

70785

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**ENFLASYONUN İSTİSNA SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ
VE
CLAUSULA REBUS SİC STANTİBUS İLKESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yükseköğretim Bakanlığı
Dokümanizasyon Birimi

Tanju Oktay YAŞAR

Danışman : Prof. Dr. Ali Naim İNAN

ANKARA — 1989

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1
§ 1- PACTA SUND SERVANDA İLKESİ	3
I- Genel Olarak	3
II- Türk Hukukundaki Durum	5
§ 2- CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS İLKESİ	7
I- Genel Olarak	7
1) Kavram, Terminoloji ve Kökeni	7
2) Pacta sund servanda ile Arasındaki İlişki	10
II- Beklenilmeyen Hal Teorileri Arasındaki Yeri	12
1) Dar Anlamda clausula rebus sic stantibus (zımnî infisahî şart) Teorisi	12
2) Tasavvur (Voraussetzung) Teorisi	13
3) İşlem Temeli (Geschaeftsgrundlage) Teorisi	14
4) Hata Teorisi	16
5) İmkansızlık Teorisi	18
6) BK. m. 365/II'nin Kıyasen Uygulanması Teorisi	19
7) Objektif İyiniyet (MK. m. 2/I) Teorisi ...	22
8) Diğer Teoriler	23
§ 3- YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS	25
I- Genel Olarak	25
II- Fransa'da	26
III- İngiltere'de	26

IV- Almanya'da	29
V- İsviçre'de	30
§ 4- TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS'UN YERİ	31
I- BK. m. 365/II'deki Düzenleme	33
1) BK. m. 365/II'nin Uygulanma Şartları	40
a) Önceden Görülemeyen ya da Beklenilmeyen Hallerin Ortaya Çıkması	41
b) Bu Hallerin, İşin Yapılmasını Son Derece Güçleştirmesi	49
c) İfa Güçlüğüne Yol Açan Hallerin Ortaya Çıkışının Müteahhide İsnad Edilememesi	51
d) İhbar	52
2) BK. m. 365/II'nin Sonuçları	54
a) Fesih	54
b) Bedelin Artırılması	60
c) Sözleşmenin Değişen Şartlara Uydurulması	60
3) BK. m. 365/II Hükmünden Önceden Vazgeçme .	64
II- MK. m. 2'deki Düzenleme	68
III- Türk Mahkeme İçtihadlarında clausula rebus sic stantibus	72
1) Yargıtayın, 2.6.1942 Tarih ve 941/3732/1522 Sayılı Kararı	72
2) Temyiz Mahkemesi HUH. 6.11.1957 Tarih ve E. T-76, K. 82 Sayılı Kararı	74
3) 13. HD., 26.11.1982 Tarih ve E. 1982/6168, K. 1982/7199 Sayılı Kararı	75
4) 11. HD., 4.11.1983 Tarih ve E. 1983/4170, K. 1983/4731 Sayılı Kararı	79
5) HGK., 3.2.1988 Tarih ve E. 1987/11-411, K. 1988/66 Sayılı Kararı	80

§ 5- 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU	82
§ 6- İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE FİYAT ARTIRMA YA DA FESİH YETKİSİ VEREN KARARNAMELER	85
I- Genel Olarak	85
II- Kararnamelerin Özelliği	88
1) 18.3.1981 Tarih ve 8/2574 Sayılı Kararnameden Önceki Durum	88
2) 18.3.1981 Tarih ve 8/2574 Sayılı Kararnamenin Özelliği	90
III- Kararnamelerin İdare İçin Bağlayıcı Olup Olmadığı	94
IV- Kararnamelerin, Sözleşmeleri Müteahhidler Aleyhine Değiştirip Değiştiremeyeceği	98
§ 7- ENFLASYONUN İSTİSNA SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	101
I- Kavram	101
II- Etkileri	103
III- Enflasyonun Etkilerinden Kurtulma	105
1) Yargısal Yolla	105
2) Sözleşme Yolu İle	107
SONUÇ	111
BİBLİYOGRAFYA	115

KISALTMALAR

ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
AD.	:	Adalet Dergisi
a.g.e.	:	adı geçen eser
a.g.m.	:	adı geçen makale
Am. J. Comp. L.	:	American Journal of Comparative Law
AY.	:	Anayasa
b.	:	bend
B.	:	Bası
Batider.	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK.	:	Borçlar Kanunu
bkz.	:	bakınız
c.	:	cüz
C.	:	Cilt
CO	:	Code des obligations (İsviçre Borçlar Kanunu)
Çev.	:	Çeviren
Dig.	:	Digesta
dpn.	:	dip notu
E.	:	Esas
ed.	:	edition
HD.	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUH.	:	Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti
HÜİİBFD.	:	Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi
İHFM.	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İBK.	:	İsviçre Borçlar Kanunu
K.	:	Kitap/Karar (Mahkeme Kararlarında)
karş.	:	karşılaştırınız
KHK.	:	Kanun Hükmünde Kararname

m.	:	madde
MHAD.	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	:	Medeni Kanun
M.S.	:	Milâttan Sonra
No.	:	Numara
OECD	:	Organization for Economic Cooperation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Gelişme Teşkilâtı)
OR	:	Bundesgesetz über das Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	:	Resmî Gazete
S.	:	Sayı
sh.	:	sahife
TİK.	:	Türk İçtihadlar Külliyyatı
v.	:	versus
vd.	:	ve devamı
Vol.	:	Volume
Y.	:	Yıl
YD.	:	Yargıtay Dergisi
YİBBGK.	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YKD.	:	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Bir sözleşmenin yapılması sırasında taraflar, şimdiki ve gelecekteki karşılıklı çıkarlarını gözönünde bulundurarak, bu hukukî işlem ile elde etmek istedikleri amaca kendilerini ulaştıracak kayıtları, irade serbestliğinin sınırları içinde, sözleşmeye koyarlar. Böylece, geçerli bir biçimde yapılmış olan sözleşme, artık taraflar bakımından bir kesinlik ifade eder. Sözleşmedeki edimin yerine getirilmesinde artık borçlunun bir menfaati kalmasa, hatta bu durum, borçlunun ekonomik açıdan yıkımı sonucunu doğursa bile, edim gene de (sözleşmedeki şartlara uygun olarak) yerine getirilmelidir.

Bu husus, hukukumuzda da geçerli olan "pacta sunt servanda (sözleşmeye bağlılık)" ilkesinin doğal bir sonucudur.

Kural, sözleşmeye bağlılık ilkesi olmakla birlikte, bu ilkenin katı bir biçimde uygulanması, bazı durumlarda, somut olaya ilişkin sözleşme adaletinin gerçekleşmesini engelleyebilir. Böyle durumlarda, sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşme adaletine "rağmen" uygulanabilir mi?

Bu soruya verilecek cevap, özellikle, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve taraflarca gerçekleştirileceği öngörülemeyen ya da dikkate alınmayan olağanüstü durumların, sözleşmenin kurulması sırasında var olan edimler arası dengeyi ağır bir biçimde bozması karşısında büyük önem kazanır.

Sözleşmelerin, değişen yeni şartlara uydurulmasını sağlayan "clausula rebus sic stantibus" ilkesine, pacta sunt servanda'ya oranla bir öncelik ve üstünlük verilmesi ile so-

run çözülecek ve hukuk normlarının asıl amacı olan "adalete uygun çözüm"e ulaşılabacaktır.

İşte biz, bu çalışmamızda, *clausula rebus sic stantibus* ilkesini genel olarak inceledikten sonra, istisna sözleşmesi bakımından anılan ilkenin uygulanmasını ve bu uygulamanın hukuki dayanaklarını ele almaya çalışacağız.

Sözleşmelerin değişen yeni şartlara uydurulması ile ilgili olarak, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde fiyat artırma ve fesih yetkisi veren kararnameleleri de (konumuzla ilgili olduğu ölçüde ve Özel Hukuk sınırları içinde) ele alıp, bunların, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine etkisini belirtmeye çalışacağız.

Enflasyonun, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin uygulanmasına yol açan öngörülemeyen haller arasındaki yerini, çalışmamızın son bölümünde ayrı olarak incelemeyi, konunun sahip olduğu önem bakımından daha uygun gördük. Bu bölümde, hangi fiyat artışlarının enflasyon olarak nitelendirilebileceği; enflasyonun, istisna sözleşmesi üzerindeki olumsuz etkileri ve bunlardan kurtulma çareleri üzerinde durulacaktır.

Esas olarak teorik yönü ağır basan çalışmamızda, "güncel" in ayrıntılarından kurtularak, soruna, daha geniş bir perspektiften bakılmaya çalışılmış; teori ile uygulamanın karşılaştırılabilmesi amacı ile bazı ilginç mahkeme kararlarına da yer verilmiştir.

§ 1- PACTA SUND SERVANDA İLKESİ

I- GENEL OLARAK:

Pacta sund servanda (ahde vefa), hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde hâlâ varlığını koruyan genel hukuk ilkelerinden birisidir. Bu ilke, sözleşmeler hukuku alanındaki irade serbestliği ile de bir uyum içerisindedir. Buna göre, her ne kadar taraflar bir sözleşme yapıp yapmamakta serbest iseler de, geçerli bir biçimde yapılmış olan sözleşme, artık taraflar bakımından bir kesinlik ifade eder. Sözleşmenin (daha doğrusu, sözleşmedeki edimin) ifasında borçlu bakımından bir çıkar kalmasa, hatta ifa, borçlunun yıkımı sonucunu doğursa bile, gene yapılmalıdır.

Planiol'a göre, sözleşmenin bağlayıcılık gücü iki temele dayanır: Ahlâki bir düşünce olan "verilen söze saygı" ve ekonomik bir çıkar olan "kredi ihtiyacı" (1).

Pacta sund servanda ilkesinin uygulanması sadece kodifiye edilmiş hukuk sistemlerine özgü değildir; kodifiye edilmemiş hukuk sistemlerinde de görülmektedir. Ürneğin, İngiliz ve Amerikan Common Law'larında "kişinin, sözleşmelerini ifa zorunluluğu" ilkesinin dayanağı olan özel bir düzenleme bulmak mümkün değildir. Fakat, bir sözleşmeye ilişkin kararlarda, bu ilkenin varlığı bir karine (varsayım) olarak benimsenmektedir (2).

Pacta sund servanda, Özel Hukukta olduğu kadar, İdare Hukukunda (3) ve Devletler Umumi Hukukunda (4) da geçerli bir ilkedir.

(1) Pound, R.: An Introduction to the Philosophy of Law, 16th. printing, New Haven and London 1978, sh. 161.

(2) McNair, L.: The Law of Treaties, Oxford 1961, sh. 493.

(3) Feyzioğlu, T.: İdare Hukukunda Emrevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Haller Meselesi), Ankara 1947, sh. 3; Bucak, V.: İdare Hukukunda Emrevizyon Nazariyesi, Ankara 1940, sh.1.

(4) McNair, a.g.e., sh. 493.

Sözleşmeye bağlılık ilkesinin katı bir uygulamasına Fransız Medeni Kanununun 1134 üncü maddesinde rastlamakta - yız. Buna göre "Kanunen geçerli bir biçimde yapılmış olan sözleşmeler, onu yapanlar hakkında kanun hükmündedir (5).

Ulpian (M.S. III üncü yüzyıl), İustinianus'un Diges - ta'sında sözleşmeden, tarafların kanunu olarak sözetmekte - dir. XVII nci yüzyılda Domat, bu hususu tekrar etmiştir. XIX uncu yüzyıl metafizikçi hukukçuları (ki bireysel irade özgürlüğü, bunların hukuk biliminin ana noktasıydı) bu dü - şünceyi geliştirdiler. 1884 yılında bir hukuk felsefesi ya - zarı şöyle diyordu: "... Bir sözleşme ile yasama işlemi (teş - rif tasarruf) arasında bir sınır çizmek imkansızdır... Bir ortaklık sözleşmesi ya da şirket anasözleşmesi hazırlayan ki - şisi, daha büyük ya da daha küçük sayıdaki kişiler için bir kanun (code) düzenlemektedir. Bir evlilik sözleşmesi ya da bir vasiyetname, belirli kişi ya da kişilerin verasetini (terakesini) düzenleyen özel bir kanuna eşdeğerdir... Bütün bunlarda, kapsadıkları kişiler için kanun yapılmaktadır." Başka bir deyişle, tarafların özgür (serbest) iradeleri, on - lar bakımından kanun sayılır. Mahkemeler bunu, hukukun diğer kısımlarında olduğundan daha fazla değiştiremezler (6).

Sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir sonucu olarak, borç - lu, bir borç altına girerken, bütün olasılıkları görececek bi - çimde iyi düşünmeli, ortaya çıkması muhtemel olan sürpriz - lere karşı kendisini korumak için sözleşmeye gereken kayıt - ları koymalıdır. Yok eğer borçlu bunları yapmamışsa, ted - birsizliğinin cezasını çekecektir (7).

I. Dünya Savaşının meydana getirdiği sıkıntı ve bu - nalımlar karşısında İngiliz, Alman, İsviçre ve İtalyan mah -

(5) Bkz. Pound, a.g.e., sh. 161; Gürsoy, K.T.: Hususî Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, sh.7.

(6) Bkz. Pound, a.g.e., sh. 161-162.

(7) Gürsoy, a.g.e., sh. 7.

kemeleri pacta sund servanda ilkesinden az çok fedakârlık yaptıkları halde, Fransız Yargıtayı oldukça muhafazakâr bir tutum izlemiş ve söz konusu ilkeye sıkı sıkıya bağlanmakta ısrar etmiştir. Ona göre, bu ilkeden ancak bir "force majeure (mücbir sebep)" ya da "cas fortuit (beklenmedik durum)" karşısında vazgeçilebilir. Bunun için de bu engelin, mutlak ve kuşku götürmeyecek bir imkansızlıkla sonuçlanması gerekir. Bu anlamda bizatihi savaş, ibra edici bir mücbir sebep sayılmamaktır (8).

Günümüzde pacta sund servanda ilkesinin uygulanışı, değişik formüllerle fakat temelde sözleşme adaleti ve hakkaniyetten kaynaklanan nedenlerle yumuşatılmıştır. Bu konuyu ilerideki bölümlerde yeri geldikçe ele alacağız.

II- TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM:

Medeni Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde baktığımızda, Mecellenin 392 nci maddesinin I inci fıkrasında yer alan şu hüküm dikkatimizi çekmektedir: "İstisna' mün'akid olduktan sonra tarafeyn pazarlıktan dönemez." (9).

Madde metninden anlaşıldığı üzere, burada, sözleşmeye bağlılık ilkesi, kuşkuya yer vermeyecek bir kesinlikte benimsenmiş bulunmaktadır (10).

Eski Ticaret Kanununun 2 nci maddesinde de "Mesail-i ticariye, muteber bir mukavelatin ve böyle bir mukavele bulunmadığı halde kavanin-i ticariyenin sarahat ve delaletiy-le halledilir. Bunlarla halledilemediği takdirde âdât-ı ticariye mabihittatbik ittihaz ve âdât-ı mahalliye veya mahsu-

(8) Daha geniş bilgi için bkz. Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 10 vd.; Schwarz, A.B. (Çev. Belbez, H.) : Harbin Hususi Akidler Üzerindeki Tesiri, AD., 1944, S. 2, sh. 189 vd.

(9) Bkz. Berki, A. H. : Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), Ankara 1959, sh. 52.

(10) Karş. Gönensay, A. S. : Mukavelelerin Hakim Tarafından Tadil veya Feshi (Cemil Birsnel'e Armağan), İstanbul 1939, sh. 168.

sa, Âdât-ı umumîye tercih olunur. Âdet dahi mevcut değil ise ahkâm-ı medeniye tatbik edilir." denildikten sonra, 3 üncü maddesinde "hilafına sarahat olmadıkça, madde-i sabıkada mündemiç tertibe riayet" in zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır (11). Böylece, ticari uyuşmazlıklarda uygulanacak hükümler arasında, sözleşme hükümlerine birinci sırada yer verilmiştir.

Günümüz Özel Hukuk sistemlerinde de kural, sözleşmeye bağlılıktır (12). Her ne kadar yürürlükteki Ticaret Kanunumuzda artık yukarıdaki hüküm yer almasa da, benzer bir sonuca ulaşmak gene mümkündür. Şöyle ki: TK.m. 1/I ve BK. m. 544' de, bu kanunların, Medenî Kanunun birer cüz'ü oldukları belirtilmiştir. Bu bağlantı nedeni ile, BK. m. 19 ve 96, ticari sözleşmeler hakkında da uygulanabilir. Bu maddelerin TK.m. 2 ile birlikte yorumuyla, (emredici hükümlere bir aykırılık oluşturmadığı sürece) sözleşme hükümlerinin, tarafların kanunu olduğu sonucuna varılabilir.

Öte yandan, BK. m. 117/I'de: "Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sâkit olur." hükmü yer almaktadır. Demek ki edimin imkansızlaşp bu imkansızlığın borçlunun kusurundan ileri gelmemesi durumu dışında, kural, borçlunun borcunu yerine getirmekten kurtulamamasıdır.

(11) Karş. Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 3; Hırş, E.E.: Ticaret Kanunu, K. I, Ankara-İstanbul 1946, m. 2-3.

(12) Bu konuda bkz. İmre, Z.: Türk Medenî Hukukuna Göre Hakimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medenî Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk Var mıdır?) (Kemal Fikret Arık'a Armağan), Ankara 1973, sh. 187; Gürsoy, a.g.e.sh. 7-8.

§ 2- CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS İLKESİ

I- GENEL OLARAK:

1) Kavram, Terminoloji ve Kökeni:

Doktrinde, sözleşmelerin değişen durum ve şartlara uydurulması konusunu belirtmek için çeşitli terimler kullanılmıştır. Bunlar arasında "zımnî infisahî şart", "clausula rebus sic stantibus" ya da yalnız "clausula (veyahut sadece şart)", "rebus sic stantibus kaydı", "emprevizyon", "öngörülemeyen haller", "beklenilmeyen haller" ve "aşırı güçlük" sayılabilir (13).

Clausula rebus sic stantibus kavramının kaynağı konusunda, doktrinde birbiriyle çelişen çeşitli görüşler vardır.

Bazı yazarlar, clausula rebus sic stantibus teriminin aslında Borçlar Hukukuna yabancı olduğunu; ortaya çıktığı ve uygulandığı asıl alanın Devletler Özel Hukuku olduğunu ileri sürmüşlerdir (14).

Bir başka görüşe göre, clausula rebus sic stantibus Özel Hukuka, Devletler Umumi Hukukundan geçmiştir (15).

(13) Bu terimler için bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 4 vd.; Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum, Batider., 1984, C. XII, S. 4, sh. 90; Bucak, a.g.e., sh. 5 vd.; Erman, H.: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m. 365/2), İstanbul 1979, sh. 33-34; Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 7-8; Tunçomağ, K.: Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler, İHFM., 1966, C. XXXII, S. 2-4, sh. 887; Gözübüyük, A. P.: Olağanüstü Sebepler veya Beklenmedik Haller Hukuku, AD., 1945, S. 9, sh. 154; Feyzioğlu, F. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, B. 2, İstanbul 1977, sh. 468; von Tuhr, A. (Çev. Edege, C.): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Ankara 1983, sh. 561 dpn. 19, 643 vd.; Dural, M.: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK. 117), (Doçentlik Tezi), İstanbul 1976, sh. 25 dpn. 1.

(14) Tunçomağ, a.g.m.(Alman Hukukunda), sh.887.

(15) Dural, a.g.e., sh. 29.

Bu kuralın, Medeni Hukukta daha eski olduğu görüşü genel bir kabul görmüştür (16).

Rebus sic stantibus kaydının Roma Hukukunda da bulunduğu, ileri sürülen görüşler arasındadır. Yason de Mayno'ya göre (17) bu madde, kanunların ve vasiyetnamelerin hükümlerinde, konturatolarda ve yeminlerde zimnen vardır.

Bu kaydın Roma Hukuku kökenli olduğu yolundaki görüşler bakımından Seneca'nın şu fikrindeki belirsiz bir ifadeye dayanılabilir: "alioqui quicquid mutatur, libertatem facit de integre consulendi, et meam fidem liberat" (18) (bir kişiyle ilgili olarak bir şey değiştirilirse, anlaşmanın tümü konusunda özgür olunur ve ben, iradem konusunda özgür olurum).

Öte yandan, Digesta'daki şu ifadeye de dayanılmaktadır: "tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur: si in eadem causa maneat" (19) (bu sözleşme içinde örtülü olarak şu anlaşmanın bulunduğu görülür: eğer aynı şartlar kalırsa). Fakat, Roma Hukukunda bu konu ile ilgili hâlâ sistematik bir teori yoktur.

Nussbaum, clausula rebus sic stantibus ilkesinin kökenini, Kilise Hukukuna kadar götürmektedir. Thomas Aquinas da, "Summa Theologica"sında söz konusu kayıttan söz etmektedir (20).

-
- (16) Karş. Birsel, C.:Devletler Hukuku, K. 3, Devletler Arasında Andlaşmalar, İstanbul 1936, sh. 213-213; Haraszti, G.: Treaties and The Fundamental Change of Circumstances, Recueil Des Cours, 1975, S. 3, sh. 10.
- (17) Birsel, a.g.e., sh. 212'den naklen.
- (18) Seneca, De beneficiis, IV. XXXV.2 (Haraszti, a.g.m., sh.14 dpn. 1'den naklen).
- (19) Dig.XLVI. 3. (Haraszti, a.g.m., sh. 14 dpn. 1'den naklen).
- (20) Haraszti, a.g.m., sh. 10; Ayrıca, clausula rebus sic stantibus ilkesinin Devletler Umumi Hukukuna geçişi ve gelişimi için bkz. sh. 10-13.

Bu dağınık iddia ve varsayımları bir tarafa bırakan olursak, *clausula rebus sic stantibus* doktrininin ayrıntılı bir açıklamasının *glassatörler* ve kısmen de *post-glassatörler* tarafından yapıldığını söyleyebiliriz (21).

Post-glassatörlerden Bartole, pandektist Leyser'in "omne pactum rebus sic stantibus intelligentum est" biçiminde ifade ettiği "*clausula rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus*" kuralının, her sözleşmede mevcut varsayılmasını ileri sürmüştür (22).

Bu doktrine genel olarak verilen anlama göre, tarafların sözleşmeyi yaptığı sırada var olan şartların değişmeyeceği düşüncesi, sözleşmede örtülü bir şart olarak yer almaktadır. Sözleşenler (âkidler), sözleşmeyi yaptıkları sırada edimler arasında var olan dengenin esaslı bir biçimde değişmeyeceği inancındadırlar. Eğer sözleşmenin yapıldığı sıradaki şartlar değişirse, sözleşmenin, değişen yeni şartlara göre tadili gerekir (23). Yani, "omnis conventio interpretatur rebus sic stantibus: her sözleşme, şartlar aynı kaldıkça geçerlidir." (24).

(21) Haraszti, a.g.m., sh. 10.

(22) Karş. Gürsoy, a.g.e., sh. 12; Erman, a.g.e., sh. 33; Thilo, E. (Çev.Esen, B. N.): "Laesio Enormis" ve "Clausula Rebus Sic Stantibus" ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not , İHFM., Y. I, S. 3, İstanbul 1935, sh. 346.

(23) Gözübüyük, A. P.: Hukukî Mes'uliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977, sh. 178; Gürsoy, a.g.e., sh. 11; Erman, a.g.e., sh. 33; Feyzioğlu, F. N., a.g.e., sh. 470-471; Dural, a.g.e., sh. 29.

(24) Karayalçın, Y.: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, B. 3, Ankara 1986, sh. 78 dpn. 15; Karş. Dig. XLVI. 3. (yukarıda dpn. 18).

Buna karşılık, Alman Yargıtayının bir çok kararlarında rastlanılan şart (clausula rebus sic stantibus) teriminin belirli bir anlamı olmadığı, çünkü, Alman Yüksek Mahkemesinin şart (clausula) terimine yer veren kararlarında çözmeye çalıştığı sorunun, değişen durumlar nedeni ile sözleşmeye karışmanın ne dereceye kadar caiz olduğunu belirlemekten ibaret olduğu ve şart teriminin bu soruna işaret eden, onu gösteren bir isim ya da alâmetten başka bir şey olmadığı, doktrinde ileri sürülmüştür (25).

2) Pacta sund servanda ile Arasındaki İlişki:

Pacta sund servanda ilkesinin katı ve ödünsüz bir biçimde uygulanması, sözleşme adaleti ve nasafet kuralları ile çatışmaktadır (26). Zaten, clausula rebus sic stantibus doktrininin doğuşuna da bu çatışma neden olmuştur (27).

Günümüzde de kural, verilen söze bağlılık ve bunun sonucu olarak da (borçlu bakımından zor olabile) borçlanılan edimin aynen ifasıdır. Taraflar, borç altına girerler - ken, ödeme kapasitelerini ve buna etki edebilecek nedenleri gözönünde tutmalıdırlar. Kişiler, sözleşme yaparken özgür iradeleri ile hareket ederler. Öyle ki, sözleşme özgürlüğü, bilinçsiz bir biçimde (Pound'un deyimi ile, aptalca) sözleşme yapma olasılığını da örtülü olarak içerir (28).

Burada ilginç bir noktaya da değinmek gerekir. Devletler Umumi Hukukunda bir çok yazar, pacta sund servanda ile clausula rebus sic stantibus ilkesinin birbirini tamamladığını ve böylece anlaşmaların ifasını garantilediklerini

(25) Bkz. Tunçomağ, K.: Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD., Y.I, No. 1, İstanbul 1967, sh. 87-88.

(26) Karş. Dural, a.g.e., sh. 29.

(27) Karş. Gönensay, a.g.m., sh. 163.

(28) Pound, a.g.e., sh. 167.

ileri sürmektedirler. Haraszti'ye göre, bir andlaşmanın ifasında silahla ısrar etmek, pacta sund servanda ilkesine, rebus sic stantibus kuralının benimsenmesinin vereceğinden daha fazla zarar verir (29). Bir başka yazar, bu iki tezi "pacta sund servanda rebus sic stantibus" biçiminde birleştirmekte; birinci tezi, ikincisi ile desteklemektedir (30).

Öte yandan, rebus sic stantibus kaydının varlığına dayanan görüşler, bu kural ile sözleşmeye bağlılık arasında bir karşıtlık keşfetmeye çalışmışlardır.

Kanımızca da (en azından Özel Hukukta), pacta sund servanda ilkesi, hukukumuzda da uygulanan temel ilkelere (sadece) birisidir. Fakat, hukuk sistemimiz, en az onun kadar önemli diğer ilkelere de sahiptir. Özellikle, sözleşme adaletinin sağlanması için, sözleşmelerin yapıldıkları gibi (aynen) yerine getirilmesinden kaçınılabılır (Nitekim, cezaî şarta ilişkin BK. m. 161/I'de, sözleşenlerin, cezanın miktarını belirlemede serbest oldukları belirtildikten sonra; f. III'de, hakimin, fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.). Böylece, sözleşme adaletinin, verilen söze bağlılık (hukukî güvenlik) ilkesinin önünde yer alması sağlanmış olur (31).

Aslında ortaya konulmak istenilen çatışma, pacta sund servanda ile sözleşme adaleti ilkeleri arasındadır (32). Böyle bir çatışmadan, sözleşme adaleti galip çıkmaktadır.

İşte, clausula rebus sic stantibus doktrini, beklenilmeyen olaylar sonucu sözleşme şartlarının önemli ölçüde

(29) Haraszti, a.g.m., sh. 59.

(30) Bu görüşler için bkz. Haraszti, a.g.m., sh. 64 dnp. 27.

(31) Kaplan, İ.: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, sh. 114-115.

(32) Karş. Gönensay, a.g.m., sh. 163.

değişmesi durumunda, sözleşme adaletini gerçekleştiren yollardan birisidir. Bu nedenle de, sözleşme adaleti ile sözleşmeye bağlılık ilkeleri arasındaki çatışma, doğal olarak bu ilkeye de yansiyacaktır.

II- BEKLENİLMİYEN HAL TEORİLERİ ARASINDAKİ YERİ:

Doktrindeki terminolojiye baktığımızda, "clausula rebus sic stantibus" teriminin, birbirinden farklı iki anlamda kullanıldığını görüyoruz (33).

Geniş anlamda kullanıldığında, clausula rebus sic stantibus terimi, tüm beklenilmeyen halleri içine almaktadır.

Dar anlamda ise, bu terim, beklenilmeyen hal teorilerinden sadece biri olan "örtülü şart (zımnî infisahî şart)" teorisini ifade etmektedir.

Şimdi, clausula rebus sic stantibus'un diğer teorilerle arasındaki farkları görebilmek için kısaca "beklenilmeyen hal teorileri" adı altında toplanabilecek görüşleri inceleyeceğiz. Bu bölümde clausula rebus sic stantibus hakkında genel bilgi vermekle yetinip, konuyu daha ayrıntılı olarak diğer bölümlerde ele almaya çalışacağız.

1) Dar anlamda clausula rebus sic stantibus (zımnî infisahî şart) teorisi:

Bu teoriye göre, taraflar, sözleşme ile bir borç altına girerlerken, sözleşmenin yapılması sırasında mevcut olan şartların değişmeyeceği düşüncesinden hareket etmişlerdir(34).

(33) Erman, a.g.e., sh. 33.

(34) Bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 11; Dural, a.g.e., sh. 29; Gönensay, a.g.m., sh. 164-165.

Burada, sözleşmenin bu hali ile devamı, sözleşmenin yapılması zamanındaki hal ve şartların esaslı surette değişmemiş olması örtülü şartına bağlıdır. Sonradan, hal ve şartlar değişirse, sözleşmenin de değiştirilmesi zorunludur (35).

Buradaki örtülü şart, bozucu (infisahî) şart niteliğindedir. Hal ve şartlarda esaslı değişikliklerin olması, bu bozucu şartın gerçekleşmesi demektir (Bu durumda, Gürsoy'a göre, sözleşme kendiliğinden sona erer (infisah eder), sözleşenler artık bu sözleşme ile bağlı değildir; F. N. Feyzioğlu'na göre ise, sözleşme şartlarının yeniden gözden geçirilmesi istenebilir) (36).

Kısaca bu biçimde özetleyebileceğimiz dar anlamda *clausula rebus sic stantibus* (zımnî infisahî şart) teorisi, hukukumuzda benimsenmemiştir (37).

2) Tasavvur (Voraussetzung) teorisi:

Bu teori, 1850 yılında ünlü Pandekt hukukçusu Bernhard Windscheid tarafından "Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung" adlı eserinde (Düsseldorf 1850), "Voraussetzung" kavramı ve esası altında ileri sürülmüştür (38).

Teorideki "Voraussetzung" sözcüğü, gelişmemiş ya da bir şart düzeyine yükselmemiş bir irade beyanı anlamındadır (39).

-
- (35) Bkz. Gözübüyük, a.g.e., sh. 167. Ayrıca karşı. Spinoza: Tractatus politicus, Budapest, sh. 27. Yazara göre, kişiler kendilerini gelecek, ancak mevcut şartların devamı kaydı ile bağlı tutarlar; bu şartlardaki bir değişiklikte birlikte, bu durumdan kaynaklanan ilişkiler de değişikliğe uğrayacaklardır (Haraszti, a.g.m., sh. 11'den naklen).
- (36) Karşı. Gürsoy, a.g.e., sh. 11; Feyzioğlu, F. N., a.g.e., sh. 470.
- (37) Bkz. Feyzioğlu, F. N., a.g.e., sh. 470; Erman, a.g.e., sh. 43-44; Kaplan, a.g.e., sh. 123.
- (38) İmre, a.g.m., sh. 187.
- (39) Bu görüş hakkında bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 14 vd.; Erman, a.g.e., sh. 44-45; İmre, a.g.m., sh. 187-188; Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, sh. 374.

Sözleşen, ilişkilerin şimdiki ve gelecekteki durumuna ilişkin görüş ve düşüncelerini sözleşmeye bir şart olarak koymamış olsa bile, bunlar, hukukî bakımdan değer taşır. Olaylar, sözleşenin tasavvur ettiği biçimde gelişmese bile, böyle bir tasavvur altında açıklanmış beyan gene geçerlidir. Fakat bu beyan, sahibinin gerçek iradesini ifade etmemekte ve dolayısı ile de biçimsel olarak hakka uygun olmakla birlikte, maddî bakımdan meşrû bir nedenden yoksun bulunmaktadır. Bu nedenle de, böyle bir beyandan zarar gören kimse, bu beyandan çıkarılan hukukî sonuçlara dayanarak bir hak iddia edecek olanlara karşı, bir defî (exceptio doli) ileri sürmek hakkına sahiptir. Borçlu, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir dava ile, verdiğini geri alabilir.

3) İşlem temeli (Geschaeftsgrundlage) teorisi:

Yukarıda incelemiş olduğumuz Windscheid'ın tasavvur (Voraussetzung) teorisi, 70 yıl kadar sonra damadı Oertmann'a yeni bir teori geliştirmesinde ilham vermiştir. Bu, 1921 yılında Paul Oertmann tarafından yayınlanan "Die Geschaeftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff (Yeni bir kavram, işlem temeli)" kitabına adını vermiş teoridir (40).

Oertmann, yapılan bir işlemin temelini bir takım tasavvurlara irca etmektedir. Bu tasavvurlar (daha doğrusu, bunların dayandığı vakıalar) işlemin temelini oluşturur. Bu vakıaların böyle oluşları ya da görünüşleri, işlemi yapanların sözleşme yapma konusundaki kararları üzerinde etkili olmuştur (41).

Tasavvur teorisindeki tasavvur (Voraussetzung), gelişmemiş şart, sözleşme ilişkisinin karşı tarafınca da algılan-

(40) Bkz. Schwarz, a.g.m., sh. 193-194.

(41) Bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 18 vd.; özellikle, clausula rebus sic stantibus ile arasındaki farklar bakımından sh. 20.

mış ya da algılanması gerekmiş bir "iki taraflı" önemde ise, Dertmann'ın indinde "işlem temeli" sayılır (42).

Dertmann'ın görüşü, daha sonraları Larenz tarafından geliştirilmiştir (43).

Larenz, işlem temelini, "sübjektif işlem temeli (subjektive Geschaeftsgrundlage)" ve "objektif işlem temeli (objektive Geschaeftsgrundlage)" olarak ikiye ayırmıştır (44).

Sübjektif işlem temelinden, her iki tarafın sözleşmenin yapılmasında hareket ettikleri ve gene her iki tarafın kararları için önemli olan ortak tasavvurları anlaşılır. Bu tasavvurlar, şimdiki ya da gelecekte ortaya çıkması beklenen bir duruma ilişkin olabilir. Yalnız bunun, belirli bir tasavvur ya da durum olması gerekir; yoksa sadece sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut durumların sonradan değişikliğe uğramasının beklenmemesi yetmez. Üte yandan, söz konusu tasavvur, her iki taraf için de, yanlışlığını bilmeleri durumunda sözleşmeyi hiç ya da şimdiki biçiminde yapmayacaklarını kabul ettirecek kadar önemli olmalıdır.

Objektif işlem temeli kavramı ise, yalnız taraflar bakımından değil, orta düzeyde, normal düşünceli her kişinin, bunlar olmadığı takdirde sözleşmenin yapılmasına ve amacının gerçekleşmesine engel sayacağı hususları ifade eder. Tarafların, bu objektif işlem temelini oluşturan hususları bilmemelerinin önemi yoktur (Oysa, sübjektif işlem te-

(42) Serozan, a.g.e., sh. 374.

(43) Daha aydınlatıcı bilgi için bkz. Tunçomağ, a.g.m. (Alman Hukukunda), sh. 887 vd.; özellikle, sh. 896-905; Serozan, a.g.e., sh. 374-377; Kaplan, a.g.e., sh. 142; Dural, a.g.e., sh. 33-47.

(44) Yazar, başlangıçta bunları farklı hükümlere tâbi tutmuş iken, daha sonraları (yapılan eleştirilerin etkisi ile) bundan büyük ölçüde uzaklaşmıştır.

melinde, tarafların belirli bir tasavvür sahibi olmaları gerekmektedir idi).

Objektif işlem temeli, dengenin bozulması ve amacın erişilemez olması durumlarında çökmüş kabul edilir.

Değişen hal ve şartlar, sözleşmede kararlaştırılmış olan edimler arasındaki dengenin bozulmasına ya da sözleşme amacının engellenmesine yol açıyorsa, objektif işlem temeli çökmüş olup, ya sözleşmeden dönme (ya da fesih) yolunu açmak ya da sözleşmeyi yeni şartlara uydurmak gerekir.

Doktrinde, objektif işlem temeli ile clausula rebus sic stantibus'un aynı çizgide olduğu belirtilmiştir (45).

Hukukumuzda, başta Schwarz olmak üzere bir çok yazar, aslında bu kavramın Türk-İsviçre Hukuku bakımından bir yenilik taşımadığını, BK. m. 24/I^{b.4}'de düzenlenmiş bulunan temel hatasına ilişkin pozitif düzenlemenin yeterli olduğunu, haklı olarak belirtmişlerdir (46).

4) Hata teorisi (47) :

Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin 4 üncü bendine göre: "Hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibare alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması" esaslı hata sayılır.

(45) Karş. Tunçomağ, a.g.m. (Alman Hukukunda), sh. 897-898; Kaplan, a.g.e., sh. 142; Dural, a.g.e., sh. 33, 35.

(46) Bkz. Schwarz, a.g.m., sh. 194; Kaplan, a.g.e., sh. 142; Serozan, a.g.e., sh. 378; Dural, a.g.e., sh. 44; Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 14-15.

(47) Bu konuda bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 22-23; Kaplan, a.g.e., sh. 139-142; Serozan, a.g.e., sh. 372, 378-379, 386-387, 390-394, 397; Dural, a.g.e., sh. 46-47, 58, 63-64; İmre, a.g.m., sh. 189.

Aynı kanunun 23 üncü maddesi hükmüne göre ise: "Akit yapılırken esaslı bir hataya düşen taraf, o akit ile ilzam olunamaz."

BK. m. 24/I_{b.4} hükmünde "akdin lüzumlu vasıflarında hata" olarak belirtilen temel hatası, aslında bir saik hatasıdır. Saik hatasının, esaslı hata sayılabilmesi, şu iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlıdır (48):

a) Hata ettiğini iddia eden taraf, bazı hususları, sözleşmenin (beyanının) zorunlu unsuru addetmiş bulunmalı, hata ettiği hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olmalıdır (sübjektif şart).

b) Bu hususlar (söz konusu durumda) ticari doğruluk kurallarına göre de sözleşmenin lüzumlu vasıflarından sayılmaktadır (objektif şart).

Bu iki şart da birlikte gerçekleşmişse (49), hataya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilir (BK. m. 23, 31).

(48) Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuk Genel Hükümler, B. 5, Ankara 1983, sh. 60.

(49) Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, hataya düşenin, belirli durumun bulunması halinde sözleşmeyi yahmayacağını karşı tarafça bilinmesi ya da bilinebilir olması unsuru da aranmaktadır. Bununla birlikte İnan, bu hususun, güven nazariyesinin doğal bir sonucu olduğunu; bu hususun, objektif unsurun kapsamına dahil olduğundan ayrı bir unsur olarak incelenmesinin gerekmediğini haklı olarak belirtmektedir. Bu görüş için bkz. İnan, A. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, B. 3, Ankara 1984, sh. 196; Aynı yönde bkz. Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 2, Ankara 1987, sh. 413. Karş. Feyzioğlu, F. N., a.g.e., sh. 132. Aksi düşünce için bkz. Serozan, a.g.e., sh. 393.

Doktrinde, beklenilmeyen haller sonucunda sözleşme şartlarının esaslı surette değişmesi durumunun, BK. m. 24/I_{b.4}'deki temel hatası kapsamına dahil sayılması savunulmuştur.

Fakat, bu görüş, çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. Çünkü hata, sözleşmenin yapıldığı sırada vuku bulan bir irade sakatlığıdır. Yani hatanın, mevcut ya da geçmişteki bir olaya ilişkin olması gerekir (50).

5) İmkansızlık teorisi:

Edimin ifasını aşırı derecede güçleştiren beklenilmeyen durumlar nedeniyle borçlu bakımından ileri sürülmüş hal çarelerinden birisi de imkansızlık teorisidir. Bu teoriye göre, mantıki imkansızlığın yanı sıra bir de "hukuki imkansızlık" kavramı kabul edilmek suretiyle, imkansızlık kavramı, aşırı güçlük hallerini de kapsayacak biçimde genişletilmektedir. Önceden görülemeyen ve edimin ifasını aşırı derecede güçleştiren olağanüstü durumlar da BK. m. 177'deki ifa imkansızlığı ile bir tutulmakta ve borç sona ermektedir (51).

İngiliz Hukukunda da bazı mahkemeler, ifanın imkansızlığı konusundaki katı tutumlarını yumuşatmakta ve imkansızlık derecesinde olmayan bazı ifa etmeme hallerini de borcu sona erdiren nedenler arasında kabul etmektedirler. Böylece, geleneksel imkansızlık türleri arasına "ticari elverişsizlik (commercial impracticability)" adı ile anılan bir yenisini sokmaktadırlar.

(50) Bkz. Schwarz, a.g.m., sh. 200; Kaplan, a.g.e., sh. 141; Gürsoy, a.g.e., sh. 23. Eren ise (a.g.e., sh. 414-415'de), "gelecekteki olaylar önceden görülebilir olaylar ise temel hatasının konusunu oluşturabilir. Ancak akit yapıldıktan sonra değişen durum ve ilişkilere BK. m. 24/I_{b.4} uygulanmaz; burada daha çok clausula rebus sic stantibus ilkesi söz konusu olur." görüşündedir. Aynı yönde bkz. Erman, a.g.e., sh. 48-49.

(51) Bkz. Dural, a.g.e., sh. 15 vd., özellikle sh. 18; Erman, a.g.e., sh. 49; Kaplan, a.g.e., sh. 138-139; Gürsoy, a.g.e., sh. 26; von Tuhr, a.g.e., sh. 253, 561; Serozan, a.g.e., sh. 370.

Bu mahkemeler, ticari elverişsizliği, ancak öngörüle-
meyen gelişmelerin ifayı fahiş derecede elverişsiz ya da
masraflı veyahut alacaklı için önemsiz kılması durumlarında
kabul etmektedirler. Burada, borçlunun, söz konusu olayın
gerçekleşme riskini açıkça ya da örtülü olarak öngörmemiş
olması da gerekmektedir (52).

Hukukumuz bakımından, imkansızlık teorisi, doktrinde
eleştirilene uğramış ve haklı olarak kabul görmemiştir. Çün-
kü, her şeyden önce, aşırı güçlük hallerinde ifa, borçlu ba-
kımından aşırı ölçüde güç de olsa, mümkündür. Öte yandan,
her şeye rağmen bunları eşdeğer kabul edip benzer çözüme ka-
vuşturmak da sorunu ortadan kaldırmaz; menfaatler dengesini
daha çok zedeler. Çünkü, aşırı güçlük hallerine, imkansızlı-
ğa ilişkin hüküm ve sonuçları bağlarsak, borçluyu "ipso iu-
re" borçtan kurtarmış oluruz. Oysa bu, onu, istediğinden
fazla korumak olur (53).

Öte yandan, imkansızlığa egemen olan ilkelere biri,
"ya hep ya hiç"tir. Yani, sözleşme, ya olduğu gibi bütünüyle
devam eder ya da tamamen sona erer. Oysa bu ilke, aşırı güç-
lük hallerinde adaletsizlik yaratır. Çünkü, artık sözleşmenin
yeni durumlara uydurulması imkanı kalmamaktadır (54).

6) BK. m. 365/II'nin kıyasen uygulanması teorisi:

Türk-İsviçre Hukukuna özgü olan bu görüş, hukukumuz-
da ilk olarak Schwarz tarafından ileri sürülmüştür (55).

(52) Barnes, A. J./Dworkin, T. M./Richards, E. L. : Law for Business,
3rd. ed., Homewood, Illinois 1987, sh. 222-223.

(53) Bkz. Dural, a.g.e., sh. 25; Gürsoy, a.g.e., sh. 27.

(54) Dural, a.g.e., sh. 27; ayrıca bkz. Kaplan, a.g.e., sh. 139. Bu gö-
rüş, sh. 76'daki Yargıtay kararında da kabul ve ifade edilmiştir.

(55) Schwarz, a.g.m., sh. 198 vd. Günümüzde Eren de (a.g.e., sh. 511'-
de), BK.m.365/II hükmünün, işin özel niteliği ve şartlar elverdi-
ği takdirde, diğer sözleşme ilişkilerine de kıyas yoluyla uygula-
nabilmesini savunmaktadır.

Bu görüşün dayanağı olan Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin II nci fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: "Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheder."

Bu görüşe göre, beklenilmeyen haller sonucu karşılaşılan ifa güçlüğü hallerine, BK. m. 365/II'de istisna sözleşmeleri için konmuş olan hüküm "kıyas yolu ile" uygulanmalıdır. Schwarz'ın düşüncesine göre, buna hiç bir engel olmadığı gibi, meydana gelen menfaat uyumsuzluklarında görülen tam benzerlik, bizleri, adeta kıyas yoluyla uygulamaya zorlamaktadır. Çünkü, ortada, diğer bir sözleşmede borçluya daha az elverişli davranmayı gerektirebilecek bir neden yoktur (56).

Öte yandan, Borçlar Kanunu, önceden tahmin edilemeyen halleri diğer sözleşme ilişkilerinde de (örneğin, BK. m. 28) gözönüne aldığı içindir ki kıyas yoluna çekinmeden gidilebilir (57).

F. N. Feyzioğlu ise, BK. m. 365/II'deki hükmü kıyas yolu ile diğer sözleşmelere de uygularken, BK. m. 24/I_{b.4}'deki genel kuraldan da yararlanılmasını ve MK. m. 2'deki objektif iyiniyet kuralının devamlı uyarıcı olması gerektiğini ileri sürmüştür (58).

(56) Schwarz, a.g.m., sh. 198.

(57) Schwarz, a.g.m., sh. 199. Karş. Feyzioğlu, F. N., a.g.e., sh.478-479.

(58) Bu görüş için bkz. Feyzioğlu, F. N. , a.g.e., sh. 471, 479-481.

Fakat, bu görüş de eleştirilerden kurtulamamıştır. Her şeyden önce, BK. m. 365/II'nin kıyasen uygulanabilmesi için, bu hükümde, değişen durumlar karşısında diğer sözleşmelere de uygulanacak genel bir düşüncenin bulunup bulunmadığı sorununa ışık tutan bir kural yoktur (59).

İkinci bir eleştiri, söz konusu hükmün, Borçlar Kanununun "Akdin muhtelif neveleri"ne ilişkin ikinci bölümünde yer alması ve yalnız belirli bir sözleşme tipi hakkında konulmuş olmasıdır. Kanunun, "Umumî Hükümler"e ilişkin birinci bölümünde yer almamış bulunan bu kuralın, bütün borç ilişkilerini kapsayan bir düşünce taşımadığı ileri sürülmüştür (60).

Kanunun, sözleşmenin uyarlanmasını yalnız istisna sözleşmesinde getirmiş olmakla, bu ilkenin, diğer sözleşme tipleri hakkında uygulanmasını istemediği; pacta sunt servanda ilkesinden sadece bu durumda ayrılmayı gerektiren bir istisna getirdiği hususları, yapılan eleştiriler arasındadır (61).

Kanımızca, bu son eleştirilerde bir isabet yoktur. Her şeyden önce, sözleşmelerin yeni şartlara uyarlanması, sadece istisna sözleşmesi bakımından benimsenmiş bir olgu değildir. Diğer bazı hukukî ilişki ya da sözleşmelerde de kanun "yeni şartlara uyum"u benimsemiştir. İlerideki bölümlerde ele alacağımız bu düzenlemelere şunları örnek olarak gösterebiliriz: MK. m. 307/I; BK.m. 161/III, 245, 264/I, 282/I, 286/I, 303/II, 467, 517/I.

(59) Dural, a.g.e., sh. 49.

(60) Gürsoy, a.g.e., sh. 24

(61) Dural, a.g.e., sh. 50; Gürsoy, a.g.e., sh. 24.

Öte yandan, "kanunun, pacta sunt servanda ilkesinden ayrılmayı yalnız istisna sözleşmeleri bakımından benimsediği" görüşüne de aynı nedenlerle katılmamız mümkün değildir. İleride daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, sözleşmeye bağlılık ilkesi, ondan daha üstün bir ilke olan objektif iyiniyet ilkesi ile sınırlandırılmıştır (MK. m. 2/I). Geniş anlamda clausula rebus sic stantibus ilkesi de dayanağını bu maddeden almaktadır. BK. m. 365/II'deki düzenleme, clausula rebus sic stantibus ilkesinin özel bir uygulama halini oluşturmaktadır; yoksa yegâne uygulama alanını değil.

Hal böyle olunca, beklenilmeyen haller sonucu karşılaşılan ifa güçlüğüne, BK. m. 365/II'den hareketle "kıyas yolu ile" çözüm aramak, gereksiz bir zorlama olmaktadır. Çünkü pozitif hukukumuz, MK. m. 2 ile, clausula rebus sic stantibus ilkesinin genel uygulaması için yeterli düzenlemeye sahiptir.

7) Objektif iyiniyet (MK. m. 2/I) teorisi:

İnceleme konumuz bakımından, bu teori, doktrinde genellikle benimsenen bir çözüm biçimidir (62). Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, kural, sözleşmeye bağlılık olmakla birlikte, bunun da bir sınırı vardır. Bu sınır, ondan daha üstün bir ilke olan objektif iyiniyet ilkesidir (63). Önceden görülemeyen haller sonucunda şartlar esaslı surette değişmiş; edimin, sözleşmedeki şartlarla ifası, borçlu bakımından aşırı derecede güçleşmiş ise, alacaklının, borçludan edimini her ne pahasına olursa olsun yerine getirmesini istemesi, MK. m. 2/I'de düzenlenmiş olan objektif iyiniyet kuralına aykırıdır. Alacaklı, ifayı talep hakkını da, MK. m.2/I'

(62) Karş. Kaplan, a.g.e., sh. 141-142; Gürsoy, a.g.e., sh. 34 vd. ; Erman, a.g.e., sh. 54 vd. ; von Tuhr, a.g.e., sh. 643; Gönensay, a.g.m., sh. 167. Yazar (a.g.m., sh. 170-171'de), hakimin iyiniyet kuralından mülhem olmasını yeterli bulmamakta, hangi hallerde bu ilkeye dayanabilmesi için kanunda açık düzenleme olması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca bkz. İmre, a.g.m., sh. 189-190; Eren, a.g.e., sh. 415.

(63) Karş. von Tuhr, a.g.e., sh. 643; Erman, a.g.e., sh. 55; Gürsoy, a.g.e., sh. 37.

deki genel kurala uygun olarak kullanmak zorundadır. Aksi davranış, MK. m. 2/II'deki emredici kural karşısında hukuki koruma bulmayacaktır.

Şartların önceden görülemeyen haller sonucu esaslı surette değişmesi ve edimler arasındaki dengenin bozulması halinde, hakim, sözleşmeyi MK. m. 2/I'e dayanmak suretiyle yeni şartlara uyarlayacaktır.

Hukukumuzda pozitif bir hüküm olarak yer alan objektif iyiniyet ilkesi dururken, clausula rebus sic stantibus ilkesine başka dayanaklar aramak gereksizdir (64).

MK. m. 2'nin özelliği ve konumuz bakımından uygulanışını, ilerideki bölümlerde daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz için, şimdilik bu kadar açıklama ile yetiniyoruz.

8) Diğer teoriler:

Öngörülemeyen nedenler sonucunda edimler arasındaki dengenin bozulduğu aşırı güçlük hallerine bir çözüm bulmak için, buraya kadar incelemiş olduklarımızdan başka teoriler de ortaya atılmıştır. Bunlar arasında, BK. m. 21'in kıyasen uygulanmasına ilişkin olan "gabin teorisi", "sebepsiz iktisap teorisi", "gayri ahlâkîlik teorisi" ve "MK. m. 2/II'nin uygulanması"nı sayabiliriz (65).

Burada belirtilmesi gereken bir diğer görüş de "MK. m. 1'e göre boşluk doldurma"dır. Bu görüşe göre, önceden görülemeyen hallerin edimler arasındaki dengeyi etkilemesi halinde uygulanacak genel bir hüküm kanunda yer almamaktadır.

(64) Bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 37-38.

(65) Söz konusu teoriler için bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 28 vd. ; Erman, a.g.e., sh. 52-53; Kaplan, a.g.e., sh. 143-144. "MK. m. 2/II'nin uygulanması görüşü" için bkz. İmre, a.g.m., sh. 190.

Burada yapılacak şey, kanunda boşluk olduğunu kabul edip, MK. m. 1'e göre hakimin hukuk yaratması yoluna başvurmaktır (66).

(66) Bu görüş ve uygulama şartları için bkz. Dural, a.g.e., sh. 64-74; Karş. Eren, a.g.e., sh. 511-512.

§ 3- YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS

I- GENEL OLARAK:

Clausula rebus sic stantibus ilkesinin, bir teori olarak ilk defa Bartole tarafından ifade edildiğini daha önce belirtmiştik (67). Doğal Hukuk Okulu tarafından reddolunan bu teori, İtalyan ve Alman doktrini tarafından uygulanmış; 17 ve 18. yüzyıl Fransız hukukçuları ise, bu teoriyi kabul etmemişlerdir (68).

Doktrinde clausula rebus sic stantibus'un genel bir ilke olarak kabulünden kaçınılmasının altında, hal ve şartlardaki değişikliklerin sözleşmeleri sona erdirebileceği düşüncesinin, hukuk alanındaki işlem güvenliğini ortadan kaldıracak nitelikte görülmesinin yattığını söyleyebiliriz.

Clausula rebus sic stantibus'a bu karşı çıkış, pacta sunt servanda ilkesine bağlılığın bir sonucuydu. Bu ilke, tarafların kanunu niteliğinde olan sözleşmelerin, kurulmasında olduğu gibi, değiştirilmesinde ya da ortadan kaldırılmasında da onların (tarafların) iradesine ihtiyaç duyulmasını gerektirmektedir. Her sözleşmenin, rebus sic stantibus kaydını örtülü olarak içerdiğini söylemek, sözleşmelerin amacı ve ekonomik nitelikleri ile çelişir. Sözleşmeler, söylenenin aksine, hal ve şartlardaki değişikliklere rağmen sözleşmenin karşı tarafını bağlayabilmek amacı ile yapılır. Uzun süreli bir sözleşmede amaç, geleceği güven altına almaktır. Ripert'in dediği gibi, hal ve şartlar değişmeyecek olduktan sonra, vadeli ve ard arda gelen (mütevali) edimler için tek bir sözleşme yapmakta bir yarar düşünülemez (69).

(67) Bkz. yukarıda sh. 9 dpn. 22.

(68) Erman, a.g.e., sh. 33.

(69) Bu konuda bkz. Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 9; Thilo, a.g.m., sh. 346 vd.

Clausula rebus sic stantibus'a karşı olan bu görüşlere rağmen, bu teorinin bazı kanunlarda yer aldığını görmekteyiz. Bu kanunların başlıcaları şunlardır: 1756 tarihli Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, 1794 tarihli Prusya Genel Kanunu (Preussisches Landrecht) ve 1933 tarihli Polonya Borçlar Kanunu (70).

Bu genel açıklamadan sonra, belli bazı hukuk düzenle-
rindeki duruma da kısaca değinelim (71).

II- FRANSA'DA:

Daha önceki bölümlerde, Fransa'da sözleşmelerin, tarafların kanunu olduğuna ve Fransız Yargıtayının, pacta sunt servanda ilkesine katı bir biçimde bağlı kaldığına işaret etmiştik (72). Yargıtayın aksine, Fransız Danıştay, beklenilmeyen haller sorununa daha ılımlı yaklaşıyordu. Bu tavırda, kamu hizmetinin kesintisiz devam etmesi kaygısı önemli rol oynuyordu. Böylece, Fransız Danıştayının 30.3.1916 tarihli kararı ile emprevizyon (beklenilmeyen haller) teorisinin temelleri atılmış oldu (73). Önceleri sadece imtiyaz sözleşmeleri bakımından uygulanabilirliği olan bu teori, zamanla diğer idarî sözleşmelere ve hatta 1918 yılında çıkarılan "Faillot Kanunu" ile Özel Hukuk alanındaki sözleşmelere dahi uygulanmaya başlandı.

III- İNGİLTERE'DE:

Hal ve şartlarda meydana gelen değişikliğin halli sorununu, Fransız ve Alman Hukuklarında "edimin (ifanın) imkansızlığı" düşüncesinden hareketle çözülmeye çalışılmıştır. Oysa bu gelişmenin aksine, İngiltere'de, edimin imkansızlığı

(70) Bkz. Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 9; Erman, a.g.e., sh. 33-34; Haraszti, a.g.m., sh. 12.

(71) Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Erman, a.g.e., sh. 33 vd. ; Gürsoy, a.g.e., sh. 39 vd. ; Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 10 vd.

(72) Bkz. yukarıda sh. 4 dpn. 5; sh. 5 dpn. 8.

(73) Söz konusu karar için bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 40.

(impossibility of performance, Unmöglichkeit der Leistung), başlangıçta ve bunu izleyen uzun bir devrede, bir ibra nedeni olarak benimsenmemiştir (74).

Fakat, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, sözleşmenin temeli (foundation of contract) ve örtülü şart (implied condition) kavramları yerleşmeye başladı. Özellikle, "taç giyme davaları (coronation cases)" (75) olarak bilinen mahkeme kararları, bu gelişimde önemli rol oynamışlardır.

Taç giyme davalarının esası şudur: Haziran 1902'deki Kral VII nci Edward'ın taç giyme töreni yaklaşırken, törenin yapılacağı yol üzerindeki evlerin balkon ve pencereleri büyük bedellerle kiraya veriliyor. Fakat, Kralın anı rahatsızlığı yüzünden tören yapılamıyor. Tören nedeni ile yol üzerindeki evlerin balkon ve pencerelerini kiralamış olanlar, kira bedellerini ödemekten kaçınıyorlar ve kiralayanlar, törenin yapılamamasına rağmen, kira bedellerinin ödettirilmesi istemi ile mahkemeye başvuruyorlar. Mahkeme, sonuç olarak, tören aleyhine geçişini, sözleşmenin temeli (foundation of contract, Geschaeftsgrundlage) olarak kabul ederek davacıların istemini reddediyor; yani, kira bedellerinin ödenmesine karar veriyor.

Sonraki yıllarda ve özellikle I. Dünya Savaşı sırasında, belli hal ve şartların devam ettiği sözleşmede, bir örtülü şart (implied condition)'ın varlığı ve bu şartın, sözleşmenin temeli (foundation of contract) ve asli unsurlarından sayıldığı kabul edildi (76).

-
- (74) Schwarz, a.g.m., sh. 196. Bu konuda emsal olan 1646 tarihli "Paradine v. Jane davası" için bkz. Chitty: On Contracts (Chitty's Treatise on the Law of Contracts), 20th. ed., London-Reading 1947, sh. 204.
- (75) Taç giyme davaları ve bunlar arasında en çok tartışma konusu olmuş "Krell v. Henry davası" için bkz. Chitty, a.g.e., sh. 219 vd.
- (76) Schwarz, a.g.m., sh. 196.

İngiliz Hukukunda kullanılan "frustration (tasavvurun boşa çıkması)" kavramı, bir sözleşmenin, temelini oluşturan esaslı unsurun ya da diğer ortak bir temel çökmesi nedeni ile önceden görülemeyen (öngörülemeyen) sona ermesini ifade etmektedir (77).

Sorumluluktan "frustration" yolu ile kurtulunması, doktrinde çeşitli temellere dayandırılmıştır. Bunlar arasında "sözleşmenin temelini çökmesi", "örtülü şart" ve "ifanın (edimin) imkansızlığı"nı sayabiliriz. Fakat, hangi yola başvurulursa vurulsun, hukukî sonuç değişmemektedir (78).

Günümüzde, İngiliz Hukukunda da artık örtülü şart (implied condition) kavramının terkedildiğini görmekteyiz (79).

Hal ve şartlardaki önceden görülemeyen değişiklikler nedeni ile ifanın aşırı derecede güçleşmesi sorununa imkansızlık hükümlerinin uygulanması artık yerleşmiştir. İngiliz mahkemelerinin, klâsik imkansızlık modalitelerinin yanında "commercial impracticability (ticari elverişsizlik, aşırı güçlük)" ya da "commercial frustration (ticari hüsrân, tasavvurun boşa çıkması)" olarak adlandırılan yeni bir imkansızlık türünü de kabul ettiklerini daha önce belirtmiştik (80).

Böylece, İngiliz uygulamasında (bu yeni tür) imkansızlık ile "frustration" birlikte ve eşdeğer olarak uygulanmaktadır. Yüksek Mahkemenin 1981 tarihli bir kararında belirtildiği gibi: "Frustration ve imkansızlık, benzer doktrinlerdir. Bununla birlikte, frustration'da ifa, mümkün kalmaktadır (81).

(77) The Dictionary of England Law, Vol. I, London 1959, sh. 845.

(78) Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, 3rd. ed., Vol II, London 1952, sh. 1187.

(79) Serozan, a.g.e., sh. 378 dpn. 248.

(80) Bkz. yukarıda sh. 19 dpn. 52.

(81) "Brenner v. Little Red School House, Ltd. davası" (274 S.E.2d 206 <Sup.Ct.N.C.1981>). Karar için bkz. Barnes/Dworkin/Richards, a.g.e., sh. 224.

IV- ALMANYA'DA:

20. yüzyılın başında (1 Ocak 1900) yürürlüğe girmiş bulunan Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch:BGB), temelinde Roma Hukukuna dayanan ferdiyetçi bir kanun olup, irade özgürlüğüne önem verir ve dolayısı ile bütün sözleşmelerde yer alan bir örtülü bozucu şartı (dar anlamda clausula rebus sic stantibus'u) kabul etmez. Clausula rebus sic stantibus'un, BGB'de genel bir hüküm olarak yer almaması nedeni ile Alman Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht), bu ilkenin uygulanmasını -kural olarak- reddetmekte idi. Bu uygulamanın istisnasını, tarafların karşılıklı güvenlerinin özel önem taşıdığı nafaka alacakları ve uzun süreli işlemler oluşturuyordu (82).

Fakat, I. Dünya Savaşı ile birlikte, Almanya'da büyük bir ekonomik bunalım yaşanmış, bu da mahkemelerin pacta sunt servanda ilkesine daha realist bakmalarına yol açmıştır. Böylece, Alman Yüksek Mahkemesi, Fransız Yargıtayının aksine olarak, pacta sunt servanda ilkesinden ayrılan kararlar verebilmiştir. Burada, Alman Yüksek Mahkemesinin kararlarında, zaman içerisinde birbirinden farklı esaslara dayandığını görmekteyiz (83). Bunlar arasında, özetle, maddi imkansızlığın yanında ekonomik imkansızlık fikrinin de kabulünü, clausula rebus sic stantibus, işlem temeli ve objektif iyiniyet ilkesini sayabiliriz. Bu gelişmenin son aşamasını, BGB § 242'de düzenlenmiş olan objektif iyiniyetin oluşturduğunu söylemek mümkündür.

(82) Dural, a.g.e., sh. 50.

(83) Bu esaslar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, a.g.e., sh. 51-57; Gürsoy, a.g.e., sh. 48-57.

V- İSVİÇRE'DE (84) :

Tıpkı BGB'de olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanununda da değişen hal ve şartların sözleşmelere yapacağı etkiye ilişkin genel bir kural yoktur. Fakat bu, Federal Mahkemeye göre, clausula rebus sic stantibus'un uygulanmasına engel olmaz. Ona göre, pacta sunt servanda ilkesi, kendisinden daha üstün bir kavram olan objektif iyiniyet kuralı ile sınırlıdır. Öte yandan, hal ve şartlardaki değişikliklerin sözleşmeleri etkilemesi, Borçlar Kanununa yabancı değildir. Kanun, OR 83, 352, 373.ve 545 (BK. m. 82, 344, 365, 535)'de bu gibi durumları gözönünde bulundurarak hüküm koymuştur. Bu nedenle, Federal Mahkeme, değişen durumların İsviçre Hukukunda gözönünde tutulmasına bir engel görmemektedir.

Federal Mahkeme, bu konuda, MK. m. 2'deki objektif iyiniyet ilkesi ile belirli sözleşmeler için getirilmiş bulunan özel düzenlemelerin kıyasen uygulanması gibi iki farklı temele dayanmaktadır.

(84) Daha fazla bilgi için bkz. Dural, a.g.e., sh. 57-60; Gürsoy, a.g.e., sh. 57-70.

§ 4- TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA
CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS'UN YERİ

Yukarıda dar anlamda clausula rebus sic stantibus (zımnî infisahî şart) teorisini incelerken, bu teorinin, hukukumuzda benimsenmediğini belirtmiştik. Bu teoride bütün sorun, iradelerin yorumudur. Eğer taraflar, hal ve şartlardaki değişikliklerin gözönüne alınacağını sözleşmede açık olarak belirtmişler ya da bu husus, tamamlayıcı şartlardan anlaşılıyor ise herhangi bir problem yoktur. Ancak sözleşmeden, tarafların değişen durumları saklı tuttukları sonucu çıkarılamıyorsa, dar anlamda clausula rebus sic stantibus'un kabulü olanaksızdır. Ripert'in işaret ettiği gibi, burada aksi bir sonuca varılabilir. Yani tarafların, hal ve şartların değişeceğini tahmin ettikleri, buna rağmen sözleşmeyi bu yolda yaparak risk yüklenmelerinin kendi yararlarına olacağını düşündükleri (clausula rebus sic non stantibus) kabul edilebilir (85).

Buna karşılık, geniş anlamda clausula rebus sic stantibus ilkesi, hukukumuzda hiç de yabancı değildir. Bu husus, doktrinde değişik adlar altında kabul edildiği gibi, çeşitli kanun hükümlerinde de yer almaktadır. Bu hükümler arasında aşağıdaki maddeleri örnek olarak gösterebiliriz:

- MK. m. 307/I: "Yeni hadiseler" kenar başlığını taşıyan bu hükme göre, "ahval ehemmiyetli surette değişmiş" ise, nafakanın miktarına dair karar... tadil olunabilir.

- BK. m. 161/III: "Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir."

(85) Erman, a.g.e., sh. 43.

- BK. m. 245: Burada, bağışlamayı taahhüd eden kimsenin taahhüdünden dönmesi ve yerine getirmekten kaçınması düzenlenirken, I. fıkranın 2. bendinde, bağışlama taahhüdünden sonra tenfizi müteahhid için fevkalâde külfetli olacak derecede malî vaziyetin değişmiş olması ve 3. bendinde ise, gene taahhüd vuku bulduktan sonra yeni ve hissedilecek derecede külfetli aile vazifelerinin tahaddüs etmiş olması gözönüne alınmıştır.

- BK. m. 264/I: Bu maddede, taşınmaz kirasına ilişkin feshi ihbar düzenlenirken, "mucibi akdin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebepler"den sözedilmiştir.

- BK. m. 282/I: Ürün (hasılat) kirasına ilişkin bu maddede, olağanüstü felâket hallerinde yahut doğal olaylardan dolayı bir ziraat taşınmazın her zamanki ürününün önemli derecede azalması, kiradan uygun bir miktarın indirilmesini isteme hakkını verebilmektedir.

- BK. m. 286/I: Ürün kirasında, sözleşmenin önemli nedenlerle feshini düzenleyen bu maddede, BK. m. 264/I'e paralel bir düzenleme getirilmiş ve "mucibi akdin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebepler"den sözedilmiştir.

- BK. m. 303/II: Âriyetin sona ermesine ilişkin bu maddenin II. fıkrasında, "evvelden bilinemeyen bir halden dolayı Âriyeti veren ona acele muhtaç bulunduğu takdirde", Âriyet verilen şeyin, daha önce geri istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Fıkradaki "evvelden bilinemeyen" deyimini, İsviçre Borçlar Kanununda daha isabetli olarak, "önceden görülemeyen, öngörülemeyen" biçiminde kullanılmıştır (86).

(86) Bu husus için, İBK.'nin Almanca metninde "unvorhergesehenen Falles" deyimini kullanılmıştır (OR 309/II). Karş. Zevkliler/Ortan: Notlu-İçtihatlı-Sözlüklü Medeni Kanun-Borçlar Kanunu-Tatbikat Kanunu, B. 1, Ankara 1980, sh. 688 (m. 303'ün altındaki açıklama).

- BK. m. 365/II: İstisna sözleşmesine ilişkin bu düzenlemeyi, sonraki bölümde ele alacağımızdan, burada sadece belirtmekle yetiniyoruz.

- BK. m. 467: Vedia hakkındaki bu maddede şu hüküm yer almaktadır: "Müstevdi, tayin edilen müddetin inkızasından evvel vediayi iade edemez. Şu kadar ki, evvelce tayin edilemeyen haller dolayısıyla akdin devamı vedia için tehlikeyi veya kendisi için zararı mucip olursa, muayyen müddetin inkızasından evvel dahi iade edebilir."

Maddedeki "evvelce tayin edilemeyen haller"in, "öngörülemeyen haller" anlamında kullanıldığı açıktır.

- BK. m. 517/I: Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde tek taraflı feshin düzenlendiği bu hükümde, "bazı muhik sebeplerin, mukavelenin devamını ... ifrat derecede külfetli kılması"ndan sözedilmektedir. Somut olayın özelliklerine göre, inceleme konumuzu oluşturan beklenilmeyen haller de "muhik sebepler" arasında değerlendirilebilecektir.

- BK. m. 535/I_{b.7}: Burada, "haklı sebeplerden dolayı fesh için verilen mahkeme ilâmı ile" adı şirketin sona ereceği hüküm altına alınmıştır. Yukarıda, BK. m. 517/I hakkında söylediklerimiz burada da aynen geçerlidir.

I- BK. m. 365/II'DEKİ DÜZENLEME:

BK. 365/II'yi incelemeye geçmeden önce, maddenin I. fıkrasının ele alınması, konumuzun daha iyi anlaşılması bakımından yararlı olacaktır.

BK. m. 365/I'de : "Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhid, yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla say ve masrafı mucip olsa bile, müteahhid, bedelin artırılmasını isteyemez." denilmektedir.

Maddenin kenar başlığında da belirtildiği gibi, bu düzenleme, götürü ücretli istisna sözleşmeleri için söz konusudur.

Her ne kadar istisna sözleşmesinin unsurları inceleme konumuzun sınırları dışında kalmakta ise de, istisna sözleşmesinde ücretin belirlenme biçimlerine kısaca değinmek istiyoruz.

İstisna sözleşmesinde, ücretin belirlenmesi konusunda karşımıza üç olasılık çıkar:

İlk olarak, sözleşmede bir ücret belirlenmemiş olabilir. Böyle bir sözleşme de geçerlidir. Çünkü, istisna sözleşmesinde tarafların, müteahhide bir ücret ödeneceği konusunda önceden açıkça anlaşmış olmalarına gerek bulunmadığı gibi, ücret miktarının önceden belirlenmiş olması da zorunlu değildir (87). Böyle bir durum söz konusu olduğunda, ücret, BK. m. 366 hükmü uyarınca, yapılan işin değerine ve müteahhidin masraflarına göre belirlenir.

İstisna sözleşmesinde ücretin belirlenmesi konusundaki ikinci olasılık, ücretin, sözleşmede yaklaşık (takribî) olarak belirlenmesidir. Burada, sözleşmede ücret konusunda bir düzenleme vardır ama, bu düzenleme kesin değil, yaklaşık bir miktardır. Belirlenen ücretin, müteahhid tarafından yapılan masrafların tahmin edilenin üzerinde olması sonucu, artırılması mümkündür.

Ücretin yaklaşık olarak belirlenmesi, değişik biçimlerde olabilir. Örneğin, ücretin bütün iş (eser) için tek bir rakam olarak belirlenmesi mümkün olduğu gibi; çeşitli işler ve masraflar için çalışma günlerine ya da saatlerine, ölçü ya da ağırlığa göre ya da parça başına (yaklaşık) bi-

(87) Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (İstisna <Eser> ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri), C. II, B. 3, Ankara 1987.

rim fiyatlar üzerinden kararlaştırılması da mümkündür (88).

Burada verilen örnekler, ücretin belirlenmesinde yararlanılabilecek tekniklerdir. Bu tekniklerin kullanılması, ücretin belirlenme biçiminin yaklaşık mı yoksa götürü nitelikte mi olduğunu (tek başına) göstermez. Nasıl, ücretin yaklaşık olarak belirlenmesinde tek bir (toptan) rakam kullanılabilirse, bu yöntem, götürü ücrette de uygulanabilir. Aynı durum, birim fiyat yönteminde de söz konusudur. Eğer yaklaşık birim fiyatlar kullanılıyorsa, yaklaşık ücret; sabit (değişmez) birim fiyatlar kullanılıyorsa, götürü ücret söz konusu olacaktır.

Ücretin yaklaşık olarak belirlenmesi durumunda da BK. m. 366 uygulanır, yani ücret, yapılan işin değerine göre ve müteahhidin masrafına göre belirlenir.

Üçüncü olarak, istisna sözleşmesinde ücretin, götürü olarak belirlenmesi de mümkündür. Ücretin götürü olarak belirlenmesi, imal olunacak şey (eser) bedelinin, önceden ve kesin (fix) bir biçimde belirlenmesi demektir. Bu ise, ücret miktarının kısmen ya da tamamen, müteahhidin işe başladıktan sonra fiilen yaptığı masraflara ya da şeyin (eserin) ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulmamasını şart kılar. Götürü olarak belirlenen ücret, şeyin (eserin) tamamı için toptan bir rakam olabileceği gibi, birim fiyat üzerinden hesaplanacak toptan bir rakam da olabilir; çünkü, sabit birim fiyat üzerinden hesaplamada da masraflara ya da işin değerine göre sonradan bir değişiklik yapılamaz (89).

İşte, ücretin bu biçimde belirlendiği istisna sözleş-

(88) Bkz. Tandoğan, a.g.e., sh. 27

(89) Tandoğan, a.g.e., sh. 234-235.

melerinde, kural olarak, pacta sunt servanda ilkesi geçerlidir (BK. m. 365/I). Taraflar arasında, irade özgürlüğü sınırları içinde belirlenmiş olan miktar sabittir; sonradan sözleşmenin yerine getirilmesi (ifası) sırasında müteahhide yapılacak imal ve inşa masrafları, önceden belirlenen fiyatı geçse bile, müteahhid, taahhüdü ile bağlı olup fiyatın artırılması isteyemez. Burada iş sahibi, şeyin (eserin), kararlaştırılan miktarın üzerinde masrafı gerektirmesinin rizikosunu müteahhide yüklemiş ve o da bunu kabullenmiş durumdadır (90). Bu husus (II. fıkradaki hal müstesna olmak üzere), taraflar arasında kanun mertebesinde dir.

Götürü ücretin belirlenmesinde müteahhid, fiyat önerisini yaparken, yukarıda belirtmiş olduğumuz rizikoyu gözönünde bulundurarak yaklaşık masraflara belirli bir fark ekler. Müteahhid, bu hesaplamayı, malzeme fiyatları ve işçi ücretleri gibi çeşitli maliyet unsurlarının sadece o sıradaki durumunu değil, öngörülebilir gelişimini de gözönünde bulundurarak; daha önce yapılmış benzer işlerden elde edilen deneyimlere göre ve belli bir miktar da genel masraf, amortisman ve kâr payı koyarak yapacaktır (91). Her ne kadar bu hesaplamanın, kaba bir biçimde ya da ince analizlere dayanılarak yapılması, ilk bakışta müteahhidin keyfine kalmış görülebilirse de, TK. m. 20/II'nin "her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi" zorunluluğu getirmesi karşısında, genellikle tacir olan müteahhidin de her halde kaba bir hesaplama ile yetinmemesi gerekir.

Eğer yapılan masraflar sonucunda sözleşme konusu şey (eser), kararlaştırılan miktardan daha az bir meblağa mal

(90) Bkz. Erman, a.g.e., sh. 65 vd.

(91) Karş. Tandoğan, a.g.e., sh. 236.

olmuş ise, müteahhid, beklediğinden daha fazla bir kâr elde etmiş olur. Fakat buna rağmen iş sahibi, BK. m. 365/III gereğince, kararlaştırılan bedeli tamamen vermek durumunda kalır. İşin bu yanı itibarı ile, pacta sunt servanda ilkesi, mutlak bir uygulama alanına sahiptir. Kanun koyucu, pacta sunt servanda ilkesi karşısında, anılan maddenin II. fıkrasında müteahhid bakımından gösterdiği esnekliği, III. fıkrada iş sahibi karşısında göstermemiş ve ona, bedelin indirilmesini ipteme hakkını vermemiştir. Bu da III. fıkra hükmünün ne derece isabetli ve hakkaniyetle bağdaşır olduğu konusunda doktrinde haklı tereddütlere yol açmıştır (92).

BK. m. 365/II'de aynen şöyle denilmektedir: "Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller, işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheder."

Dikkat edilecek olursa, kanun koyucu burada, önceki fıkradaki aksine olarak, pacta sunt servanda ilkesine bağlılıktan ayrılmıştır.

Doktrinde bir çok yazar tarafından haklı olarak belirtildiği gibi, BK. m. 365/II, clausula rebus sic stantibus ilkesinin özel bir uygulama biçimini oluşturmaktadır (93).

BK. m. 365/II'ye benzer bir hüküm, İsviçre-Türk Borçlar Kanununa göre daha eski olan kanunlarda yer almamıştı. Anılan hüküm, varlığını, sabit fiyatlar üzerinden yapılan ve fakat önceden gözönünde bulundurulmayan güçlükler yüzünden müteahhidlerin yıkımına neden olmuş olan tünel inşaat-

(92) Karş. Erman, a.g.e., sh. 67; Tandoğan, a.g.e., sh. 238 dph. 6.

(93) Bkz. Tandoğan, a.g.e., sh. 239; Gürsoy, a.g.e., sh. 24; Erman, a.g.e., sh. 81; Sungurbey, İ.: Medenî Hukuk Sorunları, C. I, İstanbul 1973, sh. 175; Doğanay, İ.: Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?, YD., 1975, C. I, S. 4, sh. 37.

ları dolayısı ile edinilen deneyimlere borçludur (94).

BK. m. 365/II hükmünün, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin özel bir uygulama biçimi olduğunu belirtmiştik. Burada akla şöyle bir soru gelmektedir. Acaba bu hüküm, sadece istisna sözleşmelerine mi uygulanacaktır, yoksa diğer sözleşmelere de uygulanması mümkün müdür?

Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Schwarz, bu hükmün kıyas yolu ile diğer sözleşmelere de uygulanabileceğini; ortada diğer bir sözleşmede borçluya daha az elverişli davranılmasını gerektirecek hiç bir neden bulunmadığını ileri sürmüştür (95).

F. N. Feyzioğlu ise, kıyasın, ancak belli şartlar dahilinde uygulanabileceğini belirtmektedir. Yazar göre, BK. m. 365/II, diğer sözleşmelere ancak MK. m. 2'deki objektif iyiniyet kuralının sınırları içinde ve BK. m. 24/I_{b.4}'deki genel kuralda yararlanmak suretiyle uygulanabilir (96).

Gürsoy ise, BK. m. 365/II hükmünün diğer sözleşmelere kıyas yolu ile uygulanabileceği yolundaki görüşe karşı çıkmıştır. Yazara göre, bu hüküm, Borçlar Kanununun birinci kısmındaki Genel Hükümler arasında değil de ikinci kısmındaki Özel Hükümler arasında ve yalnız belirli bir sözleşme tipi hakkında getirilmiştir ve bu nedenle de kapsamı sadece buraya inhisar eder. Öte yandan, bu madde, diğer sözleşmelere kıyas yolu ile uygulanamaz; çünkü kıyas, ilgili sorun hakkında kanunda bir hükmün bulunmaması yani bir boşluğun bulunması durumunda başvurulabilecek bir yöntemdir. Kanun koyucunun bu ilkeyi yalnız istisna sözleşmesi bakımından öngörmüş olması, onun, bu ilkenin diğer sözleşme tiplerine de

(94) Bkz. Schwarz, a.g.m., sh. 198; Gürsoy, a.g.e., sh. 24.

(95) Schwarz, a.g.m., sh. 198-199. Aynı yönde bkz. Kaplan, a.g.e., sh. 160; Dural, a.g.e., sh. 63.

(96) Feyzioğlu, F. N., a.g.e., sh. 471, 480.

uygulanmasını istemediği biçiminde yorumlanabilir. İstisna sözleşmesinde böyle istisnai bir hükmün kabulü, bazı haklı nedenlere dayanmaktadır. Bu tür sözleşmeler, genellikle uzun süreli olup, ortada bir sürpriz olasılığı her zaman vardır. Öte yandan, BK. m. 365/II hükmü, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin gerektirdiği çözüm biçimini tam olarak içermemektedir. İleride göreceğimiz gibi, BK. m. 365/II'deki şartların gerçekleşmesi durumunda, hakim, ya sözleşmeyi fesheder ya da kararlaştırılmış olan bedeli artırır; bunlardan başka bir çözüm biçimini kabule yetkisi yoktur. Oysa somut olayın özelliğine göre, bunlardan başka bir çözüm tarzının kabulü, iyiniyet ve hakkaniyet gereği olabilir. Örneğin, müteahhidin edim yükümlülüğünün sınırlarının daraltılması, sözleşmedeki sürenin uzatılması vb. gibi (97).

Kanımızca, "kanun koyucunun BK. m. 365/II'deki ilkeyi yalnız istisna sözleşmesi bakımından öngörmüş bulunması, onun, bu ilkenin diğer sözleşmelere de uygulanmasını istemediği biçiminde yorumlanabilir" tarzındaki görüşe katılmak mümkün değildir. Her ne kadar götürü ücretli bir istisna sözleşmesinde genellikle bir sürpriz olasılığı bulunmakta ise de, örneğin karşı edimin döviz üzerinden saptandığı kira ya da satım sözleşmelerinde de benzer bir olasılık pekâlâ söz konusu olabilir. Sorunu ele alırken, BK. m. 365/II'nin ardında yatan saiki gözden uzak tutmamak gerekir. Bu saik de, âdil çözüm yolları olarak kabul edilmiş soyut normların aynen uygulanmasının, bazı durumlarda somut adaleti (sözleşme adaleti, olaydaki adalet) zedelemesi, gerçekleşmesini engellemesidir. İşte, kanun koyucuyu, anılan hükmün konulmasına yönelten saik, sözleşme adaletinin (olaydaki adale-

(97) Bu görüş hakkında bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 24-25. Ayrıca karşı Erman, a.g.e., sh. 53 vd.

tin) gerçekleştirilmesidir. Her halde, kanun koyucunun sözleşme adaletini yalnız istisna sözleşmesinde korumaya çalıştığını söylemek pek tutarlı olmaz. Schwarz'ın pek veciz bir biçimde söylediği gibi, "ortada diğer bir sözleşmede borçluya daha az elverişli davranılmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır (98).

Önceden görülemeyen ya da beklenilmeyen haller, ifanın aşırı derecede güçleşmesine neden olmuş ise, diğer sözleşmelerde de sözleşme adaletinin yeniden tesisi için BK. m. 365/II hükmünden yararlanılacak, bu hüküm, sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilecektir (99). Aslında bunu yaparken, bir yönü ile, clausula rebus sic stantibus ilkesini uygulamış oluyoruz. Bir yönü ile diyoruz, çünkü Gürsoy'un haklı olarak belirttiği gibi, anılan madde, sözleşmelerin değişen durumlara uydurulması konusunda, clausula rebus sic stantibus ilkesine oranla daha sınırlı olanaklar vermektedir. Ne de olsa BK. m. 365/II hükmü, anılan ilkenin sadece özel bir uygulamasıdır; yoksa, kendisi değildir. Clausula rebus sic stantibus ilkesinin pozitifleştirilmesi konusundaki dayanak noktası BK. m. 365/II değil, MK. m. 2 hükmüdür. Bu nedenle, bir sözleşmenin değişen durumlara uyarlanması konusunda, somut olayın özelliklerine göre BK. m. 365/II'nin kıyasen uygulanması ile yetinilmeyip bu madde, MK. m. 2'nin gerektirdiği zaman ve ölçüde aşılabilir de.

1) BK. m. 365/II'nin Uygulanma Şartları:

BK. m. 365/II'nin uygulanabilmesi için aranılan şart-

(98) Bkz. yukarıda sh. 38 dnp. 95.

(99) Tandoğan (a.g.e., sh. 237'de), bir istisna sözleşmesinde, ücretin masraflara göre belirlenmesi ve fakat azamî bir sınırı da aşmamasının kararlaştırılması durumunda, bu sınırın da ancak götürü ücrete ilişkin BK. m. 365/II'nin şartları varsa artırılabilceğini ileri sürmektedir.

lar kanunda şöyle belirtilmiştir: "Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller, işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi feshe-der."

Şimdi, bu şartları teker teker incelemeye geçebiliriz.

a) Önceden Görülemeyen ya da Beklenilmeyen Hallerin Ortaya Çıkması:

BK. m. 365/II'nin uygulanmasının ilk şartı, kanunun deyimi ile "evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller"in ortaya çıkmasıdır.

Burada söz konusu olan olaylar olağan, sıradan değil; olağanüstü (fevkalâde) hallerdir. Öte yandan bunlar, öngörüle-meyen ya da beklenilmeyen olaylardır. Tandoğan'ın belirttiği gibi, öngörüle-meme ve olağanüstülük, birbirine bağlı kavramlardır. "Bir olay ne kadar olağanüstü nitelik taşıyorsa, öngörülmesi de o kadar güç olur; hatta öngörüle-meme, olayın olağanüstü niteliğinin bir unsuru sayılabilir; hatta BK. m. 365/II'de öngörüle-me)den fazla bir olağanüstülüğün şart koşulmadığı söylenebilir (100).

Önceden görülemeyen ya da beklenilmeyen haller nelerdir?

Bir kere, buraya bütün mücbir sebeplerin dahil olduğu konusunda bir tereddüt yoktur (101). Örneğin yıldırım düşmesi, toprak kaymaları, sel felâketi vb. gibi. Fakat söz ko-

(100) Tandoğan, a.g.e., sh. 240-241.

(101) Karş. Erman, a.g.e., sh. 71; Tandoğan, a.g.e., sh. 239; Becker, H. (Çev. Dura, S.): Eser Sözleşmesi, YD., 1984, S. 1-2, sh. 111.

nusu kavram, mücbir sebepten daha geniştir; yani mücbir sebebi de içine alan daha üst bir kavramdır. Öngörülemeyen haller, örneğin, üzerinde eserin inşa edileceği arsanın önceden bilinemeyen elverişsiz niteliklerini kapsar. Buna, genel olarak, imal çalışmalarının alışılmış yürüyüşüne göre, müteahhidin meydana gelmesini dikkate alması gereken bütün olaylar dahildir (102).

Öte yandan, öngörülememenin, mutlaka olayın kendisine ait olması gerekmez; olayın etkilerinin bu derece önemli çapta olacağına önceden kestirilememesi de BK. m. 365/II'nin uygulanması için yeterli sayılabilir (103).

Önceden görülemeyen ya da beklenilmeyen haller arasında şunları örnek olarak göstermek mümkündür: İşlerin olağan gidişine göre öngörülemeyen, havaların olağanüstü bozuk olması gibi doğal olaylar ya da uzun süren bir grev sonucu işçi çalıştırılmaması, savaş, seferberlik gibi haller yüzünden malzeme sağlanamaması, devalüasyon yüzünden dışarıdan getirilmesi gerekli malzeme fiyatlarının çok yükselmesi, sözleşmenin yapılması sırasında mevcut olmayan ve müteahhide çok külfet yükleyen bir verginin sonradan konulması, arsanın önceden incelenmesine rağmen sonradan elverişsiz çıkması, belirli şartlar dahilinde enflasyon gibi sosyal, ekonomik ya da teknik olaylar gibi (104).

Bir olayın önceden görülemeyen mi, yoksa öngörülebilir nitelikte mi olduğunu neye göre belirleyeceğiz?

Doktrindeki yaygın kanağe göre, bu konuda "objektif" bir kıstasa göre hareket edilmelidir. Sorun, ilgili meslek

(102) Becker, a.g.m., sh. 111. Karş. Erman, a.g.e., sh. 73 vd.; Seliçi, Ü.: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, sh. 55.

(103) Tandoğan, a.g.e., sh. 241.

(104) Tandoğan, a.g.e., sh. 240.

alanındaki yaygın görüşlere, yetkili kişilerin varacakları ortalama kanı ve düşüncelere göre çözülür. Bu saptamada genellikle, yapılan işin çeşidi, kullanılacak olan malzemenin cinsi, yapıldığı yer, sözleşmenin yerine getirilmesi için taraflarca kararlaştırılan süre içerisinde malzeme fiyatlarında ve işçilik ücretlerinde önceden tahmin edilemeyen bir değişiklik olup olmadığı gibi hususlar gözönünde tutulur(105).

Kanımızca, bir olayın öngörülebilirliğini belirlemede yararlanılacak kıstas, objektif değil, sübjektif bir kıstas olmalıdır. Bu konuda yapılacak fikir yürütmeler, niteliği itibariyle birer değer yargısıdır. Bütün değer yargıları gibi, bunlar da sübjektiftir. Her insan, kendisine ait bir "değerler sistemi"ne sahiptir ve pek çok kişi, kendi değer yargılarına inanmaktadır. Fakat, pozitif bir değerler sisteminin, soyut bir bireyin keyfine göre yarattığı bir sistem olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu sistem, belli bir toplumdaki (gruptaki) insanların, belirli ekonomik ve siyasal şartlar altında karşılıklı etkileşimlerinin bir ürünü ya da sonucudur. Söz konusu grup, aile, klân, kast ya da bir meslek çevresi olabilir. Belli bir toplumda genel kabul görmüş değerlerin varlığı, bu değer yargılarının sübjektif ve göreceli (izaffi) karakterini değiştirmez. Pek çok insanın, kendi değer yargılarına inanmaları, bu değer yargılarının doğru, yani objektif anlamda geçerli olduklarını kanıtlamaz. Tıpkı, çoğu insanın, güneşin dünyanın etrafında döndüğüne inanması (ya da inanmaya alıştığı) gerçeğinin, bu düşüncenin doğruluğunun kanıtı olmadığı gibi. Adaletin kıstası, tıpkı gerçeğin kıstası gibi, gerçeklik ya da değer yargılarının yapılış

(105) Bkz. Doğanay, a.g.m., sh. 37-38; Tandoğan, a.g.e., sh. 240; Seliçi, a.g.e., sh. 56. Erman (a.g.e., sh. 77'de), sorunun, "sübjektif" bir ölçüye göre çözülmesi gerektiğini belirtmekte ve bu ölçüyü, aynı iş çevresindeki normal kimselerin ortalama görüşü olarak açıklamaktadır. Oysa ki bu açıklama, "objektif" kıstasa ilişkindir. Herhalde, burada "sübjektif" deyimini yanlışlıkla kullanılmıştır.

sıklığına bağlı değildir (106).

Demek oluyor ki, neyin öngörülüp neyin öngörülemediği sorununu, sübjektiviteden kurtarmak mümkün değildir (107). Belli bir iş ya da meslek grubundaki ortalama kişilerin görüşünü kıstas olarak almak, bu kıstası objektifleştirememekte, belki sübjektivitenin sınırlarını biraz daraltmaktadır. Fakat bu daraltmanın sonucu, somut olayın özelliklerinin etkisini azaltırsak, asıl amacımız olan "adaleti sağlamak"tan uzaklaşmış oluruz. Umutmamak gerekir ki, clausula rebus sic stantibus ilkesine ve bu arada BK. m. 365/II hükmüne, normda gerçekleşemeyen adaleti, olayda (sözleşmede) gerçekleştirebilmek amacı ile başvurulmaktadır. Bu nedenle de "sözleşmeye bağlılık"tan kaçarken, "o meslekteki yaygın görüşlere bağlılık"a tutulmaktan kaçınmak gerekir.

Bir an için varsayalım ki, bir olay, müteahhid için önceden görülemeyen, o müteahhidin dahil olduğu meslekteki yaygın kanıya göre öngörülebilir nitelikte olsun. Bu durumda "objektif kıstas" acaba somut olayda bizi Âdil, hakkaniyete uygun çözüme götürebilecek midir?

Kanımca, objektif kıstas, bu yönü ile yetersizdir.

Serozan'ın, borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi ile ilgili olarak öne sürülen çözümlerin niteliği hakkındaki değerlendirmesi de, bu konu ile ilgili görüşümüzü destekleyici biçimdedir.

-
- (106) Değer yargılarına ilişkin bu görüşler hakkında bkz. Kelsen, H.: What is Justice? Justice, Law, and Politics in The Mirror of Science, Collected Essays by Hans Kelsen, 3rd. ed., Berkeley, Los Angeles, London 1971, sh. 7-8.
- (107) Nitekim Erman (a.g.e., sh. 81'de), yukarıda dpn. 105'de belirttiğimiz görüşüne rağmen, "önceden görülebilirlik konusundaki sübjektif kriterin uygulanmasından kaçınılamayacağını" itiraf etmektedir.

Yazara göre: "Aşırı ifa güçlüğü ile ilgili bütün ölçekler, bütün kurallar, şematik ve mekanik bir yoldan değil de, somut olayı çevreleyen bütün maddi koşullar dikkate alınarak uygulanmalıdırlar. Unutulmasın ki, aşırı ifa güçlüğü tipindeki geniş anlamındaki ifa engelinde, son tahlilde, doğrudan doğruya <pacta sunt servanda> ilkesinin belirli koşullar altında yol açacağı somut sözleşme adaletsizliğine ve risk dağılımındaki hakkaniyete aykırılığa ilişkin bir kişisel değer yargısı söz konusudur." (108).

Ayrıca, üzerinde durulması gereken bir diğer noktada, BK. m. 365/II'de "evvelce tahmin olunamayan" şartı aranmıştır; yoksa müteahhide ayrıca "öngörebilecek durumda olmama" şartı da getirilmemiştir (müteahhidin, bir tacir olarak basiretli davranma zorunluluğu ve bunun sınırlarını aşağıda ayrıca inceleyeceğiz). Oysa, kanun koyucu gerektiğinde, buna ilişkin bir şartı, madde metnine açıkça koymaktan kaçınmamaktadır. Örneğin, sübjektif iyiniyette, hakkın kazanılabilmesi için varlığının bilinmemesi gereken olgu ya da olayların bilinmemesi yetmez, bilebilecek durumda olmamak da gerekir. MK. m. 3/II'deki ifade tarzı ile "Ancak icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse, hüsnüniyet iddiasında bulunamaz."

Özetleyecek olursak, öngörülebilirlik sorununun çözümünde tarafların (özellikle müteahhidin) iradelerinin yorumu esas alınmalıdır. Hakim, "gerçekten müteahhid, söz konusu olağanüstü olayı öngörememiş midir?" sorusunun cevabını arayacaktır. Doğaldır ki, bunu yaparken, iç dünyaya ilişkin bir olgu olan iradenin, amirik dünyaya yansıyışında bıraktığı izlere, buradaki izdüşümlerine bakacak, bunları yorumlayacaktır. Ayrıca, yapılan işin niteliği, sözleşmenin süresi

(108) Bkz. Serozan, a.g.e., sh. 383.

ve müteahhidin sözleşmenin yerine getirilmesinde izlediği davranış modeli, müteahhidin meslekte ve somut olayda yapacağı işteki deneyimi vb. gibi hususlar da gözönünde bulundurulacaktır.

Eğer bir olağanüstü olay, taraflarca önceden görülmüş ve fakat taraflar bu olayın gerçekleşmeyeceği inancı ile sözleşmeyi yapmışlarsa, durum ne olacaktır?

Kanun koyucu, BK. m. 365/II'nin uygulanmasında "evvelce tahmin olunamayan haller" ile "evvelce tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller" arasında herhangi bir ayırım yapmamış, bu iki kategoriye de aynı hüküm ve sonuçlara tâbi tutmuştur. Maddenin uygulanabilmesi açısından, tarafların, söz konusu inançlarını sözleşmeye bir şart olarak koymuş bulunmalarına gerek yoktur (109) (110).

Dikkat edilecek olursa, burada taraf iradelerinin yorumuna, yani "sübjektif" bir değerlendirmeye göre somut olayın madde kapsamına girip girmediği belirlenecektir. Böylece, öngörülebilirliğin kıstası ile paralellik sağlanmış olmaktadır. Oysa, öngörülebilirliğin değerlendirilmesinde "objektif kıstas"ı savunanlar, aynı hüküm ve sonuçlara tâbi olan iki kategoriye, farklı kıstaslar uygulamakta ve sistem çelişmesine yol açmaktadırlar.

(109) Bkz. Erman, a.g.e., sh. 79; Tandoğan, a.g.e., sh. 241.

(110) Serozan (a.g.e., sh. 381'de), bu konuda daha da ileri giderek, kuralın, borçlunun önceden kestirebileceği ve göze almış sayılabileceği değişimleri bahane ederek sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını sağlayamaması olmasına karşılık, bu kuralın bükülmez bir katılıkta görülmemesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre: "Kimi zaman, şartların değişebileceğini önceden hesaba katan, hatta, şartların değişmesine doğrudan doğruya kendi davranışıyla yol açan bir borçlunun da, sözleşme ilişkisini çözebilmesi ya da değiştirebilmesi, karşılıklı çıkarların tartılmasından sonra olanaklı görülebilir. Şöyle ki, eğer ifa güçlüğünün yoğunluğu, borçlunun riske katlanma zorunluluğunu görmezlikten gelmemizi gerektirecek bir ölçüde ise, borçluya yine de bir kurtuluş kapısı açılabilecektir."

Yeri gelmişken şunu da belirtmek gerekir ki, istisna sözleşmesinde müteahhid, yapılan işin nitelik ve büyüklüğü gereği, çoğu kez tacirdir. Bu nedenle de, TK. m. 20/II'ye uymak, yani "ticaretine ait bütün işlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek" zorundadır. Gerek götürü ücret miktarının belirlenmesinde, gerek işin yapılması sırasında karşılaşılabilecek zorlukların öngörülebilmesinde, işe yabancı olan normal bir insandan daha ayrıntılı ve titiz düşünmeli, risk dağılımını ona göre yapmalıdır. Çünkü, her işin (e-serin) götürü ücretle ifası, bir risk olarak gözönüne alınması gereken spekülâtif bir unsur taşır (111).

"Basiretli bir iş adamı gibi" hareket etmek, hukukî ve fiilî durumu dikkate alarak ileriye görürlük içinde hareket etmek; taciri, hukukî ya da fiilî bir aykırılık ya da imkansızlığa götürecek olan muamele ve tasarruflardan sakınmak demektir. Belirli bir yer ve zamanda var olan şartları dikkate almayan bir karar ya da fiil, basiretsizlik ifade eder. Hukukumuzda, basiret ya da basiretsizlik, objektif kıstaslara göre belirlenmektedir. Yargıtay'a göre, tacirin, muameleyi yaptığı sırada "piyasanın hal ve istikbal" durumunu gözönünde tutması gerekir. Aynı şekilde, tacirin fiyat artışlarını öngörüp öngörememesi de, basiret ya da basiretsizlik içinde değerlendirilmektedir (112). İleride konuyu daha ayrıntılı biçimde belirtirken değineceğimiz gibi (113), burada tacirin öngörmesi gereken fiyat artışları, işlerin gidişine göre olağan düzeyde kalan artışlardır.

(111) Tandoğan, a.g.e., sh. 242.

(112) Mimaroglu, S. K.: Ticaret Hukuku-C. I-İşletme Hukuku, B. 2, Ankara 1970, sh. 209-210.

(113) Bkz. aşağıda § 7, sh. 102, 107.

Basiretlilik ve bu kavramın objektif bir ölçüye göre belirlenmesi konusunda, yukarıda değer yargıları hakkında söylediklerimiz burada da geçerlidir. Bu kavramı da çok sert ve dar bir biçimde ele almamak gerekir (114). Bu ve benzeri kavramlar, insanlar içindir; yoksa, peygamber ya da meleklerle özgü değil.

Bu konuyu, öngörülmezlik ve basiretlilik konusunda aynen katıldığımız Gürsoy'un düşüncelerini naklederek noktalamak istiyoruz:

"... Bununla beraber, âkidlerden lüzumundan fazla ihtiyat talep etmek ve mukavelelere lüzumsuz derecede ağır şartların konmasını zarurî addeylemek iktisadî münasebetleri felce uğratmak demek olacağından, bu hususta aşırı gitmemek lazımdır. Objektif olarak, hiç bir şeyin vukuu gayri memul değildir. Şimdiye kadar hiç vuku bulmamamış olan bir hadise, ancak, umulmadık bir hadise olabilir. Halbuki, Imprevisiion münasebetiyle' ileri sürülen bütün olaylar, vukua gelmiş ve vukua gelmekte devam eden hadiselerdir. Mesela harp, ihtilal, iktisadî buhran ve grevler. Bunların vukuları daima muhtemeldir ve bu itibarla, umulmadık bir hal değildir. Fakat, tahmin edilemezlik haline böyle bir mana atfetmek, borçlunun borcundan kurtulmasına hiç bir suretle müsaade etmemek demek olur.

Ankara Ticaret Mahkemesinin, Yargıtayca (2.6.1941 tarih ve 41/2732/1522 No. lu kararı ile) tasdik edilmiş olan

(114) Basiretlilik kavramının hak ve nasafet ile yumuşatılması, içinde yaşanan şartlara göre ele alınması hakkında bkz. Akyazan, S.: Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi veya İhalenin Fesih ve Tasfiyesi -İlgili Hukukî Sorunları (7/7993 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı), ABD., 1977, S. 1, sh. 16.

30.4.1941 tarih ve 941/323 No. lu kararında şöyle denilmektedir:

<Bu hal, akid tarihinden sonra vukua gelmiştir. Akid tarihi sırasında müteahhid tarafından derpiş edilmesine imkan tasavvur edilemez. Bir tacir, ne kadar basiretkâr olursa olsun, kendisinden bir siyaset adamının gösterebileceği bir basiretkârlık beklenemez. Tacir, mevcut ve tahaddüs etmiş siyasî hadiselerin iktisadî, malî ve ticarî niteliklerini derpiş edebilir; fakat, siyasî hadisatın vukuundan evvel, bunların vukuunu tahmin etmesi kendisinden istenemez. Aksi halin kabulü, tacirleri vahim bir tereddüde sevk etmeye saik olur ki, bu da, binnetice, iktisadî muamelelerde aranan sürat, intizam ve emniyeti ihlal eder.>

Mahkemenin pek güzel tebarüz ettirdiği gibi, önceden görülemezlik unsurunda fazla titizlik, hatalı ve tehlikeli olur." (115).

b) Bu Hallerin, İşin Yapılmasını Son Derece Güçleştirmesi:

BK. m. 365/II'de, bu husus için "işin yapılmasına mani olur (116) veya yapılmasını son derece işkal ederse" denilmektedir. Madde metnindeki bu ifade tarzı hatalı olup, yanlış anlamalara neden olabilecek niteliktedir. Şöyle ki: Maddenin lâfzına bağlı kalındığında, söz konusu hallerin işin yapılmasına engel olması da bu düzenlemeye tâbi olacaktır. Oysa, bu durumda BK. m. 117/I anlamında bir kusursuz (borçlunun sorumlu olmadığı sonraki) imkansızlık söz konusu

(115) Gürsoy, a.g.e., sh. 109'dan naklen.

(116) Bu kavram için, aynı anlama gelmek üzere, İBK.'nin Almanca metninde "die Fertigstellung hindern" (OR 373/II) ve Fransızca metninde "empêchêe" (CO 373/II) deyimleri kullanılmıştır.

olup, borç sona erer. Her halde kanun koyucunun amacı, bu düzenleme ile BK. m. 117/I'e bir istisna getirmek olmasa gerekir. Bu nedenle, anılan deyimi "işin, kararlaştırılan götürü ücretle yapılmasına engel olur" biçiminde anlamak gerekir (117).

Evvelce tahmin olunamayan ya da tahmin olunup da iki tarafca nazara alınmayan hallerin işin yapılmasında ortaya çıkardığı ifa güçlüğü'nün anlamı konusunda, İsviçre doktrininde Oser/Schönenberger tarafından ileri sürülen görüşler, Türk doktrinini de etkilemiştir. Yazarlar, anılan kavramı şu şekilde açıklamaktadırlar (118):

"Sözü edilen durumların, eserin bitirilmesine engel olan ya da aşırı ölçüde güçleştiren türden olması gerekir. Bundan dolayı, güçleşme, fazla masraf vb. nin mutad olan ya da makul surette götürü taahhüdüne bağlı bulunan müteahhid rizikosuna mı girdiği, yoksa, bunların kararlaştırılan ücrete kıyasla objektif iyiniyet kurallarına göre müteahhiden beklenemeyecek derecede orantısız mı görüldüğü, olaydan olaya ayrı ayrı incelenecektir. Fazla masraflarla, tahmin ve takdir olunan ücret tutarı arasındaki orantısızlığın, sözleşmenin aynı durumda korunmasının müteahhidin yıkımı (mahvı) sonucunu doğuracak derecede ileri olması gerekli değildir. Müteahhidin, şimdiki ilişkiler altında sözleşme yapıp yapmayacak olmasına önem verilmeyeceği gibi; müteahhidin, bundan hiç bir kazanç elde etmemesine, hatta bir kayba uğramasına da önem verilmez. Sözleşmeye bağlı kalmanın müteahhid için doğuracağı sakınca ile sözleşmenin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılmasının, alacaklı için doğuracağı sakınca, karşılıklı olarak tartılmalıdır. Ancak müteahhid için doğacak sakıncanın, orantısızca daha büyük olması durumunda

(117) Karş. Ermán, a.g.e., sh. 81 vd. ; Tandoğan, a.g.e., sh. 246.

(118) Oser/Schönenberger: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Zürich 1936, m. 373 şerhi, N. 9, sh. 1414 (Sungurbey, a.g.e., sh. 173-174'den naklen).

(sözleşmeye aynı ücretle devamın, kendisinden) beklenemeyeceğinden sözedilebilir."

c) İfa Güçlüğüne Yol Açan Hallerin Ortaya Çıkışının Müteahhide İsnad Edilememesi:

Bu şart, kanun koyucunun değil, doktrinin eklediği bir şarttır.

Müteahhid, daha önce de belirttiğimiz gibi, tacir olması dolayısı ile, basiretli bir iş adamı gibi davranmalıdır. Aslında, burada üzerinde durduğumuz şart, birinci şartın doğal bir sonucudur. Öngörülemeyen ya da beklenilmeyen haller, eğer müteahhidin kusuru (119) ya da tedbirsizliği yüzünden meydana gelmiş ve bunun sonucu olarak da edimin ifası aşırı derecede güçleşmiş ise, müteahhid, artık bu maddeye dayanmamalıdır. Çünkü, ilk iki şart arasında bir "neden-sonuç" ilişkisi vardır. Eğer müteahhid, böyle bir sonuçta kendi kusurlu ya da tedbirsiz davranışı ile neden olmuş ise, bunun sonuçlarına da kendisi katlanmalıdır (120). Zira, BK. m. 365/II'deki hallerde, edimin ifası imkansız değildir; sadece (sözleşmedeki şartlarla) ifanın, aşırı derecede güç olması söz konusudur. Bu güçlüğü rağmen, kararlaştırılan bedel üzerinden işin (eserin) yapılmasını müteahhiden beklemek, hakkaniyet ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı içindir ki, kendisine bu maddedeki olanaklardan yararlanabilme yolu getirilmiştir. Fakat, bu duruma, müteahhidin kusurlu ya da tedbirsiz davranış ya da tutumu neden olmuş ise, artık korunmaya değer bir menfaati yoktur (Fakat, sözleşme ile, bu durumun aksine düzenleme getirilebilir).

(119) Burada kullanılan kusur deyimi, haksız fiillerdeki ya da teknik açıdan sözleşmeye dayanan (akdî) kusur değildir. Aynı şekilde, borçlunun, sadece zarar doğurabilecek nitelikte olan fiil ya da hareketini de kasdetmiyoruz. Kusurdan kasdımız, belirli bir olayda iyi, dürüst bir iş adamı olarak hareket etmiş olmamasından dolayı, borçlu hakkında yapılacak bir takbihden ibarettir. Bu hususta esas olarak bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 153; Karş. Kaplan, a.g.e., sh. 152. Ayrıca, kusurun tezahür şekilleri için bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 154 vd.

(120) Aksi düşünce için bkz. yukarıda dpn. 110.

d) İhbar:

Bu şart da, tıpkı yukarıdaki şartta olduğu gibi, doktrin tarafından getirilmiştir. Bu şarta göre, müteahhid, BK. m. 365/II'de sözü edilen durumların gerçekleşmesinden sonra, bu hususu hemen iş sahibine bildirmelidir. Her ne kadar madde metninde buna ilişkin bir düzenleme yoksa da, bu husus, çeşitli yazarlar tarafından farklı gerekçelerle kabul edilmektedir.

Tandoğan, incelemekte olduğumuz ihbar yükümlülüğünü, iyiniyet kurallarına dayandırmaktadır. Yazara göre, müteahhid, beklenilmeyen haller ortaya çıkınca hemen bunları ve BK. m. 365/II'ye dayanacağını iş sahibine bildirmeyip işe devam etmişse, anılan hükmü sonradan ileri sürmesi, (objektif) iyiniyet kurallarına aykırıdır (121).

Erman ise, aynı yükümlülüğü, BK. m. 357/III'den çıkarmaktadır (122). Bu fıkrada, "iş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hâdis olursa, müteahhid, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur, aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir." denilmektedir. Her ne kadar bu madde, müteahhidin malzemeye ilişkin borçlarını düzenlemekte ise de, "imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal" deyimi geniş bir biçimde yorumlanmaya elverişli olup, BK. m. 365/II'deki halleri de kapsamına alabilecektir. Bu husus, müteahhidin genel ihbar borcundan kaynaklanmaktadır.

(121) Bkz. Tandoğan, a.g.e., sh. 247. Karş. Gürsoy, a.g.e., sh. 170.

(122) Erman, a.g.e., sh. 89. Aynı yönde bkz. Seliçi, a.g.e., sh. 59. Ayrıca Seliçi, ihbarı, iş sahibinin BK. m. 369'a göre istisna sözleşmesine son verme hakkını vaktinde kullanabilmesini sağlaması açısından da önemli görmektedir.

İhbar yükümlülüğünü yerine getirmemenin nitelik ve sonuçları hakkında da farklı görüşler vardır.

Seliçi'ye göre, ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemenin sonuçlarına, müteahhid katlanır (BK. m. 357/III). Esas itibarı ile bu sonuçlar, BK. m. 96 vd. maddelerindeki "borca aykırılık" hükümlerine göre belirlenecek, iş sahibi (inşaat sahibi), kötü ifa ya da gecikme dolayısı ile zararlarını tazmin ettirebilecektir (123).

Gautschi'ye göre ise, müteahhidin masraf artırıcı durumları iş sahibine ihbar etmesi, ücret artırma talebinin bir şartıdır. Ücret artırılması, sözleşmede değişiklik yapılması sonucunu doğuracağından, bunu arzu eden müteahhidin, ortaya çıkan durumu ihbar etmesi gereklidir; ihbar etmemişse, müteahhidin, sözleşmede ücret değişikliği yapılmasını istemediği, götürü ücreti zimnen teyid ettiği anlamı çıkar. Böylece, ihbar etmeyen müteahhid, ücretin artırılması "talep hakkını kaybeder". İhbar yükümlülüğünü yerine getirmemenin sonucu, BK. m. 365/II açısından bir tazminat yükümlülüğü değil; aynı götürü ücretle, güçleşmiş inşaat işinin (istisna sözleşmesinin) icra edilmesi sonucunu doğurmaktadır (124).

Dikkat edilecek olursa, ihbar yükümlülüğünün hukuki niteliği, birinci görüşte bir "borç (Schuld)"; ikincisinde ise bir "külfet (Obliegenheit)"tir (125).

İkisi de birer yükümlülük (Pflicht) olan borç ve külfet kavramları arasındaki fark, kendisini, bunlara aykırı

(123) Seliçi, a.g.e., sh. 60.

(124) Gautschi, G.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Bd. VI, 2. Abt. 3. Teilband; Der Werkvertrag, Bern 1967, Art. 373, N. 16a vd. (Seliçi, a.g.e., sh. 60'dan naklen).

(125) Tandoğan da (a.g.e., sh. 253'de), ihbar yükümlülüğü için "külfet" deyimini kullanmıştır.

davranılması durumunda gösterir. Borcun ifa edilmemesinde (karşı taraf lehine) bir tazminat alacağı doğduğu halde; külfetin yerine getirilmemesi, bir hakkın kaybedilmesine (ya da kazanılamamasına) yol açar (126).

Kanımızca da, ihbar yükümlülüğünün hukuki niteliği, külfettir. BK. m. 365/II'nin sunduğu olanaklardan yararlanmak isteyen müteahhid, bu külfete uygun davranacak ve sözü edilen durumların ortaya çıktığını, iş sahibine hemen bildirecektir. Aksi takdirde, bu olanaklardan yararlanamaz.

Öte yandan, BK. m. 365/II'deki şartların gerçekleşmesine rağmen, müteahhid, bu maddeye dayanmak istemeyebilir; yani, ifadaki aşırı güçlüğüne rağmen, işi, kararlaştırılan götürü ücret üzerinden yapmayı tercih edebilir. İleride göreceğimiz gibi. müteahhidin, şartlar gerçekleştikten sonra BK. m. 365/II'ye dayanmaktan vazgeçmesi her zaman mümkündür. İşte, öngörülemeyen olağanüstü olayların gerçekleşmesine rağmen, müteahhidin bunları ihbar etmeyip susması, BK. m. 365/II'nin sunduğu olanaklardan feragati anlamına da gelebilir (127).

2) BK. m. 365/II'nin Sonuçları:

Kanun koyucu, BK. m. 365/II'deki şartların gerçekleşmesi durumunda müteahhide iki olanak sunmuştur: Sözleşmenin feshi ve önceden götürü surette belirlenmiş olan bedelin artırılması. Şimdi, bunları kısaca görelim.

a) Fesih:

Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini, ileriye doğru (ex nunc) sona erdiren olumsuz (bozucu) yenilik doğuran bir hak ya da işlem olarak tanımlanmaktadır (128). Sona erme,

(126) Borç ve külfet kavramları hakkında daha fazla bilgi için bkz. İnan, a.g.e., sh. 45.

(127) Karş. Gürsoy, a.g.e., sh. 169-170.

(128) Serozan, a.g.e., sh. 121.

ileriye yönelik olduğu için, feshe kadar yapılmış olan iş - lemlerin sıhhatine bir hâlel gelmemekte, bu arada yerine ge - tirilmiş olan edimler, geçerliliğini korumaktadır.

Her ne kadar kanun koyucu fesih, feshi ihbar, dönme (rücu) kavramlarını bazen birbiri yerine kullanmışsa da, BK. m. 365/II'deki fesih deyiminin gerçek anlamında kullanıldığı, doktrinde oybirliği ile kabul edilen bir husustur.

Acaba buradaki fesih hakkının kullanılışı nasıl ola - caktır? Fesih, müteahhidin, bu konudaki iradesini açıklama - sından itibaren mi, yoksa hakimin kararından itibaren mi hüküm ve sonuç doğuracaktır?

Doktrinadaki egemen görüşe göre, müteahhidin, bu yeni - lik doğuran (inşaf) hakkını kullanması, feshin hüküm ifade etmesi için yeterlidir. Müteahhid, BK. m. 365/II'deki şart - lar gerçekleştiğinde, sözleşme ile bağlı kalmak istemediği - ni iş sahibine ihbar etmiş ve fakat iş sahibi ile araların - da (şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin) bir u - yuşmazlık doğmuşsa, bu durumda müteahhid ya da iş sahibince açılacak dava sonucunda hakimin vereceği fesih kararı, sade - ce açıklayıcı (bildirici) bir tesbit kararıdır. Fesih hak - kının hakim denetiminden geçmesi, onun, yenilik doğuran (in - şaflik) özelliğini ortadan kaldırmaz. BK. m. 365/II'nin "... hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheder." biçimindeki ifade tarzı yanıltıcıdır ve yukarıda açıklanan sonuca ulaşmayı engellemez (129).

(129) Karş. Tandoğan, a.g.e., sh. 252; Seliçi, a.g.e., sh. 63 dph. 59; Serozan, a.g.e., sh. 383; Erman, a.g.e., sh. 115. Ancak, Erman (a.g.e., sh. 115'de), hakimin, olaya uygulanacak hukukî sonucun değişik olduğuna (örneğin, müteahhid sözleşmeyi feshetmiş ve fa - kat hakim, bedel artırımına karar vermiş ya da tersi olmuşsa) hükmederse, bu kararın, yenilik doğuran bir nitelik taşıyacağını savunmaktadır.

Egemen görüşün, BK. m. 365/II'nin ifade tarzının ya nıltıcı olduğunu savunmasına rağmen, Gauch, madde metnini esas alarak, egemen görüşün aksi bir sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre: "İBK. m. 373/II (BK. m. 365/II)'nin yazılış biçiminden, bizzat hakimin bedeli artıracığı ya da sözleşmeyi feshedeceği ve bu seçimlik hakların ancak dava yoluyla kullanılabilmesi, mahkeme dışında kullanılamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda, hakimin vereceği karar, daima yenilik doğurucu (inşaf) bir karardır (konstitutives Urteil)." (130).

Kanımıza göre de, Gauch'un ulaştığı sonuç daha tutarlıdır.

Bir kere, mahkemenin kararının açıklayıcı nitelikte olduğunu savunanlar, BK. m. 365/II'nin ifade tarzının "yanıltıcı" ve isabetsiz olduğunu kabul etmektedirler. Fakat, görüşlerinden, niçin madde lâfzı ile ruhunun çeliştiğini anlamak mümkün değildir. Pacta sunt servanda ilkesinden uzaklaşma sonucunu doğuran clausula rebus sic stantibus, aslında istisnai bir ilkedir ve uygulama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir, hakime ait olduğu gibi, fesih gibi önemli bir hukukî değişiklik de ancak hakim kararı ile hüküm ve sonuç ifade edebilmelidir. Çünkü, burada fesih (ve diğer uyarılma türleri); irade serbestliği, sözleşmeye bağlılık vb. gibi genel hukuk ilkelerinin yanı sıra, hukukî güvenlik ve istikrara "rağmen" uygulanan çözümlerdir. Tâbir caiz ise, burada hukuk düzeni, bizzat kendisi sistemde (somut olaydaki sözleşme adaletini sağlamak ve borçluya biraz nefes aldirmek amacı ile) bir delik açmakta; bir yere kadar seyirci kaldıktan sonra, "ringe havlu atmaktır".

(130) Gauch, P.: Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 775 (Tandoğan, a.g.e., sh. 255'den naklen).

Öte yandan, buradaki fesih hakkının niteliğini de irdelemek gereklidir. Yoksa, sadece "müteahhidin sözleşmeyi feshetmesi, yenilik doğuran (inşaf) bir hakkın kullanılmasıdır, hakimin kararı açıklayıcıdır" demek yeterli değildir.

Burada, üzerinde bir uyuşmazlığın bulunmadığı husus, feshin, yenilik doğuran (inşaf) bir hak olduğudur. Çoğunluğun görüşüne katılmamızın nedeni, bu yenilik doğuran hakkın türü ve niteliğinden kaynaklanmaktadır. Yenilik doğuran haklar, farklı kıstaslara göre bir çok türe ayrılır. Bu ayrımlardan birisi de, hakkın doğurduğu sonuçlara göre yapılan ayırımdır. "Doğurduğu sonuçlara göre" yenilik doğuran haklar ikiye ayrılır (131).

Bunlardan birisi, "özel yenilik doğuran haklar" olup, hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılan yenilik doğuran haklardır. Burada, hakkın kullanılması için, hak sahibinin irade beyanı yeterli olup, ayrıca bir dava açmaya gerek yoktur.

İkinci tür yenilik doğuran haklar, "yenilik doğuran dava hakları"dır. Bunlar, ancak dava yolu ile kullanılabilirler. Açılan dava üzerine hakimin vereceği "yenilik doğuran hüküm", yeni bir hukukî durum yaratır.

Kanımızca, BK. m. 365/II'deki fesih hakkı, tıpkı BK. m. 535/7'deki "haklı sebeplerden dolayı fesih"de olduğu gibi, yenilik doğuran dava haklarına girmektedir.

Yenilik doğuran (inşaf) hakların kullanılma biçimine gelince, burada kural, bu hakların tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılmasıdır. Örneğin, fe -

(131) Bkz. Eren, a.g.e., sh. 67.

sih beyanının muhataba ulaşması ile, mevcut bir borç ilişkisi kendiliğinden sona ermiş olur. Ancak, söz konusu hakkın usulüne göre kullanılıp kullanılmadığı uyuşmazlık konusu olursa, bu hususun aydınlatılması için bir tesbit davası açılabilir. Burada hakimin vereceği karar, bildirici (açıklayıcı) niteliktedir (132).

İstisnai hallerde, inşaf hakları ancak dava yolu ile kullanılabilirler. Bu tür davalara "inşaf (yenilik doğuran) dava" veya "inşaf (yenilik doğuran) karar" denir.

Kanun koyucu, bu inşaf haklarının dava yoluyla kullanılmasını öngördüğü için, bunlarda inşaf sonucu, hakimin kararından sonra gerçekleşebilecektir (134).

Inşaf etki (sonuç), Medenî Usûl Hukukunda inşaf hükümlerine özgü bir hüküm sonucudur. Bu, ilgili kişilerin hukukî ilişkilerinde genel olarak bir hukukî değişikliği zorunlu kılar. Bu değişiklik, kurucu, bozucu ya da sadece değiştirici nitelikte olabilir (135).

Bu davaların temelini, hak sahibinin, muhataba yöneltilmiş bir talebi oluşturmaz. Zira, bu davalarda muhatap (davalı), bir davranışa, yani bir edimi yerine getirmeye mahkûm edilmez. İnşaf davaları, bir edim (ifa) ya da tesbit davası değildir. Bunlar, yeni bir hukukî durum yaratır; yani bir hakkı ya da hukukî ilişkiyi doğrudan doğruya kurar, değiştirir ya da ortadan kaldırır (136).

(132) Daha fazla bilgi için bkz. Eren, a.g.e., sh. 68.

(133) Eren, a.g.e., sh. 69.

(134) Ünen, E.: İnşaf Davası, Ankara 1981, sh. 102.

(135) Ünen, a.g.e., sh. 182; Ayrıca, inşaf davalarının geçmişe ya da geleceğe etkili olmaları konusundaki örnekler için bkz. sh. 189 vd.

(136) Eren, a.g.e., sh. 69.

Medenî Usûl Hukukunda, inşaf davalarının ancak kanunda belirtilen durumlarda açılabilceği; yani, bu davalar hakkında "numerus clausus" ilkesinin geçerli olduğu görüşü egemendir. Buna göre, kanun koyucu tarafından (genellikle maddî hukuk uyarınca) açık olarak inşaf nitelikte olduğu öngörülmemiş olan bir hak, inşaf dava konusu olamayacaktır (137). Bu açıdan bakıldığında, BK. m. 365/II'nin ifade tarzının, (yanıltıcı olmak bir yana) kanun koyucunun iradesini yeterli kesinlikte açıkladığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Kanımızca, BK. m. 365/II'deki fesih davası, yukarıda sözünü ettiğimiz bozucu inşaf davaya; bedelin artırılması davası ise, değiştirici inşaf davaya örnektir (138).

Sonuç olarak, doktrindeki genel eğilimin aksine, feshi (ya da bedelin artırılmasına) ilişkin hakim kararının bildirici (açıklayıcı) değil; yenilik doğuran (inşaf) nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da, fesih halinde, hakimin, sözleşmeye aykırılıktan ötürü bir tazminata hükmedebileceğidir. Buradaki tazminat, feshin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Fesihte sözleşme, (dönmenin aksine) ileriye doğru (ex nunc) sona ermektedir. İş sahibinin (sözleşmenin feshinden dolayı) uğradığı menfi zararın hak kaniyete uygun ölçüde tazmin edilmesiyle, BK. m. 365/II'deki hallerin rizikosunun bütünüyle alacaklıya (iş sahibine) yüklenmesi böylece önlenmiş olmaktadır (139).

(137) Önen, a.g.e., sh. 53.

(138) Borçlar Hukukundaki diğer inşaf dava türleri için bkz. Önen, a.g.e., sh. 99-113; özellikle, BK. m. 365/II'ye ilişkin davaların da inşaf dava olarak nitelendirildiği sh. 102-103.

(139) Bu konuda karş. Oftinger, K. (Çev. Davran, B.): Carî Akitlerin Temellerinde Buhran İcabi Tahavvül (Clausula rebus sic stantibus hakkında), İHFM., 1942, C. VIII, S. 3-4, sh. 619; Erman, a.g.e., sh. 105; Tandoğan, a.g.e., sh. 256-257; Dural, a.g.e., sh. 73; Gürsoy, a.g.e., sh. 203-204; Serozan, a.g.e., sh. 382.

b) Bedelin Artırılması:

BK. m. 365/II'deki şartların gerçekleşmesi durumunda, kanun koyucunun sunmuş olduğu ikinci olanak, daha önce götürü surette belirlenmiş olan bedelin, ifadaki aşırı güçlüğü kaldırarak biçimde artırılmasıdır.

Bedelin artırılması, aslında uygulamada genellikle ilk başvurulmuş yol olmaktadır. Müteahhid, olağanüstü olay ortaya çıkınca, önce, iş sahibine bu durumu geciktirmeksizin bildirerek bir bedel artırımını isteyecektir. Bedelin artırılması talebi iş sahibince kabul edilmezse, müteahhid, ya işe devam edip bedelin artırılması için hemen ya da haklarını saklı tuttuğunu beyan ederek işin sonunda bir dava açacaktır (140).

Hakimin, bedelin artırılmasına ilişkin kararı da, yukarıda (141) açıkladığımız gibi, inşafidir.

c) Sözleşmenin Değişen Şartlara Uydurulması:

BK. m. 365/II'ye göre, fıkroda sözü edilen şartların gerçekleşmesi durumunda, hakim "ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheder."

Acaba hakim, sözleşme adaletini sağlamak için, fesih ya da bedelin artırılmasından başka bir sonuca hükmedemez mi? Madde hükmü geniş yorumlanmak suretiyle, diğer uyarılama türleri de hakimin takdir yetkisinin kapsamı içinde düşünülemez mi?

(140) Tandoğan, a.g.e., sh. 253.

(141) Bkz. yukarıda sh. 57, 59.

Doktrinde bazı yazarların yaptığı gibi, bu soruya olumlu cevap vermek mümkündür (142).

Pacta sunt servanda ilkesine rağmen, clausula rebus sic stantibus ilkesine işlerlik kazandırmak, somut olayda sözleşme adaletini sağlamak amacı ile yapılan bir "müdahale"dir. Eğer olayda adalet, fesih ya da bedelin artırılmasından başka bir yolla sağlanabiliyorsa, hakimin bu yola hükmetmesi son derece doğaldır. Hem, BK. m. 365/II, geniş anlamda clausula rebus sic stantibus ve bu ilkenin dayanağı olan MK. m. 2'nin özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır. Anılan ilkelerin sunduğu bu olanağı, aslında bunların özel bir uygulamasını oluşturan BK. m. 365/II bakımından kabul etmemek, bir çelişki yaratır.

Gürsoy'un belirttiği gibi, (objektif) iyiniyet adına sözleşmeyi feshetmek yetkisine sahip olan hakim, aynı ilke gereğince, sözleşmeyi yeni şartlara uydurmak yetkisine de sahiptir. Çünkü, "Az, çok içindedir." (143).

Öte yandan, sözleşmenin feshedilip, müteahhidin, iş sahibi lehine bir tazminata mahkûm edilmesi de bir tür (değişen şartlara) uyarılama olarak görülebilir. Çünkü, bu takdirde asıl edim yerine başka bir edim, yani tazminat edimi geçmektedir (144).

Sözleşmenin değişen şartlara uydurulması nasıl olur?

Bu soruyu, her somut olayda, olayın özelliklerini gözönünde bulundurarak ve tarafların karşılıklı menfaatlerini tartarak cevaplamak gerekir. Genel örnekler arasında, ifa

(142) Karş. Erman, a.g.e., sh. 110-111; Gürsoy, a.g.e., sh. 190 vd., özellikle, sh. 195.

(143) "Le moins est contenu dans le plus." Bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 190.

(144) Bu görüş için bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 202-203.

süresinin uzatılması, ifa yeri ya da zamanının değiştirilmesi, edim konusunun miktarının azaltılması ya da ifa tarzının sınırlarının daraltılması vb. uyarılma biçimlerini göstermek mümkündür (145).

Burada çözüm getirilmesi gerekli bir diğer sorun da, fesih, bedelin artırılması ve sözleşmenin değişen şartlara (diğer yollarla) uydurulmasında, sayılan yollar arasından hangisinin tercih edileceğidir.

Önceden görülemeyen olağanüstü olaylar sonucu edimin ifası aşırı derecede güçleşmiş ise, sözleşmenin aynen ifasının kendisinden beklenemeyeceği (ve örneğin, bedelin artırılması ya da sözleşmenin feshi) biçimindeki talep müteahhiden gelse bile, somut olayda pacta sunt servanda ilkesinden (eğer gerekiyorsa) ayrılmanın tarz ve sınırını, sonuç olarak, hakim bizzat belirleyecektir. Amaç, sözleşme adaletinin sağlanması olduğuna göre, bu amacı hangi yol (menfaatler dengesini sarsmadan ya da en az sarsıntı ile) gerçekleştiriyorsa, hakim, onu seçecektir. Bu, müteahhidin (ya da sözleşmenin her iki tarafının da birlikte) talep ettiğinden başka bir çözüm biçimi olabilir.

Aslında, yukarıda (a) ve (b) altında belirttiğimiz sonuçlar da sözleşmenin değişen şartlara uydurulmasından başka bir şey değildir. Şu farkla ki, bunlar, BK. m. 365/II'de ismen sayılmıştır. Biz, bu saymanın sınırlayıcı değil; örnekseyici olduğuna inanıyoruz. Bu anlamda, bu yollardan her biri eşit uygulama gücüne sahiptir. Amaca hangisi en kısa yoldan ve en az zararla ulaştırıyorsa, o seçilecektir.

(145) Karş. Erman, a.g.e., sh. 111; Gürsoy, a.g.e., sh. 198.

Acaba hakim, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması ya da fesih yollarından hangisine öncelik vermelidir?

Gürsoy'a göre, esas olan, sözleşmenin feshidir. Bu çözüm yolu, sözleşmenin, değişen yeni şartlara göre uyarlanmasına oranla daha normaldir. Çünkü, sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi, sözleşenlere, hiç düşünmedikleri bir yükümlülüğü yüklemeye göre daha hukuki bir çözüm biçimidir (146).

Erman'ın düşüncesine göre, BK. m. 365/II'nin uygulanmasına gidildiği zaman, öncelik, sözleşmenin değişen yeni şartlara uydurulmasına verilmeli; ancak tarafların karşılıklı menfaatlerine uygun düşmediği takdirde bu yoldan vazgeçilerek feshe karar verilmelidir (147).

Dural ise, fesih ve değişen durumlara uydurma yolları arasında her hangi bir ayırım yapmamakta, her ikisini de eşdeğerde görmektedir. Yazara göre, dikkat edilecek husus, âdil bir riziko paylaşılmasına hangi yolla gidileceğidir (148).

Doktrindeki genel eğilim, aşağıdaki hususlarda birleşmektedir (149) :

Eğer taraflar, sözleşmeye devamı kabul etmişler ve yalnız artırılacak miktarın saptanmasında anlaşamamışlar ise, iş sahibinin esere acil ihtiyacı bulunuyorsa, eser tamamlanmış ya da çok ilerlemişse, hakimin daha çok ücret artırma yoluna gitmesi uygun görülmektedir. Buna karşılık, olağan üstü hal, müteahhidin şahsını ilgilendiriyorsa (örneğin, yabancı memlekette kara listeye konulması dolayısı ile oradan gerekli malzemeyi getirememesi) yahut ücret artırması, iş

(146) Gürsoy, a.g.e., sh. 202.

(147) Erman, a.g.e., sh. 111.

(148) Dural, a.g.e., sh. 72.

(149) Bkz. Tandoğan, a.g.e., sh. 253.

sahibinin kabul etmesi beklenemeyecek bir miktara ulaşacaksa, feshe hükmetmek daha uygun olacaktır.

3) BK. m. 365/II Hükümünden Önceden Vazgeçme:

Acaba taraflar, sözleşmeye hüküm koymak suretiyle , BK. m. 365/II'nin (ve bu arada, clausula rebus sic stantibus ilkesinin) sunduğu olanaklardan önceden (yani, öngörülemeden ya da beklenilmeyen haller henüz ortaya çıkmadan) vazgeçebilirler mi? Borçlu (müteahhid), söz konusu hallerin gerçekleşme rizikosunu üzerine alabilir mi?

Bu konuda doktrinde değişik görüşler vardır.

F. N. Feyzioğlu, böyle bir vazgeçme durumunu, clausula rebus sic stantibus ilkesinin uygulanmasında olumsuz (bulunmaması gereken) bir şart olarak görmektedir. Yazara göre, söz konusu ilkenin uygulanabilmesi için, taraflar, emprevizyon (öngörülmezlik) halini ileri sürmekten vazgeçmemiş olmalıdır (150).

Tandoğan da, benzer bir şartı, BK. m. 365/II'nin uygulanmasında aramaktadır. Yazara göre, genel olarak bir vazgeçme şart edilebileceği gibi, bazı rizikolar da özel olarak sayılarak (örneğin grev, devalüasyon gibi), bunların gerçekleşmesi halinde (örneğin) ücretin artırılamayacağı da kararlaştırılabilir (151).

Genel eğilim olarak, doktrinde, BK. m. 365/II'nin emredici nitelikte olmadığı, sözleşmeye buna aykırı kayıtların konabileceği ve fakat (iş sahibi tarafından) bu kayıtlara

(150) Bkz. Feyzioğlu, F. N., a.g.e., sh. 473. Karş. Becker, a.g.m., sh. 111-113.

(151) Tandoğan, a.g.e., sh. 248. Yazar (a.g.e., sh. 249'da), bu gibi kayıtların daraltıcı olarak yorumlanması gerektiğini belirtmekte; tarafların, sözleşmede "değiştirilemez fiyatlar" ya da "sabit fiyatlar" gibi deyimler kullanmış olmalarını, böyle bir feragatin kabulü için yeterli görmemektedir.

dayanmanın, MK. m. 2'deki objektif iyiniyet ilkesi ile sınırlı bulunduğu, vazgeçmeye rağmen, müteahhidin normal rizikosunun çok üstünde olan değişiklikler halinde, onun, gene de anılan fıkra hükmünden yararlanabileceği belirtilmektedir (152).

Gürsoy ise, bu konuda ikili bir ayırım yapmaktadır. Yazara göre, eğer söz konusu kayıt bir ya da bir kaç belirli olaya ilişkin ise geçerli; yok eğer meydana gelecek her türlü olağanüstülüklerin rizikosunun kabulünü içeriyorsa, geçersiz kabul edilmelidir (153).

Gürsoy, daha sonra yayınladığı bir karar tahlilinde ise (154), BK. m. 365/II'den feragat bakımından aynen şunları söylemektedir: "Müteahhidin himayesi maksadıyla konulmuş bulunan BK. m. 365/II hükmünden, müteahhid peşin feragat edebilir mi? Böyle bir feragat muteber midir?

Filvâki, bu hüküm, istisna akdinde büyük bir riziko olduğu ve fakat bazen de müteahhidin himaye edilmesi lazım geleceği şeklindeki bir nasafet ve adalet prensibinden mülhemdir. Kanun, fevkalâde hallerde hakime, mukaveleye müdahale imkanı tanımaktadır. Burada kanun, adeta müteahhidi kendisine karşı himaye etmektedir. Bu itibarla, müteahhidin himayesini mutazammın olan bu hükümden feragatin muteber olup olmayacağı münakaşa edilebilir. Çünkü, bu hüküm daha yüksek bir adalet prensibinden mülhemdir."

(152) Bkz. Erman, a.g.e., sh. 121-126; Sungurbey, a.g.m., sh. 175-179; Seliçi, a.g.e., sh. 60 vd.; Dural, a.g.e., sh. 62; Tandoğan, a.g.e., sh. 250-251.

(153) Gürsoy, a.g.e., sh. 160-161.

(154) ABD., 1958, sh. 208. Gürsoy'un tahliline konu olan "Temyiz HUH.-nin 6.11.1957 tarih ve E.I-76/K.82 sayılı kararı" için ayrıca bkz. Türk İctihadlar Külliyyatı, 1958, C. I-II, İstanbul 1960, sh. 282-283.

Kanımızca, bu sorunun çözümünde üç ayrı noktadan hareket etmek mümkündür:

Bunlardan birincisi, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin uygulama şartlarıdır. Müteahhidin, söz konusu ilkeye dayanabilmesi için, önceden görülemeyen ya da beklenilmeyen olağanüstü olayların ortaya çıkması; yani, hal ve şartların esaslı surette değişmiş olması gerekir.

Eğer müteahhid, belli olaylar bakımından rizikoyu sözleşme ile üzerine almış ise, bu olaylar ne "önceden tahmin olunamayan haller"e, ne de "tahmin olup da nazara alınmayan haller"e girer. Bunlar, hem tahmin olunmuş, hem de (sözleşmeye bunlar hakkında kayıt konulmak suretiyle) nazara alınmıştır. Bu nedenle de, böyle olayların sonradan meydana gelmesi halinde, (şartlardan birisi eksik olduğu için) sözleşmenin değişen şartlara uydurulması konusunda müteahhidin bir hakkı doğmayacaktır.

Ortada bir hak olmadığından (ve de olmayacağından), buna ilişkin vazgeçmenin hiç bir hukukî değeri yoktur.

Eğer müteahhid, hiç bir ayırıma gitmeksizin, ileride hal ve şartlarda meydana gelecek bütün değişikliklerin rizikosunu üzerine almış, BK. m. 365/II (ve bunu da kapsayan *clausula rebus sic stantibus* ilkesi)'nin tanıyacağı haklardan önceden feragat etmişse, buna ilişkin sözleşmeye konmuş olan hususların geçerli görülmemesi gerekir. Ne henüz doğmamış ve de ileride doğup doğmayacağı kuşkulu bir hakka dayanmaktan önceden vazgeçilebilir, ne de irade serbestliği, MK. m. 2'de emredici bir kural olarak ifadesini bulan ve kendisinden daha üstün olan objektif iyiniyet ilkesinden feragati de içine alır.

Fakat, somut olayın özelliğine göre, bu tür vazgeç -

meler, tedbirsizlik ya da basiretsizlik olarak görülebilir veyahut da bu derecede olmasa bile, öngörülememe ya da beklenilmeme unsurlarının gerçekleşmesinde bu durumların daha dar bir biçimde yorumlanmasına yol açabilir (155).

İkinci olarak, doktrindeki egemen görüş, BK. m. 365/II'ye dayanmaktan önceden vazgeçmeyi geçerli görürken, söz konusu hükmün emredici olmadığına dayanmaktadır.

Kanımızca, anılan hükmü tamamlayıcı bir kural olarak nitelendirmek isabetli değildir. Bir normun, kamu düzeni ya da genel ahlâk ve adâba ilişkin olmaması, onun hemen tamamlayıcı bir hüküm olarak nitelendirilmesine yol açmaz. Zayıfı (zayıf tarafı) koruyan düzenlemeler de emredicidir (156). BK. m. 365/II'nin uygulanabilirliği olan olaylarda, borçlunun durumunun özelliği gözardı edilmemelidir. Bu durumlarda, borçlu, pacta sunt servanda ilkesi ve bu ilkeye dayanmakta ısrar eden alacaklının (objektif iyiniyet ile bağdaşmayan) tutumu altında ezilmektedir. Belki bu ezilme onun sonu olmayacaktır ama, hukuk düzeni, bu manzarayı izlemeye tahammül edememekte ve duruma "müdahale" etmektedir. Bu nedenle, (bu uygulamayı da kapsamına alan MK. m. 2'nin olduğu gibi) söz konusu norm "en azından" emredicidir. Burada, "en azından" deyimini kullanıyoruz; çünkü, bu "müdahaleci" normu, mevcut (klâsik) kategorilerden birisine sokmak her zaman kolay olmamaktadır.

Üçüncü olarak, BK. m. 365/II'nin sunduğu hakların niteliğinden ve nasıl kullanıldığından da aynı sonuca varmak

-
- (155) Tandoğan (a.g.e., sh. 251'de), BK. m. 365/II'ye dayanmaktan önceden vazgeçmeye ilişkin kayıtlardan söz ederken, "Her halde, bu kaydın bulunması, hakimin BK. m. 365/II'ye göre akde müdahalesini tamamen önlemese bile, güçleştirici bir nitelik taşımaktadır." demektedir. Ayrıca bkz. aynı sayfede dpn. 30a.
- (156) Bkz. Akipek, J. G.: Türk Medenî Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, c. I, Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, Ankara 1973, sh. 104.

mümkündür. Yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi, BK. m. 365/II'deki şartların gerçekleşmesi halinde, örneğin, fesih ya da bedelin artırılmasını talep, bir yenilik doğuran hakkın (yenilik doğuran dava hakkının) kullanılmasıdır. Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin bunları kullanmaktan feragat etmesiyle de sona erebilir. Ancak, bunun iki şartı vardır. Bunlardan birincisi, hakkın, feragat elverişli bir inşaf hak olmasıdır (ki inceleme konumuzdaki haklar bakımından bu hususta bir tereddüt yoktur). İkinci şart ise, feragatin, "hak doğduktan sonra" yapılmasıdır (157). İşte bu şart yüzündendir ki, BK. m. 365/II'deki haklardan önceden vazgeçme geçerli olmamalıdır.

Böylece, üç ayrı açıdan da ulaştığımız sonuç aynı olmakta, BK. m. 365/II hükmünden önceden vazgeçme, kanımızca, hukukî bir sonuç doğurmamaktadır.

Buraya kadarki açıklamalarımız, BK. m. 365/II (ve *clausula rebus sic stantibus* ilkesi)'nin verdiği haklardan önceden feragat ilişkindir. Belirtelim ki, söz konusu şartlar gerçekleştikten ve müteahhidin bunlara dayanma hakkı "doğduktan sonra" (açıkça ya da örtülü olarak) feragat, her zaman mümkündür.

II- MK. m. 2'DEKİ DÜZENLEME:

Dar anlamda *clausula rebus sic stantibus* (zımnî inşaf şart) teorisi her ne kadar çoğu ülkede ve bizde rağbet görmemişse de, *pacta sunt servanda* ilkesine sıkı sıkıya bağlılık sonucunda ortaya çıkan sorunların hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaması, eski (dar anlamda) *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin modernizasyonunu ve ona başka dayanak -

(157) Eren, a.g.e., sh. 72; Ünen, a.g.e., sh. 31

lar aranmasını zorunlu kılmıştır. Bu gelişmenin sonunda, pacta sunt servanda ilkesinin, objektif iyiniyet kuralı ile sınırlı olduğu düşüncesi, geniş bir kabul görmüştür (158). Her ne kadar sözleşmeye bağlılık ve borçlunun, edimini (büyük fedakârlıklara maruz kalsa bile) ifa etmesi iyiniyet gereği ise de, sözleşmenin kurulması ile sözleşenler arasında meydana gelen karşılıklı güven ve bağlılığın, bir tarafın diğerini istismar etmesine engel olması da gene aynı kuralın (objektif iyiniyetin) doğal bir sonucudur (159).

Borçlu, kendi edimine karşılık, hiç bir eda elde edemeyecek ya da sadece tamamiyle gülünç değerde bir eda elde edecek derecede hal icapları değişmiş ise, sözleşme ile borçluya yüklenen yükümlülükleri sürdürmek, iyiniyete aykırıdır (160).

Bugün, geniş anlamda *clausula rebus sic stantibus* (yani, beklenilmeyen hal teorileri) içinde Türk-İsviçre doktrin ve uygulamasında en çok kabul görmüş olanı, önceden görülemeyen nedenlerle sözleşmedeki şartların ve dengenin aşırı biçimde bozulması sorununa, MK. m. 2'nin uygulanması görüşüdür (161).

Gerçekten de, hukukumuzda her ne kadar irade serbestliği ve buna paralel olarak da sözleşmeye bağlılık ilkeleri

(158) Dural (a.g.e., sh. 71 dnp. 198'de) : "Zaten, değişen durumlar için gösterilen çözüm yollarının hemen hemen hepsi, dürüstlük kuralının değişik adlandırılmasından başka bir şey değildir." demektedir. Serozan da (a.g.e., sh. 245'de), MK. m. 2/1'in "karşılıklı bağlılık ve güven" kuralında dile gelen "güvenin korunması ilkesi"nin, sözleşmede saklı tutulmamış olsa bile, doğrudan doğruya yasa çerçevesinde ya da "praeter legem" dönme hakkı veren sözleşme sarsıntılarının tümüne ortak olan bir ilke olduğunu belirtmektedir.

(159) Gürsoy, a.g.e., sh. 36. Ayrıca bkz. Serozan, a.g.e., sh. 247.

(160) von Tuhr, a.g.e., sh. 643; Kaplan, a.g.e., sh. 114.

(161) Erman, a.g.e., sh. 54-56; Atabek, a.g.m., sh. 90; Doğanay, a.g.m., sh. 38; Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 22 vd. ; Gürsoy, a.g.e., sh. 36 vd. ; Schwarz, a.g.m., sh. 197; İmre, a.g.m., sh. 189-190.

geçerli iseler de bunun da bir sınırı vardır ki, bu sınır , daha üstün bir ilke olan (objektif) iyiniyet ilkesidir. Daha üstündür diyoruz, çünkü, hukukumuzda bu ilke, sadece ah-lâkî bir ilke olarak kalmamış, MK. m. 2/1'de pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Anılan fıkraya göre, borçludan, borcunu ifa ederken iyiniyet kurallarının gerektirdiğinden daha fazla bir külfet altına girmesi istenmeyecektir. Aksi halde bu istek, aynı maddenin II. fıkrası gereğince, hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır ki, kötüye kullanılan hak, kötüye kullanmanın başlaması anından itibaren hak olmaktan çıkar (162).

Sonuç olarak, MK. m. 2 karşısında hukukumuzda (geniş anlamda) *clausula rebus sic stantibus*'a cevaz veren başka dayanaklar aramaya gerek olmadığı söylenebilir.

Bu konuyu noktalamadan önce, MK. m. 2'nin amaç ve niteliği üzerinde de biraz durmak istiyoruz.

Kanun koyucu, hukukî ilişkilere uygulanacak normları getirirken, bunların âdil düzenlemeler olmasına da çalışır (çalışmalıdır). Fakat, burada söz konusu olan adalet, kuralda (normda) adalet; yani, soyut adalettir. Kanun koyucu, genel uygulama bakımından, ister istemez bir varsayıma dayanmaktadır: Kuralda adalet, somut olayda (uymazlıkta) da âdil bir çözüm getirir. Oysa, bir yandan toplumsal yaşam sürekli değişip gelişmekte, öte yandan da soyut ve genel normlar, bireylerin (hukukî sonuç doğurmasını istediği) tüm davranış modalitelerini içermemektedir (163). Eşyanın tabiatından doğan bu eksiklik, her zaman normda adaletin, olayda adaleti de gerçekleştirmesine yetmemesi sonucunu doğurmaktadır.

(162) Karş. Gürsoy, a.g.e., sh. 37.

(163) Akipek (a.g.e., sh. 162'de): "Objektif hüsnüniyetin fonksiyonu , hukuk kaidelerinin umumî, mücerret ve donmuş kaideler olmasından doğan sertliği hafifletmektir." demektedir.

Başından beri bu durumun farkında olan kanun koyucu, olayda adaleti, normda adalete feda etmemek için MK. m. 2'-deki kuralı koymuştur. Amaç, hakkaniyeti, yani adaletin özel ve bireyleştirilimiş biçimini sağlamaktır. İtalyan hukukçu Vittorio Scialoja'nın dediği gibi, hakkaniyet, o hale ilişkin adalettir (164).

Kanun koyucu, somut adaleti sağlayabilmek için, soyut normlarla getirmiş olduğu düzenlemelere ve tanıdığı haklara dayanmayı (eğer bu dayanma, olayda adalet ile çelişmekte ise) korumamıştır.

MK. m. 2/II: "Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suiistimalini kanun himaye etmez." Aslında buradaki yaptırım, klâsik yaptırım türlerini aşmaktadır. Hukuk düzeni, aslında korumaya değer gördüğü bireysel menfaatten, korumasını çekmekte, adeta onun "hak" olma özelliğini geri almaktadır. Burada hakkın, hak olmaktan çıkmadığı, bu sıfatın sürmesine rağmen, somut olayda taraflar arasında ileri sürülmesinin engellenmediği söylenebilir. Fakat, bunun pratik bir önemi yoktur. İnceleme konumuzu oluşturan alacak haklarında olduğu gibi, "hakkın var, ama bunu ileri süremezsin" demek ile "hakkın yok" demek arasında, sonuçları itibariyle bir fark yoktur.

MK. m. 2'nin muhatabı kimdir?

Sözü edilen madde, kişilere olduğu kadar, hukuku uygulamakla yükümlü olanlara ve özellikle hakimlere de yöneliktir (165).

MK. m. 2'nin emredici olup olmadığı konusunda bazı yazarlar, bu kuralın emredici olmadığını, taraflarca aksine

(164) İmreç a.g.m., sh. 168.

(165) Akipek, a.g.e., sh. 163.

sözleşme yapılabileceğini kabul etmektedirler (166).

Kanımıza göre, söz konusu madde, emredici kurallardan da üstündür (belki bu noktadan, klâsik anlamda emredici olmadığı söylenebilir). Çünkü, bir kimsenin (MK. m. 2/I'e aykırı olarak) emredici bir kurala dayanması, bunu ileri sürmesi mümkün değildir; MK. m. 2, gerektiğinde emredici kuralları bile bertaraf edebilmektedir (şekle ilişkin emredici kurallarda olduğu gibi).

Hakim, bu kuralı kendiliğinden gözönüne alacaktır. Çünkü, hakların objektif iyiniyete uygun olarak kullanılmasının etkili bir biçimde sağlanabilmesi, ancak hakimin kendiliğinden bunu dikkate alması ile mümkün olur (167).

III- TÜRK MAHKEME İÇTİHADLARINDA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS:

Clausula rebus sic stantibus konusuna ilişkin Türk Yargıtayının kararları, adet bakımından oldukça çoktur. Bu nedenle, bu bölümdeki çalışmalarımızı, bunlardan ilginç olan bir kaç tanesi üzerinde yoğunlaştıracacağız.

- 1) Yargıtayın, 2.6.1942 tarih ve 941/3732/1522 sayılı kararı (168):

Yargıtay, bu kararını, Ankara Ticaret Mahkemesinin 30.4.1941 tarih ve 941/323 sayılı kararı üzerine vermiştir.

Karara konu olan olayda, müteahhid ile iş sahibi (Millî Savunma Bakanlığı) arasında 21.8.1939 tarihinde bir

-
- (166) İmre, a.g.m., sh. 186; Edis, S.: Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği (Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Anmağası), Ankara 1975, sh. 451.
 (167) Akipek, a.g.e., sh. 189-190.
 (168) Gürsoy, a.g.e., sh. 75-76; Feyzioğlu, T., a.g.e., sh. 24 vd. dan naklen (Ayrıca, Ankara Ticaret Mahkemesinin kararı için bkz. yukarıda sh. 49.).

inşaat sözleşmesi yapılmıştır. İkinci Dünya Savaşının çıkması üzerine (özellikle su tesisatına ilişkin olarak), malzeme fiyatları aşırı biçimde artmıştır. Müteahhid, iş sahibinden fiyat farkı isteminde bulunmuşsa da bu istemi reddolunmuş, bunun üzerine (taahhüdünü yerine getirmekle birlikte) dava açarak, olağanüstü ve beklenilmeyen hallerden kaynaklanan 1800 liralık fiyat farkının ödenmesini istemiştir. İş sahibi, diğer bazı iddialarla birlikte, fiyat farkı istenemeyeceğine ilişkin sözleşme hükmü gereğince, istemin reddini ileri sürmüştür.

Ticaret Mahkemesi kararında şu hususlar dikkati çekmektedir: "... Her akid, in'ikad ettiği tarihte mevcut ahval ve şeraitin aynen devamı halinde âkidleri ilzam eder; akid tarihinden sonra tahaddüs edecek fevkalâde ahval dolayısıyla, taraflardan biri için akdin ifası, akidle derpiş edilen i - vazlar arasında büyük ve aşikâr ve fahiş bir nisbetsizlik husule getirdiği takdirde, mukavelenin tadili icap eder. Bu kaide <Herkes haklarını istimalde ve vecibelerini ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.> yolundaki hukukî kaidenin tatbikından ibaret ve Borçlar Kanununun 365 inci maddesi ile müeyyet bulunmaktadır... iki taraf arasında mün' - akid mukavelenamenin 14 üncü maddesinde, ihale tarihinden sonra malzeme fiyatlarının yükselmesi ve saire gibi sebeplere istinad ederek, müteahhidin, fazla para verilmesi gibi taleplerde bulunamayacağı yazılıdır. Borçlar Kanununun 365 inci maddesinde mevzu kaide, amme intizamına taallûku hasebiyle mukavele ile tadil edilemeyeceğine nazaran, işbu 14 üncü maddede tarafların nazara aldıkları hususun, tabii zamanlardaki fiyat tereffülerinden ibaret olduğu anlaşılır."

Mahkemece bu hususlar kabul edildikten sonra, müteahhidin istemi, somut olayda BK. m. 365/II'deki "son derece işkal" (aşırı güçlük) unsuru gerçekleşmediğinden dolayı reddedilmiştir.

Görüldüğü üzere, kararda, dar anlamda clausula rebus sic stantibus teorisine; MK. m. 2/I'deki objektif iyiniyet ilkesine ve BK. m. 365/II'deki özel düzenlemeye dayanılmıştır.

Kararda dikkat çeken diğer bir husus, BK. m. 365/II hükmünün "kamu düzeni" ile ilişkili olması dolayısı ile emredici nitelikte sayılmış olmasıdır. Bu nitelemenin doğal sonucu olarak da, sözü edilen hükmün, sözleşme ile değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir.

Bundan sonraki kararlarında Yargıtay, olağanüstü halleri, mücbir sebep sayılabildiği ölçüde gözönüne alma eğilimine girmiştir (169). Günümüzde ise, söz konusu hallerin mücbir sebep gücünde olması aranmamaktadır.

2) Temyiz Mahkemesi HUH. 6.11. 1957 tarih ve E.T-76, K.82 sayılı kararı (170):

"Mukavelenin söz konusu 13 üncü maddesi, hadisede müteahhidin bu 365 inci maddenin ikinci fıkrası hükmünce akdin karşılığının artırılması veya feshinin istenmesi salâhiyetini kaldırmayı hedef tutmaktadır. İsviçre hukukçuları arasında bu konuda tam bir görüş birliği olmamakla beraber, hukukçuların ekseriyeti kanunun bu hükmünün emredici bir hüküm olmadığı cihetle akde konulan bir şartla değiştirilebileceğini veya bertaraf edilebileceğini, yalnız akiddeki şartta dayanmanın afaki iyiniyet kaidelerine aykırı bir mahiyet arzedeceği hallerde bu şartın tatbik olunamayacağını kabul etmektedirler. Akdin değiştirilmesini veya feshini isteme salâhiyeti, müteahhidin iktisadî menfaatlerini korumak üzere

(169) Bu kararlar için bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 76 vd.

(170) Bu karar için bkz. TİK., sh. 282-283 (Bu karara ilişkin olarak Gürsoy'un yaptığı tahlil için bkz. yukarıda sh. 65 dpn. 154'deki eser.).

kabul edilmiştir. Yani bu hükmün, müteahhidin şahsiyete bağlı haklarını koruma gayesi veya amme intizamı veya ahlâk ve adap ile bir ilgili yoktur. O halde, İsviçre hukukçularının ekseriyetinin görüşü doğrudur. Demek ki mukavelenin 13 üncü maddesi hükmü, Borçlar Kanunu 19 uncu madde uyarınca muteber bir şarttır. Hadisede idarenin bu şarta dayanmasında MK. m. 2 hükmünce hakkın kötüye kullanılması durumu da yoktur."

Dikkat edilecek olursa burada Yargıtay, bir önceki karardakinin aksine olarak, BK. m. 365/II hükmünün emredici nitelikte olmadığını, sözleşme ile bu hükmün bertaraf edilebileceğini kabul etmiştir. Böyle olmakla birlikte, bu tür kayıtlara dayanmanın hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde, iş sahibinin bunlara dayanamayacağını belirtmiştir.

3) 13. HD., 26.11. 1982 tarih ve E. 1982/6168, K. 1982/7199 sayılı kararı (171):

Bu karar, bir istisna sözleşmesi dolayısı ile değil, bir Kira sözleşmesine ilişkin olarak verilmiştir. Fakat, daha önce incelediğimiz geniş anlamda clausula rebus sic stantibus ilkesine ilişkin bazı görüşlere yer verilmesi bakımından dikkate değer bir karardır. Bu kararda şu hususlar önem taşımaktadır:

"Sözleşme hukukuna egemen olan ve Türk Hukukunda kabul edilen kural, <sözleşmeye bağlılık> kuralıdır. Pacta sunt servanda adı ile anılan bu kurala göre, sözleşme ifa edilmelidir. Şartlar, taraflardan biri, özellikle borçlu için sonradan ağırlaşmış olsa bile, bu kimse, borcunu yerine getirmelidir. Kökleri Roma Hukukunda olan bu kuralın mutlak

(171) Bu karar için bkz. YKD., 1983, C. IX, S. 8, sh. 1198 vd.

olarak uygulanması, bazı durumlarda sonuç itibariyle hakkaniyet kurallarına ve adalet duygularına ters gelebilir. Taraflar, karşılıklı menfaatlerini sözleşme ile tanzim etmişlerdir. Ne var ki, sözleşmeler, durumun değişmeyeceği şartı altında yapılmaktadır. Eğer taraflar durumun değişeceğini bilse idiler, ya buna göre tedbir alırlar ya da sözleşmeyi hiç yapmazlardı. Kaldı ki, bir süre sonra, önceden görülmeyen sebeplerle, şartların olağanüstü değişmesi yüzünden, taraflardan birinin (borçlunun) durumu katlanılamayacak derecede ağırlaşabilir ve bununla da sözleşme ile kurulmuş olan edimler arasındaki denge, bir taraf aleyhine olarak, büyük ölçüde bozulmuş olabilir. Sözleşmedeki dengeyi bozan olağanüstü hallerde örnek olarak harp, ekonomik krizler, para değerinin düşürülmesi, aşırı enflasyon gösterilebilir."

Dikkat edilecek olursa, burada önce dar anlamda clausula rebus sic stantibus (zımnî infisahî şart) teorisine dayanılmış; daha sonra, geniş anlamda clausula rebus sic stantibus ilkesine ilişkin unsurlardan sözedilmiştir.

"... Borç ilişkisinin kurulmasından sonra, borçlunun kusuru olmaksızın edim (borç) imkansızlaşmışsa, bu durumda, borç sona erer. <İmkansızlık> denilen hallerde, edimin yerine getirilmesi söz konusu olmamaktadır (BK. m. 177). Oysa, borçlu yönünden, edimin yerine getirilmesinin (ifasınının) aşırı ölçüde güçleşmesi, BK. m. 117'nin kapsamının dışında kalır. Gerçekten de, aşırı güçlük hallerinin imkansızlığa dahil edilmesi doğru değildir. Zira imkansızlık hali, borç ilişkisini, kendiliğinden, (ipso jure) sona erdirir ve ya hep ya hiç diyerek, sözleşmenin yeni durumlara uydurulmasına imkan vermez.

... Bu olaylar karşısında kalan borçlu, sözleşmenin metnine değil; ne var ki kendi borcuna bir sınır çizen, adalet-iyiniyet kurallarına dayanmak gerektiğini ileri sürer.

Beklenilmeyen olaylar, borcun yerine getirilmesini (ifasını) esaslıca güçleştiren nedenlerdir. Hukukumuzda, bidinci plânda, sözleşmeye uyma kuralı geçerlidir. Önceden görülemeyen değişikliklerin borçlunun, borcunu ifa etmesini olağanüstü güçleştirmesi halinde, sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi hakkında genel bir hüküm yoktur. Sadece bazı sözleşmelere ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir... O nedenle, gerek sözleşmede ve gerekse yasada, hukuksal ilişkinin yeni durumlara ayarlanmasını ya da sona erdirilmesini öngören bir hüküm bulunmaması durumunda nasıl bir çözüme kavuşulacağı sorusuna bir yanıt bulunmalıdır.

... İşte bu şekilde, işlem temelini çöktüğü hallerde nasıl hareket edilecektir? Bu soruya hukuksal yanıt ve kaynak olarak MK. m. 2'deki doğruluk ve dürüstlük kuralını gösterebiliriz. İşlem temelini çöktüğünün dikkate alınması, dürüstlük kuralı icabıdır. Diğer bir deyişle, durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek, dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur.

... İşte, tarafların gerçek iradelerinin ne olduğu ise, sözleşmenin sözünden değil de yorumundan elde edilir. Ancak, burada sadece yorumla kalınmayıp, yorum aşılmaktadır. Zira, münhasıran tarafların iradesinin ne olduğu ile yetinilmeyip, aynı zamanda sözleşme düzeltilmektedir. Bir yandan, yorum sonucu, tarafların denkleştirici adaletin gözönünde tutulması gereken haller için tedbir almadıkları nedeniyle sözleşmede bir boşluğun olduğu sonucuna varılmakta, diğer yandan da bu boşluk doldurulmaktadır (MK. m. 1). İşte, bu boşluğun doldurulması, sözleşmenin düzeltilmesidir (172).

... Acaba taraflardan biri, BK. m. 264 dışındaki bir yolla, sözleşmenin çözülmesi ya da yeni durumlara ayarlan-

(172) Karş. yukarıda dph. 66'daki "MK. m. 1'e göre boşluk doldurma" görüşü.

masını isteyebilir mi sorusuna bir yanıt bulmak gerekir. Anılan bu yasa hükmü, kira sözleşmesinin önemli (muhik) sebepler yüzünden feshi kuralının, MK. m. 2'deki objektif hüs-nüniyet ilkelerinden <clausula rebus sic stantibus-sözleşmeler, değişen durumlara uydurulmalıdır> kuralının özel bir uygulama durumu olduğu için, BK. m. 264 dışında, işlem temelini çökmesi nedeniyle kira sözleşmesinin çözülmesi söz konusu olmaz. Ne var ki, yanları, değişen durumlara göre edimler arasındaki dengenin yeniden kurulması ve böylece edimler arasındaki dengenin sağlanması yönünden istemde bulunabilirler.

... Özetlersek; ekonomik koşullarda aşırı enflasyon, para değerinin büyük ölçüde düşmesi ve saire nedenlerle meydana gelen olağanüstü değişiklik ve dolayısıyla güçlükler, edimin olduğu gibi yerine getirilmesini borçludan beklenemez duruma getirmişse, doğruluk ve dürüstlük kuralları gözönünde tutularak <işlem temelini çökmesi ya da sarsılması ilkesi> uyarınca sözleşme yeni durumlara uydurulmalıdır. 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.

... Sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi, tam iki yanlı (karşılıklı) sözleşmeler yönünden işlerlik kazanabilir. Öte yandan, MK. m. 2 ve onun sonucu olan işlem temelini çökmesi kavramının uygulanabilmesi için, sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden kestirilmemiş (tahmin edilmemiş) olması gerekir.

Sonuç olarak belirtelim ki; sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi için, önceden görülemeyen, borçlunun şahsı ve işletmesi dışında meydana gelen bir olayın neden olduğu değişiklikler yüzünden, sözleşmedeki ekonomik (çıkar) denge bozulmuş ve sözleşmenin yanlarından birine yükletilmesi ge-

reken tehlike (riziko) sınırı objektif olarak aşılmış olmak gerekir."

4) 11. HD., 4.11.1983 tarih ve E. 1983/4170,
K. 1983/4731 sayılı kararı (173) :

Bu kararda şu hususlar dikkati çekmektedir:

"... Her ne kadar tarafların serbest iradeleriyle meydana gelen akidlerin şartlarının uygulanmasında olduğu gibi, akdin sona erdirilmesinde de taraflar kural olarak aynı irade serbestisine sahip iseler de, beklenilmeyen hallerin varlığı ve hakkaniyetin gerekli kıldığı durumlarda, çıkar dengesi aleyhine bozulan tarafın, dengesinin yeniden sağlanması için akid şartlarının değiştirilmesini veya mukavelenin feshini talep veya dava etmesi mümkündür.

İşte bundan dolayıdır ki, inceleme konusu bu davada öncelikle borçlunun iflasının, mukavelenin akdi zamanında gözönüne getirilmesi mümkün olmayan iktisadi, içtimaî ve hattâ siyasi nedenlerden dolayı davalı ve karşı davacı için tahammülü çok güç bir külfet teşkil edip etmeyeceği ve (beklenilmeyen hal) emprevizyon olarak kabulünün mümkün olup olmadığı... ödemede büyük güçlüklerin doğmasına ve dolayısıyla kendisinin iktisaden mahvına sebep olup olmayacağına araştırılmasına ihtiyaç vardır."

Yukarıda sh. 50'de, BK. m. 365/II'nin şartlarından olan "söz konusu hallerin, işin yapılmasını son derece güçleştirilmesi"ni incelerken, müteahhidin "ekonomik açıdan yıkımı" sonucunun doğmasının gerekmediğini belirtmiştik. Nitekim Yargıtay, önceki kararlarında bu hususu aramamakta idi. Oysa,

(173) Bu karar için bkz. YKD., 1984, C. X, S. 3, sh. 411-413.

incelediğimiz kararda, Yargıtayın, aksi sonuca vardığı görülmektedir. Bu konuda bir içtihad değişikliği olup olmadığı, daha sonra verilecek kararlarla aydınlık kazanacaktır.

5) HGK., 3.2.1988 tarih ve E. 1987/11-411,
K. 1988/66 sayılı kararı (174) :

Karara konu olan olayda, bir maden arama ruhsatnamesinin devri ve karşılığında alınacak rödövens ile ilgili bir sözleşme söz konusudur. Bu sözleşmeye göre, davacı (devreden) taraf, davalı tarafın çıkardığı kömürden ton başına 25 lira rödövens alacaktır. Karşı edim budur ve çok uzun sürelidir. Davacı tarafın iddiasına göre, anlaşma yapıldığı tarihte (31.8. 1978) kömürün ocak çıkış fiyatı 150 lira iken, dava tarihinde 3000 lira olmuştur. Bu duruma rağmen halen 25 lira ödenmesi karşısında, edimler arasında, davacı taraf aleyhine fahiş bir fark oluşmuştur ve bunun giderilmesi gerekmektedir.

Alt derece mahkemesi tarafından reddedilen "rödövens tezyidi" talebi, Yargıtayca, aşağıda özetlediğimiz nedenlerle kabul edilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, kararında (175), gerek Avrupa gerekse Türk doktrin ve uygulamasında, sözleşmenin yapılmasından sonra umulmayan bir neden (emprevizyon nazariyesi) sözleşmenin ifasını taraflardan biri için çok ağırlaştırmışsa, MK. m. 2'ye dayanılarak hakimin sözleşmeyi tadil edebileceğinin kabul edildiğini vurgulamıştır.

Clausula rebus sic stantibus ilkesinin anı edimli sözleşmelerde uygulanmayacağı kabul edildikten sonra, bu ilkenin sadece sürekli edimli sözleşmelerle sınırlandırılmaması gerektiği; gelecekte sonuç doğuracak ya da gelecekte ye-

(174) Bu karar için bkz. ABD., 1988, S. 3, sh. 412 vd.

(175) 11. HD., 21.10. 1986 tarih ve E. 4569, K. 5444 sayılı kararı.

rine getirilecek yahut ifa ile sona ermemiş sözleşmelerde de uygulanabileceği belirtilmiştir.

Yargıtayın üzerinde durduğu diğer bir husus da, bu ilkenin uygulanabilmesi için doktrin ve uygulamada hep borçlunun ya da sözleşenlerden birinin edasının ağırlaşmasından sözedildiği; oysa, taraflardan biri edimini yerine getirmiş ve ilerideki zaman içinde, diğer tarafın yerine getirmesi gereken karşı edimin, değerini fevkalâde yitirmiş olabileceği; edimini yerine getirmiş kişinin ediminin ağırlaştığından sözedilemeyeceğine göre, ancak karşı edimin çok değersiz kaldığından bahisle bu ilkenin uygulanmasının istenebileceğidir.

Alt derece mahkemesi, kararında direnince konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda görüşülmüş ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararı burada da benimsenmiştir.

Aşağıda aynen yer verdiğimiz görüş, gerek Özel Daire gerekse Hukuk Genel Kurulu kararında yer almıştır:

"Şu husus da belirtilmelidir ki, sonraki durum tahmin olunabilir nitelikte olmakla beraber, taraflar sözleşme yaparken, ileride meydana gelebilecek bu değişiklikleri nazara almadan sözleşme koşullarını belirlemişlerse, gene emprevizyon teorisine dayanabilirler."

§ 5- 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU:

İş sahibinin idare (ki burada, ilgili kanun ve karar-namelerin kapsamına giren her türlü kamu kurum ve kuruluşu-nu kastediyoruz) olduğu istisna sözleşmelerine özgü hukukî düzenlemeleri incelerken, burada ilk olarak Devlet İhale Ka-nununun ilgili hükümlerine kısaca değinmek istiyoruz.

8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun "Sözleşme" başlıklı Dördüncü Bölümünün 63. maddesinde, "Sözleşmede belirtilen işin artış ve eksilişi" düzenlenmiştir . Buna göre:

"Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sıra-sında keşif ve sözleşmede öngörülme-yen iş artışı ve eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhid, keşif bedelinin %30 oranı-na kadar olan değişikliği süre hariç, sözleşme ve şartname-sindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür.

Keşif bedeli artışının %30 u geçmesi halinde sözleş-me feshedilir. Ancak, bu durumda müteahhid işin keşif bede-li ve %30 keşif artışının karşılığı olan işleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur . Taahhüdün %30 keşif artışı ile bitmemesi ve tasfiye edilme-si halinde müteahhid, idareden hiç bir masraf ve tazminat isteyemez.

%30 oranından fazla artış, temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise, idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın ona-yı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri için-de %30 u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir."

Maddenin birinci fıkrasından, bu hükmün "yapım" işlerine ait sözleşmelere ilişkin olduğunu görmekteyiz.

"Yapım" ise, kanunun 4. maddesine göre, "Her türlü inşaat, ihrazat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj işleri"ni ifade eder.

Bu kanunun uygulanmasında "sözleşme" deyimi, idare ile müteahhid ya da müşteri arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade eder (m. 4) ve (bu kanunda belirtilen özel durumlar dışında) bütün ihalelerin, kanunda öngörülen şartlara uygun bir sözleşmeye bağlanması gerekir (m. 53).

Yukarıda belirtilen işlerde bir edim sonucunu taahhüd söz konusu olduğundan bunların hukukî niteliklerinin istisna sözleşmesi olduğu açıktır.

Kanunun 9. maddesine göre, tahmin edilen (muhammen) bedel, idarelerce tesbit edilir ya da ettirilir. Ancak, yapım işlerinde, bu işler için kanunların verdiği yetkiye dayanılarak ilgili dairelerce tesbit edilmiş "birim fiyatları" varsa, bunlar uygulanır (f. II).

Kanunun 63. maddesinin I. fıkrasında, "keşif ve sözleşmede öngörülme-yen iş"den sözedilmiştir. Böyle bir durumla karşılaşıldığı takdirde, müteahhid, bu işi de sözleşme şartlarına (örneğin süre, fiyat vb.) uygun olarak yerine getirecektir. Buradaki öngörülme-yen işlerin, müteahhid bakımından bir ifa güçlüğü yaratıp yaratmaması önemli değildir. Burada, parasal bir kıstas benimsenmiştir. Eğer bu tür işler, artışı zorunlu kılarsa, müteahhid, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değişikliği (süre hariç), sözleşme ve şartname -

sindeki hükümler dairesinde yapacaktır.

Söz konusu artışın %30 u geçmesi durumunda, sözleşme feshedilecektir. Müteahhid bakımından, bu oranı aşan işleri yapma yükümlülüğü yoktur. Fakat, işin keşif bedeli ve %30 keşif artışının karşılığı olan işleri, sözleşme ve şartname - mesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur.

Maddenin üçüncü fıkrasında, teknik anlamda "öngörüle-
meyen ya da öngörülüp de nazara alınmayan haller"e ilişkin
bir düzenleme görmekteyiz. Buna göre, %30 u aşan artış, eğer
temel, tünel vb. işler ile tabii afetler gibi nedenlerden
ileri gelmiş ise, (süre hariç) aynı sözleşme ve şartname hü-
kümleri içinde %30u geçen işler de aynı müteahhide yaptırı-
labilir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, değişen şartlar ne-
deni ile müteahhide "fiyat farkı" verilmesine engel değildir.
Yalnız, bu hususun, şartnamede gösterilmesi zorunludur. Ni-
tekim, kanunun "Şartnameler" kenar başlığını taşıyan 7. mad-
desinin (k) bendine göre, "sözleşme konusu işlerin malzeme
ve birim fiyatlarındaki değişiklikler nedeni ile eğer ödene-
cekse fiyat farklarının ne şekilde ödeneceği" hususunun ,
şartnamede gösterilmesi zorunlu kılınmıştır.

§ 6- İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE
FİYAT ARTIRMA YA DA FESİH YETKİSİ VEREN
KARARNAMELER

I- GENEL OLARAK:

Kamu sektörüne dahil kuruluşların iş sahibi konumunda olduğu istisna sözleşmeleri bakımından, ekonomik şartların öngörülemez ya da öngörülüp de nazara alınmayan değişmesi ve özellikle aşırı enflasyon sonucu ifa güçlüğü ile karşı karşıya olan müteahhidlerin, içinde bulunduğu zorluğu hafifletmek amacı ile 1974 yılından itibaren 5 adet (esas) kararname çıkarılmıştır (176). Böylece, idareye belli şartlar içinde yeniden birim fiyatı belirleme ve fiyat artırma ya da sözleşmenin feshi istemini kabul etme yetkisi verilmiştir.

Söz konusu kararnamelerin uygulama alanına hangi kurum ve kuruluşlar girmektedir?

3.4.1974 tarih ve 7/7993 sayılı ilk kararnamede, bu konuda sadece "Kamu sektörüne dahil kuruluşlar" ifadesi kullanılmış, bu kuruluşların neler olduğu belirtilmemiştir.

Bunu izleyen 11.3.1977 tarih ve 7/13220 sayılı kararnamede ise, m. 2'de sayılan idare, kurum, kuruluş, banka, fon, birlik ve sandıkların "Kamu sektörüne dahil kuruluşlar" olduğu hüküm altına alınmıştır (m. 1/1).

- (176) 3.4.1974 tarih ve 7/7993 sayı (RG. 11.4.1974, sh. 1 vd.);
11.3.1977 tarih ve 7/13220 sayı (RG. 16.3.1977, sh. 1 vd.);
14.7.1978 tarih ve 7/15990 sayı (RG. 30.7.1978, sh. 12 vd.);
11.3.1980 tarih ve 8/505 sayı (RG. 14.3.1980, sh. 27 vd.);
18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı (RG. 1.4.1981, sh. 10 vd.) Bakanlar Kurulu Kararları.

m. 2'de Kamu sektörüne dahil sayılan kuruluşlar şunlardır:

a) Genel ve katma bütçeli kuruluşlar, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ve belediyelerin kurdukları birliklerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları,

b) Sermayesinin tamamı ya da yarısından fazlası devlete ait bulunan kuruluşlar ve bankalar,

c) Özel kanunlarla veya bu kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan bankalar ve kuruluşlar,

d) Yukarıda yazılı idare, kurum, kuruluş ve bankalar tarafından, sermayesinin yarısından fazlası sağlanmak suretiyle kurulmuş olan kuruluşlar."

Kararnamelerin uygulama alanına giren idarelerin en geniş tanımı ise, 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı kararnamede yapılmıştır. Buna göre, idare deyimi: "Kamu Sektörüne dahil, Genel ve Katma Bütçeli Daireler, Kamu İktisadi Kuruluş ve Teşebbüsleri, İl Özel İdareleri, Belediyeler, Döner Sermayeler, Ofis, Banka, Fon, Birlik, Sandık gibi her türlü Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Özel Kanunlarla veya Kanunların verdiği yetki ile kurulmuş bulunan tüzel kişiliği haiz müesseseleri" ifade eder.

Acaba söz konusu kararnameler hangi işlerde uygulanacaktır?

3.4.1974 tarih ve 7/7993 sayılı kararnamenin başlığı,

"Kamu Sektörüne Dahil Kuruluşlar Tarafından Eksiltmesi Yapılmış İşlerde (Sosyal Sigortalar Kurumu Tarafından Finanse Edilen İşler Dahil) Uygulanabilecek Yeni Birim Fiyatların Tesbitine İlişkin Esaslar"dır.

Kararnamenin 1. maddesinde de "Kamu sektörüne dahil kuruluşlar tarafından, bu kararname(nin) yürürlüğe girdiği tarihten önce eksiltmesi yapılmış olan işlerden..." sözedilmektedir.

Dikkat edilecek olursa, anılan kararname kapsamına giren işler bakımından yapılan tek sınırlama, bu işlerin, kamu sektörüne dahil kuruluşlar tarafından eksiltmesi yapılmış işler olmasıdır (ayrıca, gene m. 1'e göre, bu işlerin taahhüde bağlanmış ya da bağlanacak bulunması da gerekir).

m. 5 ve 6'da, kararnamenin uygulama alanı dışında bırakılan işler ise açıkça belirtilmiştir. Bu istisnalar dışında, kararnamede işlerin niteliği bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır (177).

11.3.1977 tarih ve 7/13220 sayılı kararname m. 1/II'-de "Bu maddede yer alan <iş> deyimini birim fiyatlara dayalı ya da götürü olarak yaptırılan inşaat ya da tesisat işleri ile bunlarla ilgili taşımaları ve ihrazatı, proje ve mühendislik hizmetleri anlamında kullanılmıştır." denildikten sonra, m. 12'de de bu kararname hükümlerinin hangi işler için uygulanmayacağı sayılmıştır.

Benzer hükümlere, 14.7.1978 tarih ve 7/15990 sayılı kararname m. 1/I ve 12'de de rastlamaktayız.

(177) Hal böyle iken, uygulamada, iş sahibi konumundaki bazı kuruluşların, m. 1.1'deki "o yıla ait inşaat ve tesisat birim fiyatlarına esas işçilik, araç ve gereç rayiç cetvelleri" ibarelerine dayanarak, kararname hükümlerinin sadece inşaat ve inşaat ile ilgili ve aynı sözleşme ile ihale edilmiş olan tesisat, işçilik, araç ve gereç fiyatlarına uygulanacağını ileri sürmüşlerdir. Bu konuda bkz. Akyazan, a.g.m., sh. 12, özellikle sh. 19 vd.

11.3.1980 tarih ve 8/505 sayılı kararnameden itibaren "inşaat, tesisat ve imalat sanayii ile ilgili işler", açıkça fiyat tesbit esaslarının uygulama alanı içine alınmıştır (178).

11.3.1980 tarih ve 8/505 sayılı kararname m. 1/III'de "Bu Kararnamede geçen <iş> deyimi, birim fiyatlara dayalı veya götürü olarak yaptırılan İnşaat ve Tesisat İşleri ile bunlarla ilgili taşımaları, ihrazatı, proje ve mühendislik hizmetleri ile imalat, tesis ve montaj işlerini kapsar." dieldikten sonra, m. 13'de, daha öncekilerdekine paralel biçimde, bu kararname hükümlerinin hangi işler için uygulanmayacağı sayılmıştır.

18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı kararnamede de (bir önceki kararnamede olduğu gibi), "inşaat, tesisat ve imalat sanayii ile ilgili işler"den sözedilmiş; m. 7'de ise, kararname kapsamına girmeyen işler sayılmıştır.

II- KARARNAMELERİN ÖZELLİĞİ:

Bu konuyu, 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı kararname ile ondan öncekileri iki ayrı gruba ayırarak incelemekte yarar vardır.

1) 18.3.1981 tarih ve 8/2574 Sayılı Kararnameden
Önceki Durum:

3.4.1974 tarih ve 7/7993 sayı, 11.3.1977 tarih ve 7/13220 sayı, 14.7.1978 tarih ve 7/15990 sayı ve 11.3.1980 tarih ve 8/505 sayılı kararnamelerin 1. maddelerinin ilk fıkralarında, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının, söz konu-

(178) Tandoğan, a.g.e., sh. 260.

su kararnamelerde belirtilen esaslarla yeni birim fiyatları tesbit ve birim fiyat artış yüzdesi ve fiyat farklarını uygulamaya yetkili oldukları belirtilmiştir. Kararname ile tesbit edilen esasların kabul edilip edilmemesi hususunda, gerek idareler (iş sahipleri) gerekse müteahhidler serbest bırakılıyor; yani, kararname ile getirilen esaslar, sözleşmenin, tarafların ortak iradesi ile değiştirilmesi yolunu açıyordu.

Bu kararnamedeki sisteme göre, taraflar, aşağıdaki hususlarda bir seçim hakkına sahiptirler (179) :

- a) Sözleşmenin mevcut şartlarla devamı,
- b) Sözleşmenin (kararnamede tesbit edilen esaslara göre) değiştirilerek devamı,
- c) Sözleşmenin (kararnamede yazılı esaslara göre) feshi (işin tasfiyesi).

Eğer birinci yol tercih edilirse (ya da ikinci ve üçüncü yolun seçimi konusunda taraflar arasında bir anlaşma sağlanamazsa) taraflar, sözleşme ve kanundan doğan haklarını kullanabilecekler ve bundan doğabilecek rizikoları kabul etmiş olacaklardır.

Yok eğer ikinci ya da üçüncü yolun seçimi konusunda bir anlaşma sağlanırsa, bu takdirde, taraflar arasında meydana gelecek uyuşmazlıklar, artık sözleşmeye göre değil ; kararnamedeki esaslara göre çözülecektir.

(179) Karayalçın, Y.: Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu İstisna Akidlerinin Kararnamelerle Enflasyon Şartlarına İntibak Ettirilmesi ve 1 Nisan 1981 Tarihli Kararname ile Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar , Batider., 1981, C. XI, S. 1, sh. 70.

2) 18.3.1981 tarih ve 8/2574 Sayılı Kararnamenin
Özelliği:

Bu kararname ile, önceki kararnamelerin getirdiği sistemden (kararnamelerin uygulanıp uygulanmaması konusunda-ki taraf iradelerinin önemi bakımından) ayrılan önemli de-đişiklikler getirilmiştir. Bu değişiklik, daha maddelere geçmeden, kararnamenin "AMAÇ"ından hissedilmektedir.

Bu kararnamenin getirilmesindeki amaç, "Kamu Sektörüne dahil idarelerin ihalesi yapılmış ve yapılacak işlerde uygulayacakları ihale usûllerine göre yıllık fiyat farkı hesabına ait esasların tesbitidir."

m. 8.1'de, bu kararnamenin yayımlandığı tarihten (1.4.1981) sonra ihale edilecek işler bakımından 11.3.1980 tarih ve 8/505 sayılı kararnamenin yürürlükten kaldırıldığı; idarenin yeni ihalelerinde, şartname ve sözleşme tasarılarına bu kararname esaslarının ilgili bölümlerini ekleme zorunluluğu getirildikten sonra, kararnamenin yayım tarihinden önce sözleşmeleri yapılmış ve devam eden işler ile ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre:

"8.2. Bu Kararnamenin yayımlandığı tarihten önce sözleşmeleri yapılmış ve devam eden işlerde:

8.2.1. Müteahhidler, bu Kararnamenin yayım tarihinden itibaren 30 gün içinde hiç bir şart öne sürmeden idareye başvuracaklar ve dilekçelerinde;

a) İşe sözleşmelerine (varsa 1 Mart 1981 tarihine kadar uygulanmış fiyat farkı kararnamesi dahil) göre devam etmek,

b) Bu Kararname esaslarına göre işe devam etmek,

c) Sözleşmenin feshi (tasfiyesi),

İsteklerinden en az ikisini, öncelik sırası vererek belirteceklerdir.

8.2. İdareler, yukarıda belirtilen şekilde istekte bulunmuş olan müteahhidlerin bu isteklerinden birini seçerler.

8.2.1. de belirtilen şekilde yazılı olarak başvurmayan müteahhidler, idarenin yapacağı tercihi kabul etmiş sayılırlar. Bu durumda idareler, müteahhidi sözleşmesine göre işe devam ettirmekte veya sözleşmesine bu kararname hükümlerini uygulamakta veya (iş) sözleşmesini fesih (tasfiye) etmekte serbesttir.

İdareler bu husustaki kararlarını, başvuru için verilmiş olan sürenin bitiminden itibaren en geç 15 gün içinde verirler.

Zorunluluk meydana getiren sebeplerin var olması ve devamı halinde idareler, işleri re'sen fesih (tasfiye) yoluna gidebilirler."

Dikkat edilecek olursa, burada idareye, müteahhidin gerçekte istediğinden başka bir çözümü kabul etme yetkisi verilmektedir. Şöyle ki:

m. 8.2.1.'e göre müteahhidler, kararnamenin yayımı tarihinden (1.4.1981'den) itibaren 30 gün içinde yazılı olarak (m. 8.2/II) idareye başvuracaklar ve "Kararnamede belirlenmiş olan" isteklerden "en az" ikisini, öncelik sırası vererek belirteceklerdir.

Müteahhidin gerçek isteği, işe sözleşme hükümlerine göre devam etmek olsa bile, görünüşte en az bir istekte daha bulunacaktır. Aksi takdirde, isteklerini hiç bildirmemiş ve idarenin yapacağı tercihi kabul etmiş sayılacaktır(m. 8.2/II).

Yok eğer müteahhid, sırf bu duruma düşmemek için (en az) bir tercih daha belirtmiş ise; idare, bu ikinci isteği seçebilecek ve bu seçim, müteahhidin isteğine uygun kabul edilebilecektir. Sonuçta, müteahhidin gerçek iradesini bertaraf etmek her zaman mümkün olabilecektir. Oysa, önceki kararnamelere göre, müteahhide, istemediği bir çözümü benimsetmek mümkün değildi.

m. 8.2/IV'de, idareye bir de "re'sen fesih (tasfiye)" yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin kullanılabilmesi için, zorunluluk meydana getiren nedenlerin var olması ve devam etmesi gerekir (Kararnamede, bu nedenlerin neler olduğuna ilişkin bir açıklama yer almamıştır.).

Bu kararnameye göre yapılacak fesih işleminin hangi esaslara göre yapılacağı ise, m. 8.3'de ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

İster müteahhidin isteklerinden biri olduğu, isterse m. 8.2/IV'deki şartlar gerçekleştiği için fesih yoluna gidilmesi durumunda müteahhid, işi, idarenin gerek göreceği ve yazı ile bildireceği duruma getirmeye zorunludur. Bu ise, maddedeki ifadesi ile "Kısmen yapılmış bir işin, ölçme ve birim fiyat uygulamasına olanak sağlayacak hale getirilmesini veya yeniden ihaleye kadar, yapılmış olan işin zarar görüp faydalanılacak halden çıkmamasını temin eden durum"dur.

Bu şartlar ve işin son durumu, bir protokol ile be -

lirlenir. Bu, taraflar arasında yapılan bir protokol niteliğinde değildir; protokole konan hükümler, tarafların ortak iradesini ifade etmeyebilir. Çünkü, maddenin ikinci fıkrasının son cümlesi ile, müteahhidin protokolü imza etmemesi durumunda, idareye protokolü re'sen düzenleme ve uygulamaya koyma yetkisi verilmiştir.

Müteahhid, idare tarafından protokolde yapılmasına gerek gösterilen işleri bu kararname esasları ile yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda, idare, işi müteahhid ad ve hesabına bir başkasına yaptırabilecektir (m. 8.3/III).

Sekiz fıkradan oluşan maddede, fesih halinde müteahhide bir tazminat verilip verilmeyeceği hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır (180).

18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı kararnamenin özellikleri arasında sözedilmesi gereken bir diğer husus da, önceki kararnamelerin aksine olarak, burada sadece bedelin artırılmasının değil; bedelin indirilmesinin de kabul edilmiş olduğudur.

Kararnamenin "Tanımlar" bölümünde, "Fiyat Farkı" şöyle tanımlanmıştır: "Uygulama yılı içerisinde yapılacak iş kalemlerinin her biri için her uygulama yılında ihale usûlüne uygun olarak hesapla bulunarak ödenecek veya kesilecek fiyat farkını" ifade eder.

Kararnamenin 1. maddesinde de, bu "ekleme ya da kesintiler"in nasıl yapılacağı, ihalenin yapılış biçimlerine göre ayrı ayrı gösterilmiştir.

(180) Hal böyle olmasına rağmen, bu kararname ile BK. m. 369 bertaraf edilemediği için, müteahhidin müsbet zararının ve yoksun kaldığı kârının tazmin edilmesi gerekir. Çünkü, anılan hükme göre: "Yapılan şey, bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baliğan mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir."

III- KARARNAMELERİN İDARE İÇİN BAĞLAYICI OLUP OLMADIĞI:

Fiyat artırma ya da fesih yetkisi veren kararnamelerin (iş sahibi konumundaki) idare için bağlayıcı olup olmadığı konusunda doktrin ve Yargıtayın görüşleri (ilk dört kararname döneminde) farklı idi. Şöyle ki:

Akyazan, 3.4.1974 tarih ve 7/7993 sayılı kararname ile ilgili bir incelemesinde (181), idarenin, işin niteliğine ve sözleşmedeki esaslara göre, yeni birim fiyatı uygulayıp uygulamamakta senbest olmadığını, kendisine yeni birim fiyatları uygulamaya yönelik bir yetki verildiğini ifade etmekte ve kararnamenin, idareyi bağlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmektedir.

Doğanay da, birim fiyatları artıran her kararnameyi, BK. m. 365/II'deki şartların gerçekleştiğinin devlet (idare) katında bir kabul ve ikrarı niteliğinde görmekte; kararnamelerin hizmet etmek istediği amacın da gözönüne alınarak (BK. m. 365/II'deki şartların varlığı halinde) kararnamelerin idareyi bağladığını savunmaktadır (182).

Yargıtay, önceleri söz konusu kararnamelerin idare bakımından bağlayıcı olmadığı, bunları uygulayıp uygulamama- nın idarenin takdir yetkisine kaldığı görüşünde idi. Yargıtay, 3.4.1974 tarih ve 7/7993 sayılı kararname ile ilgili olarak bu sonuca aşağıdaki gerekçelerle ulaşmıştır (183):

-
- (181) Akyazan, a.g.m., sh. 22.
 (182) Doğanay, İ.: Kamu Sektörü Tarafından İhaleye Çıkarılan İşlerde (Fiyat Artırma) Yetkisi Veren Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin Bağlayıcı Olup Olmadığı Hususu, Batider., 1982, C. XI, S. 4, sh. 176-177.
 (183) 15. HD., 24.11.1975 tarih ve E. 1975/4852, K. 1975/4651 sayılı kararı (YKD., 1976, C. II, S. 4, sh. 528 vd.). Bu karar, HGK.'nın 12.10.1977 tarih ve E. 1976/15-3615, K. 1977/784 sayılı kararı ile de benimsenmiştir (YKD., 1978, C. IV, S. 1, sh. 1605 vd.).

"... Taraflar arasındaki özel hukuk alanına giren eser sözleşmesinin, yapılmasında olduğu gibi değiştirilmesinde veya bozulmasında gene tarafların müşterek irade ve rızalarına ihtiyaç vardır. Bir sözleşme hükmünün ortadan kaldırılması veya şartlarının evvelce olduğundan başka bir biçime dönüştürülmesi, ancak sözleşmeye katılmış bulunan tarafların yetkisi dahilindedir. Anlaşma dışında kalan gerçek veya tüzel bir kişinin, belirtildiği üzere bir tasarrufta bulunması mümkün değildir.

Bakanlar Kurulunun bir hükümet tasarrufu olan böyle bir kararname ile özel hukuk münasebetlerine müdahalesi, yani baştan düzenlemesi veya değiştirilmesi, iş sahiplerine daha fazla bir para ödeme mükellefiyeti yüklenmesi, müteahhidlere bu konuda bir dava hakkı tanınması söz konusu olamaz. Anılan kararnamenin 1. maddesinde (kamu sektörüne dahil kuruluşlar tarafından, bu kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce eksiltmesi yapılmış olan işlerden <Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından finanse edilen işler dahil> taahhüde bağlanmış veya bağlanacak bulunanlar için sözleşmelerine esas birim fiyatların aşağıda gösterildiği şekilde yeniden tesbit ve uygulanmasına kuruluşlar yetkilidir) denilmekle hükümet daha ziyade iş sahibi olan kendi kuruluşlarına ve Sosyal Sigortalar Kurumuna ait sözleşmeleri günün ekonomik şartları karşısında tekrar ele alma imkanı vermekte, malzeme, işçilik ve makine fiyatları ile ücretlerini belli koşullar altında yeniden düzenleme ve artırabilme yetkisini tanımaktadır. Bu husus, kararnamede yazılı kuruluşların takdirine bırakılmıştır. Yoksa, kamu sektörüne dahil kuruluşların yaptıkları bütün işlere mutlaka kararname hükümleri uygulanma ve yükleniciye fiyat farkı verme zorunluğu öngörülmemiştir. Kararnamenin 3. madde buyruğu da işaret edilen görüşü açıkça doğrulamaktadır. Böyle bir imkanın doğması ancak iş sahiplerinin (kuruluşların) muvafakati, yüklenicilerle bu konuda görüş birliğine varmış, fiyat farkı ödeme hususunda sözbirliği etmiş olmalarına bağlıdır."

Yargıtay, daha sonra 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı Kararnamenin uygulanmasıyla ilgili olarak görüşünü değiştirmiş ve aşağıdaki gerekçelerle bu kararnamenin, idareyi bağlayıcı nitelikte olduğuna karar vermiştir (184):

"... Bu kararname ile, aradan geçen uzun süre içinde memleketimizde ortaya çıkan fiyat artışları, Devlet tarafından üretilen temel maddelere yapılan zamlar ve enflasyon hızı gözönünde tutularak, yeni birim fiyat formülleri geliştirilmiş, kamu iktisadî kuruluş ve teşebbüsleri dahil (idare) olarak tanımlanan kuruluşlar, belli koşullar içinde yükleniciler tarafından yapılacak en az iki öneriden birini seçmek zorunluğunda tutulmuşlardır (8/2574 sayılı Kararname m. 1,8,9).

... 8/2574 sayılı Kararnamenin kanun hükmünde olması, olayda uygulanmasına engel değildir. Çünkü, Bakanlar Kurulunun bu türden kararnameler çıkarmak yetkisi 2590 sayılı Yasanın 6. maddesinin son fıkrası ile 1609 sayılı Kanunun 1/g ve 18. maddelerinden kaynaklanmaktadır.

... 8/2574 sayılı Kararname, gerek yazım gerekse getirdiği kurallar açısından önceki kararnamelerden tamamen farklıdır. Özellikle bu farklılık, son kararnamenin uygulanma yetkisinin idarelere bırakılmamış olmasında görülür... Bu aşamada, Yüksek Yargıtay'ın önceki kararnamelerde yer alan (idareler yetkilidir) sözcüğüne dayanılarak bu yetkinin ancak idarelerce kullanılabileceği şeklindeki görüş ve yorumunun, 8/2574 sayılı Kararname açısından uygulanma olanağı kalmadığını belirtmek gerekir."

(184) 15. HD., 4.7.1983 tarih ve E. 1983/500, K. 1983/1947 sayılı kararı (YKD., 1983, C. IX, S. 11, sh. 1661 vd.).

Yargıtayın konu ile ilgili kararlarının zaman içinde farklılık göstermesi, içtihad aykırılığına neden olmuş; bu aykırılık, YİBBGK.'nun 23.6.1986 ve 24.11.1986 tarih ve E. 1986/2, K. 1986/2 sayılı kararı (185) ile giderilmiştir.

Anılan kararda, önce ilgili kararnamelerin çıkarılış neden ve amaçları açıklandıktan sonra, Bakanlar Kurulunun bu tür düzenlemeler yapabilmesine yetkisinin olup olmadığı araştırılmıştır. Bakanlar Kurulunun, genel olarak bu tür konularda düzenleme yetkisine sahip olduğu, AY. m. 8, (artık yürürlükten kaldırılmış bulunan) 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu m. 1 ve 6 ile 8.9.1983 tarihinde 2490 sayılı Kanunun yerine çıkarılan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m. 7/k ve 8'e dayanarak kabul edilmiştir.

2886 sayılı Kanunun, ilgili kararnamelerden sonra çıkarılmış olması ve onların yasal dayanağını oluşturamayacağı biçimindeki sorun ise, bu kanunun, kendinden önceki 2490 sayılı Kanunda da genel hatları ile öngörülen durumu teyiden, konuda daha da açıklık getirerek düzenlenmiş bulunduğu kabul edilerek çözülmüştür (186).

Böylece, ilgili kararnamelerin, Anayasa ve kanunlardan alınan yetkilere dayanılarak çıkarıldığı kabul edildikten sonra sorun, genel bütçeye dahil idareler, katma bütçeli idareler ve kamu iktisadî teşebbüsleri ile mahallî idareler yönünden ayrı ayrı ele alınmış ve kararnamelerin, anılan kurum ve kuruluşlar bakımından geçerli hukukî sonuçlar doğuracağı kabul edilmiştir.

(185) Bu karar için bkz. RG., 5.2.1987, sh. 7 vd.

(186) Diğer hukukî dayanaklar olarak, 1609 sayılı Bayındırlık Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 1/g ve 18; bu kanunu yürürlükten kaldıran 180 sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK. m. 2/n ve 32; 4353 sayılı Maliye Vekaleti Başhukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine ve Devlet Davalarının Takibi Usûlleri-ne ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun m. 31 gösterilmiştir.

Kararda, yukarıda açıklanan sonuçlara ulaşılmamasının, hakimin takdir hakkını ortadan kaldırmadığı, somut olayın özellikleri ve MK. m. 2'yi gözönünde bulundurmak suretiyle ilgili davalarda kararnamelelerin uygulanma şartlarınının gerçekleşip gerçekleşmediğini hakimin tayin edeceği, özellikle vurgulanmıştır.

Sonuç olarak, kararnamelerin (Bakanlar Kurulunun, sözleşmenin tarafı olan idarelere, konu ile ilgili emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunması dolayısı ile) idareler bakımından bağlayıcı olduğunu; fakat, sözleşmenin diğer tarafı olan müteahhidler aleyhine sonuç doğuramayacağını (bağlayıcı olmayacağını) söyleyebiliriz.

Bu durum, sözleşme özgürlüğüne de aykırı görülmemelidir. Çünkü, Bakanlar Kurulu ile idare arasında bir menfaat çatışması yoktur. Buna karşılık, Bakanlar Kurulunun düzenlemeleri, müteahhidlerin kanunen (özellikle BK. m. 365/II ve MK. m. 2 ile) korunan menfaatleri ile çatışmıyorsa, bu düzenlemelerle sözleşmeye müdahalesi sözleşme özgürlüğüne aykırı görülebilir (187).

IV- KARARNAMELERİN, SÖZLEŞMELERİ MÜTEAHHİDLER ALEYHİNE DEĞİŞTİRİP DEĞİŞTİREMEYECEĞİ:

18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı Kararnameden önceki kararnamelerin, müteahhid hakkında hüküm ve sonuç doğurabilmesi, onun, idare ile arasında oluşacak bir anlaşma ile mümkün olabilmekte idi. Değişen şartlar karşısında, tarafların, özgür iradeleri ile tek taraflı ya da karşılıklı ödünde bulunmaları, yeni bir sözleşme olduğu cihetle, sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun düşmekte idi.

(187) Bkz. Tandoğan, a.g.e., sh. 273.

Buna karşılık, 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı Kararname ile idareye verilmiş olan bazı yetkiler, 1982 AY. m.48 (1961 AY. m. 40) ve BK. m. 19/I'de Anayasal ve yasal dayanaklarını bulan sözleşme özgürlüğünü bertaraf edici nitelikte olup, istisna sözleşmesi ile ilgili Borçlar Kanunundaki esaslara da aykırıdır. Şöyle ki:

18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı Kararnameye göre, idare, müteahhidin sözleşmeye devam etmek istemesine karşın, sözleşmeyi, müteahhidin (görünüştaki) isteklerinden biri olduğu ya da m. 8.2/IV'deki şartlar gerçekleştiği için, tek taraflı iradesi ile feshedebilmektedir.

Oysa, istisna sözleşmesinde, değişen şartlar nedeni ile fesih, BK. m. 365/II'de hakimin takdirine bırakılmış bir sona erme biçimidir. Emredici bir kanun hükmü ile hakime verilmiş bu takdir yetkisinin bertarafı, sözleşmenin taraflarının bile elinde değilken, sözleşmenin dışında bulunan Bakanlar Kurulunun evleviyetle bu olanaktan yoksun olması gerekir (188).

Öte yandan, idareye tanınan fesih yetkisi (bu biçimi ile), BK. m. 369'a da aykırıdır. Anılan hüküm karşısında, sözleşme konusu şey (eser) henüz bitmeden, iş sahibi (idare), sözleşmeyi (müteahhidin müsbet zararını ve yoksun kaldığı kârı tazmin etmeden) tek taraflı iradesi ile feshedemez. Aksi takdirde, BK. m. 96 vd. hükümlerine göre sorumludur.

Yukarıda sh. 93'de, 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı Kararnameye göre "fiyat farkı" kavramının, sadece bedelin artırılmasını değil ve fakat indirilmesini de içerdiğini belirtmiştik. Hukukumuzda, istisna sözleşmesinde kararlaştır-

(188) BK. m. 365/II'yi emredici nitelikte görmeyen Tandoğan dahi (a.g.e., sh. 277'de) aynı sonuca ulaşmaktadır.

rılmış olan bedele ilişkin tek değişiklik "artırım" yönünde olup; bedelin indirilmesine ilişkin bir yasal düzenleme bugün için söz konusu değildir. BK. m. 365/son uyarınca: "Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir sây ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi, bedeli tamamen vermeye mecburdur."

Buraya kadar açıklamış olduğumuz nedenlerle, 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı Kararnamenin, sözleşmeyi müteahhid aleyhine değiştirmesi hukuken bir koruma görmemeli; hakim, anılan Anayasal ve yasal düzenlemelere üstünlük tanınmalıdır.

İdarenin, kararnamenin kendisine verdiği yetkileri kullanıp bedeli indirmesi ya da sözleşmeyi feshetmesi durumunda, müteahhid, indirilmiş bedel ile kararlaştırılmış bedel arasındaki farkı ve ikinci durumda da müsbet zararının ve yoksun kaldığı kârın tazminini talep ve dava edebilmelidir (189).

(189) Ayrıca, 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı Kararnamenin "iptali" için Danıştayda dava açılması düşünülebilirse de, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkındaki Kanun m. 4'ün "... 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin... yürütülmesinin durdurulması ve iptali istemi ileri sürülemez." hükmü karşısında, bu yoldan bir sonuç alınamaz. Varılan bu sonuç, sadece "iptal davaları" hakkındadır. Nitekim, Karayalçın (a.g.m., sh. 78'de), anılan hükmün sadece iptal davası açmayı engellediğini; 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı Kararname ile ilgili olarak, idare mahkemelerinde "tam yargı davası" açmanın mümkün olduğunu haklı olarak ileri sürmektedir.

§ 7- ENFLASYONUN İSTİSNA SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ:

Fiyat artışlarının hangi durumlarda enflasyon kavramına girdiği; genellikle, ifası uzun bir döneme yayılan istisna sözleşmesine yaptığı etki ve özellikle, enflasyonun bir öngörülemeyen ya da beklenilmeyen olay olarak kabul edilip edilemeyeceği gibi sorunların, çalışmamız bakımından sahip olduğu önem dolayısı ile, bu konuları ayrı bir bölüm altında incelemeyi daha uygun bulduk. Doğaldır ki, bu açıklamalarımız, çalışmamızın bir Hukuk Yüksek Lisans tezi olması nedeni ile, ayrıntılı ekonomik tartışmaları içermemekte; sorununa, iliştiği noktalardan değinmektedir.

I- KAVRAM:

En genel tanımı ile enflasyon, fiyatlar genel düzeyinde izlenen sürekli ve önemli artışlar olarak ifade edilmektedir (190).

Bu tanımdan da açıkça görüleceği üzere, her fiyat artışını enflasyon olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Her şeyden önce, bu artışın, fiyatlar genel düzeyinde olması gerekir. Belli bir mal ya da hizmetin fiyatı (örneğin, 1970 li yıllarda petrolde olduğu gibi) aşırı bir biçimde yükselebilir. Fakat bu yükseliş, diğer fiyatlardaki düşüş ile dengelenirse, fiyatlar genel düzeyinde hiç bir artış görülmebilir (191).

(190) Karş. Kumbaracıbaşı, O./Soral, E. : Ekonomiye Giriş, Ankara 1977, sh. 198; Zarakolu, A.: Ekonomi İlminin Temel İlkeleri, Ankara, sh. 340; Doğanay, a.g.m., sh. 24; Uluatam, Ü.: Makro İktisat, B. 5, Ankara 1984, sh. 285.

(191) Wilson, G. W.: Inflation-Causes, Consequences, and Cures, Bloomington 1982, sh. 1. Karş. Friedman, I. S.: Inflation - A World-Wide Disaster, Boston 1973, sh. 21. Hatta yazar (a.g.e., sh. 22'de), bireysel (münferit) fiyat artışlarını (tıpkı bireysel fiyat düşüşleri gibi), ekonomik açıdan arzu edilebilir hatta gerekli görmekte; bu tür bireysel fiyat artışlarının enflasyon olmadığını belirtmektedir.

Fiyatlardaki değil de "fiyatlar genel düzeyindeki" artışlardan sözedildiğine göre, bu aşamada başka kıstaslar da devreye girmektedir. Fiyatlar genel düzeyi, bir dizi bireysel fiyat değişikliklerine ve onların göreceli (izafi) önemine dayandığından; "fiyat endeksi" olarak adlandırılan bazı ölçülere gerek duyulmaktadır. Böylece, "fiyatlar genel düzeyindeki artış", uygulama hayatına, "fiyat endekslerindeki artış" olarak yansımaktadır.

Acaba (bazı) fiyat endekslerindeki her türlü (örneğin, bir ya da iki puanlık) artışı, enflasyon olarak kabul etmek mümkün/müdür?

Bu soruya, olumsuz yanıt vermek gerekir. Enflasyon, bir fiyat endeksindeki tek bir artıştan daha fazla bir anlam ifade eder. Enflasyonun, kaygı verecek bir sorun haline gelebilmesi için, bir fiyat endeksindeki uzun bir artış çizgisini içermesi gerekir (192).

Enflasyonun tanımında dikkat çeken bir başka nokta da "süreklilik" unsurudur. Enflasyonu, fiyatların geçici olarak artarak, (daha) yüksek bir düzeyde tekrar istikrara kavuşması olayı ile karıştırmamak gerekir. Halk arasındaki yaygın kanının aksine, bugünün fiyatlarının dünkülerden yüksek olması, enflasyon değildir. Enflasyondan sözedebilmek için, fiyat artışlarının belirli bir dönem içinde (örneğin, bir yıl) kalmayarak, dönemler boyunca ve belki en az bir yıl süresince süreklilik göstermesi gerekir.

Bu bakımdan enflasyon niteliğinde olan fiyat artışlarının, ayrıca, önemli bir orana ulaşması; yani, ekonomi üzerinde ciddi bir etkiye sahip olması da aranacaktır.

(192) Daha fazla bilgi için bkz. Wilson, a.g.e., sh. 2.

Kuşkusuz ki, göreceli bir kavram olan fiyat artışlarının önem derecesi, (gelişmiş ve az gelişmiş ülkeler bakımından) farklı biçimlerde anlaşılmalıdır (193). Örneğin, bir ülkede %10'luk bir fiyat artışı enflasyon olarak sayılabilecekken; bir diğerindeki %50'lik artış, normal bir düzey olarak görülebilecektir.

II- ETKİLERİ:

Bir ekonomik olgu ya da olayın enflasyonun etkisi mi, yoksa onun nedeni yahut sonucu mu olduğunu belirleyebilmek, gittikçe karmaşık bir yapıya bürünen modern ekonomilerde güçleşmekte; hatta bazen bir kısır döngüye yol açabilmektedir. Yapılan analizlerde "ceteris paribus (diğer şartlar aynı kalmak kaydıyla)" deyimine sıkça başvurulmasına karşın, ne yazık ki diğer şartlar hiç bir zaman aynı kalmamakta, ulaşılan sonucun sıhhatini olumsuz yönde etkilemektedir.

Enflasyonun en geleneksel göstergelerindeki (fiyatlar, ücretler ve para arzındaki değişiklik oranları) değişiklikler, enflasyonun bir işareti olarak görülebileceği gibi, nedeni ya da etkisi olarak da yorumlanabilmektedir (194) (195).

Örneğin, ücret artışları, enflasyonun bir işareti olabilir. Bunlar, sürekli artış gösteren pek çok fiyattan biridir.

Öte yandan, ücret artışları, üretici fiyatlarına eklenmek ve tüketiciye yansıyan daha yüksek fiyatlara dahil edilmek suretiyle, enflasyonun nedeni de olabilir.

(194) Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Friedman, a.g.e., sh. 135.

(195) OECD'nin bir raporunda (Inflation The Present Problem, OECD Report by the Secretary General, December 1970, sh. 52 No. 177.), inşaat sektöründeki esaslı ücret artışlarının, bir enflasyon patlamasının ilk aşamasının tipik özelliklerinden olduğu belirtilmiştir.

Son olarak, bunların, enflasyonun bir etkisi olarak da ortaya çıkması mümkündür. Nitekim, ücret artışı istekleri, yaşam şartlarının yükselmesinin bir sonucu olarak da öne sürülebilir.

Belli sözleşme tiplerinin ya da ifa tarzlarının enflasyonist gidişe katkıları; enflasyonun olumsuz etkileri karşısındaki "müterafık kusur"ları gibi araştırmalara girmeksizin, enflasyonun, sözleşmelerin ifasını olumsuz yönde etkilediğini günlük yaşantımızda bile gözleyebiliriz. Bu etki, özellikle âriyet, ipotek, kira, inşaat vb. gibi uzun süreli sözleşmeler bakımından daha açıktır. Sabit bir para varsayımı ile alınan borç para ya da belirlenen fiyatlar, sözleşme süresi boyunca değer kaybedebilir ve taraflardan birinin haklı beklentilerini düş kırıklığına uğratabilir. Bu düş kırıklığı, ya onun edimini daha külfetli bir duruma getirmek ya da beklediği yararları, karşı tarafa lâayık olmadığı bir talih bahşetmek suretiyle reddetmek (vermemek) biçiminde olabilir (196).

Genellikle, enflasyon sonucunda meydana gelen para değerinin düşmesinden, borçlu olan taraf (istisna sözleşmesinde, iş sahibi) kârlı çıkmakta; alacaklı (müteahhid) ise zarar görmektedir (197).

Enflasyonun, inceleme konumuz bakımından önem taşıyan bir başka olumsuz etkisi de, ileriye görememeyi (basi-retsizliği) artırmasıdır (198). Çünkü, pek az enflasyon oranı, zaman içinde düzenli (sabit) kalmaktadır. Böylece, enflasyonist şartlar altında, gelecekteki fiyatları ve giri-

(196) Fleming, J. G.: The Effect of Inflation on Civil Liability, Am.J.Comp.L. 1982, Vol. XXX, sh. 100.

(197) Doğanay, a.g.m., sh. 26.

(198) Wilson, a.g.e., sh. 119.

şilmesi düşünölen verimli bir yatırımdan (örneğin, bir elektrik santralinden) elde edilecek kârı tahmin edebilmek, normal zamandan daha riskli olmaktadır. Buna, genellikle enflasyona eşlik eden yüksek faiz oranları da eklendiğinde, sadece basiretsizliği artıran bir dizi şartla değil; verimli bir yatırıma girişmeye karşı bir cesaretsizlikle de karşılaşırız. Ne yazık ki, bu olumsuz etkinin faturasını sadece iş sahipleri (yatırımcılar) ve müteahhidler değil; sonuçta, ülke ekonomisi de ödemektedir.

III- ENFLASYONUN ETKİLERİNDEN KURTULMA:

1) Yargısal Yolla:

Fiyat artışları, normal bir çerçeveye içinde kaldığı sürece pacta sund servanda ilkesi uyarınca, sözleşme, tarafları bağlayıcı niteliğini aynen korur. Ancak, fiyat artışlarının oranı o kadar çok yükselebilir ki, bu gibi (olağanüstü) durumlarda, ortaya çıkan zararların alacaklı olan tarafa (müteahhide) yükletilmesi, hakkaniyet ve iyiniyet kuraları ile bağdaşmaz. Burada, sözleşmenin kurulması sırasında karşılıklı edimler arasında var olan denge, sonradan (enflasyon nedeni ile) taraflardan biri (müteahhid) aleyhine bozulmuş olup; buna rağmen iş sahibinin, kararlaştırılmış olan sabit fiyatta ısrar etmesi, MK. m. 2'ye aykırılık oluşturur (199).

Yukarıda yer alan kabul biçimine karşı olan görüşler de ileri sürölmüştür. Nitekim Ripert, şöyle demektedir (200) :

"İvazlar arasındaki oransızlık, para değerinin genel düşüşünden doğmuşsa, sözleşmenin, taraflar için kanun olmak

(199) Karş. Doğanay, a.g.m., sh. 27.

(200) Thilo, a.g.m., sh. 347'den naklen.

niteliğine halel gelmemelidir. Zira bu durumda, borçlu, özel bir adaletsizliğin kurbanı olmayıp, ülke halkının ortak bahtına tâbidir."

Geniş anlamda clausula rebus sic stantibus ilkesinin, çeşitli ülkelerin hukuklarında esaslı bir biçimde ele alınmasında, enflasyonun önemli bir rolü olduğunu görmekteyiz (201).

Fransız Danıştayı, 30.3.1916 tarihli ünlü bir kararında, "Bu yüzyılın başlarında Bordeaux belediyesine karşı, şehre sabit bir fiyat üzerinden havagazı ve elektrik ceryanı vermeyi üstlenmiş olan bir müteahhidin, düşman işgali yüzünden kömür fiyatlarının beş katına fırlamış olması durumu gözönünde tutularak, sabit fiyatın artırılması konusundaki istemini" kabul etmişti (202).

Yargıtayımız da, bazı eski kararlarında (ki bunlarda genellikle mücbir sebebe dayanıyordu), fiyat artışlarının BK. m. 365/II'nin kapsamı içine girdiğini (çok açık olmakla birlikte) kabul etmiştir (203).

Yargıtay, 26.11.1982 tarihli bir kararında (204), enflasyonun, MK. m. 2'nin uygulanmasında gözönüne alınması gerektiğine karar vermiştir. Bu kararda aynen şöyle denilmektedir:

"Ekonomik şartlarda aşırı enflasyon, para değerinin büyük ölçüde düşmesi ve saire nedenlerle meydana gelen olağanüstü değişiklik ve dolayısıyla güçlükler; edimin, olduğu gibi yerine getirilmesini borçludan beklenemez duruma getirmişse, doğruluk ve dürüstlük kuralları gözönünde tutularak,

(201) Bu konuda bkz. Schwarz, a.g.m., sh. 193; von Tuhr, a.g.e., sh. 561 dpn. 19, sh. 643-644; Gürsoy, a.g.e., sh. 30 vd.

(202) Schwarz, a.g.m., sh. 192'den naklen. Bu karar için ayrıca bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 40.

(203) Bkz. Gürsoy, a.g.e., sh. 83. Karş. Doğanay, a.g.m., sh. 38'deki karar.

(204) sh. 75 dpn. 171'e ilişkin karar.

işlem temelinin çökmesi ya da sarsılması ilkesi uyarınca sözleşme yeni durumlara uydurulmalıdır."

Kanımızca da, enflasyonist fiyat artışları, önceden görülemeyen haller kapsamı içinde değerlendirilerek, clause-la rebus sic stantibus ilkesinin (ve bu arada BK. m. 365/II'nin) uygulanmasında gözönüne alınmalıdır. Yalnız hemen belirtelim ki, burada söz konusu olan fiyat artışları, olağan düzeyde kalanlar değil; önemli bir oranda olanlardır.

2) Sözleşme Yolu İle (205) :

Enflasyon sonucunda karşılaşılan güçlükler, mahkemelerin, hal ve şartlardaki değişikliğin ortaya çıkmasından sonra devreye girmesi ile önlenebileceği gibi; sözleşme şartlarının, enflasyon riskine karşı korunmayı sağlayacak biçimde düzenlenmesi yolu ile de önlenebilir. Bu, tarafların dışındaki bir gücün müdahalesine gerek göstermediği ve irade özgürlüğünü zedelediği için daha iyi bir çözüm yoludur (206).

Uzun süreli ve sabit fiyatlı sözleşmeleri (istikrar kayıtları kullanarak) enflasyona karşı korumada çeşitli yöntemler vardır. Bunların en yaygını, endeks ve altın kayıtlarıdır. Burada kullanılacak diğer bir yöntem olarak, bir malın ya da mal grubuna (örneğin, inşaat işlerinde kullanılan demir, çimento vb. malzeme) ilişkin fiyat dalgalanmalarının da gözönüne alınarak bu artışlara uyulacağına kararlaştırılmasını gösterebiliriz.

(205) Sözleşme ile benimsenen (yeni şartlara) uyumun, "otomatik" ve "otomatik olmayan" uyum biçimindeki ayrımı için bkz. Atabek, a.g.m., sh. 92 vd.

(206) Fleming, a.g.m., sh. 100. Fiyat değişmesi ve yükselmesi veya tüketim malları fiyat endekslerinin değişmesi halinde, sözleşmedeki fiyatların değiştirileceğine ilişkin kayıtlar (olumlu intibak kuralları) hakkında bkz. Kaplan, a.g.e., sh. 119 vd., özellikle sh. 121.

Altın kaydına, iç işlemlerden çok, uluslararası işlemlerde ve enflasyondan çok, devalüasyona karşı bir koruma sağlamak amacı ile rastlanır.

Endeks kayıtları ise, enflasyona karşı daha etkili bir koruma sağlar (207).

Endeksleme, "gelişen fiyat artışları karşısında, her türlü ekonomik bağlantıların reel değerlerini, kısmen ya da tamamen koruyabilmek amacı ile, onların nominal değerlerinin, uygun görülen bir endekse bağlanması" biçiminde tanımlanmaktadır (208).

Uzun süreli sözleşmelerde (ve inceleme konumuzla ilgili olarak, ifası geniş bir zaman dilimine yayılan istisna sözleşmelerinde), sözleşmelerin (daha doğrusu, sözleşmedeki ivazların) reel değerini koruma gereği önem kazanmaktadır. Bu gerek, enflasyonun, nisbi değerler arasındaki dengeyi bozmasından ileri gelmektedir. Bunu sağlayabilecek tek ölçü de, fiyatlardaki yükselmeyi gösterebilen türden bir endeks olacaktır. Değerler arasındaki nisbi denge, enflasyon oranının ileride ne olacağı bilinebilse idi (yani, beklenen enflasyon ile gerçekleşmiş enflasyon arasındaki fark her zaman sıfır olsa idi), bozulmayacaktı. Demek ki, endeksleme değeri, ileriye ait fiyat hareketlerindeki belirsizlikten ve beklentilerin, genelde herkes için aynı olmasından doğmaktadır (209).

Bu noktada endekslemenin, inceleme konumuzla ilgili bir yararı önem kazanmaktadır. Eğer istisna sözleşmesinde

(207) Fleming, a.g.m., sh. 103. Sözleşmelerin de endeksleme konuları arasında yer almaları hakkında bkz. Yörükoğlu, A.: Enflasyon, Endeksleme ve Türkiye Yönünden Bir Yaklaşım (Doçentlik Tezi), Ankara 1980, sh. 184-185; Akıncı, E.: Toptan Eşya Fiyat Endeksi ve Kullanım Açısından Bir Değerlendirme, HÜİİBFD., 1985, C. III, S. 1-2, sh. 30.

(208) Yörükoğlu, a.g.e., sh. 47.

(209) Yörükoğlu, a.g.e., sh. 47-48. Karş. Akıncı, a.g.m., sh. 29.

endeksleme yöntemi kabul edilirse, müteahhid, götürü ücreti reel olarak hesaplayıp önerebilme olanağına kavuşacaktır. Öngörebilmekte zorlandığı ve altında ezilmek istemediği gelecekteki (enflasyon oranına ilişkin) belirsizlik onun için sorun olmaktan çıkacağından, önereceği rakamı "şişirmeyecektir." Endekslemenin aynı yararı, iş sahibi bakımından da söz konusudur. Spekülâtif nitelikte olmayan uzun dönemli yatırımların yapılabilmesi için de ileriye ait belirsizliğin kaldırılabilmesi şarttır. Aksi takdirde, enflasyonist eğilimin (trendin) ileride ne olacağına belli olmadığı bir piyasada, kısa dönem anlaşma zorunluluğu ile baş başa kalan yatırımcılar, uzun dönem yatırımlara girmek istemeyeceklerdir (210).

Son zamanlarda bu kayıtlar, enflasyonist kısır döngüye kendilerinin de katıldıkları biçiminde eleştirilere uğramışlardır. Bu tür kayıtların, enflasyonu kontrol etmedikleri; kurumlaştırdıkları ileri sürülmüştür (211).

Fakat, konuya taraf menfaatleri açısından baktığımızda, uzun süreli istisna sözleşmelerine endeks kaydının konulması yararlı olacaktır. Çünkü, bir kere bu yolla müteahhid, enflasyonun ağır sonuçlarına katlanmaktan kurtulacaktır. Öte yandan, bu yöntem, iş sahibinin de menfaatine uygundur. Çünkü, fiyat artırma isteklerine dayanan uyuşmazlıklar başgösterince, davaların sonuçlanması uzun bir süre almakta; işin (eserin) bitirilmesi gecikmektedir. İş sahibi, sonuçta haklı çıkıp müteahhiden tazminat alsa bile, hem bu tazminat da enflasyonun eritici etkisinden kurtulamayacak hem de işin başka bir müteahhide tamamlatılması, maliyetleri artıracaktır.

(210) Yörükoğlu, a.g.e., sh. 58.

(211) Fleming, a.g.m., sh. 103-104.

Problemden en hafif biçimde kurtulmanın yolu, bunların meydana gelmesini engelleyecek önlemler almaktır. Böylece, gereksiz yere para ve zaman harcanmasından da kurtulmuş olacaktır.



SONUÇ

Hukukumuzda, sözleşmeler alanında geçerli olan genel ilkelerden birisi pacta sunt servanda ilkesidir. İrade serbestliğinin sınırları içinde yapılmış olan sözleşmeler, kural olarak, taraflar arasındaki ilişkide kanun niteliğindedir.

Kural bu olmakla birlikte, bazen önceden görülemeyen ya da beklenilmeyen olağanüstü olaylar sonucu, sözleşmenin yapılması sırasında var olan edimler arasındaki denge aşırı bir biçimde bozulabilir. Bu gibi durumlarda, borçludan, edimini sözleşmedeki şartlarla yerine getirmesini beklemek, objektif iyiniyet ilkesine ve hakkaniyete aykırı düşer.

İşte, *clausula rebus sic stantibus* ilkesi, sözü edilen aşırı güçlük hallerinde borçluyu koruyabilmemizi sağlayan bir genel hukuk ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Clausula rebus sic stantibus ilkesi, bize, sözleşmeyi değişen yeni şartlara uydurabilmek olanağını vermekle taraflar arasındaki uyumsuzluğu, hukuk normlarının asıl amacı olan "adalete uygun çözüm"e bağlayarak somut olaydaki sözleşme adaletini gerçekleştirebilmemizi sağlamaktadır.

Clausula rebus sic stantibus ilkesi, pozitif hukukumuzdaki dayanağını, MK. m. 2/I'de emredici bir hükümle düzenlenmiş bulunan objektif iyiniyet ilkesinden almaktadır.

Öte yandan, BK. m. 365/II'de götürü ücretli istisna sözleşmeleri bakımından getirilmiş olan düzenleme de, anılan ilkenin özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır.

BK. m. 365/II'nin uygulanabilmesi için, önceden görülemeyen ya da beklenilmeyen hallerin ortaya çıkması ve bu hallerin işin yapılmasını son derece güçleştirmesi gerekmektedir. Bunlardan başka, sözü edilen hallerin ortaya çıkışının müteahhide isnad edilememesi ve müteahhidin, bu gibi hallerin gerçekleştiğini iş sahibine ihbar etmesi şartları da aranmaktadır.

Bir olayın öngörülemeyen mi, yoksa öngörülebilen nitelikte mi olduğunu belirlerken (doktrindeki yaygın kanının aksine olarak) sübjektif bir kıstasa göre hareket edilmeli; bu sorunun çözümünde tarafların (özellikle müteahhidin) iradelerinin yorumu esas alınmalıdır. Bu yorumu yaparken, yapılan işin niteliği, sözleşmenin süresi ve sözleşmenin yerine getirilmesinde müteahhidin izlediği davranış modeli, müteahhidin meslekte ve somut olayda yapacağı işteki deneyimi vb. gibi hususlar da gözönünde bulundurulmalıdır.

Vardığımız bu sonuç, çoğu kez bir tacir olan müteahhidin basiretliliğinin sınırı bakımından da geçerlidir. Unutmamak gerekir ki, yaşadığımız belirsiz ekonomik ortamda ve özellikle aşırı enflasyonist koşullarda her bakımdan müteahhidin daha geniş olanaklara ve uzman kadroya sahip olan devletin bile, ileriye dönük hesapları gerçeklerle birbirini tutmayabilmektedir.

BK. m. 365/II'deki şartların gerçekleşmesi halinde hakim, sözleşmeyi değişen yeni şartlara uyarlayacaktır. Bu uyarlama; bedelin artırılması, sözleşmenin feshi ya da somut olayın özelliğine göre ifa modalitesinde değişiklik yapan diğer bir biçimde olabilir. Her ne kadar madde metninde sadece bedelin artırılması ve fesih yollarından sözedilmiş ise de, BK. m. 365/II'nin, *clausula rebus sic stantibus* ilkesi ve bunun dayanağı olan MK. m. 2'nin özel bir uygulaması ol-

duğu gözönünde bulundurulursa, maddenin ruhunun, lâfzını aşmaya elverişli olduğu görülür.

BK. m. 365/II'ye göre hakimin vereceği karar inşaf bir karar olup, maddedeki haklar ancak bir inşaf dava yolu ile kullanılabilir.

Bu haklardan fesih, bozucu inşaf hak; bedelin artırılması ise, değiştirici inşaf hak niteliğindedir.

Tezimizde vardığımız bir diğer sonuç, BK. m. 365/II'nin emredici bir hüküm olduğu ve bu hükmün sunduğu olanaklardan önceden vazgeçmenin hukukî bir sonuç doğurmayacağıdır. Fakat, somut olayın özelliğine göre, bu tür vazgeçmeler, tedbirsizlik ya da basiretsizlik olarak görülebilir veyahut da, öngörüleme ya da beklenilmeme unsurlarının gerçekleşmesinde, bu durumların daha dar yorumlanmasına yol açabilir.

Önceden görülemeyen olağanüstü durumlar ve bunlardan birini oluşturan fiyat artışları, kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu istisna sözleşmelerinde özel düzenlemelere neden olmuştur. Bu düzenlemeler arasında, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 63. maddesini ve idareye fiyat artırma ya da fesih yetkisi veren Kararnameleri gösterebiliriz.

Sözü edilen Kararnamelerden 18.3.1981 tarih ve 8/2574 sayılı olanı, taraf iradelerini (özellikle müteahhidin iradesini) hiçe sayan ve getirdiği çözümleri taraflara zorla benimsetmeye yönelik düzenlemeleri ile öncekilerden büyük ölçüde ayrılmakta ve bu oranda da hukuka aykırı bir nitelik kazanmaktadır.

Fiyat artırma ya da fesih yetkisi veren Kararnameler (sözleşmenin tarafı olan) idareleri bağlayıcı nitelikte olmakla birlikte, müteahhidler aleyhine sonuç doğuramazlar.

Bu gibi Kararnamelerin hazırlanması sırasında, Anayasa ve Borçlar Kanununda güvence altına alınmış bulunan sözleşme özgürlüğüne (sisteme ters düşen) müdahalelerde bulunmaktan kaçınılması, fiyat artırımına ilişkin oranların yaşanan ekonomik gerçeklik ile paralel olarak belirlenmesi ve fesih halinde de müteahhide, müsbet zararını ve yoksun kaldığı kârı karşılayabilecek oranda tazminat verilmesi, taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları asgariye indirecek ve böylece de gereksiz para ve zaman harcamasını önleyecektir.

Tezimizde vardığımız bir diğer sonuç, enflasyonun, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin (ve BK. m. 365/II'nin) uygulanmasında bir öngörülemeyen hal olarak gözönüne alınması gerektiğidir.

Fakat, her fiyat artışı enflasyon olarak değerlendirilmemelidir. Enflasyondan sözedebilmek için, artışın, fiyatlar genel düzeyinde (ve bunun uygulamadaki göstergesi olan fiyat endekslerinde) ve süreklilik gösteren bir nitelikte olması gerekir. Ayrıca, bu artışın önemli bir oranda olması, yani ekonomi üzerinde ciddi bir etkiye sahip olması şartı da aranacaktır.

İfası geniş bir zamana yayılan istisna sözleşmelerinde, enflasyon, ileriye görememeyi (basiretsizliği) de artırmakta; götürü ücretin belirlenmesinde müteahhidin ya yanılma payını yükseltmekte ya da yapılacak ücret teklifinin şişirilmesine yol açmaktadır.

Bu nedenle, sözleşmelerde endeks kayıtlarının kullanılması ve böylece sözleşmenin (tarafların iradelerine uygun ve onları aşmayacak biçimde) enflasyonist şartlara kendiliğinden uyarlanması, taraflar arasındaki olası pek çok uyuşmazlığı önleyecek, para ve zaman tasarrufu sağlayacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- Akıncı, E. : Toptan Eşya Fiyat Endeksi ve Kullanım Açısından Bir Değerlendirme, HÜİİBFD., 1985, C. III, S. 1-2, sh. 17-43.
- Akıpek, J. G. : Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, c. I, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Ankara 1973.
- Atabek, R. : Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum, Batider., 1984, C. XII, S. 4, sh. 87-103.
- Akyazan, S. : Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi veya İhalenin Fesih ve Tasfiyesi - İlgili Hukuki Sorunları (7/7993 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı), ABD., 1977, S. 1, sh. 11-23.
- Barnes, A. J./Dworkin, T. M./Richards, E. L. : Law for Business, 3rd. ed., Homewood, Illinois 1987.
- Becker, H. (Çev. Dura, S.) : Eser (İstisna) Sözleşmesi, YD., 1984, S. 1-2, sh. 107-124.
- Berki, A. H. : Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), Ankara 1959.
- Birsel, C. : Devletler Hukuku, K. 3, Devletler Arasında Andlaşmalar, İstanbul 1936.
- Bucak, V. : İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Ankara 1940.
- Chitty : On Contracts (Chitty's Treatise on the Law of Contracts), 20th. ed., London-Reading 1947.

- Doğanay, İ. : Kamu Sektörü Tarafından İhaleye Çıkarılan İşlerde (Fiyat Artırma) Yetkisi Veren Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin Bağlayıcı Olup Olmadığı Hususu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı münasebetiyle), Batider., 1982, C. XI, S. 4, sh. 167-183.
- Doğanay, İ. : Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?, YD., 1975, C. I, S. 4, sh. 23-46. (*)
- Dural, M. : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK. 117) (Doçentlik Tezi), İstanbul 1976.
- Edis, S. : Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği (Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı), Ankara 1975, sh. 447-460.
- Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 2, Ankara 1987.
- Erman, H. : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979.
- Feyzioğlu, F. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, B. 2, İstanbul 1977.
- Feyzioğlu, T. : İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Haller Meselesi), Ankara 1947.
- Fleming, J. G. : The Effect of Inflation on Civil Liability, Am. J. Comp. L., 1982, Vol. XXX, sh. 97-116.
-
- (*) Metin içinde, bu makaleye yapılan atıflarda sadece (a.g.m.) kısaltması kullanılmıştır.

Friedman, I. S. : Inflation-A World-Wide Disaster, Boston 1973.

Gönensay, A. S. : Mukavelelerin Hakim Tarafından Tadil veya Feshi (Cemil Birsell'e Armağan), İstanbul 1939, sh. 161-171.

Gözübüyük, A. P. : Hukukî Mes'uliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977.

Gözübüyük, A. P. : Olağanüstü Sebepler veya Beklenmeyen Haller Hukuku, AD., 1945, S. 9, sh. 154-167.

Gürsoy, K. T. : Hususî Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950.

Gürsoy, K. T. : "Temyiz HUH.'nin 6.11. 1957 tarih ve E. T-76/K. 82 sayılı kararı"na ilişkin Karar Tahlili, ABD., 1958, sh. 206-213.

Haraştı, G. : Treaties and The Fundamental Change of Circumstances, Recueil Des Cours, 1975, S. 3, sh. 1-94.

Hirş, E. E. : Ticaret Kanunu, K. I, Ankara-İstanbul 1946.

İmre, Z. : Türk Medenî Hukukuna Göre Hakimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medenî Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk Var mıdır?) (Kemal Fikret Arık'a Armağan), Ankara 1973, sh. 153-194.

İnan, A. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, B. 3, Ankara 1984.

Kaplan, İ. : Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi (Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması), Ankara 1987.

Karayalçın, Y. : Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem
Çözme, B. 3, Ankara 1986.

Karayalçın, Y. : Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu İstisna
Akidlerinin Kararnamelerle Enflasyon Şartlarına İnti-
bak Ettirilmesi ve 1 Nisan 1981 Tarihli Kararname ile
Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Batider., 1981, C. XI,
S. 1, sh. 67-79.

Kelsen, H. : What is Justice? Justice, Law, and Politics in
The Mirror of Science, Collected Essays by Hans Kel-
sen, 3rd. ed., Berkeley, Los Angeles, London 1971.

Kumbaracıbaşı, O./Soral, E. : Ekonomiye Giriş, Ankara 1977.

McNair, L. : The Law of Treaties, Oxford 1961.

Mimaroğlu, S. K. : Ticaret Hukuku-C. I-İşletme Hukuku, B. 2,
Ankara 1970.

Oftinger, K. (Çev. Davran, B.) : Carî Akitlerin Temellerin-
de Buhran İcabı Tahavvül (Clausula rebus sic stantibus
hakkında), İHFM., 1942, C. VIII, S. 3-4, sh. 598-622.

Önen, E. : İnşaf Dava, Ankara 1981.

Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law, 16th.
printing, New Haven and London 1978.

Reisoğlu, S. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 5, Ankara
1983.

Schwarz, A. B. (Çev. Belbez, H.) : Harbin Hususî Akidler
Üzerindeki Tesiri, AD., 1944, S. 2, sh. 186-202.

- Seliçi, Ö. : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- Serozan, R. : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- Sungurbey, İ. : Medeni Hukuk Sorunları, C. I, İstanbul 1973.
- Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstisna <Eser> ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri), C. II, B. 3, Ankara 1987.
- Thilo, E. (Çev. Esen, B. N.) : "Laesio Enormis" ve "Clausula Rebus Sic Stantibus" ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not, İHFM., Y. I, S. 3, İstanbul 1935, sh. 344-351.
- Tunçomağ, K. : Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler, İHFM., 1966, C. XXXII, S. 2-4, sh. 884-905. (*)
- Tunçomağ, K. : Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD., Y. I, No. 1, İstanbul 1967, sh. 87-108.
- Uluatam, Ö. : Makro İktisat, B. 5, Ankara 1984.
- von Tuhr, A. (Çev. Edege, C.) : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Ankara 1983.
- Wilson, G. W. : Inflation-Causes, Consequences, and Cures, Bloomington 1982.

(*) Metin içinde, bu makaleye yapılan atıflarda (Alman Hukukunda) kısaltması kullanılmıştır.

Yörükoğlu, A. : Enflasyon, Endeksleme ve Türkiye Yönünden
Bir Yaklaşım (Doçentlik Tezi), Ankara 1980.

Zarakolu, A. : Ekonomi İlminin Temel İlkeleri, Ankara.

Zevkliler, A./Ortan, N. : Notlu-İçtihatlı-Sözlüklü Medeni
Kanun-Borçlar Kanunu-Tatbikat Kanunu, B. 1, Ankara
1980.

_____ : Inflation The Present Problem, OECD Report
by the Secretary General, December 1970.

_____ : Stroud's Judicial Dictionary of Words and
Phrases, 3rd. ed., Vol. II, London 1952.

_____ : The Dictionary of England Law, Vol. I,
London 1959.

_____ : Türk İçtihadlar Külliyyatı, 1958, C. I-II,
İstanbul 1960.

T. C.
Yükseköğretim Kurumu
Dokümantasyon Merkezi