlenimini yaratmıştır. Hatta 1929–1931 seneleri arasında yaşanmış olan büyük ekonomik buhran dönemi dahil olmak üzere 1942 senesinden önce sözleşmenin uyarlanmasına yönelik kararlara rastlanmamaktadır[225].

Yargıtay zaten aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanması konusunda istekli bir görüntü çizmemişken bunun üzerine sözleşmenin taraflarından birisinin ekonomik olarak mahvına sebebiyet verebilecek, o tarafın hiçbir şekilde etkisi olmadığı ve aslında öngörmesinin de beklenemeyeceğinin düşünüleceği bazı halleri de ne yazık ki aşırı ifa güçlüğü olarak değerlendirmemiştir. Tabii ki Yargıtay'ın aksi yönde de kararları mevcuttur ancak genel yaklaşım sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hükümlerin mümkün olduğunca dar şekilde yorumlanması şeklinde olmuştur. Yargıtay'ın bir diğer saptaması ise "Uyarlamada (genel işlem temelinin çökmesi ilkesine göre) sözleşmenin uzun süreli olması gerektiği"dir[226]. Oysaki sözleşmenin kuruluş anı ile ifası anının farklı olduğu bir sözleşme de uyarlamaya konu olabilir, sözleşmenin mutlaka sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmesi gerekmez[227]. Ne var ki Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı açıktır.

Yargıtay sözleşmenin temelini değerlendirirken objektif temelden hareketle karar vermiştir. Objektif ve sübjektif temeli kısaca değerlendirirsek, sözleşme kurulurken sözleşmenin taraflarının içinde bulundukları hal ve düşünceleri, ve bu durumda meydana gelen değişiklikler sübjektif temelin çökmesi olarak düşünülürken, sözleşme kurulduktan sonra dengenin bozulması ve amacın erişilmez olması gibi haller işlemin objektif temelinin çökmesi olarak ele alınmıştır[228]. Yargıtay da kararlarında, İsviçre hukukunda etkisi ile, genellikle objektif temelden hareket etmiş ve tarafların sözleşme kurulurken mevcut olan düşünce ve niyetlerinden ziyade, sonradan meydana gelen olayların sözleşme ve taraflar üzerindeki etkisini irdelemiştir.

---

[225] GÜRSOY, s.75; BAYSAL, Sözleşme, s.74

[226] BURCUOĞLU, s.3,4, Yargıtay 13.HD, 18.06.1990 t., E.475,K.4372

[227] KAPLAN, Müdahale, s.119,120

[228] ERMAN, İstisna, s.54; BAYSAL, Sözleşme, s.46 (Larenz her ne kadar önce işlemin temelinin ikiye ayırarak incelemiş ise de, sonradan görüşünü değiştirmiş ve işlemin temelini ikiye ayırarak incelemeyi doğru bulmamıştır.)

Yargıtay kararlarını incelediğimizde kararların daha çok kira sözleşmeleri ve EBK. md. 365/2'nin kanunda yer aldığı bölüm nedeni ile, eser (istisna) sözleşmesi üzerine olduğunu görmekteyiz.

Sözleşme bedelinin hakim tarafından belirlenmesi hususunda, özellikle ülkemizin para değerindeki ani düşüşler ve devalüasyonlar konusundaki olumsuz deneyimleri nedeni ile, çok sayıda karar mevcuttur.

Bu kararlardan bir bölümü öngörülmeyen sebeplerden ötürü giderlerde meydana gelen artışlarla ilgilidir. Bu kararlardan biri aşağıda yer almaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.1.1958 tarih ve 1958/T-1 ve 1958/7 K. Sayılı kararında taraflar arasındaki sözleşmede "*müteahhit, ihale tarihinden sonra vergi ve resimler konulması, malzeme fiyatının yükseltilmesi, nakliye ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplere istinad ederek fazla para verilmesi veya sürenin uzatılması isteminde bulunamayacaktır*" maddesi yer almasına rağmen 2. dünya savaşının etkisi ile inşaat malzemeleri, işçilik ücretlerindeki bir misli yükselişin müteahhit tarafından istenilmesi EBK. md. 365/2 ve TMK. md. 2 uyarınca yerinde görülmüştür[229]. Bu karar, her ne kadar sözleşmede sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulamayacağı konusunda bir düzenleme olsa da TMK. md. 2'nin sözleşmenin uyarlanması ve hakimin sözleşmeye müdahalesi bağlamında uygulanması için güzel bir örnektir.

Yargıtay kararlarının önemli bir bölümü ise para değerindeki ani ve dramatik değişikliklerle ilgilidir. Bu yönde farklı ve çelişkili sayılabilecek kararlar mevcuttur.

Aslında para değerindeki düşüşler sözleşmenin uyarlanması ve hakimin sözleşmeye müdahale etmesi bağlamında kabul edilen bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak çeşitli sebeplerle bazı kararlarda para değerindeki düşüşler öngörülemeyecek bir hal olarak kabul edilmekte, bazı kararlarda ise kabul edilmemektedir.

Yargıtay bir kararında "*Sözleşme sonbaharda yapılmış olup, ilkbaharda et fiyatlarının yükseklik göstermesi tabii bulunmuştur. Kilosu 18,99 kuruştan verilmesi taahhüt edilen etin, 22, 25, 40*

[229] DOĞANAY, İ., Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?, Yargıtay Dergisi, Sayı 4, Ekim 1975, s.38-39

ve son olarak 50 kuruşa çıkması olağanüstü değildir."[230] saptamasını yaparken bir diğer kararında etin kilosunun 17 kuruştan 60 kuruşa yükselmesini olağanüstü bir durum olarak kabul etmiştir[231].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2.4.1975 tarih ve 1973/T-56 ve 1975/432 K. sayılı kararında ise Türk parasının değerinin 10.08.1970 tarihli devalüasyonla Amerikan Doları karşısında %66 değer kaybetmesini beklenmeyen hal sayan ve sözleşmenin feshine karar veren yerel mahkemenin direnme kararı bozulmuştur[232]. Bu kararda da gerekçe olarak sözleşmede fiyat farkı istenmeyeceği yönünde bir düzenleme olması öne çıkarılmıştır. Ne var ki yukarıda değinilen bir kararda (HGK, 22.1.1958, 1958/T-1, 1958/7 K.) bu yönde bir madde olmasına rağmen bahse konu düzenleme TMK. md. 2 uygulanarak aşılmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.05.2003 tarihli 2003/13-332 E., 2003/340 K. sayılı kararı da para değerindeki aşırı düşüşün hakimin sözleşmeye müdahalesi açısından yeterli görülmediği bir karardır. Bu kararda sözleşmenin yapıldığı tarihte 1 ABD Doları 691.260 TL'dir. Sözleşmenin bağıtlandığı tarih itibariyle kiralayan 2000 (USD) x 691.260 (TL) = 1.382.520.000 TL aylık kira almaya başlamıştır. Davacı sözleşmenin yapılmasından 6 ay 3 gün sonra bu uyarlama davasını açmıştır. Dava tarihi itibariyle uyarlamanın yapılması halinde davalı kiralayanın eline 1.200 USD x 1.240.407 = 1.488.488.400 TL geçmeye başlayacaktır. Burada da neredeyse bir misli bir artış söz konusudur. Ne var ki Yargıtay bu kararda kiracının Anonim Şirket, dolayısıyla tacir olmasını göz önünde bulundurmuş ve Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesi gereğince "*Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir*." saptaması ile uyarlama talebini reddetmiştir[233]. Para biriminin değerindeki bu denli dramatik bir değişiklikte, devalüasyon gibi aslında pek de beklenebilir

---

[230] ERMAN, İstisna, s.54; BAYSAL, Sözleşme, s.95

[231] ERMAN, İstisna, s.54; BAYSAL, Sözleşme, s.95,96

[232] DOĞANAY, s.43

[233] YKD, C.29, S.10, s.1493–1502.

olmayan bir uygulamanın sonuçlarının sırf sözleşmenin bir tarafı tacir diye ona yüklenmesi pek de hakkaniyetli olmamıştır.

Yargıtay bir diğer kararında ise altın değerinin beklenmeyen haller dolayısıyla aşırı yükselmesi yüzünden ifanın aşırı güçleşmesi halinde işlem temelinin çökmesi ve TMK. md.2'deki doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanılarak kira parasının yeniden uyarlanabileceğini "…*Merkez Bankasının altın ihtiyaçları ile banknot emisyonu arasındaki ilişkiler, Enflasyonist ekonominin getirdiği, paraya karşı güvensizlik, altına talebini artırması sonucu, altın fiyatlarının hemen hemen her gün intizamsız bir şekilde yükselmesine neden olması, Enflasyonist ekonomiye karşı devletin aldığı tedbirler topluluğu, deflasyon siyasetleri, iktisadi ve sosyal dengesizlikler yabancı paradaki değişiklikler, işsizlik, devlet borçlarının artması, sosyal anlaşmazlıklar neticesinde para istikrarının kalkması, devletler arası siyası ve ekonomik ilişkilerde ortaya çıkan ani, beklenilmeyen, sezinlenemeyen sorun ve olaylar, altın fiyatlarını düzenli bir ortamda tutmaz. Ve yarını belli olmayacak şekle sokar. Davada, dayanılan maddi olgular, hukuksal açıdan nitelendirildiğinde; kira parası olarak kararlaştırılan altın fiyatlarının, olağanüstü artışı nedeni ile işlem temelinin çöktüğü ve sözleşmenin yeni durumlara uyarlanmasının istendiği açık ve seçik belirgin olduğu görülmektedir*."[234] gerekçesi ile ortaya koymuştur.

Aslında Yargıtay'ın para değerindeki ani düşüşlere vb. ilişkin kararlarının istikrarlı olduğundan bahsetmek ne yazık ki pek mümkün değildir. Yargıtay istikrarı ekonomik kriz dönemlerinde verilen kararlarında sağlamıştır. Bu dönemlerde Yargıtay'ın, tarafların sözleşme kurulduğu andaki niyetlerini, tasavvurlarını ve/veya beklentilerini göz ardı ettiği, tarafların içinde bulundukları somut durumları pek de dikkate almadığı şablon kararlarından bahsetmek mümkündür. Yargıtay kriz dönemlerinde neredeyse standart bir kararı tüm başvuruculara, sözleşmenin taraflarının özelliklerini göz ardı edercesine, aynı şekilde uygulamakta bir sakınca görmemiştir.

[234] TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme (Ariyet,Karz) Sözleşmeleri, Üçüncü Tıpkı Basım'dan Dördüncü Tıpkı Basım,Cilt I/2, 2008, s.56,57, (Y.13.HD 26.11.1982 tarih ve 1982/6168 E. ve 1982/7199 K. Sayılı Kararı)

Yukarıda belirtilen kararların haricinde kanun ve benzeri düzenlemeler ile meydana gelen değişiklikler de, aşırı ifa güçlüğü hali tahtında, Yargıtay tarafından farklı kararların verilmesine vesile olmuştur.

Örneğin Yargıtay sözleşmeden sonra yürürlüğe giren gider vergisi ile ilgili bir kararında "…*akit tarihinde tahmin edilemeyen ve ikinci ihalede de davacı ofisin yüklendiği gider vergisi muvacehesinde, ihale bedeli de göz önünde bulundurularak, bu halin işin yapılmasına engel olup olmayacağı veya son derece güçleştirip güçleştirmeyeceğinin BK.365/2 gereğince bilirkişi aracılığı ile incelenmesi ve sonucuna uygun karar verilmesi iktiza eder*." ifadesi ile hüküm tesis etmiştir[235].

Bir başka uyuşmazlık için ise "*Milli koruma Kanununun 11. maddesine göre hükümet her zaman sanayi mamullerine el koyar, fiyatları tespit eder ve gerekirse bu mamulleri tevzie tabi tutar. Hükümetin bu yetkileri kullanabileceğinin istisna akdini yaptığı zamanda bilmek durumunda bulunan müteahhidinin, sonradan bu mamullerden oluşan saç ve köşebentlerin tevzie tabi olduğunu bir mücbir sebep olarak ileri sürmesi kabul edilemez*." gerekçesi ile karar verilmiştir[236]. Yargıtay'ın bu kararının hakkaniyetli olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Gerçekten de İdare tarafından bir yasal düzenleme vb. ile sözleşmenin taraflarından birine önemli ölçüde bir yük getirildiğinde bunun öngörülebilir olduğunu iddia etmek mümkün olmamalıdır.

Sonuç olarak, Yargıtay genellikle tarafların sözleşme kurulurken ortaya koydukları niyet ve amaçlarından ziyade sonradan meydana gelen ve öngörül(e)meyen durumları dikkate almış ve ahde vefa ilkesini koruma adına bazen TMK. md. 2 hükmünü göz ardı etmiştir. Her ne kadar TMK. md. 2 hükmünün geniş bir yorumla uygulanması tarafların ilk başta kendilerini sözleşme ile bağıtlamaları yönünde ortaya koydukları iradenin yok sayılmasına sebebiyet verebilecekse de dar yorum da hakkaniyete aykırı sonuçlara ulaşılmasına sebebiyet verebilir. "*Hukuku katı*

---

[235] ERMAN, İstisna, s.54; BAYSAL, Sözleşme, s.78, (Siyasi kararların etkilerinin, siyasi karar verilmeden önce tacir tarafından tahmin edilmesinin beklenemeyeceğine dair bir başka karar ise Yargıtay tarafından onanmış Ankara Ticaret Mahkemesinin 02.06.1941 tarih ve E.941/2732, K.1522 sayılı kararı olup, adı geçen eserin 78 ve 79. Sayfalarında karar mevcuttur.)

[236] ERMAN, İstisna, s.54; BAYSAL, Sözleşme, s.79

uygulamanın en büyük adaletsizlikleri doğurabileceği (summum ius suma iniura) unutulmamalı ve sözleşmenin uyarlanması yoluyla sözleşme adaleti yeniden sağlanmalıdır"[237].

Yargıtay'ın sözleşmenin uyarlanıp uyarlanamayacağı tartışması kapsamındaki dar yorumu bazı kararlarında sözleşmede sözleşmenin değiştirilemeyeceğine ilişkin hükümlere dayanmasına sebebiyet vermiştir. Yargıtay kararların bir kısmında ortaya çıkan halleri daha önceden olağanüstü olarak nitelendirmiş olmasına rağmen sonradan farklı şekilde yorumlamış, bazı kararlarında da basiretli tacirin öngörmesi gereken riskleri geniş bir şekilde yorumlayarak adalet duygusunu zorlayacak kararlar vermiştir. Bu nedenle Yargıtay'ın genel yaklaşımının sağlıklı olduğunun söylenmesinin mümkün olmadığı ifade edilebilir.

Ahde Vefa ilkesi çerçevesinde tarafların sözleşme yolu ile bağlanmaları ve kolayca bu bağdan sıyrılamamalarının gerektiği açıktır, ancak değişen şartlar sonunda bu bağın taraflardan birini boğmasına da izin verilmemelidir. Hassas bir tartının ölçeceği ölçüde edimler arasında mutlak bir dengenin sağlanması her zaman mümkün olmayabilir ancak para değerinde meydana gelen %50 oranındaki bir değişikliğin öngörülebilir olduğunun ileri sürülmesinin belki milyar dolarlık bir işte %5 kar marjı ile iş yapan bir tacirin mahvına sebebiyet verebileceği ve bu gibi değişikliklerin edimler arasındaki dengeyi temelli olarak bozabileceği de unutulmamalıdır. Kaldı ki devalüasyon vb. hallerin meydana gelmesinde sözleşmeyi imzalayan tarafların genellikle bir kusuru bulunmamaktadır. Bu nedenle tacir de olsa devalüasyonun aşırı etkilerinin öngörülebilir sayılması hakkaniyetli bir yaklaşım olmayacaktır. Ne var ki devalüasyon kararından sonra ekonomik istikrarsızlık riskini göz ardı eden bir tacirin tüm bu riskleri göz ardı ederek sözleşme yapması hali elbette farklı bir şekilde ele alınmalıdır. Sözleşme değerlendirilirken tacirin işe başlamadan önce yaptığı maliyet hesabı da ayrı bir önem arz etmektedir. Bu nedenle salt para değerinde meydana gelen değişikliğe odaklanılması hatalı olacaktır.

[237] BAYSAL, Sözleşme, s.16

Yargıtay genellikle ortaya çıkan ve öngörülemeyen halin etkisini dikkate almış, tarafların sözleşme meydana gelirken ortaya koydukları iradelerini ise ihmal etmiştir. Aşırı ifa güçlüğü haline ilişkin genel bir düzenlemenin yokluğunda Yargıtay'ın İsviçre hukukunun etkisi ile objektif yaklaşımın etkisi altında olduğu görülmektedir. Oysaki ortaya çıkan ve öngörülemeyen halin yansımaları ile birlikte tarafların sözleşme meydana gelirken ortaya koydukları iradelerinin de değerlendirilmesi daha sağlıklı sonuçlar elde edilmesine imkan verebilir idi. Bu nedenle söz konusu iki durumun da dikkate alınmasının hakkaniyetli bir çözüme ulaşılabilmesi için büyük önem arz ettiği düşünülmektedir. Ne var ki 818 sayılı yasa dönemindeki yaklaşım bu yönde olmamıştır.

5.2.2. 6098 Sayılı Yasa ile Getirilen Düzenleme

5.2.2.1. Borçlar Kanunu'nun 138. Maddesinin Gerekçesinin İncelenmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle son derece yeni olan bu düzenlemeyi anlamak ve 818 sayılı yasa dönemi ile karşılaştırabilmek için öncelikle maddenin gerekçesini incelemek gerekir.

Maddenin gerekçesi "*818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, "III. Aşırı ifa güçlüğü" kenar başlıklı yeni bir maddedir.*

Tasarının tek fıkradan oluşan 137 nci maddesinde, aşırı ifa güçlüğü düzenlenmektedir.

Bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, Tasarının 137 nci maddesinde belirtilen şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır:

1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.

2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.

3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Maddeye göre, uyarlamanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması hâlinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır." şeklindedir.

Gerekçede "*İşlem Temelinin Çökmesi*" teorisinin adının geçmesi ve ahde vefa ilkesinin istisnası olarak dürüstlük kuralına atıfta bulunulması dikkat çekicidir. Ne var ki düzenleme, benzemekle birlikte, Alman Hukukundaki düzenleme ile tamamen aynı değildir[238], hatta madde hükmünün işlem temeli teorisi kapsamında ele alındığını söylemek de pek mümkün değildir[239]. Gerekçede "*İşlem Temelinin Çökmesi*" teorisinin adı geçse de madde de bu kavram hiç kullanılmamış, hatta işlem temelinin çökmesi bağlamında aşırı ifa güçlüğü ele alınsa da sözleşme ile/işlem ile izlenen amacın ortadan kalkması gibi teorinin temel hususları ele alınmamıştır[240]. Ancak Alman Hukukundaki "İşlem Temelinin Çökmesi" teorisi işlem temelinin en baştan eksik olması ve sonradan çökmesi durumlarını kapsayacak şekilde geliştirilmişken, Türk Hukuk sisteminde "*Temel Hatası*"na ilişkin düzenleme zaten mevcuttur; bu çerçevede de teorinin birebir uygulamasının -yalnızca aşırı ifa güçlüğünü ele alan- TBK md.138 ile yapılması doğru değildir, ve "*İşlem Temelinin Çökmesi*" teorisi bu farklılıklar gözetilerek uygulanmalıdır[241]. "*İşlem Temelinin Çökmesi*" teorisi ile olan bir diğer fark ise sözleşmenin uyarlanabilmesi için "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum*" yerine, söz konusu düzenleme ile hukukumuzda "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum*"un aranmasıdır. Alman Hukukunda "*sosyal felaket niteliğinde olağanüstü olaylar*" şartı söz konusu

[238] ARAT, s.88

[239] BAYSAL, Sözleşme, s.87

[240] BAYSAL, Sözleşme, s.87

[241] BAYSAL, Sözleşme, s.94

değil iken[242] hukukumuzda "*olağanüstü bir durum*" aranan bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır, bu şart, her ne kadar tasarıda "*İşlem Temelinin Çökmesi*" teorisine atıfta bulunulsa dahi, aslında getirilen düzenlemenin kayda değer farklılıklar içerdiğini ortaya koymaktadır.

Çalışmanın konusu bağlamında madde ve gerekçesini "*Aşırı İfa Güçlüğü*" çerçevesinde incelersek maddenin uygulanmasının bağlandığı dört şartın aslında genel olarak 818 sayılı yasanın 365/2. maddesinin uygulanma şartları olduğunu görürüz. Yargıtay'ın sözleşmenin uyarlanması hususunda yıllar içinde meydana getirdiği içtihatların (TMK. md. 2'nin yanında) büyük ölçüde temelinin oluşturan EBK md. 365/2'nin gerekçede yer almaması komisyonun takdiri olmuştur. Ancak EBK md. 365/2'nin uygulamasının sonucunda ortaya konan kriterlerin bir noktaya kadar TBK 138. maddeyi oluşturduğu da göz ardı edilmemelidir.

Nitekim Yargıtay Dairelerinin sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin verdiği kararlarda ortaya koydukları kriterler;

1. Edimler arasındaki dengenin, borcun ifasını istemeyi dürüstlük kuralına aykırı hale getirecek şekilde bozulması,

2. Şartların sözleşme yapıldıktan sonra olağanüstü bir şekilde değişmesi,

3. Bu değişimin taraflarca sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülmemiş olması ve öngörmelerinin de beklenememesi,

4. Bu durumun borçlunun kusurundan kaynaklanmaması,

5. Borcun ifa edilmemiş olması veya ifanın güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa edilmiş olmasıdır[243]. YAVUZ da 138. maddenin bütün sözleşme temelli ilişkilerde tatbik

[242] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.511,513

[243] ACAR, s.118,119, (Y.13.HD, 2733/4120, t. 26.4.1994; Y.13HD., 3221/3147, t. 30.3.1995, HGK., 13-332/340, T. 07.05.2003)

edilebilecek hüküm olduğunu belirtirken uyarlamanın esaslarını büyük ölçüde aynı şartlara bağlamıştır[244].

REİSOĞLU da Aşırı İfa Güçlüğü nedeniyle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması veya bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının 138. maddenin gerekçesinde belirtilen dört koşulun varlığına bağlamıştır ve komisyona katılmıştır. Ayrıca Sözleşmede öngörülen edimin sürekli nitelikte olması halinde, borçlunun kural olarak sözleşmeden dönme yerine, sözleşmeyi feshetme hakkını kullanacağını belirtmiştir[245].

Sonuç olarak, -madde gerekçesinde atıfta bulunulmasa da- Yargıtay'ın yıllar içinde belirlediği 818 sayılı yasanın 365/2. maddesinin uygulanma şartlarının muhafaza edildiği ve –gerekçede atıfta bulunulsa da- "işlem temelinin çökmesi" teorisinin bire bir uygulamasının düzenlemede yer almadığı söylenebilir.

5.2.2.2. Madde Metninin İncelenmesi

818 sayılı yasa döneminde aşırı ifa güçlüğü halini düzenleyen ve olası sorunları çözümleyen genel bir düzenleme eksikliği dikkat çekerken, 6098 sayılı yasa ile nihayet hakimin sözleşmeye müdahalesine imkan tanıyan genel bir düzenleme getirilmiştir. Düzenleme 138. madde altında yapılmıştır ve madde başlığı "*Aşırı İfa Güçlüğü*"dür.

Maddeye getirilebilecek ilk eleştiri aslında hakimin sözleşmeye müdahale etmesinin şartlarından yalnızca biri olan bir hususun tüm kavramı kapsayacak şekilde madde başlığı yapılmasıdır. Hakimin sözleşmeye müdahale etmesi için ifada aşırı güçlük olması gerekmektedir. Ancak bunun yanında öngörülemeyen, beklenilmeyen bir halin varlığı, talepte bulunan tarafın kusurunun bulunmaması gibi koşullar da mevcuttur. Bu çerçevede hakimin sözleşmeye müdahalesi, sözleşmenin uyarlanması gibi farklı seçeneklerin değerlendirilmesi

[244]YAVUZ, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, Yenilenmiş 10. Baskı, 2014, s.561-567

[245] REİSOĞLU, S., Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler,23. Bası, 2012, s.416

daha doğru olabilirdi. Buna rağmen madde içerik olarak olası sorunların çözümüne imkan tanıyabilecek mahiyettedir.

Tasarıları bir kenara bırakırsak, maddenin ilk hali Adalet Komisyonunun kabul ettiği metindir. Bu metin; "MADDE 137- *Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır*." şeklinde idi.

Ocak 2005 tasarısının ilk halinde "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum*" tanımlı iken, daha sonra tasarıda yer alan maddenin ilgili bölümü "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum*" olarak değiştirilmiştir[246]. Bu değişiklik sıradan olayların ahde vefa ilkesinin çiğnenmesine sebebiyet vermemesi adına olumlu görünmektedir. Şöyle ki; tarafların sözleşme ile kendilerini bağlamaları önemlidir zira artık sözleşmenin diğer tarafının da bahse konu sözleşme ile hak ve yükümlülükleri doğmaktadır. Bu nedenle sözleşmeden sıyrılabilmeyi sağlayacak bir hüküm ancak olağanüstü durumlarda uygulanabilmelidir. Ne var ki maddede yazılı olan "*olağanüstü hal*" sosyal bir felaket ya da mutlaka toplumun büyük bir kısmını etkileyen olaylar olarak ele alınmamalıdır. Yukarıda değinildiği üzere Alman Hukukunda işlem temelinin çökmesi tahtında "*sosyal felaket niteliğinde olağanüstü olaylar*" şartının söz konusu olmadığını unutmamak gerekir[247]. Dolayısı ile 138. maddede yer alan "*olağanüstü bir durum*" şartının çok dar bir şekilde yorumlanmaması, sosyal felaket niteliğinde olmayan olayları da kapsayacak şekilde ele alınması gerektiği kanaatindeyim.

---

[246] BAYSAL, Sözleşme, s.86

[247] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.511,513

Madde metnine baktığımızda tasarı yasalaşmadan önce maddeye bir ekleme daha yapıldığını görmekteyiz. Yapılan ekleme yabancı para borçlarına ilişkindir ve bu vesile ile artık madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanabilecektir. Yıllarca para, faiz vb. ekonomik etkenlerdeki değişiklikler ülkemizde enflasyonist gelişmelere neden olmuştur. Bu nedenle halkımız tarafından yabancı para güvenli bir liman olarak görülmüştür. Ne var ki devalüasyon vb. haller sonucunda yabancı para borçlarına konu sözleşmelerde adalet duygusunu zedeleyecek gelişmeler karşımıza çıkmıştır. Dolayısıyla maddeye yapılan söz konusu ekleme maddenin uygulaması aşamasında hakimlerin elini rahatlatacak bir düzenlemedir.

Aşırı ifa güçlüğü hali kapsamında hakimin sözleşmeye müdahalesine yönelik olarak ise maddede öncelikle uyarlama, uyarlama yapılamaz ise fesih/dönme hakkının kullanılmasından bahsedilmesi doğru olmuştur. Çünkü doğrudan fesih yolunun izlenmesi tarafların sözleşme yapmakla ortaya koydukları menfaatlerinin feda edilmesi olurdu ki, bu SCHWARZ'ın naklettiği bir Alman deyişinde olduğu gibi "*banyonun suyunun çocukla birlikte dökülmesi*" yani bir anlamda "*kaş yapayım derken göz çıkartmak*" olur idi[248]. Zaten asıl olan ahde vefa ilkesi kapsamında sözleşmenin ayakta tutulmasıdır ve düzenleme de bu çerçevede mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin feshedilmesi, sözleşmeden dönülmesi yerine sözleşmenin uyarlanmasını sağlamaya çalışmaktadır.

Sonuç olarak, 6098 sayılı yasa ile getirilen düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyim. Sözleşmenin uyarlanması ve hakimin sözleşmeye müdahalesi bağlamında genel bir düzenlemenin eksikliğinde öncelikle TMK. md.2'de hayat bulan dürüstlük kuralı ve sonrasında EBK.md.365/2 hükmünün kıyasen uygulanması bir çözüme ulaşılması bağlamında 818 sayılı yasa döneminde yapılabilecek mantıklı ve haklı hamleler idi. Ne var ki genel bir düzenlemenin yokluğu ciddi bir eksiklikti. Sonunda 6098 sayılı yasanın 138. maddesi ile getirilen düzenlemeyle artık genel olarak uygulanabilecek bir kanun maddesine kavuşulmuştur. Bu kanun maddesinin ise Doktrin ve Yargıtay uygulaması sonucunda ortaya konan kriterleri göz ardı etmemesi, hatta sahiplenmesi devamlılık açısından doğru olmuştur.

[248] SCHWARZ, Harp, s.5

Yapılan yeni düzenlemenin lafzına ilişkin olarak ise "*borçlu*"ya vurgu yapılmasından ziyade öngörülemeyen olağanüstü durumdan zarar gören taraf açısından değişikliğe gidilmesi daha doğru olabilir. Keza öngörülemeyen olağanüstü bir durum sözleşmenin alacaklısı açısından da sözleşmeye müdahale edilmesi gerekliliğini doğurabilir. Bu nedenle 6098 sayılı yasanın 331, 363 ve 369. maddelerindeki gibi "*sözleşme ilişkisinin devamı kendisi için çekilmez hâle gelen taraf*", UNIDROIT İlkeleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerindeki gibi "*mağdur taraf*" ve benzeri bir düzenleme yapılması daha doğru olacaktır. Özellikle kira ilişkisindeki kiraya veren sıfatına haiz olan taraf ve benzeri taraflar kanun maddesinin belirttiği anlamdaki bir "*borçlu*" tanımına pek uymamaktadır, asıl olan mağduriyettir ve düzenlemedeki "*borçlu*" ifadesi bu bağlamda pek de doğru olmamıştır.

5.3. 818 Sayılı Yasa ile 6098 Sayılı Yasa Döneminin Karşılaştırılması

818 sayılı yasa döneminde gerek TMK md.2, gerekse EBK md. 365/2 hükmünün kıyasen uygulanması ile 6098 sayılı yasada aşırı ifa güçlüğü hali olarak tanımlanmış, 818 sayılı yasa döneminde ise çoklukla işlem temelinin çökmesi hali olarak adlandırılmış hale çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Bu dönem aşırı ifa güçlüğü halinin doktrinde tartışma konusu olması ve sıkça karşılaşılan ekonomik krizler nedeni ile yargıya taşınan birçok uyuşmazlık neticesinde araştırmacılar için son derece verimli bir alandır. Ne var ki 6098 sayılı yasanın henüz çok yeni olması nedeni ile Yargıtay TBK md. 138 ile getirilen yenilikler kapsamında sınırlı sayıda karar verebilmiştir. Ancak verilmiş olan kararların bazıları fikir vermesi açısından ve olası değişimlere ışık tutması yönünden önemli noktalar içermektedir. Bu çerçevede öncelikle yasa metinleri, sonrasında ise Yargıtay kararlarını ele almak daha sağlıklı olacaktır.

5.3.1. Yasa Metinleri Açısından

Yukarıda da belirtildiğinden kısaca ifade etmek gerekir ki aslında EBK md.365/2'nin uygulanma şartları ile TBK 138. maddenin uygulanma şartları ve kriterler büyük ölçüde ortaktır. Ne var ki kanunun lafzından anlaşılan bazı noktalar Yargıtay'ın ileriki dönemlerde daha farklı kararlar vermesine yol açabilecektir.

EBK md. 365/2'de yer alan düzenleme;

"*Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekerrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler*." şeklindeydi.

Maddenin lafzına bakıldığında sözleşmeye konu işin yapılmasına engel olacak ya da yapılmasını zorlaştıracak hallerin varlığında, ki bu haller önceden tahmin edilememeli ya da taraflarca dikkate alınmamış olmalıdır, sözleşmenin uyarlanması ya da feshedilmesi mümkün oluyordu.

Maddenin lafzından olsa gerek, Yargıtay karar verirken tarafların sözleşmeyi kurarken ortaya koydukları irade ile niyet ve amaçlarını göz ardı etmekteydi. Yargıtay yalnızca işlem temelinin objektif temelini dikkate almaktaydı.

6098 sayılı yasa ile getirilen başlıca yenilik ise öngörülmeyen halin "*… sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştir*"mesi durumunun maddede yer almasıdır. Bu madde ile getirilen düzenlemenin sözleşme yaparken tarafların dikkate aldıkları koşulların değişmesi olgusunu göz önünde bulundurduğu, artık sübjektif kurama dayandığı ve Yargıtay'ın mevcut uygulamalarına aykırı olduğu görüşü de mevcuttur[249]. Tabii sözleşmenin uyarlanmasının sözleşmedeki bir boşluğun hakim tarafından yorumlanarak doldurulması olduğu görüşü kapsamında sözleşme kurulurken tarafların ortaya koydukları farazi iradelerinin ve içinde bulundukları şartların işin niteliğine göre yorum ilkesince tespit edilmesinin de sübjektif bir yorum metodu olduğunu[250] göz ardı etmemek gerekir.

Yeni düzenleme ile artık hakim sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olan olguları da değerlendirmek durumunda kalacaktır. Bu olgular yalnızca sözleşmenin yapıldığı andaki ekonomik durum, işçilik – hammadde ücretleri vb. değil tarafların da sözleşme yapılırken ortaya koydukları niyet ve amaçları olmalıdır. Hakim artık yalnızca edimler arası dengenin bozulup bozulmadığını değil, sözleşmenin kurulduğu andaki koşullar ile öngörülmeyen hal

[249] YILDIRIM, Sözleşme, s.89

[250] KAPLAN, Müdahale, s.101

sonrası meydana gelen yeni koşulları da daha detaylı bir şekilde incelemelidir. Bu da her somut olayın ayrı ayrı incelenmesinin gerektiğini ortaya koymaktadır.

EBK md. 365/2 'de aşırı ifa güçlüğüne neden olan durumun "*işin yapılmasına mani olması"* veya *"işin yapılmasını son derece işkal etmesi*" şartları aranmakta, adeta aşırı ifa güçlüğüne neden olan durumun sadece "*iş*"e olan etkisine odaklanılmaktaydı.

TBK md. 138 hükmüyle ise "*iş*"i yapacak olan tarafın durumuna da dikkat edilmektedir. Aşırı ifa güçlüğüne neden olan durum mağdur olan taraf için kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede aleyhine değiştirirse –diğer şartların varlığı halinde- artık sözleşme uyarlanabilmektedir. TBK md. 138 hükmündeki bu değişiklik de kayda değer bir düzenlemedir.

EBK md. 365/2 üzerinden karşılaştırma yaptığımızdan, konunun merkezinden çok uzaklaşmadan, TBK md. 480'in (EBK md. 365/2) lafzına bakarsak ;

"*Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.*

Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.

Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür" düzenlemesini görürüz.

TBK md. 480/2'nin dikkat çeken yönleri EBK md.365/2'deki bedel artışı veya sözleşmeden dönme seçimlik haklarının yerine öncelikle sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması, bunun mümkün olmadığı halde ise sözleşmeden dönme hakkının verilmesidir[251].

Çalışma konusu özelinde dikkat edilmesi gereken ifade belki de "*başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar*" ifadesidir. Yargıtay'ın EBK md.365/2'yi kıyasen uyguladığı dönemdeki içtihatları TBK md.138'i göz ardı edip TBK md.480/2 üzerinden devam edecek ise o zaman "*öngörü*" şartını biraz daha geniş uygulaması gerektiği, "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum*" yerine "*öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar"*ı dikkate alması gerekeceği iddia edilebilir. Tabii bu noktada artık genel bir düzenleme olduğundan hareketle Yargıtay'ın EBK md. 365/2'i kıyasen uygulama dönemindeki alışkanlıklarını bir kenara koyması, TBK md. 138'in lafzına ve ruhuna uygun yorum getirmesi gerektiğinin ifade edilmesi en doğrusu olacaktır.

5.3.2. Yargıtay Kararları Açısından

Yukarıda, 818 sayılı yasa dönemi incelenirken, Yargıtay'ın yaklaşımını ortaya koyan kararların bazıları ele alınmıştı. Bu kararlarda Yargıtay'ın, istisnalar olmakla birlikte, devalüasyon kararını dahi öngörülebilir saydığı[252], İdare tarafından alınabilen tek taraflı kararların sözleşmeye olan olumsuz etkilerinin bile bu çerçevede uyarlama talebi yeterli görülmediği[253] dolayısı ile uyarlama yapılabilmesi için öngörülemezlik şartı özelinde çıtayı çok yüksek tuttuğu söylenebilir. Yargıtay'ın bu dönemdeki uyarlama taleplerine karşı olan çekimser yaklaşımının bir diğer yansıması ise mağdur olan tarafın adeta iktisadi olarak mahvının aranması idi. Yine bu dönemde, objektif kuramdan hareketle, Yargıtay'ın sözleşme yaparken tarafların dikkate aldıkları koşulların değişmesi olgusunu göz ardı ettiği ve neredeyse tamamen meydana gelen

---

[251] BÜYÜKAY, Y., Eser Sözleşmesi, Ankara, 2013, 167-168

[252] YKD, C.29, S.10, S.1493–1502, "*…Yukarıdan beri açıklandığı gibi Türkiye`de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir*"

[253] ERMAN, İstisna, s.54; BAYSAL, Sözleşme, s.79

olağanüstü durumun sözleşmeye (ya da EBK md.365/2 de yazılı olduğu şekilde "iş"e) olan etkisi ile maliyet ve zarara odaklandığı söylenebilir.

6098 sayılı yasa dönemi için ise Yargıtay'ın bazı içtihatlarını değiştirmesi için gerekli zeminin, TBK md. 138 tahtında, hazır olduğu söylenebilir. Düzenleme nispeten yeni olmakla yasanın uygulaması yönünden zengin bir içtihat oluşmamıştır. Yine de, az sayıda da olsa dikkat çekici kararlar bulunmaktadır. Öncelikle bu kararları incelemek karşılaştırma yapmak açısından faydalı olacaktır.

Bu kararların birinde Yargıtay; "*Davacının, davalı bankadan 15.08.2008 tarihinde 9.354.000 Japon Yeni tutarında 99.000- TL'lik 60 ay vadeli konut kredisi kullandığı... Japon Yeni'nin TL karşısında aşırı değer kazandığını... işlem temelinin çöktüğünü ileri sürerek uyarlama talebinde bulunmuştur... Her şeyden önce sözleşmenin imzalanmasından sonra beklenmeyen olağanüstü durumların gerçekleşmesi, sözleşmenin uzun süreli olması, beklenmeyen olağanüstü durumların herkes için geçerli, objektif ve önceden belirlenemeyecek nitelikte bulunması, değişen koşulların sözleşmeyi çekilemeyecek hale getirmesi bu suretle işlem temelinin çökmesi zorunludur. Dava konusu olayda davacının başlangıçta seçme özgürlüğü varken TL yerine döviz bazında kredi kullandığı, bir başka deyişle serbest iradesiyle kredi türünü belirlediği anlaşılmakta olup, davalı banka elemanlarının davacıyı yönlendirdiği iddiası ispatlanamamıştır. Öte yandan ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından bilinen bir olgudur. Davacı, bu riski önceden öngörebilecek durumda olmasına rağmen dövizle kredi kullanmış bulunmaktadır. Kaldı ki, eldeki dava kredi geri ödemesinin başladığı tarihten üç yıl sonra açılmış olup, bu durumda davacının sözleşmeyi benimsediğinin kabulü gerekir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde dava konusu olayda uyarlama koşullarının bulunmadığı anlaşılmaktadır*." ifadelerini kullanarak karar vermiştir[254].

Yargıtay kararı incelendiğinde öncelikle "*ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük bir çoğunluğu*

[254] Y.13.HD E: 2013/1042b K: 2013/31247 Tarih: 12.12.2013, www.kazancihukuk.com

tarafından bilinen bir olgudur. Davacı, bu riski önceden öngörebilecek durumda olmasına rağmen dövizle kredi kullanmış bulunmaktadır" saptaması dikkat çekmektedir. Tüketici kredisi kullanan alelade bir tüketicinin değil ülkemizi, bütün dünyayı pençesine alan küresel ekonomik krizi (2008) öngörmesinin beklenmesinin kabulü kanaatimce mümkün değildir. Yargıtay'ın alelade bir tüketiciden küresel ekonomik krizi öngörmesini beklemesi ilginçtir, krizi öngörebilecek konumda olan aslında bankalardır[255]. Yargıtay tacirler bazında devalüasyonu öngörülebilir sayarken artık bir adım daha ileri giderek tüketicilerin de küresel ekonomik krizi öngörmesini beklemektedir, burada ülkemiz gerçekleri nedeni ile dövizle borçlanmanın riskinin varlığından ziyade küresel ekonomik krizin öngörülemezliği söz konusudur. Diğer bir iddia ise dava konusu olayda davacının başlangıçta seçme özgürlüğü varken TL yerine döviz bazında kredi kullandığı, bir başka deyişle serbest iradesiyle kredi türünü belirlediğidir. Değil dünyadaki, ülkesindeki ekonomik gelişmeleri bile sağlıklı olarak değerlendirme imkan ve bilgisinden yoksun olması son derece olağan olan alelade bir tüketicinin kendi kararı ile dünyanın bir yanında olan Japonya'nın para birimini tamamen kendi inisiyatifi ile seçmiş olduğu iddiasının kabulü de bir hayli zordur. Burada tüketiciden ziyade bankaların yönlendirmesinin esas olduğu düşünülmektedir[256]. Bu karar özelinde Yargıtay'ın öngörülemezlik şartını mağdur olan taraf aleyhine yorumladığı, TBK md. 138 hükmüne rağmen eski içtihatlarını devam ettirdiği görülmektedir.

Diğer bir Yargıtay kararında[257] da benzer bir şekilde "...*Davacı yukarıdaki tablodaki riski önceden tahmin edecek durumda olmasına rağmen riski yüksek 75 ay vadeli dövizle kredi kullanmıştır. Bu nedenle uyarlama şartlarından olan "öngörülmezlik" şartı olayda gerçekleşmediği gibi... dövizde günlük artışların yaşandığı bir ortamda davacının başlangıçta seçme özgürlüğü varken serbest iradesiyle kredi türünü belirleyerek yasak olmayan döviz ile borçlanmayı tercih ettiği ve uzun süreli bir sözleşmeyi imzaladığı anlaşılmakta olup, davalı*

[255] BELEN, H., Japon Yeni/İsviçre Frangı Kaydıyla Verilen Konut Kredilerinde Uyarlama Uyuşmazlıkları Hakkında Bazı Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87 Sa.5, 2013, s.276

[256] BELEN, s.278

[257] Y.13.HD 28.10.2013 E.2013/11149 - K.2013/26086 , www.kazancihukuk.com

bankanın davacıyı yönlendirdiği iddiası da ispatlanamamıştır." ifadeleri ile karar verilmiştir. Ancak burada önemli olan ve belki de geleceğe ışık tutacak olan muhalefet şerhleridir.

Muhalefet şerhinde "*Aşırı ifa güçlüğü başlığını taşıyan ve 6010 Sayılı Yasanın 7. maddesi uyarınca devam eden davalarda da uygulanması gereken 6098 Sayılı Yasanın 138. maddesinde ... hükmü getirilmiş, aynı maddenin 2. fıkrasında ise 'Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır' denilmek suretiyle aşırı ifa güçlüğüne düşülmesi halinde yabancı para borçları bakımından da uyarlama talep edilebileceği açıkça belirtilmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu`nun bu açık hükmü karşısında hakim, her somut olayda yabancı para borcundaki dönemsel artışın anılan yasa hükmünde koşulları belirtilen aşırı ifa güçlüğüne yol açıp açmadığını HMK`nun 266. maddesi uyarınca uzman bilirkişiden teknik görüş de almak suretiyle değerlendirmelidir. Somut olayda mahkemece, uzman bilirkişiden rapor aldırılmış ve uzman bilirkişi raporunda davalı bankadan Avro, Amerikan Doları ve Türk Lirası olarak aynı tutar ve vade ile kredi alınmış olması halinde yapılacak ödemelere ait karşılaştırmalı tablolar hazırlanarak değerlendirme yapılmıştır. Mahkemece uzman bilirkişi raporundaki teknik değerlendirme verilerine dayanılarak Japon Yen`indeki artışın davacı bakımından beklenmeyen hal oluşturduğu, öngörülebilir olmadığı, sözleşmenin kuruluşu sırasında var olan dengenin davacı aleyhine bozulduğu ve uyarlama koşullarının oluştuğu, uyarlamanın dava tarihindeki sabit faizli Türk Lirası kredilere uygun olarak yapılmasının yerinde olacağı belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Uyarlama konusu borç miktarının aşırı ifa güçlüğüne yol açıp açmadığı taksit tutarlarına ve kişilerin ödeme güçlerine göre değişkenlik göstereceğinden her somut olayda, o olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu itibarla, mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyoruz*." ifadesi kullanılmıştır. 6098 sayılı yasanın 138. maddesi hükmü yabancı para borçlarına da uygulanacağından, dövize endeksli kredi görüldüğünde Yargıtay otomatik olarak "*döviz kurları ve ülkemiz gerçekleri*"ne dayanarak talebi reddetmek yerine artık somut olayın koşullarını detaylı bir şekilde incelenmelidir. Muhalefet şerhi de bu gerçeği ortaya koymaktadır.

Konut finansman kredisinin uyarlanması talepli bir Yargıtay kararına daha bakarsak, kararda "*...temyiz dilekçesinde sözleşmenin yapıldığı 09.05.2007 tarihinde 1 CHF'nin 1.082.TL iken; dava tarihi olan 21.07.2011 tarihinde 2.023.TL olduğunu, borcunun iki katına çıktığını*

belirterek sözleşme şartlarının kendi aleyhine aşırı derecede değiştiğini ileri sürmüştür... 6098 Sayılı Yasanın 138. maddesi uygulanabileceğinden temyiz aşamasında da bu hususun nazara alınması ve dövizle borçlanmalarda uyarlama istenebileceği gözetilmelidir... Mahkemece, dövizle borçlanmalarda Türk Lirasının değer kaybettiğinin kolayca bilinebilecek ve öngörülebilecek bir husus olduğu vurgulanmıştır. Ancak, bu sonucu varılırken, hangi objektif kriterlerin bulunduğu açıklanmamış, sadece önceki krizler gösterilmiştir... Mahkemece yapılması gereken iş, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin tüm deliller toplanıp, uzman bir bilirkişi veya bilirkişi kurulundan rapor alınarak, tüm dosya kapsamı belge ve kanıtlar birlikte değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Mahkemece, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin açıklanan kural ve yöntemler gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." ifadelerinin kullanıldığını görmekteyiz[258].

Bu kararda TBK 138. maddesi hükmünün yabancı para borçlarına da uygulanacağı, bu nedenle gerekli incelemenin yapılmasının zorunlu olduğu, sadece daha önce de krizler yaşanmış olmasının her somut olay için önceki krizlerin peşinen kabul edilecek bir karine olmadığını, gerekli bilirkişi incelemesi ile somut olayda aşırı ifa güçlüğü şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 818 sayılı yasa döneminde verdiği 07.05.2003 tarihli 2003/13-332 E., 2003/340 K. Sayılı kararındaki "*Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir*."[259] saptaması Yargıtay'ın bahse konu kararı ile çelişmektedir. Burada TBK md. 138 ile getirilen her somut olayda aşırı ifa güçlüğü şartlarının oluşup oluşmadığı hususunun "*…sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir*" hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekliliği ortaya konulmaktadır. Bahse konu kararda geçen "*Sonradan*

[258] Y.13.HD, 07.02.2013 t., E.2012/8250 - K.2013/2623, benzer diğer bir karar Y.13.HD 13.06.2014 t., E.2013/16898 - K.2014/18895, www.kazancihukuk.com

[259] YKD, C.29, S.10, s.1493–1502

ortaya çıkan ifa güçlüğünün, mutlaka borçlunun ekonomik olarak mahvına veya ağır zararına yol açacak olması gerekmez. Maddede, 'kendisinden ifanın istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir' olması yeterli görülmüştür. Elbette bu değerlendirmede, karşı tarafın durumu da göz önüne alınacaktır." ifadesi iktisaden mahvolma kriterinin geçerli olmadığını, sözleşmenin taraflarının durumlarının da dikkate alınması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu karar daha önceki şablon kararlardan bir hayli farklıdır ve bu bağlamda ümit vericidir. Ne olursa olsun her somut olay kendi şartlarında incelenmelidir. Bu kararda ortaya konan prensipler doğrultusunda dövize endeksli kredi kullanılmış olması döviz kurundaki artışların peşinen kabul edildiği anlamına gelmemelidir, keza olağanüstü olayın öngörülmesinde sözleşmenin taraflarının bilgisi ve bilebilecekleri onların özelinde değerlendirilmelidir. Hukuk Genel Kurulu kararı ile çelişen bahse konu kararın dayanağının TBK md. 138 ile getirilen yeni düzenleme olduğu ve bu yeni düzenleme ile Yargıtay'ın verdiği kararların yönünün değişebileceği düşünülmektedir. Öncelikle TBK. md. 138 ile getirilen yabancı para borçları ile ilgili düzenleme, şu anda olmasa bile, ileride Yargıtay kararları açısından ciddi bir etki yaratabilecektir. Ne var ki bunun bir temenniden öteye gidemeyeceğini düşündüren kararlar da mevcuttur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.11.2014 tarihli bir kararında "*Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir.*

Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır. Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.2003 gün ve 2003/13-599 E.-2003/599 K.; 07.05.2003 gün ve 2003/13-332 E.-2003/340 K.sayılı kararlarında da benimsenmiştir. Bu nedenle; aynı hususlara değinen, Hukuk Genel Kurulu`nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup; direnme

kararı bozulmalıdır." ifadelerini kullanarak hüküm tesis etmiştir[260]. Yani Yargıtay HGK'na göre TBK md.138'in lafzının öngörülemezlik unsuru açısından getirdiği hiç bir yenilik yoktur, 2003 yılında verilmiş olan HGK kararları uyarınca uygulama aynen devam etmelidir.

Yargıtay özellikle 1990'lı yıllarda birlikte kriz dönemlerinde döviz kurundaki artışların ülkemiz için olağan bir durum olduğu saptaması ile birbirinin aynı yüzlerce karar verirken yeni yasa hükmü ile artık her somut olayda yabancı para borcundaki dönemsel artışın yasa hükmünde koşulları belirtilen aşırı ifa güçlüğüne yol açıp açmadığını tespit etmesi gerekecektir. Ne yazık ki Yargıtay'ın bu yöndeki alışkanlıklarını değiştirmesinin zaman alacağı anlaşılmaktadır[261]. Şablon kararlarda uyarlama konusu borç miktarının aşırı ifa güçlüğüne yol açıp açmadığının taksit tutarlarına ve kişilerin ödeme güçlerine göre değişkenlik göstereceği hususuna dikkat edilmediği, somut olayın özellikleri incelenmeden karar verildiği yönünde bir intiba oluşmaktadır.

TBK md. 138'in Yargıtay'ın 818 sayılı yasa döneminde vermiş olduğu kökleşmiş kararlarını değiştirmesini gerektiren bir diğer yönü de uyarlama taleplerinin kabulü için adeta bir şart olarak ileri sürülen olağanüstü durumun mağdur olan tarafın ekonomik olarak mahvına sebep olmasının aranması hususudur. Madde metninde geçen "…*olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir*" ise ifadesi mağdur olan taraf açısından iktisadi olarak mahvolmayı aramamaktadır. Artık mağdur olan taraftan ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde ağırlaşması yeterli görülmektedir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında "*Sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğünün, mutlaka borçlunun ekonomik olarak mahvına veya ağır zararına yol açacak olması gerekmez. Maddede, "kendisinden ifanın istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir" olması yeterli görülmüştür. Elbette bu*

---

[260] HGK, 12.11.2014 t., E.2014/13-1614 - K.2014/900, www.kazancihukuk.com

[261] "*...28 Ocak 2013 tarihinde İzmir 2. Tüketici Mahkemesi'nden Yargıtay'a gelen iki dosya, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından aynı gün karara bağlandı. Avukat Fatih Karamercan, "Bu hukuk tarihinde görülmemiş bir olaydır. Tüketicinin aleyhine olan kararlar, aynı gün onanırken; lehinde olan üç karar aylardır bekletiliyor" diyerek tepkisini dile getirdi*."http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/24899796.asp

değerlendirmede, karşı tarafın durumu da göz önüne alınacaktır." ifadesi ile hüküm tesis edilmiştir[262]. Bu karar Yargıtay'ın 818 sayılı yasa döneminde adeta bir şart olarak aradığı ekonomik olarak mahvolma kriterini değiştirmesi yönünden önemlidir.

Sonuç olarak TBK md. 138 ile birlikte Yargıtay'ın;

- Her somut olayın özelliklerini "*sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları*" da gözeterek değerlendirmesi,
- Aşırı ifa güçlüğü halini doğuran olay ve bu olayın sözleşme üzerindeki etkisinin yanı sıra mağdur olan tarafın özelliklerine (ödeme gücü vb.) dikkat ederek ve bu hususlar araştırma yaparak şablon kararlardan kaçınması,
- Mağdur olan tarafın –adeta- ekonomik olarak mahvını arama alışkanlığını terk etmesi gerektiği,

düşünülmektedir. TBK md. 138'in getirdiği bu yenilikler ile Yargıtay'ın, yukarıda değinilen, kökleşmiş bazı uygulamalarının değişeceği düşünülmektedir. Bu yönde bazı öncü adımların atıldığının görülmesi ise sevindiricidir.

[262] Y.13.HD, 07.02.2013 E.2012/8250 - K.2013/2623 , www.kazancihukuk.com

6. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ HALİ KAPSAMINDA TBK 138. MADDENİN UYGULANMASI

6.1. Borçlar Kanunu'nun 138. Maddesinin Uygulanma Şartları

6.1.1. Öngörülemezlik

138. maddenin uygulanabilmesinin ilk şartı öngörülemezliktir. Sözleşmenin taraflarınca öngörülebilen hallerin taraflar üzerinde yarattıkları etkilerin sonucu sözleşmenin uyarlanması ve hatta feshi söz konusu olmayacaktır. Taraflar sözleşme ile kendilerini bağlarlar. Tarafların sözleşmenin kurulması sırasında öngördükleri ya da öngörmeleri gereken hususlara dayanarak daha sonra sözleşme bağından kurtulmaları dürüstlük ve iyi niyet kuralına uygun kabul edilemez, burada ahde vefa ilkesi de karşımıza çıkar. Ne var ki tarafların öngörmedikleri ve/veya öngörmelerinin beklenemeyeceği hallerin vukuunda –diğer şartların da oluşması kaydıyla- 138. maddenin uygulanması mümkün olabilecektir.

Elbette ki geleceğe ilişkin olayların tam olarak bilinmesi mümkün değildir, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen gelişmeler ise geleceğe ilişkindir; geleceğe ilişkin olayların tahmin edilebilir olmasını ise olayların normal akışına ve makul düşünce tarzına göre gelişmeleri hesaba katma tahtında değerlendirmek gerekir[263]. Burada öngörü değerlendirilirken "*aynı iş çevresindeki normal kimselerin ortalama görüşleri*" de bir ölçü olarak ortaya konulmuştur[264]. Dolayısı ile tarafların öngörmesi beklenen hususlarda da makul bir sınır belirlemek gerekmektedir.

Sözleşmenin uyarlanması talebi ile en çok karşılaşılan hallerden biri öngörülemeyen fiyat-maliyet artışlarıdır. Fiyat – maliyet artışları ele alınırken bazı durumların öngörülebilir olduğu şeklinde ağırlıklı bir görüş mevcuttur. Kronik enflasyon olan ülkeler için enflasyon nedeni ile karşılaşılan fiyat-maliyet artışları öngörülebilir kabul edilmektedir. Örneğin Arjantin, Brezilya, Şili ve Uruguay gibi uzun süre enflasyonla mücadele etmiş Latin Amerika ülkelerinde sözleşmenin enflasyon nedeni uyarlanması hususunda yerel mahkemeler gönülsüz

---

[263] KAPLAN, Müdahale, s.153

[264] ERMAN, İstisna, s. 77

davranmışlardır; gerekçeleri ise enflasyonun bu ülkelerde öngörülemez olmadığı saptamasıdır[265]. Sonuçta enflasyon sürekli ve hissedilir bir biçimde fiyatlar genel düzeyinin artmasıdır, devalüasyon gibi ani bir ekonomik olay değildir. Bu nedenle enflasyon kaynaklı fiyat-maliyet artışları kapsamında ileri sürülen uyarlama talepleri genellikle öngörülemezlik kriterine takılmaktadır.

Yargıtay bir kararında uyarlamanın koşullarını sayarken "...*değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklendikleri edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde bozulmuş olması şarttır. Uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflarca önceden öngörülebilir, beklenebilir, olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir*." ifadesini kullanmış ve aslında olayların sonuçları itibariyle etkilerinin öngörülemez olmasını yeterli görülmüştür[266]. Ancak ne yazık ki Yargıtay genel olarak sözleşmenin uyarlanmasını gerektirebilecek birçok durumda dar yorum getirmeyi tercih etmektedir. Öngörülmezlik şartı da dar yorum tercihinden nasibini almıştır. Yüksek enflasyonun öngörülebilir olduğunu varsayan Yargıtay devalüasyon gibi ani fiyat-maliyet artışlarına neden olabilen ekonomik durumları dahi aynı kefeye koymuş hatta hükümetlerin dahi öngöremediği küresel ekonomik krizlerde dahi tutumunu değiştirmemiştir.

Yargıtay öngörülebilirlik kriterini uygularken genellikle "basiretli tacir" kavramına da dayanmaktadır. Oysaki bir tacir açısından dahi devalüasyon kararının öngörülememesi basiretli bir iş adamı gibi hareket etme ilkesine aykırılık teşkil etmemelidir, ne zaman, ne şekilde ve ne miktarda alınacağı bilinmeyen ve gizlilik içinde alınan bir kararın sonuçlarını basiretli bir iş adamı olması gerektiği için tacirlerin üzerine yıkmak adil olmayacaktır[267]. Enflasyona yönelik tahminler ilgili bakanlıklarca ve Merkez Bankasınca yapılmaktadır, oysaki

---

[265] ROSENN, K.S., The Effects of Inflation on the Law of Obligations in Argentina, Brazil, Chile and Uruguay, 2 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 269 (1979), http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol2/iss2/4, S.282

[266] Y.13.HD 24.10.1994 E.1994/6791 - K.1994/9014, www.kazancihukuk.com

[267] KILIÇOĞLU, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası,Ankara,2014, s.267

devalüasyon kararları tam bir gizlilik içinde alınmakta ve ancak karar alındıktan sonra halkla paylaşılmaktadır, hal böyleyken bu kriteri çok dar bir şekilde yorumlamak pek de adil olmayacaktır.

Bu noktada basiretli bir tacir açısından devalüasyonun dahi öngörülebilir olduğunu kabul etsek dahi bunu küresel ekonomik krizler için geçerli kabul etmek çok kolay olmayacaktır. Dahası, küresel ekonomik krizin öngörülebilir olduğu varsayılsa bile bunu sıradan bir tüketiciden beklemek kabul edilemez; kaldı ki kriz öngörülse dahi sonuçlarının önceden düşünülememiş olması da öngörülemezlik şartının gerçekleşmesi için yeterli olmalıdır[268].

6.1.2. Edimler Dengesinin Bozulması

Sözleşme kurulurken edimler arasında bir denge olduğu varsayılmaktadır. O halde Ahde Vefa ilkesine rağmen sözleşmenin uyarlanabilmesi hatta feshedilebilmesi için Edimler dengesi arasındaki dengesizlik ağır ve açık olmalıdır; İsviçre Federal Mahkemesi bu kriteri edimler arasındaki dengesizliğin ağırlığı açısından sözleşmenin bir taraf için taşınabilir, katlanılabilir sınırlar içinde olup olmadığını[269]; sözleşmenin esas anlamını ve karakterini kaybedecek şekilde ekonomik olarak tamamen farklı bir hal alıp almadığını[270], aldı ise edimler arasındaki dengesizliğin açıklığını ölçmek için kullanmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2003/13 E., 2003/599 K. Sayı ve 15.10.2003 tarihli bir kararında bu konuda bir ölçü getirme adına "*edim ve karşı edim arasındaki dengenin taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılamaz biçimde bozulduğu haller*" ifadesini kullanmıştır[271]. Gerçekten de edimler arasındaki denge açık olarak bozulmuş ve mağdur olan taraf açısından sözleşme artık katlanılamaz hale geldi ise sözleşmenin uyarlanmasının önü açılmalıdır.

---

[268] BELEN, s.276

[269] ARAT, s.115 (BGE 100 II 349)

[270] ARAT, s.115 (BGE 47 II 458; 47 II 317 ; 48 II 252 ;59 II 304)

[271] YILMAZ, s.153

138. madde ile getirilen düzenleme dengenin bozulduğunun kabulü için koşulların ifanın istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değişmesini aramaktadır. Belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın koyduğu edimler dengesinin taraflardan biri için katlanılamaz derecede bozulması kriteri yasa metninde dürüstlük kuralına yapılan atıf ile uyum içindedir.

6.1.3. Kusursuz Olma

Aşırı ifa güçlüğü nedeni ile sözleşmenin uyarlanmasının talep edilebilmesi için talepte bulunan tarafın kusursuz olması gerekmektedir. Burada aranan kusur sözleşmenin tarafı olan ve aşırı ifa güçlüğü iddiasında bulunan tarafın dürüst bir şekilde hareket edip etmediğidir, yoksa akdi sorumluluk ya da haksız fiil sorumluluğundan bahsedilmemektedir[272]. Bu nedenle belki de en az tartışma konusu olan şart kusursuz olma şartıdır. Gerçekten de kusuru ile edimler dengesinin bozulmasına neden olan ya da zararın artmasına sebebiyet veren bir tarafın artık sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve bu talebi kabul görmeyecektir.

Bu çerçevede savaş başladığı sırada bir ürünü tedarik etmekle yükümlü olan ve temerrüde düşmüş olan bir tacirin daha sonra savaş nedeni ile uyarlama talebi kabul edilemez, çünkü temerrüde düşmekle tacir zaten kusurludur; keza savaşın başlayacağını taraflar objektif olarak önceden kestirebiliyorlarsa, bu durumun kestirilememiş olması da kusur olarak nitelendirilebilir, şöyle ki objektif olarak önceden kestirilebilecek bir olaydan borçlu kendi lehine sonuç çıkartamaz[273]. Hiç kimse kendi haksız eylemi sonucunda hak elde edemeyeceği gibi karşı tarafı zarara sokacak bir sonuca ulaşamamalıdır.

Temerrüt hali bu bağlamda akla gelebilecek ilk kusurlu olma durumu olarak akla gelmektedir. Yargıtay da temerrüde düşen borçlunun kusuru nedeniyle uyarlama yönünde bir istemde bulunamayacağını karara bağlamaktadır[274]. 138. maddedeki "*Sözleşmenin yapıldığı sırada*

---

[272] ARAT, s.135

[273] OFTINGER, s.606,607

[274] Y.11.HD, 16.01.2003 t., E.2002/7816, K.2003/302, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2003, s.670

taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar…" ifadesi de "borçludan kaynaklanmayan bir sebep" ibaresi ile kusura vurgu yapmaktadır.

6.1.4. Sözleşmenin Devamının Katlanılamaz Hale Gelmesi

Sözleşmenin devamının katlanılamaz hale gelmesi en çok tartışılan kriterlerden birisidir. Sözleşmenin devamı mağdur olan taraf için ne zaman katlanılamaz hale gelecektir? Sözleşmenin tarafının makul bir zarara uğraması yeterli midir, yoksa iktisadi olarak mahvı mı aranmalıdır?

Yargıtay bu şartı son derece sert bir yorumla sınırlamaktadır. Yargıtay'a göre taraflardan birinin iktisaden mahvolması gerekmektedir[275]. Doktrinde sözleşmede meydana gelen dengesizliğin mutlak bir taraf açısından yıkıma sebebiyet vermemesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur[276]. Hatta bunun, yani borçlunun yıkımını şart koşmanın pek ileri gitmek olduğu ifade edilmiştir[277]. Ne var ki denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında edimler arasında bozulan denge ilişkisinin taraflardan birisinin ekonomik mahvına sebep olup olmadığının değerlendirilmesi, bir anlamda sözleşme rizikosunun sadece borçlu bakımından değerlendirilmesini gerektirir ki, bu halde edimler arasındaki denge aşırı derecede bozulmuş olsa bile borçlunun ekonomik durumu çok iyi ise uyarlama için gerekli şartlar mevcut olsa dahi sözleşmenin uyarlanamayacağı sonucuna ulaşılır ki, bu da hakkaniyetli bir sonuca ulaşılmasına engel teşkil edecektir[278]. Benzer bir şekilde borçlunun ekonomik durumunun çok kötü olduğu bir halde iktisaden mahvolma kriterine kolaylıkla ulaşılacak olunması da zihinleri bulandırabilecektir[279]. Bu halde dikkate alınması gereken aşırı ifa güçlüğüne yol açan hallerin borçlunun genel anlamdaki mali gücüne olan etkisi değil borçlunun meydana gelen

---

[275] ATABEK, s.90

[276] KAPLAN, Müdahale, s.140, 141, Dipnot 543'de anılan Jaeggi/Gauch,Kramer,Bischoff,Feyzioğlu,İmre,Atabek sayılmıştır.

[277] ERMAN, İstisna, s.84

[278] YILMAZ, s.152

[279] ERMAN, İstisna, s.84

değişiklikler sonrası borcu yerine getirmesinin ne kadar ağır olduğu ve ortaya çıkacak mali zorluk ile borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının elde edeceği fayda arasındaki dengedir[280]. Bu nedenle iktisaden mahvolma kriterinin sağlıklı bir kriter olmadığı kanaatindeyim. Bu noktada borçlunun mali durumundan bahsetmiş olmakla bunun TBK md.98'de yer alan ifa güçsüzlüğü ile karıştırılmaması gerektiğini de belirtmek gerekir. TBK md.98'de ele alınan esas olarak borçlunun borcunu ödemekten aciz haline düşmesi ve bu nedenle karşı yana sözleşmeden dönme imkanı getirilmesidir.

İktisadi olarak mahvolma kriteri kapsamında, mağdur olan tarafın mahvına sebebiyet veren olayın boyutları da ayrı bir tartışma konusudur. Bahse konu olaylar mutlaka sosyal felaket boyutunda mı olmalıdır? Detayları yukarıda md.2.2 "Değişen Hal ve Şartların Boyutu" başlığı altında verildiği üzere bu yönde görüşler olsa da mutlaka sözleşmenin uyarlanabilmesi için bir şart olarak sosyal felaket aramanın hakkaniyetli olmayacağı görüşündeyim.

6.1.5. Borcun İfa Edilmemiş olması

Hakimin sözleşmeye müdahalesi ancak yerine getirilmemiş taahhütlerle sınırlıdır, zira edim ifa edilmiş olmakla sözleşme hükümleri bir anlamda kabul edilmiş ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirme gücüne haiz olunduğu ispat edilmiş olunmaktadır[281]. Sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilmesi de sözleşmeyi bir açıdan sona erdireceğinden sona ermiş bir sözleşmeye müdahale edilmesi söz konusu olamaz[282]. Ancak kısmi ödeme yapılmış olması halinde, şartlar mevcut ise, hakimin sözleşmeye müdahale etmesi mümkündür[283]. Sürekli borç ilişkileri de bu bağlamda değerlendirilmelidir, sonuçta devam eden bir edim söz konusu ise bunun ifası kapsamında sözleşmenin uyarlanması da söz konusu olabilecektir.

---

[280] ACAR, s.128,129

[281] OFTINGER, s.618

[282] GÜRSOY, s.149

[283] ARAT, s.123

Edimin ifa edilmesine rağmen sözleşmenin uyarlanması ise "ihtirazi kayıt"konulması ile mümkündür, "ihtirazi kayıt" konulmadan borcun ifa edilmesi ifada bulunan tarafın borcu yerine getirme kudretinde olduğunu ve borcu değişen şartlara rağmen kabul ettiği şeklinde yorumlanmaktadır[284]. Tabii edimin ifa edilmemiş veya "ihtirazi kayıt" konularak ifa edilmiş olması sözleşmenin uyarlanabilmesi için bir şart olarak karşımıza çıksa da burada bir ayrıma gidilmesi ve tüketicinin icra baskısı altında borcunu borç alarak kapaması halinde yani ödünç alarak borcunu kapaması durumunda sırf ihtirazi kayıt koymadan ödeme yaptı diye uyarlama talebinin kabul edilmemesinin yerinde olmadığı şeklinde görüş de mevcuttur; bu görüşe göre kredi borçlusu tüketici, bankaya olan borcunu ödemiş olmasına rağmen halen borçlu olmaya devam etmektedir, bu nedenle yani borcun borçla kapatılması durumunda aslında borç ödenmiş olmayacağından icra tehdidi altındaki tüketici korunmalıdır[285]. Borcun mağdur olan tarafın imkanları ile ödendiği halde ise artık uyarlama talebinin ileri sürülmesi mümkün değildir.

Yargıtay'ın "*ihtirazi kayıt*" konulmadan edimin ifa edilmesi halinde uyarlama talebinin kabul edilemeyeceği yönünde çeşitli kararları mevcuttur[286]. Nitekim yasa koyucu da uygulama doğrultusunda sözleşmenin uyarlanabilmesi için "*borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa*" şartını açıkça koymuştur.

---

[284] KAPLAN, Müdahale, s.145

[285] YILMAZ, s.156–158,166

[286] Y.13.HD 21.04.2003 t., E.2002/15326 - K.2003/4726, Y.13.HD 03.06.1996 t., E.1996/4997 - K.1996/5538 "*Uyarlama isteyen davacı değişen hal ve şartların ortaya çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden görülebilir (tahmin) edilebilir veya beklenebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından derecesi tahmin edilmemelidir. İlaveten edimler henüz ifa edilmiş olmamalıdır. Davacı değişen hal ve şartlara rağmen edimini "ihtirazi kayıt" koymaksızın ifa etmişse uyarlama talep edemez "* www.kazancihukuk.com

6.1.6. Kanunda veya Sözleşmede Özel Hüküm Bulunmaması

Öncelikli olarak, sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelen/gelebilecek değişikliklerin sözleşme üzerinde ve sözleşme ilişkisine etkisi olup olmayacağı konusunda tarafların bir düzenlemesi var

ya da bu konu kanunda öngörülmüşse o vakit bu konuda tarafların anlaşmasına ya da kanun hükümlerine uyulması gerekmektedir. Sözleşmede bu yönde kayıt mevcut ise hakimin sözleşmeye müdahalesi söz konusu olamaz[287]. Bu tarafların sözleşme ile ortaya koydukları iradeye saygı ile ahde vefa ilkesinin bir gereğidir.

Ne var ki sözleşmede yer alan her hükmün uygulanmasının adil ve hakkaniyete uygun olacağı da iddia edilemez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2003/13 E., 2003/599 K. Sayı ve 15.10.2003 tarihli bir kararında bu kurala "*bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. md. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir*" ifadesini kullanarak bir istisna getirmiştir[288].

Tarafların öngörüsü çerçevesinde fiyat değişimi olabileceği, edimlerin ağırlaşabileceği ihtimali sözleşme ile ele alınmış olabilir, fakat bu yöndeki düzenlemelerin taraflar üzerinde mutlak bir bağlayıcılığı olduğunun iddia edilmesi mümkün değildir. Burada sözleşmede yer alan kayıtlara ilişkin olarak Danıştay'ın vermiş olduğu bir karar aydınlatıcı olabilir. Bu kararda "...*mukavelenin 1. maddesinin son fıkrasında, her ne kadar, müteahhidin fiyatların tezyidini istemek hakkında feragat etmiş olduğuna dair bir kayıt varsa da, bu kayıtla normal artışlar kastedilmiştir*" denilerek karar tesis edilmiştir[289]. Kararda yer alan *"normal artışlar kastedilmiştir*" ifadesi sözleşmede yer alan olumlu ya da olumsuz kayıtların normal/olağan şartlar altında geçerli

[287] OFTINGER, s.605,606

[288] YILMAZ, s.161

[289] FEYZİOĞLU, s.24,26; Danıştay 3.D., 7-XI-1942, 152-151

olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Enflasyon nedeni ile olabilecek artışlar normal iken devalüasyon nedeni ile olabilecek artışların normal kabul edilmesi mümkün olamayabilecektir.

Sözleşmede yer alan intibak kayıtlarına ilişkin olarak TBK 138. maddenin yanı sıra bir başka düzenlemeye de dikkat çekmek gerekmektedir. Yeni dönemde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20–25. maddeleri arasında düzenlenmiş olan Genel İşlem Koşulları çerçevesinde de uyarlamayı engelleyen hükümlerin geçerlilikleri ayrıca değerlendirilmelidir. Bazen intibak kaydı bulunmasına rağmen doğruluk ve dürüstlük kuralı ve buna bağlı güven ilkesi ile bağdaşmayan hallerde genel işlem koşulları içinde satıcıya tanınan indeks kaydı ve teslim günündeki rayiç fiyatı belirleme yetkisi, yani bir anlamda intibak hükmü geçersiz sayılmaktadır[290]. Yine istisna teşkil edecek şekilde banka ile imza edilen bir sözleşme kapsamında "...*Yeri gelmişken hemen belirtelim ki, sözleşme serbestliği tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirir*." ifadesi ile genel işlem koşullarının etkisine atıfta bulunmuştur[291]. Güçlü olan bir tarafın güçsüz olana dikte ettiği şablon bir sözleşmedeki intibak kayıtlarının geçerliliği ve bu bağlamda uyarlama talebi üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Ne var ki hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecek şekilde Genel İşlem Koşullarının ileri sürülemeyeceğini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir[292].

Burada bir noktaya daha değinmekte fayda vardır. Sözleşmenin taraflarının tacir olduğu ve/veya tacirlerin tarafı olduğu ticari standart sözleşmeler için TBK 20-25. maddelerinin uygulaması ne şekilde olacaktır. TBK da bu konuda tacir-tüketici ayrımı yapılmamıştır[293]. Ne var ki her iki tarafının da tacir olduğu sözleşmeler kapsamında içerik denetiminin daha farklı

---

[290] KAPLAN, s.142, 143

[291] BURCUOĞLU, s.91, Y.13.HD.06.04.1995 t.,E.1995/145,K.1995/3339

[292] ARAT, s.180–183

[293] ATAMER, Y.M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s.10

yapılması gerektiği, bu nedenle uygulamada ayırım oluşacağı[294], TBK md.20-25 hükmünün TTK md. 20/2 uyarınca ticari standart sözleşmelere uygulanamayacağı görüşü mevcuttur[295].

6.2. Aşırı İfa Güçlüğünün Sonuçları

Aşırı ifa güçlüğü halinin vukuunda mağdur olan tarafın hakimden çeşitli talepleri olabilecektir. Bu talebi sonucunda hakim sözleşmeyi uyarlayabileceği gibi sözleşmenin feshi ya da sözleşmeden dönülmesi yönünde karar verebilecektir.

6.2.1. Sözleşmenin Uyarlanması

Hakim sözleşmeyi ayakta tutma adına çaba göstermelidir. Bu kapsamda hakim sözleşmenin uyarlanması konusunda gerekli değerlendirmeleri yapmakla mükelleftir. Keza kanun koyucu TBK 138. maddede *"…borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir."* ifadesini kullanarak sözleşmeden dönme – sözleşmenin feshini bir anlamda son çare olarak kabul ettiğini açıkça ortaya koymuştur. Uyarlamayı bu bağlamda değerlendirmekte fayda vardır.

6.2.1.1. Kanuni Uyarlama

Borçlar Kanununda çeşitli durumlara ilişkin olarak uyarlamaya yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Bu uyarlama nedenleri daha çok sözleşmenin taraflarından birisinin şahsıyla ilgili durumlara dayanır. Bunlar taraflardan birinin ölmesi, acz haline düşmesi gibi haller bunlara örnek olarak verilebilir[296].

---

[294] YENİOCAK,U., Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2013, Sayı 107, s.88

[295] ANTALYA, s.300

[296] KAPLAN, Müdahale, s.125

Bunun haricinde sözleşme konusu olan şeyin değişmesi, kullanma amacının daralması halinde de EBK md. 250 (TBK md. 304–307) hükmü uyarınca sözleşmenin uyarlanması mümkün kılınmıştır.[297]

Haklı sebebin varlığında da sözleşmenin feshi kira sözleşmesi için EBK md. 264/1 (TBK md.331), hasılat kirası için EBK md. 285/1 ve 289/1 (TBK md.368), hizmet akdi için EBK md.344 (TBK md.435), ölünceye kadar bakma sözleşmesi için EBK md.517/1 (TBK md.617) ve adi şirket için EBK md. 535/7 (TBK md.639) altında ele alınmıştır[298].

Çalışmanın konusu açısından önemli olanlar ise fevkalade bir hal sonucu uyarlamaya yol açan durumlardır. Öncelikli olarak kıyasen uygulanması tahtında EBK md. 365/2 (TBK md. 480) eser sözleşmesinin kanuni olarak uyarlanmasına güzel bir örnektir. Başlangıçta öngörülmeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumların vukuunda sözleşme bedelinin indirilmesi veya sözleşmenin feshinin önü açılmaktadır.

Bunun dışında;

- Ariyet Sözleşmesi EBK md. 303 (TBK md. 383) hükmü ile önceden bilinmeyen bir durum yüzünden gereksinim halinin doğması,
- Vedia Sözleşmesi EBK md.467 (TBK md.565) hükmü ile öngörülmeyen durumlar dolayısıyla sözleşmenin devamının saklanan açısından tehlikeli veya saklayanın kendisi için zararlı olması,
- Hasılat Kirası EBK md.282 (TBK md.363) hükmü ile olağanüstü felaket ve doğal olaylar nedeni ile hasılatın azalması halinin doğması,

kanuni uyarlama örnekleridir[299]. Burada TBK 138. maddenin özel bir durumu olduğunu da ifade etmek gerekir. TBK md.344 kira sözleşmelerine yönelik bir düzenleme olsa da bahse konu

[297] KAPLAN, Müdahale, s.126; ARAT, s.158

[298] KAPLAN, Müdahale, s.125, 126; ARAT, s.158,159

[299] KAPLAN, s.127; ARAT, s.158, 159

maddenin son fıkrasındaki "*Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, "Aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır*." ifadesi TBK md.138'in özel hükümlerdeki –uyarlama özelindeki- uygulama alanıdır. Yasaya sonradan 6217 ve 6353 sayılı yasalarla eklenen geçici maddeler ile bu maddenin uygulamasının tacirler açısından 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle ertelendiğini de bir not olarak eklemekte fayda vardır.

6.2.1.2. Akdi Uyarlama

6098 sayılı Borçlar Kanununun 26. maddesine göre "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*", bu çerçevede tarafların sözleşmede uyarlamaya yönelik düzenlemeler yapması mümkündür. Bunun sınırı ise Borçlar Kanununun 27. maddesindeki "*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler*"e ilişkin getirdiği hükümsüzlük düzenlemesidir. Kanunun tanıdığı sınırlar içinde taraflar sözleşmenin değişen koşullar neticesinde uyarlanmasını bizzat sözleşmenin kendisi ile yapabilmektedirler.

Aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanmasına imkan tanıyan sözleşmelerde öncelikle değişen koşulların tanımlandığı bir düzenleme yer alır. Uluslararası nitelikteki sözleşmelerde bu düzenlemeler genellikle son derece ayrıntılı olarak ele alınır. Bu tarz düzenlemelere bir örnek aşağıda yer almaktadır:

"*…a) Esaslı ifa güçlüğü/hardship, bu sözleşmenin süresi boyunca herhangi bir zamanda veya muhtelif zamanlarda, ilgili tarafın kusuru olmaksızın makul ve dikkatli bir işletici/operatör (operator) gibi hareket eden söz konusu tarafın kontrolü dışında, bu sözleşmeyi kurarken tarafların öngördüğünden tamamen farklı sonuçları ve etkileri olan (yeni bir enerji kaynağının ekonomik sonuçları ve etkileri gibi, fakat bununla sınırlı olmaksızın) ve bu sonuçların ve etkilerin söz konusu tarafı, sonrasında ve yakın gelecekte bu sözleşmenin konusu olan işlenmiş gaza bağlı, veya ilişkin olan tüm yıllık maliyetin (değer kaybı ve faiz de dahil olmak fakat bunlarla*

sınırlı olmaksızın) söz konusu gazın satışından elde edilen yıllık geliri aştığı bir duruma sokan, bir olayın veya koşullarda değişimin meydana gelmesi demektir. "[300]

Düzenlemede yer alan şartlar vuku bulduğunda ise sözleşmenin uyarlanmasının önü açılabilmektedir.

Uyarlama otomatik olarak olabilmekte, yani sözleşmenin uyarlanması sözleşmede belirtilen bir düzen doğrultusunda yapılabilmektedir. Buna göre ileride ödenmesi gereken bir meblağ tarafların iradesi dışındaki bir mekanizmanın sağlayacağı açıklamalara göre ayarlanabilmektedir; bu tip sözleşmelere "*endekse sözleşmeler*" adı verilmekte, altın veya bir döviz türünün artışı oranında ödenmesi gereken meblağın artacağı kararlaştırılabilmektedir[301]. Sözleşmede tanımlı belirli durumların meydana gelmesi halinde sözleşmenin bu koşullara ne şekilde uyarlanacağını açıkça belirten uyarlama hükümleri açık olarak kabul edilmekte; otomatik uyum "*Açık Uyarlama Hükümleri*" olarak da değerlendirilmekte ve olumlu-olumsuz olarak ayrılmaktadır[302]. Olumlu uyarlama hükümleri açıkça sözleşmeden dönülmesine imkan tanıyabilen, sözleşmenin süresini değiştiren, belirli bir endeks uyarınca sözleşme bedelinin değişmesini sağlayabilen yani kısaca tarafların yükümlülüklerini net bir şekilde değiştirebilen hükümlerdir. Olumsuz uyarlama hükümleri ise sözleşmede tanımlı belirli durumların meydana gelmesi halinde dahi sözleşmenin aynı koşullar altında aynen devam etmesini sağlayan, uyarlamanın önünü kapatan hükümlerdir[303]. Tabii ki uyarlama faaliyeti yürütülürken dürüstlük kuralının esas alınması gerektiği[304], olumsuz intibak kaydına dayanılmasının TMK. md.2/2 hükmü anlamında kötüye kullanılması manasına gelmemesi gerektiği, aksi takdirde intibak kaydına rağmen aşırı nispetsizlik halinde uyarlama yapılabileceği unutulmamalıdır[305]. Olumsuz

---

[300] KÖSOĞLU, s.131,132, (Philips Petroleum Company/Norway şirketinin yönetici olduğu bir konsorsiyum ile bir alıcı konsorsiyum arasındaki 1973 tarihli EKOFISK doğalgaz yatağından doğalgaz satış sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü klozu için bkz. Oppetit, s. 132, Dipnot 527)

[301] ATABEK, s.92,93

[302] ARAT, s.140–148

[303] KAPLAN, Müdahale, s.130, 131; ARAT, s.147

[304] TEZCAN, s.122

[305] ARAT, s.152, Dipnot 106, HGK, 07.05.2003 t., 13–332/340

intibak kaydı söz konusu olduğunda Genel İşlem Koşullarına yönelik düzenlemeler de kaydın geçerliliği konusunda ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirebilir.

Genel olarak sözleşmenin uyarlanmasını gerektirecek haller doğduğunda sözleşmenin yeni şartlara uyum sağlaması gerektiğinin kabul edildiği ancak uyumun nasıl sağlanacağının belirtilmediği sözleşmeler için ise otomatik olmayan bir uyarlamadan bahsedilmesi mümkündür. Bu durumda bahse konu düzenleme taraflardan birine uyarlama yapılması hakkını verebileceği gibi, bazen taraflar uyumun üçüncü bir kişi tarafından (genellikle teknik bir eleman-bilirkişi) gerçekleştirilmesine imkan tanır, bazen de sözleşme tarafların yeni durumun ortaya çıkması halinde bir araya gelip sözleşmeyi uyarlayacakları hükmünü içerebilir ki bu durumda toplantıya gelmeyen tarafın mütemerrid olacağı gibi düzenlemeler de yapılabilmektedir[306]. Otomatik olmayan uyumda tarafların iradesi dışındaki ve son derece net, ölçülebilir olan bir düzenlemenin eksikliği göze çarpar. Ancak, yine de tarafların uyarlama yönündeki iradeleri sözleşme ile açıkça ortaya konulmuş olmaktadır.

Bir de örtülü/zımni uyarlama hükümlerinden bahsedilmesi ve bunlarında olumlu ve olumsuz olarak incelenmesi mümkündür; burada sözleşmede yapılan açık bir düzenleme yoktur ancak tarafların sözleşmenin kuruluşundaki hukuki sonuç doğurmaya yönelik hareketleri örtülü bir uyarlama hükmünün varlığının anlaşılmasını sağlar[307]. Örneğin bir alım-satım sözleşmesinde satıcı sözleşmenin kurulması sırasında malın elinde olduğunu söylediği anda daha sonradan ortaya çıkabilecek savaş vb. haller ile karşılaşılsa dahi malın tedarik edilememe rizikosunu bizzat üstlenmiş olmakta ve malın elinde olduğunu ortaya koyan hareketleri zımni ve olumsuz bir intibak kuralı olarak nitelendirilmektedir[308].

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, tarafların iradeleri kapsamında sözleşme aşırı ifa güçlüğüne neden olan olaylardan sonra bir kere uyarlandıktan sonra aynı olay nedeniyle

---

[306] ATABEK, s.95,96

[307] ARAT, s.148–154

[308] KAPLAN, Müdahale, s.121, 122

yeniden uyarlanamaz, meğerki aradan uzunca bir süre geçsin ve şartlar yeniden esaslı bir şekilde bozulsun[309].

6.2.1.3. Hakim Tarafından

Sözleşmenin uyarlanması İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında sözleşmenin yargısal olarak tamamlanması şeklinde anlaşılmaktadır[310]. TBK md. 138 ile getirilen genel düzenleme "*borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, … hakkına sahiptir*" ifadesi ile hakimlere yargısal faaliyetleri kapsamında sözleşmeyi uyarlama yolunda büyük ve önemli bir yetki vermiştir. Bir anlamda hakimin TBK md. 138. maddesi vasıtası ile sözleşmeyi tamamlaması söz konusudur denilebilir.

Bu noktada hakimin sözleşmeyi uyarlama yolunda önünü açan, ona dayanak olan hükümlerle, uyarlama faaliyetini yapmasına engel olan hususlar nelerdir onlara bakmak gerekmektedir.

Öncelikle sözleşmede intibak kaydı bulunmamalı ve kanunda uyarlamaya yönelik özel bir hüküm olmamalıdır ki hakim tarafından uyarlama faaliyeti yapılabilsin, aksi takdirde, prensip olarak intibak kaydı uyarlama yapılmasının önünü kapadığından, hakim tarafından sözleşmenin uyarlanması gerçekleştirilemez. Ancak intibak kaydına dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmenin TMK. md. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebileceği hallerin de olabileceğini unutmamak gerekir. Bu nedenle hakimin uyarlama aşamasında önemli bir dayanağı TMK. md. 2/2 de hayat bulan hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.

TBK md. 138 öncesinde hakime öncelikli olarak TMK md. 2 hükmünün yol gösterdiği, 138. madde her ne kadar uyarlamanın koşullarını ortaya koysa da TMK md. 2'nin uyarlama özelindeki öneminin ortadan kalkmadığını da not etmek gerekir. Sonuçta uyarlamanın özünü dürüstlük kuralı oluşturmaktadır[311]. Tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşması

---

[309] Y.11.HD 21.01.2003 t. , E.2002/12337, K.2003/468, Legal Hukuk Dergisi Mart 2003, s.680

[310] ARAT, s.41

[311] ARAT, s.166

TBK.md.2 kapsamında yeterli olup, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olunsa bile sözleşme kurulmuş sayılır, işte tam bu aşamada sözleşmede boşluk var ise hakim bu boşlukları doldururken dürüstlük kuralına dayanmalıdır[312].

Yukarıda belirtilen kurallarla birlikte hakim değerlendirmesini yaparken tarafların mali durumu, elde edilmesi planlanan kar gibi sübjektif hususlar dışında sözleşmede yer alan somut hükümleri göz önüne almalı, maruz kalınan zararı incelerken sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeden beklediği menfaatleri de göz ardı etmemelidir. Tabii burada elde edilecek kar değil meydana gelen zarar önemlidir ve bu zararın da normal riski aşan kısmı büyük önem arz eder; "*uyarlamaya tabi olan normal riski aşan kısımdır*"[313]. Hakim tüm bu hususları incelerken tarafların ekonomik gücü ile ilgilenmeden somut veriler üzerinden sonuca varmaya çalışmalıdır. Ne var ki Yargıtay'ın sözleşmenin devamının katlanılamaz hale gelmesini neredeyse taraflardan birinin iktisaden mahvolması şartına bağladığı halde hakimin tarafların ekonomik güçlerine dikkat etmeden uyarlama faaliyetini yürütmesi pek de kolay olmayacaktır.

Uyarlama faaliyetini yapan hakim açısından sözleşmenin ayakta tutulması esastır. TBK md. 138 de yer alan "*borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir*" ifadesi açıkça uyarlamanın mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönülmesi (ya da sözleşmenin feshi) yolunun açılabileceğini göstermektedir. O halde hakim sözleşmeyi meydana getiren tarafların sözleşmeyi kurarken ortaya koyduğu farazi iradelerini uyarlama faaliyeti sırasında göz önünde bulundurmalı, tarafların sözleşme kurulurken boşlukta bıraktıkları hususları ne şekilde düzenleyebileceklerini belirlemeye çalışmalıdır[314]. Sözleşme iradesi bir bütün oluşturduğundan hakimin sözleşmeyi yorumlaması esnasında da sözleşmenin bütünlüğüne uygun bir tarzda hareket etmesi gerekir[315]. Yargıtay'ın tarafların gerçek iradelerinin araştırılması yönünde bir yorumu

---

[312] ARAT, s.169,170

[313] ARAT, s.188

[314] TEZCAN, s.138; KAPLAN, Müdahale, S.149

[315] KAPLAN, Müdahale, s.42

mevcuttur[316]. Tabii bu aşamada tarafların bir araya gelerek müşterek bir irade ile sözleşmeyi kurduklarını, bu nedenle sözleşmenin feshinin son çare olduğu, ancak tarafların karşılıklı menfaatlerine uygun düşmediği takdirde sözleşmenin feshedilebileceği unutulmamalıdır[317].

Uygulama esnasında hakimler bugüne kadar objektif kuramdan hareketle çözüm bulmaya çalışmışlar, ekonomik imkansızlık doktrinine sıcak bakmamışlar, daha çok olağanüstü olayların öngörülebilirliği ve mağdur olan tarafın iktisaden mahvolup olmadığı hususlarına dikkat etmişlerdir. Ancak TBK md. 138'in gerekçesinde açıkça Alman hukuku kökenli "*İşlem Temelinin Çökmesi*" teorisine atıfta bulunulması, hakim tarafından Alman Medeni Kanununa (md.275/2'de hayat bulmuştur) dahil edilen ekonomik imkansızlık kurumunun dikkate alınmasına imkan sağlayabilecektir. Bu çerçevede hakim objektif bir değerlendirme yaparken ekonomik imkansızlık kurumundan da yardım alabilecektir.

Hakim tarafından ekonomik imkansızlık doktrininin iktisadi temelleri kapsamında:

- İfa maliyetindeki artışın öngörülebilir nitelikte olup olmadığı,
- İfa maliyetindeki artışın sözleşmeden doğan fazlayı (alıcı en fazla 150 TL vereceği bir ürünü 130 TL'ye aldığında 20 TL "*alıcı fazlası*", aynı ürünü 70 TL'ye mal eden satıcı ürünü 130 TL'ye sattığında ise 60 TL "*satıcı fazlası*" ortaya çıkar. Alıcı ve Satıcı fazlası toplandığında ise "*toplam fazla*" karşımıza çıkar) belirgin şekilde eksiye düşürüp düşürmediği ve,
- Yükselen maliyet karşısında alıcının menfaati,

dikkate alınmalıdır[318]. Tabii bu aşamada "*alıcı fazlası*"nın ölçülebilir olup olmadığı tartışılabileceği gibi, ekonomik imkansızlık doktrininin "*alıcı fazlası*"nı dikkate almasına rağmen

---

[316] Y.15.HD 29.05.1986 t., E.1985/4058 - K.1986/2204 "*...Karşılıklı edimleri içeren akitlerde alacak ve yükümlülükler saptanırken sözleşmede kullanılan deyimlere bakılmaksızın, tarafların gerçek iradelerinin araştırılması ve amaca uygun yorum yapılması gerekir.EBK md.18)*" www.kazancihukuk.com

[317] ERMAN, İstisna, s.111

[318] SCHAFER/AKSOY, s.47–59

Borçlar Kanununun 138. maddesinin lafzının sadece ifa maliyetini dikkate alması[319] söz konusu doktrinin uygulanabilirliğini tartışmaya açabilecektir. Burada bir noktayı da göz ardı etmemek gerekir; Alman Medeni Kanunu md. 275/2 altında "*ekonomik imkansızlık*" , md. 313 altında ise "*İşlem Temelinin Çökmesi*" durumlarını ele almaktayken, Borçlar Kanunu 138. madde altında ise her iki kuralı da tek madde altında düzenlemiştir[320]. Bu çerçevede ekonomik imkansızlık doktrinini daha ziyade sözleşmenin sonlandırılmasını gerektirecek hallerde ele almanın daha doğru olabileceği düşünülebilir.

6.2.2. Sözleşmenin Feshi veya Sözleşmeden Dönülmesi

TBK md. 138'in gerekçesine göre uyarlamanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Ne var ki ancak bunun mümkün olmaması halinde borçlu sözleşmeden dönebilmekte; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak fesih hakkını kullanabilmektedir. Bu nedenle hakim tarafların iradelerine saygı göstererek sözleşmeyi ayakta tutmak adına gerekli çabayı sarf etmelidir. Ancak bu mümkün değil ise, sözleşmeye kutsiyet atfetmeden, sözleşme bağını sonlandırma yolunu seçmelidir. Bu çerçevede ediminin ifa edilip edilmediği, sözleşmenin süreklilik arz edip etmediği gibi haller değerlendirilerek sözleşmeden dönülmesi ya da sözleşmenin feshi yolları izlenebilecektir.

Kanun metninde yer alan "…*borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır*." ifadesi uyarınca, önce sözleşmeden dönülmesi ve sonrasında sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi ele alınacaktır.

6.2.2.1. Sözleşmeden Dönülmesi

Kanun koyucu şartların değişmesi durumunda, çeşitli hallerde, sözleşmenin taraflarına geçmişe etkili olacak şekilde sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımıştır; bunlar İfa Güçsüzlüğü

[319] SCHAFER/AKSOY, s.60

[320] SCHAFER/AKSOY, s.65–66

(borç ödemede acz hali) EBK md. 82 (TBK md. 98) ile, Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halidir EBK md. 106/2 (TBK md. 125)[321].

TBK md. 138 ile ise genel bir düzenleme getirilmiş ve borçluya/mağdur olan tarafa edimin ifa edilmemiş olması şartı ile sözleşmeden dönme imkanı tanımıştır. Sözleşmeden dönülmesi geriye etkili olarak sözleşmenin ortadan kaldırılmasıdır. Bu nedenle dönme, neredeyse kural olarak, sürekli edimli sözleşmelerde uygulanmaz, ani edimli sözleşmelerde uygulanır[322]. Fakat sözleşmenin niteliğinin yanı sıra hakkaniyet gereği, istisnai de olsa, uzun süreli sözleşmelerden de dönülmesi olasıdır. Örneğin Nisan 1994 krizinde bazı bankalar döviz üzerinden verdikleri konut kredilerinde konutların bankaya geri verilmesini tercih etmişler, sözleşmenin uyarlanmasını tercih etmemişlerdir[323]. Bu nedenle yine de her somut olayı kendi şartları çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir, fakat ifade etmek gerekir ki dönme hakkı karşı tarafa varması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile ancak sınırlı hallerde kullanılabilmektedir.

6.2.2.2. Sözleşmenin İleriye Etkili Olarak Feshi

Kanun koyucu şartların değişmesi durumunda sözleşmenin taraflarına ileriye yönelik olarak tek taraflı fesih hakkı tanımıştır; bunlar Kira EBK md. 264 (TBK md.331), Hasılat Kirası EBK md. 286 (TBK md. 369), Eser Sözleşmesi EBK md. 365/2 (TBK md.480/2), Hizmet Akdi EBK md. 344 (TBK md.435) ve Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi EBK md.517/1 (TBK md. 617) olarak sayılabilir[324].

TBK md. 138 ise aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesine imkan tanımaktadır. Madde metninde geçen "*Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*" bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

---

[321] KAPLAN, Müdahale, s.128-130; ARAT, s.161

[322] ERMAN, İstisna, s. 104

[323] ARAT, s.194,195

[324] KAPLAN, Müdahale, s.128; ARAT, s.161

Sözleşmenin sona erdirilmesi bir anlamda sözleşmenin süresinin kısaltılması şeklinde uyarlanmasıdır[325]. Karşı tarafa varması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşme kanunun tanıdığı sınırlı hallerde ileriye etkili olarak feshedilebilmektedir. Sürekli edimli sözleşmelerde çoğunlukla yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesinin mümkün olmaması ya da hakkaniyetsiz sonuçlar doğurması bu tür sözleşmelerin geriye etkili olarak sona erdirilmesine pek imkan vermemektedir[326]. İstisnaları olabileceği göz önünde bulundurularak, geriye etkili sona ermenin süreklilik arz eden sözleşmelerde yerine getirilmiş edimlerin akıbeti bakımından sorun teşkil edeceği kabul edilmeli ve sona erme bu tür sözleşmeler için ileriye yönelik olarak yapılmalıdır[327]. Bu nedenle TBK md. 138 ile yapılan düzenlemenin yerinde olduğu ifade edilebilir.

[325] ARAT, s.194

[326] ERMAN, İstisna, s.104

[327] ARAT, s.194

SONUÇ

Değişen Hal ve Şartlar sonucunda vuku bulan Aşırı İfa Güçlüğü halinin sözleşme üzerinde etki yarattığı ve Yargıtay'ın içtihatları ile birlikte kanun koyucunun aradığı tüm şartların gerçekleştiği halde sözleşmenin uyarlanabileceği, feshedilebileceği veya sözleşmeden dönülebileceği kabul edilmektedir.

Bu konuda genel bir düzenlemenin eksikliği hissedilirken TBK md. 138 artık bahse konu eksikliği ortadan kaldırmıştır ve bu yönde bir düzenleme yapılması son derece olumludur. Ne var ki söz konusu yeni düzenlemenin uygulamasının ne şekilde yapılacağı ve genel düzenlemenin olmadığı dönemde Yargıtay'ın ortaya koyduğu kriterlerin hala uygulanabilir olup olmadığı, doktrinde yer alan bazı görüşlerinin geçerliliğini koruyup korumadığı, düzenlemenin yeterli olup olmadığı hususları yeni dönemde tartışma konusu olacaktır.

Öncelikle, düzenlemedeki ifadeler kapsamında, Türk-İsviçre Hukukunda uygulanan objektif yaklaşımın yanında sübjektif yaklaşımın da değerlendirme esnasında ele alınıp alınmayacağı önemli bir husus olarak göze çarpmaktadır.

Yargıtay bugüne kadar sözleşme kurulduktan sonra dengenin bozulması ve amacın erişilmez olması gibi haller üzerinde yoğunlaşmışken bundan böyle TBK md. 138'deki "*… sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştir*" mesi ifadesi gereğince sözleşme yaparken tarafların dikkate aldıkları koşulların değişmesi olgusunu, sözleşme kurulurken sözleşmenin taraflarının içinde bulundukları hal ve düşünceleri ile bu durumda meydana gelen değişiklikleri de değerlendirmek zorunda kalacak mıdır? Madde gerekçesinde atıfta bulunulan İşlem Temelinin Çökmesi teorisinin çıktığı Almanya'da BGB § 313 II. Fıkranın dışsal unsurlar kadar içsel tasavvurların da sözleşmenin uyarlanmasına imkan tanıdığı[328] düşünülürse sübjektif teorinin de değerlendirmeye alınacağı iddia edilebilir mi? Bu soruların olumlu cevaplandırılması gerektiği kanaatindeyim. Şöyle ki; değil İşlem Temelinin Çökmesi teorisi, kanun maddesinin

[328] CASHIN RITAINE, s.331

lafzı bile bu konuda yeterince açıktır. Yargıtay TBK md. 365/2'nin kıyasen uygulanması dönemindeki alışkanlıklar uyarınca sonradan ortaya çıkan durumun "*işin yapılmasına engel olup olmayacağı"* kadar, yani işin kendisine odaklandığı ölçüde, *"sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları*" da dikkate almalıdır.

Kanun koyucunun yaptığı düzenleme sonucunda artık Yargıtay'ın objektif yaklaşımın etkisi altındaki süregelen yaklaşımını değiştirmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu çerçevede sözleşmedeki mevcut olguları değerlendirme zorunluluğu altında olan mahkemelerin her somut olayı, kendi koşulları içinde değerlendirmek zorunda kalacağı, –belki de biraz iyi niyetli bir düşünce ile- tek ve ortak bir gerekçe ile, şablon kararlar veremeyeceği düşünülmektedir.

Sözleşmeye etki eden değişen hal ve şartlar temelinde TBK md. 138'e bakıldığında ise yeni düzenlemede yer alan *"kendisinden ifanın istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir*" olması yönündeki ifade de bir diğer tartışma konusunda etki doğuracak niteliktedir. Şöyle ki; bir görüşe göre sözleşmenin uyarlanabilmesi sözleşmeye etki eden olayların mağdur olan tarafın ekonomik olarak mahvına yol açmış olması şartına bağlı iken, TBK md. 138'de yer alan ve yukarıda alıntı yapılan ifade sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğünün, mutlaka borçlunun ekonomik olarak mahvına veya ağır zararına yol açacak olmasını kanun koyucunun bir şart olarak aramadığını açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısı ile TBK md. 138 uyarınca bundan böyle sözleşmenin uyarlanmasının mağdur olan tarafın mali yönden mahvına sebebiyet verip vermemesi gerektiğinin tartışma konusu olmaktan çıkması gerekmektedir.

Keza yine sözleşmeye etki eden değişen hal ve şartlar temelinde TBK md. 138'de "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum*" ifadesinin yer aldığı görülmekteyse de "*olağanüstü*" durumun mutlaka sosyal felaket boyutunda bir olay olarak ele alınmaması gerektiği düşünülmektedir. Madde gerekçesinde Alman İşlem Temelinin Çökmesi teorisine atıfta bulunulması ve bu teoride böyle bir şart aranmaması ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de böyle bir şartı uygulamaması tahtında "*olağanüstü*" duruma olduğundan daha fazla bir anlam yüklenmesi maddeyi neredeyse uygulanamaz kılacaktır. Benzer bir şekilde maddede yer alan "*öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen*" bir durum ifadesinin de mağdur olan tarafın aleyhinde olacak şekilde yorumlanması ve öngörü çıtasının yükseklere

konulması yine maddenin uygulanmasını zorlaştıracak mahiyette bir yaklaşım olacaktır. TBK md.480'de yer alan "*başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar*" ifadesi bu yönde izlenmesi gereken yolu gösteren bir ışık olarak değerlendirilebilir. Tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada sonucunu göz önünde tutamadıkları hallerin "*öngörülebilir*" sayılması TBK md.138'in uygulanmasını büyük ölçüde kısıtlayacak bir yaklaşım olacaktır. Bu da kanun koyucunun dövize endeksli borçlanmalarda mağdur olan tarafın olası sonuçları sözleşme kurulduğu anda öngörememesi nedeni ile TBK 138. madde hükmünün yabancı para borçlarına da uygulanacağı yönündeki, gerçek anlamı ile son anda yaptığı, eklemesinin ruhunu ıskalamak olacaktır.

Madde metnindeki bazı ifadeler de ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin TBK md. 138'in gerekçesinde sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olması sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması bağlamında bir şart olarak aranmıştır. Burada UNIDROIT ilkelerinin 6.2.2.a maddesindeki gibi "*Olaylar, sözleşmenin yapılışından sonra meydana gelmiş veya zarara uğrayan tarafça anlaşılmış ise*" şeklinde bir ifade kullanılması daha doğru olabilir idi, yani mutlaka olayların sözleşme kurulduktan sonra meydana gelmesi şartının aranması yerine sonradan öğrenme şartının da maddeye eklenmesi yerinde olabilirdi.

Ayrıca, her ne kadar TMK md.2 hükümleri uyarınca değerlendirme yapılması zorunlu olsa da, sözleşmenin feshinden önce tarafların borcun ifasına yönelik karşılıklı menfaatlerinin dikkate alınması yönünde bir düzenleme yapılması da faydalı olabilir idi[329]. Sözleşmede kararlaştırılan bedelin uyarlanması durumunda ifa alacaklısına sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınması da bir başka ve haklı öneridir[330].

Madde lafzına göre yapılabilecek bir diğer eleştiri ise maddede yer alan "*borçlu*" ifadesine yöneliktir. Kanun koyucu 6098 sayılı yasanın 331, 363 ve 369. maddelerindeki gibi "*sözleşme ilişkisinin devamı kendisi için çekilmez hâle gelen taraf*" ifadesini kullanabilirdi ve bu daha

[329] SCHAFER/AKSOY, s.60

[330] SCHAFER/AKSOY, s.61

doğru olurdu. Keza UNIDROIT İlkeleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerindeki gibi "*mağdur taraf*" ve benzeri bir düzenleme de diğer bir seçenek idi. Nitekim sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğünün etkilediği kişi –kira sözleşmesindeki kiraya veren gibi- sözleşmenin alacaklısı olarak nitelendirilebilecek tarafı da olabilir. Aslolan mağduriyet olduğundan "*borçlu*" ifadesinin pek de yerinde olduğu düşünülmemektedir.

Maddenin kanun sistematiği içinde bulunduğu yer de tartışmaya açıktır. Madde üçüncü bölüm, birinci ayrım altında, "*E.İfa İmkansızlığı*" başlığı devamında düzenlenmiştir. Oysa yukarıda açıklandığı üzere ortada bir imkansızlık hali bulunmamaktadır. PICC'de hardship hali "*Performance*" yani "*ifa*" bölümü altında ele alınmış ve "*hardship*"in bir imkansızlık hali olmadığı açıkça ortaya konulmuştur. TBK da ise madde sanki bir imkansızlık hali söz konusuymuşçasına "*İfa İmkansızlığı*" başlığı altında düzenlenmiştir ki bu da pek yerinde olmamıştır. İfanın yerine getirilmesindeki imkansızlığın borcu sona erdirmesi ile aşırı ifa güçlüğü hali ile sözleşmenin uyarlanmasının koşul ve sonuçları farklıdır.

Madde metni incelendiğinde ve Yargıtay'ın geçmiş dönemdeki içtihatları incelendiğinde bir çok soru ile karşılaşılması olasıdır. Durumu somutlaştırma adına bir örnek vermek gerekirse İstanbul'un bir yakasından diğerine karayolu ile düzenli bir şekilde taşımacılık yapılması için bir sözleşme yapıldığını varsayalım. Ancak sözleşme tarihinden sonra köprülerin aniden bakıma alınması durumu ile karşılaşılsın. Bu durum olağanüstü-öngörülemeyen bir hal olarak kabul edilebilir mi? Sonuçta taşımacılık yine karayolu ile ancak İstanbul boğazı feribot ile geçilerek yapılabilir. Ne var ki bu güzergah değişikliği ve feribot maliyeti taşıyanın sözleşmeyi imzalarken düşündüğü ve aklında yer alan maliyet hesabından oldukça farklı olabilir. Taşımanın başlangıç ve bitiş saatleri öngörülenlerden mutlaka farklı olacaktır. Bu ve benzeri birçok etken dikkate alındığında acaba taşıyanın sözleşmeyi imzalarken ortaya koyduğu irade ile sonradan ortaya çıkan haller neticesinde yapmakla yükümlü olacağı edim paralel midir? Bu noktada sözleşmede sözleşme bedelinin değiştirilemeyeceğine ilişkin bir hükmün yer alması taşıyanı bağlayacak mıdır? Taşıyan bir tacir olduğuna göre ve İdarenin güzergah değiştirme, yolları kapama ve bakıma alma gibi yetkileri olduğunu peşinen bilmesi ve öngörmesi gerektiği ileri sürülebilecek midir? Güzergahta değişime neden olan olay "*olağanüstü bir durum*" mudur? Sözleşme bedelinin değiştirilmesi suretiyle sözleşmenin uyarlanması mı, yoksa sözleşmenin feshedilmesi

mi adil olacaktır? Yoksa ahde vefa ilkesi uyarınca sözleşme ilk kurulduğu andaki hali ile mi kalmalıdır? Bu konuda değerlendirme yapılırken öngörü çıtasının çok yüksekte tutulmaması ve olağanüstü durum koşulunun sözleşme ve sözleşmenin tarafları özelinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Sonuçta sözleşmenin tarafları tacir de olsa basiretin ancak normal piyasa şartlarının devam ettiği sürece söz konusu olabileceğinin de unutulmaması gerekmektedir. Bu ve benzeri sorulara cevap ararken dürüstlük ve iyi niyet kuralları yol gösterici olmalıdır. Hakimlerin sözleşme kurulurken tarafların tasavvurlarını da göz önünde bulundurması, sonradan ortaya çıkan, öngörülemeyen olağanüstü bir durumun tespiti kadar önemlidir. Aslında salt TBK md. 138'in lafzı mevcut içtihatların değişmesi için yeterlidir. Yargıtay'ın "*öngörü*" çıtasını çok yukarılarda tuttuğu, "*olağanüstü bir durum*" değerlendirmesinde fazlası ile tutucu davrandığı, olayları yorumlarken sadece objektif yaklaşım üzerinden hareket ettiği, sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğünün sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme/fesih hakkına sebebiyet vermesi tahtında ise fazlası ile ahde vefa ilkesine yakın durmasının sözleşmenin uyarlanmasının önünde engel teşkil ettiği geçmiş dönemde görülmüştür.

Yargıtay TBK md.138'e konu olabilecek olayları değerlendirirken, birkaç istisnai karar hariç olmak üzere, sanki EBK md.365/2 hükmünü kıyasen uygulamaya devam etmektedir. Yargıtay'ın yaklaşımı adeta ortada aşırı ifa güçlüğü haline yönelik genel bir düzenleme yokmuş, bu nedenle EBK md.365/2 hükmü ve onun uygulanma şartları uyarınca çözüm bulunması gerektiği yönündedir. TBK md. 138'in gerekçesinde maddenin uygulanma koşulları sayılırken bunun Yargıtay içtihatları ile uyumlu olduğu gerçeği göz ardı edilemez. Ne var ki göz ardı edilmemesi gereken bir gerçek de artık aşırı ifa güçlüğü haline ilişkin olarak genel bir düzenleme olduğudur. Yargıtay'ın özellikle dövize endeksli borçlanmalarda maddenin lafzını dahi dikkate almadığı kararları mevcuttur ve bu kararlarda EBK döneminde verilmiş HGK kararlarına atıfta bulunulmaktadır. Bu noktada anlaşılamayan husus ise Yargıtay'ın neredeyse EBK md.365/2 hükmüne göre karar verirken neden o hususta getirilmiş yeni düzenleme olan TBK md.480/2 hükmünü uygulamadığıdır. Madem TBK md.138 dikkate alınmayacak, eser sözleşmesine ilişkin özel hüküm üzerinden çözüm bulunacaktır o vakit TBK md.480/2 dikkate alınmalıdır. Yargıtay TBK md.480/2'deki "*başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar*" ifadesini aşırı ifa güçlüğüne ilişkin kararlarında

göz önünde bulundurmamakta, bu hali ile adeta EBK md.365/2'yi uygularken TBK md.480/2 hükmünü bile dikkate almamaktadır. Aşırı ifa güçlüğü halinin ele alındığı halde olması gereken elbette ne EBK md.365/2 ne de TBK md.480/2 hükmünün uygulanmasıdır, eleştirilerimizin bu şekilde anlaşılmaması gerekmektedir. Kanun koyucu TBK md.138 ile "*yeni*" bir düzenleme getirmiştir, bu düzenleme EBK md.365/2'nin genel bir düzenleme haline getirilmesi değildir, Yargıtay'ın da değerlendirmelerini bu yönde yapması doğru olacaktır.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın yeni dönemde verdiği birkaç istisnai karar ve bazı kararlardaki muhalefet şerhlerine bakıldığında yaklaşım değişikliği yönünde zayıf da olsa bir ışık görülmektedir. Bu çerçevede genel olarak olumlu bulduğum TBK md. 138 hükmünün aşırı ifa güçlüğü haline ilişkin Yargıtay içtihatlarında kayda değer değişikliklere yol açacağını ümit etmekteyim.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE DERGİLER

ACAR, H., Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü , Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.XII, Sy.1-2 (2008).

AKINCI, Z., Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996.

AKYOL, Ş. , Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Istanbul,1995.

ANDREWS, N., Contract Law, Cambridge University Press, 2011.

ANTALYA, O.G., Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2. Baskı, 2013.

APAYDIN, E., Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi, Prof.Dr.Aydın Zevkliler'e Armağan, 2013.

ARAT, A., Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Şeçkin , Ankara, 2006.

ATABEK, R.,Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum, BATİDER , C.XII Sa.4, 1984.

ATAMER, Y.M., İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Serozan Armağanı.

ATAMER, Y.M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012.

BAYSAL, B., Sözleşmenin Uyarlanması, (Sözleşme), Oniki Levha, İstanbul, 2009.

BAYSAL, B., Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü (Borçlar) , İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70 , Sayı 1 (2012).

BELEN, H., Japon Yeni/İsviçre Frangı Kaydıyla Verilen Konut Kredilerinde Uyarlama Uyuşmazlıkları Hakkında Bazı Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87 Sa.5, 2013.

BISCHOFF, J.,Vertragsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus.Diss.Zürich, 1983.

BRUNNER, C., Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration, 2009.

BURCUOĞLU, H.,Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığı Altında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama (Taşınmaz Kira Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama uygulaması), 1995.

BÜYÜKAY, Y., Eser Sözleşmesi, Ankara, 2013.

CASHIN RITAINE,E., (Çev.BAYSAL, B.), Emprevizyon , Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C.LXIII,Sy.1-2,2005.

CHITTY BEALE H. (General Editor) Chitty on Contracts, Volume 1 - General Principles, Edition:31, Sweet & Maxwell, 2012.

DAYINLARLI, K., Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri , Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 23, Sayı 1-2 (2003).

DOĞANAY, İ., Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?, Yargıtay Dergisi, Sayı 4, Ekim 1975.

DURAL, M., Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler , BATİDER , Cilt VII, 1974.

EMANUEL, S., Emanuel Law Outlines: Contracts, Eight Edition,2006.

ERDEM, E., ICC Model Contracts, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul, 2008.

EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Bası, Istanbul, 2015.

EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Bası, Istanbul, 2015.

ERMAN, H., Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları (Akit), İÜHFM., C.XXXVIII, Sayı 1-4,ayrı bası, 1973.

ERMAN, H., İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2) (İstisna), İstanbul : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979, İstanbul Üniversitesi yayınlarından no; 2652. Hukuk Fakültesi no: 598.

ESENER, T., Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ,Cilt XI , Sa.1.

ESSER, J./SCHMIDT, E., Schuldrecht Band I,Allgemenier Teilband I , Heidelberg, 1984.

FEYZİOĞLU, T., İdare Hukukunda Emprevizyon Teorisi , Ankara, 1947.

GÜRSOY, K.T., Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Teorisi), Ankara, 1950.

KAPLAN, İ.,Borçlar Hukuku Dersleri : Genel Hükümler (Borçlar) , Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara,İmaj Yayıncılık, 2012.

KAPLAN, İ., Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, (Müdahale), Ankara,Yetkin , 3.Baskı, 2013.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?, M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,N/ HATEMİ,H./ SEROZAN, R./ ARPACI,A., Borçlar Hukuku : Genel Bölüm : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006.

KILIÇOĞLU, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası,Ankara, 2014.

KÖSOĞLU, M., Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/ Hardship Klozları (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

LEGAL HUKUK DERGİSİ, Mart 2003.

MOSKIN, M./ROSSMAN, V.R.,Commercial Contracts: Strategies for Drafting and Negotiating, Second Edition (2014 Supplement).

OFTINGER, K., Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül (clausula rebus sic stantibus hakkında), (Çev.,DAVRAN B.) İÜHFM, 1942.

OĞUZ, A., Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFM, C.50 Sa.3, 2001.

OĞUZMAN, K./ÖZ, T., Borçlar Hukuku : Genel Hükümler ,Gözden Geçirilmiş Altıncı Basından Yedinci (Tıpkı) Bası,İstanbul, 2009.

REİSOĞLU, S., Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler,23. Bası, 2012.

RIMKE, J., Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts , Reproduced with Permission of Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000).

RÖSLER, H., Çev.ÜNVER T.A, Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar, İÜHFM C. LXVI, Sy.1, 354 s. 353-364, 2008.

SAUSER-HALL, G., Çev.OSMAN M., Borçlar Hukukunun Umumi Nazariyeleri, İÜHFM C. VIII Sa.46, 1930.

SCHAFER, H.B./AKSOY, C.A., Hukuk Ekonomi Yaklaşımı Çerçevesinde Türk Sözleşme Hukukunda Ekonomik İmkansızlık, BATİDER , C.XXVI Sa.1, 2010.

SCHMITTHOFF, C.M., (edited by CHENG C-J), Clive M. Schmitthoff's Select Essays On International Trade Law, 1988.

SCHWARZ, A., Harbin Hususi Akitler Üzerinde Tesiri,(Harp), Türk Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi No:80, Ankara, 1944.

SCHWARZ, A., Medeni Hukuk Dersleri,(Medeni), İstanbul, 1935.

SEROZAN, R., İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (İfa), 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

SEROZAN, R.,Sözleşmeden Dönme, (Dönme), İstanbul, 1975.

SÜRAL, C., Respecting The Rules Of Law: The Unidroit Principles In National Courts And International Arbitration,(Respecting), (2010) 14 VJ 249 - 266 249.

SÜRAL, C., Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, (Uluslararası),Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:4, İzmir, 2008.

TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme (Ariyet,Karz) Sözleşmeleri, Üçüncü Tıpkı Basım'dan Dördüncü Tıpkı Basım,Cilt I/2, 2008.

TEKİNAY, S., Borçlar Hukuku : Genel Hükümler, İstanbul : Fakülteler Matbaası, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 5. bs. , Cilt II, 1985.

TEKINAY, S. /AKMAN, S. /BURCUOĞLU, H., /ALTOP, A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası, Istanbul, 1993.

ULUSU, A.E., Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, 2011.

UNBERATH, H.,The Common Frame of Reference: A View From Law& Economics, European Law Publishers Gmbh, Munich, 2009.

YALMAN, S., Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006.

YAVUZ, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, Yenilenmiş 10. Baskı, 2014.

YENİOCAK,U., Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2013, Sayı 107.

YILDIRIM, A.C., Equilibrium in International Commercial Contracts(with particular regard to gross disparity and hardship provisions of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts), (Equilibrium), 2010.

YILDIRIM, A.C., Sözleşme Ekonomisinin Bozulmasıyla İlgili Kuramların Türk Hukuku'ndaki Uygulamaları ve Yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki Aşırı İfa Güçlüğü, (Sözleşme), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, Sy.1-2 (2012).

YILMAZ, S., Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı, AÜHFM, 59 (1) 2010.

İNTERNET KAYNAKLARI (Tüm Kaynaklar İçin Son Erişim Tarihi 08.04.2015)

BERGER, K.P., The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law.

http://trans-lex.org/000002

BONELL, M.J., The UNIDROIT Principles and Transnational Law.

http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2-bonell-e.pdf

CARLSEN, A., Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied When the CISG is the Governing Law?

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/carlsen.html

CUNEO, G.A./CROWELL, E.H., Impossibility of Performance Assumption of Risk or Act of Submission.

http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3011&context=lcp

EISENBERG, M.A., Impossibility, Impracticability, and Frustration - Professor Goldberg Constructs an Imaginary Article, Attributes It to Me, and then Criticizes It, 2 J. Legal Analysis 383 (2010).

http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/696

FLAMBOURAS, D.P., The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, 13 Pace International Law Review (Fall 2001).

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html

FLECHTNER, H.M., (edited by) Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, ParolEvidence, Analogical Application, and much more.

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html

FUCCI, F.R., Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance.

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html

HILLMAN, R.A., Court Adjustment of Long-Term Contracts; An Analysis Under Modern Contract Law, (Court) Duke Law Journal, Sayı 1, Şubat, 1987.

http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2972&context=dlj

HILLMAN , R.A., "Maybe Dick Speidel Was Right about Court Adjustment (2009),(Speidel), Cornell Law Faculty Publications, Paper 539.

http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/539

HORN, N., Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law, in Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of contracts in International Trade and Finance, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. 1985, at 15 et seq.

http://www.trans-lex.org/113700

ICC Award No. 1512, YCA 1976, at 128 et seq. (also published in: Clunet 1974, at 905 et seq.)

http://www.trans-lex.org/201512

MASKOW, D., Hardship and Force Majeure, 40 Am.J.Comp.L. 1992, at 657 et seq.

http://www.trans-lex.org/126400

MUNOZ, E., Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law.

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/munoz1.pdf

MUSTILL, M., The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, Arb.Int'l 1988, at 86 et seq.

http://www.trans-lex.org/126900

PERILLO, J.M., Force Majeure and Hardship under The Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html#p24

PUELINCKX, A.H., Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprevision, Wegfall der Geschaftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, 3 J.Int'l Arb. 1986, No.2,at 47 et seq.

http://www.trans-Lex.org/128100

RODRIGUEZ, J.A.M., Contracts and Non-State Law in Latin America.

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Moreno_Rodriguez.pdf

ROSENN, K.S., The Effects of Inflation on the Law of Obligations in Argentina, Brazil, Chile and Uruguay, 2 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 269 (1979).

http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol2/iss2/4

SCHWENZER, I., (2009) Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts.Victoria University of Wellington Law Review,39.

http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf

SMYTHE, D.J., Bounded Rationality, the Doctrine of Impracticability, and the Governance of Relational Contracts Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 13, No. 2.

http://ssrn.com/abstract=799328

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sural.pdf

TEZCAN, M., Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması Yüksek Lisans Tezi , Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004.

acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf

TRENTACOSTA, J.R., Commercial Impracticability and Fair Allocation Under UCC 2-615 , Michigan Bar Journal , November, 2010.

http://www.michbar.org/journal/pdf/pdf4article1767.pdf

Van HOUTTE, H.,Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda,in:Gaillard (ed.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration (Icc Publ. Nr.480,4), Paris 1993, at 105 et seq.

http://www.trans-lex.org/117300

URIBE, R.M., Change Of Circumstances In Internatıonal Instruments Of Contract Law. The Approach Of The CISG, The PICC, The PECL and The DCFR.

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf

WALTER, P., (2012)"Commercial Impracticability in Contracts," St. John's Law Review: Vol. 61: Iss. 2, Article 2.

http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2022&context=lawreview

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html

http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/24899796.asp

http://www.kazancihukuk.com

http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-615

http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm

http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214-1-1.htm

http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23803_1.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23803_1.pdf

http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100522-5.htm

http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140513-1.htm

www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140513-1-1.pdf

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf

http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=Abstract

http://www.unilex.info/case.cfm?id=659