

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

Yüksek Lisans Tezi

Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve
Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozları

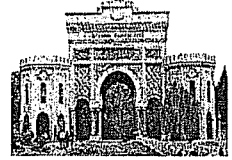
Mehmet Kösoğlu
2501080549

Tez Danışmanı
Prof. Dr. B. Bahadır Erdem

İstanbul 2010



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUKU** Anabilim Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programına başarı ile tamamlayan **2501070415** numaralı **MEHMET KÖSOĞLU**'un hazırladığı "**ULUSLAR ARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE MÜCBİR SEBEP (FORCE MAJEURE) VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ (HARDSHIP) KLOZLARI**" konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **20.10.2010 ÇARŞAMBA** günü saat **13.30'da** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **...KABULU...** ne* **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR. B.BAHADIR ERDEM	Kabul	
PROF.DR. GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL	Kabul	
PROF.DR. AYDIN GÜLAN	Kabul	
DOÇ.DR: HATİCE ÖZDEMİR KOCASAKAL	Kabul	
YRD.DOÇ.DR.İNCİ ATAMAN FİGANMEŞE	Kabul	

Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship

Klozları

MEHMET KÖSOĞLU

ÖZ

Uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları sözleşme taraflarının aralarındaki ticari işlemleri güvence altına almak ve sözleşmeyi imkânsız hale getirebilecek ya da taraflardan biri için ekonomik olarak çekilmez kılabilir, öngörülemeyen ve tarafların kontrolleri dışında olan olaylara karşı bir koruyucu önlem sunmak amacıyla yaygın olarak kullanılan sözleşmesel araçlardır. Bu klozlar sayesinde, özellikle uzun süreli sözleşmelerde, sözleşme tarafları sözleşme ilişkisinin temelinde yer alan risk dengesine daha çok nüfuz edebilirler ve sözleşmenin ifasını kesecek herhangi bir olayın meydana gelmesi durumunda insiyatif kullanarak olaya müdahale edebilirler. Bu çalışmanın amacı uluslararası tahkim kararlarının ve uygulamada kaleme alınan ve kullanılan model klozların ışığı altında uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarına ilişkin değişik yaklaşımları incelemektir.

ABSTRACT

Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts are widely used contractual instruments to secure commercial transactions between the contracting parties and, to introduce a preventive measure against the unforeseeable and uncontrollable events which may render the contract either impossible or economically unbearable for the contracting parties. By virtue of these clauses, especially in long term agreements, contracting parties may gain insight into the risk balance lying at the root of the contractual relation and, may interfere proactively in the event of any occurrence which may interrupt the performance of the contract. In light of the international arbitral awards and various model clauses actually drafted and used in practice, the aim of this study is to examine different perspectives of the force majeure and hardship clauses in international commercial contracts.

ÖNSÖZ

Çalışmamızda uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarı incelenmiştir. Hem mücbir sebebe hem de sözleşmenin değışen koşullara uyarlanmasına ilişkin teorik incelemelere bir katkı sağlamak amacıyla uygulamada kullanılmış olan klostar içerdikleri ortak unsurlar başlıklar halinde parçalara ayrılarak analitik bir incelemeye tabî tutulmuştur. Bu incelemenin hedefi her iki kloz tipinin yapılarının daha iyi kavranabilmesi ve bu sözleşmesel araçların uygulamada etkin kullanımının sağlanmasıdır.

Mahalli sözleşmelere görece oldukça büyük çaplı ticari ilişkileri düzenleyen uluslararası ticari sözleşmelerin içerdikleri hükümler, ticari sırların korunması kaygısıyla gizli tutulmakta ve uluslararası tacirler bu hususta sözleşmeler akdederek bu mahremiyeti korumaya özen göstermektedirler. Bu bağlamda çalışmamızda yalnızca yabancı literatürde yayınlanmasına ve incelenmesine izin verilen kloz örnekleri kullanılmıştır.

Öncelikle beni akademik çalışmalarda bulunmaya teşvik eden, bu çalışmanın konusunun bir bütün halinde ele alınması yönünde beni cesaretlendiren ve çalışmanın her safhasını büyük bir titizlikle inceleyip yönlendiren tez danışmanım Prof. Dr. B. Bahadır Erdem'e ve bu çalışmanın hazırlanması sürecinde bana gösterdikleri sabır ve verdikleri destek için aileme en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

Öz	III
Önsöz	IV
İçindekiler	v
Kısaltmalar	V
Giriş	1
I. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep Kızları.....	5
A. Uluslararası Ticaret Hukukunda Mücbir Sebep ve İlişkili Kavramlar.....	5
1. Uluslararası Ticari Sözleşme Kavramı ve Mücbir Sebep.....	5
2. Force Majeure ve Mücbir Sebep Terimlerinin Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Kullanılması	6
3. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk ve Mücbir Sebep Kavramı	8
a. Fransız Hukukundaki İmkânsızlık ve Force Majeure Kavramı	10
b. Alman Hukukunda İmkânsızlık (Unmöglichkeit) ve Mücbir Sebep	11
c. İngiliz Hukukundaki Frustration Teorisi ve Amerikan Hukukundaki Impracticability Teorisi.....	13
d. Türk Hukukunda İmkânsızlık ve Mücbir Sebep Kavramı	16
4. Lex Mercatoria ve Mücbir Sebep Kızları	18
B. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Kullanılan Mücbir Sebep Kızlarının Analitik Olarak İncelenmesi.....	20
1. Genel Olarak Mücbir Sebep Kızları	20
2. Mücbir Sebep Kızının Uygulanacağı Durumun Tanımlanması ve Unsurları.....	23
a. Öngörölmezlik.....	24
b. Kaçınılmazlık/Karşı Konulmazlık	28
c. Dışsallık.....	29
d. Mücbir Sebebin Meydana Getirdiği Sonuç: İmkânsızlık.....	31
e. Mücbir Sebebin Gerçekleşme Zamanı	34
f. Makul Ölçü Kriteri ve Klasik Mücbir Sebep Unsurlarının Esnetilmesi/Yumuşatılması.....	36
g. “Elinden Gelenin En İyisini Yapma/Azami Gayret Gösterme” Borcu (Duty of Best Efforts/Best Endeavour)	38

h. Mücbir Sebep Tanımında Sözleşme Dışından Kaynaklara Atıf Yapılması.....	41
i. Mücbir Sebep Tanımının Klotda Yapılmamış Olması.....	42
j. Mücbir Sebep Niteliğindeki Olayların Listelenmesi	45
i. Doğal Felaketler	45
ii. Silahlı Çatışmalar	46
iii. İş İhtilafları.....	47
iv. Teknik Aksaklıklar ve Benzeri Teknik Kazalar	48
v. Nakliye ve/veya Tedarik Güçlükleri	50
vi. Devlet Müdahalesi ve Mevzuat Değişikliği	50
k. Mücbir Sebep Tanımının Örnek Olay Listesiyle Birleştirilmesi	57
l. Mücbir Sebep Klotunun Alt Yüklenicileri ve Diğer Üçüncü Şahısları Kapsaması	62
m. Mücbir Sebep Klotunda Hariç Tutulan Hususlar ve Ödeme Yükümlülüğü.....	66
3. Mücbir Sebep Klotunun Tabî Olduğu Rejim ve Uygulama Usulü.....	69
a. Mücbir Sebebin Bildirimi ve Gerekçelendirilmesi	70
i. Mücbir Sebep Bildirimi.....	71
ii. Mücbir Sebebin Gerekçelendirilmesi.....	73
iii. Bildirim ve Gerekçelendirme Yükümlülüğüne Aykırılığın Yaptırımı.....	766
b. Sözleşmedeki Yükümlülüklerin İfasının Askıya Alınması.....	78
i. Sözleşme Süresinin Uzatılarak Yükümlülüklerin Askıya Alınması	80
ii. Sözleşme Süresi Uzatılmaksızın Yükümlülüklerin Askıya Alınması.....	81
c. Mücbir Sebebi Ortadan Kaldırmak ve Zararlarını Azaltmak İçin “Elinden Gelenin En İyisini Yapma/Azami Gayret Gösterme Borcu”	81
d. Tarafların Yüklenecekleri Masraflar.....	85
e. Sözleşmenin Feshi ve Yeniden Müzakere Edilmesi	86
i. Yeniden Müzakere Etme ya da Fesih.....	87
ii. Sözleşmenin Yeniden Müzakere Edilmesi.....	87
iii. Sözleşmenin Yeniden Müzakere Edilmesine İlişkin Düzenlenmeler	88
iv. Sözleşmenin Feshi.....	92
f. Sözleşmenin Sona Ermesi.....	94
i. Borçlunun Yükümlülükten Kurtulması	94

ii. Sözleşmenin Sona Ermesinin Nev'i (Cins) Borcuna ve Para Borcuna Etkisi.....	96
iii. Sözleşme ile Kurulan İlişkinin Tasfiyesi	97
C. Uluslararası Ticaret Hukukunda Mücbir Sebep İlişkin Hukuki Düzenlemeler...	98
1. 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) 79. Maddesi ve Mücbir Sebep.....	98
2. UPICC ve Mücbir Sebep	104
II. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Kızları.....	106
A. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship ve İlişkili Kavramlar.....	106
1. Uluslararası Ticari Sözleşmeler ve Koşulların Değişmesi	106
2. Hardship ve Aşırı İfa Güçlüğü Terimlerinin Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Kullanılması.....	107
3. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship.....	109
a. Sözleşme-Kanun ve Sözleşmeye Bağlılık (Ahde Vefa) İlkesi ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship	111
b. Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanmasına İmkân Tanımayan Teoriler	112
i. Fransız Hukukundaki Emprevizyon Teorisi	112
ii. İngiliz Hukukundaki Frustration Teorisi ve Amerikan Hukukundaki Impracticability Teorisi	113
c. Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanmasına İmkân Tanıyan Teoriler	115
i. Roma Hukukundaki Clausula Rebus Sic Stantibus Teorisi	115
ii. Alman Hukukundaki İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi	116
iii. Türk Hukukundaki Dürüstlük Kuralı Yaklaşımı	116
4. Lex Mercatoria ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Kızları.....	118
5. Spekülatif ve Riskli Sözleşmelerde Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship	123
6. Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Kızlarının Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Kullanılan Diğer Uyarlama Kızları ile Karşılaştırılması	125
a. Otomatik Uyarlama Kızları	125

b. Sözleşmenin Yeniden Müzakere Edilmesini Öngören Uyarlama Klostları.....	127
B. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Kullanılan Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klostunun Analitik Olarak İncelenmesi.....	128
1. Genel Olarak Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klostları.....	128
2. Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klostunun Uygulanacağı Durumun Tanımlanması, Unsurları ve Durumun Meydana Getirdiği Sonuçlar.....	131
a. Sözleşmenin İçinde Bulunduğu Koşulların Değişmesi.....	131
b. Öngörülmezlik.....	133
c. Koşullarda Değişikliğin Sözleşmenin Uyarlanmasını İsteyen Tarafın Denetimi Dışında Gerçekleşmesi (Dışsalılık Unsuru)	137
d. Makul Ölçü Kriteri ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Unsurlarının Esnetilmesi.....	139
e. Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Durumunun Gerçekleşme Zamanı	141
f. Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Durumunun Meydana Getirdiği Sonuçlar.....	143
i. Sözleşmedeki Ekonomik Dengenin Bozulması	143
ii. İfanın Aşırı Derecede Külfetli Hale Gelmesi ve Zarar Sonucu	145
g. Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klostlarında Değişen Koşulların Düzenlenmesi.....	148
i. Genel Düzenlemeler	150
ii. Spesifik Düzenlemeler	150
iii. Genel ve Spesifik Koşulların Birlikte Kullanılması	152
h. Hariç Tutulan Koşullar ve Sözleşme Taraflarının Değişen Koşulların Riskini Üstlenmeleri	157
3. Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klostunun Tabî Olduğu Rejim ve Uygulama Usulü.....	158
a. Bildirim Yükümlülüğü	158
b. Sözleşmenin Yeniden Müzakere Edilmesi.....	160
i. Sözleşmenin Yeniden Müzakere Edilmesinin Hukuki Niteliği	164
ii. Sözleşmeyi Yeniden Müzakere Yükümlülüğüne Aykırı Davranılması ve Sonuçları.....	167
c. Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Durumunun Gerçekleştiğinin Saptanması.....	169
d. Müzakerelerin Düzenlenmesi.....	171

e. Müzakerelerin Neticelenmesi ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klotlarında Öngörülen Çözümler.....	175
i. Müzakerelerin Başarı ile Sonuçlanması ve Sözleşmenin Bizzat Taraflarca Uyarlanması.....	175
ii. Müzakerelerin Başarısızlıkla Sonuçlanması	177
1) Sözleşmenin İfasına Aynen Devam Edilmesi	178
2) Sözleşmenin Feshi	179
3) Üçüncü Şahısların Müdahalesi	183
a) Üçüncü Şahısların Müdahalesinin Temel Şartı: Müdahalenin Taraflarca Kararlaştırılması	183
b) Üçüncü Şahısların Statüsünün Hukuki Niteliği	184
i) Uzlaştırıcı (Arabulucu)	185
ii) Hakem-bilirkişi	187
iii) Dostane Arabulucu	190
iv) Hâkim ve Devlet Mahkemesi.....	190
v) Hakem ve Tahkim Mahkemesi	192
(1) Tahkim Hakemleri ve Sözleşmeyi Uyarlama Yetkisi.....	192
(2) Müzakerelerin Başarısızlıkla Sonuçlanması ve Sözleşmenin Hakemlerce Uyarlanması.....	200
C. Uluslararası Ticaret Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Durumuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler.....	204
1. 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) 79. Maddesi ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship.....	204
2. UPICC ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship.....	207
III. Mücbir Sebep Klotları ile Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klotlarının Birbirleriyle Olan Etkileşimi	210
Sonuç.....	219
Bibliyografya.....	238
Ekler	255

KISALTMALAR

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.y.	: Yazara ait son zikredilen yer
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK	: Borçlar Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz.	: Bakınız
Yuk.	: Yukarıda
C.	: Cilt
CC.	: Code Civile Suisse
CO.	: Code des Obligations Suisse
CISG	: Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Çev.	: Çeviren
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
Et seq.	: Et Sequens
FEDUCI	: Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International
FIDIC	: Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Center for Settlement of Investment Disputes
K.	: Karar

k.g.	: Karşı görüş
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
No.	: Number
ORGALIME	: Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes
p.	: Page
pp.	: Pages
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TMO	: Toprak Mahsulleri Ofisi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCC	: Uniform Commercial Code
UPICC	: Unidroit Principles of International Commercial Contracts
v.	: Versus
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg.	: Yargıtay
YB. Comm. Arb.	: Yearbook of Commercial Arbitration

GİRİŞ

Ülkelerin kendi iç pazarlarında kurulan sözleşmeler, hem ekonomik hem de hukuki açıdan homojen koşullarda kurulurken, farklı coğrafyalardan tacirler arasında kurulan uluslararası ticari sözleşmeler, hem ekonomik hem de hukuki açıdan farklı sistemleri karşı karşıya getirmektedirler. Uluslararası ticari sözleşmelerin tarafları bu sözleşmeleri kurarken, sadece tek bir ülkenin siyasi, ekonomik ve hukuki koşullarını değil, sözleşme ile ilişkili tüm ülkelerin bu sayılan koşullarını göz önünde bulundurmak zorundadırlar. Bununla birlikte sözleşmenin kurulduğu sektörün yapısı da sözleşmenin içeriğini büyük ölçüde etkileyecektir. Taraflar karşılıklı taahhütler arasındaki dengeyi kurarken, bütün bu koşulların getireceği riskleri de göz önünde bulundurmak ve bu risklere karşı sözleşmelerinde önlem almak zorundadırlar.

Günümüzde yaşanan büyük doğal afetler ve geniş çaplı çevre felaketleri, savaşlar, iç karışıklıklar ve terör olayları, toplu grevler ve küresel mali krizler dünyanın her yerinde her an yaşanmakta ve uluslararası ticari ilişkileri önemli ölçüde etkilemektedirler. Bu olaylar uluslararası ticari sözleşmelerin hazırlanması aşamasında taraflarca değerlendirilmekte ve bu olayların getirdiği risklerin nasıl paylaşılacağı da sözleşmenin bir parçası haline gelmektedir. Sözleşmelerinde kararlaştırdıkları bir takım klozlarla taraflar, ticari ilişkilerinin geleceğini tehdit eden bu olaylara karşı önlem almakta ve sayılan olaylardan ötürü gelecekte çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçmeyi hedeflemektedirler. Kararlaştırılan bu klozlar uyuşmazlıkları tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte asgariye indirmekte ve bu sayede meydana gelen uyuşmazlıkların en kısa sürede, en az maliyetle ve en seri şekilde çözülmesi sağlanmaktadır¹.

Devletler özel hukukunun araştırma alanına giren uluslararası ticari sözleşmelerde yaşanan gelişmeler incelendiğinde, geçmişte sözleşmelerde “sözleşmeye uygulanacak hukuk” ve “yetkili mahkeme” meselelerine ağırlık verilirken, günümüzde sözleşmelerde yer alan klozların önem kazandığı görülmektedir. Uluslararası ticarete taraflar artık yaptıkları hukuk seçimi ile ulusal hukuk düzenlerine bağımlı kalmayıp, sözleşme ilişkilerinde hâkim olacak hükümleri

¹ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.7-8 [Akitlerin Hazırlanması].

kendileri yaratarak, kendi ticari ilişkilerine özgü bir hukuk düzeni kurmaktadırlar². Sözleşmelerde kararlaştırılan bu klotlarla, hem tarafların aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmekte hem de mevcut ticari ilişki belirli bir hukuki çerçeveye oturtulmaktadır.

Uluslararası ticari sözleşmeler genellikle düzenledikleri ticari faaliyetin karmaşık yapısı ve süresi bakımından oldukça hassas hazırlanmış klotlar içermektedirler. Çalışmamızda bu sözleşmelerde bulunan mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klotları ele alınmıştır. Bu klotlar sözleşme taraflarının ticari faaliyetlerini etkileyebilecek doğal afetlere, savaşırlara, grevlere, teknik sorunlara, devlet müdahalelerine ve ekonomik krizlere karşı ticari ilişkiyi güvence altına almak ve sözleşmeye uygulanacak hukukta mevcut olan hukuki çözümlere nazaran tarafların arasındaki ilişkiye en uygun çözümü sunmak amacıyla kararlaştırılmaktadır. Günümüzde satım sözleşmelerinden hizmet ve danışmanlık sözleşmelerine; deniz, hava ve kara taşıma sözleşmelerinden hammadde tedarikine ilişkin sözleşmelere; petrol, doğalgaz, kömür ve diğer madenlerin arama ve üretim paylaşımı sözleşmelerinden bu konularda yapılacak imtiyaz sözleşmelerine; ortak girişim sözleşmelerinden büyük çaplı inşaat ve anahtar teslim sözleşmeleri ile büyük projelerin finansmanı, inşaatı, işletilmesi ve devrine ilişkin sözleşmelere; lisans, distribütörlük ve know-how sözleşmelerinden kredi sözleşmelerine kadar geniş bir yelpazede bu klotların kullanıldığı görülmektedir. Çalışmamızın ana hedefi uluslararası ticari sözleşmelerde mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının sözleşme taraflarına getirdiği katkıyı ortaya koymak ve uluslararası tacirlerin yarattığı bu hukuki korumayı analitik olarak incelemektir. Bu doğrultuda anılan sektörlerde daha evvel kullanılmış olan ve çeşitli uluslararası yayınlarda daha evvel yayınlanmış olan mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarından yararlanılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan mücbir sebep klotları ele alınmıştır. İlk bölümde bu klotların temelinde yer alan mücbir sebep kavramının terimsel kullanımı ve sözleşmeye uygulanacak hukuk ile ilişkisi

² Les Clauses d'Adaptation Economique et Monétaire dans les Contrats Privés Internationaux, Etude de Droit Français avec Référence aux Droits Algériens et Suisse, Mohammed Boughaba, Thèse de Doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'université de Lausanne, Huber Druck AG, 1984, s.27.

bakımından Fransız, Alman, Anglo-Amerikan ve Türk hukukundaki mücbir sebep kavramı incelenmiştir. Ayrıca uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan mücbir sebep klotlarının uluslararası ticari teamüller ve kurallar bütününe oluşturan *Lex Mercatoria* içindeki yerine de çalışmamızın bu bölümünde yer verilmiştir. Mücbir sebep klotlarına ilişkin ikinci bölümde ise klotların yapısı analitik olarak incelenmiştir. Çalışmamızda esas alınan mücbir sebep klotu, sözleşmeye özgü bir mücbir sebep tanımı içeren ve bu tanımı örnek olaylar listesi ile destekleyen düzenlemelerdir. Klotun bu ilk safhasını oluşturan tanım ve listelerde yer alan olay kategorileri incelendikten sonra, bu tanım ve listelerin birlikte oluşturdıkları mücbir sebep varsayımına uygulanacak hukuki rejimi düzenleyen klotun ikinci safhası ele alınmıştır. Tarafların bu aşamadaki yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerle aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar, bildirim ve gerekçelendirme usulleri, mücbir sebebin edimler ve sözleşme üzerindeki etkisi (askıya alma, sözleşme süresinin uzatılması, fesih, sözleşmenin yeniden müzakeresi vs.) bu alt bölümde açıklanmıştır. Mücbir sebep klotuna ilişkin üçüncü alt bölümde, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) 79. maddesi ile Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin Unidroit Prensipleri'nin (UPICC) mücbir sebebe ilişkin 7.1.7 maddesi ve bu maddelerin uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klotları ile ilişkisi incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci ana başlığını oluşturan uluslararası ticari sözleşmelerdeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotları da mücbir sebep klotlarına paralel bir incelemeye tabî tutulmuştur. Bu bölümde öncelikle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının uluslararası ticaret hukukundaki yeri ile *hardship* ve yeni Borçlar Kanunu Tasarısı ile hukukumuzda giren *aşırı ifa güçlüğü* terimlerinin sözleşme klotlarında kullanılması ele alınmıştır. Bu terimlerin karşıladığı sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kavramının sözleşmeye uygulanacak hukuk ile olan ilişkisi, Fransız, Alman, Anglo-Amerikan ve Türk hukukunda bu kavramı karşılayan teoriler incelenerek çalışmamızda sunulmuştur. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının diğer uyarlama klotlarından ayrıldığı noktalar, *Lex Mercatoria* içindeki yeri ve spekülative ve riskli sözleşmeler açısından kullanımı da yine bu bölüm içinde değerlendirilmiştir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarına ilişkin ikinci bölümde ise klotların yapısı analitik olarak incelenmiştir. Mücbir sebep klotlarına benzer bir yapıya sahip olan

aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun öncelikle uygulanacağı durum ve bu durumun yarattığı sonuçlara ilişkin düzenlenmeler de bu aşamada değerlendirilmiştir. Bu ilk safhadan sonra klotun ikinci safhasında yer alan aşırı ifa güçlüğü/hardship varsayımının gerçekleşmesi halinde uygulanacak hukuki rejime ilişkin düzenlemeler ele alınmıştır. Bu bölümde tarafların bildirim yükümlülüğü, aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun saptanması ve sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi incelenmiştir. Sözleşmenin taraflarca yeniden müzakere edilmesinin hukuki niteliği, bu yükümlülüğe aykırılıklar ve müzakerelerin sonuçsuz kalması halinde tarafların başvurabilecekleri çözüm yolları da (sözleşmenin aynı koşullarla devam etmesi, fesih ve üçüncü şahıslara başvurulması gibi) yine bu bölüm kapsamında ele alınmıştır. Aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun CISG m.79 ilişkisi ve UPICC’de nasıl düzenlenmiş olduğu da bu bölümün sonunda işlenmiştir. Çalışmamızın son bölümünde de uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının birbirlerinden ayrıldıkları noktalar ve birbirleri ile olan etkileşimleri incelenmiştir.

I. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE MÜCBİR SEBEP KLOZLARI

A. ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNDA MÜCBİR SEBEP VE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

1. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞME KAVRAMI VE MÜCBİR SEBEP

Günümüzde gittikçe gelişen uluslararası ticaretin temelinde tacirlerin birbirleriyle kurmuş oldukları ticari sözleşmeler bulunmaktadır. Bir ticari sözleşmenin uluslararası niteliğinin nasıl tespit edilmesi gerektiği hem yargı kararlarına hem de doktrinde çeşitli araştırmalara konu olmuştur. Bu hususta Fransız Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda bu sözleşmelerin karakteristik özelliğinin uluslararası ticaretin yarar sahasına girmesi olduğu ifade edilmiştir³. Doktrinde farklı hukuk sistemlerini (tarafların vatandaşlıkları, mutlak meskenleri, yerleşim yerleri, statülerindeki faaliyet merkezleri vb. farklı bağlama noktaları ile) veya coğrafi olarak farklı ülkeler arasındaki hizmet ve mal alışverişini kapsayan sözleşmelerin bu kapsamda olduğu belirtilmiştir⁴. Bu bakımdan bir sözleşmenin uluslararası nitelikte olması için mutlaka yabancılik unsuru içermesi gerekli değildir⁵.

Uluslararası sözleşmeler arasında üçlü bir ayırım yapılabilir. Birinci grup sözleşmeleri devletler, uluslararası örgütler veya diğer uluslararası hukuk şahısları (uluslararası örgütler gibi) arasında yapılan sözleşmeler oluşturmaktadır. İkinci

³ Cassation Civile 27 Janvier 1931, s.1933. 1. 41. (Aktaran, Cemal Şanlı, **Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1986, Ankara, s.31), [**Esasa Uygulanacak Hukuk**].

⁴ Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK.) m.2/4 fıkrasında “tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi” ifadesi kullanılmıştır. Bu madde uyarınca, bir sözleşmede sınırları aşan herhangi bir mal veya para transferi söz konusu ise sözleşmenin yabancı unsurlu olduğu kabul edilecektir. Bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.66, [**Milletlerarası Tahkim**].

⁵ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.33; Şanlı, **Akitlerin Hazırlanması**, s.5–6; Ceyda Süral, **Uluslararası Ticari Sözleşmeler Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s.8–9.

grupta bir devlet ile bu devletin egemenlik sahasında ona yatırım yapan yabancı özel hukuk gerçek veya tüzel kişinin bulunduğu yatırım sözleşmeleri yer almaktadır. Üçüncü grupta da malların, paranın, ürünlerin bir ülkeden diğer bir ülkeye akışını içeren, aralarında yabancılık unsuru bulunan veya bulunmayan iki veya daha fazla özel hukuk gerçek veya tüzel kişinin kurduğu uluslararası ticari sözleşmeler bulunmaktadır⁶. Çalışmamız boyunca uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarı incelenirken, ikinci grupta ifade ettiğimiz uluslararası yatırım sözleşmelerindeki mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarı da incelenecektir.

2. *FORCE MAJEURE* VE MÜCBİR SEBEP TERİMLERİNİN ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE KULLANILMASI

Mücbir sebep kavramı Fransızcadaki “*force majeure*” kavramından dilimize geçmiştir⁷. Bu kavram kaynağını Roma Hukuku’ndaki “*Vis Maior*” kavramından almaktadır. Roma hukukuna göre sözleşme taraflarının kontrolü dışında, öngörülemeyen, karşı konulamayan ve sözleşmenin ifasını tamamen imkânsız kılan bir olaya *vis maior* denilmektedir⁸. Kaynağını bu kavramdan alan *force majeure*, halen Romanist hukuklarda (örneğin Fransız hukukunda) varlığını aynı terim altında devam ettirmektedir. Benzer şekilde Alman, İtalyan, İsviçre ve Türk hukukunda kaçınılması veya bertaraf edilmesi objektif bakımdan imkânsız bulunan, öngörülemeyen, borçluya isnat edilemeyen ve sözleşmenin ifasını imkânsız (ifa

⁶ M. Michel Verwilgen, “Les Effets des Dépréciations Monétaires sur les Rapports Contractuels dans l’ordre Juridique International en Droit Belge”, *Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels, Journées d’Istanbul*, Travaux de l’Association Henri Capitant, Faculté de Droit Istanbul, 1973, Istanbul, s.92–93.

⁷ Mücbir sebep (Almanca höhere Gewalt, Fransızca force majeure, İngilizce vis major, force-majeur, superior power, Latince vis maior), önceden nazara alınmasına ve bunun neticesi olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan ve harici bir tesirden ileri gelen hadisedir. Bu hadise tabii bir kuvvetten (fırtına, zelzele su basması gibi) veya üçüncü bir şahsın fiilinden (haksız fiillerde olduğu gibi), yahut resmi bir memnuiyetten ileri gelebilir. Böyle hallerde borçlu borcundan kurtulur (BK.117 f.1). Bkz. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı*, Başbakanlık Basımevi, 4. Baskı, 1991, Ankara, s.251, [Türk Hukuk Lügatı].

⁸ Ugo Draetta, Ralph Lake, *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, FEDUCI/FEC, Paris, 1996, s.92; Ugo Draetta, “Force Majeure Clauses in International Trade Practice – La Force Majeure dans la Pratique du Commerce International”, *International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*, No.5, 1996, s.548, [International Trade Practice].

imkânsızlığı/kusursuz imkânsızlık) kılan olaylara mücbir sebep denilmektedir⁹. İngiliz hukukunda bu kavram “*frustration*” ve Amerikan hukukunda “*impracticability*” teorisi kapsamında ele alınmaktadır¹⁰.

Doktrinde uluslararası ticari sözleşmelerde sözleşmenin dili ne olursa olsun, terminolojik olarak “*force majeure*” teriminin kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmıştır¹¹. Bu ifadeyi karşılayan bir terim sözleşmenin yazıldığı dilde mevcut ise, bu karşılayan terimin kullanılması sözleşmeye uygulanacak hukukla birlikte klozu yorumlayacak kişiler bakımından büyük kolaylık sağlayacaktır. Bununla birlikte genellikle uluslararası ticari sözleşmelerde taraflar mücbir sebebin tanımını ve unsurlarını kendileri belirlediklerinden, Fransız hukukundaki “*force majeure*” terimi klotda kullanılsa dahi, bu terimin içeriği Fransız hukukundakinden farklı olacaktır.

Son yıllarda yapılan uluslararası ticari sözleşmelerde¹² ve düzenlemelerde “*force majeure*” teriminin oldukça kabul gördüğü gözlemlenmiştir¹³. Unidroit Prensiplerinin (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts/UPICC*) hem İngilizce hem de Fransızca metinlerinde doğrudan “*force majeure*” terimi kullanılmaktadır¹⁴. Bununla birlikte sözleşmeye uygulanacak hukukun İngiliz

⁹ Philippe Kahn, “Force Majeure et Contrats de Longue Durée”, *Journal du Droit International*, Mélanges Friedmann, Clunet, No.3, 1975, s.468–469; Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.38.

¹⁰ İngiliz ve Amerikan hukukundaki geleneksel yaklaşıma göre, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ve sözleşmenin ifasını imkânsız kılan olaylar, sözleşmede aksine bir kayıt bulunmadıkça, borçluyu yükümlülüklerinden kurtarmaz. Bu teoriler daha geniş kapsamda olsalar da Kıta Avrupası hukukundaki mücbir sebep teorilerine kıyasla daha dar yorumlanmaktadır. Zira meydana gelen olaylara rağmen yükümlülüğün ifası teknik olarak mümkünse, bu teoriler uygulanamamaktadır. Bkz. Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.93.

¹¹ Marcel Fontaine, Filip de Ly, *Droit des Contrats Internationaux, Analyse et Rédaction de Clauses*, FEDUCI/FEC, Deuxième Edition, Paris, 2003, s.485.

¹² Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.36; Sözleşmeye uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olarak belirlendiği durumlarda dahi sözleşmede “*force majeure*” terimi kullanılmaktadır. Bu durum uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasının Fransız “*force majeure*” kavramından önemli ölçüde etkilendiğini göstermektedir. Bkz. Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.485; Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.97.

¹³ Hubert Konarski, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice – Les Clauses de Force Majeure et de Hardship dans la Pratique Contractuelle Internationale”, *International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*, No.4, 2003, s.406; Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2009, s.4.

¹⁴ UPICC’nin Fransızca sürümü için bkz. (çevrimiçi) <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004f.pdf>, 25.05.2010; İngilizce sürümü için bkz. (çevrimiçi) <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004e.pdf>, 25.05.2010; İtalyanca sürümde “*forza maggiore*”, İspanyolca

hukuku ve Amerikan hukuku olarak belirlendiği çoğu sözleşmede de “*force majeure*” teriminin oldukça sık kullanıldığı gözlemlenmektedir¹⁵. Sözleşme dilinin Türkçe olduğu veya sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak seçildiği sözleşmelerde ise bu terimin tam karşılığı olan “*mücbir sebep*” teriminin kullanılması yerinde olacaktır¹⁶. Çalışmamızda da “*force majeure clause*” ifadesi yerine, “*mücbir sebep klozu*” ifadesi kullanılmıştır.

3. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK VE MÜCBİR SEBEP KAVRAMI

Ulusal hukuk düzenlerinde mücbir sebep meselesine klasik olarak kısa süreli ve ani edimli satım sözleşmelerindeki ifa imkânsızlığı çerçevesinden yaklaşmıştır¹⁷. Bununla birlikte uluslararası ticari sözleşmeler genellikle uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerden oluşmaktadır¹⁸. Mahalli ve uluslararası sözleşmeler arasındaki bu fark mücbir sebep hususunda uluslararası ticaret hukukunda farklı çözümlerin geliştirilmesine yol açmış ve bu bağlamda mücbir sebep klozları uluslararası ticari sözleşmelerde yer almaya başlamıştır. Mücbir sebep klozları aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun uluslararası ticari

sürümde “*fuerza mayor*”, Portekizce sürümde “*força maior*”, Rusça sürümde “*Nepreodolimaia Sila*” ve Almanca sürümde “*Höhere Gewalt*” terimleri kullanılmıştır. Bkz. Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.485.

¹⁵ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.97; Draetta, *International Trade Practice*, s.550; Barry Nicholas, “*Force Majeure in French Law*”, *Force Majeure and Frustration of Contract*, Ed. Ewan McKendrick, Second Edition, Lloyd’s of London Press Ltd., 1995, s.21; “*Force majeure*” terimi uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında oldukça sık kullanılan bir terimdir. Sözleşmede açık bir hukuk seçiminin yapılmadığı ve klotda bu terimin kullanılmış olması tek başına zımnen Fransız hukukunun seçildiğini göstermez. Bu bakımdan somut olayda sözleşmedeki diğer unsurlara bakılarak karar verilmesi yerinde olacaktır. Bkz. Şanlı, *Esas Uygulanacak Hukuk*, s.181.

¹⁶ Yarg. 11. HD. E.1997/5604, K.1997/7766, T.04.11.1997, Yarg. 11. HD. E.2005/12320, K.2007/3627, T.27.02.2007 ve Yarg. 19. HD. E.2002/10423, K.2003/7437, T.04.07.2003 sayılı kararlarında mücbir sebep yerine *fors majör* terimini kullanmayı tercih etmiştir. **Bu sebeple sözleşme dilinin Türkçe kararlaştırıldığı hallerde “mücbir sebep klozu” ifadesi yerine “fors majör klozu” ifadesi de kullanılabilir.** Bkz. Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010.

¹⁷ Draetta, *International Trade Practice*, s.547.

¹⁸ Uluslararası ticari sözleşmelerin önemli bir bölümünü oluşturan üretim ve tedarik (satım) sözleşmeleri en az iki yıl için kurulmakta olup, bu süre on beş ilâ yirmi yıla uzayabilmektedir. Yabancı yatırımcıların taraf oldukları imtiyaz sözleşmeleri de altmış ilâ doksan dokuz yıl arasında değişen sürelerde kurulmaktadır. Bkz. Kahn, *a.g.m.*, s.467–468; Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.16; Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.480; Boughaba, *a.g.e.*, s.209; Şanlı, *Esas Uygulanacak Hukuk*, s.36; Bir borç ilişkisinin “sürekli borç ilişkisi” olarak nitelendirilebilmesi için edim sonucunun yani alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesinin zaman içinde bir süre kapsayıp kapsamadığına bakılması gerekir. Bkz. Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s.7.

sözleşmelerin önemli bir kısmında yer almaktadır¹⁹. Bununla birlikte bir mücbir sebep klozu kaleme alınırken, gerek hukuk seçimi klozları ile açıkça seçilen ülke hukukunun²⁰, gerekse de böyle bir açık hukuk seçimi olmaması halinde milletlerarası özel hukuktaki kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacağı taraflarca daima dikkate alınmalıdır²¹. Seçilen hukukta mücbir sebebe ilişkin bir teori mevcutsa, bu durumda mücbir sebep klozları sadece uygulanacak hukukta mevcut olan teoriden ayrıldıkları ölçüde önem kazanacaklardır. Standart, genel kapsamlı bir mücbir sebep klozunun seçilen hukukta mevcut tanımları tekrarlaması halinde mücbir sebep klozunun sözleşme taraflarına herhangi bir faydası olmayacaktır²². Mücbir sebep hususunda sözleşmeye uygulanacak hukukta özel bir düzenleme getirilmemişse, bu durumda taraflarca geliştirilecek detaylı bir mücbir sebep klozu muhakkak sözleşmeye eklenmelidir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun mücbir sebep kavramını tanımaması veya kabul etmemesi durumunda taraflar, mücbir sebep klozlarını kullanarak dolaşmak istedikleri kanunların sözleşme serbestisini sınırlayan kamu düzenine ilişkin hükümler içerip içermediğini gözetmek zorundadırlar. Bununla birlikte tüm büyük hukuk düzenlerinde mücbir sebep kavramının tanındığı ve özellikle Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukunda, imkânsızlık hallerini düzenleyen hükümlerin sadece yardımcı hükümler olduğu doktrinde ifade edilmiştir²³.

¹⁹ Konarski, a.g.m., s.407; Draetta, *International Trade Practice*, s.550.

²⁰ MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesinin 2004 ve 2005 yıllarına ait istatistiklerinde mahkemeye yapılan başvuruların %80'inde tarafların uyuşmazlıklarına uygulanacak maddi hukuku seçtikleri görülmektedir. Bu istatistikler uyarınca en çok seçilen hukukların sırasıyla İsviçre, İngiliz, Fransız, Alman, Amerikan (Özellikle New York Eyaleti) ve İspanyol hukukları olduğu kaydedilmiştir. Bkz. Brunner, a.g.e., s.17.

²¹ Konarski a.g.m., s.407, Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.41–55, Joern Rimke, "Force Majeure and hardship: Application in International Trade Practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer (1999–2000), (çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 25.05.2010, s.202; Mahmoud Reza Firoozmand, "Force Majeure Clause in Long-Term Petroleum Contracts: Key Issues in Drafting", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 24, No.3, 2006, s.424.

²² P.J.M. Declercq, "Modern Analysis of the Legal Effect of Force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability", *Journal of Law and Commerce*, Vol.15, 1995–1996, s.218.

²³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.472–474; Firoozmand, a.g.e., s.428; A.H. Puelinckx, "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, A Comparative study in English, French, German and Japanese Law", *Journal of International Arbitration*, Vol.3, No.2, 1986, (çevrimiçi) <http://www.trans-lex.org/128100>, 14.04.2010, s.56; Türk hukuku bakımından bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, Yeniletilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977,

Ulusal hukuk düzenlerinde mücbir sebep kavramını karşılamak için kullanılan terimler birbirinden farklı olsalar da, bu terimlere yüklenen anlam ve içeriğini oluşturan unsurlar birbirine oldukça yakın ve benzerdir²⁴. Uluslararası ticari sözleşmelerdeki “*mücbir sebep*” kavramının daha rahat anlaşılması ve hukuk seçiminin mücbir sebep klotlarına etkisi bakımından farklı ulusal hukuk düzenlerindeki *force majeure*, *Unmöglichkeit*, *frustration*, *impracticability* ve *mücbir sebep* kavramlarının kısaca açıklanması faydalı olacaktır²⁵.

a. FRANSIZ HUKUKUNDAKİ İMKÂNSIZLIK VE FORCE MAJEURE KAVRAMI

Fransız hukukunda da diğer Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde olduğu gibi imkânsızlığın borç doğurmayacağı ilkesi (“*Impossibilium nulla obligatio est*”) kabul edilmiştir²⁶. Fransız hukukundaki mücbir sebep kavramı imkânsızlık teorisi içinde incelenmektedir. Mücbir sebep teriminin Fransız hukukundaki karşılığı olan “*force majeure*” kavramı kaynağını Roma hukukundaki “*vis maior*” kavramından almaktadır²⁷. Fransız Medeni Kanunu’nun 1147. ve 1148. maddelerinde borcun ifa edilmemesinden dolayı borçlunun zararı tazmin etmekten hangi hallerde sorumlu olmayacağı belirtilmiştir²⁸. Her iki maddede özetle bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için olayın kaçınılmaz/karşı konulamaz olması, öngörülemez olması, borçlunun iradesi dışında gerçekleşmesi ve ifayı daha güç veya külfetli değil, imkânsız kılması aranmaktadır²⁹. Kaçınılmazlık/karşı konulmazlık hem olay hem de olayın sonuçları bakımından geçerlidir. Elbette bu kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsuru objektif koşullarda makul bir insanın engeli aşmak ve buna karşı koymak için

s.228, [Cilt II]; İsviçre hukuku bakımından da bir engel olmadığı hususunda bkz. Pascal Pichonnaz, *Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l’exécution des obligations en Droit suisse (art.119 CO et 79 CVIM)*, Thèse, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1997, s.219.

²⁴ Rimke, a.g.m., s.199.

²⁵ Puelinckx, a.g.m., s.47.

²⁶ Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK. 117)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.1.

²⁷ Nicholas, a.g.m., s.21

²⁸ Firoozmand, a.g.m., s.425; (çevrimiçi) <http://admi.net/code/CCIVILL0-1147.html>, <http://admi.net/code/CCIVILL0-1148.html>, 13.04.2010.

²⁹ Puelinckx, a.g.m., s.56; Firoozmand, a.g.m., s.425; Paul-Henri Antonmattei, *Contribution à l’Etude de la Force Majeure*, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 220, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, s.43-45; Frédéric Rouvière, *Le contenu du contrat: Essai sur la notion d’inexécution*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2005, s.292.

göstereceği gayretle ölçülecektir. Bu bağlamda öngörülmezlik unsuru da sözleşmenin kurulduğu zaman ve koşullarda makul bir insanın öngörebileceği olayları kapsamaktadır³⁰. Borçlunun dışında bir olaydan kaynaklanması da olayın kendi içinde kaçınılmaz/karşı konulmaz ve öngörülemez olmasından ötürü zararı meydana getirmiş olması ve borçlunun bu olayın meydana gelmesinde herhangi bir kusuru (veya daha geniş anlamda sorumlu tutulamaması) olmamasıdır³¹. Son olarak da borcun ifasının imkânsız hale gelmiş olması gerekir. Fransız hukukunda mücbir sebebin meydana gelmesi durumunda ortaya çıkan imkânsızlık haline göre mevcut çözümler değişmektedir: Geçici imkânsızlık halinde sözleşme sona ermeyecek (dolayısıyla borçlu borcundan kurtulmayacak) ve mahkemece sözleşmenin mücbir sebep süresince askıya alınmasına karar verilecektir³². Bununla birlikte sürekli edimli sözleşmeler için kısmi imkânsızlık halinde sözleşmenin ifa edilmeyen kısmı için sözleşmenin feshine de karar verilebilir³³. Tam ve devamlı imkânsızlığın olması halinde de borç ilişkisi tamamen sona erecek, borçlu borcundan kurtulacak ve meydana gelen herhangi bir zarar ve ziyandan dolayı sorumlu olmayacaktır³⁴.

b. ALMAN HUKUKUNDA İMKÂNSIZLIK (UNMÖGLICHKEIT) VE MÜCBİR SEBEP

Alman hukukunda özel olarak bir mücbir sebep teorisi geliştirilmemiş, bunun yerine mücbir sebep kavramı borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık kapsamında ele alınmıştır³⁵. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) imkânsızlık § 275'de düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında gerçek imkânsızlık (*Unmöglichkeit*) kapsamında, objektif ve sübjektif, başlangıçtaki ve sonraki, borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı imkânsızlık düzenlenmiştir³⁶. Bu fıkra da borçlunun kusurlu olup

³⁰ David Rivkin, "Lex Mercatoria and Force Majeure", *Transnational Rules in International Commercial Contracts*, Ed. Emmanuel Gaillard, International Chamber of Commerce, Publication No.480/4, Paris, 1993, s.176-177.

³¹ Rouvière, a.e., s.295-299.

³² Antonmattei, a.g.e., s.207.

³³ Antonmattei, a.e., s.233.

³⁴ Nicholas, a.g.m., s.24-25; Antonmattei a.g.e., s.166 vd.

³⁵ Puelinckx, a.g.m., s.60; Rimke, a.g.m., s.207-208; Antonmattei, a.g.e., s.88.

³⁶ Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, "Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığı Düzenlenişi", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57, S.3, (çevrimiçi) <http://auh.f.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-topuz-canbolat.pdf>, 13.04.2010, s.689-690; Brunner, a.g.e., s.82.

olmamasına göre bir ayırım yapılmamaktadır. Önceki ve sonraki imkânsızlık ayrımları da ortadan kaldırılarak, önceki imkânsızlığın var olduğu durumlarda dahi sözleşmenin geçerli olacağı kabul edilmiştir³⁷. Bu fıkra bağlamında ifanın aşırı güçleşmesi yeterli görülmemekte, borcun objektif ve teorik olarak dahi gerçekleştirilemeyecek şekilde imkânsız olması aranmaktadır³⁸. Maddenin ikinci fıkrasında ise fiili (veya pratik) imkânsızlık durumları düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca borç ilişkisinin içeriği ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında³⁹, borçlunun edimini ifa ederken yapacağı masrafların, alacaklının edimin ifa edilmesindeki menfaatine kıyasla büyük orantısızlık oluşturması durumunda borçlunun edimini ifa etmekten kaçınabileceği düzenlemiştir⁴⁰. Öte yandan ekonomik imkânsızlık oluşturan durumlar bu madde kapsamında değil, aşağıda aşırı ifa güçlüğü/hardship bahsinde açıklanacağı üzere § 313 “İşlem Temelinin Çökmesi” paragrafında düzenlenmiştir⁴¹. Bu fıkra bağlamında imkânsızlık halinde alacaklının hakları BGB § 280, 283 ilâ 285, 311(a) ve 326 paragraflarında düzenlenmiştir⁴². Bu düzenleme CISG’de mevcut olan düzenlemeye paralel bir düzenlemedir. Zira imkânsızlığa

³⁷ Basil S. Markensinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, **The German Law of Contract, A Comparative Treatise**, Second Edition, Hart Publishing, 2006, s.409.

³⁸ Topuz/Canbolat, **a.g.m.**, s.700.

³⁹ Dürüstlük kuralı Roma hukukunda tamamlayıcı ve düzeltici (“*aequitas*”) ve borçlunun yükümlülüğünü belirleyici (“*bonafides*”) olarak kullanılmıştır. Bugün kullandığımız anlamda dürüstlük kuralı Alman Pandekt hukukçuları tarafından geliştirilmiştir. Bununla birlikte Anglo-Amerikan ve Fransız hukukunda *bonafides* kavramı hem dürüstlük kuralını hem de iyi niyeti ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz. Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.1; Uluslararası ticari sözleşmelerde “iyi niyet” ve “dürüstlük kuralı” kavramları, iyi niyet çatısı altında ifade edilmektedir. Bu iki kavram uluslararası ticari sözleşmelerde aynı yükümlülüğü ifade ettiklerinden, herhangi bir karışıklığa yol açmaması amacıyla çalışmamızda birlikte kullanılmışlardır.

⁴⁰ Topuz/Canbolat, **a.g.m.**, s.692.

⁴¹ § 275/II hükmü ile § 313 hükmü, bir başka deyişle fiili imkânsızlık ile ekonomik imkânsızlık ayrımı şu şekilde ifade edilebilir: Öncelikle her iki durumda da borçlunun edimini ifa etmesi güçleşmekte ve aşırı masraflı hale gelmektedir. Aradaki fark ise ekonomik imkânsızlıkta edimin ifası borçlu için aşırı külfetli hale gelmesi, buna karşın alacaklının ve borçlunun edimin ifa edilmesindeki menfaati arasında aşırı bir dengesizlik oluşmamasıdır. Bu imkânsızlık türünde her iki menfaat de birbirine paralel olarak değişmekte ve bundan ötürü edimin ifa edilmesindeki menfaatlerde orantısızlık oluşmamaktadır. Fiili imkânsızlıkta ise borçlu ile alacaklının edimin ifa edilmesindeki menfaati arasında aşırı bir dengesizlik söz konusudur. Borçlu için ifa etmek aşırı masraflı hale gelirken, alıcının edimin ifası hususunda menfaatinde herhangi bir değişiklik olmadığından her iki menfaat dengesi arasında ciddi bir dengesizlik ortaya çıkmaktadır. Bu ayrımın mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship arasında gözetilmesine ilişkin bkz. Brunner, **a.g.e.**, s.84.

⁴² Brunner, **a.e.**, s.85–86; Örneğin § 280 ve 283 paragrafları sonraki imkânsızlık halinde uygulanacak yaptırımları düzenlerken, § 311(a) paragrafı önceki imkânsızlık halinde uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir. Bununla birlikte her iki madde için de § 276 paragrafındaki edimin ifa edilmemesinin borçluya isnat edilememesi şartının geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Brunner, **a.e.**, s.230.

ilişkin alt ayrımlar, bu hukuki duruma bağlanan sonuçlar aşamasında dikkate alınmaktadır. Buna göre bu maddelerde alacaklı için aynen ifa, semen tenzili, dönme ve tazminat gibi hukuki imkânlar düzenlenmiştir⁴³.

BGB'nin yukarıda bahsedilen paragrafları ile birlikte borçlunun sorumluluğuna ilişkin § 276 paragrafı göz önünde bulundurulduğunda Alman hukukunda mücbir sebebe ilişkin aranan temel kriterlerin, borçlunun söz konusu rizikoyu üstlenmemesi, edimini ifa edememesinin kendi kontrolü dışında bir olay veya durumdan ötürü olması, borçlunun bu olayı sözleşme kurulduğu zaman öngörememesi ve olaya veya sonuçlarına karşı koyamaması ya da bunların üstesinden gelememesi olduğu ifade edilmiştir⁴⁴.

c. İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ FRUSTRATION TEORİSİ VE AMERİKAN HUKUKUNDAKİ IMPRACTICABILITY TEORİSİ

Fransız hukukunun aksine ayrı bir mücbir sebep teorisi geliştirmeyen Anglo-Amerikan hukukunda mücbir sebep kavramı "*frustration*" ve "*impracticability*" teorileri kapsamında ele alınmaktadır⁴⁵.

Anglo-Amerikan hukukunda sözleşme ile üstlenilen yükümlülükler bir garanti taahhüdü oluşturdıklarından, bu hukuklarda borçlunun sorumluluğu kusur prensibine dayanmamaktadır⁴⁶. Bu temel ayırmadan ötürü İngiliz hukuku imkânsızlık nedeniyle borçlunun sorumluluktan kurtulmasını oldukça dar yorumlamakta ve mücbir sebep niteliğinde bir olayın sözleşmenin ifasını imkânsız kılması dolayısıyla borçlunun yükümlülüklerinden kurtulmasına imkân tanımamaktaydı. Bu görüş uyarınca sözleşme tarafı herhangi bir edimi sözleşmede taahhüt ederken, sözleşmeye bir hüküm koyarak bu edimi imkânsızlıktan dolayı yerine getiremediği durumlar için sorumluluğunu sınırlayabilmelidir⁴⁷. Daha sonra İngiliz hukukunda bu katı anlayış

⁴³ Yeşim Atamer, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", **Milletlerarası Satım Hukuku**, Ed. Yeşim Atamer, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.228.

⁴⁴ Brunner, **a.g.e.**, s.86.

⁴⁵ Rivkin, **a.g.m.**, s.166.

⁴⁶ Atamer, **a.g.e.**, s.225.

⁴⁷ *Paradine v. Jane* davası İngiliz hukukunda, Kıta Avrupası'nda sözleşmeye bağlılık ilkesine karşılık gelen *Sanctity of Contracts* veya *Absolute Contracts* teorisinin emsal kararıdır. Bkz. Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.50; William Swadling, "The Judicial Construction of Force Majeure Clauses", **Force Majeure and Frustration of Contract**,

terk edilerek, sözleşmenin imkânsızlaşması halinde uygulanacak bir teori geliştirilmiştir⁴⁸. *Frustration* teorisine göre, olayın veya olağanüstü şekilde değişen koşulların sözleşme ilişkisi dışında gerçekleşmesi, oluşan yeni durumun sözleşmedeki yükümlülükleri kökten değiştirmiş olması, bu teoriye dayanan tarafın herhangi bir fiilinden ötürü meydana gelmemiş olması ve yine bu sözleşme tarafının herhangi bir kusuru veya etkisi olmaksızın gerçekleşmiş olması gerekir⁴⁹. Bu teorinin uygulanması için bir şeyin tamamen yok olması, ölüm ve ehliyetsizlik, edimi ifa edebilmek için sözleşme konusunun mevcut olmaması (örneğin gemiye el konulması, limanda grev olması), edimin ifa edileceği kaynağa ulaşamaması (madenin ihraç edileceği ülkedeki savaş, felaket veya ihraç yasağı nedeniyle madenin yurtdışına çıkarılmaması, kuraklık veya hastalık nedeniyle tarımsal ürünün elde edilememesi), ifa yolunun imkânsızlaşması (sözleşmede kararlaştırılan suyunun kapatılması) veya kanunla bir şeyin yasaklanması veya ortadan kaldırılması gibi örnekler verilmektedir⁵⁰. *Frustration* teorisi, diğer sözleşmeye aykırılık durumları ile *frustration* durumları arasında ayırım yapmanın zor olması, genellikle ticari sözleşmelerdeki çeşitli klostlar ile ifa engellerinin düzenlenmesi, *frustration* teorisinin uygulama bulduğu durumlarda sözleşmenin doğrudan sona ermesi ve tarafların yükümlülüklerinden kurtulmaları gibi nedenlerden ötürü İngiliz mahkemelerince oldukça dar yorumlanmaktadır⁵¹. Bu teoriye göre sözleşme borcu imkânsız hale

Second Edition, Ed. Ewan McKendrick, Lloyd's of London Press Ltd., 1995, s.3-4; Brunner, a.g.e., s.89.

⁴⁸ *Frustration* teorisi ilk olarak *Taylor v. Caldwell* davasında ortaya atılmış ve akabinde gelişim göstermiştir. Söz konusu davada konser salonunun konser tarihinden 6 gün evvel yanmasından ötürü mahkeme kiralayanların yaptıkları reklam ve diğer masrafların salon sahiplerinden tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, belli bir şeyin varlığına bağlı olan edimin ifası, şeyin sözleşme tarafının herhangi bir kusuru olmaksızın kaybolmasından dolayı imkânsız hale gelmiştir ve bu durumda tarafların sorumluluktan kurtulacaklarına ilişkin örtülü bir şartın sözleşmede bulunduğu şeklinde sözleşmenin yorumlanması gerekir. Bkz. Guenter Treitel, *The Law of Contract*, Tenth Edition, Sweet&Maxwell, London, 1999, s.805-806; Puelinckx, a.g.m., s.48; Brunner a.g.e., s.89.

⁴⁹ Brunner, a.g.e., s.91-92; İngiliz hukukunda önceki imkânsızlık, sözleşmenin esaslı unsurlarında hata kapsamında değerlendirilmekte ve başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımları yapılmaktadır. Bkz. Brunner, a.e., s.232.

⁵⁰ Treitel, a.g.e., s.808-819; Brunner, a.g.e., s.92, Rivkin, a.g.m., s.166.

⁵¹ Boughaba, a.g.e., s.254; Swadling, a.g.m., s.5; İkinci Dünya Savaşı sırasında, 1956 ve 1967 Süveyş Kanalı Krizlerinde ve 1973 Yom Kippur Savaşı ve enerji krizlerinde bu teorinin uygulandığı dava sayısı oldukça azdır. Bkz. Treitel, a.g.e., s.807.

getiren olayın meydana gelmesiyle sona ermektedir⁵². Her iki sözleşme tarafı da sözleşmenin sona erdiğini ileri sürebilir.

Frustration teorisi kaynağını borcun ifasının *imkânsız* (*impossible*) hale geldiği durumlardan almaktadır. Neyin imkânsız olduğu çoğu zaman mevcut teknolojiye ve borçlu tarafın bu borcu ifa etmek için harcayacağı emek ve yapacağı masrafa bağlıdır. Bu bakımdan Amerikan hukukunda imkânsız ve imkânsızlık kavramları yerini, “elverişsiz” (*impracticable*) ve “elverişsizlik” (*impracticability*) kavramlarına bırakmaktadır. Aşırı ve makul olmayan güçlük, masraf, zarar ve ziyana da kapsayan⁵³ bu teori kaynağını, özellikle satım sözleşmelerine uygulanan Yeknesak Ticaret Kanunu (UCC) m.2-615’den almaktadır⁵⁴. “*Elverişsizlik*” olarak ifade edilebilecek bu teorinin gerçekleşebilmesi için *sözleşme ekonomisini bozan* bir olayın meydana gelmeyeceği temel varsayımı⁵⁵ üzerine sözleşmenin kurulmuş olması (petrol krizi nedeniyle fiyatların yükselmesi veya Süveyş Kanalı’nın kapatılması nedeniyle navlun fiyatlarının artması), bu olayın meydana gelmesinin edimin ifasını elverişsiz kılması, zarar gören tarafın kusurlu olmaması ve kanun tarafından kendisine yüklenenlere ek olarak değişen koşulların yaratacağı durumun sorumluluğunu üstlenmemiş olması ve olayın öngörülemez olması gerekmektedir⁵⁶.

⁵² Puelinckx, *a.g.m.*, s.51; Brunner, *a.g.e.*, s.92.

⁵³ Treitel, *a.g.e.*, s.819.

⁵⁴ Declercq, *a.g.m.*, s.215; Sukhnam Digwa-Singh, “The Application of Commercial Impracticability Under 2-615 of the Uniform Commercial Code”, *Force Majeure and Frustration of Contract*, Second Edition, Ed. Ewan McKendrick, Lloyd’s of London Press Ltd., 1995, s.306; UCC m.2-615 için bkz. (çevrimiçi) <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-615.html>, 18.03.2010.

⁵⁵ Temel varsayımlar genel olarak üç kategoride toplanabilirler; devletin doğrudan sözleşmeye müdahale etmeyeceği ve ifasını engellemeyeceği, edimi ifa etmek için gerekli olan kişinin vade tarihinden evvel ölmeyeceği veya kısıtlanmayacağı, ifa için gerekli olan bir şeyin ifa gerçekleşinceye kadar var olacağını taraflar normal olarak varsayabilirler. Bkz. Declercq, *a.g.m.*, s.215; Digwa-Singh, *a.g.m.*, s.307.

⁵⁶ Rivkin, *a.g.m.*, s.166-167; Brunner, *a.g.e.*, s.98-99; Amerikan hukukunda başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin esaslı unsurlarında hata kapsamında değerlendirilmekte ve önceki-sonraki imkânsızlık ayrımları yapılmaktadır. Risk paylaşımı hususunda ise, normalde riskin öngörülebilir olması durumunda mahkeme taraflardan kendilerini bu riske karşı sözleşmede korumalarını beklemektedir. “Iowa Electric Light and Power Co. v. Atlas Corp.” davasında Atlas Şirketi (Üretici), sözleşme kurulduktan sonra uranyum piyasa fiyatı neredeyse 7 katına çıktığı için Iowa Elektrik Şirketine uranyum tedarik etmeyi durdurmuştur. Mahkeme burada Atlas Şirketinin şikâyetçi olduğu artışın büyüklüğünü her ne kadar öngörmesini beklemenin adil olmayacağını ifade etse de, uranyum oksidin (*yellowcake*) fiyatının artmasının dolaylı olarak üretim maliyetlerinin artması riskine karşı sözleşmede herhangi bir önlem alabilecek iken almaması nedeniyle *impracticability* teorisini uygulamamıştır. Bkz. 4 May 1978, Iowa Electric Light and Power Co. v. Atlas Corp., United States District Court, Northern District of Iowa, in Federal Supplement, vol. 467, p.129 (aktaran, Brunner, *a.e.*, s.232; Mauricio Almeida Prado, *Le Hardship dans Le Droit du Commerce International*, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles, 2003, s.44); “Öngörülebilirlik testi” için, bkz. Declercq, *a.g.m.*, s.215.

Meydana gelen bu olayın borcun ifasını elverişsiz kılması (*impracticability of performance*) demek, edimin fiilen imkânsız olmamakla birlikte ancak aşırı ve mantıksız bir maliyete yapılabilmesidir⁵⁷. *Impracticability* teorisinin sonuçları da somut olaya göre ya sözleşmenin ifasının askıya alınması ya da sözleşmenin feshi olmaktadır⁵⁸.

İngiliz hukukundaki “*frustration*” ve Amerikan hukukundaki “*impracticability*” kavramları, Kıta Avrupası hukukundaki benzer kavramlar olan mücbir sebep ve emprevizyon kavramlarının kapsadığı durumlarda sözleşmenin sona ermesine ve borçlunun sorumluluktan kurtulmasına olanak tanımaktadır. Her iki hukuk sisteminin kavramları benzerlik gösterebilirler de, daha geniş olan Anglo-Amerikan hukukundaki kavramlar Kıta Avrupası’ndaki kavramlara kıyasla daha dar yorumlanmaktadır⁵⁹. Zira bir edim teknik olarak gerçekleştirilebiliyorsa, bu kavramlar ileri sürülemezler⁶⁰.

d. TÜRK HUKUKUNDA İMKÂNSIZLIK VE MÜCBİR SEBEP KAVRAMI

Türk hukukunda imkânsızlık kavramı kendi içinde maddi, hukuki ve iktisadi; objektif-sübjektif; tam-kısmi; geçici-kalıcı; başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ve borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı imkânsızlık gibi ayrımlara tabî tutulmuştur⁶¹. Özetle klasik anlamda imkânsızlık borçlunun edim sonucunu gerçekleştirebilmesini kesin olarak önleyen bir engelin bulunmasıdır⁶². Türk hukukunda imkânsızlık üç maddede incelenmektedir: Önceki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.20, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.96 ve borçlunun sorumlu

⁵⁷ Declercq, *a.g.m.*, s.214; 27 May 1966, Transatlantic Financing Corp. v. United States, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 124 U.S. App. D.C. 183, (aktaran, Almeida Prado, *a.g.e.*, s.35).

⁵⁸ Almeida Prado, *a.e.*, s.45–47.

⁵⁹ Draetta, *International Trade Practice*, s.548; Rivkin, *a.g.m.*, s.166; Bu durum Anglo-Amerikan hukukundaki sözleşmelerin, Kıta Avrupası hukukundaki sözleşmelere kıyasla neden daha detaylı yazıldığını göstermektedir. Bkz. Puelinckx, *a.g.m.*, s.48.

⁶⁰ Anglo-Amerikan hukukunda sözleşmeye bağlılık ilkesine mutlak öncelik tanınması nedeniyle tarafların sözleşmelerinde açık hükümler kararlaştırmaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle Anglo-Amerikan hukuk düzenlerinde mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klostları sözleşmelerde sıkça yer almaktadır. Bkz. Boughaba *a.g.e.*, s.253; Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.93.

⁶¹ Dural, *a.g.e.*, s.75–100; Feyzioğlu, *Cilt II*, s.172–173.

⁶² Seliçi, *a.g.e.*, s.90.

olmadığı sonraki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.117. Türk hukukunda mücbir sebep, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık kapsamında incelenmektedir⁶³. Sonraki imkânsızlık, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkan bir engelin, edimin ifasını sürekli ve kesin olarak önlemesidir⁶⁴. BK. m.117/1’de düzenlenen bu imkânsızlık halinin oluşabilmesi için borcun sözleşme kurulduktan sonra objektif olarak imkânsız hale gelmesi, borçlu temerrüdünden evvel meydana gelmesi, borçlunun sorumlu olmaması, edimi imkânsızlaşan tarafın bu rizikoyu sözleşme ile üstlenmemiş olması ve imkânsızlığın devamlı olması gerekir⁶⁵. Borçlar kanunu tasarısında da (BKT) mevcut önceki ve sonraki imkânsızlık ayrımı gözetilmiştir⁶⁶.

Kanunlarımızda farklı şekillerde adlandırılan mücbir sebep kavramı⁶⁷, doktrinde ve içtihatla tarafların iradelerinin dışında olan, kaçınılması veya bertaraf edilmesi objektif bakımdan imkânsız bulunan, borçluya isnat edilemeyen ve sözleşmenin ifasını imkânsız (ifa imkânsızlığı/kusursuz imkânsızlık) kılan olaylar olarak tanımlanmaktadır⁶⁸. Bu tanımda görüleceği üzere Türk hukukunda bir olayın veya durumun mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için bu olayın veya durumun öngörülmez, kaçınılmaz/karşı konulmaz, tarafların iradesi dışında olması ve sonuç

⁶³ Dural’a göre imkânsızlığın borçlunun kusuruna dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, genel olarak borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulamayacağına bakılmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, a.g.e., s.112; Feyzioğlu, Cilt II, s.462; Abdullah Pulat Gözübüyük, **Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller (Force Majeure et cas de l’imprévision)**, Üçüncü Bası, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1977, s.83.

⁶⁴ Topuz, Canbolat, a.g.m., s.685.

⁶⁵ Dural, a.g.e., s.119–124; Feyzioğlu, Cilt II, s.461–462.

⁶⁶ BK. m.20’ye karşılık gelen BKT. m.27’de önceki imkânsızlık irade bozukluğu kapsamında düzenlenmiştir. BK. m.117’ye karşılık gelen BKT. m.135’de de borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık düzenlenmiştir. Bu maddede yeni getirilen üçüncü fıkrada uluslararası ticari sözleşmeler uygulaması ile paralel olarak ifa imkânsızlığını sözleşmenin karşı tarafına gecikmeksizin bildirmeyen ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almayan borçlunun, bu imkânsızlıktan doğan zararları ödeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. (çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>, 18.03.2010.

⁶⁷ Bu kavram, Borçlar Kanunu’nda bazen “mücbir kuvvet” (BK. m.293), bazen “esbab-ı mücbire” (BK. m.478, m.481) tabirleriyle ifade edilmiştir. Bkz. **Türk Hukuk Lügatı**, s.251; Türk Ticaret Kanunu’nda ise tüm maddelerde “mücbir sebep” olarak ifade edilmiştir. Bkz. Feyzioğlu, Cilt II, s.226.

⁶⁸ Şanlı, **Akitlerin Hazırlanması**, s.38; Feyzioğlu, Cilt II, s.226; İdare hukukunda da mücbir sebep kavramı tanımlanmıştır. Danıştay 12. Dairesinin 18.06.1975 tarih ve E.1972/2721, K.1975/1345 sayılı kararında mücbir sebep kavramının başlıca unsurları kusursuzluk, sezilmezlik, karşı konulmazlık ve gerçeklik şeklinde ifade edilmektedir. Danıştay’ın karardaki tanımında yer verdiği fakat unsurları sıralarken saymadığı dışsalılık unsuru da bu unsurlara eklenebilir. Mücbir sebep oluşturacak olaylar, idarenin elindeki araçlarla ya da herhangi bir güçle önlenemeyecek, karşı konulamayacak türdendir. Bkz. İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.878–879; Gözübüyük, a.g.e., s.85–94.

olarak yükümlülüğü imkânsız hale getirmesi aranmaktadır. Mücbir sebebin ve dolayısıyla oluşan imkânsızlığın sonucunda, BK m.117/1 uyarınca sözleşme asli ve ferî edimleri ile birlikte sona erecektir⁶⁹. Buna karşılık iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde şayet karşı taraf borcunu daha evvel ifa etmişse aksi kararlaştırılmadıkça BK. m.117/2 uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine (BK. m.61 vd.) dayanarak iade talebinde bulunacaktır. Türk hukukunda mücbir sebebe ilişkin hükümlerin emredici olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre bir tarafın veya tarafların zarar gördükleri mücbir sebepten doğan riskleri üstlendikleri sözleşmede kararlaştırılabilir. Bununla birlikte hangi olayların veya durumların mücbir sebep kapsamına gireceği veya girmeyeceği de sözleşmede kararlaştırılabilecektir⁷⁰.

4. LEX MERCATORIA VE MÜCBİR SEBEP KLOZLARI

Farklı hukuk düzenlerine tabî olan uluslararası ticari sözleşmelerin tarafları olan tacirler, aralarındaki kültürel ve dil farklılıklarını aşmak amacıyla kendilerine özgü kurallar koymuşlar ve bu kurallar da uluslararası ticari örf, adet ve teamülleri oluşturmuşlardır. Bu uluslararası ticari örf, adet ve teamüller, uluslararası ticaret hukukunda “*Lex Mercatoria*” olarak adlandırılmaktadır⁷¹. Bu kavram uluslararası özel hukuk ve kamu hukuku, uluslararası anlaşmalar ve yeknesak kanunlar, uluslararası hukukunun genel prensipleri, uluslararası örgütlerin yayınladıkları kurallar, örnek sözleşmeler, tahkim kararları vb. kaynakların bir araya gelmesinden oluşmaktadır⁷².

Mücbir sebep kavramı, uluslararası ticari tahkimde hakemlerin sıkça başvurdukları uluslararası ticari örf, adet ve teamüllerin yanında uluslararası hukukunun genel prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir⁷³. Bu husus özellikle İran ile ABD arasındaki uluslararası tahkim yargılamalarında benimsenmiş ve çeşitli

⁶⁹ Dural, a.g.e., s.125–126; Feyzioğlu, *Cilt II*, s.462–466.

⁷⁰ Feyzioğlu, *Cilt II*, s.228; Dural, a.g.e., s.127.

⁷¹ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.314.

⁷² Draetta, Lake, a.g.e., s.25; Brunner, a.g.e., s.10; *Lex Mercatoria* kavramına getirilen eleştiriler için bkz. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *International Commercial Arbitration*, Ed. Emmanuel Gaillard, John Savage, Second Ed., Kluwer Law International, The Hague, 1999, s.801-813, Rivkin, a.g.m., s.164.

⁷³ Fouchard, Gaillard, Goldman, a.g.e., s.831; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.355.

hukuk düzenlerine kısaca atıfta bulunularak mücbir sebep kavramının uluslararası hukukun genel prensipleri arasında yer aldığı ifade edilmiştir⁷⁴.

Değişik sektörlerden sözleşmeler incelendiğinde, uluslararası ticarete kullanılan mücbir sebep klorlarının bazı unsurlarının benzerlik gösterdikleri saptanmıştır. Bu mücbir sebep klorlarının hepsi aynı şekilde yazılmamakla birlikte, bu klorlarda uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayacak bazı karakteristik özellikler mevcuttur: Klasik mücbir sebep kavramı⁷⁵, unsurları ve bu unsurların taraflarca yumuşatılması/esnetilmesi; klorlarda sayılan olayların yükümlülükleri askıya alıcı/erteleyici etkileri; bildirim, gerekçelendirme ve engelleri kaldırmak için gayret gösterme yükümlülükleri; belirlenen sürenin akabinde sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi vb. Bu değişik hususlarda uluslararası ticari sözleşmeler uygulaması benzerlikler göstermekte ve farklı ulusal mevzuatların getirdiği çözümlerden de ayrılmaktadır⁷⁶.

Günümüzde uluslararası ticari sözleşmelerde uygulanan mücbir sebep klorlarının, gerek içerdikleri tanım ve listelerle yarattıkları maddi hukuka ilişkin kurallarla, gerekse de içerdikleri bildirim, görüşme vs. gibi usul hukukuna ilişkin kurallarla ulusal hukuk kurallarından ayrılan bir uluslararası ticaret hukuku kurallarının varlığının (*lex mercatoria*) somut bir göstergesi olduğu ifade edilmiştir.⁷⁷ Ulusal hukuklardaki mevcut uygulamanın aksine, uluslararası sözleşmelerdeki bu klorlar sözleşmedeki yükümlülüklerin ifasını engelleyen mücbir sebep durumlarının meydana gelmesi halinde uygulanmak üzere belli kriterler getirmişler ve bu durum *lex mercatoria*'nın var olup olmadığı üzerine yapılan tartışmalara büyük ölçüde katkı sağlamıştır. Bununla birlikte MTO'nun model klorları "ICC Force Majeure Clause 2003" (MTO Mücbir Sebep Kloru 2003) ve "ICC Hardship Clause 2003" (MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Kloru 2003) ve

⁷⁴ Rivkin, a.g.m., s.204.

⁷⁵ *Lex Mercatoria* açısından mücbir sebep, "sözleşme taraflarından birinin ediminin ifasını imkânsız kılan, öngörülemeyen ve etkilenen tarafın kontrolü dışında olan, kaçınılamaz ve karşı konulamaz olayların meydana gelmesi halinde söz konusu sözleşme tarafının edimini ifa edememesinden ötürü sorumluluğunu ortadan kaldıran hukuki durum" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Rivkin, a.g.e., s.208.

⁷⁶ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.474.

⁷⁷ Hatta doktrinde *lex mercatoria* teorisinin bu kavram (ve benzer bir diğer kavram olan *rebus sic stantibus*) çevresine inşa edildiği görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Draetta, Lake, a.g.e., s.91; Kahn, a.g.m., s.484; Draetta *International Trade Practice*, s.547; Fontaine, de Ly, a.g.e., s.475.

çeşitli sözleşmeleri ile FIDIC gibi uluslararası kurumların model sözleşmeleri⁷⁸ de bu tartışılara önemli katkıda bulunmuştur. Bununla birlikte hem mücbir sebep hem de aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramları, Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin Unidroit Prensipleri (UPICC) ve 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda (CISG) yer almışlardır. Çalışmamızda yeri geldikçe hem UPICC'deki hem de CISG'deki mücbir sebebe ve aşırı ifa güçlüğü/hardship ile ilgili maddelere değinilecektir.

B. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE KULLANILAN MÜCBİR SEBEP KLOZLARININ ANALİTİK OLARAK İNCELENMESİ

1. GENEL OLARAK MÜCBİR SEBEP KLOZLARI

Uluslararası ticari sözleşmeler, konuları itibariyle çeşitli riskler taşımaktadırlar. Bir uluslararası satım sözleşmesinin ifası sürecinde, teslim edilmeye hazır olan mallar gemide veya hangarda çıkan bir yangında yok olabilir, malların taşınmakta olduğu gemi bir deniz kazasında bataabilir ya da idari bir kararla sözleşme taraflarından birinin ithalat-ihracat izni elinden alınabilir. Bir uluslararası inşaat sözleşmesinde inşaatın yapıldığı bölgede çıkan silahlı çatışmalar nedeniyle çalışmalar durdurulabilir. Bu sayılan durumlarda imkânsızlaşan yükümlülüğün borçlusunun sorumlu olup olmayacağı; yükümlülüklerinin ifasının askıya alınıp alınmayacağı; sözleşmenin feshedilip edilmeyeceği gibi meseleler karşısında ulusal hukuk düzenleri kendilerine özgü çözümlerini geliştirmişlerdir. Taraflar,

⁷⁸ FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* – Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu) Fransa, Belçika ve İsviçre tarafından kurulmuş bugün dünyanın çeşitli ülkelerinin mühendislik birlikleri ve odalarının da dâhil olduğu uluslararası inşaat projelerinde yeknesak kurallar ve uygulamalar geliştiren bir uluslararası kuruluştur. FIDIC uluslararası inşaat projeleri için bir takım şartlar geliştirmektedir. Bu şartlar model sözleşmeler olarak inşaat girişimlerinde taraflara büyük kolaylık sağlamaktadır. Çalışmamızda ele alınan model sözleşme örneği FIDIC tarafından hazırlanan ("Red Book") Kırmızı Kitap (*Conditions of Contract for Construction –for Building and Engineering Works Designed by the Employer - İnşaat İşleri Sözleşme Şartları –İşveren Tarafından Planlanan Bina ve Mühendislik İşleri için*) içindeki sözleşme kayıtlarıdır. Önsözünde yer alan tanıma göre bu sözleşme türü "... İşveren ya da onun temsilcisi Mühendis tarafından planlanan bina ve mühendislik işleri için tavsiye edilmektedir. Bu tür sözleşmeler için söz konusu olan olağan düzenlemeler uyarınca Müteahhit, İşveren tarafından temin edilen bir plan uyarınca işleri yerine getirmektedir. Buna karşın bu işler arasında Müteahhit tarafından planlanmış, sivil (askeriye ile ilgili olmayan) işlerin, mekanik işlerin, elektrik işlerinin ve/veya inşaat işlerinin bazı unsurları yer alabilir." FIDIC için ayrıntılı bilgi için bkz. (çevrimiçi) <http://www.fidic.org>, 20.03.2010.

sözleşmelerinde mücbir sebep niteliğindeki olayları ve bu olayların sözleşmelerine etkisini açıkça bir mücbir sebep klozu ile düzenlememişlerse, mücbir sebebin meydana geldiği durumlar davanın esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir⁷⁹. Bununla birlikte genellikle uluslararası ticaretin aktörleri olan tacirler, “*mücbir sebep klozu*” adı verilen sözleşme kayıtları ile yukarıda sayılan durumların sözleşme üzerindeki sonuçlarını bizzat kendileri düzenlemeyi tercih etmektedirler. Bu klotlar mücbir sebep niteliğindeki öngörülemeyen, karşı konulamayan/kaçınılamayan, tarafların kontrolü dışında gelişen ve tarafların sözleşmedeki edimlerini geçici veya kalıcı olarak imkânsız kılan olayların sözleşme ilişkisi üzerindeki etkilerini düzenleyen sözleşme hükümleridir⁸⁰. Bu klotlarda taraflar, sözleşmenin esasına uygulanacak olan ulusal hukuk düzenlerindeki klasik mücbir sebep kavramlarından farklı olarak ulusal olmayan, uluslararası bir mücbir sebep kavramını kabul etmektedirler⁸¹. Farklı sektörlerden uluslararası ticari sözleşmeler incelendiğinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk her ne olursa olsun, mücbir sebep klotunun neredeyse bu sözleşmelerin tamamında yer aldığı görülmüştür⁸². Uygulamada bu klotların yaygın kullanımından dolayı uluslararası ticari sözleşmelerin taraflarına kolaylık sağlanması amacıyla MTO, “*ICC Force Majeure Clause 2003*” (MTO Mücbir Sebep Klotu 2003) ve “*ICC Hardship Clause 2003*” (MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klotu 2003) model klotlarını hazırlamıştır⁸³.

Mücbir sebep klotları uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında oldukça belirgin, kendilerine özgü, ayırt edici özellikler taşımaktadırlar. Bu klotların gelişmesinde uygulamada karşılaşılan olaylar önemli rol oynamış ve elde edilen tecrübeler klotların yazımına yansımıştır. Uluslararası ticari sözleşmelerde

⁷⁹ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.36, Konarski, *a.g.m.*, s.407; Firoozmand, *a.g.m.*, s.424.

⁸⁰ Karl Heinz Böckstiegel, “Hardship, Force Majeure and Special Risk Clauses in International Contracts”, *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, ed. Norbert Horn, Kluwer Law International, Deventer, Netherlands, 1985, s.159, [International Contracts].

⁸¹ Bu yaklaşım bazen “uluslararası bağlamda mücbir sebep kabul edilen” veya “tahkim uygulamasınca mücbir sebep olarak tanınan” gibi düzenlemelerle mücbir sebep klotlarında ifade edilmektedir. Bkz. Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.474; Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.98.

⁸² Konarski, *a.g.m.*, s.407; Draetta, *International Trade Practice*, s.550.

⁸³ Bu klotlar atıf yoluyla (“*incorporation*”) sözleşmenin içeriğine dâhil edilebilirler. Bu işlem yapılırken, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarına dikkat edilmesi gerekir. Bkz. Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.53–54; Bu model klotlar, kullanılan sözleşmenin özellikleri dikkate alınıp gerekli düzenlemeler yapılarak sözleşmeye dâhil edilmelidir. Bkz. Konarski, *a.g.m.*, s.407.

karşılaşılan mücbir sebep klorları temelde üç şekilde düzenlenebilir. Taraflar klorde sadece soyut bir mücbir sebep tanımı yapabilirler veya ulusal veya uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer alan mevcut tanımlara atıf yapmakla yetinebilirler ya da herhangi bir tanım vermeksizin örnek olayları liste halinde sayabilirler. Günümüzde en çok kullanılan düzenleme ise, çalışmamızda incelenen, bir mücbir sebep tanımının örnek olaylar listesi ile desteklendiği düzenlemelerdir⁸⁴. Bu düzenlemeler, mücbir sebep kavramının taraflarca yapılan tanımını ve tarafların mücbir sebep olarak nitelendirdikleri durumları (örnek olaylar listesi) içermektedir. Çoğu kez, bu tanım ve listeden sonra, klorlarda bir mücbir sebep olayından etkilenen sözleşme tarafından beklenen davranış belirtilmektedir. Bu davranış genellikle mücbir sebebin unsurlarını ortadan kaldırmak veya sözleşmenin ifası üzerindeki etkilerini azaltmak için tarafların ellerinden gelen her şeyi yapacaklarına (azami gayreti göstermeye) yönelik özel bir yükümlülük olarak düzenlenmektedir. Ortaya çıkan imkânsızlık durumuna bir çözüm olarak mücbir sebep klorları öncelikle yükümlülüğün bir süre askıya alınmasını (buna bağlı olarak sözleşme süresinin uzatılıp uzatılmayacağını) ya da derhal feshini öngörmektedirler⁸⁵. Elbette tarafların belirleyecekleri askıya alma süresinin sonunda mücbir sebep halen devam etmekteyse, taraflardan birinin veya her ikisinin de sözleşmeyi feshedebileceği kararlaştırılabilir. Bununla birlikte uygulamada sıkça tarafların bu süre sonunda sözleşmenin uyarlanması için yeniden müzakerelere girişeceklerini veya sözleşmeyi yeniden müzakere etmek yerine doğrudan veya müzakerelerin başarısızlığı üzerine uyuşmazlığın tahkime veya bir başka alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna götürülmesini kararlaştırdıkları da görülmektedir. Mücbir sebep klorları son yirmi yılda artan bir şekilde klasik mücbir sebep anlayışından ayrılmış ve mücbir sebep kavramının klasik unsurlarının da esnetilmesi ile aşırı ifa güçlüğü/hardship klorlarına daha çok yaklaşmıştır⁸⁶. Uluslararası ticaretin ihtiyacı olan bu esnek çözüm ve her iki klor tipinin birbirine yaklaşması çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde daha detaylı açıklanacaktır.

⁸⁴ Uluslararası ticari sözleşmelerde en çok kullanılan düzenleme olduğu hususunda bkz. Konarski, *a.g.m.*, s.409; Kahn, *a.g.m.*, s.470, Declercq, *a.g.m.*, s.221; Draetta, *International Trade Practice*, s.551.

⁸⁵ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.96.

⁸⁶ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.168.

Mücbir sebep klorları da diğer sözleşme klorları gibi genellikle iki bölümden oluşmaktadırlar. Birinci bölüm mücbir sebep klorunun uygulanacağı durumu tanımlamaktadır. Bu bölümde kendi içinde iki alt bölüme ayrılmaktadır:

- a) Klorun uygulanacağı olayın veya durumun unsurları,
- b) Bu durumun, sözleşme ilişkisi üzerinde meydana getirdiği sonuç.

Her ne kadar Roma hukuku kökenli bir kavram olsa da, mücbir sebep kavramı bütün hukuk düzenlerinde tanınmış değildir. Bu sebeple farklı yorum çatışmalarını engellemek amacıyla taraflar, birinci bölümün içindeki tanıma bir dizi örnek olay (liste) da eklemektedirler. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere bazen taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuktaki mücbir sebep kavramının dışına çıkabilmek amacıyla klordaki mücbir sebep tanımını genişletmekte ya da uygulanacak hukuka göre mücbir sebep niteliğinde sayılmayacak olayları klorda sıralayabilmektedirler. Bu sayede taraflar, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktaki mücbir sebep kavramından az veya çok ayrılan bir sözleşmesel kavram elde etmektedirler.

Klorun ikinci bölümünde, öngörülen durumun gerçekleşmesi halinde uygulanacak rejim düzenlenmektedir. Bu bölümde bildirim ve gerekçelendirme yükümlülükleri ve bunlara uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımlar, yükümlülüklerin askıya alınması, sözleşmenin yeniden müzakeresi, feshi ve mücbir sebebin sonuçları gibi konular düzenlenmektedir.

2. MÜCBİR SEBEP KLOZUNUN UYGULANACAĞI DURUMUN TANIMLANMASI VE UNSURLARI

Uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan mücbir sebep klorlarında öncelikle soyut olarak klorun uygulanacağı durum tanımlanmaktadır. Bu tanımlama klorlarda iki şekilde yapılabilir. Daha az karşılaşılan metod belli bir ulusal hukuk düzenindeki veya uluslararası düzenlemelerdeki mücbir sebep tanımlarına klorda atıf yapılmasıdır⁸⁷. Bununla birlikte genellikle mücbir sebep klorunda taraflar kendi mücbir sebep tanımlarını yapmaktadırlar. Çalışmamızda esas olarak incelenen klor türleri tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuktan ve diğer uluslararası

⁸⁷ Firoozmand, a.g.m., s.426.

düzenlemelerden bağımsız olarak kendi mücbir sebep tanımlarına odaklandıkları klotlar olacaktır. Tanım bölümünde klotun kapsamına giren olayların veya durumların soyut ve ortak unsurları ve bu olay ve durumların sözleşme üzerindeki etkisi ifade edilir. İncelemenin detaylarına girmeden evvel, bu varsayımın her iki yüzünün de görebileceği bir örnek olarak aşağıdaki klot verilebilir:

“Mücbir sebepler sözleşmesel yükümlülüklerin ifasının devam etmesini imkânsız kılan (2. Adım: Zararlı Sonuçlar), kontrol edilemeyen, Sözleşmenin kurulması anında taraflarca öngörülemeyen ve taraflardan birinin neden olmadığı... beklenmeyen durumlardır. (1.Adım: Durumun Unsurları/Tetikleyici Olaylar)”⁸⁸

Yukarıda verilen örnek tanımda da görüleceği üzere, öngörülmezlik, kaçınılmazlık/karşı konulmazlık, dışsallık ve olayın veya durumun sözleşmedeki yükümlülükler üzerindeki etkisi olan imkânsızlık, mücbir sebebin klasik unsurlarıdır⁸⁹. Klasik mücbir sebebin unsurlarına ek olarak uygulamada, uluslararası ticari sözleşmeler kullanılan mücbir sebep klotlarına özgü bazı unsurlar geliştirilmiştir. Bu unsurlar, klasik mücbir sebebin unsurlarını esnetmek için kullanılan makul ölçü kriteri ve kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsurunu makul düzeye indiren azami gayret gösterme borcudur. Çalışmamızın bu bölümünde uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klotlarını oluşturan ve yukarıda sayılan bu unsurlar incelenecektir.

a. ÖNGÖRÜLMEZLİK

Mücbir sebebin klasik unsurlarından biri sayılan öngörülmezlik unsuru, hem ulusal hem de uluslararası hukuk düzenlemelerinde mücbir sebebin unsurları arasında sayılmaktadır⁹⁰. Klasik olarak bir olayın öngörülememesi demek, o olayın gerçekleşeceğinin sözleşmenin kurulması anında taraflarca bilinmemesi demektir. Genellikle uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klotlarında, sözleşme

⁸⁸ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.437.

⁸⁹ Konarski, **a.g.m.**, s.409; Kahn, **a.g.m.**, s.470; Muriel Marmurstejn, “Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats de L’Amont d’une Compagnie Pétrolière: Une Etude de Cas – Force Majeure Clauses of an Oil Company’s Upstream Agreements: A Review”, **International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales**, No.7, 1998, s.791; Firoozmand, **a.g.m.**, s.425.

⁹⁰ Konarski, **a.g.m.**, s.409; Kahn, **a.g.m.**, s.470; Marmurstejn, **a.g.m.**, s.791; Firoozmand, **a.g.m.**, s.425; UPICC m.7.1.7, CISG m.79 gibi uluslararası düzenlemelerde kullanılan “hesaba katılmama” ifadesinin yerine uygulamada sıkça aynı anlamı taşıyan “öngörülemez” ifadesinin kullanıldığına ilişkin bkz. Brunner, **a.g.e.**, s.157.

kurulduktan sonra, tarafların yükümlülüklerini ifa ettikleri süreçte meydana gelen (mücbir sebep niteliğindeki) olayın sözleşme kurulduğu sırada taraflarca öngörülememiş olması aranmaktadır⁹¹. Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere mücbir sebep klotlarında yer alan listelerde birçok farklı kategoride olay sayılmakta ve bu olayların mücbir sebep sayılacakları ifade edilmektedir. Bu bakımdan uluslararası ticari sözleşmelerde öngörülmezlik unsuru mücbir sebep klotları bakımından farklı bir boyut kazanmaktadır⁹²: Sözleşmeye uygulanacak hukuka göre söz konusu olay öngörülebilir olmasından ötürü mücbir sebep olarak nitelendirilmezse, olayın vermiş olduğu zarar tümüyle zarar gören tarafın üstüne yüklenmiş olacaktır⁹³. Bu bağlamda mücbir sebep klotlarının temel hedeflerinden biri de, tarafların geçmiş tecrübelerden faydalanarak karşılaşılabilecekleri olası tehlikelere karşı kendilerini korumalarını sağlamaktır. Söz gelimi ufak depremlerin veya genel grevlerin geçici olarak borçlunun ediminin ifasını aksatacağı her zaman makul görülebileceği gibi, büyük çaplı ve etkileri uzun süre devam eden depremlerin veya grevlerin tarafların makul öngörülerinin dışında kalacağı kabul edilmelidir. Bu olayların öngörülebilirlikleri elbette olayların gerçekleşmelerine ilişkin istatistiksel veriler ışığında değerlendirilebilecektir⁹⁴. Zira uluslararası tahkim uygulamasında,

⁹¹ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.167; Firoozmand, *a.g.m.*, s.427.

⁹² Bangladeş'te seller ve kasırgalar günlük hayatın bir parçası durumundadır ve dolayısıyla seller ve kasırgalar için öngörülmezlik unsuru teorik olarak aranmaz. Klotda yapılan tanımda öngörülmezlik unsuruna yer verilmesine karşın bu olayların bilhassa klotda yer almasının sebebi, tarafların bu olayların doğurduğu sonuçları öngörememeleridir. Bkz. Firoozmand, *a.g.m.*, s.428; Aynı şekilde Türkiye'de geçmiş verilere bakılarak gelecekte büyük depremlerin olacağı öngörülebilmektedir. Sözleşme tarafları bu tehlikeyi özellikle göz önünde bulundurarak deprem, zelzele gibi doğa olaylarını klotda belirterek bu olayların yarattığı etkiye karşı kendilerini koruyabilirler.

⁹³ Firoozmand, *a.g.m.*, s.429.

⁹⁴ Örneğin en son 1821-1823 yılları arasında aktif olan İzlanda'daki Eyjafjallajökull volkanı neredeyse 200 yıl aradan sonra 20 Mart ve 14 Nisan 2010 tarihleri arasında patlayarak tüm Avrupa hava sahasının trafiğe kapanmasına neden olmuştur. Bu doğa olayının hem gerçekleşme sıklığı hem de sonuçlarının kapsadığı alan bakımından sözleşme taraflarınca öngörülmesi makul kabul edilemez. Bu nedenle böyle bir tehlikeye karşı sözleşmede önlem alınmamış olması da, bu olaydan zarar gören tarafça bu riskin üstlenilmiş olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bkz. (çevrimiçi) <http://en.wikipedia.org/wiki/Eyjafjallaj%C3%B6kull>, 05.05.2010; "...Mücbir sebep, doğal, sosyal ya da hukuksal kaynaklı, öngörülme olasılığı bulunmayan oluşumlardır. İthal ve ihraç yasakları, bunlara olanak vermeyen sınır kapatmaları, hukuksal kaynaklı mücbir sebeplerdendir. Yaklaşık yedi yıldır süren Körfez krizi, kapsam dalgalanmaları göstermiş ve fakat hiçbir zaman sınır kapatmalarına kadar gitmemiştir. Bu durum, kapatmayı beklenir duruma getirmemiş, aksine benzer nedenlere yol açmayacak düzeyde süreceğine ilişkin işaretler vermiş olmaktadır. Öyleyse olaydan öngörülmezlik unsurunun varlığının kabulü gerekir..." bkz. Yarg. 19. HD. E.2002/4558, K.2002/6953, T.25.10.2002, Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010.

uluslararası ticari ilişkilerde bulunan basiretli tacirlerin (mesleki yetki kriteri) mücbir sebep niteliğinde bazı olayları öngörebilecekleri beklenmektedir⁹⁵.

Uygulamada kullanılan bazı mücbir sebep klotlarında, ulusal hukuklardaki mücbir sebep kavramının vazgeçilmez unsurlarından biri olan öngörülmezlik unsurunun taraflarca esnetildiği (makul ölçü unsuru kullanılarak) ve hatta hiç kararlaştırılmadığı da görülmektedir⁹⁶:

“Taraflardan biri, yükümlülüklerinden herhangi birini ifa etmemesinin, kendi iradesi dışında bir olaydan ötürü olduğunu... sözleşmenin kurulması anında bu engelleyici olayı ve ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini öngörmekten makul olarak sorumlu tutulmayacağını ve bu engelden veya en azından etkilerinden, makul olarak

⁹⁵ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.39–40; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.357; Brunner, a.g.e., s.418; Klaus Peter Berger, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, No.4, 2003, s.1354, (çevrimiçi) <http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-36-number-4/download.aspx?id=1888>, 25.05.2010, [Renegotiation]; Bir Avusturyalı satıcı ile Bulgar alıcı mal bedelinin belli bir tarihten evvel açılacak olan akreditifle ödeneceğini kararlaştırmışlardır. Alıcı akreditif açma borcunu ifa etmemiş ve sebep olarak da Bulgaristan hükümetinin dış borçların ödenmesini askıya almasını göstermiştir. Olayda tahkim mahkemesi alıcının CISG m.79 bağlamında sorumluluktan kurtulamayacağına karar vermiştir. Zira alıcı hem akreditif açamamasının hükümetin aldığı bu karar nedeniyle olduğunu kanıtlayamamıştır, hem de sözleşme kurulduğu esnada hükümetin bu kararı yürürlükte olduğundan öngörülmezlik unsurunun olayda mevcut değildir. Bkz. ICC Award No.7197 (1992), Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991–1995/Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1991–1995*, Kluwer Law International, The Hague, 1994, s.501–512, [1991–1995]; benzeri bir karar için bkz. ICC Award No.2216 (1974), Sigvard Jarvin, Yves Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985/Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1974–1985*, Kluwer Law International, The Hague, 1994, s.224–230; Gelişmekte olan bir ülkede hammadde kaynakları devletleştirilerek bir devlet şirketine devredilmiş ve akabinde bu devlet şirketi kamulaştırılan bu hammaddelerin satışına ilişkin bir çok alıcı ile FOB sözleşmeler akdetmiştir. Bu devletleştirmeden evvel bu hammadde kaynaklarını kullanan şirketler, bu kaynaklardan çıkan bütün hammaddeye el koyacaklarına ilişkin tehditlerde bulunmuşlar ve alıcı şirketler de bu tehditlerin bir mücbir sebep oluşturduğunu iddia ederek sözleşmede kararlaştırılan malları teslim alma yükümlülüklerinin ortadan kalktığını ifade etmişlerdir. Tahkim mahkemesi söz konusu devletleştirmelerin kamuoyunca bilindiğini, medyada birçok kez ifade edildiğini ve kaynakları kamulaştırılan şirketlerin bulundukları devletlerce yapılan açıklamaların da bulunduğundan bahisle sözleşme kurulduğunda bu tehditlerin öngörülemez olmadığı gerekçesiyle bu iddiaları reddetmiştir. Bkz. ICC Award No.2142 (1974), Jarvin, Derains, a.e., s.194–195.

⁹⁶ Teorik olarak olasılık dâhilindeki tüm olaylar taraflarca öngörülebilir ve savaş, yangın, doğal felaketler, grevler vs. gibi olayların da her zaman gerçekleşebilecekleri dikkate alındığında bu olayların öngörülemeyeceği söylenemez. Ancak böyle katı bir yaklaşım mücbir sebebin amacına hizmet etmeyecektir. Bu nedenle öngörülemezlik unsuru değerlendirilirken diğer unsurlarda olduğu gibi, olayın basiretli bir tacir için makul şartlar altında öngörülemez olması aranmalıdır. Bkz. Antonmattei, a.g.e., s.45, Draetta, Lake, a.g.e., s.100.

kaçınamayacağını veya bunları aşamayacağını kanıtladığı ölçüde sorumlu tutulmayacaktır.”⁹⁷

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.1

... (b) Buna karşı Tarafların Sözleşmenin kurulma aşamasında makul olarak hiçbir önlem alamadıkları...”⁹⁸

“... Bir Taraf, makul olarak tahmin edilemeyen veya engellenemeyen ve gereken özen gösterilerek üstesinden gelinemeyecek yangın, grev, savaş, iç karışıklık, iş veya çalışma ihtilafları, doğal afetler, idarenin fiilleri veya taşıyıcının neden olduğu gecikme veya diğer herhangi bir faaliyetten ötürü bir ifa etmeme veya ifada gecikme olduğu takdirde, bu Sözleşmenin herhangi bir hükmünü yerine getirmemesinden veya yerine getirmekte gecikmesinden (doğan) zararlardan dolayı veya diğer herhangi bir şekilde karşı Tarafa karşı sorumlu olmayacaktır...”⁹⁹

Öngörülemezlik unsurunun taraflarca mücbir sebep klotunda kararlaştırılmaması durumunda klozu yorumlayacak kişinin (hakem veya hâkim) bu seçimin taraflarca bilinçli olarak yapıp yapılmadığını ve şayet bir sözleşme boşluğu söz konusu ise meydana gelen bu olayın zarar gören tarafça sözleşme kurulmadan evvel öngörülüp öngörülemeyeceğini, tarafların iradelerine ve sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit etmesi gerekir¹⁰⁰:

“Bu sözleşmedeki ‘mücbir sebep’ deyiminden tarafların kontrolü dışında gelişen ve tarafların edimlerinin ifasını engelleyen veya geciktiren her türlü olay anlaşılır...”¹⁰¹

“... Bu Sözleşme bakımından “Mücbir Sebep”, Mücbir Sebebi ileri süren Tarafın kusurundan veya ihmalden ötürü olmayan ve bu Tarafın makul kontrolü dışında olan, doğal felaket (...) veya diğer herhangi bir sebep olacaktır...”¹⁰²

⁹⁷ The ICC Model Franchising Contract, Publication No.557, International Chamber of Commerce, Paris, 2000; Fontaine, de Ly, a.g.e., s.439.

⁹⁸ Götz-Sebastian Hök, Uluslararası İnşaat Hukuku FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar, Çev. C. Gökhan Erbaş, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.81.

⁹⁹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 28, Kauçuk Distribütörlüğü Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1997, Süresi: 2 yıl, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.328.

¹⁰⁰ Almeida Prado, a.e., s.168; Mücbir sebepte öngörülemezlik unsuru doktrinde eleştirilmiş ve bu unsurun kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsurunun içinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Antonmattei, a.g.e., s.58; Baysal, a.g.e., s.177.

¹⁰¹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.438; bu klotda mücbir sebebin öngörülemezlik unsuru ifade edilmemiştir.

¹⁰² Umman Sultanlığı Hükümeti ile Triton Oman, Inc. arasında imzalanan 19 Haziran 1996 tarihli Arama ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesinin 23(3) maddesinde öngörülemezlik ayrı bir unsur olarak sayılmamıştır. Bkz. Firoozmand, a.g.m., s.427.

“Tarafların iradelerinden bağımsız olarak olayların meydana gelmesi ve işbu sözleşme ile taahhütte bulunan taraflardan birinin ediminin ifasının bu olaylardan ötürü imkânsızlığı halinde...”¹⁰³

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre tarafların bu unsuru iradi ve bilinçli olarak mücbir sebep klotunda kararlaştırmadıklarına ilişkin ciddi bir kanıt olmadığı sürece, bu unsurunun bulunmaması bir sözleşme boşluğu olarak nitelendirilmeli ve hakem veya hâkimce sözleşmeye uygulanacak hukuka ve uluslararası ticaret hukukunun genel ilkelerine göre bu boşluk doldurulmalıdır¹⁰⁴. Aksi halde öngörülen ve bilinen olaylar kararlaştırılmadıklarında, yükümlülüğünü ifa etmeyen taraf her türlü sorumluluktan kurtulacak ve bu durumda hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır.

b. KAÇINILMAZLIK/KARŞI KONULMAZLIK

Zarar gören taraf bakımından “kaçınılmazlık” veya “üstesinden gelememe” ifadeleri mücbir sebep klotunda kullanılmışsa, hakem veya hâkim, bu sözleşme tarafının mücbir sebebin etkilerine karşı yeterli ve gerekli önlemleri alıp almadığını ve hatta olay meydana geldikten sonra dahi zararlarını azaltmak için –ki zararın azaltılması taraflarca ayrı bir yükümlülük olarak öngörülebilir- yeterli gayreti gösterip göstermediğini değerlendirecektir:

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.1

... (c) ortaya çıkmasından sonra bu Taraflarca makul şartlar altında önlenemeyen veya üstesinden gelinemeyen...”¹⁰⁵

“... Bu Sözleşmedeki veya Bağlı Sözleşmelerde yer alan aksi yöndeki hükümlere bakılmaksızın, bu Sözleşme veya Bağlı Sözleşmelerin biri uyarınca L’nin (sözleşme) taraflarından birine ödeme yapma yükümlülüğü hariç; (burada) sayılan nedenlerden ötürü (yükümlülüğünü) ifa edemeyen veya ifa etmekte geciken taraf, bu sonuçlardan kaçınmak, (bu sonuçların) üstesinden gelmek veya (bu sonuçları) telafi etmek için azami gayreti göstermiş olması ve bu durumu ve sonuçlarını meydana gelmesinden itibaren 15 gün içinde karşı tarafa yazılı olarak bildirmiş olması kaydıyla; makul

¹⁰³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.438; bu klotda mücbir sebebin öngörülmezlik unsuru ifade edilmemiştir.

¹⁰⁴ Brunner, a.g.e., s.388.

¹⁰⁵ Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.81.

kontrolü dışında olan grevler, isyanlar, fırtınalar, yangınlar, patlamalar, doğal felaketler, savaş, idari faaliyet ve diğer benzeri nedenlerden dolayı uğramış olduğu kayıp, zarar ve ziyan, gecikme zararı veya diğer zayıatlardan ötürü diğer tarafa karşı sorumlu olmayacaktır ve (sözleşmedeki) tarafların bu Sözleşme ve Bağlı Sözleşmelerdeki herhangi bir yükümlülüklerini yukarıda anılan bir veya daha fazla nedenden ötürü ifa etmemeleri veya ifa etmede gecikmeleri 11. Madde bakımından bu Sözleşmenin ihlali sayılmayacaktır...”¹⁰⁶

Aşağıda verilen örnekte taraflar kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsurunu mücbir sebep klotunda yapılan tanıma eklememişlerdir:

“Âkit tarafların, teslim koşullarına ilişkin sözleşme hükümlerine kısmen veya tamamen uymamaları mücbir sebepten ileri geldiği takdirde, (taraflar) yükümlülüklerinden kurtulurlar. Mücbir sebep, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ve olağanüstü nitelikte herhangi bir olayın neticesi olan, sözleşmenin kurulması anında beklenilmeyen tüm koşulları kapsar.”¹⁰⁷

Yukarıda öngörülmezlik unsuru için yapılan açıklamalar kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsurunun mücbir sebep klotuna eklenmediği durumlar için de geçerlidir. Hakem veya hâkim, bu unsurların bilinçli olarak kloza eklenmediğini gösteren ciddi bir kanıt olmadıkça, bu durumu bir sözleşme boşluğu olarak değerlendirmeli ve sözleşmeye uygulanacak hukuka göre bu boşluğu doldurmalıdır. Tam tersi bir yaklaşım kontrolü dâhilinde gelişen bir olaya müdahale etmeyen sözleşme tarafını sorumluluktan kurtaracaktır ki bu durum hakkaniyete aykırı olacaktır.

c. DIŞSALLIK

Mücbir sebep klotlarında mevcut olan dışsallık unsuru, ulusal hukuk düzenlerindeki klasik mücbir sebep kavramında aranan dışsallık unsurundan farklıdır. Öncelikle ulusal hukuk düzenlerinde aranan bir kriter olan borçlunun rizikoyu üstlenmemiş olması kriteri genellikle ne uluslararası düzenlemelerde (CISG m.79, UPICC m.7.1.7), ne de uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep

¹⁰⁶ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 30, Gıda Sektöründen Bir Ortak Girişim Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1986, Süresi: Belirsiz süreli, Uygulanacak hukuk: New Jersey Eyaleti hukuku, ABD, s.329.

¹⁰⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.438; bu klotda kaçınılmazlık unsuru ifade edilmemiştir.

klozlarında açıkça yer almamaktadır. İşte bu kriter örtülü olarak mücbir sebep klozlarındaki dışsallık unsurunun içinde yer almaktadır. Bir olayın veya durumun yarattığı riskin taraflardan biri tarafından üstlenilmiş olması (söz gelimi bir tedarik garantisinin verilmiş olması veya ithalat-ihracat izinlerinin alınacağına garanti edilmesi) durumunda, zaten bu taahhütte bulunan tarafın kontrolü dışında bir olay veya durum söz konusu olamayacağından dışsallık unsuru gerçekleşmemiş olacaktır¹⁰⁸.

Bununla birlikte ulusal hukuk düzenlerinde genellikle kaçınılmaz mücbir sebep olayının aynı zamanda borçluya isnat edilememesi gerekmektedir, uluslararası ticaret uygulamasında, mücbir sebep olarak nitelendirilen olayların tarafların makul kontrolleri dışında gerçekleşmesi yeterli görülmektedir¹⁰⁹. Bu bağlamda borçlunun edimini ifa etmek için gereken olağan hazırlıkları, organizasyonu ve önlemleri kapsayan şirket içi veya üretim süreci ile alakalı olayların, makul kontrol alanının içine girdiği kabul edilmektedir¹¹⁰. Bir başka deyişle mücbir sebep klozlarında sıkça kullanılan “*tarafların kontrolü dışında*” ifadesi, bu olayların hem tarafların iradeleri dışında gerçekleştiğini, hem de bu olaydan kaçınmak ve bu olaylara karşı koymak için tarafların göstereceği makul gayretin sınırını aştığını ifade etmek için kullanılmaktadır¹¹¹. Bu bakımdan ulusal hukuklara nazaran uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında dışsallık -bir başka deyişle borçlunun olayla herhangi bir bağının bulunmaması- ve bu bağlamda kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsurları objektif olarak değil, subjektif ve tarafların profesyonel nitelikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmektedir¹¹².

¹⁰⁸ Aynı durumun aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları için de geçerli olduğuna ilişkin bkz. Brunner, *a.g.e.*, s.112.

¹⁰⁹ Antonmattei, *a.g.e.*, s.39.

¹¹⁰ Brunner, *a.g.e.*, s.117.

¹¹¹ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.439; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.169; CISG’nin Fransızca sürümünde tarafın “iradesi dışında bir engel” şeklinde bir ifade kullanılırken, İngilizce sürümünde “kontrolü dışında bir engel” ve Türkçe sürümünde “denetimi dışında bir engel” ifadesi kullanılmıştır. Her iki ifade tarzı da zarar gören tarafın kontrol alanı dışında bir engele işaret etmektedir. Dışsallık unsurunun maddi olarak değil, taraf iradesi bakımından dikkate alınması daha uygun olacağı hususunda bkz. Antonmattei, *a.g.e.*, s.40-43.

¹¹² Aynı durumda bulunan basiretli bir tacir nasıl davranması gerekirdi ise zarar gören taraf da o şekilde davranmış olmalıdır. Bkz. Kahn, *a.g.m.*, s.472; Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.99; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.169.

“Taraflardan biri, yükümlülüklerinden herhangi birini ifa etmemesinin, kendi iradesi dışında bir olaydan ötürü olduğunu...”¹¹³

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.1

... (a) Tarafların kontrolünün dışında olan...”¹¹⁴

“... Bu Sözleşmedeki veya Bağlı Sözleşmelerde yer alan aksi yöndeki hükümlere bakılmaksızın, bu Sözleşme veya Bağlı Sözleşmelerin biri uyarınca L’nin (sözleşme) taraflarından birine ödeme yapma yükümlülüğü hariç; (burada) sayılan nedenlerden ötürü (yükümlülüğünü) ifa edemeyen veya ifa etmekte geciken taraf, bu sonuçlardan kaçınmak, (bu sonuçların) üstesinden gelmek veya (bu sonuçları) telafi etmek için azami gayreti göstermiş olması ve bu durumu ve sonuçlarını meydana gelmesinden itibaren 15 gün içinde karşı tarafa yazılı olarak bildirmiş olması kaydıyla; makul kontrolü dışında olan grevler, isyanlar, fırtınalar, yangınlar, patlamalar, doğal felaketler, savaş, idari faaliyet ve diğer benzeri nedenlerden dolayı uğramış olduğu kayıp, zarar ve ziyan, gecikme zararı veya diğer zayıatlardan ötürü diğer tarafa karşı sorumlu olmayacaktır ve (sözleşmedeki) tarafların bu Sözleşme ve Bağlı Sözleşmelerdeki herhangi bir yükümlülüklerini yukarıda anılan bir veya daha fazla nedenden ötürü ifa etmemeleri veya ifa etmede gecikmeleri 11. Madde bakımından bu Sözleşmenin ihlali sayılmayacaktır...”¹¹⁵

Öngörülmezlik, kaçınılmazlık/karşı konulmazlık ve dışallık unsurları mücbir sebebin klasik unsurlarıdır. Dolayısıyla diğer iki unsura klotda yer verilmediği durumlarda olduğu gibi dışallık unsurunun da klotda yer almaması, aksine bir kanıt olmadıkça bir sözleşme boşluğu olarak değerlendirilmelidir.

d. MÜCBİR SEBEBİN MEYDANA GETİRDİĞİ SONUÇ: İMKÂNSIZLIK

Klasik anlamda mücbir sebep olayının başlıca etkisi sözleşmedeki edimin veya edimlerin ifasını imkânsız kılmasıdır. Bu sebeple ulusal hukuk düzenlerinde ifanın sonradan imkânsız hale gelmesi, mücbir sebebin etkileri bakımından aranan

¹¹³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.439.

¹¹⁴ Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.81.

¹¹⁵ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 30, Gıda Sektöründen Bir Ortak Girişim Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1986, Süresi: Belirsiz süreli, Uygulanacak hukuk: New Jersey Eyaleti hukuku, ABD, s.329.

şartlardan biridir. Borçlunun yükümlülüğünün klasik anlamda imkânsızlaşması için pratik yönden edimin yerine getirilmesinin hiç kimseden beklenemeyecek hale gelmesi¹¹⁶, imkânsızlığın devamlı olması¹¹⁷ ve borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu olmaması gerekir.

“Mücbir sebepler sözleşmesel yükümlülüklerin ifasının devam etmesini imkânsız kılan, kontrol edilemeyen, Sözleşmenin kurulması anında taraflarca öngörülemeyen ve taraflardan birinin neden olmadığı... beklenmeyen durumlardır.”¹¹⁸

Taraflar istisnaen de olsa mücbir sebep klotunda kararlaştırdıkları tanımda, olayın sözleşmenin ifası üzerindeki etkisine, yani imkânsızlık unsuruna atıf yapmamaktadırlar. Bu durumda mücbir sebep klotunu değerlendirecek hakem veya hâkim, taraflar aksini kararlaştırmak istediklerini kanıtlamadıkça, klotun diğer hükümleri ile veya sözleşmeye uygulanacak hukukla bu sözleşme boşluğunu dolduracaktır. Aşağıda verilen örneklerde mücbir sebep tanımlarında imkânsızlık unsuruna yer verilmemiştir:

“Sözleşmenin ifasında mücbir sebepten, tarafların iradelerinden bağımsız, öngörülemeyen ya da öngörülebilen olsa dahi kaçınılmaz tüm olaylar anlaşılır.”¹¹⁹

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.1 Mücbir Sebebin Tanımı

Bu Maddede “Mücbir Sebep” kavramı;

- (a) Tarafların kontrolünün dışında olan,
 - (b) buna karşı bu Tarafların Sözleşmenin kurulma aşamasında makul olarak hiçbir önlem alamadıkları,
 - (c) ortaya çıkmasından sonra bu Taraflarca makul şartlar altında önlenemeyen veya üstesinden gelinemeyen ve
 - (d) maddi olarak diğer Tarafa isnat edilemeyen
- sıradışı olaylar ya da durumlar anlamına gelmektedir...”¹²⁰

¹¹⁶ Dural, a.g.e., s.120.

¹¹⁷ Dural, a.e., s.122.

¹¹⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.437.

¹¹⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.438.

¹²⁰ İmkânsızlık unsuru tanımı değil, maddenin 7. fıkrasında yer almaktadır. Bkz. Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.81; Christopher R. Seppälä, **FIDIC's New Standard Forms of Contract: Risks, Force Majeure and Termination/Les Nouveaux Modèles de Contrats FIDIC: Risks, Force Majeure et Résiliation**, International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales, No.8, 2000, s.1020.

Klasik mücbir sebep kavramı ile aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramı arasındaki temel farklılık, mücbir sebepte zarar gören tarafın yükümlülüğünün herhangi bir kusuru olmaksızın imkânsızlaşması, aşırı ifa güçlüğü/hardship ise koşulların değişmesinden etkilenen tarafın yükümlülüğünün ağırlaşması ve çekilmez hale gelmesidir. Bununla birlikte aşırı ifa güçlüğü/hardship zarar gören taraf fiilen yükümlülüğünü/yükümlülüklerini yerine getirebilir¹²¹. Öte yandan mücbir sebep klotlarındaki olayların her zaman bir yükümlülüğün ifasını imkânsız hale getirmesi aranmamaktadır. Taraflarca imkânsızlık durumu yerine, bu olayların edimin ifasını zorlaştırması veya ticari veya endüstriyel açıdan oldukça zor duruma getirmesi de kararlaştırılabilir¹²²:

“... ya da işbu sözleşmedeki yükümlülüklerinin ifasını endüstriyel veya ticari açıdan imkânsız ya da aşırı güç kılan kontrolü dışındaki herhangi bir sebep...”¹²³

Yukarıda verilen ifadenin belirsizlik yaratacağı düşünüldüğü takdirde izlenmesi gereken yol ya açıkça imkânsızlık unsurunu mücbir sebep klotuna eklemek ya da aşağıdaki örnekte görüleceği üzere aşırı ifa güçlüğü/hardship durumlarının mücbir sebep olarak sayılmayacağını ifade etmek olacaktır:

“... Mücbir sebep veya beklenmeyen halden, tarafın kusurundan veya fiillerinden bağımsız olarak ve onun için öngörülemez şekilde, sözleşmedeki yükümlülüklerin ifasını mutlak imkânsız kılan, bu ifayı daha güç veya daha külfetli kılan olaylar haricindeki olayların anlaşılması gerekir...”¹²⁴

“... Mücbir sebep (deyiminden), sözleşmenin ifası bakımından, sözleşmenin ifası üzerinde doğrudan etkiye haiz, öngörülemez, karşı konulamaz, tarafların kontrolü dışında olan her türlü fiil ve olay anlaşılır. Sonuç olarak, makul özen gösterilerek gerçekleşeceğini öngörmenin ve sonuçlarına karşı önlem almanın mümkün olacağı her türlü fiil ve olay, işbu sözleşme bakımından bir mücbir sebep hali oluşturmayacaktır. Aynı şekilde, bir yükümlülüğün ifasını borçlu için sadece daha

¹²¹ Draetta, Lake, a.g.e., s.100; Almeida Prado, a.g.e., s.170.

¹²² Draetta, *International Trade Practice*, s.552.

¹²³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.440.

¹²⁴ Kahn, a.g.e., s.470.

zor veya daha külfetli kılan her türlü fiil ve olay da bir mücbir sebep hali oluşturmayacaktır...’’¹²⁵

e. MÜCBİR SEBEBİN GERÇEKLEŞME ZAMANI

Mücbir sebep klozunun, sözleşmenin kurulmasından evvel meydana gelen olayları da kapsayıp kapsamayacağının belirlenmesi gerekir. Birçok hukuk düzenindeki klasik ifa imkânsızlığı kavramı, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin ifası sürecinde meydana gelen olayları mücbir sebep olarak kabul etmektedir¹²⁶. Bu bakımdan sözleşme kurulmadan evvel meydana gelmiş ve sözleşme taraflarınca bilinmeyen veya bilinmesi de mümkün olmayan olayların bu kapsama dâhil edilip edilemeyeceği hususu tartışma yaratmaktadır¹²⁷. Örneğin Türk-İsviçre hukukunda önceki ve sonraki imkânsızlık durumlarına bağlanan sonuçlar farklıdır.  nceki imkânsızlık halinde BK. m.20/1 (CO. Art.20/1) uyarınca sözleşme b t l olurken, sonraki imkânsızlık halinde sözleşme tarafları karşılıklı yükümlülüklerinden kurtulmaktadırlar¹²⁸. Türk-İsviçre hukukunda BK. m.20/1 (CO. Art.20/1) getirilen bu ayrımın, emredici bir hüküm olup olmadığı hususu tartıřmalıdır¹²⁹. Bu bakımdan sözleşmeye uygulanacak hukukun İsviçre ya da Türk hukuku olarak seçildiği bir sözleşmede mücbir sebep klozunun sözleşme kurulmadan evvel meydana gelmiş ve sözleşme taraflarınca bilinmeyen veya bilinmesi de mümkün olmayan ve sözleşme konusunu objektif olarak imkânsız kılan olayları da

¹²⁵ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klok 31, Seramik Endüstrisinden Anahtar Teslim Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1991, Süresi: 2 yıl, Uygulanacak hukuk: Cezayir hukuku, s.329-330.

¹²⁶ İsviçre/Türk, Fransız, İngiliz ve Amerikan hukukunda önceki-sonraki imkânsızlık ayrımları yapılırken Alman hukukunda son yapılan değişiklikle bu ayrımlar ortadan kaldırılmış ve imkânsızlığa ilişkin ayrımlar bu hukuki duruma bağlanan hukuki sonuçlar bakımından düzenlenmiştir.

¹²⁷ Almeida Prado, a.g.e., s.167; Brunner, a.g.e., s.227-246.

¹²⁸ Türk-İsviçre hukukunda başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık birbirlerinden ayrılmaktadır. Bu ayrım, imkânsızlığın ortaya çıkma anına göre yapılır. Başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda edimin ifasının mümkün olmamasıdır. Başlangıçtaki imkânsızlık BK. m.20/1’de (CO. Art.20/1) butlan sebepleri arasında sayılmıştır. Borcun konusunu oluşturan edim ifa edilemeyeceğinden sözleşme b t l olacaktır. Bunun doğal sonucu da sözleşme başka bir işlemlle geçerli hale getirilemez. Sonraki imkânsızlık ise, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkan bir engelin, edimin ifası sürekli ve kesin olarak önlemesidir. Borçlunun sorumlu olup olmamasına göre iki ayrı maddede (BK. m.96/CO. Art.97 ve BK. m.117/CO. Art.119) düzenlenmiştir.

¹²⁹ Mehmet Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.253.

kapsaması durumunda, mücbir sebep klozu emredici hükümlerle çatışıp çatışmayacağı meselesi ortaya çıkabilir.

Birçok mücbir sebep klotunda söz konusu olayın ne zaman meydana geleceğine ilişkin herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Bu durumda kural olarak klotun sözleşme kurulmadan evvel meydana gelmiş olan mücbir sebepleri de kapsayıp kapsamayacağı sorunu sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılarak çözülecektir¹³⁰. Uluslararası ticari sözleşmelerde önceki imkânsızlık büyük ölçüde sözleşme tarafının bilgi eksikliğine dayanmaktadır. Basiretli tacirlerin kurduğu sözleşmelerde, tarafların doğru bilgiye ulaşabilecek faaliyet organizasyonlarının olduğu kabul edilmektedir. Bu tacirler için kabul edilen mesleki yetki karinesi de aynı koşullar altında bulunan tacirlerin sahip oldukları bu organizasyonun objektif olarak değerlendirilmesini gerektirir¹³¹. Öte yandan uluslararası ticari sözleşmelerde genellikle taraflar sözleşmenin kurulduğu koşulları veya yükümlülüklerini ifade etmek için "... beyan, kabul ve taahhüt eder..." şeklinde ifadeler kullanmaktadırlar. Bu bakımdan sözleşme kurulurken tarafların içinde bulundukları durumu bildiklerini ve bu durumun yaratacağı sonuçları üstleneceklerini taahhüt etmektedirler. Böyle bir taahhüdün olması durumunda önceki imkânsızlıktan etkilenen taraf mücbir sebep klotuna dayanamayacak ve sorumluluktan kurtulamayacaktır¹³².

Sonuç olarak sözleşme kurulurken mevcut bilgi eksikliği bu tarafın kontrol alanına dâhil olmakta ve bu sözleşme tarafı da ihmalinin veya kusurunun bulunmadığını, mücbir sebebin tamamen kendi kontrolünün dışında olduğunu kanıtlamak durumunda kalacaktır. Öte yandan sözleşme kurulurken mevcut koşullara ilişkin garanti verilmesi durumunda da mücbir sebep klotundan yararlanılamaz. Bu sebeple kanaatimizce sözleşme klotunun mücbir sebebin gerçekleşme zamanına herhangi bir atıfta bulunmaması durumunda dahi esas olarak sözleşmenin ifası sürecinde karşılaşılan olaylar mücbir sebep klotunun kapsamına girecektir.

Bu bakımdan çıkabilecek muhtemel tartışmaların önüne geçmek amacıyla sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşme serbestisini sınırlayan emredici

¹³⁰ Almeida Prado, a.g.e., s.167; Draetta, Lake, a.g.e., s.193.

¹³¹ Brunner, a.g.e., s.236.

¹³² Altunkaya, a.g.e., s.254.

kurallarına aykırı olmamak ve açıkça kararlaştırılmak kaydıyla taraflar sözleşmenin kurulmasından evvel meydana gelen olayları bu kapsama dâhil edebilirler¹³³:

“... Sözleşmenin kurulmasından evvel meydana gelen ve bu Klotda atıf yapılan bir durum, sadece Sözleşmenin ifası üzerindeki etkileri Sözleşme kurulduğu zaman öngörülemediği takdirde askıya alma hakkı verecektir...”¹³⁴

f. MAKUL ÖLÇÜ KRİTERİ VE KLASİK MÜCBİR SEBEP UNSURLARININ ESNETİLMESİ/YUMUŞATILMASI

Uluslararası ticari sözleşmelerde taraflar yapmış oldukları mücbir sebep tanımlarındaki kaçınılmazlık/karşı konulmazlık, öngörülmezlik ve dışsalılık unsurlarını esnetmek ve yumuşatmak amacıyla “makul ölçü” kriterini kullanmaktadırlar. Aşağıdaki örneklerde makul ölçü kriteri ile öngörülmezlik, kaçınılmazlık/karşı konulmazlık ve dışsalılık unsurlarının esnetildiği görülmektedir:

“... Sonuç olarak, makul özen gösterilerek gerçekleşeceğini öngörmenin ve sonuçlarına karşı önlem almanın mümkün olacağı her türlü fiil ve olay, işbu sözleşme bakımından bir mücbir sebep hali oluşturmayacaktır...”¹³⁵

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.1

... (c) ortaya çıkmasından sonra bu Taraflarca makul şartlar altında önlenemeyen veya üstesinden gelinemeyen...”¹³⁶

“Taraflardan biri, yükümlülüklerinden herhangi birini ifa etmemesinin, kendi iradesi dışında bir olaydan ötürü olduğunu... sözleşmenin kurulması anında bu engelleyici olayı ve ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini öngörmekten makul olarak sorumlu

¹³³ UPICC m.3.3’te önceki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmiştir. Önceki-sonraki imkânsızlık ayrımında bulunmayan CISG m.79’da ve FIDIC Kırmızı Kitap m.19.1’de de aynı yaklaşım benimsenmiştir. Bkz. Brunner, a.g.e., s.233; MTO’nun model klotunda sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ve taraflarca bilmedikleri veya bilemeyecekleri mücbir sebep olaylarını klotun kapsamı dışında bırakan herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Klotu hazırlayan Çalışma Grubu, tarafların mücbir sebep klotunu sadece sözleşmenin kurulması anından sonraki olaylara uygulamak istedikleri takdirde sözleşmeye koyacakları özel bir hükümle bunu sağlayabileceklerini ifade etmiştir. Bkz. Force Majeure and existing impediments, ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, International Chamber of Commerce, Publication No.650, Paris, 2003, s.11, [ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003].

¹³⁴ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 27, Makine Sektöründen Bir Satım Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1994, Süresi: 2–5 yıl, Uygulanacak hukuk: İsveç hukuku, s.327.

¹³⁵ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 31, Seramik Endüstrisinden Anahtar Teslim Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1991, Süresi: 2 yıl, Uygulanacak hukuk: Cezayir hukuku, s.329–330.

¹³⁶ Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.81.

tutulmayacağını; ve bu engelden veya en azından etkilerinden, makul olarak kaçınmayacağını veya bunları aşamayacağını kanıtladığı ölçüde sorumlu tutulmayacaktır.”¹³⁷

“... makul ve dikkatli bir işleticinin/operatörün (*operator*) standartlarına uygun hareket eden tarafın kontrolü dışında meydana gelen bir olay veya şartların değişmesi...”¹³⁸

Bunlarla birlikte yukarıda ifade edildiği üzere klasik mücbir sebep kavramının zorunlu unsurları içinde belki de en sık yumuşatılmaya çalışılan unsur imkânsızlıktır. İncelenen mücbir sebep klotlarında tarafların imkânsızlık unsurunu başka ifadelerle esnettikleri görülmüştür. Mücbir sebep olaylarının sözleşmedeki yükümlülükler üzerindeki etkisinin mutlak imkânsızlık olması istenmediğinde, ya aşırı ifa güçlüğü/hardship yaratan durumlarında bu klot kapsamında olduğu ya da meydana gelen olayın sözleşmedeki yükümlülükler üzerindeki etkisinin imkânsızlık olmayacağı, taraflarca açıkça mücbir sebep klotunda belirtilmelidir. Bu durumda yukarıda da ifade edildiği üzere mücbir sebep klotu, aşırı ifa güçlüğü klotlarına yaklaştacaktır:

“Etkilenen tarafın kontrolü dışında, kusuru ve ihmali olmaksızın gerçekleşen... bir Tarafın işbu sözleşmedeki herhangi bir yükümlülüğünü esaslı ve olumsuz olarak etkileyen herhangi bir olay... Mücbir Sebep olarak kabul edilir.”¹³⁹

“... ya da işbu sözleşmedeki yükümlülüklerinin ifasını endüstriyel veya ticari açıdan imkansız ya da aşırı güç kılan kontrolü dışındaki herhangi bir sebep...”¹⁴⁰

“MTO Mücbir Sebep Klotu 2003

[1] Aksi taraflarca sözleşmede açıkça veya zımnen kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin bir tarafı bir veya birden fazla sözleşmesel yükümlülüğünü ifa etmemesi durumunda, bu taraf:

[a] ifa etmemesinin makul kontrolü dışında bir engelden ileri geldiğini ve

[b] engelin gerçekleşmesini sözleşmenin kurulması anında dikkate almasının makul olarak beklenemeyeceğini ve

¹³⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.439.

¹³⁸ Kahn, a.g.m., s.476.

¹³⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.440.

¹⁴⁰ Fontaine, de Ly, a.e..

[c] engelin etkilerinden makul olarak kaçınamayacağını veya bunları aşamayacağını kanıtladığı ölçüde bu Klozun 4 ila 9. paragraflarında yer alan sonuçlara tabi olacaktır...”¹⁴¹

g. “ELİNDEN GELENİN EN İYİSİNİ YAPMA/AZAMİ GAYRET GÖSTERME” BORCU (DUTY OF BEST EFFORTS/BEST ENDEAVOUR)

Uluslararası ticari sözleşmelerde taraflar bir mücbir sebebin meydana gelmesi durumunda gösterecekleri davranışları belirlerken bir takım ifadeler kullanmaktadırlar. Bu durumda genellikle taraflar “elinden gelenin en iyisi yapma/azami gayret gösterme” (*best efforts, meilleurs efforts*) ve “makul ölçüde gayret gösterme” (*reasonable efforts, efforts raisonnables*), “gerekli özen” (*due diligence*) ve “endüstri/sanayi standartları, meslek kuralları” (*industry standards, règles de l’art*) ifadelerine atıfta bulunmaktadırlar¹⁴². Mücbir sebep klorları bakımından bu ifadeler klozun iki safhasında da önem kazanmaktadır. Taraflar klorlarda öncelikle zararlı olaydan veya durumdan kaçınmak ve bu olayın veya durumun etkilerine karşı koymakla yükümlü olduklarını kararlaştırmaktadırlar. Bu zararlı olayın veya durumun gerçekleşmesinden sonra taraflar ikinci bir yükümlülük olarak olayın veya durumun yarattığı zararları azaltmayı ve minimize etmeyi kararlaştırmaktadırlar. Her iki aşamada da yukarıda söz konusu ifadelerin kullanıldığı gözlemlenmiştir¹⁴³.

Anglo-Amerikan hukuku kökenli bu ifadelerle getirilen yükümlülükler Kıta Avrupası hukuku bakımından, Fransız hukukundaki *vasita borcu* kavramı ile

¹⁴¹ MTO’nun hazırlamış olduğu model klozun içerdiği mücbir sebep tanımı, 1985 tarihli model klotan, CISG’nin 79. maddesinden, Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinin 8:108 bölümünden ve UPICC’nin 7.1.7 maddesinden alınan unsurların bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur. Klotun uygulanması için ifanın tam olarak imkânsızlaşmasının beklenmediği, bu sebeple de makul ölçü kriterinin hem dışsallık, hem kaçınılmazlık/karşı konulmazlık hem de öngörülmezlik unsurlarını yumuşatmak amacıyla kullanıldığı kloza ilişkin verilen notlarda belirtilmiştir. Bkz. The General Force Majeure Formula in paragraph 1, ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.9 ve s.11.

¹⁴² Marcel Fontaine, “Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et Règles de l’Art dans les Contrats Internationaux – Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence and Industry Standards in International Agreements”, *International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*, No.8, 1988, s.985.

¹⁴³ Firoozmand, *a.g.m.*, s.431.

açıklanabilir¹⁴⁴. Sözleşmeler hukukunda mutlak sorumluluk kuralını benimseyen Anglo-Amerikan hukukunda bu ifadelere ilişkin çok belirgin bir ayırım yapılmamaktayken, Fransız hukukunda getirilen vasıta borcu-sonuç borcu ayrımı, taraflarca getirilen bu yükümlülüğün hukuki niteliğinin belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Teorik olarak sonuç borcunda belli bir sonuca ulaşılması taahhüt edilirken, vasıta borcunda belli bir sonuca ulaşmak amacıyla ve fakat sonuç garantisi olmadan, iyi niyetle ve dürüstlük kuralına uygun hareket edileceği taahhüt edilir¹⁴⁵. Bu ayırımın pratikteki önemi de ispat yükünün hangi tarafa düşeceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Sonuç borcunda taahhüt edilen sonucun gerçekleşmemesi durumunda borçlu kendisini sorumluluktan kurtaracak delilleri gösterecekken, vasıta borcunda alacaklı gereken özenin gösterilmediğini kanıtlamak durumundadır¹⁴⁶. Genellikle uluslararası ticari sözleşmelerde de bu yükümlülüğün bir vasıta borcu olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁷. Bütün bu açıklamaların ışığında kanaatimizce bu ifadelerin kullanılmasının arkasında yatan mantık, mücbir sebep klotunda taraflar için bir özen yükümlülüğü getirmektir.

Bu ifadeleri kullanarak taraflar, mücbir sebep oluşturan bu olaydan kaçınmak ve olayın meydana getireceği sonuçları kontrol altına almak için ellerinden geleni yapacaklarını, azami tüm gayreti göstereceklerini mücbir sebep klotunda bir yükümlülük olarak kararlaştırmaktadırlar. Böyle bir durumda bir olaydan zarar gören taraf, olayı engellemek veya olayın üstesinden gelmek için elindeki tüm makul imkânlarını kullanmış olmasına rağmen olaydan ve muhtemel sonuçlarından kaçınamamış olacaktır. Bu safhada hakem veya hâkim tarafından yapılacak değerlendirme aynı durumda bulunan dikkatli ve özenli bir tacirin davranışının ne olacağını belirlemek olmalıdır¹⁴⁸. Şöyle ki mücbir sebep olayından kaçınmak veya

¹⁴⁴ E. Allan Farnsworth, "On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law", *University of Pittsburg Law Review*, Vol.46, No.1, 1984, s.4.

¹⁴⁵ Farnsworth, *a.g.m.*, s.3.

¹⁴⁶ Fontaine, *a.g.m.*, s.1016.

¹⁴⁷ Uluslararası ticaret hukukunda vasıta borcu ile sonuç borcu ayrımı, hem sözleşmeleri kaleme alan taraflarca hem de bu sözleşmeleri yorumlayan üçüncü şahıslarca kabul görmektedir. Bkz. Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.48-60.

¹⁴⁸ Bu ifadelerin yorumu elbette klotları yorumlayacak olan kişiye ve somut olaya göre değişecektir. Anglo-Amerikan hukukunda "elinden gelenin en iyisini yapma/azami gayret gösterme" ifadesi ile "makul ölçüde gayret gösterme, makul özen" ifadelerinin birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı kabul edilmektedir. Benzer şekilde "gerekli özenin gösterilmesi" ifadelerinde gerekli özenden, yükümlülüğün ifasında makul olarak gösterilmesi gereken özen anlaşılmalıdır. "Mesleğin

olayın üstesinden gelip kontrol altına almak için mücadele edecek olan taraf, bedeli ne olursa olsun bütün imkânlarını bu amaç için seferber etmeyecek, sadece makul olan ölçüde zarardan kaçınmak veya en azından zararın büyümesini engellemek için gayret gösterecektir¹⁴⁹. Bu yükümlülük genellikle hem mücbir sebep klotlarında hem de aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında hem karşılaşılan güç durumları aşmak hususunda, hem de müzakerelerin yürütülmesi hususunda taraflara yükletilmektedir:

“... Bir Taraf, makul olarak tahmin edilemeyen veya engellenemeyen ve gereken özen gösterilerek üstesinden gelinemeyecek yangın, grev...”¹⁵⁰

“... (burada) sayılan nedenlerden ötürü (yükümlülüğünü) ifa edemeyen veya ifa etmekte geciken taraf, bu sonuçlardan kaçınmak, (bu sonuçların) üstesinden gelmek veya (bu sonuçları) telafi etmek için azami gayreti göstermiş olması ve bu durumu ve sonuçlarını...”¹⁵¹

“Sözleşmenin ifasında mücbir sebepten, tarafların kontrolü dışında gelişen ve tarafların makul olarak imkân(ları) dâhilindeki tüm çabalarına rağmen engel olunamayacak her türlü kaçınılmaz ve öngörülmez olay anlaşılır.”¹⁵²

“... uluslararası petrol endüstrisi uygulamalarına uygun olarak gereken özen ile hareket eden...”¹⁵³

“... makul ve dikkatli bir işleticinin/operatörün (operator) standartlarına uygun hareket eden tarafın kontrolü dışında meydana gelen bir olay veya şartların değişmesi...”¹⁵⁴

kurallarına uygun olarak, genel kabul görmüş profesyonel standartlara uygun olarak, endüstri/sanayi standartları uyarınca” ifadeleri ise edimin ifasında daha profesyonel bir kalite sınırı çizmek için kullanılmaktadır. Burada borçludan sadece makul özeni göstermesi değil, aynı zamanda söz konusu alanda meslek kurallarına uygun hareket etmesi beklenir. Bu yetkin kişinin edimini ifa ederken uyacağı standartlar, uluslararası meslek örgütleri ve kuruluşlarının yayınladıkları kurallar, yönetmelikler gibi belli somut verilerle de tespit edilebilir. Bkz. Fontaine, *a.g.m.*, s.985; Türk hukukuna göre yapılacak bir yorumda TTK. m.20/II uyarınca, her tacirin ticaretine ait tüm faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi gerekir. Her tacir faaliyetlerinde tedbirli ve tecrübeli bir iş adamı gibi hareket etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü aykırılık sebebiyle bir zarar doğarsa, tacir bu zarardan dolayı sorumlu olur. Bkz. N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.235.

¹⁴⁹ Kahn, *a.g.m.*, s.476–477.

¹⁵⁰ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Klot 28, Kauçuk Distribütörlüğü Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1997, Süresi: 2 yıl, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.328.

¹⁵¹ Almeida Prado, *a.e.*, Ek III, Klot 30, Gıda Sektöründen Bir Ortak Girişim Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1986, Süresi: Belirsiz süreli, Uygulanacak Hukuk: New Jersey Eyaleti Hukuku, ABD, s.329.

¹⁵² Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.439.

¹⁵³ Konarski, *a.g.m.*, s.411.

h. MÜCBİR SEBEP TANIMINDA SÖZLEŞME DIŞINDAN KAYNAKLARA ATIF YAPILMASI

Bazen taraflar bu klozlarda özgün bir tanım yapmak yerine, sözleşme haricindeki yorum kaynaklarına atıf yapmayı tercih etmektedirler. Genellikle bu yorum kaynakları sözleşmeye uygulanacak hukuk, doktrin ve yargı kararları olmaktadır¹⁵⁵. Bu sayede taraflar gelecekte hangi durumların bir mücbir sebep oluşturacağına ilişkin tartışmaları önleyebilirler ve sözleşmeye uygulanacak hukuk ile tam uyumlu bir mücbir sebep tanımı elde edebilirler¹⁵⁶. Ancak klozda belli bir ülke kanununda yapılmış olan bir mücbir sebep tanımına atıf yapıldığı takdirde sözleşmeye uygulanacak hukukun da o ülke hukuku olması gerekir. Aksi halde sözleşmeye uygulanacak hukuk ile klozda yapılan tanım arasında uyumsuzluk, tutarsızlık ve bölünme (“*dépeçage*”) oluşabilir¹⁵⁷. Başka bir deyişle sorumluluk rejimini bir hukuka, sorumluluk nedenlerini ayrı bir hukuka tabî tutmak uyumsuzluk halinde kavram kargaşasına yol açabilecektir¹⁵⁸:

“... Ancak Brezilya Medeni Hukuk Usulü Kanunu’nun 1058. maddesi uyarınca bir Doğal Afetin veya Mücbir Sebebin meydana gelmesi durumunda Tarafların bu Sözleşme ile taahhüt ettikleri yükümlülükleri yerine getirmemelerine/ifa etmemelerine müsaade edilebilir...”¹⁵⁹

“Doktrinde kabul edilen mücbir sebep hallerine ilaveten...”¹⁶⁰

¹⁵⁴ Kahn, a.g.m., s.476; Klozdaki “*Makul ve dikkatli işletici/operatör*” ifadesinden, sözleşmedeki yükümlülüklerini iyi niyetle ve dürüstlük kuralına uygun ifa etmeye çalışan ve bunu yaparken de, aynı veya benzer koşullarda ve benzer taahhütte bulunan, kalifiye ve tecrübeli bir işletici/operatörden makul ve normal olarak beklenen beceri, özen, dikkat ve öngörü derecesini gösteren bir kişinin davranışları kastedilmektedir. Bkz. Konarski, a.g.m., s.411.

¹⁵⁵ Almeida Prado, a.g.e., s.167; Firoozmand, a.g.m., s.426.

¹⁵⁶ Firoozmand, a.g.m., s.426.

¹⁵⁷ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.49–50; Sözleşme tarafları aralarındaki sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu husus Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk hakkında Roma Tüzüğü’nün 3. maddesinde (MÖHUK. m.24/II) ifade edilmiştir. Bkz. Fouchard, Gaillard, Goldman, a.g.e., s.794.

¹⁵⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.442; Fouchard, Gaillard, Goldman, a.g.e., s.795.

¹⁵⁹ 1998 tarihli Brezilya Petrol ve Doğalgaz Arama, Geliştirme ve Üretim için Model İmtiyaz Sözleşmesinin 30(1) maddesi için bkz. Firoozmand, a.g.m., s.426.

¹⁶⁰ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.441.

Yukarıda verilen örneklerin haricinde bir olayın mücbir sebep niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesini hakemlere tabî kılan veya uluslararası ticaret hukukuna atıf yapan örnekler de mevcuttur¹⁶¹. Tarafların mücbir sebebin tanımını yapmaksızın içeriğinin hakem kararlarınca veya uluslararası ticaret hukuku (*lex mercatoria*) uygulamasındaki mücbir sebep kavramı uyarınca belirlenmesini tercih etmelerinin nedeni, sözleşmeye uygulanacak hukuktaki mücbir sebep kavramından bağımsız olarak klotun kapsamını genişletmektir. Günümüzde ulusal hukuk düzenlerinin dışında bir mücbir sebep kavramı uluslararası ticaret hukuku düzenlemelerinde somut olarak yer almaktadır¹⁶². Bununla birlikte bu tür belirsiz ifadelerin oldukça tehlikeli olduğu ve bir mücbir sebep meydana geldiği takdirde bu uluslararası düzenlemelerin taraflar arasında yorum uyumsuzluklarına neden olabileceği doktrinde ifade edilmiştir¹⁶³.

“... ile aynı şekilde tahkim tarafından mücbir sebep hali olarak tanımlanacak diğer haller...”¹⁶⁴

“... uluslararası kabul görmüş mücbir sebep...”¹⁶⁵

Mücbir sebep klotlarının ana hedeflerinden biri de ulusal veya uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer almayan hususları düzenlemek ve tarafların arasındaki ticari ilişkinin (ilişkinin içinde olduğu endüstriye bağlı olarak) teknik yapısına en uygun mücbir sebep tanımını taraflara sağlamaktır. Bu sebeple tarafların mücbir sebep klotunda dış kaynaklara atıf yaparak mücbir sebebi tanımlamaları, yukarıda sayılan olumlu yanlarının yanında kanaatimizce klotun esas amacına hizmet etmemektedir.

i. MÜCBİR SEBEP TANIMININ KLOZDA YAPILMAMIŞ OLMASI

Bazı klotlarda mücbir sebep kavramını tespitite kullanılacak doğrudan veya dolaylı bir unsur öngörülmeyle, kavram olduğu gibi ve buna ilişkin herhangi bir

¹⁶¹ Kahn, a.g.m., s.474; Draetta, *International Trade Practice*, s.551.

¹⁶² UPICC m.7.1.7; CISG m.79.

¹⁶³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.441; Kahn, a.g.m., s.474.

¹⁶⁴ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.441.

¹⁶⁵ Kahn, a.g.m., s.474.

açıklama yapılmaksızın kullanılmaktadır. Bu bakımdan bu klozu yorumlamada¹⁶⁶ başvurulacak yegâne kaynak sözleşmeye uygulanacak hukuk olmaktadır. Elbette bu hukukun da mücbir sebep kavramını tanıması gerekir¹⁶⁷:

“Sözleşme süresince ortaya çıkabilecek tüm mücbir sebep halleri (etkilenen) tarafı sorumluluktan kurtaracaktır...”¹⁶⁸

“Taraflar, mücbir sebepten ötürü ifade bulunamadıkları takdirde, diğer haklarına hanel gelmeksizin ve herhangi bir sorumlulukları olmaksızın bu sözleşmeyi feshedebilirler.”¹⁶⁹

“Tedarikçinin mücbir sebep hali için, tedarik edilecek mal miktarında bir azalma öngörmesi halinde...”¹⁷⁰

¹⁶⁶ İki Afrika ülkesinin devlet şirketleri aralarında petrol ürünlerinin satımına ilişkin sözleşme kurmuşlardır. X şirketi (Alıcı/Davalı) Y şirketinin (Satıcı/Davacı) gönderdiği ürünleri teslim aldığını kabul etmekle birlikte, devletin merkez bankasınca getirilen kambiyo kısıtlamalarından ötürü Y şirketine ödeme yapmadığını ve bu durumun bir mücbir sebep oluşturduğunu iddia etmektedir. Bu durumun sözleşmeye aykırı olduğunu iddia eden Y şirketi meseleyi MTO tahkim mahkemesine götürmüştür. Uyuşmazlığa tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminden ötürü Fransız hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir. Hakemler öncelikle sözleşmedeki mücbir sebep klotunu incelemişlerdir: “Taraflar, her ne şekilde olursa olsun, mücbir sebebi ileri süren tarafın kusuru veya ihmali olmamak kaydıyla, mücbir sebepten ötürü sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ifa edilmemesinden veya ifasının gecikmesinden doğan kayıp ve zararlardan sorumlu olmayacaklardır. (Satıcının devletin) devlet kurumlarının çıkardığı bir yasal veya düzenleyici metine veya (satıcı devletin) taraf olduğu uluslararası sözleşmeler dayanan tüm hükümlere veya önlemlere, işbu metin veya anlaşma ihtilaflı olsun olmasın, satıcı veya alıcı tarafından uyulması bu sözleşme bakımından özellikle mücbir sebep oluşturacaktır.” Satıcı Y şirketi, davalı X şirketinin bu mücbir sebep klotuna dayanamayacağını, zira bu klotun sadece satıcının devletin aldığı yasal ve düzenleyici önlemleri kapsadığını ileri sürmüştür. Hakemler bu iddiayı reddederek, hem mücbir sebep klotundaki “taraflar” ibaresinin her iki sözleşme tarafını da kapsadığını; hem de ikinci cümledeki “özellikle” ifadesinin söz konusu olayın bir örnek olarak kloza eklenmiş olduğunu gösterdiğini ifade etmişlerdir. Daha sonra hakemler X şirketinin merkez bankasından döviz temin edememesinin bir mücbir sebep oluşturup oluşturmayacağını incelemişlerdir. Söz konusu mücbir sebep klotunda mücbir sebebin tanımı ve unsurları yer almadığından, hakemler Fransız hukukunda kabul edilen mücbir sebep tanımına ve unsurlarına (dışsalılık, öngörülmezlik, kaçınılmazlık/karşı konulmazlık) atıf yapmışlardır. Hakemler X devletindeki kambiyo mevzuatının sözleşmenin kurulması sırasında yürürlükte bulunmasından ötürü somut olayda öngörülmezlik unsurunun oluşmadığını tespit etmişlerdir. Aynı şekilde hakemler X ülkesinin merkez bankasının yıllık raporlarından X ülkesinin ihracatındaki azalma ve dış ödemelerinin artmasından dolayı kambiyo rezervlerinde önemli bir azalma olduğunu belirlemişlerdir. Bu bakımdan X şirketinin kendi ülkesindeki kambiyo rezervlerini koruyucu bir takım önlemlerin alınacağını öngörerek hareket etmesi ve gerekli döviz rezervi hususunda kendi merkez bankasından garanti alması gerektiği de kararda ifade edilmiştir. bkz. ICC Award No.3099/3100 (1979), Jarvin, Derains, a.g.e., s.67–76, s.365–374.

¹⁶⁷ Almeida Prado, a.g.e., s.167.

¹⁶⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.442.

¹⁶⁹ Konarski, a.g.m., s.410.

¹⁷⁰ Fontaine, de Ly, a.g.m., s.442.

“... Taraflardan hiçbirisi, MÜCBİR SEBEPTEN ötürü yükümlülüğünün ifasından alıkondüğünün saptanması halinde, bu ALİM EMRİ uyarınca temerrüde düşmüş sayılmayacaktır...”¹⁷¹

Bazı durumlarda taraflar mücbir sebebe ilişkin genel bir tanım yapmaksızın, örnek mücbir sebep hallerinin sayılması ile bu tanım eksikliğini gidermeye çalışılmaktadırlar:

“Mücbir Sebep halinde (yangın, sel, deprem, salgın hastalık ve diğer felaketler)...”¹⁷²

“... Taraflardan hiçbirisi, grevler, isyanlar, halk ayaklanması, savaş, abluka, seller, depremler ve/veya benzeri türde diğer tüm koşulların yanı sıra idari makamlarca getirilen tedbirler de dâhil olmak, ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, *mücbir sebep* durumu olan bir fiil ya da olaydan kaynaklanan kayıp ve zarardan dolayı sorumlu tutulmayacaklardır...”¹⁷³

“Bu Sözleşme bakımından mücbir sebep, savaş (ilan edilmiş olsun olmasın ve mevcut savaşlar da dahil olmak üzere), ihtilal, işgal, ayaklanma, isyan, iç savaş, şiddet olayları, sabotaj, abluka, yıldırım, ciddi yıkım, patlama, yangın, fırtına, rüzgar, su kıtlığı, kuraklık, sel, deprem, salgın hastalık, karantina, yabancı bir hükümetin Valco’nun alüminyum ihracatını boykotu, ve grevler veya Valco ile ilişkili olarak Gana Hükümeti’nin veya Gana’daki diğer idari otoritelerin Volta gelişimi faaliyetlerini ya da Kalhane veya diğer tesislerine bağlı faaliyetlerini etkileyen fiiller ve herhangi bir yabancı devletin, ithalat ve ihracat izinlerinin reddi ve ambargo kısıtlamaları ve diğer sınırlamalar da dahil olmak üzere, Valco’nun ekipman ve teçhizat ithalini etkileyen faaliyetleri anlamına gelir (Volta Nehri İdaresi ve Volta Alüminyum Şirketi arasındaki Sözleşme).”¹⁷⁴

Bu klozlarda atıf yapılan olaylar, klozu yorumlayacak hakem veya hâkim için bir ipucu olabilecektir. Ancak yine de söz konusu klozlar bu olayların mücbir sebep oluşturması için hangi nitelikleri taşıması gerektiğine ilişkin herhangi bir bilgi (öngörülmezlik, kaçınılmazlık vs.) içermemektedirler. İşte bu gibi durumlarda

¹⁷¹ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Klok 26, Petrol Sektöründen Bir Satım Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1993, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: X, s.326–327.

¹⁷² Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.442.

¹⁷³ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.128.

¹⁷⁴ Kahn, *a.g.m.*, s.470.

kanaatimizce sözleşmeye uygulanacak hukuk ve bu hukuktaki mücbir sebep kavramı sözleşme üzerinde baskın olacaktır.

j. MÜCBİR SEBEP NİTELİĞİNDEKİ OLAYLARIN LİSTELENMESİ

Uluslararası ticari sözleşmelerde mücbir sebep meydana getiren olayların sıralandığı listeler, uluslararası ticaret uygulamasında karşılaşılan yeni olayların klasik anlamda bilinen mücbir sebep olaylarının üstüne eklenmesiyle her geçen gün daha da geliştirilmektedir. Doğal felaketler, savaşlar, terör olayları, iş hayatına ilişkin grev, lokavt gibi ihtilaflar ve hatta sözleşmelerin niteliğine göre hammadde tedarikinde ve malların taşınmasında yaşanan aksaklıklar, makine veya diğer teçhizatlarda ve üretim sürecinde yaşanan kazalar, anılan bu listelerde yer almaktadırlar¹⁷⁵. Her bir başlık altında bu sayılan kategorilere giren olaylar taraflarca tek tek sayılmakta ve genellikle “... aşağıda örnek olarak sayılmak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla...”, “... burada sayılan veya sayılmayan türden diğer herhangi bir sebep”, “... aşağıdakilerin de dâhil olduğu ve bunlarla sınırlı olmayan...” şeklinde bir “torba” hüküm ile bu listeleme sonlandırılmaktadır¹⁷⁶.

i. DOĞAL FELAKETLER

Doğal felaketler, mücbir sebep klotlarında öncelikle sayılmakta ve bazen de geniş bir ifade ile sonlandırılmaktadırlar. Bu maksatla İngiliz hukukundaki “*Act of God*” terimi¹⁷⁷ bu başlıkta oldukça sık kullanılmaktadır.

“deprem, tayfun, fırtına, sel, yangın veya diğer felaketler”¹⁷⁸

“MTO Mücbir Sebep Klozu 2003

¹⁷⁵ Draetta, Lake, a.g.e., s.100.

¹⁷⁶ Firoozmand, a.g.m., s.427.

¹⁷⁷ “*Force Majeure*”, kavramı öngörülemeyen veya kontrol edilemeyen bir olayı veya etkiyi ifade etmek için kullanılır. Bu kavram Latincedeki “*Vis Maior*” kavramının karşılığıdır. Bu kavram “*Act of God*” teriminden daha geniş bir anlam ifade eder. Zira sadece doğal nitelikteki olayları değil, aynı zamanda insan kaynaklı (örneğin isyanlar, grevler, devlet müdahaleleri, savaşlar gibi) olayları da kapsamaktadır. Bkz. Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Second Edition, Oxford University Press, 2007, s.366.

¹⁷⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.443.

... [e] doğal afet, bulaşıcı hastalık, salgın, şiddetli fırtına, siklon, tayfun, kasırga, hortum, kar fırtınası, deprem, volkanik faaliyetler, toprak kayması, med cezir, tsunami, sel, yıldırım tahribatı, kuraklık...”¹⁷⁹

ii. SİLAHLI ÇATIŞMALAR

Bir savaşın çıkması uluslararası ticari ilişkileri etkileyeceği gibi, bu ticaretin temel taşları olan sözleşmeleri de derinden etkileyecek ve sonlandıracaktır. Bu sebeple silahlı çatışmalar bu listelerde en sık karşılaşılan ikinci kategoriyi oluşturmaktadır. Burada da aynı şekilde mücbir sebep klotları gerçekleşmesi mümkün olayları olabildiğince geniş kapsamlı sayan ya da genel bir formül kullanan klotlar olarak ikiye ayrılmaktadırlar:

“ilan edilmiş olsun olmasın savaş, isyan, ayaklanma, iç savaş, abluka, teyakkuz...”

“... savaş, savaş durumu (savaşın ilan edilmesine bağlı olarak), istila, isyan, ihtilal, iç savaş, (İşleticinin kendi çalışanları haricinde) ayaklanma, halk ayaklanması veya kargaşa...”¹⁸⁰

“MTO Mücbir Sebep Klotu 2003

... [a] savaş (ilan edilmiş olsun olmasın), silahlı çatışma veya benzeri tehdit (düşmanca saldırı, abluka, askeri ambargo da dâhil olmak fakat bunlarla sınırlı olmamak üzere), çarpışmalar, işgal, yabancı düşman fiili, kapsamlı askeri seferberlik; [b] iç savaş, karışıklık isyan ve ihtilal, askeri veya sivil ihtilal, ayaklanma, halk hareketi veya karışıklık, toplu şiddet, sivil itaatsizlik;

[c] terör olayı, sabotaj veya korsanlık...”¹⁸¹

Kanaatimizce MTO’nun model klotunda çeşitli silahlı çatışma türlerinin detaylı şekilde sayılmasının nedeni, savaş tanımının diğer düşük yoğunluklu silahlı çatışmaları kapsamamasıdır¹⁸². Bu nedenle mücbir sebep klotunda savaş kavramının yanı sıra, savaşın henüz ilan edilmemiş olması ve düşük yoğunluklu diğer silahlı çatışmaların da listede sayılması taraflar açısından faydalı olacaktır. Bu bakımdan günümüzde uluslararası ticareti ilgilendiren en önemli sorun terör eylemleridir. Bir

¹⁷⁹ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.9.

¹⁸⁰ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.444.

¹⁸¹ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.9.

¹⁸² Eivind Eriksen, “Terrorism and Force Majeure in International Contracts”, *Bond Law Review*, Vol. 16, Issue 2, Article 7, 2004, s.185–186.

eylemin terör eylemi olup olmadığı meselesi sözleşmeye uygulanacak hukuka ve bu konudaki uluslararası konvansiyonlara göre belirlenecektir¹⁸³.

iii. İŞ İHTİLAFLARI

Uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep unsurları incelenirken dışsallık unsurunun ulusal hukuk düzenlerindeki dışsallık kavramından ayrıldığı ifade edilmiştir. Daha evvel de ifade edildiği üzere borçlunun edimini ifa etmek için gereken olağan hazırlıkları, organizasyonu ve önlemleri kapsayan şirket içi veya üretim süreci ile alakalı olayların, makul kontrol alanının içine girdiği kabul edilmektedir¹⁸⁴. İş ihtilafları söz konusu olduğunda akla gelen grev ve lokavt gibi meseleler de bu bakımdan mücbir sebebin dışsallık unsuru ile alakalıdır. Bu bakımdan iş ihtilafları hususunda ikili bir ayrımın yapılması gerekir. Şayet ihtilaf sadece mücbir sebepten etkilenen tarafın şirketi içinde ise bu durumda bu tür ihtilafların bu tarafın kontrol alanına girdiği ve mücbir sebebin dışsallık unsurunu karşılamadığı söylenebilir. Öte yandan genel kapsamlı iş ihtilafları ise mücbir sebebin diğer unsurlarını karşıladığı ölçüde mücbir sebep kapsamında kabul edilebilir¹⁸⁵.

Çalışma hayatına ilişkin iş ihtilafları tüm mücbir sebep listelerinde yer almasalar da, genellikle emek gücüne dayalı edimlerin bulunduğu sözleşmelerde taraflarca kararlaştırılmaktadırlar. Bazı klorlar sadece işletmenin kendi içindeki iş ihtilaflarını kapsamaktayken, bazen de taşeron şirketlerin bu klor kapsamına dâhil edildiği görülmektedir. Taraflardan birinin şirketlerinde veya fabrikalarında çıkan grev, lokavt ve diğer iş ihtilaflarının mücbir sebep olarak sayılacağı ve zarar gören tarafın takdirine bağlı olarak çözüleceği de klorlarda belirtilebilir¹⁸⁶. Elbette taraflar açıkça kararlaştırırlarsa “vahşi” sayılabilecek grevleri de bu kategori kapsamına alabilirler:

¹⁸³ Birleşmiş Milletlerin Terörizme ilişkin konvansiyonları için bkz. (çevrimiçi) <http://treaties.un.org/>, 21.04.2010.

¹⁸⁴ Brunner, a.g.e., s.117.

¹⁸⁵ Brunner, a.e., s.169.

¹⁸⁶ Konarski, a.g.m., s.412; Bu konuda özellikle mücbir sebep olan grevi bir an evvel sonlandırmak hususunda tarafların kendi zararlarına olacak bir anlaşmayı kabul etme yükümlülükleri olmadığı hususunda bkz. Marmursztejn, a.g.m., s.796.

“genel grevler, satıcının kendisinin ve taşeron işletmelerinde organize düzenlenen grevler...”¹⁸⁷

“... aşağıda örnek olarak sayılmak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, ülkenin bir siyasi partisine bağlı ya da bir siyasi partisine karşı ya da yabancıların sahip oldukları veya yönetiminde bulundukları şirketlere veya tesislere karşı genel bir işçi hareketinin parçası olarak ya da doğrudan Şirkete (veya Altyüklenicilerine/Taşeronlarına) yönelik, yaygın olarak veya ulusal çapta veya politik güdümlü grevler, Tesis dışına taşan iş yavaşlatmalar...”¹⁸⁸

“MTO Mücbir Sebep Klozu 2003

... [g] Boykot, grev ve lokavt, fabrikaların ve çevrelerinin işgali gibi ancak bunlarla sınırlı olmaksızın iş ihtilafları.”¹⁸⁹

Bununla birlikte yukarıdaki örneklerin aksine, sadece tarafların işletmeleri dışında meydana gelen iş ihtilafları mücbir sebep olarak kararlaştırılabilir:

“... Şirketin ve/veya Müteahhidin personelini kapsayan iş uyuşmazlıkları mücbir sebep olarak kabul edilmeyecektir. Sadece tarafların bu Sözleşme altındaki edimlerinin ifasını etkileyen diğer (harici) grevler mücbir sebep olarak kabul edilecektir...”¹⁹⁰

iv. TEKNİK AKSAKLIKLAR VE BENZERİ TEKNİK KAZALAR

Günümüzde teknolojinin gelişmesine paralel olarak üretimde otomasyon ve makinelerle bağılılık artmaktadır. Özellikle tüm şirket içi ve şirketler arası haberleşme elektronik postalar aracılığıyla yürütülmekte, tüm şirket kayıtları veritabanlarında muhafaza edilmektedir¹⁹¹. Bu nedenle özellikle üretim ve tedarik sözleşmelerinde dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de teknik aksaklıklardır. Öte yandan makine ve diğer teçhizatlarda rastlanılan teknik aksaklıklar ve kazalar sıkça büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde mücbir sebep olarak dikkate alınmaktadır. Teknik aksaklıklar söz konusu olduğunda bir ihmal şüphesi doğacağından, yukarıda da ifade edildiği

¹⁸⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.444

¹⁸⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.445.

¹⁸⁹ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.9.

¹⁹⁰ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.445.

¹⁹¹ 1 Ocak 2000 tarihinden evvel şirketler bilgisayarları etkileyeceği iddia edilen ve “Y2K” olarak adlandırılan 2000 yılı problemine karşı, mücbir sebep klozlarını düzenlemişlerdir. bkz. Konarski, a.g.m., s.426, Dpn.20.

üzere taraflar azami dikkati ve özeni göstereceklerini klotda kararlaştırmaktadırlar¹⁹².

“MTO Mücbir Sebep Klotu 2003

... [f] patlama, yangın, makinelerin, donanımın, fabrikaların ve her türlü tesisatın tahribatı, ulaştırma, haberleşme veya enerjide uzayan arıza...”¹⁹³

“patlamalar, makinelerde meydana gelen bozulmalar ve kazalar, makinelerin servis dışı kalmaları...”¹⁹⁴

Taraflarından birini Cezayir’in oluşturduğu bir ekonomik kalkınma sözleşmesindeki mücbir sebep klotunda teknik aksaklıklar ve benzeri teknik kazalara ilişkin hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“... — Cezayir’deki, sahadaki üretim tesislerini, ana boru hattı sistemiyle sevkiyatı, işlemeyi, sıvılaştırmayı, depolama ve yükleme faaliyetlerini, LNG tankerleri ile nakliyatı ve Amerika Birleşik Devletleri’ndeki, boşaltmayı, depolamayı, tekrar gaz haline dönüştürmeyi, ana boru hattı veya tekrar gaz haline dönüştürme tesislerinden geçen boru hatlarını ve Alıcının Ana Müşterileri için gazın sevk edileceği ana boru hattı sistemini etkileyen ve sonuçları makul araçların makul bir bedel karşılığı kullanılmasıyla aşılabilen, faaliyetlerde ve teçhizatlarında kazara oluşan ciddi zarar. ‘Ana Müşteri’ deyiminden, bu Sözleşme uyarınca yıllık gaz alımı, Madde 6 paragraf 1’de belirlenen yıllık sözleşme miktarının en azından yüzde onuna (10) eşit olan bir müşteri anlaşılır. Alıcı, Alıcı ve Ana Müşterileri arasındaki sözleşmelere konulacak Mücbir Sebep klotlarının müzakeresi ve yazılması zarfında Satıcı ile görüşeceğini ve işbirliğinde bulunacağını kabul eder...”¹⁹⁵

Sözleşmeye ilişkin her ne kadar detaylı bilgiye ulaşılamamış olsa da, klotda geçen “LNG (Sıvılaştırılmış Doğalgaz) tankeri” ifadesinden yukarıda verilen örneğin bir doğalgaz tedarik sözleşmesine ait olduğu söylenebilir. Klotda dikkat edilecek olursa, uluslararası doğalgaz piyasasına özgü teknik koşullar dikkate alınmış ve üretim, sevk, işleme, depolama ve boşaltma/teslim aşamalarında karşılaşılabilecek aksaklıklar mücbir sebep kapsamına alınmıştır¹⁹⁶.

¹⁹² Konarski, a.g.m., s.414.

¹⁹³ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.9.

¹⁹⁴ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.445.

¹⁹⁵ Draetta, Lake, a.g.e., s.129.

¹⁹⁶ Kahn, a.g.m., s.472.

v. NAKLİYE VE/VEYA TEDARİK GÜÇLÜKLERİ

Genellikle bu kategorideki mücbir sebepler nakliye ve tedarik sözleşmelerinde yer almaktadırlar.

“... demiryolunun, limanların, havalimanlarının, nehir ulaşımının, karayollarının kullanılmasının imkânsız olması...”¹⁹⁷

“MTO Mücbir Sebep Klozu 2003

... [f] patlama, yangın, makinelerin, donanımın, fabrikaların ve her türlü tesisatın tahribatı, ulaştırma, haberleşme veya enerjide uzayan arıza...”¹⁹⁸

“yeterli hammaddenin veya enerjinin sağlanamaması nedeniyle kısmen veya tamamen fabrikanın üretimini durdurması...”¹⁹⁹

“... Petrol Faaliyetlerini engelleyen, zarar veren veya aksatan ve etkilenen Tarafın makul gayretleri ile olayı ve sonuçlarını kontrol altına alamadığı (...) tek tedarikçi veya kısıtlı tedarik koşulları (Müteahhit/Yüklenici için bu kanal ve su yolu sisteminden daha masraflı olmayan Sözleşme Sahasına veya Sözleşme Sahasından başka ulaştırma yolları olmadıkça, Hazar Denizi’ne bağlanan herhangi bir kanal veya su yolu sistemine makul giriş-çıkışın olmaması da dâhil olmak üzere) (...) bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla herhangi bir olay “Mücbir Sebep” anlamına gelir.”²⁰⁰

vi. DEVLET MÜDAHALESİ VE MEVZUAT DEĞİŞİKLİĞİ

Günümüzde millileştirme, kamulaştırma gibi olaylara karşı bir takım uluslararası anlaşmalarla uluslararası ticarete belli ölçüde bir koruma sağlanmış olsa da²⁰¹, devletlerin kendi yetkilerine dayanarak yaptıkları idari işlemleri ve eylemleri ile oluşan mücbir sebep durumları hala klozlarda geniş yer bulmaktadır²⁰². Kamu

¹⁹⁷ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.445.

¹⁹⁸ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.9.

¹⁹⁹ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.445.

²⁰⁰ Ashrafi, Dan Ulduzu & Hazar Denizi’nin Azerbaycan kısmını kapsayan 14 Aralık 1996 tarihli Amoco Group Arama, Geliştirme ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesi’nin 20(1) maddesi için bkz. Firoozmand, **a.g.m.**, s.429-430.

²⁰¹ Yabancı yatırımcıların korunması konusunda yapılmış en önemli uluslararası sözleşme, uygulamada kısaca ICSID veya Dünya Bankası Sözleşmesi olarak adlandırılan “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme”dir. Sözleşme Türkiye tarafından 1987 yılında imzalanmış ve 1989 yılında yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG. T.02.06.1988 ve S.19380, Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.47, Dpn.57.

²⁰² Kahn, **a.g.m.**, s.471.

otoritesinin yaptığı müdahalelerin sözleşme tarafının kontrol alanının dışında kaldığı kabul edilmektedir²⁰³. Bir devletin ithalat-ihracat yasakları, koyduğu ticaret kotaları ve vergi rejimi, iş hayatını düzenleyen özellikle iş barışına ilişkin hükümler ve kambiyo mevzuatına ilişkin mevzuatını kapsayan müdahaleci kurallar, bir başka deyişle devletin doğrudan uygulanan kuralları bu bağlamda büyük önem taşımaktadır²⁰⁴.

Bir devletin yaptığı idari işlemlerle tacirlerin faaliyetlerine müdahalesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir²⁰⁵. Rekabet kurulunun şirket birleşme ve devralmalarına

²⁰³ Buna karşın bir sözleşme tarafı bu duruma ilişkin riskleri de üstlenebilir. Bkz. Brunner, a.g.e., s.264.

²⁰⁴ Doğrudan uygulanan kurallar, devletin ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallardır. Bkz. Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.155; Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, , Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s.13.

²⁰⁵ Devletin yargı mercilerinden çıkan kararlar da bu kapsamda kabul edilebilir. Bkz. "... Maddi vakıalar bu şekilde açıklandıktan sonra ifanın imkânsız hale gelmesinde tarafların kusurlu olup olmadıklarının yasa ve sözleşme hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Yanlar arasındaki 21.9.1995 tarihli sözleşmenin "tanımlar" başlıklı 1. maddesinde Bakanlık kusuru "şirket kusuru ve mücbir sebepler dışında bu sözleşme hükümleri çerçevesinde Bakanlığın yükümlülüğü altında bulunan hususların Bakanlık tarafından yerine getirilmemesi", Şirket kusuru da "Bakanlık kusuru ve mücbir sebepler dışında bu sözleşme ve eklerinde yer alan esaslar çerçevesinde şirketin yükümlülüklerini yerine getirmemesi" olarak tanımlanmış, taraflarca mücbir sebep sayılan haller de 9. maddede sayılmıştır. Yine sözleşmenin 34. (ii) maddesinde alınması gereken bütün yetki ve izinlerin davacı şirket tarafından alınacağı, 2. maddesinde bütün resmi izinleri almak için davacı yüklenicinin zamanında müracaat edeceği, bakanlığın kendi yetkisi dâhilinde olan izinleri vereceği, diğer devlet kuruluşlarından alınması gereken yetki ve izinlerin temin edilmesinde ise davacı şirkete yardımcı olma konusunda azami çabayı sarf edeceği, 33/f maddesinde de sözleşme kapsamında bakanlık tarafından şirkete verilen taahhütlerin veya sağlanacak yardımların bakanlığın yasal yetkileri çerçevesinde yerine getirileceği ve sağlanacağı kararlaştırılmıştır. Görüldüğü gibi sözleşme hükümleri ile işin yürütülmesi için gerekli tüm yetki ve izinleri alma yükümlülüğü davacı yükleniciye bırakılmış, diğer kuruluşlardan alınacak izinler konusunda davalının sağlayacağı yardım yasal yetkileri ile sınırlandırılmıştır. Davalı bakanlığın projenin hiçbir aşamasında hukuki ve fiili bir engelle karşılaşmamayı sağlama şeklinde davacıya karşı bir taahhüdü veya garantisi bulunmamaktadır. İfanın imkânsız hale gelmesi projenin yürütülmesi için zorunlu olan ÇED olumlu belgesinin ve orman tahsis kararının idari yargı yerince iptal edilmesinden kaynaklanmaktadır. İptalın gerekçesi de uyumsuzluk konusu enerji santralının I, II. ve III. derece doğal sit alanında kalması nedeniyle yapımına hukuken olanak bulunmamasıdır. Davalı bakanlığın mahkemelerin ve üst derece mahkemelerin kararlarını etkilemesi veya bağımsız yargı mercilerine müdahalesi Anayasa ve diğer kanunlar mucibince mümkün değildir. Kesinleşmiş yargı kararları idari merciiler de dâhil olmak üzere herkesi bağlar (Anayasa m.138, İYUK.m.28). Yargı kararları ile oluşan imkânsızlıktan dolayı davalı bakanlığa kusur atfetmek mümkün değildir. Hakem kurulu çoğunluğunun davalıya kusur atfeden görüşleri sözleşme hükümlerine ve sözleşmede öngörülen bakanlık kusuru tanımına uygun düşmemektedir. Sözleşmenin 9.1.i maddesinde, sözleşmenin imza tarihinden sonra mevzuat hükümlerinde meydana gelecek değişiklikler mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. Sözleşmenin 1. maddesine göre de bütün kanunlar, tüzükler, kararnameler, yönetmelikler, emirler, talimatlar, lisanslar, izinler, onaylar, tebliğler, kararlar ve anlaşmalar ile Türk mahkeme veya adli organının vereceği emirler, kararlar ve hükümler "mevzuat

müdahalesinden dış ticareti düzenleyen makamların koyduğu ithalat-ihracat yasaklarına kadar çok çeşitli müdahaleler söz konusu olabilir²⁰⁶. Bu müdahaleler örnek olay listelerinde tek tek sayılabileceği gibi, diğer kategorilerde olduğu gibi genel bir ifade altında da toplanabilirler:

“MTO Mücbir Sebep Klozu 2003

... [d] herhangi bir kanun veya hükümetin direktifi, kural, yönetmelik veya tüzük gereğince hukuka uygun veya aykırı idari işlem, sokağa çıkma yasağı, kamulaştırma, zorla el koyma, malların müsaderesi, haciz, millileştirme...”²⁰⁷

“... ithalatın veya ihracatın yasaklanması, inşaat veya işletme için gerekli izinlerin alınamaması, döviz transferlerine getirilen yasaklar²⁰⁸, enerji kullanımına getirilen sınırlamalar...”²⁰⁹

“... ‘mahkeme emriyle veya idari otoritelerce getirilen sınırlamalar, herhangi bir devlet kurumundan gerekli izinlerin veya onayların alınamaması’ gibi devleti ilgilendiren fiiller...”²¹⁰

“... Petrol Faaliyetlerini engelleyen, zarar veren veya aksatan ve etkilenen Tarafın makul gayretleri ile olayı ve sonuçlarını kontrol altına alamadığı, (...) Sözleşme Sahasına ilişkin yargı yetkisinin değişmesi (...) Müteahhit/Yüklenicinin faaliyetlerini

hükümleri" kapsamında kalmaktadır. Bu hükümler ile taraflar yargı kararları ile oluşan imkânsızlığı mücbir sebep olarak kabul ettiklerinden ifanın imkânsız hale gelmesinin mücbir sebepten kaynaklandığının kabulü gerekir. İfa imkânsızlığı tarafların kusurundan değil mücbir sebepten kaynaklandığından ve bu halde BK.nun 117 ve sözleşmenin 23.2 maddeleri uyarınca kar mahrumiyeti talep edilemeyeceğinden davacının bu kalem isteminin reddi yerine kabulü doğru olmamıştır...” Bkz. Yarg. 15. HD. E.2007/2163, K.2007/5035, T.20.07.2007, Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010.

²⁰⁶ Ugo Draetta, “Les Clauses de Force Majeure de Hardship dans Les Contrats Internationaux – Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts”, *International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*, No.3/4, 2002, s.356, [Contrats Internationaux].

²⁰⁷ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.9.

²⁰⁸ Tahkim önüne getirilen mücbir sebep uyuşmazlıklarının önemli bir bölümü, devletin uyguladığı kambiyo kontrolü ve gümrük düzenlemelerinden dolayı ortaya çıkmaktadır. Kambiyo kontrollerine ilişkin bir tahkim kararında, ham petrol alıcısı sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmemiş ve gerekçe olarak da döviz tahsis için gerekli izinleri alamadığını ileri sürmüştür. Buna ek olarak ham petrol fiyatlarının düşmesi nedeniyle sözleşmenin ifasının kendisi için esaslı zarar meydana getireceğini ifade etmiştir. Hakemlerce söz konusu kambiyo kontrol mevzuatının sözleşme kurulmadan evvel de yürürlükte olduğu tespit edilmiştir. Bu bağlamda alıcının böyle bir işlem için gerekli izinleri alamayacağını farkında olduğu sonucuna varılmıştır. Öte yandan alıcının bu izinleri almak için gerekli adımları dahi atmadığı ortaya çıkarılmıştır. Somut olayda öngörülmezlik unsurunun bulunmamasından ve alıcının döviz tahsis izinlerini almak için gerekli adımları atmamasından ötürü alıcının sözleşmeyi ihlal ettiğine hükmedilmiştir. Bkz. ICC Award No.2216 (1974), Jarvin, Derains, a.g.e., s.224–230; Konarski, a.g.m., s.427.

²⁰⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.446.

²¹⁰ Konarski, a.g.m., s.413.

yürütmesine zarar veren veya engelleyen veya Mütahhit/Yüklenicinin bu Sözleşmedeki haklarını zayıflatan veya tehdit eden kanunlar, anlaşmalar, kurallar, yönetmelikler, kararnameler, tedbir kararları, (Azerbaycan Cumhuriyeti içinde veya dışında) herhangi bir idari otoritenin faaliyetleri de dâhil olmak ve bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla herhangi bir olay “Mücbir Sebep” anlamına gelir...”²¹¹

Son zamanlarda yapılan sözleşmelerde özellikle mevzuatta yapılan değişikliklerin edimler üzerindeki etkisi mücbir sebep klozlarında dikkate alınmaktadır. Özellikle sözleşmeye uygulanacak hukukta yapılan bir kanun değişikliğinin sözleşmedeki yükümlülüklerin ifasını imkânsız kılmasını karşılamak için oldukça detaylı hükümler taraflarca kararlaştırılmaktadır²¹²:

“... ‘Kanun Değişikliği’ deyiminden,

a) Yürürlük Tarihinden (Sözleşmenin Yürürlük Tarihi) itibaren bir Resmi Kurum tarafından herhangi bir (ülkenin adı) Kanunu’nun kabulü, ilanı ve yayınlanması, tadili, yürürlükten kaldırılması da dâhil olmak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, Yürürlük Tarihinden sonra bir Resmi Kurum kararının veya etkilerinin,

²¹¹ Ashrafi, Dan Ulduzu & Hazar Denizi’nin Azerbaycan kısmını kapsayan 14 Aralık 1996 tarihli Amoco Group Arama, Geliştirme ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesi’nin 20(1) maddesi için bkz. Firoozmand, a.g.m., s.429–430.

²¹² National Oil Corporation (Libya) (“NOC”)ve Libyan Sun Oil Company (ABD) (“Sun Oil”) arasında 20 Aralık 1980’de kurulan Arama ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesi (*Exploration and Production Sharing Agreement*) (“EPSA”) uyarınca Sun Oil Libya’da bir petrol arama faaliyetleri yürütmeyi ve bu faaliyetleri finanse etmeyi taahhüt etmiştir. 20 yıl için kurulan sözleşme Libya hukukuna ve Libya Petrol Kanunu’na tabi olacaktır. Sözleşmedeki mücbir sebep klozuna göre “22.1. Yükümlülüklerden Mazur Olma: Bir Tarafın yükümlülüklerini veya ödevlerini ifa etmemesi veya ifada gecikmesi mücbir sebebe isnat edilebildiği ölçüde mazur görülecektir. Doğal afetler, isyanlar, ayaklanmalar, savaş ve işbu Tarafın kontrolü dışındaki öngörülmemiş koşullar ve olaylar, bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, mücbir sebebe dâhildir. 22.2. Sürenin Uzatılması, Fesih: Faaliyetlerin mücbir sebepten ötürü geciktiği, azaldığı veya engellendiği ve bu Sözleşme uyarınca yükümlülüklerin yerine getirileceği sürenin etkilendiği hallerde, bu Sözleşmenin süresi ve (sözleşmedeki) tüm hak ve yükümlülükler söz konusu süreye eşit bir süre uzatılacaktır; ancak (a) Tarafların bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinin ifasının Yürürlük Tarihinden başlayan ve ticari üretimin başlangıç tarihi ile sona eren süreçte mücbir sebepten kesintisiz bir yılı aşkın süreyle etkilenmesi veya (b) Tarafların bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinin ifasının Sözleşme Sahasındaki ticari üretimin başlangıç tarihinden sonra mücbir sebepten kesintisiz iki yılı aşkın süreyle etkilenmesi halinde, Taraflardan her biri diğerine yapacağı yazılı bildirimle sözleşmeyi feshedebilir. Böyle bir fesih durumunda Taraflardan her birinin diğerine bu Sözleşme uyarınca ödeyeceği tüm bedeller muaccel olacaktır...”. Amerikan hükümeti Aralık 1981’de Amerikan vatandaşlarının pasaportlarının Libya’ya yapılacak seyahatlerde geçerli olmayacağına ve Mart 1982’de ise yurtdışına yapılacak tüm teknik bilgi transferlerinin izne tabi olacağına dair kararlar almıştır. Personelinin büyük çoğunluğu Amerikalı olan ve yaptığı izin başvurusu reddedilen Sun Oil sözleşmedeki mücbir sebep klozuna dayanarak faaliyetlerini durdurmuştur. Tahkim mahkemesi yaptığı incelemede Sun Oil’in yabancı personel çalıştırabileceğine ve Sun Oil’in kendi teknoloji haricinde başka şirketlerin teknolojilerinden faydalanarak edimini ifa edebileceğine hükmederek Sun Oil’in mücbir sebep iddialarını reddetmiştir. Bkz. ICC Award No.4462 (1985, 1987), Arnaldez, Derains, Hascher, 1991–1995, s.3–27.

Yürürlük Tarihi itibariyle yürürlükte bulunan Kanunları tadil etmesi veya onlarla çatışması;

b) Yürürlük Tarihinden itibaren herhangi bir iznin çıkarılması, yenilenmesi, uzatılması, değiştirilmesi veya tadiline ilişkin, bir Resmi Kurum tarafından herhangi bir kaydın veya şartın dayatılması; (i) Yürürlük Tarihinde yürürlükte olan, (ii) Yürürlük Tarihindeki (ülke adı) Kanunlarındaki koşullara uygun olmak kaydıyla, Ticari Faaliyet Tarihinde veya öncesinde Şirket tarafından herhangi bir İzin için yapılan herhangi bir müracaatta veya bu müracaatlara ilişkin belgelerde belirtilen, (iii) Şirket tarafından Güvenlik Paketindeki sözleşmelerde kabul edilen mevcut şartlardan daha ağır veya kısıtlayıcı şartların her koşulda Maliyetlerde Değişime neden olması, Yasal Tadil gerektirmesi, Finansman Belgelerini hukuka aykırı, hükümsüz, geçersiz ve batıl kılması ya da inşaat, operasyon, işletme, bakım, finansman, sigorta veya Tesisin veya Şirketin mülkiyeti veya bu Sözleşme kapsamında ödenecek bedeller hususunda yasaklar getirmesi; anlaşılır...”²¹³

Uluslararası yatırım sözleşmelerinde mevzuatta yapılması muhtemel değişikliklere karşı genellikle sözleşmeye uygulanacak ülke mevzuatının sabitlendiği “*istikrar klostarı*” (stabilization clauses) kararlaştırılmaktadır. Sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunu/mevzuatını sabitlemeye çalışmak, özellikle sözleşme taraflarından birinin kamu kurumu olması halinde, sözleşmenin ilerleyen safhalarında sorunlar doğurabilir. Bu nedenle de sözleşme taraflarından birinin devlet ya da kamu kurumu olduğu sözleşmelerde, kanun/mevzuat değişikliği sorununun ve sözleşmeye olan etkilerinin mücbir sebep klostlarında veya aşırı ifa güçlüğü/hardship klostlarında düzenlenmesi daha güvenli bir yol olarak görülmektedir. Bu bakımdan mevzuat/kanun değişikliğine karşı önlem almak isteyen taraflar, klozu kaleme alırken mücbir sebebin etkilerini sözleşme tarafları bakımından ayırarak düzenleyeceklerdir²¹⁴. Bir başka deyişle sözleşme kurulduğu tarihten sonrası için tüm ülke mevzuatını sabitlemek yerine, sadece şirketin(tacir) yükümlülükleri bakımından mücbir sebep yaratacak durumlar bu klostada düzenlenecek, mevzuat değişiklikleri devlet veya devlet kurumu açısından mücbir sebep kabul edilmeyecektir. Özellikle

²¹³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.446.

²¹⁴ Marmursztejn, a.g.m., s.788.

sözleşmenin değişen koşullara müzakere edilerek uyarlanmasını amaçlayan aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları incelenirken bu mesele daha detaylı açıklanacaktır.

Uluslararası yatırım sözleşmelerinin bir kamu iktisadi teşebbüsü²¹⁵ ("*state enterprise, state-owned enterprise*") ile bir yabancı şirket arasında kurulduğu hallerde aynı devletin çıkardığı kanunların ve idari işlemlerin veya eylemlerin bu şirketler için mücbir sebep oluşturup oluşturmayacağı çeşitli yargı kararlarına konu olmuştur²¹⁶. Bu noktada çözülmesi gereken iki kritik mesele mevcuttur: Öncelikle

²¹⁵ Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname KHK/233, RG. T.18.06.1984 ve S.18435, Madde-2: 1. Kamu iktisadi teşebbüsü "Teşebbüs"; iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır. 2. İktisadi devlet teşekkülü "Teşekkül"; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür. 3. (Değişik: 4046 - 24.11.1994/m.4) Kamu İktisadi Kuruluşu "Kuruluş"; sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür. Bkz. Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010.

²¹⁶ "... Davalının savunduğu gibi, olay tarihinde, Türk İthalat Rejimi gereği Maliye Bakanlığı tahsis yapmadıkça döviz transfer edilememektedir. Nitekim olayda da sözleşmedeki hükme rağmen, Maliye Bakanlığı sonradan ve borcun ifası gerektiği sırada döviz transferine müsaade etmemiştir. Ancak, Maliye Bakanlığı'nın bu yetkisi sözleşmenin yapıldığı tarihte de vardı, ifa zamanında da mevcuttu; ne Maliye Bakanlığı'nın yetkilerinde sonradan bir değişiklik yapılmış, ne de herhangi bir yeni bir mevzuat buğday ithalatını yasaklamıştır. O halde, olayda, sonradan çıkmış bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır. Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi beklenilmeyen bir hadise olarak da nitelendirilemez. Gerçekten, davalı TMO, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesi için büyük çabalar harcamıştır. Ancak, bu yeterli değildir. Türk mevzuatını ve özellikle Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etme veya etmeme hususundaki yetkilerini herkesten iyi bilmesi ve basiretli ve tedbirli bir tacir olarak davranması gereken davalı TMO, Bakanlığın yetkisini kullanarak döviz tahsis etmeyebileceğini düşünmek ve sözleşmeye ona göre hüküm koymak durumundadır. Nitekim bu uyuşmazlıktan sonra yaptığı sözleşmelere davalı TMO, "Türkiye'deki yetkili merciler tarafından ithalat için lisans verilmediği takdirde, alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir" hükmünü koymuştur. Sözleşmeye etkili olabilecek bir yetkinin başka bir merci elinde olduğunu bilen bir kimsenin, o merciin bu yetkisini şöyle veya böyle kullanabileceğini bildiği veya bilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Bu durumda da, o merciin yetkisini şu veya bu yönde kullanması beklenilmeyen, tahmin edilemeyen bir olay olmaktan çıkar. O halde, davalı TMO, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi keyfiyetine, önceden tahmin edilemeyen bir faktör olarak dayanamaz. Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi bir imkânsızlık olarak kabul dilse dahi, bu imkânsızlığın doğumuna davalı TMO kendi fiiliyle (kusuruyla) sebebiyet vermiştir. Şöyle ki, yukarıda değinildiği gibi, Türk ithalat rejimini ve Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis edip etmeme hususundaki yetkilerini bilen davalı TMO buna karşı gerekli tedbirleri alabilir, daha önceki sözleşmelerde olduğu gibi döviz tahsisini daha önceden yaptırabilir veya hiç olmazsa, daha sonraki sözleşmede yaptığı gibi, ithalatı yetkili merciin döviz tahsis şartına bağlayabilirdi. Gerekli tedbirleri almadan borç altına giren kimsenin, alabileceği tedbirlerin önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması, kabul edilebilecek bir durum değildir. O halde, olayda, BK.nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlıktan veya kusursuz bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır..." Bkz. Yarg. HGK. E.1984/11-139, K.1984/426, T.18.04.1984, Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010; Benzeri bir karar için bkz. ICC Award No.3099/3100 (1979), Jarvin, Derains, a.g.e., s.67-76, s.365-374; Kendi hükümetince konulmuş bir ihracat yasağının bir devlet teşekkülü için mücbir sebep oluşturup oluşturmayacağı sorunu 1979 tarihli Czarnikow Ltd. v. Rolimpex davasında tartışılmıştır. İngiliz Lordlar Kamarası vermiş olduğu kararda Polonya devlet şirketinin hükümetten bağımsız olduğuna ve hükümetçe şeker pancarı ihracatına konulan yasağın kendi kontrolü dışında olduğuna hükmetmiştir. Sözleşmeye *incorporation* yoluyla

hangi şirketler veya kurumlar bir kamu iktisadi teşebbüsü sayılacağı ve akabinde bir idari işlem veya eylem ya da kanun/mevzuat değişikliği kapsamında devletin (hükümetin veya diğer idari otoritelerin) hangi fiillerinin mücbir sebep niteliğinde bir müdahale sayılacağı belirlenmelidir. Doktrinde yapılan bir tanıma göre uluslararası ticaret hukuku bağlamında kamu iktisadi teşebbüsü kavramı “Ayrı bir tüzel kişiliği olsun olmasın, devlet veya devlet kurumları tarafından büyük bir kısmına sahip olunan veya kontrol edilen her ticari teşebbüsü” kapsamaktadır²¹⁷. Bu devlet fiillerinin bir mücbir sebep oluşturup oluşturmayacağı hususunda getirilen kriterler şunlardır²¹⁸:

(A) İdari işlem ve eylem şeklindeki devlet fiilleri:

(1) Bir devletin yürütme organlarının kendi dış ticaret organlarının zararına hareket etmeyeceği karinesine dayanarak devletin idari eylem ve işlemleri prensipte mücbir sebep olarak kabul edilmemelidir.

(2) İdari eylemin veya işlemin genel politikalara dayanarak yapıldığı ve bu sözleşme veya bu tür sözleşmelerle bağlantılı olmadığı, ilk bakışta anlaşılabilirdiği veya devlet teşebbüsünce kanıtlandığı takdirde, bu karine uygulanmamalıdır.

(3) A2’deki bu kurala rağmen özel teşebbüsün bu somut olayda genel politikaların uygulanmadığını kanıtlaması durumunda yine A1’deki karine geçerli olacaktır.

(B) Kanun şeklindeki devlet fiilleri:

(1) Şayet genel bir kanun değilse ve somut olaya özgü bir kanun ise, (A)’daki kurallar aynen uygulanacaktır.

dâhil edilen Rafine Şeker Birliği (*Refined Sugar Association*) standart hükümlerindeki mücbir sebep klozu uyarınca bu durum bir “devlet müdahalesi” olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Konarski, *a.g.m.*, s.427, Dpn. 24; Brunner, *a.g.e.*, s.304 vd., ICC Award No.2142 (1974), Jarvin, Derains, *a.g.e.*, s.194–195.

²¹⁷ Karl-Heinz Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises*, Kluwer Law International, The Hague, 1984, s.14, [Arbitration] ; Devletin kamu yararını gözetmek maksadıyla altın hissesinin bulunduğu şirketlerin bu kapsamda olmadığı hususunda bkz. Brunner, *a.g.e.*, s.297.

²¹⁸ Bu kriterlere ilişkin bir örnek de sunulmuştur: Dış ticaret yapan bir kamu iktisadi teşebbüsünün ihracat-ithalat lisansının iptal edilmesi prensipte bir mücbir sebep oluşturmaz (A1). Şayet bu devlet teşebbüsü kamu yararını gözetken genel politikalar nedeniyle söz gelimi ülkedeki yiyecek kıtlığından ya da teslim edilecek ülkede devam eden bir savaştan ötürü ihracat lisansını iptal ederse, bu durum mücbir sebep olarak kabul edilecektir (A2). Bununla birlikte yabancı yatırımcıya yapılacak bir ödemenin yasama organınca kabul edilen genel bir kanundan ötürü yapılamaması bir mücbir sebep sayılacaktır (B2). Öte yandan bu kanunun yabancı yatırımcılara yapılan ödemeleri durdurmak ve başka amaçlarla fonların ülkede kalmasını sağlamak amacıyla çıkarıldığının kanıtlanması durumunda bu kanun bir mücbir sebep olarak görülmeyecektir (B3). Bkz. Böckstiegel, *Arbitration.*, s.46–48.

(2) Genel bir kanun, tanımı ve amacı itibariyle genel bir karakter taşıyorsa, prensip olarak mücbir sebep kabul edilecektir.

(3) Bu kanunun devletin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmemesini amaçladığına ilişkin delillerin özel teşebbüs tarafından sunulması halinde B2'deki kural uygulanmayacaktır.

k. MÜCBİR SEBEP TANIMININ ÖRNEK OLAY LİSTESİYLE BİRLEŞTİRİLMESİ

Mücbir sebep klozlarında örnek olarak listelenen olaylar sayesinde listeden evvel yapılan mücbir sebep tanımları daha da belirgin hale gelmektedir. Zira klozlarda kullanılan “özellikle, örneğin, örnek olarak, gibi vs.” ifadeler de bu olayların örnekleyici olduklarını göstermektedir:

“... Bu Sözleşme bakımından “Mücbir Sebep”, Mücbir Sebebi ileri süren Tarafın kusurundan veya ihmalden ötürü olmayan ve bu Tarafın makul kontrolü dışında olan, doğal felaket, isyan, ayaklanma, savaş, grev ve diğer iş ihtilafları, yangınlar, seller, hükümet değişikliği, şiddetli fırtınalar, med-cezir, kasırga, seyrüsefer tehlikeleri, depremler, patlamalar, makine ve teçhizatların yok olması, çatışmalar, ablukalar, ambargolar, terör olayları, ulusal acil durumlar, gerekli maddelerin, teçhizatın veya hizmetlerin ithali veya kullanımı için gerekli izinlerin alınamaması veya diğer herhangi bir sebep olacaktır...”²¹⁹

“Mücbir sebepler sözleşmesel yükümlülüklerin ifasının devam etmesini imkânsız kılan, kontrol edilemeyen, Sözleşmenin kurulması anında taraflarca öngörülemeyen ve taraflardan birinin neden olmadığı; söz gelimi doğa olayları, savaş halleri, Hükümet müdahaleleri, abluka, isyan ve benzeri beklenmeyen durumlardır.”²²⁰

“... Bu Sözleşme bakımından mücbir sebep deyiminin, bu Sözleşmenin ifasını etkileyen, (yükümlülüğünü) ifa edecek tarafın makul kontrolü dışındaki faaliyetler, olaylar, ihmaller ve kazalarla ilişkili veya onlardan kaynaklanan ve özellikle de

²¹⁹ Umman Sultanlığı Hükümeti ile Triton Oman, Inc. arasında imzalanan 19 Haziran 1996 tarihli Arama ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesinin 23(3) maddesi için bkz. Firoozmand, a.g.m., s.427.

²²⁰ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.448.

aşağıdakilerin dâhil olduğu ve bunlarla sınırlı olmayan, tüm sebepleri kapsadığı kabul edilir:

- i) grevler, lokavtlar ve diğer endüstriyel hareketler;
- ii) iç karışıklık, isyan, işgal, savaş, savaş seferberliği veya tehdidi;
- iii) yangın, patlama, fırtına, sel, deprem, çökme (binalar), salgın hastalık veya diğer doğal afetler;
- iv) demiryolunun, deniz yolunun, hava yolunun, kara yolunun veya diğer kamu veya özel taşıma araçlarının kullanımının mümkün olmaması;
- v) idarenin, belediyenin veya diğer kamu otoritelerinin faaliyeti veya bir kararı...²²¹

Mücbir sebep tanımı ve örnek olay listesi FIDIC Kırmızı Kitap 19. maddede şu şekilde birleştirilmiştir:

“Bu Maddede “Mücbir Sebep” kavramı;

- (a) Tarafların kontrolünün dışında olan,
 - (b) buna karşı bu Tarafların Sözleşmenin kurulma aşamasında makul olarak hiçbir önlem alamadıkları,
 - (c) ortaya çıkmasından sonra bu Taraflarca makul şartlar altında önlenemeyen veya üstesinden gelinemeyen ve
 - (d) maddi olarak diğer Tarafa isnat edilemeyen
- sıradışı olaylar ya da durumlar anlamına gelmektedir.

Mücbir Sebep, yukarıda (a)’dan (d)’ye kadar olan hükümlerde belirtilen şartların mevcut olması halinde, şu aşağıda sayılan sıra dışı olayları ya da durumları –bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla- kapsayabilir:

- (i) savaş, (savaş ilan edilmiş olsun, olmasın) savaşa benzer durumlar, işgal, dış düşmanların faaliyetleri,
- (ii) isyan, terör, ayaklanma, askeri veya sivil ihtilal veya iç savaş,
- (iii) Müteahhidin Personeli dışındaki diğer Personelin ve Müteahhidin ve Taşeronun diğer çalışanlarının sebebiyet verdiği huzursuzluk, başkaldırı, kargaşa, grev ya da lokavt,
- (iv) Müteahhit tarafından mühimmat, patlayıcılar, radyasyon ya da radyo-aktivite gibi bu tür malzemelerin kullanımına atfedilecekler hariç olma üzere; Ülke

²²¹ Almeida Prado, **a.g.e.**, Ek III, Kloz 25, Sigara Distribütörlük Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1996, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: İngiliz hukuku, s.325–326.

içerisindeki savaş mühimmatı, patlayıcı malzemeler, iyonlaştırıcı radyasyon ya da radyo-aktiviteden kaynaklanan kirlenme ve

(v) deprem, kasırga, tayfun ya da volkanik faaliyetler gibi doğal afetler.”²²²

Mücbir sebep tanımını örnek olaylar listesi ile birleştirmede ortaya çıkan en önemli sorun, bu listede sayılan olayların kayıtsız şartsız mücbir sebep olarak sayılıp sayılmayacakları meselesidir. Mücbir sebep klotunda yapılan tanımda sayılan unsurları birlikte taşıdığı ölçüde mücbir sebep kapsamında sayılacağına belirtilmemesi (veya bu noktada belirsiz bir ifadenin kullanılmış olması) durumunda taraflar arasında bu konuda bir yorum ihtilafı oluşabilir:

“... Mücbir sebepten (deyiminden), Sözleşme Tarafının veya Taraflarının sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmesini/etmelerini engelleyen, Tarafların iradelerinden bağımsız olarak ve onların kontrolleri dışında meydana gelen, gerekli özen ile dahi öngörülemez veya kaçınılmayacak olağanüstü olaylar anlaşılır. Sel, deprem, yıldırım düşmesi ve savaş gibi felaketler, böyle olaylar olarak kabul edilirler.”²²³

Yukarıdaki örnekten yola çıkacak olursak, acaba bütün seller ve su baskınları, sözleşmedeki edimleri ifası bakımından mücbir sebep oluşturacak mıdır? Yoksa ilk cümlede sayılan unsurları taşıdıkları ölçüde mi bu kapsamda kabul edileceklerdir? Çünkü bazı durumlarda seller ve su baskınları önceden görülebilir ve bütün savaşlar sözleşmenin ifasını engelleyecek nitelikte değildir²²⁴. Doktrinde bizim de

²²² Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.81.

²²³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.449.

²²⁴ Bir Avusturyalı bir alıcı ile İsraili satıcı arasında yapılan hammadde satım sözleşmesindeki teslimatlar, Ekim 1973 yılında çıkan Yom Kippur Savaşı nedeniyle kesintiye uğramıştır. İsraili satıcı fabrikasının Mart 1974 tarihine kadar kapalı kaldığı ve İsrail’deki tüm nakliye ve ulaştırma imkânlarının kullanılamamasından ötürü teslimatı yapamayacağını ifade ederek sözleşmedeki mücbir sebep klotunu ileri sürmüştür. Ayrıca İsraili satıcı savaştan ötürü maliyetlerin aşırı derecede arttığını ileri sürerek sözleşmeye uygulanacak hukuk olan İngiliz hukukundaki *frustration* doktrininin olaya uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda teslimatların 8 Ekim 1973’te savaşın çıkmasından sonra da devam ettiği tespit edilmiş ve Ocak-Şubat 1974 tarihlerinde satıcının teslimatları yapamayacağına ilişkin herhangi bir kanıt gösterilmemiştir. Öte yandan sözleşmedeki mücbir sebep klotunun sadece malların gemiye yüklenmesini kapsadığı ve üretimde yaşanan zorlukları kapsamadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte hakem sözleşmede kararlaştırılmış bir mücbir sebep klotu bulunduğundan İngiliz hukukundaki *frustration* doktrininin uygulamanın yerinde olmayacağını ifade etmiştir. Sonuç olarak savaşın doğrudan sözleşme üzerinde bir etki yapmadığı durumlarda mücbir sebep savunmasının yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle uluslararası tacirler, faaliyetlerinin getirdiği riskleri dikkate almalı ve gereken tedbirleri sözleşmelerinde kararlaştırmalıdır. Bkz. ICC Award No.2546, (aktaran, Werner Melis, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of

katıldığımız görüşe göre bir mücbir sebep klotunun hem bir tanım hem de örnek olaylar listesi içerdği durumlarda bu listenin verilen tanımı örnekleyici olduğu kabul edilmelidir²²⁵. Buna karşın mücbir sebep klotunda sınırlı sayıda olayın yazılması mümkündür. Taraflar bu olayların dışında başka hiçbir olayın mücbir sebep oluşturmayacağını da açıkça kararlaştırılabilirler²²⁶.

Belli olayların bu listede sayılması aşağıda MTO model klotuna ilişkin paragrafta açıklanacağı üzere tarafların ispat yükünü hafifletmek amacını gütmektedir. Klotlardaki bu listelerin genellikle “... aşağıda örnek olarak sayılmak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla...”, “... burada sayılan veya sayılmayan türden diğer herhangi bir sebep”, “... aşağıdakilerin de dâhil olduğu ve bunlarla sınırlı olmayan...” şeklinde bir “torba” hüküm ile sonlandırılması da, sadece bu listelerde sayılan olayların değil, verilen mücbir sebep tanımına uyan tüm olay veya durumların bu klot kapsamına alınacağı şeklinde yorumlanmaktadır²²⁷. Yine de tarafların bu konuda çıkabilecek herhangi bir ihtilaftan kaçınmak için bu noktada daha açık bir ifade kullanmaları oldukça faydalı olacaktır²²⁸:

“Mücbir Sebep deyimi, makul ve basiretli bir işleticinin/operatörün (*operator*) (göstereceği) standart özeni gösteren ilgili tarafın kontrolü dışındaki durumları ifade eder. Yukarıda anılan hükme (mücbir sebep tanımı) tabî olmak ve fakat yukarıdaki hükmün genel niteliğini sınırlamaksızın, aşağıda sayılan durumlar özellikle mücbir sebep olarak kabul edileceklerdir: Makul ve basiretli bir işleticinin/operatörün (*operator*) (göstereceği) standart özeni gösteren ilgili tarafın kontrolü dışında olan

Arbitration”, *Journal of International Arbitration* No.1, 1984, (çevrimiçi) www.trans-lex.org/126600, 30.03.2010, s.218–219).

²²⁵ Pichonnaz, a.g.e., s.227; Antonmattei, a.g.e., s.132–133; ICC Award No.2546, (aktaran, Melis, a.g.e., s.218–219).

²²⁶ Pichonnaz, a.g.e., s.227; Türk hukuku bakımından bkz. Özer Seliçi, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, *İdare Hukuku Alanında Sorumluluk*, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.69.

²²⁷ Didier Matray, François Vidts, “Les Clauses d’Adaptation de Contrats”, *Les grandes clauses des contrats internationaux*, 55e Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, 11 et 12 mars 2005, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles, 2005, s.123; “*Ejusdem Generis*” yorum yapılmaması hususunda bkz. Firoozmand, a.g.m., s.427; Brunner, a.g.e., s.387; “*Ejusdem Generis*” kuralı (*Benzerlik Kuralı*) özellikleri açıkça belirtilmiş bir veya birkaç ifadeyi takip eden genel nitelikli ifadenin de, özel ifade ile paralel içerikte yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Milli Reasürans T.A.Ş., *Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü*, Milli Reasürans T.A.Ş. Yayını, İstanbul, 2004, s.93.

²²⁸ Aynı görüşte bkz. Fontaine, de Ly, a.g.e., s.449; Marmursztejn, a.g.e., s.793.

doğ a olayları, nakliye kazaları...(olayların sıralanması) veya burada sayılan veya sayılmayan türde diğer herhangi bir sebep.”²²⁹

“MTO Mücbir Sebep Klotu 2003

... [3] Aksine bir kanıt olmadıkça ve aksi taraflarca sözleşmede açıkça veya zımnen kararlaştırılmadıkça, bu Klotu başvuran tarafın, aşağıdaki engellerin bir veya birden fazlasının gerçekleşmesi durumunda, bu Klotun 1. paragrafında [a] ve [b]de tanımlanan koşulları yerine getirdiği varsayılır:

[a] savaş (ilan edilmiş olsun olmasın), silahlı çatışma veya benzeri tehdit (düşmanca saldırı, abluka, askeri ambargo da dâhil olmak fakat bunlarla sınırlı olmamak üzere), çarpışmalar, işgal, yabancı düşman fiili, kapsamlı askeri seferberlik;

[b] iç savaş, karışıklık isyan ve ihtilal, askeri veya sivil ihtilal, ayaklanma, halk hareketi veya karışıklık, toplu şiddet, sivil itaatsizlik;

[c] terör olayı, sabotaj veya korsanlık;

[d] herhangi bir kanun veya hükümetin direktifi, kural, yönetmelik veya tüzük gereğince hukuka uygun veya aykırı idari işlem, sokağa çıkma yasağı, kamulaştırma, zorla el koyma, malların müsadereci, haciz, millileştirme;

[e] doğal afet, bulaşıcı hastalık, salgın, şiddetli fırtına, siklon, tayfun, kasırğa, hortum, kar fırtınası, deprem, volkanik faaliyetler, toprak kayması, med cezir, tsunami, sel, yıldırım tahribatı, kuraklık;

[f] patlama, yangın, makinelerin, donanımın, fabrikaların ve her türlü tesisatın tahribatı, ulaştırma, haberleşme veya enerjide uzayan arıza;

[g] Boykot, grev ve lokavt, fabrikaların ve çevrelerinin işgali gibi ancak bunlarla sınırlı olmaksızın genel iş ihtilafları...”²³⁰

MTO’nun yayınladığı model mücbir sebep klotunda öngörölmezlik ve dışsallık unsurları bakımından taraflara kolaylık sağlanması amaçlanmıştır. Listede sayılan mücbir sebep olayların meydana gelmesi nedeniyle yükümlülüğünü ifa edemeyen tarafın, etkilendiği olayın birinci fıkrada sayılan öngörölmezlik ve

²²⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.449.

²³⁰ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.8, Model klotun birinci fıkrasında “...[1] Aksi taraflarca sözleşmede açıkça veya zımnen kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin bir tarafı bir veya birden fazla sözleşmesel yükümlülüğünü ifa etmemesi durumunda, bu taraf:[a] ifa etmemesinin makul kontrolü dışında bir engelden ileri geldiğini ve [b] engelin gerçekleşmesini sözleşmenin kurulması anında dikkate almasının makul olarak beklenemeyeceğini ve [c] engelin etkilerinden makul olarak kaçınamayacağını veya bunları aşamayacağını kanıtladığı ölçüde bu Klotun 4 ila 9. paragraflarında yer alan sonuçlara tabi olacaktır...” ifadesi kullanılmıştır.

dışsallık unsurlarını taşıdığını karşı tarafa açıklaması beklenmemektedir. Zira listede sayılan olayların bu unsurları taşıdığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin karşı tarafı bu karineyi çürütmek için, meydana gelen olayın mücbir sebepten etkilenen sözleşme tarafının kontrolü dâhilinde olduğunu veya bu tarafça sözleşme kurulduğu zaman öngörülebileceğini kanıtlamaya çalışabilir. Öte yandan birinci fıkranın [c] bendinde “...engelin etkilerinden makul olarak kaçınamayacağını veya bunları aşamayacağını...” şeklinde ifade edilen kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsuru taraflar arasındaki hakkaniyet dengesini korumak amacıyla bilinçli olarak bu fıkarda sayılmamıştır. Listede sayılan olaydan etkilenen taraf, bu olaydan makul olarak kaçınamayacağı ve olayın üstesinden gelemeyeceğini sözleşmenin karşı tarafına kanıtlamak zorundadır²³¹.

1. MÜCBİR SEBEP KLOZUNUN ALT YÜKLENİCİLERİ VE DİĞER ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARI KAPSAMASI

Mücbir sebep klotunun tarafların alt yüklenicileri ile sözleşme kurdukları diğer üçüncü şahısları kapsamı oldukça hassas bir konudur. Sözleşmede taahhüt edilen yükümlülüklerin bir kısmının veya tamamının bir üçüncü şahsa devredildiği ve bu şahsın mücbir sebepten ötürü edimini ifa edememesinin (alt yüklenicilere) veya tarafların müşterilerinin veya mal tedarik ettikleri tedarikçilerin mücbir sebepten ötürü edimlerini ifa edememelerinin, ilgili sözleşme tarafını yükümlülükten kurtarıp kurtarmayacağı hususunun mücbir sebep klotunda düzenlenmesi büyük önem taşımaktadır²³². Genel olarak mücbir sebepten etkilenen sözleşme tarafının sözleşme akdettiği diğer kişiler ile olan ticari ilişkileri, bu sözleşme tarafının kontrol alanına dâhil olacaktır. Bir başka deyişle mücbir sebepten etkilenen sözleşme tarafı için mücbir sebebin dışsallık unsuru, alt yüklenicilerini ve ticaret yaptığı diğer üçüncü kişileri kapsayacak şekilde genişleyecektir. Mücbir sebep klotunda alt

²³¹ Brunner, a.g.e., s.208; Listed Force Majeure events: paragraph 3, ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.12.

²³² Ham petrol satımına ilişkin sözleşmede satıcı tarafın kendi tedarikçisinden yeterli miktarda ham petrol temin edememesinden ötürü mücbir sebep iddiasında bulunduğu uyuşmazlıkta; hakemler ham petrol gibi ürünlerin nev'i borcu oluşturduğuna ve dolayısıyla tedarikinin asla imkânsız olamayacağına, üçüncü kişi tedarikçinin temin borcunu ifa etmemesinin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması gerektiğine hükmetmişlerdir. Bkz. ICC Award No.3952 (1982) (aktaran, Melis, a.g.m., s.221).

yüklenicilerin karşılaştıkları mücbir sebeplerin aynı zamanda esas sözleşme tarafını da etkilemesi ve her ikisi içinde klotdaki mücbir sebep koşullarını taşıması kaydıyla, sözleşme tarafının yükümlülüklerinden kurtulacağı kararlaştırılabilir. FIDIC model sözleşmesindeki mücbir sebep klotu ve MTO'nun model mücbir sebep klotunun ikinci fıkrası bu hususu göz önünde bulundurmuş ve bu yaklaşıma uygun olarak kaleme alınmıştır. Öte yandan CISG'nin uygulanacağı sözleşmeler içinde bu durum geçerlidir. Bu düzenlemelerde ikili bir incelemenin yapılması, her iki grup için de ayrı ayrı mücbir sebebin diğer koşullarının tamamen gerçekleşip gerçekleşmediği aranması hedeflenmiştir:

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.1 Mücbir Sebebin Tanımı

Bu Maddede “Mücbir Sebep” kavramı;

- (a) Tarafların kontrolünün dışında olan,
 - (b) buna karşı bu Tarafların Sözleşmenin kurulma aşamasında makul olarak hiçbir önlem alamadıkları,
 - (c) ortaya çıkmasından sonra bu Taraflarca makul şartlar altında önlenemeyen veya üstesinden gelinemeyen ve
 - (d) maddi olarak diğer Tarafa isnat edilemeyen
- sıradışı olaylar ya da durumlar anlamına gelmektedir...

Mücbir Sebep, yukarıda (a)’dan (d)’ye kadar olan hükümlerde belirtilen şartların mevcut olması halinde, şu aşağıda sayılan sıra dışı olayları ya da durumları –bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla- kapsayabilir:

(...) iii) Müteahhidin Personeli dışındaki diğer Personelin ve Müteahhidin ve Taşeronun diğer çalışanlarının sebebiyet verdiği huzursuzluk, başkaldırı, kargaşa, grev ya da lokavt...”²³³

“MTO Mücbir Sebep Klotu 2003

... [2] Âkit taraflardan birinin, bir veya birden fazla sözleşmesel yükümlülüğünü, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü şahsın ifa etmemesi nedeniyle ifa etmemesi durumunda 4 ila 9. paragraflarında yer alan sonuçlar ancak,

[a] bu klotun 1. paragrafında yer alan koşulları yerine getirdiği ve

²³³ Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.81.

[b] aynı koşulların üçüncü şahıs için de varolduğunu kanıtladığı ölçüde, âkit tarafa uygulanacaktır...”²³⁴

“CISG m.79/2

... (2) Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;

(a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve,

(b) Görevlendirmiş olduğu kişiye 1. fıkra hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde

mümkündür...”

“... aşağıda örnek olarak sayılmak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, ülkenin bir siyasi partisine bağlı ya da bir siyasi partisine karşı ya da yabancıların sahip oldukları veya yönetiminde bulundukları şirketlere veya tesislere karşı genel bir işçi hareketinin parçası olarak ya da doğrudan Şirkete (veya Alt yüklenicilerine/Taşeronlarına) yönelik, yaygın olarak veya ulusal çapta veya politik güdümlü grevler, Tesis dışına taşan iş yavaşlatmalar...”²³⁵

Öte yandan sözleşme tarafları, tedarikçilerinin veya müşterilerinin etkilendikleri mücbir sebeplerinde kendi aralarındaki mücbir sebep klozu kapsamına gireceğini kararlaştırabilirler:

“... Satıcının tedarikçilerinden ikmalin kesilmesi, kısılması veya (ikmale) müdahale edilmesi, satıcının mücbir sebebinde aranan koşullara uygun olmak kaydıyla mücbir sebep durumu olarak kabul edilecektir...”;

“Alıcının (...) m3/yıl (gaz alan) ana müşterilerinden biri, bu ana müşteriye uygulanacak mücbir sebep koşullarından ötürü alıcıdan gaz alamadığı takdirde, alıcının da mücbir sebepten ötürü gaz alamadığı kabul edilir...”²³⁶

²³⁴ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.10; Bu fıkra CISG’nin 79. maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilmiştir. Bu fıkra sözleşme taraflarından birinin alt yüklenicisinin etkilendiği mücbir sebep nedeniyle kendi sözleşmesindeki yükümlülüklerini ifa etmemesinin hangi koşullarla mücbir sebep klozu kapsamına gireceği açıklanmıştır. Bu fıkra ikili bir basamak getirilmiş, hem âkit taraf için klozun birinci fıkrasında sayılan koşulların oluştuğunun, hem de aynı koşulların alt yüklenici içinde söz konusu olduğunun sözleşmenin karşı tarafına kanıtlanması gerekmektedir. Alt yüklenicinin bir mücbir sebepten etkilenmesi klozun üçüncü fıkrasındaki örnek mücbir sebep olayları arasında sayılmamıştır. Bkz. Force Majeure and sub-contractors, ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.11.

²³⁵ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.445.

²³⁶ Konarski, a.g.m., s.416.

Mücbir sebep klotunda üçüncü şahısların karşılaştıkları mücbir sebepler hususunda bir düzenleme yapılmaması durumunda, CISG'ye tabî olan sözleşmeler bakımından m.79/2'deki şartları taşıdığı ölçüde sözleşme tarafı yükümlülüklerinden kurtulacaktır. Buna karşın CISG m.79/2'deki düzenleme sadece alt yüklenicileri kapsamakta ve tarafların tedarikçilerini ve müşterilerini kapsamamaktadır. Bu durumda bu kişilerin karşılaşacakları mücbir sebeplerin sözleşme taraflarının risk alanında kaldığı sonucuna varılacaktır²³⁷.

Son olarak ifade edilmelidir ki “sözleşmelerin şahsiliği” prensibi (*privity of contracts principle*) gereği²³⁸, sözleşme tarafının alt yüklenicisi aralarındaki alt sözleşmede, esas sözleşmedekinden daha geniş bir mücbir sebep klotu bulunması ve bu alt yüklenicinin esas sözleşmede bulunmayan mücbir sebeplere dayanmaları, sözleşme tarafı borçluyu alacaklıya karşı sorumluluktan kurtarmayacaktır. Bu husus FIDIC model sözleşmesindeki mücbir sebep klotunun beşinci fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. FIDIC Kırmızı Kitap m.19.5'e göre:

“... Taşeron/Alt yüklenici İşlere ilişkin herhangi bir sözleşmeyle veya anlaşmayla, bu Klotda belirtilen koşullara ek olarak veya bu koşullardan daha geniş koşullarla mücbir sebepten muafiyete hak kazandığı takdirde, bu ek veya daha geniş mücbir sebep olayları veya durumları, Müteahhidi ifa etmemeden mazur tutmayacak ve bu Klot uyarınca herhangi bir muafiyete hak kazandırmayacaktır...”²³⁹

Öte yandan taraflar bu alt yükleniciler veya tarafların müşterileri veya satıcıları ile aralarında kuracakları sözleşmelerdeki mücbir sebep klotlarını

²³⁷ Suni gübre satımına ilişkin bir İsviçreli alıcı ile Avusturyalı satıcı arasında satım sözleşmesi kurulmuştur. Avusturyalı satıcı malı Ukraynalı tedarikçiden temin edecektir. Satıcının verdiği talimatlar doğrultusunda alıcı Ukraynalı tedarikçiye gübrenin teslim edileceği paketleri göndermiş, ancak paketler Ukrayna kimyasal standartlarına uymadığından teslim gecikmiştir. İsviçreli alıcı teslimatın ne zaman yapılacağına ilişkin sağlıklı bilgi alamadığından üçüncü şahıslardan mal temin etmiş ve Avusturyalı alıcıdan zararının tazminini talep etmiştir. Avusturyalı satıcı Ukraynalı tedarikçinin edimini ifa etmemesinin kendisine isnat edilemeyeceğini, sözleşmenin kurulması anında bu sorunları öngöremeyeceğini ve teslimattaki gecikmeye karşı koyamayacağını veya bu sorunu aşamayacağını iddia etmiştir. Mahkeme satıcının talimatları doğrultusunda paketlerin Ukrayna'ya gönderildiğini dolayısıyla paketlerin uyumlu olup olmadığını satıcının önceden bilebileceğini; öte yandan bu uyumsuzluk konusunda yanlış bilgilendirilmiş olsa dahi bu riskin satıcıda olduğunu ve CISG m.79/2 hükmünün satıcının tedarikçilerini kapsamadığını ve dolayısıyla tedarikçinin edimini ifa etmemesinin satıcının risk alanında olduğuna hükmetmiştir. Bkz. ICC Award No.8128 (1995), (çevrimiçi) <http://www.unilex.info>, 23.05.2010.

²³⁸ Brunner, a.g.e., s.188.

²³⁹ Seppälä, a.g.m., s.1021.

birbirlerine bildireceklerini ve bu klotların içeriği hakkında görüŖeceklerini de ifade ederek, bir ara çözüml formüle edebilirler:

“... Alıcı, Alıcı ve Ana MüŖterileri arasındaki sözleşmelere konulacak Mücbir Sebep klotlarının müzakeresi ve yazılması zarfında Satıcı ile görüŖeceđini ve işbirliğinde bulunacağını kabul eder...”²⁴⁰

m. MÜCBİR SEBEP KLOZUNDA HARİÇ TUTULAN HUSUSLAR VE ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bazen taraflar klotlarında bilhassa mücbir sebep sayılmayacak olayları da sıralamaktadırlar. Bu olaylar öngörölerek mücbir sebep klotu kapsamı dışında kalacakları kararlaŖtırılabileceđi gibi, taraflardan biri açıkça meydana gelecek belli bir olayın rizikosunu üstlendiğini de taahhüt edebilir²⁴¹. Böylelikle sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bu olay klot yazıldığı sırada taraflarca öngöröldüğünden, etkilenen tarafların bu mücbir sebebin riskini üstlenmiŖ oldukları kabul edilecektir. Kapsamlı sözleşmelerde ise her bir sözleşme tarafı için hangi durumların mücbir sebep olarak kabul edilmeyeceği tek tek kararlaŖtırılabilir:

“Mücbir Sebep Olayları, doğrudan bir Mücbir Sebep Olayından kaynaklanmaları haricinde ve bunlarla sınırlı olmak üzere, aŖağıdaki durumları kapsamayacaktır:

- (i) 17.1(c)(i)(E) Bölümünde öngörölenin haricinde, makinelerin, teçhizatın, yedek parçaların veya proje için sarf malzemelerinin (yakıt dâhil) geç teslimi,
- (ii) Müteahhitlerden birinin ifade gecikmesi, ya da
- (iii) Malzemelerdeki ve teçhizatlardaki normal aşınma ve bozulmalar veya aksaklıklar.”²⁴²

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.5 TaŖeron/Alt yükleniciyi Etkileyen Mücbir Sebep TaŖeron/Alt yüklenici İşlere ilişkin herhangi bir sözleşmeyle veya anlaşmayla, bu Klotda belirtilen koŖullara ek olarak veya bu koŖullardan daha geniş koŖullarla mücbir sebepten muafiyete hak kazandığı takdirde, bu ek veya daha geniş mücbir

²⁴⁰ Draetta, Lake, a.g.e., s.129.

²⁴¹ Kaplan, a.g.e., s.152; Fontaine, de Ly, a.g.e., s.450.

²⁴² Fontaine, de Ly, a.g.e., s.450.

sebeup olayları veya durumları, Müteahhidi ifa etmemeden mazur tutmayacak ve bu Klot uyarınca herhangi bir muafiyete hak kazandırmayacaktır...”²⁴³

“... Şirket aşağıda sayılan herhangi bir durumu, bu Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinin ifasını geciktiren veya ifa etmemesi halinde sorumluluktan kurtaran bir Mücbir Sebeup olarak kabul etme hakkına sahip değildir...”

“... Bununla birlikte kanunlar, anlaşmalar, kurallar, yönetmelikler, kararnameler veya Azerbaycan Cumhuriyeti topraklarındaki herhangi bir İdari Otoritenin himayesi veya yönetimi altındaki herhangi bir kurum veya makamın fiilleri, gecikme veya ifa etmeme ile ilişkili olarak SOCAR ²⁴⁴ bakımından Mücbir Sebeup oluşturmayacaktır...”²⁴⁵

“... Hiçbir durumda, ödemede bulunamama bir Mücbir Sebeup durumu olarak kabul edilmeyecektir...”²⁴⁶

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.2 Mücbir Sebeup Bildirimi

Bu Klotun diğer hükümlerine bakılmaksızın, Taraflardan her birinin diğer Tarafa Sözleşmedeki ödeme yapma yükümlülüklerine Mücbir Sebeup uygulanmayacaktır...”²⁴⁷

Yukarıda görüleceği üzere belli bir bedelin ödenmesi çoğu zaman taraflarca mücbir sebeup klotunun kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bu noktada bir parantez açılarak mücbir sebeup klotları ile “*al ya da öde*” (*take or pay clauses*) klotları arasındaki ilişkinin açıklanması gerekir. Çalışmamızda daha evvel ifade edildiği üzere uluslararası ticari sözleşmeler genellikle uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerdir. Genellikle bu sözleşmeler ile büyük çaplı ticari ilişkilerin düzenlenmesi hedeflenir. Örneğin bu kapsama giren petrol, doğalgaz, kömür ve diğer madenlerin arama, üretimi ve tedarikine ilişkin sözleşmelerde (*upstream agreements, les contrats de l’amont*) genellikle hem mücbir sebeup klotları hem de “*al ya da öde*” klotları yer almaktadır. Zira bu sözleşmeler *proje finansmanı* (*project finance*) adı

²⁴³ Seppälä, a.g.m., s.1021.

²⁴⁴ Azerbaycan Devlet Petrol Şirketi (SOCAR) bkz. (çevrimiçi) <http://www.socar.az/>, 20.04.2010.

²⁴⁵ Ashrafi, Dan Ulduzu & Hazar Denizi’nin Azerbaycan kısmını kapsayan 14 Aralık 1996 tarihli Amoco Group Arama, Geliştirme ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesi’nin 20(1) maddesi için bkz. Firoozmand, a.g.m., s.429–430.

²⁴⁶ Draetta, Lake, a.g.e., s.128.

²⁴⁷ Seppälä, a.g.m., s.1021.

altında bir sözleşmeler kümesinin içinde yer almaktadırlar²⁴⁸. Proje finansmanı, sözleşme taraflarının tek başlarına gerçekleştirmek için ekonomik güçlerinin yeterli olmadığı projelerin gerçekleştirilebilmesi için kullanılan, bankaların bir araya gelerek sağladıkları sendikasyon kredileri karşılığında projenin gelirlerinin (*revenue producing project*) teminat olarak gösterildiği bir finansman metodudur²⁴⁹. Bu amaçla kurulan proje şirketiyle söz konusu projeler gerçekleştirilir ve bu projelerin gerçekleştirilmesiyle kazanılan gelirler ile öncelikle kredilerin ve faizlerinin ödenmesi hedeflenir. Bu amaçla genellikle bankalar ve kredi kurumları kendilerini koruyacak hükümlerin bu sözleşmeler kümesinde yer almasını arzu ederler. Bu amaçla kullanılan “al ya da öde” klotunun bulunduğu sözleşmelerde sözleşmenin alıcı olan tarafı ya asgari bir miktarda petrol, doğalgaz, kömür veya diğer madenlerden alacak ve karşılığını ödeyecek, ya da bu miktarı almayacak ve yine de sözleşmede belirlenen tutarı ödeyecektir²⁵⁰.

“Al ya da öde” klotu kapsamındaki seçimlik borçlarından alıcının mücbir sebep klotuna dayanarak kurtulup kurtulamayacağı meselesinin sözleşmede kararlaştırılması oldukça önemlidir. Bu meseleye iki yönden yaklaşılabılır: “Al ya da öde” klotları sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa edebilmesi için alıcı tarafa seçimlik olarak iki borç yüklemektedir. Klasik yaklaşıma göre seçimlik borçlardan biri tarafların kusuru olmaksızın imkânsız hale gelirse ve şayet diğeri mümkünse, borçlu taraf (hammadde veya malı alacak olan taraf) diğer seçimlik borçtan kurtulamayacaktır. Zira bir borcun imkânsızlaşması ile borç ilişkisi kalan borç üzerinde somutlaşacaktır²⁵¹. Mücbir sebep klotunun etkili olacağı yaklaşıma göre ise, petrol, doğalgaz, kömür veya diğer madenlerin mücbir sebep klotunda yazılan nedenlerden birinden ötürü alıcı tarafından teslim alınamaması durumunda, ödeme yükümlülüğünün de aynı mücbir sebebe bağlı olarak ortadan kalkacağı kararlaştırılabilir. Bu sayede hammaddeyi veya malı almakla ya da bedelini ödemekle yükümlü olan alıcı taraf, hem alma hem de ödeme yükümlülüklerinden

²⁴⁸ Bu projeler takdir edileceği üzere birçok riskle (inşaat, pazarlama, teknolojinin eskimesi, fiyat değişimleri, devlet müdahaleleri vs.) karşı karşıya olduğundan, proje finansmanı kapsamında yapılan sözleşmelerdeki mücbir sebep klotlarının (aynı şekilde aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının) sözleşmedeki diğer klotlar ile uyumlu olması gerekir. Bkz. Marmursztejn, *a.g.m.*, s.789.

²⁴⁹ Draetta, *Contrats Internationaux*, s.353.

²⁵⁰ Declercq, *a.g.m.*, s.219.

²⁵¹ Dural, *a.g.e.*, s.147.

kurtulmuş olabilecek ve dolaylı yoldan borçların hepsinin imkânsızlaşması varsayımına ulaşılacaktır²⁵². Bu yaklaşıma göre, alıcı taraf klotda sayılan bir nedenden ötürü belirlenen petrol, doğalgaz, kömür veya diğer maden miktarını alamadığı bir durumda klotda alıcının ödeme yükümlülüğünden de kurtulacağı ifade edilmezse, bu durumda mücbir sebep klotunun alıcı taraf için hiçbir etkisi olmayacaktır. Bir başka deyişle klotda petrolün, doğalgazın, kömürün veya diğer madenlerin herhangi bir mücbir sebepten ötürü alıcı tarafından alınmamasının onu diğer seçimlik ifa yolu olan ödemedan kurtaracağı ifade edilmezse, klotun sözleşmede bulunmasının bir anlamı yoktur. Çünkü “al ya da öde” klotunun tek başına sözleşmede bulunması da aynı sonucu yaratacaktır²⁵³.

Mücbir sebep klotunun geniş kapsamlı olması veya belirsiz ifadeler içermesi durumunda, taraflardan birinin bu klotu dayanarak yükümlülüklerinden kaçınması söz konusu olabilir. Bu durumda “al ya da öde” klotu ve proje finansmanı dâhilindeki diğer sözleşmeler de tehlike girmiş olacak, bankalar ve kredi kurumları da bu büyük projelerde öngördüklerinden büyük riskler üstlenmek durumunda kalacaklardır. Bu nedenle “al ya da öde” klotları ile mücbir sebep klotlarının sözleşmede birlikte yer alması durumunda her iki klotun birbirleri ile uyumlu kaleme alınmış olmaları gerekir²⁵⁴. Zira mücbir sebep klotları sözleşmedeki diğer klotlardan bağımsız yorumlanamayacaklardır²⁵⁵.

3. MÜCBİR SEBEP KLOTUNUN TABÎ OLDUĞU REJİM VE UYGULAMA USULÜ

Uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında mücbir sebebe özgü bir tanım geliştirildiği gibi, mücbir sebebin gerçekleşmesi halinde uygulanacak özel bir hukuki rejim de geliştirilmiştir. Mücbir sebep klotlarında, mücbir sebep varsayımının gerçekleşmesi halinde, bu duruma uygulanacak olan usulün ne olacağı taraflarca kararlaştırılmaktadır. Öncelikle sözleşmenin karşı tarafının durumdan haberdar edilmesi ve mücbir sebebin meydana geldiğini gösteren delillerin karşı tarafa

²⁵² Dural, a.e., s.146.

²⁵³ Declercq, a.g.m., s.219.

²⁵⁴ Marmursztejn, a.g.m., s.791, Draetta, *Contrats Internationaux*, s.354-355.

²⁵⁵ Declercq, a.g.m., s.219.

sunulması gerekir. Bu aşamayı takiben klotda, mücbir sebebin tarafların yükümlölükleri üzerindeki etkilerinin neler olacağı belirtilir: Her türlü sorumluluktan kurtulma, ifanın askıya alınması gibi. Mücbir sebep durumunun klotda belirlenen süre kadar devam edip, bu sürenin aşılması halinde sözleşmenin yeniden müzakere edilebileceğı veya feshedilebileceğı de klotda açıkça kararlaştırılabilir. Aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, taraflar mücbir sebep durumuna özgü yan yükümlölükler kararlaştırmaktadırlar. Bildirimde bulunma ve gerekçelendirme, imkânsızlığın ortadan kaldırılması için makul olan her türlü imkânın seferber edilmesi (ellerinden geleni yapma/azami gayret gösterme borcu), iyi niyetle ve dürüstlük kuralına uygun müzakerelerde bulunma ve mücbir sebebin sona erdiğinin bildirilmesi gibi yeni yükümlölüklerin mücbir sebebin gerçekleşmesi ile doğacağı bu klotlarda öngörülmektedir.

a. MÜCBİR SEBEBİN BİLDİRİMİ VE GEREKÇELENDİRİLMESİ

Mücbir sebebin meydana gelmesi ile ifa süreci kesilmekte ve sözleşme taraflarının geleceğı dönük ekonomik planları önemli ölçüde etkilenmektedir. Bu sebeple sözleşmenin karşı tarafının süratle durumdan haberdar edilmesi ve mücbir sebebe ilişkin gerekçelerin kendisine iletilmesi gerekmektedir. Bu nedenle mücbir sebep klotunda yer alan bildirim ve gerekçelendirme fıkrasında genellikle bildirimin yapılacağı kişı veya mercii, bildirimin şekli, mücbir sebebe ilişkin bilgiler, tahmini süresi, etkilenen yükümlölükler ve neden askıya alınmaları gerektiğı, olayı tevsik eden belgeler, bildirimin yapılması gereken süre belirtilmektedir²⁵⁶. Birçok mücbir sebep klotunda bu sorunlara değinilmeyip, bu safhada yapılması gerekenler sözleşmeye uygulanacak hukuktaki genel hükümlere bırakılmaktadır²⁵⁷.

²⁵⁶ Firoozmand, **a.g.m.**, s.433.

²⁵⁷ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.452; Bildirim yükümü ulusal hukuk düzenlerindeki dürüstlük kuralının bir uzantısıdır ve dolayısıyla herkesçe bilinen bir olayın meydana gelmesi durumunda, imkânsızlığa alacaklı neden olmuşsa, alacaklı imkânsızlığı biliyorsa veya bilebilecek durumda ise elbette borçlunun bildirimde bulunmak zorunda değildir. TTK. m.774 Taşıma Sözleşmesi bakımından böyle bir bildirim yükümünü öngörmektedir. Bkz. Dural, **a.g.e.**, s.131.

i. MÜCBİR SEBEP BİLDİRİMİ

Mücbir sebep klozlarının uluslararası ticari ilişkiler bağlamında geliştirilen karakteristik özelliklerinden birini de mücbir sebep olayı gerçekleştiğinde etkilenen tarafın karşı tarafa bildirimde bulunma yükümlülüğü oluşturmaktadır²⁵⁸. Bu yükümlülüğe uymamanın sonucu aşağıda açıklanacağı üzere genellikle ifa etmemeden doğan sorumluluğa karşı mücbir sebep savunmasının yapılamamasıdır. En basit şekliyle (bildirimin şekline ilişkin herhangi bir açıklama yapmaksızın) taraflar, olaydan etkilenen tarafın bu olayın meydana geldiğini sözleşmenin karşı tarafına bildirme yükümlülüğü olduğunu kararlaştırmaktadırlar²⁵⁹.

Genellikle uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klozlarında, bildirim yükümüne ilişkin şekil ve süre koşulları belirlenmektedir²⁶⁰. Klozlarda bildirim şekilleri değişmekle birlikte, genellikle yazılı bir bildirim şekli öngörülmektedir. Hatta bu bildirimin hangi yollarla²⁶¹ (noter kanalıyla, faks, e-mail, telefon görüşmesini izleyen yazılı bildirim vs.) yapılması gerektiği de klozda belirtilebilir²⁶².

“... Bu gibi beklenmeyen hallerin gerçekleşmesi üzerine, bu durumdan etkilenen taraf, derhal gecikmenin nedenini yazılı olarak diğer tarafa bildirecektir...”

Tarafların bildirimde bulunmaları gereken süreleri klozları kararlaştırmaları, özellikle bildirimde bulunmamanın bir yaptırıma bağlandığı hallerde daha da önem kazanmaktadır²⁶³. Her koşulda yapılacak bildirimin en kısa sürede yapılması gerekir. Bu nedenle klozlarda genellikle “gerçekleşir gerçekleşmez, hemen, makul bir süre

²⁵⁸ Draetta, Lake, a.g.e., s.100; UPICC m.7.1.7/3, CISG m.79/4.

²⁵⁹ Almeida Prado, a.g.e., s.169; BKT. m.135/3'te de bu husus gözetilmiş borçlunun ifa imkânsızlığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir.

²⁶⁰ Bildirimin şekli sözleşmede taraflar arasında yapılacak bildirimleri düzenleyen bir “Bildirim Klozu”na da atıf yapılarak düzenlenebilir. Bkz. Firoozmand, a.g.m., s.433.

²⁶¹ TTK. m.20/3 uyarınca tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi fesih ya da sözleşmeden rücu amacıyla yapılacak ihbar veya ihtarların geçerli olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla ya da telgrafla yapılması şarttır.

²⁶² UPICC m.1.10'da uluslararası ticari sözleşmelerdeki tebligat usulü düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca taraflar arasında tebligat somut olaya uygun her türlü araçla (tebligat serbestisi) yapılabilir. Prensiplerde tebligatın gönderilene ulaştığı anda hüküm ifade edeceği (öğrenme anı değil) belirtilmiştir. Söz konusu maddede tebligatın ulaşmasından, tebligatın gönderilene sözlü olarak iletilmesi veya gönderilen kişinin işyerine veya posta adresine teslim edilmesinin anlaşılacağı ifade edilmiştir. Günümüzde uluslararası ticari sözleşmeler bakımından internet üzerinden yapılan yazışmalar büyük önem taşımaktadır. Bu bakımdan e-mail yoluyla yapılan bildirimlerin gönderilenin hizmet sağlayıcısına ulaştığı anın esas alınacağı belirtilmiştir. Bkz. Süral, a.g.e., s.72.

²⁶³ Draetta, Lake, a.g.e., s.100; Kahn, a.g.m., s.477.

içinde” gibi ifadeler kullanılmaktadır²⁶⁴. Bazı hallerde de bildirimde bulunma süresi biraz daha biraz daha belirgin hale getirilerek 7, 15, 21 ve 30 günlük bildirim süreleri öngörülebilir. Hatta klozlarda derhal bildirimde bulunabilme imkânının mücbir sebepten etkilenmesi olasılığı dahi öngörülebilir:

“Şayet Mücbir Sebep (Olayı) haberleşmenin çökmesine neden olmuş ve bu süre içinde bildirimde bulunmak makul olarak mümkün değilse, Mücbir Sebepten (Olayından) etkilenen Taraf haberleşmenin tekrar faaliyete geçirilmesinden sonra mümkün olan en kısa sürede ve tekrar faaliyete geçmeden sonraki 24 saatten geç olmamak kaydıyla, bildirimde bulunacaktır.”²⁶⁵

Elbette bir bildirim süresi ancak başlangıç anı bilindiği takdirde etkili olabilir. Bu noktayı dikkate alan taraflarca bildirimde bulunma süresinin başlangıç anı, genellikle mücbir sebep niteliğindeki olayın gerçekleşme anı olarak kararlaştırılmaktadır. Bazen taraflar çift zamanlı bir bildirim şekli de öngörebilmektedirler:

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.2 Mücbir Sebep Bildirimi

Şayet bir Taraf Sözleşmedeki yükümlülüklerinden birini Mücbir Sebep nedeniyle ifa etmekten alıkonulur veya alıkonulacaksa, olayı veya Mücbir Sebebi oluşturan koşulları diğer Tarafa bildirecek ve hangi yükümlülüğün/yükümlülüklerinin ifasından alıkonulduğunu veya alıkonulacağını belirtecektir. Tarafın ilgili olaydan veya Mücbir Sebebi oluşturan durumu öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği (andan) sonraki 14 gün içinde bildirim yapılacaktır...”²⁶⁶

“... Bir Mücbir Sebep (Olayı) nedeniyle bir Taraf bu Sözleşmedeki yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmediği takdirde, etkilenen Taraf;

(i) mümkün olan en kısa sürede, ancak her halükarda, etkilenen Tarafın Mücbir Sebebin (Olayın) meydana geldiğine vakıf olmasından itibaren kırk sekiz (48) saat veya Şirket ile İDARE arasındaki bildirim kanallarının faaliyete geçmesini takiben altı (6) saatten geç olmamak koşuluyla, diğer Tarafa Mücbir Sebebi (Olayını) ihbar edecektir ve

²⁶⁴ Konarski, a.g.m., s.414; Marmursztejn, a.g.m., s.797.

²⁶⁵ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.453.

²⁶⁶ Seppälä, a.g.m., s.1021.

(ii) Mücbir Sebebi makul ölçüde tanımlayan ve ikinci bildirimin yapıldığı tarihte belirlenebildiği ölçüde etkilenen yükümlülüklerin bir ön değerlendirmesini, etkilenen Tarafın yükümlülüklerini ifa edemeyeceği tahmini süreyi ve diğer ilgili hususları içeren, her halükarda Mücbir Sebebin (Olayın) gerçekleştiğine ilişkin yapılan ilk bildirimi takiben yedi (7) günden geç olmamak şartıyla, karşı Tarafa mümkün olan en kısa sürede ikinci bir bildirimde bulunacaktır...²⁶⁷

Yukarıda da ifade edildiği üzere, mücbir sebebin meydana geldiği genellikle sözleşmenin karşı tarafına bildirilmektedir. Taraflar ayrıca bu klostarda mücbir sebebin sona erdiğinin de sözleşmenin karşı tarafına bildirilmesini kararlaştırılabilirler.

“... Mücbir sebebin sona erdiği de aynı şekilde bildirilecektir...”;

“(...)”

(i) Devam eden Mücbir Sebep Durumu, Mücbir Sebebin sona ermesi (ve)

(ii) Etkilenen Tarafın bu Sözleşme dâhilinde yeniden faaliyete başlama kabiliyeti hususunda, mümkün olan kısa sürede, ama her halükarda, yukarıda (i) ve (ii) ifade edilen durumların gerçekleşmesini takiben yedi (7) günden geç olmamak koşuluyla, ya da Etkilenen Tarafın Mücbir Sebep nedeniyle Bölgeyi terk etmesini takiben yedi (7) günden geç olmamak koşuluyla, Etkilenen Taraf diğer Tarafa bildirimde bulunacaktır...²⁶⁸

“... FIDIC Kırmızı Kitap m.19.3 Gecikmeyi En Aza İndirme Borcu

Taraflardan her biri Mücbir Sebep nedeniyle Sözleşmenin ifasındaki bir gecikmeyi en aza indirmek için daima makul olan tüm çabayı gösterecektir.

Bir Taraf diğer Tarafa Mücbir Sebepten etkilenmesi sona erdiğinde bildirimde bulunacaktır...²⁶⁹

ii. MÜCBİR SEBEBİN GEREKÇELENİRİLMESİ

Mücbir sebebin gerçekleştiğini iddia eden taraf, iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür²⁷⁰. Genelde gerekçelerin toparlanması belli bir süre aldığından ve

²⁶⁷ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.454.

²⁶⁸ Fontaine, de Ly, **a.e.**, s.463.

²⁶⁹ Seppälä, **a.g.m.**, s.1021.

²⁷⁰ MK. m.6, CC. m.8 için bkz. (çevrimiçi) <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c210.html>, 18.03.2010; İmkânsızlık sonucu ortaya çıkan durumdan kim bir hak iddia etmekteyse, ispat yükü onda olacaktır.

bildirim süratli bir Şekilde yapılması gerektiğinden, bu gerekçelendirme safhası bildirimden sonra gerçekteşmektedir. Ancak elbette gerekçelendirmenin bildirimle birlikte yapılması taraflarca kararlaştırılabilir:

“... tüm gerekli bilgiler detaylı biçimde bu bildirimde eklenecek...”

Mücbir sebepten etkilenen taraf hem bu mücbir sebep olayını hem de bu olaydan dolayı sorumlu olmadığını, bir başka deyişle olayla ilgisinin bulunmadığını, kaçınmak için makul olarak elinden gelen her Şeyi yaptığını ve buna rağmen olaya engel olamadığını kanıtlamak durumundadır²⁷¹. Bir örnekle açıklamak gerekirse, satıcı yükümlülüğünü ifa etmesine engel olan ihraç yasağının konulduğunu ve bu yasağın kendisine engel olduğunu kanıtlamak durumundadır²⁷². Aşğıda verilen örnekte taraflarca önce vakit geçirmeksizin bildirim yapılacağı kararlaştırılmış ve akabinde de gerekçelendirme bildiriminin yapılacağı süre, bildirim içeriğı ve Şekli belirtilmiştir.

“... Mücbir Sebep Olayı meydana geldiğı anda Zarar Gören Taraf karşı Tarafa veya Taraflara derhal bildirimde bulunacaktır ve (olayın) meydana gelmesinden itibaren (15) on beş gün içinde bu tadil edilmiş Ortak Girişim Sözleşmesini kısmen veya tamamen uygulanamamasının nedenlerini içeren bir açıklama da dâhil olmak üzere, olayla ilgili yazılı bilgi ve geçerli tevsik eden dokümantasyonu temin edecektir...”²⁷³

Değışik kanıtlama ve gerekçelendirme araçları mücbir sebep klozlarında kararlaştırılmaktadır. Bunlar klozlarda “detaylı bilgiler, güvenilir belgeler, yetkili makamlardan alınan belgeler vb.” gibi ifadelerle yer almaktadırlar. Söz konusu olan bir uluslararası ticari sözleşme olduğı takdirde, taraflar yerel makamlarca²⁷⁴ verilen

Bu imkânsızlıktan dolayı mücbir sebepten etkilenen borçlunun sorumluluğı ortadan kalkacağından, bu tarafın tazminat ödememek için durumu kanıtlaması gerekir. Bkz. Dural, a.g.e., s.133; Draetta, Lake, a.g.e., s.101, Marmursztejn, a.g.m., s.795.

²⁷¹ Dural, a.g.e., s.134; Konarski, a.g.m., s.414–415.

²⁷² Konarski, a.e., s.415.

²⁷³ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klok 40, Kauçuk Sektöründen Bir Ortak Girişim Sözleşmesi, Kurulus tarihi: X, Süresi: 10 yıl, Uygulanacak hukuk: Çin hukuku, s.333–334.

²⁷⁴ “... Mücbir sebeplerin neler olduğı sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; yangın vs. doğal afetler, ihtilal, isyan, grev, lokavt, savaş, yükleme veya boşaltma limanındaki rıhtım ekipmanlarının bozulması mücbir sebep olarak sayılmış, bu sebeplerden birinin veya birkaçının ortaya çıkması halinde tarafların yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğunda olmadığı belirtilmiştir. Davacı firmaya, ithalat yapmak için bağılantı kurduğı firma tarafından verilen 29.9.1993 tarihli mücbir sebep sertifikası, yüklemenin yapılacağı Yuşhay Limanı'nda çıkan yangın, Rusya Federasyonu Ticaret Mmsilliliğinin davalı ile yazışmaları, Kuzbass Ticaret ve Sanayi Odası'nın 1.3.1994 tarihli yazısından davacının edimini yerine getirmesi mücbir sebep nedeniyle imkânsızlaştığından, sözleşmenin 17. maddesi uyarınca davalının sözleşmeyi feshetmesi ve teminat mektubunu irad

bilgileri ve belgeleri yeterince güvenilir bulmadıklarından, genellikle yetkili makam bir uluslararası kurum olmaktadır²⁷⁵. Bununla birlikte taraflar bağımsız bir üçüncü şahsın yapacağı denetimin neticesinde ulaşılan delillerin kabul edileceğini de kararlaştırabilirler:

“... Etkilenen Taraf olayın meydana geldiğini bir Bağımsız Mühendise veya karşılıklı kabul edilen bir üçüncü şahsa tasdik ettirmek zorundadır...”;

“Mali kapanış ile Yürürlük Tarihi arasında mevcut olan aşağıdaki koşullar, uygun yazılı delillere de istinaden, Mali Piyasalarda Karışıklık (hali) oluşturacaklardır:

- (i) Uluslararası Finans Kurumu’nun (IFC) genel olarak X ülkesine yapılan kredilendirmelerin makul bir risk değerlemesine istinaden Projeye kredi vermeyi keseceğini veya kredi vermeyeceğini İdareye tasdik etmesi; ya da
- (ii) Uluslararası Finans Kurumu’nun (IFC), uluslararası mali piyasalarda bir karışıklık olmasından dolayı Projeyi finanse etmek için yeterli fonu olmadığını İdareye tasdik etmesi.”²⁷⁶

“Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Hazine Müsteşarlığı Tebliği (Tebliğ No:91–32/5) Madde 22

... Mücbir sebep kabul edilebilecek haller:

- i) İthalatçı veya ihracatçı firmanın infisahı, iflası, ithalatçı firmanın konkordato ilan etmesi veya şahıs firmalarında firma sahibinin ölümü,
- ii) Grev, lokavt, avarya hali,
- iii) İthalatçı memleket resmi makamlarının karar ve işlemleri dolayısıyla ihracat bedellerinin gelmemesi,
- iv) Tabii afet, harp ve abluka hali,
- v) Malların kaybı, hasara uğraması veya imha edilmesi,
- vi) İhtilaf nedeniyle dava açılması veya tahkime başvurulması.

Mücbir sebep hallerinin tevsiki

(i) ve (vi) halinin yetkili mercilerden, (ii) ve (iv) halinin ithalatçının bulunduğu memleketin resmi makamlarından veya mahalli odaca tasdik edilmiş olmak kaydıyla

kaydetmesi yerinde değildir. Mahkemece bu yönler gözetilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır...” Bkz. Yarg. 19. HD. E.1996/8299, K.1997/2559, T.13.03.1997, Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010.

²⁷⁵ Firoozmand, a.g.m., s.434

²⁷⁶ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.455.

alıcı veya ithalatçı firmadan (harp ve abluka hali hariç), (iii) halinin ithalatçının bulunduğu memleketin resmi makamlarından, (v) halinin ise sigorta şirketlerinden, uluslararası gözetim şirketlerinden veya ilgili ülke resmi makamlarından alınmış belgelerle tevsik edilmesi şarttır.

Mücbir sebep halleri ile ilgili olarak yurtdışından temin edilecek belgelerin dış temsilciliklerimizce veya Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı çerçevesinde hazırlanan Yabancı Resmi Belgelerin Tasdik Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi hükümlerine göre onaylanmış olması gerekir.”²⁷⁷

Elbette bu belgelerin sözleşmenin karşı tarafına sunulması, zarar gören tarafı otomatik olarak yükümlülüklerini ifa etmemekten dolayı sorumluluktan kurtarmayacaktır. Bu belgelerin fonksiyonu sadece mücbir sebep olayının meydana geldiğini göstermektir²⁷⁸.

iii. BİLDİRİM VE GEREKÇELENĐİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Mücbir sebep klozlarında bildirim ve gerekçelendirme yükümüne aykırılık halinde bir takım yaptırımlar taraflarca öngörülebilir. Belirlenen formalitelere uymada gecikme sebebiyle oluşan zararlar, etkilenen tarafa yükletilebilir. Bu durumda mücbir sebepten zarar gören taraf mücbir sebebi ileri sürme hakkını yitirmeyecek, ancak sözleşmenin karşı tarafının uğradığı zararları tazmin edecektir²⁷⁹. Bununla birlikte sıkça klozlarda mücbir sebepten etkilenen tarafın yükümlülüklerinin ancak bildirimde bulunduğu andan itibaren askıya alınabileceği kararlaştırılmaktadır²⁸⁰:

“CISG m.79/4

... (4) İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır...”²⁸¹

²⁷⁷ Nuray Ekşi, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 2. Bası, Arıkan, İstanbul, 2006, s.412.

²⁷⁸ Firoozmand, *a.g.m.*, s.434; Melis, *a.g.m.*, s.215.

²⁷⁹ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s. 100–101; BKT. m.135/3.

²⁸⁰ Kahn, *a.g.m.*, s.477.

²⁸¹ CISG m.79/4.

“... Etkilenen Tarafın (diğer sözleşme tarafına) 17.2(a) maddesinde belirtilen kırk sekiz (48) veya altı (6) saatlik sürelerde Mücbir Sebebi (Olayını) ihbar etmemesi, Etkilenen Tarafın daha sonra böyle bir bildirimde bulunmasını engellemeyecektir; ancak böyle bir durumda Etkilenen Taraf 17.2(a)(i) maddesi uyarınca öngörülen bildirimde bulununcaya kadar, 17.4 maddesi uyarınca bu sözleşmedeki yükümlülüklerini geciktirmekten veya ifa etmemekten dolayı sorumluluktan kurtulamayacaktır...”²⁸²

“MTO Mücbir Sebep Klozu 2003

... [4] Bu Klozun uygulanmasını isteyen taraf, aşağıdaki 6. paragrafa tabî olarak, şayet gecikmeksizin bildirimde bulunmuşsa engelin ifa edememesine neden olmasından itibaren, gecikmesizin bildirimde bulunmamışsa bildirimin diğer tarafa ulaşmasından itibaren, sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmekten kurtulacaktır...”²⁸³

Bununla birlikte taraflarca kararlaştırılan bir başka radikal yaptırım da, etkilenen tarafın bu formalitelerde gecikme neticesinde sorumluluktan kurtulma hakkını yitirmesidir²⁸⁴.

“... Bu koşula uymayan tarafın, ilgili mücbir sebebin tüm risk ve neticelerini gayri kabili rücu üstlendiği kabul edilir...”²⁸⁵

Mücbir sebep klozunun herhangi bir düzenleme öngörmediği hallerde uygulanacak yaptırım konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüş, bildirimde bulunmayan tarafın mevcut imkânsızlık neticesinde sahip olduğu sorumluluktan kurtulma hakkını yitirmesi gerektiğini savunurken, bir başka görüş ise etkilenen tarafın hangi olayın, ne zaman kendi yükümlülüklerinin ifası için bir mücbir sebep oluşturduğunu belirlemede zorlanabileceği düşüncesiyle bu yaptırımın oldukça ağır olduğunu ileri sürerek bu görüşe karşı çıkmıştır²⁸⁶. Ancak kesin olarak kabul edilen nokta, mücbir sebepten ötürü etkilenen taraf bildirimde bulunamazsa, yani bir başka

²⁸² Fontaine, de Ly, a.g.e., s.456.

²⁸³ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.10.

²⁸⁴ Almeida Prado, a.g.e., s.170.

²⁸⁵ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.456.

²⁸⁶ Marmursztejn, a.g.m., s.797; Hakkın düşeceğinin sözleşmede açıkça kararlaştırılması gerekir. Bkz. Draetta, *International Trade Practice*, s.553.

deyişle haberleşmenin kesilmesi halinde, herhangi bir yaptırımın uygulanmayacağıdır²⁸⁷.

b. SÖZLEŞMEDEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİN İFASININ ASKIYA ALINMASI

Ani edimli sözleşmeleri dikkate alan klasik teoriler, mücbir sebebin sona erdirici etkisi üzerinde yoğunlaşmaktayken, uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerin kullanıldığı uluslararası ticaret uygulamasında mücbir sebebin öncelikle askıya alıcı bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir²⁸⁸. Mücbir sebebin geçici bir imkânsızlık meydana getirdiği süreçte edimlerin ifası askıya alınmakta ve mücbir sebebin sona erdiği zamana ertelenmektedir²⁸⁹. Bu askıya alma öncelikle yükümlülükleri etkilenen tarafı zor durumda bırakmamak ve sözleşme ilişkisini birden koparmamak için öngörülmektedir. Yükümlülüklerin askıya alınması mücbir sebep klotlarında değişik şekillerde düzenlenebilir. Öncelikle olaydan etkilenen tarafın karşı tarafa yapacağı bildirimle sözleşmedeki yükümlülüklerin askıya alınacağı kararlaştırılabilir:

“...Âkit Taraflardan birinin bu Sözleşmedeki herhangi bir yükümlülüğü “mücbir sebep”ten etkilenirse ve bu Taraf mücbir sebebi oluşturan hususları makul olan tüm detaylarıyla belirterek karşı tarafa yazılı bildirimde bulunursa, bu durumda ifa edemeyen veya ifada geciken taraf, halin icabına göre bu bildirim yapıldığı tarihten itibaren ifa edememesinin veya ifada gecikmesinin sebebi devam ettiği sürece, bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinin ifasından muaf olacaktır...”²⁹⁰

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.2 Mücbir Sebep Bildirimi

... Bildirimde bulunan Taraf, Mücbir Sebebin onu yükümlülüğünü/yükümlülüklerini ifasından alıkoymadığı süre boyunca bu yükümlülüklerinden muaf olacaktır...”²⁹¹

“MTO Mücbir Sebep Klozu 2003

²⁸⁷ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.457.

²⁸⁸ Draetta, Lake, **a.g.e.**, s.96; Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.457; Almeida Prado, **a.g.e.**, s.175; Kahn, **a.g.e.**, s.480; Konarski, **a.g.m.**, s.418; Firoozmand, **a.g.m.**, s.435.

²⁸⁹ Dural, **a.g.e.**, s.100 vd.; Konarski, **a.g.m.**, s.418; CISG m.79/3 ve UPICC m.7.1.7/2’de geçici imkânsızlık durumunu düzenlemiştir. Bkz. Brunner, **a.g.e.**, s.246–247.

²⁹⁰ Almeida Prado, **a.g.e.**, Ek III, Klot 25, Sigara Distribütörlük Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1996, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: İngiliz hukuku, s.325–326.

²⁹¹ Seppälä, **a.g.m.**, s.1021.

... [6] İleri sürülen engelin etkisinin veya olayın geçici olması durumunda 4. ve 5. paragraflarda yer alan sonuçlar, ileri sürülen engel veya listedeki olay, bu Kloza başvuran tarafın sözleşmedeki yükümlülüklerinin ifasına engel olduğu ölçüde ve sürece uygulanacaklardır...”²⁹²

“... Taraflardan birinin yükümlülüklerinden herhangi biri ve buna tekabül eden(karşılık gelen) yükümlülük, taraflardan birinin söz konusu yükümlülüğünü ifa edemediği süre boyunca geçici olarak askıya alınacaktır:

— Mücbir Sebebi olayını öne süren tarafça koşulların bir Mücbir Sebep olayı oluşturduğunu kanıtlaması kaydıyla;

— Bir Mücbir Sebep olayının veya bir doğal felaketin gerçekleşmesi halinde, özellikle;

— yangın, sel, fırtına, hortum, deprem, erozyon, toprak kayması, yıldırım düşmesi, salgın hastalık vb.

— savaş, isyan, iç savaş, ayaklanma, ayrılıkçı hareketler, idari işlemler ve faaliyetler vb.

— grev, lokavt vb...”²⁹³

“... Mücbir sebep durumunda, mücbir sebebin (yükümlülüklerini) etkilediği ölçüde yükümlülüklerini yerine getirmeyen Tarafın yükümlülükleri, aşağıdaki koşullara tabî olmak kaydıyla, (mücbir sebebin) etkileri sona erinceye kadar askıya alınacaktır:

(a) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen Taraf, Mücbir sebebin mevcudiyetini kısa bir süre içinde diğer Tarafa bildirmelidir. Taraf, (mücbir sebebin) etkilerini ortadan kaldırma hususunda azami gayret göstermelidir.

(b) Bir mücbir sebep durumunun etkilerinin –mahiyeti veya süresi bakımından- işbu Sözleşme üzerinde esaslî etki bırakması durumunda, Taraflar, onlara en iyi yol olarak gözüken durumu izlemek amacıyla birbirlerine danışacaklardır...”²⁹⁴

Elbette taraflar yükümlülüklerin derhal askıya alınmasındansa, öncelikle karşılıklı görüşeceklerini de kararlaştırabilirler. Zira meydana gelen olayın sözleşme üzerindeki kötü etkilerini ortadan kaldıracak için en uygun çözümü, karşılıklı istişare ederek bulmak isteyebilirler. Bu durumda yükümlülükleri karşılıklı olarak

²⁹² ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.10.

²⁹³ Draetta, Lake, a.g.e., s.129.

²⁹⁴ Draetta, Lake, a.g.e., s.128.

askıya alma eldeki mevcut çözümlerden sadece biri olacaktır. Tarafların sözleşmedeki yükümlülüklerin askıya alınmasını kararlaştırmadıkları durumlarda bu mesele sözleşmeye uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir²⁹⁵.

i. SÖZLEŞME SÜRESİNİN UZATILARAK YÜKÜMLÜLÜKLERİN ASKIYA ALINMASI

Klozda mücbir sebepten ötürü yükümlülüklerin ifasının geciktiği, sınırlandığı veya engellediği durumlarda, sözleşme süresinin bu gecikme süresine eşit bir süre uzatılacağı kararlaştırılabilir²⁹⁶. Yükümlülüklerin askıya alındıkları süreye paralel olarak, sözleşme süresinin (veya vadelerin ileride bir tarihe ertelenmesi) uzatılması, mücbir sebep klozlarında en sık karşılaşılan düzenlemelerden biridir. İfa süresinin uzatılması iki şekilde ortaya çıkabilir: Genellikle yükümlülüklerin askıya alındığı süre kadar bir sürenin taraflara ek süre olarak tanınacağı kararlaştırılır²⁹⁷. Öte yandan taraflara tanınan ek uzatma süresi ile ertelenme süresi aynı olmayabilir:

“... teslim süreleri, mücbir sebebin neden olduğu sevkiyatlardaki azalmayı telafi edecek ölçüde uzatılacaktır...”²⁹⁸

“... mücbir sebep neticesinde etkilenen yükümlülükler, doğrudan mücbir sebep nedeniyle oluşan gecikmeye eşit bir süre uzatılacaktır...”²⁹⁹

“... Mücbir Sebep durumunda, Mücbir Sebepten etkilenen yükümlülükler, otomatik olarak Mücbir Sebepten ötürü oluşan gecikmeye eşit bir süre uzatılacaktır...”³⁰⁰

“... Bu Sözleşmenin süresi (bu Sözleşmedeki herhangi bir ek süre de dâhil olmak üzere) ve bu Sözleşmede yer alan tüm hak ve yükümlülükler, Mücbir Sebep olayından ötürü oluşan gecikmeye eşit bir süre ve ayrıca Mücbir Sebebin sona ermesi üzerine faaliyetlerin yeniden başlatılması için gereken süre kadar uzatılacaktır...”³⁰¹

Bu noktada dikkate alınması gereken bir başka husus da sözleşme süresinin uzatılmasının ancak mücbir sebebin belli bir süre devam etmesi koşuluna

²⁹⁵ Almeida Prado, **a.g.e.**, s.177.

²⁹⁶ Konarski, **a.g.m.**, s.418.

²⁹⁷ Marmursztejn, **a.g.m.**, s.796, Firoozmand, **a.g.m.**, s.436.

²⁹⁸ Fontaine, de Ly, **a.g.m.**, s.458.

²⁹⁹ Fontaine, de Ly, **a.g.m.**, s.458.

³⁰⁰ Draetta, Lake, **a.g.e.**, s.128.

³⁰¹ Ashrafi, Dan Ulduzu & Hazar Denizi'nin Azerbaycan kısmını kapsayan 14 Aralık 1996 tarihli Amoco Group Arama, Geliştirme ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesi'nin 20(2) maddesi için bkz. Firoozmand, **a.g.m.**, s.436.

bağlanmasıdır. Böyle bir hükmün kararlaştırılması durumunda mücbir sebep şayet belli bir süreden daha az devam ederse, sözleşme bu süre boyunca askıya alınacak ancak sözleşme süresi uzatılmayacaktır. Bu yaklaşım sözleşmenin askıya alınacağı hususunda uzlaşan tarafların sözleşme süresinin uzatılması hususunda uzlaşamamaları durumunda önerilebilecek bir çözüm olacaktır:

“... Petrol Faaliyetlerinin Mücbir Sebep koşullarından ötürü doksan (90) günü aşan bir süre ile gecikmesi, kısıtlanması veya askıya alınması durumunda, bu Sözleşmenin yürürlük süresi ve bu Sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler buna göre uzatılacaktır...”³⁰²

ii. SÖZLEŞME SÜRESİ UZATILMAKSIZIN YÜKÜMLÜLÜKLERİN ASKIYA ALINMASI

Tarafların elindeki bir başka imkân da sözleşmenin süresini uzatmadan edimlerin ifasının askıya alınmasını kararlaştırmaktır. Ancak bu noktada taraflarca dikkat edilmesi gereken ve açıkça kararlaştırılması gereken husus, askıya almanın vadeleri uzatıp uzatmayacağıdır. Örneğin;

“... İşbu sözleşme, mücbir sebep devam ettiği sürece, normal koşullara dönülünceye kadar askıda kalacak, mevcut süreler herhangi bir şekilde uzatılmayacak ve teslim edilemeyen miktar sadece ve yalnızca iptal edilmiş olacaktır...”;

“... (ifa etmekten) alıkonan veya (ifa etmede) geciken taraf, engellenme veya gecikme süresi boyunca ve ölçüsünde, ancak bu Sözleşmenin süresini uzatmaksızın, (ediminin) ifasından mazur tutulacak...”³⁰³

c. MÜCBİR SEBEBİ ORTADAN KALDIRMAK VE ZARARLARINI AZALTMAK İÇİN “ELİNDEN GELENİN EN İYİSİNİ YAPMA/AZAMI GAYRET GÖSTERME BORCU”

Mücbir sebepten zarar gören tarafın, mücbir sebepten kaçınmak veya mücadele edip kontrol altına almak için elinden gelenin en iyisini yapacağı/azami

³⁰² Türkmenistan ve Petronas Carigali (Türkmenistan) SDN BHD arasındaki 2 Temmuz 1996 tarihli Üretim Paylaşımı Sözleşmesi’nin 28(4) maddesi için bkz. Firoozmand, a.y.

³⁰³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.459.

gayreti göstereceğinin taraflarca çeşitli ifadelerle bir yükümlülük olarak kararlaştırılabileceği çalışmamızda daha evvel açıklamıştır. Bu safhada söz konusu olan yükümlülük mücbir sebebin meydana gelmesinden sonra doğmaktadır. Zarar gören tarafın, gerekli ve yeterli önlemi alarak mücbir sebepten kaçınmak ve mücbir sebebin üstesinden gelmek için gayret göstermesinden farklı olarak, burada mücbir sebep bildirimi yapıldıktan sonra geçen sürede sözleşmenin her iki tarafının da alacakları önlemlerle mücbir sebebin vermiş olduğu zararları azaltmaya (“*mitigation of loss*”) ve hatta mücbir sebep engelini kaldırmaya çalışmaları söz konusudur. Bu bakımdan taraflar meydana gelen zararın azaltılması, ifanın gecikme süresinin kısaltılması veya kesilen ifa sürecinin tekrar devam etmesini sağlamak için ellerinden gelen her şeyi yapacaklarını kararlaştırabilirler³⁰⁴. Tahkim kararlarına da konu olan zararın azaltılması için elinden gelenin en iyisini yapma/azami gayret gösterme borcu³⁰⁵, uluslararası ticaret hukukuna ilişkin düzenlemelerde ve uluslararası ticari sözleşmelerde sıkça yer almaktadır³⁰⁶:

“UPICC m.7.4.8. Zararın Azaltılması

(1) İfa etmeyen taraf (borçlu), zarar gören tarafın (alacaklının) makul önlemleri alarak azaltılabileceği ölçüde bu tarafın gördüğü zarardan sorumlu olmayacaktır.

(2) Zarar gören taraf (alacaklı), zararı azaltmak için yapmış olduğu masrafları tazmin etme hakkına sahiptir.”

“MTO Mücbir Sebep Klozu 2003

³⁰⁴ Fontaine, de Ly, a.e., s. 463.

³⁰⁵ Bir fabrikanın kurulmasına ilişkin anahtar teslim sözleşmesinde yüklenici olan taraf, bölgede silahlı çatışmaların çıkmasından ötürü çalışmaları durdurma kararı almıştır. Çatışmaların sona ermesinden sonra, çalışanlarının ülkelerine dönebilmeleri için gerekli vizelerin alınamamasından, çalışanlarının güvenliğinin sağlanamamasından ve kendi devletince verilen finansal desteğin iptal edilmesinden dolayı, yüklenici taraf çalışmalara devam etmeyi ve bitirmeyi reddetmiştir. Hakemler çatışmalar süresince ve çatışmaların sona ermesinden sonraki yirmi gün için mücbir sebebi kabul etmiş, fakat bundan sonraki süre için karşı konulmazlık unsurunun bulunmaması nedeniyle mücbir sebebi reddetmişlerdir. Davalı şirketin gerekli başvurularda bulunsaydı vizeleri elde edebileceğine (kendi ülkesinin bir konsolosluğunun hiçbir şekilde çatışmalar süresince kapanmadığı) ve alternatif finansal kaynakların bulunmasının da mümkün olduğuna hükmedilmiştir. Davalı şirket çalışmalara devam etme niyetini ve bunu yapmak için gerekli gayreti gösterdiğini ifade etmekte başarısız olmuştur. Bkz. ICC Award No.1703 (1971), Jarvin, Derains, a.g.e., s.6–7; Konarski, a.g.m., s.427, Dpn.27.

³⁰⁶ BKT. m.135/3’te de bu husus dikkate alınmış ve borçlunun zararın artmaması için gerekli önlemleri alması gerektiği ifade edilmiştir.

... [7] Bu Kloza başvuran taraf, ileri sürülen engelin veya olayın sözleşmedeki yükümlülükleri üzerindeki etkisini sınırlamak için her türlü makul önlemi alma yükümlülüğü altındadır...³⁰⁷

“CISG m.77

Sözleşmenin ihlaline dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dâhil, ihlalden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlal eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.”

“... aşağıdaki koşullara tabî olmak kaydıyla, (mücbir sebebin) etkileri sona erinceye kadar askıya alınacaktır:

(a) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen Taraf, Mücbir sebebin mevcudiyetini kısa bir süre içinde diğer Tarafa bildirmelidir. Taraf, (mücbir sebebin) etkilerini ortadan kaldırma hususunda azami gayret göstermelidir...³⁰⁸

“... FIDIC Kırmızı Kitap m.19.3 Gecikmeyi En Aza İndirme Borcu

Taraflardan her biri Mücbir Sebep nedeniyle Sözleşmenin ifasındaki bir gecikmeyi en aza indirmek için daima makul olan tüm çabayı gösterecektir.

Bir Taraf diğer Tarafa Mücbir Sebepten etkilenmesi sona erdiğinde bildirimde bulunacaktır...”³⁰⁹

“...Âkit Taraflar, Bölüm I’de tanımlanan ekonomik hedefi gerçekleştirmek amacıyla, mücbir sebepten ötürü oluşan zaman kaybını mümkün olduğunca erken telafi etmek ve en kısa sürede sözleşmedeki yükümlülüklerin ifa edilmesini sağlamak için, hem mücbir sebep olayı süresince hem de (mücbir sebebin) sonuçları bakımından “İyi niyet” kuralına uygun olarak hareket etmelidirler.”³¹⁰

Mücbir sebepten kaçınmak için gösterilecek azami gayrete paralel olarak, mücbir sebep engelinin kaldırılması veya mücbir sebebin verdiği zararları azaltmak hususunda da taraflardan beklenen davranış, bedeli ne olursa olsun bütün imkânlarını bu amaç için seferber etmeleri değil, sadece makul olan ölçüde zarardan kaçınmak

³⁰⁷ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.10.

³⁰⁸ Draetta, Lake, a.g.e., s.128.

³⁰⁹ Seppälä, a.g.m., s.1021.

³¹⁰ Brezilya’da kurulan bir kimya fabrikasına ilişkin anahtar teslim sözleşmesindeki mücbir sebep klozu için bkz. Kahn, a.g.m., s.479.

veya en azından zararın büyümesini engellemek için gayret göstermeleridir³¹¹. Bu hususta klotda herhangi bir açıklık bulunmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukta var olan hükümler dikkate alınmalıdır³¹². Taraflar meydana gelen zararın azaltılması, ifanın gecikme süresinin kısaltılması veya kesilen ifa sürecinin tekrar devam etmesini sağlamak için ellerinden gelen tüm gayreti göstereceklerini aşağıdaki hükümlerle ifade edebilirler³¹³:

“Her şartta, ilgili taraf mücbir sebepten etkilenen yükümlülüklerin ifasının yeniden başlaması ve maruz kalınan gecikmenin azami ölçüde azaltılmasını en kısa süre içinde temin etmek için gerekli bütün önlemleri alacaktır.”;

“... Sözleşme Tarafları, Bölüm I’de tanımlanan ekonomik amacı gerçekleştirmek, mümkün olan en kısa sürede mücbir sebep neticesinde oluşan zaman kaybını telafi etmek ve sözleşmesel edimleri en kısa zamanda ifa etmek amacıyla mücbir sebep süresince ve sonuçları bakımından, ‘İyi niyet Kurallarına’ uygun şekilde hareket etmek zorundadırlar...”³¹⁴

“... Bu klotun korumasını talep eden taraf, karşı tarafı bu sebepten, koşullardan, devam edebileceği muhtemel süreden ve diğer ilgili hususlardan sürekli haberdar edecektir ve ilgili olayların sonuçlarını asgariye indirmek ve mümkün olur olmaz muaf olduğu yükümlülüklerin ifasına devam etmek için tüm makul önlemleri alacaktır...”³¹⁵

Özellikle emek yoğun sözleşmelerdeki (örneğin petrol, doğalgaz, kömür ve benzeri hammaddelerin rafine edilmesi, işlenmesi, pazarlanması ve dağıtımını içeren sözleşmelerde (*downstream agreements, contrats en aval*) mücbir sebep klotlarında kararlaştırılan grevler, lokavtlar ve benzeri iş ihtilafları hususunda bu bağlamda bir istisna öngörülmektedir. Bu sosyal olayların çoğu zaman devletlerin iş kanunlarında düzenlenmesi ve işçi ve işveren haklarının kamu düzeni kapsamına girmesi dolayısıyla, bu olaylardan zarar gören taraf ihtilafa bir an evvel son vermek için kendi arzusu dışında bir anlaşmayı kabul etmeye zorlanamayacaktır³¹⁶. Kanaatimizce

³¹¹ Kahn, **a.g.m.**, s.480; Marmursztejn, **a.g.m.**, s.794.

³¹² Almeida Prado, **a.g.e.**, s.176.

³¹³ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.462–463.

³¹⁴ Fontaine, de Ly, **a.e.**, s.462.

³¹⁵ Almeida Prado, **a.g.e.**, Ek III, Klot 25, Sigara Distribütörlük Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1996, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: İngiliz hukuku, s.325-326.

³¹⁶ Marmursztejn, **a.g.m.**, s.796.

bu yönde bir hüküm sözleşmede kararlaştırılmış olsun olmasın, zarar gören taraf bu ihtilafı kendi zararına sona erdirmede için bu yükümlülüğü ihlal etmiş olmayacaktır. Yine de bu olasılığı öngören bir kloz şu şekillerde düzenlenebilir:

“... Grevler, lokavtlar ve diğer iş ihtilaflarının çözümü tamamen bu durumlarla karşılaşan tarafın takdirinde olacaktır ve bu sözleşmedeki hiçbir hüküm işbu tarafı makul bulmadığı talepleri kabul ederek iş ihtilaflarını çözmeye mecbur tutmayacaktır...”³¹⁷

“... Bu sözleşmedeki hiçbir hüküm bir Tarafı içinde bulunduğu herhangi bir grevi veya iş ihtilafını çözmeye icbar edecek şekilde yorumlanamaz...”³¹⁸

d. TARAFLARIN YÜKLENECEKLERİ MASRAFLAR

Mücbir sebepten dolayı tarafların yükümlülüklerinin askıya alındığı süreçte, zarar gören tarafın yapacağı masrafların (örneğin sevkiyat mümkün olmadığından malların depolanma masrafı, personelin geçici olarak bir yerde konaklatılması vs.) nasıl karşılanacağı da bu klozlarda taraflarca kararlaştırılabilir³¹⁹. Özellikle mücbir sebep klozlarının sorumluluktan kurtarıcı etkilerinin ön plana çıkarıldığı durumlarda, her iki tarafında tazminat haklarının bulunmadığı³²⁰, bu süreçte her bir tarafın yaptıkları masrafları kendilerinin karşılayacağı taraflarca kararlaştırılabilir. Örneğin; “... Mücbir sebebin neden olduğu ifa etmeme ve gecikmeler için, hiçbir taraf diğer taraftan cezai ödeme, faiz, tazminat ya da mücbir sebep nedeniyle uğramış olduğu zarara katılmasını talep edemez...”³²¹

Son zamanlarda, erteleme süresi boyunca mücbir sebebin neden olduğu ağır sonuçların da etkisiyle, taraflar edimlerin askıda kaldıkları sürede gerçekleşen

³¹⁷ Marmursztejn, a.g.m., s.806, Dpn.26.

³¹⁸ Matray, Vidts, a.g.m., s.114, Dpn.66.

³¹⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.461.

³²⁰ Fransız hukukuna göre kurulmuş olan bir konsorsiyum ile bir Cezayir devlet kurumu arasında kurulan Cezayir’deki bir yol inşaatı sözleşmesi MTO tahkim mahkemesi önünde uyuşmazlığa konu olmuştur. Müteahhitten gecikmeden ötürü tazminat talep edilmiş, müteahhit de bu gecikmelerin mücbir sebepten (yolların kapanması ve asfalt tedarikinde yaşanan aksaklıklar) ötürü yaşandığını öne sürerek tazminat ödemekten kaçınmıştır. Tahkim mahkemesi yol kapanmalarından ötürü 15 gün ve asfalt tedarikinde yaşanan sorunlardan ötürü de 20 günlük bir gecikme yaşanabileceğini kabul etmiş ve bu bağlamda müteahhidin ödeyeceği gecikme tazminatının 35 günlük kısmını toplam tazminat miktarından indirmiştir. Bkz. ICC Award No.8873 (1997), Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher ICC Arbitral Awards 1996–2000/Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1996–2000, Kluwer Law International, The Hague, 2003, s.501–509, [1996–2000].

³²¹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.461.

zararların, karşılıklı paylaşılabilirliğini veya sözleşmenin karşı tarafından tazmin edilebileceğini kararlaştırabilmektedirler³²²:

“... Mücbir sebep veya beklenmeyen hallerin meydana gelmesi durumunda, her bir taraf sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kısmen veya tamamen askıya alabilirler...

Bu şartlar altında, erteleme süresi ve bu olaydan dolayı meydana gelen masraflar, kayıplar veya zararların nasıl karşılanacağı, taraflar arasındaki doğrudan ve dostane müzakerelerde kararlaştırılacaktır...”³²³

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.4 Mücbir Sebebin Sonuçları

Eğer Müteahhit Fıkra 19.2 (Mücbir Sebep Bildirimi) uyarınca bildirimde bulunulan Mücbir Sebep nedeniyle Sözleşmesel yükümlülüklerinden birisini yerine getiremez ve böyle bir Mücbir Sebep nedeniyle gecikmeye maruz kalır ve/veya Masraf yapmak zorunda kalırsa, Fıkra 20.1 (Mühendisin Talepleri) uyarınca şu haklara sahiptir:

(a) tamamlamanın gecikmesi ya da gecikecek olması durumunda Fıkra 8.4 (Tamamlama Süresinin Uzatılması) uyarınca her bir gecikme için süresinin uzatılması ve

(b) Olayın ya da durumun Fıkra 19.1 (Mücbir Sebebin Tanımı) alt-bent (i)’den (iv)’e kadar olan hükümlerde belirtilen durumlarda olayın (söz konusu) Ülkede meydana gelmiş olması halinde bu nedenle meydana gelen masrafların tazmini.”³²⁴

e. SÖZLEŞMENİN FESHİ VE YENİDEN MÜZAKERE EDİLMESİ

Ulusal hukuk düzenlerindeki mücbir sebep ve imkânsızlık teorilerinin aksine, uluslararası ticaret hukuku uygulamasında kullanılan mücbir sebep klotlarında sözleşmenin doğrudan sona ermesi sonucu öngörülmemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere öncelikle taraflar yükümlülüklerinin askıya alınacağını kararlaştırmaktadırlar. Bununla birlikte mücbir sebep nedeniyle yükümlülükler sonsuza dek ertelenemez. Mücbir sebep klotlarında, belli bir süre sonunda mücbir

³²² Brunner, a.g.e., s.248.

³²³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.461.

³²⁴ Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.83.

sebebin sona ermemesi halinde, sözleşmenin taraflarca feshedileceği, yeniden müzakere edileceği ya da her ikisini de seçimlik olarak taraflara tanınacağı kararlaştırılmaktadır³²⁵.

i. YENİDEN MÜZAKERE ETME YA DA FESİH

Askıya alma süresinin bitiminde sözleşmenin feshini öngören klorlar ile sözleşmenin yeniden müzakeresini öngören klorlar arasında bir orta yol olarak, taraflar yükümlölüklerin askıya alınacağı sürenin bitiminde seçimlik olarak tekrardan müzakerelere girişilmesini ya da taraflardan birinin talebi üzerine sözleşmenin feshedilmesini kararlaştırabilirler³²⁶:

“... Şayet mücbir sebep on aydan fazla bir gecikmeye yol açarsa, taraflar önlemler almak için bir araya geleceklerdir. Bir uzlaşmaya varılamaması halinde, taraflar sözleşmenin feshini talep edebilirler...”³²⁷

“... Mücbir Sebebin 3 (üç) ay devam etmesi halinde, Taraflar bu konuyu ve alınacak önlemleri karşılıklı görüşeceklerdir, bununla birlikte bu 3 (üç) aylık süreden sonra mücbir sebepten etkilenmeyen Taraf diğer Tarafa bildirimde bulunarak bu Sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır...”³²⁸

ii. SÖZLEŞMENİN YENİDEN MÜZAKERE EDİLMESİ

Günümüzde uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klorlarında genellikle mücbir sebep olayının gerçekleşmesinden sonra yükümlölüklerin karşılıklı olarak askıya alınacağı ve tarafların sözleşmelerini incelemek üzere bir araya gelecekleri kararlaştırılmaktadır³²⁹. Sözleşmenin yeniden müzakeresi genellikle taraflar için bir ek yükümlölük olarak kararlaştırılmaktadır. Yeniden müzakere etme yükümlölüğü, sözleşme taraflarına değişen koşulları birlikte inceleyerek sözleşmenin bozulan ekonomik dengesini sağlamak için önerilerini sunma borcunu

³²⁵ Rimke, a.g.m., s.232.

³²⁶ Kahn, a.g.m., s.482.

³²⁷ Kahn, a.y.

³²⁸ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klor 28, Kauçuk Distribütörlüğü Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1997, Süresi: 2 yıl, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.328.

³²⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.480.

yüklemektedir³³⁰. Taraflara getirilen bu yükümlülüğün, hem doktrinde³³¹ hem de hakem kararlarında³³² bir vasıta borcu olduğu kabul edilmektedir. Bu yükümlülük mutlak olarak taraflara bir sonuca ulaşma zorunluluğu yüklemeyiz. Öte yandan uluslararası ticari sözleşmelerde açık bir hükmün yokluğu halinde tarafların bu yönde zımni bir yükümlülükleri de olmayacaktır. Ancak doktrinde tüm yazarların üstünde birleştikleri gibi, taraflar dürüstlük kuralı çerçevesinde bu müzakereleri yürütecekler ve sözleşmenin uyarlanması için azami gayret (“best efforts”) göstereceklerdir³³³. Taraflar için sözleşmeyi uyarlama sonucuna ulaşmak gibi bir zorunluluk yoktur³³⁴.

iii. SÖZLEŞMENİN YENİDEN MÜZAKERE EDİLMESİNE İLİŞKİN DÜZENLENLEMELER

Tarafların sözleşmelerini ne zaman yeniden müzakere etmeye başlayacaklarını mücbir sebep klotunda kararlaştırabilirler. Sıkça askıya alma sürecinin mücbir sebep nedeniyle belli bir süreden fazla uzaması halinde

³³⁰ Baysal, a.g.e., s.204; Almeida Prado, a.g.e., s.214; Boughaba, a.g.e., s.287; Yayınlanmamış bir tahkim kararında müzakere etme yükümlülüğü “... Tarafların müzakereleri kabul etme ve bir anlaşmaya varma isteğiyle müzakerelerde aktif hareket etme (...) daha evvel sözleşmede kabul edilen hükümleri yeniden müzakereye açmadan, taraflarca sözleşmede belirlenen müzakere çerçevesine uyma...” yükümlülüğü olarak tanımlanmıştır. Bkz. ICC Award No.4727 (1987), (aktaran, Wolfgang Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Second and Revised Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1995, s.247.

³³¹ Draetta, Lake, a.g.e. s.195; Kahn, a.g.m., s.482; Berger, *Renegotiation*, s.1367, Peter, a.g.e., s.247.

³³² Bir Amerikan şirketi (Satıcı/Davacı) ile İspanyol şirketi (Alıcı/Davalı) aralarında belli kalitede kömür satımına ilişkin bir sözleşme kurmuşlardır. Alınacak kömür bedelinin her altı ayda bir yapılacak müzakereler çerçevesinde belirlenmesi kararlaştırılmıştır. 4. dönemin sonunda uzlaşma sağlanamamasının davalıdan kaynaklandığı iddiasıyla davacı söz konusu uyuşmazlığı MTO tahkim mahkemesine götürmüştür. Hakem söz konusu olayın *lex mercatoria* olarak adlandırılan uluslararası ticaret genel prensiplerine göre çözülmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kararda *lex mercatoria* uyarınca müzakere etme yükümlülüğünün sonuç borcuna oldukça yaklaşan bir vasıta borcu doğurduğu ifade edilmiştir. Bkz. ICC Award No.5953 (1989), Sigvard Jarvin, Yves Derains, Jean-Jacques Arnaldez, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986–1990/Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1986–1990*, Kluwer Law International, The Hague, 1994, s.438–39.

³³³ Brunner, a.g.e., s.480.

³³⁴ Bruno Oppetit, “L’adaptation des Contrats Internationaux aux Changements de Circonstances: La Clause de Hardship”, *Journal du Droit International*, Vol.101, No.4, Clunet, 1974, (çevrimiçi) <http://www.trans-lex.org/127600>, 15.03.2010, s.806; Draetta, Lake, a.g.e., s.195; Boughaba, a.g.e., s.287; Jean-Quentin de Cuyper, Wolfgang Peter, “Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility: Consideration on the Ground of the Ghana/Valco Case – Renegotiation d’Accords Internationaux à Long Terme et Flexibilité: Réflexions à partir du cas Ghana/Valco”, *International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*, No.7, 1995, s.793; Almeida Prado, a.g.e., s.146.

sözleşmenin yeniden müzakeresine girişileceği kararlaştırılmaktadır³³⁵. Bununla birlikte mücbir sebep gerçekleşir gerçekleşmez tarafların müzakerelere girişecekleri kararlaştırılabilir:

“... Mücbir Sebep koşulları meydana gelir ve otuz (30) günden fazla sürerse taraflar,
— bu sözleşmedeki yükümlülüklerine uygun yeni bir tarih/tarihler;
— yukarıda sözü geçen gecikmeye istinaden bu Sözleşmeye gerekebilecek bir düzeltme;

kararlaştırmak için gayret göstereceklerdir...”³³⁶

“... Mücbir Sebebin etkilerinin 120 günden daha fazla sürmesi halinde taraflar Sözleşmenin devamı problemini dostane müzakerelerle çözümleyecek ve en kısa sürede bir Anlaşmaya varacaklardır...”³³⁷

“... Mücbir sebep olaylarının kesintisiz 3 (üç) aydan uzun bir süre devam etmesi durumunda taraflar sözleşmenin devam etmesi için gerekli düzenlemeler üzerinde anlaşacaklardır...”³³⁸

“... Nijerya’da bir acil durum olursa veya Çalışma mücbir sebep nedeniyle bir aydan fazla bir süreyle askıya alınır, taraflar ortak çıkarları için durumu çözmek amacıyla görüşeceklerdir...”³³⁹

Yukarıda verilen örneklerde müzakerelerin herhangi bir uzlaşma ile sona ermemesi halinde herhangi bir çözüm öngörülmemiştir³⁴⁰. Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi taraflar bir sonuç yükümlülüğü değil, bir vasıta yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla iyi niyetle ve dürüstlük kuralı çerçevesinde sürdürülen müzakerelerden bir anlaşma sağlamadığı takdirde taraflara veya özellikle taraflardan birine sözleşmeyi feshetme hakkı tanınması mücbir sebep klotunda kararlaştırılabilir. Uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında en sık kararlaştırılan çözüm yolu sözleşmenin yeniden müzakerelerinde uzlaşma sağlanamaması halinde, sözleşmenin

³³⁵ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.481; Firoozmand, a.g.m., s.436.

³³⁶ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 39, Mimarlık Hizmeti Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1996, Süresi: 2 yıl, Uygulanacak hukuk: X Eyaleti hukuk ABD, s.333.

³³⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.465.

³³⁸ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 36, Kimyasal Ürün Satım Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1989, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.332.

³³⁹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 41, Petrol Alanında Danışmanlık Hizmeti Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1996, Süresi: Belirsiz süreli, Uygulanacak hukuk: X, s.334.

³⁴⁰ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.465.

feshi yoluna gitmektir³⁴¹. Bu noktada taraflarca dikkat edilmesi gereken husus, bir uzlaşma olmaması halinde kimin fesih hakkına sahip olacağının, hangi sürelerle bu hakkı kullanacağının ve ne şekilde kullanacağının açıkça kararlaştırılmasıdır. Öte yandan bu hallerde de tahkime gidileceği hususu kararlaştırılabilir³⁴²:

“... Mücbir Sebebin, bu yazılı bildirim tarihinden itibaren altı aydan daha fazla sürmesi halinde, âkit taraflar dostane istişareler ve müzakereler ile ya bu Sözleşmenin ifasına devam edilmesini ya da Sözleşmenin feshini ve henüz bitirilmemiş işlerin tasfiyesini kararlaştıracaklardır...”³⁴³

“... Teslimatlardaki gecikmenin mücbir sebep nedeniyle 8 ayı aşması halinde, her iki taraf da bir aylık ek süre içinde, yeni bir teslimat süresi üzerinde anlaşmak zorundadırlar. Bu ek teslimat süresinin dolduğu tarihte, her iki taraf da uzlaşmadıkları takdirde, mücbir sebep nedeniyle 8 ay geciken teçhizatın teslimine ilişkin sözleşmenin bu kısmı, kısmen veya tamamen, alıcı tarafından feshedilebilir...”;

“... Mücbir Sebebin bir aydan fazla uzaması halinde, Alıcı ve Satıcı Sözleşmenin uzatılması ya da feshine ilişkin müzakerelere girişeceklerdir. Bir uzlaşmanın olmaması halinde, âkit taraflar işbu Sözleşmenin 15. Maddesi uyarınca Tahkim Mahkemesi’ne başvurma hakkına sahiptirler. Alıcı ve Satıcı Tahkim Mahkemesi’nin kararının bağlayıcılığını tanımayı taahhüt ederler.”³⁴⁴

“... Bir Mücbir Sebep ten dolayı, Taraflardan biri, işbu sözleşmedeki yükümlülüklerini altı (6) ay süre ile ifa edemediği takdirde, Taraflar sözleşme üzerindeki etkisini ve söz konusu yükümlülüklerin devam etmesini incelemek üzere bir araya geleceklerdir.

Tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, söz konusu Mücbir Sebebe bağlı sonuçlar, Madde 27’de öngörülen tahkime tabî olacaktır...”³⁴⁵

Mücbir sebep klotlarında kararlaştırıldığı takdirde taraflar sözleşmelerini yeniden müzakere ederek sözleşmelerini uyarlayabileceklerdir. Bu uyarılama mücbir sebepten etkilenen yükümlülüğün veya yükümlülüklerin değiştirilmesi, yeni bir

³⁴¹ Almeida Prado, a.g.e., s.182 vd.

³⁴² Konarski, a.g.m., s.418.

³⁴³ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 30, Gıda Sektöründen Bir Ortak Girişim Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1986, Süresi: Belirsiz süreli, Uygulanacak Hukuk: New Jersey Eyaleti Hukuku, ABD, s.329.

³⁴⁴ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.466.

³⁴⁵ Draetta, Lake, a.g.e., s.128.

yükümlülüğün veya yükümlülüklerin yaratılması veya mevcut yükümlülüklerin ortadan kaldırılması vb. şekillerde yapılabilecektir³⁴⁶.

Sözleşmenin askıya alındığı süreçte mücbir sebep veya meydana getirdiği sonuçlar ortadan kalkabilir. Bu durumda sözleşme müzakereleri sona erecek ve sözleşme aynen ifa edilmeye devam edecektir. Bu durumda sözleşmedeki yükümlülükler askıya alınırken, sözleşme süresinin (veya vadelerin) uzatılıp uzatılmadığı önem kazanacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere sözleşme süresinin yükümlülüklerin askıya alındığı süreye paralel olarak paralel olarak uzatılması halinde, sözleşmenin ifasının durduğu süre kadar bir ek sürenin taraflara tanınması söz konusu olacaktır. Şayet sözleşme süresinin uzatılmayacağı kararlaştırılmışsa veya bu hususta herhangi bir açıklama yapılmamışsa, mücbir sebep ortadan kalkar kalkmaz yükümlülükler ifa edilecektir³⁴⁷. İki örnekle bu durumu açıklayacak olursak; “... Mücbir sebepten etkilenen taraf gecikmesizin, olayın meydana gelişini... karşı tarafa bildirecektir. İfa süresi, mücbir sebebin ve sonuçlarının devam ettiği süre kadar uzatılacaktır...”³⁴⁸

“... 15. Madde hükümlerinden yararlanmak isteyen Taraf, derhal bu engeli ve bu Sözleşme uyarınca yükümlülüklerinin ifası üzerindeki sonuçlarını bildirmeli ve bu engel ortadan kalktığı anda ifasına kaldığı yerden devam etmelidir...”³⁴⁹

Daha evvel de ifade edildiği üzere, uluslararası ticari sözleşmeler genellikle uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerden oluşmaktadır³⁵⁰. Mücbir sebep durumu genellikle sözleşme dönemi içinde belli bir süre devam etmekte ve bu sürenin sonunda da edimlerin ifası büyük ölçüde yeniden mümkün olmaktadır. Tarafların sözleşmenin ayakta tutulmasında menfaatleri bulunduğu; mücbir sebep nedeniyle etkilenen edimlerinin en başta sadece erteleneceğini/askıya alınacağını kararlaştırmaktadırlar. Taraflar mücbir sebep klotunda tanınan yükümlülüklerin askıya alınması imkânını, yükümlülüklerinden kaçmak için bir araç olarak

³⁴⁶ Almeida Prado, a.g.e., s.179.

³⁴⁷ Sözleşme süresinin uzatılacağına ilişkin açık bir hükmün bulunmaması durumunda mücbir sebepten zarar gören taraf makul olarak sözleşme süresinin uzatılmasını bekleyemez. Yine de bu husus daha sonra taraflarca yeniden müzakere edilebilir. Bkz. Firoozmand, a.g.m., s.435.

³⁴⁸ Almeida Prado a.g.e., Ek III, Klot 32, İnşaat Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1997, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.330.

³⁴⁹ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 42, Lisans Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1994, Süresi: 20 yıl, Uygulanacak Hukuk: New York Eyaleti Hukuku, ABD, s.334-335.

³⁵⁰ Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.36.

görmemelidirler; bu imkân meydana gelen olayın taraflar üzerindeki şokunu azaltmak ve daha sonra tarafların normal ilişkilerine devam etmelerini sağlamaya yönelik bir mola niteliğindedir³⁵¹. Yükümlülüklerin askıya alınması farklı şekillerde düzenlenebilir. Burada esas önemli olan, sözleşmenin kurulurken taraflarca kararlaştırılan süresinin, edimlerin ertelendiği/askıya alındığı süre ölçüsünde uzatılıp uzatılmayacağını taraflarca kararlaştırılmasıdır.

Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi daha ziyade aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının kapsamına girmektedir. Bu nedenle çalışmamızın ikinci bölümünde bu klozlar incelenirken sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi safhasına dönecektir.

iv. SÖZLEŞMENİN FESHİ

Sözleşmenin feshi taraflarca çoğunlukla sözleşmede kararlaştırılan sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yollarından biridir³⁵². Belli koşullarda geçici imkânsızlık durumunun kalıcı imkânsızlığa dönüşmesinden dolayı sözleşme ilişkisi sona erecektir³⁵³. Mücbir sebep klozlarında taraflarca belli bir süre sonunda (veya makul bir süre) taraflardan birinin takdirine bağlı bir fesih hakkı öngörülmektedir. Genellikle yükümlülükleri askıya alınan taraf değil, sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olmaktadır. Ancak taraflar sözleşmeyi feshetme hakkının sadece mücbir sebepten etkilenen borçluya verilmesini ya da her bir sözleşme tarafının da bu hakka sahip olmasını da kararlaştırabilirler³⁵⁴. Aynı zamanda taraflar fesih bildirimi ile birlikte muhataba fesih sebebinin de bildirilmesini kararlaştırabilirler³⁵⁵.

³⁵¹ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.481.

³⁵² İcrasına başlanmış bir sürekli borç ilişkisinin normal ifası sürecinde taraflarca öngörülmeyen bazı sebeplerin (objektif) ortaya çıkması ile sözleşme ilişkisi çökebilir. Burada söz konusu olacak fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran bir olağanüstü fesih hakkıdır. Bkz. Seliçi, *a.g.e.*, s.156 vd.

³⁵³ Kıta Avrupası hukukunda mücbir sebep oluşturan olayın veya durumun yarattığı bu imkânsızlığın ne kadar süreceği bilinmiyorsa ve bu nedenle sözleşmenin amacı tehlikeye düşerse, borçlunun geçici imkânsızlıktan dolayı edimini ifa etme imkânı ortadan kalkarsa veya alacaklının edimin ifa edilmesindeki çıkarı ortadan kalkarsa, geçici imkânsızlık kalıcı imkânsızlığa eşit sayılır. Bkz. Brunner, *a.g.e.*, s.251; Dural, *a.g.e.*, s.101.

³⁵⁴ Kahn, *a.g.m.*, s.482; Firoozmand, *a.g.m.*, s.437.

³⁵⁵ Fesih bildiriminde fesih sebebinin de belirtilmesinin dürüstlük kuralı gereği olduğu hususunda bkz. Seliçi, *a.g.e.*, s.160.

“... Şayet mücbir sebep neticesinde kurulum teçhizatının teslimi altı aydan fazla gecikirse, Alıcı işbu sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olur...”³⁵⁶

“... Olayların altı aydan fazla sürmesi durumunda, taraflardan her biri sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmeyi bırakabilir...”³⁵⁷

“Yukarıda zikredilen bildirimin bir tarafa yapıldığı tarihten itibaren 180 gün sonra, bildirim yaptığı sebep yüzünden diğer taraf hala işin ifasına devam edemiyorsa, söz konusu taraf sözleşmeyi feshetmek hakkına sahip olacaktır.”³⁵⁸

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.6 Serbest Fesih Hakkı, Ödeme ve Serbest Kalma
Halihazırda başlanmış bulunan İşlerin hemen hemen hepsinin yerine getirilmesinin kesintisiz 84 günlük bir zaman dilimi içerisinde Fıkra 19.2 uyarınca bildirilen Mücbir Sebep nedeniyle engellenmesi veya toplam olarak 140 gün süren birden fazla zaman dilimi içerisinde bildirilen aynı Mücbir Sebep nedeniyle engellenmesi halinde, her bir Taraf diğer Tarafa Sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir. Bu durumda Fesih bildiriden yedi gün sonra geçerlilik kazanır ve Mütahhit Fıkra 19.3 uyarınca (İşlerin Sona Erdirilmesi ve Mütahhidin Donanımlarını Şantiyeden Uzaklaştırılması) hareket etmelidir.”³⁵⁹

“MTO Mücbir Sebep Klozu

... [8] Bu Klozun 1. paragrafı çerçevesinde ileri sürülen engelin veya bu Klozun 3. paragrafı çerçevesinde ileri sürülen listedeki olayın süresi, âkit taraflardan birinin veya hepsinin sözleşme uyarınca beklemekte haklı oldukları şeyden esaslı ölçüde yoksun bırakacaksa, taraflardan her biri diğerine bildirimde bulunarak makul bir süre içinde sözleşmeyi sona erdirebilir...”³⁶⁰

Bazı durumlarda mücbir sebep sözleşmedeki edimlerin ifasını gerçekleştirilmez imkânsız (inşaat sahasının bir deprem veya sel nedeniyle tamamen yok olması ya da sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tarafların yükümlülüklerinden

³⁵⁶ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.464.

³⁵⁷ Kahn, a.g.e., s.482.

³⁵⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.464.

³⁵⁹ Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.88.

³⁶⁰ Model klotda, mücbir sebepten ötürü yükümlülüklerin askıda kalacakları süre belirlenmemiştir. Sözleşme taraflarının fesih hakkı doğmadan evvel yükümlülüklerin ne kadar süreyle askıda kalması gerektiği sektörden sektöre her somut olayda değişmektedir. Bu nedenle klotda kesin bir askıda kalma süresi yerine, somut olayın özelliklerine göre sürenin belirlenmesi tercih edilmiştir. Bu fıkra hazırlanırken CISG’nin 25. maddesi, UPICC 7.3.1 maddesi ile Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinin 8:103 bölümünden yararlanılmıştır. Bkz. Force Majeure leading to termination of the contract: paragraphs 8 and 9, ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.10.

kurtulmaları) ya da hukuka aykırı (inşaat sahasının savaş nedeniyle askeri alan haline gelmesi) kılabilir ³⁶¹ . Böyle durumlarda öncelikle bir erteleme süresinin kararlaştırılmasının anlamı yoktur. FIDIC'nin sözleşmeleri böyle durumları öngörerek doğrudan fesih sonucunu da düzenlemiştir³⁶²:

“FIDIC Kırmızı Kitap m.19.7 Hukuki Çerçeve de Yerine Getirme Yükümlülüğünden Kurtulma

Bir ya da her iki Taraf için Sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmesini imkânsızlaştıran veya kanuna aykırı hale getiren ya da Tarafları, Sözleşmenin tabî olduğu hukuk uyarınca, Sözleşmenin yerine getirilmesi yükümlülüğünden kurtaran bir durumun ya da bir olayın (sınırlayıcı olmamak kaydıyla Mücbir Sebep de dâhil olmak üzere) Tarafların kontrolü haricinde ortaya çıkması halinde, bu Maddedeki diğer hükümler dikkate alınmaz ve böyle bir durumun ya da olayın bir Tarafça, diğer Tarafa bildirilmesi üzerine:

(a) Taraflar Sözleşmenin uygulanmaya devamı yükümlülüğünden, Tarafların daha önce Sözleşmenin iptali dikkate alındığında doğan haklarına halel gelmeksizin kurtulurlar ve

(b) İşveren tarafından Müteahhide ödenmesi gereken miktar, Sözleşmenin Fıkra 19.6 uyarınca feshedilmiş olması halinde, Fıkra 19.6 (Serbest Fesih Hakkı, Ödeme ve Serbest Kalma)'da belirtilen ödenmesi gereken miktar ile aynıdır.”³⁶³

f. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

i. BORÇLUNUN YÜKÜMLÜLÜKTEN KURTULMASI

Klasik anlamda mücbir sebep iki sonuç doğurmaktadır. Bunlardan ilki sözleşmenin sona ermesi ve ikincisi de ifa etmeyen borçlunun sorumluluktan kurtulmasıdır. Buna karşılık sözleşmenin diğer tarafları da yükümlülüklerini ifa etmeyecekler, yükümlülüklerinden kurtulacaklardır³⁶⁴. Klasik olarak ulusal hukuk

³⁶¹ İran ile Irak arasında çıkan Körfez Savaşı neticesinde Shatt Al-Arab suyolunun kapanmasından ötürü gemiler Basra Körfezi'nde kalmışlardır. Bu şekilde belirsiz bir süre kalacakları ve yeniden çalışmaya başlamalarını engelleyecek ölçüde gecikmenin devam edeceği ticari açıdan tespit edilir edilmez charter sözleşmelerinin İngiliz hukuku uyarınca sona erdiğine karar verilmiştir. Bkz. Treitel, **a.g.e.**, s.830.

³⁶² Seppälä, **a.g.m.**, s.1021.

³⁶³ Hök, Çev. Erbaş, **a.g.e.**, s.83–84.

³⁶⁴ Konarski, **a.g.m.**, s.419; Antonmattei, **a.g.e.**, s.143 vd.

düzenlerinde var olan bu sonuç, aynı şekilde uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klotlarında da mevcuttur. Mücbir sebepten ötürü yükümlülüklerini ifa edemeyen borçlunun herhangi bir tazminat, ceza vs. gibi maddi yaptırımları ödemeksizin sorumluluktan kurtulacağı klotda açıkça kararlaştırılabilir³⁶⁵.

“... Mücbir sebep neticesinde sözleşmesel yükümlülüklerinin ifası engellenen hiçbir taraf temerrüde düşmüş sayılmayacaktır.”³⁶⁶

“... Mücbir sebepten ötürü gecikmeler veya ifa etmeme için, taraflardan hiçbiri diğerinden ceza, faiz veya tazminat veya mücbir sebep nedeniyle uğradığı zarara katılmasını talep edemez.”³⁶⁷

“... Müteahhit mücbir sebepten kaynaklanan herhangi bir hasar ve zarardan dolayı sorumlu tutulmayacaktır.”³⁶⁸

“... Taraflardan biri veya hepsi için bu koşullar 3 aydan fazla sürdüğü takdirde, Taraflardan her biri işbu Sözleşmedeki yükümlülüklerinin ifasını iptal etme hakkına sahip olacaktır. Bu gibi durumlarda Taraflardan hiçbiri bir diğerinden muhtemel zarar ve ziyanını talep etme hakkına sahip olmayacaktır.”³⁶⁹

“... Teslimattaki gecikmenin mücbir sebepten ötürü olduğu kabul edilirse, ÜRETİCİ cezai şart, zarar ve ziyan ile faiz ödemeden muaf olacaktır.”³⁷⁰

“... Taraflardan hiçbiri, grevler, isyanlar, halk ayaklanması, savaş, abluka, seller, depremler ve/veya benzeri türde diğer tüm koşulların yanı sıra idari makamlarca getirilen tedbirler de dâhil olmak, ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, mücbir sebep durumu olan bir fiil ya da olaydan kaynaklanan kayıp ve zarardan dolayı sorumlu tutulmayacaklardır.”³⁷¹

“MTO Mücbir Sebep Klotu 2003

³⁶⁵ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.457; Draetta, Lake, a.g.e., s.101.

³⁶⁶ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.457.

³⁶⁷ Romanya’da bir bira fabrikasının satımına ilişkin sözleşmedeki mücbir sebep klotu için bkz. Kahn, a.g.m., s.479.

³⁶⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.457.

³⁶⁹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 44, Kereste Satım Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1998, Süresi: 2 yıl, Uygulanacak Hukuk: Viyana Konvansiyonu 1980, s.336.

³⁷⁰ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 45, Savunma Sistemleri Satım Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1995, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: Danimarka hukuku, s.336.

³⁷¹ Draetta, Lake, a.g.e., s.128.

... [5] Bu Kloza başvuran taraf, aşağıdaki 6. paragrafa tabî olarak, 4. paragrafta belirtilen zamandan itibaren sözleşmeye aykırılıktan doğan her türlü zarar ve diğer akdi müeyyidelerden sorumlu tutulmayacaktır...³⁷²

ii. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNİN NEV'İ (CİNS) BORCUNA VE PARA BORCUNA ETKİSİ

Taraflar hangi yükümlülüklerin ortadan kalkacağını mücbir sebep klotunda düzenlerken, yukarıda mücbir sebep klotunda hariç tutulan hususlarda ifade edildiği üzere, aynı zamanda mücbir sebebin hangi yükümlülüklerle etki etmeyeceğini de klotda düzenleyebilirler. Mücbir sebebin sözleşmedeki nev'i borcuna ve para borcuna etkisi de bu bakımdan ayrıca önem kazanmaktadır³⁷³.

Bir tedarik veya satım sözleşmesinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça mücbir sebebin nev'i borcunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Mücbir sebepten etkilenen borcun konusu olan mallar, piyasada veya bir kaynak kararlaştırıldığı takdirde bu kaynaktan tükeninceye kadar bu borcun devam edeceği kabul edilir. Örneğin sözleşmede kaç varil ham petrolün teslim edileceği kararlaştırılır ve ham petrole ilişkin herhangi bir kaynak sınırlaması yapılmazsa, mücbir sebep niteliğinde olayların (savaş, petrol krizi, devlet müdahaleleri vb.) satıcının kaynağını etkilemesi, onu petrol tedarik etme borcundan kurtarmayacaktır³⁷⁴.

Bununla birlikte sözleşmelerin büyük çoğunluğunda bir takım bedellerin ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin bulunmasına karşın, mücbir sebep klotlarının çok azında mücbir sebebin para borcu üzerindeki etkisine yönelik bir düzenleme taraflarca kararlaştırılmaktadır. "Nev'i telef olmaz." ilkesi gereği bir bedelin ödenmesine ilişkin edim hiçbir zaman bir mücbir sebepten ötürü imkânsız hale

³⁷² ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.10.

³⁷³ Cins ve miktar itibarıyla belirlenmiş edimler, nev'i borcunu oluşturur. Nev'i borcu kendi içinde sınırlı ve sınırsız olarak ayrılmaktadır. Sınırsız nev'i borçlarında edimin sadece cinsi ve miktarı belirtilmekle yetinilir, herhangi bir yerdeki veya stoktaki cinsten olması tayin edilmez. Sınırlı nev'i borçlarında ise edim, belirli bir yerdeki veya stoktaki cinsten olmak üzere tespit edilir. Borçlunun nev'en tayin edilmiş olan "edim"e borç ilişkisinin doğumu sırasında malik olması da zorunlu değildir. Onu ifa zamanına kadar tedarik etmesi yeterlidir. Bkz. Feyzioğlu, *Cilt II*, s.20-21; Nev'i borcu için kabul edilen "Nev'i telef olmaz." (*Genus perire non potest*) kuralı gereğince para borcu, mücbir sebepten ötürü imkânsız hale gelmeyecektir. Bkz. Feyzioğlu, *Cilt II*, s.38.

³⁷⁴ Brunner, a.g.e., s.172.

gelmeyecektir³⁷⁵. Şayet klotda bu hususta bir açıklık yoksa sözleşmedeki diğer hükümlere, sözleşmeye uygulanacak hukukun ve uluslararası hukukunun genel prensiplerine başvurulacaktır. Öte yandan bazen bu mesele açıkça mücbir sebep klotunda düzenlenmektedir³⁷⁶:

“Bir mücbir sebebin meydana gelmesi halinde, tarafların ödenecek bedellerin ödenmesi haricindeki yükümlülükleri askıya alınacaktır.”;

“Bu klotun diğer hükümlerine bakılmaksızın, Taraflardan her birinin diğer Tarafa Sözleşmedeki ödeme yapma yükümlülüklerine Mücbir Sebep uygulanmayacaktır.”

377

“... Hiçbir olay Satıcıyı veya Alıcıyı bildirim tarihinde mevcut olan yükümlülüklerinden, özellikle Alıcının bu zamana kadar teslim edilen LNG miktarı için ödemesi gereken tutarı ödeme yükümlülüğünden kurtaramayacaktır....”³⁷⁸

iii. SÖZLEŞME İLE KURULAN İLİŞKİNİN TASFİYESİ

Uluslararası ticari sözleşmelerin çoğunlukla sürekli borç ilişkileri olmalarından ötürü tasfiye edilirken “ex tunc” geriye etkili bir sözleşmeden dönmeden değil, ileriye etkili bir fesih söz konusu olur. Çünkü sözleşmenin tasfiyesi anına kadar yapılanların veya verilenlerin geri iadesi mümkün değildir³⁷⁹. Sözleşmenin feshi halinde, sözleşmesel ilişkinin tasfiyesi gündeme gelir. Mücbir sebepten dolayı imkânsızlığın pratikteki en önemli etkisi borçlunun edimini yerine getirmekten kurtulmasıdır. Borç ilişkisi tamamen sona ererken, rehin, kefalet, cezai şart gibi yan edimler de sona erecektir³⁸⁰. Ancak taraflar yine de aksini kararlaştırabilirler. Bununla birlikte karşı taraf da kendi edimini yerine getirmeyecektir. Karşı tarafın edimini daha evvel yerine getirmiş olması ihtimalinde de, mücbir sebepten etkilenen taraf sebepsiz zenginleşme prensibi uyarınca zenginleştiği miktarı iade edecektir³⁸¹. Öte yandan taraflar bu durumun aksine bir düzenleme ile iki tarafında sorumlu olmadığı bir mücbir sebep durumunda edimin

³⁷⁵ Brunner, a.e., s.172, Dpn.887.

³⁷⁶ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.469–470.

³⁷⁷ Fontaine, de Ly, a.e., s.469.

³⁷⁸ Draetta, Lake, a.g.e., s.129.

³⁷⁹ Seliçi, a.g.e., s.37.

³⁸⁰ Dural, a.g.e., s.126 vd.

³⁸¹ Dural, a.e., s.163–164.

imkânsızlaşması halinde rizikonun o edimin alacaklısı üzerinde kalmasını kararlaştırabilirler³⁸².

Sözleşme ilişkisinin tasfiyesi bakımından mücbir sebep klotlarında genellikle herhangi bir özel hüküm kararlaştırılmaz. Genellikle taraflar bu konuya klotda değinmek istediklerinde sözleşmenin sona ermesini genel olarak düzenleyen bir klotza atıf yapmaktadırlar. Bazen de taraflar fesihten kaynaklanan sorunların çözümünü hakemlere bırakmaktadırlar:

“... bu durumda taraflar arasında ödenmesi gereken tutarlar ‘Fesih’ maddesi uyarınca belirleneceklerdir...”;

“Dostane uzlaşmanın olmaması halinde, sözleşmesel ilişkilerin tasfiyesi 39. Maddede öngörülen Tahkim’e tabî olacaktır.”³⁸³

Ancak uygulamada mücbir sebep hallerine özgü bir tasfiyenin öngörüldüğü sözleşme klotlarına da rastlanmaktadır. Kuşkusuz bu hükümler sözleşmenin konusuyla uyumlu olmak zorundadır:

“Yukarıda da belirtildiği üzere Mücbir Sebep ya da olağanüstü durumlar Sözleşmenin feshini gerektirdiği takdirde, Bakanlık Müteahhide aşağıdaki ödemeleri yapacaktır.”³⁸⁴

C. ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNDA MÜCBİR SEBEBE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

1. 11 NİSAN 1980 TARİHLİ MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI’NIN (CISG) 79. MADDESİ VE MÜCBİR SEBEP

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması³⁸⁵ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of

³⁸² Dural, a.e., s.165, İsviçre-Türk Hukukunda BK.117/2 (CO.119) 2. cümlesindeki “Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfi kan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve henüz kendisine tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.” kuralı emredici değildir. Taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

³⁸³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.468.

³⁸⁴ Fontaine, de Ly, a.y.

Goods, CISG) uluslararası mal satımı sözleşmelerini düzenlemek için devletlerin aralarında akdettikleri bir uluslararası sözleşmedir. CISG satım sözleşmelerine ilişkin birçok konuda uluslararası alanda yeknesak bir hukuki düzenleme getirmiştir. CISG edimlerin ifa edilmemesi hususunda ulusal hukuklardaki mevcut çözümlere benzer, ama bütünüyle onlardan bağımsız ve otonom bir düzenleme içermektedir³⁸⁶. Yalnızca taşınır malların satımına ilişkin sözleşmeleri kapsamakta olsa da, CISG'nin 79. maddesi³⁸⁷, uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep uygulamasını yansıtmaktadır³⁸⁸. İlk fıkrada verilen tanımda ve maddenin diğer fıkralarında, ulusal hukuk düzenlerinde mücbir sebebi ifade etmek için kullanılan *force majeure*, *frustration*, *impossibility* vb. ifadelerin kullanılmamasının nedeni, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız ve onları ortak noktada birleştiren bir ifadenin CISG'de benimsenmek istenmesidir³⁸⁹. 79. maddede mücbir sebebe ilişkin genel bir tanım, ispat yükünün kimde olacağı (mücbir sebebi öne süren tarafta), edimin ifa edilmemesinin tarafın sorumluluğuna etkisi, bildirim yükümü, maddenin etkin

³⁸⁵ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na katılmamızın uygun bulunduğu dair 5870 sayılı kanun, RG. T.14.09.2009 ve S.27200.

³⁸⁶ Almeida Prado, a.g.e., s.98.

³⁸⁷ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Kısım III Bölüm V Ayrım IV Madde 79 Yükümlülüklerden Kurtulma

(1) Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;

(a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve,

(b) Görevlendirmiş olduğu kişiye 1. fıkra hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.

(3) Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir.

(4) İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.

(5) Bu madde, tarafların bu Anlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.

CISG'nin Meclise tevdi edilen çevirisi için bkz. (çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0338.pdf>, 16.03.2010.

³⁸⁸ CISG m.79'da yapılan mücbir sebep tanımının uluslararası ticaretin genel prensiplerine uygun olduğu çeşitli tahkim kararlarında da kabul edilmiştir. Bkz. ICC Award No.8502 (1996), Jean-Georges Betto, "Sommaire de Sentences Arbitrales Internationales - International Arbitration Awards Digest", *International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*, No.7, 2002, s.843; Brunner, a.g.e., s.13.

³⁸⁹ Brunner, a.e., s.17; Catherine Kessedjian, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *International Review of Law and Economics*, Vol. 25, 2005, s.417.

olacağı süre (geçici imkânsızlık halinde) ve CISG'deki diğer maddelerle olan ilişkisi (tazminat hakkı dışında diğer hakların devam etmesi) hususları düzenlenmiştir.

CISG'nin "*Yükümlülüklerden Kurtulma*" başlıklı 79. maddesinin birinci fıkrasında "Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamaz." ifadesi yer almaktadır. Bu ifadede anlaşılabileceği üzere tarafların aralarındaki tüm yükümlülükler, iki taraflı (hem satıcı hem de alıcı için) uygulanabilecek bu madde kapsamına girmektedir³⁹⁰. Aynı zamanda engelin meydana gelmesine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmadığından önceki-sonraki imkânsızlık ayrımının klostada yapılmamış, önceki imkânsızlık "*hata*" kapsamından çıkarılarak, imkânsızlık kapsamına dâhil edilmiştir³⁹¹.

Öncelikle bu fıkrada meydana gelen engelin edimini ifa edemeyen tarafın denetimi dışında kalması (dışsalılık unsuru) aranmaktadır. Tarafların denetimi dışında kalan bir engel ifadesi, tarafların iradelerine aykırı olarak, onların kontrol altında tuttukları alanın dışında bir olaya işaret etmektedir³⁹². Satıcının üretim ve tedarik organizasyonu, personelinin nitelikleri, teknik ve finansal imkânları satıcının denetimi altında kalan alana girmektedir³⁹³. Öte yandan bu engelin "hesaba katılmaması" makul görülmelidir³⁹⁴. Bu öngörülemezliğin hem olaya hem de olayın meydana geldiği zamana ilişkin olması gerekir³⁹⁵. Olayın makul olarak kaçınılamaz

³⁹⁰ Rimke, *a.g.m.*, s.214; Kessedjian, *a.g.m.*, s.417.

³⁹¹ Ingeborg Schwenzer, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol.39, No.4, s.717; Patrick C. Leyens, *CISG and Mistake, The Interpretative Challenge of Mistake and the Validity Loophole*, October, 2003, (çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/leyens.html>, 06.05.2010; Rimke, *a.g.m.*, s.214; Aynı yaklaşım UPICC m.3.3'te, FIDIC Kırmızı Kitap m.17'de ve MTO'nun 2003 tarihli model mücbir sebep klostunda da benimsenmiştir. Bkz. Brunner, *a.g.e.*, s.233.

³⁹² Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.439; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.169; CISG'nin Fransızca sürümünde tarafın "iradesi dışında bir engel" şeklinde bir ifade kullanılırken, İngilizce sürümünde "kontrolü dışında bir engel" ve Türkçe sürümünde "denetimi dışında bir engel" ifadesi kullanılmıştır. Her iki ifade tarzı da zarar gören tarafın kontrol alanı dışında bir engeli işaret etmektedir.

³⁹³ Kessedjian, *a.g.m.*, s.417; Rimke, *a.g.m.*, s.216.

³⁹⁴ "Hesaba katılmama" ifadesinin uygulamada "öngörülemezlik" ifadesi ile eş anlamlı olduğuna ilişkin bkz. Brunner, *a.g.e.*, s.157.

³⁹⁵ Bir Avusturyalı satıcı ile Bulgar alıcı bedelin belli bir tarihten evvel açılacak olan akreditifle ödeneceğini kararlaştırmışlardır. Alıcı akreditif açma borcunu ifa etmemiş ve sebep olarak da Bulgaristan hükümetinin dış borçların ödenmesini askıya almasını göstermiştir. Olayda tahkim mahkemesi alıcının CISG m.79 bağlamında sorumluluktan kurtulamayacağına karar vermiştir. Zira

veya karşı konulamaz olması da bu fıkra uyarınca aranmaktadır. Zira olayın meydana gelmesi sözleşme tarafının tüm makul gayretlerine rağmen engellenememeli ve olay meydana geldikten sonra da etkilenen taraf aynı şekilde gayret göstermesine rağmen olayın üstesinden gelememelidir³⁹⁶. Görüleceği üzere uluslararası ticaret hukukunda klasik mücbir sebep kavramı, öngörülmezlik, kaçınılmazlık ve karşı konulmazlık, dışsallık ve imkânsızlık unsurları ve makul ölçü kriteri birlikte tanımlanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ifa etmeme durumu ile sözleşme tarafı olamayan üçüncü kişilerin ilişkisi düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca bu üçüncü kişinin sözleşmenin bir kısmını veya tamamını ifa etmekle görevlendirilmiş olması, bu kişinin edimini ifa edememesinin birinci fıkrada yer alan kriterlere uygun olması ve aynı zamanda üçüncü kişiyi görevlendiren tarafın da birinci fıkradaki kriterler uyarınca bu edimi ifa edememesi gerekir. Burada engelin gerçekleştiği denetim alanı, engelden etkilenen tarafın alt yüklenicilerinin/taşeronlarının faaliyetlerini de içine alacak şekilde genişlemektedir. Buna paralel olarak engelden etkilenen sözleşme tarafının sözleşmenin bir kısmının veya tamamının ifasını yaptığı alt sözleşmelerle devrettiği diğer kişiler ile olan ticari ilişkileri, esas sözleşme tarafının kontrol alanına dâhil olacaktır. Bir başka deyişle engelden etkilenen taraf için engelin dışsallık unsuru, alt yüklenicilerini kapsayacak şekilde genişleyecektir. Maddenin bu fıkrası sözleşmenin bir kısmının veya tamamının ifası ile görevlendirilen üçüncü kişilerin yani alt yüklenicilerin/taşeronların karşılaştıkları engelleri düzenleyerek, üstü kapalı olarak satıcıya mal veya hammadde tedarik eden üçüncü şahısları kapsama alanı dışında bırakmıştır³⁹⁷.

Maddenin üçüncü fıkrasında geçici imkânsızlık durumu düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre engel var olduğu dönem içinde borçlu edimini ifa etmemeden ötürü sorumlu tutulmayacaktır³⁹⁸.

Dördüncü fıkrada engelden kaynaklanan bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu fıkrada engel meydana geldiği andan veya edimini ifa etmeyen

alıcı hem akreditif açamamasının hükümetin aldığı bu karar nedeniyle olduğunu kanıtlayamamıştır, hem de sözleşme kurulduğu esnada hükümetin bu kararı yürürlükte olduğundan öngörülmezlik unsuru olayda mevcut değildir. bkz. ICC Award No.7197 (1992), Arnaldez, Derains, Hascher, 1991–1995, s.501–512.

³⁹⁶ Rimke, a.g.m., s.214.

³⁹⁷ Jennifer M. Bund, "Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner", *Journal of Law and Commerce*, Vol.17, 1998, s.388.

³⁹⁸ Brunner, a.g.e., s.246–247; Rimke, a.g.m., s.217.

tarafça engelin bilindiği kabul edildiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin karşı tarafına bildirim yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bildirimin kesin olarak ne kadar süre içinde yapılması gerektiği belirtilmemekle birlikte, engelin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerinin bildirimin içeriğini oluşturacağı fıkra da belirtilmiştir. Bildirimin zamanında yapılmamasından kaynaklanan zararlar, engelden ötürü edimini ifa etmeyen tarafça tazmin edilecektir³⁹⁹.

CISG'nin 79. maddesinde, engelden etkilenen tarafın sözleşmenin karşı tarafına bu durumu bildireceği bir yükümlülük olarak etkilenen tarafa yüklenmiştir. Her ne kadar 79. maddede bu konuda bir açıklama bulunmasa da, karşı tarafın geçerli nedenlerin olup olmadığını görebilmesi ve meydana gelen zararları asgariye indirmek için gerekli önlemleri alabilmesi için etkilenen tarafın, bu bildirimde hem olayın içeriğini hem de edimlerinin ifasını ne ölçüde etkilediğini karşı tarafa bildirmesi gerekir⁴⁰⁰. Bildirimin yapılması gereken zamana ilişkin herhangi bir kayıt bulunmamaktayken, bu bildirimin yapılmaması veya geç yapılması durumunda, bu bildirimin yapılmamasından veya geç yapılmasından doğan zararları –ifa etmemeden doğan zararları değil- engelden etkilenen taraf tazmin edecektir. CISG'nin 79. maddesinde engelin gerçekleşmesi durumunda iki sonuç öngörülmektedir. Öncelikle 3. fıkra uyarınca bu engel geçici bir döneme ilişkinse, bir başka deyişle geçici bir ifa imkânsızlığı söz konusu ise, bu durumda bu süre boyunca zarar gören tarafın edimleri askıya alınacak ve bu taraf bu süre için sorumluluktan kurtulacaktır. Öte yandan diğer sonucu da ifa imkânsızlığının devamlı olması halinde etkilenen tarafın tamamen yükümlülüklerinden kurtulması olacaktır.

Maddenin beşinci fıkrası uyarınca satıcı sorumsuzluğunu ispat ettiği durumlarda alıcının tazminat talep etme hakkı düşecek, ancak semen tenzili (m.50), sözleşmeden dönme (m.49 ve 64) ve aynen ifayı talep hakkı (m.46 ve 62) devam edecektir. Aynı şekilde satıcının da uğradığı zararlar haricinde faiz isteme hakkı devam edecektir⁴⁰¹. Aynen ifanın talep edilebilmesi elbette sadece geçici imkânsızlık halinde mümkün olabilir. Bu durumda satım konusu malı teslim borcu geçici bir

³⁹⁹ Rimke, *a.g.m.*, s.217.

⁴⁰⁰ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.108.

⁴⁰¹ Rimke, *a.g.m.*, s.218.

süreliğine ifa edilememişse, söz konusu engelin kalktığı andan itibaren bu borç ifa edilebilecektir⁴⁰².

CISG'nin uygulandığı sözleşmelerde mücbir sebep klotlarının temel amacı m.79 ile getirilen düzenlemeyi tamamlamak ya da bu maddeye istisnalar getirerek maddenin kapsamını sınırlamak olacaktır⁴⁰³. Çalışmamızda daha evvel açıklandığı üzere mücbir sebep klotlarında taraflar aynı zamanda aralarında uygulayacakları usulü belirlemektedirler. Taraflar meydana gelen olaylar nedeniyle edimlerini ifa edemedikleri takdirde mücbir sebebe ilişkin iddialarını bu usule uyararak ileri sürmektedirler. Mücbir sebebin meydana geldiğine ilişkin bildirimin yapılacağı süre sınırları, bildirimle ilişkin şekli kriterler, bildirimin yapılmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar, mücbir sebebi oluşturan olayların nasıl belgelendirilmesi gerektiği gibi hususlar mücbir sebep klotunda kararlaştırılabilir⁴⁰⁴. Öte yandan klotda yapılan mücbir sebep tanımı geniş tutulabilir ve örnek olaylar listesinde tarafların mutlaka mücbir sebep olarak kabul edecekleri veya şarta bağlı olarak mücbir sebep sayacakları olaylar belirtilebilir⁴⁰⁵. Bununla birlikte m.79/2'de sayılan alt yüklenicilere ek olarak başka üçüncü kişilerin de (örneğin satıcının tedarikçisi veya alıcının müşterileri) karşılaştıkları mücbir sebeplerin bu klotdaki diğer şartları taşımak kaydıyla mücbir sebep kabul edilecekleri kararlaştırılabilir⁴⁰⁶. CISG m.79/3'te geçici imkânsızlık düzenlenmiştir. Geçici imkânsızlık sona erdiğinde satıcının yeniden edimini ifa edebilecek duruma gelmesine karşın alıcının ifayı kabul edip etmeyeceğine ilişkin maddede herhangi bir açıklama yoktur. Bu durumda alıcı m.49(1)(a) ve m.79/5 hükmüne dayanarak satıcının geç ifa etmesinin sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturduğunu iddia edebilir ve buna dayanarak da sözleşmeyi feshedebilir⁴⁰⁷. Geçici imkânsızlık durumunun ne zaman kalıcı imkânsızlığa denk olacağına ilişkin bir hükmün mücbir sebep klotuna ilave edilmesi kanaatimizce alıcı ve satıcı arasında bu konuda oluşabilecek muhtemel bir uyuşmazlığın önüne geçebilir. Öte yandan kısmi imkânsızlık durumuna maddede yer verilmemiştir. Bu

⁴⁰² Atamer, a.g.e., s.256.

⁴⁰³ Bund, a.g.m., s.405.

⁴⁰⁴ Bund, a.g.m., s.407.

⁴⁰⁵ Alejandro M. Garro, "Force Majeure and CISG Article 79: Competing Approaches and Some Drafting Advices", **Drafting Contracts Under the CISG**, Ed. Harry Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, Oxford University Press, 2008, s.380.

⁴⁰⁶ Bund, a.g.m., s.409, Garro, a.g.m., s.381.

⁴⁰⁷ Garro, a.g.m., s.380.

sebeple taraflardan birinin edimini kısmen ifa edip edemeyeceği, yani kısmi ifada bulunup bulunamayacağı belirgin değildir. Bu durumun mücbir sebep klotunda açıkça kararlaştırılması, kısmi ifa hususunda taraflar arasında çıkabilecek muhtemel bir ihtilafı engelleyecektir⁴⁰⁸.

2. UPICC VE MÜCBİR SEBEP

Unidroit Enstitüsü⁴⁰⁹ tarafından hazırlanan ve 2004 yılında yayınlanan Unidroit Prensiplerinin (Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin Unidroit Prensipleri, UPICC) ifa etmemeye (*non-performance*) ilişkin bölümünün 7.1.7 maddesinde mücbir sebep durumu düzenlenmiştir. UPICC’de “Force Majeure” başlığı altında⁴¹⁰ m.7.1.7’de yapılan düzenleme ile CISG m.79’da yapılan düzenleme aynen korunmuştur⁴¹¹. Maddenin ilk fıkrasında etkilenen tarafın ifa etmemesinin kendi kontrolü dışında bir engelden ötürü olduğunu kanıtlaması ve sözleşmenin kuruluşu anında bu olayı dikkate almasının veya bu olaydan kaçınmasının ya da üstesinden gelmesinin makul olarak kendisinden beklenmemesi durumunda, ifa etmemeden dolayı sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. UPICC m.3.3’te önceki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilerek önceki imkânsızlığa ilişkin durumlar “*hata*”ya ilişkin hükümlerin kapsamından çıkarılarak ifa etmemeye ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilmiş ve UPICC’de aynen CISG m.79’da olduğu gibi önceki-sonraki imkânsızlık ayrımları ortadan kaldırılmıştır⁴¹². İkinci fıkra uyarınca mücbir sebep oluşturan engelin mevcut olduğu süre boyunca, bir başka

⁴⁰⁸ Bund, a.g.m., s.406; Garro, a.g.m., s.381.

⁴⁰⁹ Unidroit Enstitüsü (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü - International Institut for the Unification of Private Law) ülkelerin özel hukuklarının yeknesaklaştırılması ve yeknesak bir özel hukuk uygulaması sağlamak amacıyla faaliyet gösteren uluslararası bir kuruluştur. 2004 yılında yayınlanan Unidroit Prensiplerinin giriş kısmında (*Preamble*), prensiplerin temel amaçları sayılmıştır. Prensiplerin uluslararası ticari sözleşmeler bakımından genel kuralları ortaya koyduğunu, prensiplerin model olarak kullanılabilceği, sözleşmeleri yorumlarken yardımcı olacağı ve hatta tarafların seçmesi halinde sözleşmeye uygulanacak hukuk olabileceği belirtilmiştir. Bkz. Süral, a.g.e., s.55; Türk hukuku bakımından MÖHUK. 24. madde kapsamında yapılacak hukuk seçimleri sadece bir devlete ait hukukun seçilmesi halinde geçerli olacağından, UPICC’nin sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesi halinde Türk mahkemeleri önünde uygulamada ihtilaflar yaşanacağı hususunda bkz. Ergin Nomer, Cemal Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.307.

⁴¹⁰ Madde başlığının “*force majeure*” olarak seçilmesinin nedeni uluslararası ticaret hukukunda mücbir sebep klotlarının yaygın olarak kullanılmasıdır. Bkz. UPICC m.7.1.7, Resmi Yorum No.1.

⁴¹¹ Brunner, a.g.e., s.106.

⁴¹² Leyens, a.g.m., bkz.: yuk. Dpn. 391.

deyişle geçici imkânsızlık halinde bu engelden etkilenen tarafın yükümlülüklerini ifa etmeyeceği ifade edilmiştir⁴¹³. Üçüncü fıkra uyarınca yükümlülüğünü ifa edemeyen taraf sözleşmenin karşı tarafına bildirimde bulunmalıdır. Bu husus madde metninde bir yükümlülük olarak ifade edilmiş ve ilgili tarafın hem olayı hem de sonuçlarını karşı tarafa bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımını olarak da mücbir sebepten etkilenen tarafın, sözleşmenin karşı tarafının bu bildirimin yapılmamasından kaynaklanan zararlarını tazmin etmesi gerektiği belirtilmiştir. Dördüncü fıkroda hiçbir hükmün, sözleşmeyi fesih, karşı edimi ifa etmeme veya vadesi gelmiş alacaklar için faiz isteme haklarının kullanılmasını engellemeyeceği ifade edilmiştir⁴¹⁴. UPICC'nin aşırı ifa güçlüğü/hardship durumuna ilişkin öngördüğü sözleşmenin yeniden müzakeresi, mücbir sebep bakımından öngörülmemiştir. Uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep-aşırı ifa güçlüğü/hardship ayrımının altını çizmek için bilhassa taraflara böyle bir yükümlülük getirilmediği ifade edilmiştir⁴¹⁵.

Yukarıda CISG m.79 ve mücbir sebep klozlarına ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar, aynı düzenlemeyi benimseyen UPICC m.7.1.7 içinde geçerli olacaktır.

⁴¹³ Brunner, *a.g.e.*, s.246–247.

⁴¹⁴ Süral, *a.g.e.*, s.174–175.

⁴¹⁵ Draetta, *Contrats Internationaux*, s.350.

II. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZLARI

A. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP VE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

1. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER VE KOŞULLARIN DEĞİŞMESİ

Sözleşme taraflarının ticari çıkarlarını belli bir ortak noktada buluşturmaları sonucunda sözleşmeler kurulmaktadır. Sözleşmenin kuruluş anında tarafların çıkarları karşılıklı olarak birbirlerine eşit ve ekonomik olarak dengededir. Bununla birlikte uzun süreli sözleşmelerde (*long term agreements*) sözleşmenin kuruluş zamanı ile tarafların yükümlülüklerini ifa edecekleri zaman arasında, sözleşme ilişkisini ve tarafların yükümlülüklerini önemli ölçüde etkileyen değişimler yaşanabilir⁴¹⁶. Sözleşme ilişkisini doğrudan etkileyen koşulların değişmesi, şiddetine bağlı olarak sözleşme taraflarının karşılıklı ekonomik dengelerini sarsıp, sözleşmenin kurulması anında sahip oldukları denge durumunu bozabilmektedir. Büyük çoğunluğunu uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerin oluşturduğu uluslararası ticari sözleşmelerde⁴¹⁷, yukarıda mücbir sebep klozlarında da ifade edildiği üzere, farklı ülkelerden ve dünyadaki farklı ekonomik bölgelerden (Asya-Pasifik, Kuzey Atlantik, Baltık, Ortadoğu, Güneydoğu Asya vb.) gelen sözleşme taraflarının etkileneceği olaylar, mahalli sözleşmelerdeki tarafların etkileneceği olaylara kıyasla daha çeşitli ve büyük ölçekli olmaktadır. Söz gelimi sözleşmede kararlaştırılan para biriminin değerinin düşmesi, sözleşme konusu mal veya hizmetin değerinin aşırı yükselmesi veya düşmesi, uluslararası ambargolar, ekonomik krizler, savaşlar, doğal afetler vb. olaylar ve durumlar, sözleşmede başlangıçta kurulan ekonomik dengeyi altüst etmekte, bir başka deyişle sözleşme adaletini kısmen veya tamamen yok

⁴¹⁶ Genellikle uluslararası ticari sözleşmeler mahalli sözleşmelere kıyasla daha uzun süreli ve ekonomik açıdan daha büyük sözleşmelerden oluşurlar. Bkz. Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.15; Matray, Vidts, *a.g.m.*, s.100.

⁴¹⁷ Draetta, Lake, *a.e.*, s.169.

edebilmektedir⁴¹⁸. Sonuç olarak uluslararası ticari sözleşmeler, potansiyel olarak daima kapsadıkları ticari ilişkileri etkileyen koşulların değişmesi riskini taşımaktadırlar⁴¹⁹.

2. *HARDSHIP* VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ TERİMLERİNİN ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE KULLANILMASI

İngilizce bir terim olan “*hardship*” terimi uluslararası ticarete değişen koşulların yükümlülüklerin ifası üzerinde yarattığı ağırlaştırıcı etkiyi tanımlamak için kullanılmaktadır. Bu kavram daha evvel açıklanan mücbir sebep ve imkânsızlık gibi bir hukuki kavram olmaktan ziyade sözleşme taraflarının içinde bulundukları bir durumu ifade etmektedir⁴²⁰. Uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında sıkça kullanılan “*hardship*” terimi, Fransızcaya tercüme edilmemiştir⁴²¹. Öte yandan “*hardship*” terimi, öngörme, gözden geçirme ve adil bir şekilde sözleşmenin uyarlanması kavramlarını kapsadığından, bu terim yerine uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan başka hiçbir terim (“uyarlama” klozu, “emprevizyon” klozu, “çekince” klozu, “hakkaniyet” klozu, “gözden geçirme” klozu vb.) tam olarak “*hardship*” terimini karşılamamaktadır. UPICC’nin sadece İngilizce sürümünde değil, Fransızca, İtalyanca, İspanyolca ve Portekizce sürümlerinde de koşulların değişmesine ilişkin (6.2.1. ve 6.2.2) bölümün başlığı olarak “*hardship*” ifadesi korunmuştur⁴²². Çalışmamızda daha sonra açıklanacağı üzere uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin temel prensipleri belirleyen UPICC’de “*hardship*”; borçların ifası için yapılacak masrafları arttırarak veya karşı edim değerini düşürerek sözleşmenin dengesini temelden sarsan, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen veya zarar gören tarafça sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenilen, zarar gören tarafça sözleşmenin kurulurken hesaba katılması veya öngörülmesi

⁴¹⁸ İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1987, s.112–113.

⁴¹⁹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.39; Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.170–171.

⁴²⁰ Bu kavramı karşılayan daha iyi bir Fransızca bir karşılık bulunamadığından Fransız hukukçuların da bu kavramı kullandıkları hususunda bkz. Harold Ullman, “Enforcement of Hardship Clauses in the French and Amerikan Legal Systems”, *Californian Western International Law Journal*, Vol. 19, No.1, 1989, s.83.

⁴²¹ Konarski, *a.g.m.*, s.406; Ullman, *a.g.m.*, s.83.

⁴²² Hem “*force majeure*” hem de “*hardship*” ifadelerinin hem uluslararası ticari çevrelerde hem de uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında yaygın kullanımından dolayı UPICC’de bu terimlerin kullanıldığına ilişkin bkz. Brunner, *a.g.e.*, s.4.

makul olmayan, zarar gören tarafın kontrolü dışında gelişen ve yine bu tarafın riskini üstlenmediği olayların meydana gelmesi halinde sözleşme taraflarının içinde bulundukları durum olarak tanımlanmıştır⁴²³.

Hardship terimi, MTO'nun 1985 tarihli 421 sayılı yayınında “*beklenmeyen haller*” olarak⁴²⁴ dilimize çevrilmiştir⁴²⁵. Buna karşılık kanaatimizce terimin Türkçe karşılığı, aynı zamanda yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 137. maddesinin de başlığı olan aşırı ifa güçlüğüdür⁴²⁶. Aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun esas karşıladığı alan ifanın güçleşmesi olduğundan “*beklenmeyen haller*” terimi bu kavramı karşılamak için yeterli olmamaktadır. Hem MTO'nun 2003 tarihli 650 sayılı yayındaki aşırı ifa güçlüğü/hardship model klotunda, hem de UPICC'nin 6.2.1 ilâ 6.2.3 maddelerinde ifade edilen ifa güçlüğü'nün, taraflardan birinin edimini daha külfetli “*more onerous*” hale getirmesi yeterli görülmemekte⁴²⁷, aşırı derecede külfetli⁴²⁸ “*excessively onerous*” hale getirmesi ve sözleşmenin dengesini temelden “*fundamentally*” değiştirmesi⁴²⁹ aranmaktadır. Bu bağlamda kanaatimizce sözleşme dilinin Türkçe olduğu veya sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak seçildiği sözleşmelerin Türkçe kopyalarında da “*aşırı ifa güçlüğü*” terimi “*hardship*” teriminin karşılığı olarak kullanılabilir. Bununla birlikte bu terim uluslararası ticarette artık İngilizce olarak yerleşmiş olduğundan, “*aşırı ifa güçlüğü/hardship*” şeklinde birlikte de kullanılabilirler. Çalışmamızda da uluslararası ticari sözleşmeler

⁴²³ UPICC m.6.2.2.

⁴²⁴ Beklenilmeyen vaziyet, (Alm. Erschütterung der Geschäftsgrundlage, Fr. imprévision, İng. frustration) borcun ifası, mukavelenin akdi zamanında göz önüne getirilmesi mümkün olmayan iktisadi, siyasi, içtimai hadiselerden dolayı akid için tahammülü çok güç bir külfet teşkil ettiği takdirde, mukavelenin tadil veya feshini talep veya dava edebilmek hakkını veren sebeptir. “Beklenilmeyen vaziyetin”in akidler üzerine tesiri “*clausula rebus sic stantibus*” yani akdin yapıldığı zamanki şartların devamı müddetince muteber sayılacağı kaidesiyle izah edilmektedir. Bkz. **Türk Hukuk Lügati**, s.33.

⁴²⁵ Milletlerarası Ticaret Odası, **MTO Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal Yayın No.421**, Öneriler, Resmi Çevirisi, Paris, 1985.

⁴²⁶ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, III. Aşırı İfa Güçlüğü Madde 137-Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarla öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenemeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş ve ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu dönme hakkı yerine fesih hakkını kullanır.” bkz. (çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>, 18.03.2010.

⁴²⁷ UPICC m.6.2.1 ve ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, 1. fıkra, s.15.

⁴²⁸ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, 2. fıkra (a) bendi, s.15.

⁴²⁹ UPICC m.6.2.2.

uygulanmasındaki bu yaygın uygulamaya uyumlu olması açısından bu terimler birlikte kullanılmışlardır⁴³⁰.

3. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP

Uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmeler daima koşulların değişmesi riski altındadır⁴³¹. Bu riski öngören ve buna karşı önlem almak isteyen sözleşme tarafları, farklı devletlerden ve dolayısıyla da farklı hukuk sistemlerinden olduklarından, değişen koşulların yarattığı hukuki uyuşmazlıkların çözümü için farklı anlayışlara sahiptirler. Ulusal hukuk düzenlerinde mevcut çözümler farklı kavramlarla ifade edilmekle birlikte meseleye benzer çözümler geliştirmişlerdir. *Emprevizyon*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *frustration of purpose*, *dürüstlük kuralı* gibi farklı kavramlar ile değişen koşulların sözleşme dengesini altüst etmesine karşı çözümler getirilmiştir. Buna karşın uluslararası ticaretin büyüklüğü, kurulan sözleşmelerin süresi ve seçilen hukuktaki mevcut çözümlerin yeterli görülmemesinden dolayı uluslararası ticari sözleşmelerin tarafları koşullardaki muhtemel değişikliği öngörerek ve getirdiği riskleri sınırlamak amacıyla kendi önlemlerini geliştirmektedirler⁴³². İşte bu bağlamda “aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarı” ortaya çıkmışlardır. Bu klostar koşulların değişmesi nedeniyle sözleşme ekonomisinin derinden etkilenmesi durumunda sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesini düzenlemektedirler.

Çalışmamızın konusunu oluşturan aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarı günümüzde uluslararası ticari sözleşmelerde sıkça yer almaktadır. Taraflarca şekillendirilen bu klostar (*self-tailored rule*), ulusal hukuk düzenlerindeki hükümlere kıyasen tarafların menfaatlerine uygun ve daha kapsamlı hükümlerdir. Bu klostar sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız, tarafların çıkarlarına daha uygun bir düzenleme getirmektedir⁴³³. Tarafların oluşturacakları aşırı ifa güçlüğü/hardship klostu sözleşmeye uygulanacak hukukta mevcut olan düzenlemeleri aşacaktır. Aksi

⁴³⁰ Unidroit Prensiplerinin İspanyolca metninde “Excesiva Onerosidad (“Hardship”)” şeklinde hem İspanyolca terim kullanılmış, hem de İngilizce terim parantez içinde yanında verilmiştir.

⁴³¹ Dural, a.g.e., s.68.

⁴³² Baysal, a.g.e., s.199, Matray, Vidts, a.g.m., s.103.

⁴³³ De Cuyper, Peter, a.g.m., s.788.

halde bu klozun taraflarca sözleşmeye eklenmesinin bir anlamı yoktur⁴³⁴. Elbette ki klozun mevcut hukuki düzenlemeleri aşacağı, onlarla çatışacağı anlamına gelmemektedir. Bir başka deyişle taraflar kendilerine en uygun düzenlemeyi yapmakta mutlak bağımsız değildirler. Bazı ulusal hukuk düzenlerinin bu konuda (örneğin Mısır ve Cezayir Hukukları) kamu hukukuna ilişkin taraflarca değiştirilemeyecek hükümler getirdiğinin altını çizmek gerekir. Tarafların bu klostları hazırlarken sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerini (kamu düzenine ilişkin hükümleri ve doğrudan uygulanan kuralları) dikkate almaları gerekir. Zira bu klostlardaki boşluklar ve yoruma açık noktalar, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir⁴³⁵.

20. yüzyılda yaşanan iki büyük dünya savaşı ve yarattıkları yıkım ve ekonomik krizlerle birlikte ulusal hukuklarda daha evvel de ifade edildiği üzere ticari ilişkileri düzenleyen sözleşmelerin uyarlanması için çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Karşılaştırmalı hukuk çalışmaları da, farklı hukuk sistemlerinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını düzenleyen benzer teorilerin var olduğunu desteklemektedir. Sözleşme kurulduğu zaman mevcut olan koşulların sözleşme süresince değişmesi, bazı istisnai durumlarda sözleşmeye bağlılık ilkesinden sözleşme adaletinin sağlanması uğruna taviz verilmesini gerektirebilir ve bu durumda da sözleşme başlangıçta kurulduğu şekilden farklı bir hal alır⁴³⁶. Uygulamada risk paylaşımı dengesinin yeniden sağlanabilmesi için bulunan çözümler, daha sonra düzenlenerek somut olay adaletini sağlayacak bu teorileri oluşturmuşlardır⁴³⁷. Uluslararası ticari sözleşmelerde “aşırı ifa güçlüğü/hardship” kavramının gelişimini göstermek için kısaca sözleşmeye bağlılık ilkesinin ve söz konusu teorilerin açıklanması faydalı olacaktır.

⁴³⁴ Puelinckx, *a.g.m.*, s.58; Mücbir sebep klostları için bkz. Declercq, *a.g.m.*, s.218.

⁴³⁵ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.123; Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.526–527.

⁴³⁶ Kaplan, *a.g.e.*, s.114.

⁴³⁷ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.525; Baysal, *a.g.e.*, s.17.

a. SÖZLEŞME-KANUN VE SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK (AHDE VEFA) İLKESİ VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP

Roma Hukuku'na dayanan sözleşmeye bağlılık ilkesi (*ahde vefa - pacta sunt servanda*) uyarınca tarafların sözleşmedeki taahhütleri bağlayıcıdır ve taraflar sözleşmeyi kurarken içinde bulundukları hal ve şartlar zaman içinde değişse de bu taahhütlerini yerine getirmek zorundadırlar⁴³⁸. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hem ulusal hem de uluslararası ticaret hukukun temel ilkelerindendir⁴³⁹. Bu ilke Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinde "Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir." şeklinde ifade edilmiştir⁴⁴⁰. Bu ilke sayesinde taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşmaktadır⁴⁴¹. Söz gelimi, bir tedarikçi ile sözleşme yapan şirket, satın aldığı malların istenilen zamanda elinde olacağına (ya da eline geçmediği takdirde, karşı tarafın taahhüdünü yerine getirmemesinden doğan zararın tazmin edileceğini) ve tedarikçi de anlaşılan bedelin ödeneceğine bu sayede güvenebilirler⁴⁴².

Sözleşme tarafları daima sözleşmenin kurulduğu anda hâkim olan koşulları ve sözleşmelerinin konusu gereği mevcut rizikoları referans alarak taahhütte bulunmaktadır. İrade serbestliği ilkesi gereğince taraflar kurdukları sözleşmenin

⁴³⁸ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.36.

⁴³⁹ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.487; UPICC 1.3. maddesinde sözleşmeye bağlılık ilkesi ifade edilmiştir. Bu ilkenin uluslararası ticaret hukukunun genel ilkelerinden biri olduğu hususunda bkz. Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.355; "... Pacta sunt servanda kuralı uyarınca sözleşme, taraflarca hukuki ilişkilerini düzenlemek amacıyla kurulmuş, tarafların kanunu olduğundan ve taraflara sadece sözleşmedeki taahhütlerini yerine getirme borcunu değil, aynı zamanda bunları dürüstlük kuralına uygun ifa etme borcunu, ifa etmemeden ötürü karşı tarafa verilen zararı tazmin etme borcunu ve sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetmeme borcunu yüklediğinden..." bkz. ICC Award No.5485 (1987) (aktaran, Hans van Houtte, "Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda", *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Ed. Emmanuel Gaillard, ICC Publication No.480/4, Paris, 1993, s.109.

⁴⁴⁰ Bu ilke Lex Contractus, Sözleşme-Kanun İlkesi, Sanctity of Contracts (sözleşmenin kutsallığı) gibi farklı isimlerle de ifade edilmektedir. Baysal, *a.g.e.*, s.8; YHGK. E.2003/13-599, K.2003/599, T.15.10.2003 "... Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle tarafların biri aleyhine katlanılmayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hâsıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK m.2 ve m.4) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukuk da bu zıtlık (Clausula Rebus Sic Stantibus – Beklenmeyen hal şartı sözleşmenin değişen koşullara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır..." Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010.

⁴⁴¹ Kaplan, *a.g.e.*, s.113.

⁴⁴² Güvenilir taahhütler olmaksızın, etkili bir ekonomik faaliyetin olması mümkün değildir. Bkz. Dietrich Maskow, "Hardship and Force Majeure", *American Journal of Comparative Law*, Vol.40, 1992, s.658, ICC Award No.6281 (1989), Jarvin, Derains, Arnaldez, *a.g.e.*, s.251.

kendilerine getirdiği menfaatlere paralel olarak, uğradıkları zararlara da katlanırlar⁴⁴³. Bir satım sözleşmesinde alıcı satılan malları almıştır çünkü kendi faaliyet alanında bu mallardan faydalanacaktır, mal bedeli de sözleşme konusunun reel (aktüel) değeri üzerinden hesaplanmıştır. Bununla birlikte edim ifa edileceği zaman, özellikle uzun süreli sözleşmelerde, tarafların içinde bulundukları koşullar öngörülemeyen nedenlerden dolayı değişebilmektedir. Sözleşme tarafları arasındaki ticari ilişkileri kötü etkileyen bu değişimi dikkate alan borçlar hukukundaki çağdaş yaklaşım, değişen koşulların sözleşme adaletini sarsması durumunda, tarafların irade özgürlüğüne dayanan sözleşmeye bağlılık prensibinin katı yorumlanmaması gerektiğini ve bu duruma bir istisna tanınarak bu prensibin dengelenmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁴⁴. Bu bağlamda ulusal hukuk düzenlerindeki teorilerin çıkış noktasını da sözleşmedeki ekonomik dengeyi yeniden sağlamak için sözleşmeye nasıl müdahale edileceği oluşturmaktadır⁴⁴⁵.

b. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASINA İMKÂN TANIMAYAN TEORİLER

i. FRANSIZ HUKUKUNDAKİ EMPREVİZYON TEORİSİ

Fransız hukukunda, değişen koşullar sonucunda edimler arası dengenin bozulması meselesi “*emprevizyon*” teorisi kapsamında ele alınmaktadır. Fransız idare hukuku ve kanunda öngörülen haller haricinde, doktrinde ve içtihadta hâkim müdahalesi ile sözleşmenin uyarlanması reddedilmektedir⁴⁴⁶. Koşulların değişmesi durumunda hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisini tanımak taraf iradelerine doğrudan müdahale olacağından, Fransız hukukunda kabul edilmemektedir. Bu

⁴⁴³ Kaplan, **a.g.e.**, s.114.

⁴⁴⁴ Konarski, **a.g.m.**, s.406.

⁴⁴⁵ Baysal, **a.g.e.**, s.11.

⁴⁴⁶ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.488; Matray, Vidts, **a.g.m.**, s.105; Baysal, **a.g.e.**, s.39; Fransız hukukunda iki önemli dava, özel hukuk alanında 1876 Canal de Craponne davası (Chambre Civile, 6 mars 1876, De Gallifet c./ Commune de Pélissanne) ve idare hukukunda 1916 Gaz de Bordeaux davası (Conseil d’Etat, 30 mars 1916), neticesinde *emprevizyon* teorisine ilişkin temel kavramlar ortaya konulmuştur. Bkz. Almeida Prado, **a.g.e.**, s.15-20; Draetta, Lake, **a.g.e.**, s.182; Boughaba, **a.g.e.**, s.214; Norbert Horn, “Changes in Circumstances, and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law”, **Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance**, ed. Norbert Horn, Kluwer Law International, Deventer, Netherlands, 1985, s.18.

görüş uyarınca hâkim kendini tarafların yerine koyup ve aralarındaki menfaat dengesini koruyarak, sözleşmeyi yeniden düzenleyemez ve uyarlayamaz. Bu anlayış sözleşmeye bağlılık (sözleşme-kanun) ilkesinin katı uygulanması sonucunda ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁷. Sonuç olarak Fransız özel hukukunda mücbir sebep sözleşmeye bağlılık ilkesinin yegâne istisnası durumundadır⁴⁴⁸. Bununla birlikte Fransız idare hukukunda *emprevizyon* teorisinin gelişiminde etkili olan hakkaniyet, iyi niyet, dürüstlük kuralı gibi diğer teorilerin dayandığı genel ilkeler değil, “*kamu hizmetlerinin devamlılığı*” ilkesi etkili olmuştur⁴⁴⁹. Bu teori uyarınca da öncelikle sözleşme ekonomisinin bozulması –ki bu teorisinin uygulanacağı olayların ekonomik tehlike yaratan olaylar olduğu kabul edilmektedir-⁴⁵⁰, sözleşme kurulurken var olan koşullarda sonradan bir değişiklik meydana gelmesi, bu değişikliğin makul olarak sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörülememesi⁴⁵¹ ve bu değişikliğin taraflara isnat edilebilir olmaması⁴⁵² koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. *Emprevizyon* teorisinin 3 türlü neticesi olabilir: Ya mahkemenin atayacağı bir otorite gözetiminde taraflar müzakerelere girişeceklerdir, ya mahkeme uygun bir tazminata hükmedecektir ya da sözleşmenin sona erdirilmesine karar verecektir⁴⁵³.

ii. İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ *FRUSTRATION* TEORİSİ VE AMERİKAN HUKUKUNDAKİ *IMPRATICABILITY* TEORİSİ

Mücbir sebep teorileri incelenirken İngiliz *frustration* teorisinin bir imkânsızlık teorisi olduğu ifade edilmiştir. *Frustration* teorisinin kapsamı zaman

⁴⁴⁷ Almeida Prado, a.g.e., s.14, Fransız Medeni Kanunu 1134. maddesi “Hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler, onları kuranlar arasında kanunun yerini tutarlar (yerine geçerler).”.

⁴⁴⁸ Almeida Prado, a.g.e., s.14; Draetta, Lake, a.g.e., s.182.

⁴⁴⁹ Almeida Prado, a.g.e., s.20; Nicholas, a.g.m., s.28; Puelinckx, a.g.m., s.56.

⁴⁵⁰ Nicholas, a.g.m., s.29.

⁴⁵¹ Ağır zorluklar veya ekonomik krizler sözleşme ekonomisini altüst etseler dahi bu olaylar sözleşmenin kuruluşu anında öngörülebiliyorlarsa bu teori uygulanmayacaktır. Gaz de Bordeaux Şirketi ile Bordeaux şehri arasında gaz ve elektrik dağıtımına ilişkin 1904 yılında yapılan 30 yıllık sözleşmenin ekonomisi Birinci Dünya Savaşı sonunda kömür fiyatlarının aşırı artması nedeniyle bozulmuştur. Avrupa’da silahlı bir çatışmanın olabileceği her ne kadar bu dönemde öngörülebiliyordu olsa da, bu çatışmanın süresi ve ağırlığı öngörülememekteydi. Bkz. Almeida Prado, a.g.e., s.23; Nicholas, a.g.m., s.28.

⁴⁵² Bu teorisinin uygulanmasını isteyen idarenin karşısındaki sözleşme tarafı, sözleşme ekonomisini bozan bu olaya neden olmamalı, bu olaya veya duruma engel olmak için elindeki olanakları makul ölçüde kullanmalı ve bu olay nedeniyle kusur, ihmal veya hata ona isnat edilememelidir. Bu şartlar gerçekleşirse dışsallık unsuru gerçekleşmiş sayılır. Bkz. Boughaba, a.g.e., s.219.

⁴⁵³ Almeida Prado, a.g.e., s.27–31.

içinde sözleşmenin amacının ve temelini zedelendiği durumları da kapsayacak şekilde geliştirilmiştir⁴⁵⁴. Bu bağlamda sözleşme kurulduktan sonra değişen koşullar sonucunda ifa ile izlenen amacın boşa çıkması durumunda, bu teorinin bir parçasını oluşturan *frustration of purpose* durumu oluşur⁴⁵⁵. Bu durum diğer teorilerde ele alınan ifanın güçleşmesi, anlamsızlaşmasına karşılık gelmektedir. Teorinin bu parçasını, anlaşmayı temelden sarsan beklenmedik bir olayın tarafların ortak niyetlerini boşa çıkarması oluşturur⁴⁵⁶. Bu teorinin diğer teorilerden farkı sonuç bakımındandır. Daha evvel de ifade edildiği üzere *frustration* teorisi, mutlak olarak sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple Kıta Avrupası'ndaki teorilerin aksine sözleşmenin uyarlanması İngiliz hukukunda mümkün değildir⁴⁵⁷.

Frustration of Purpose teorisinin Amerikan hukukundaki karşılığı olarak *impracticability (commercial impracticability)* teorisi görülebilir⁴⁵⁸. Daha evvel mücbir sebebe ilişkin yapılan açıklamalarda bu teorinin aşırı ve makul olmayan güçlük, masraf, zarar ve ziyanı da kapsayan bir teori olduğu ifade edilmiştir. Bu teori uyarınca edim aşırı ölçüde güçleşmiştir fakat fiziki olarak imkânsız değildir⁴⁵⁹. Amerikan mahkeme kararlarında “*impracticability*” ve “*hardship*” terimlerinin birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılması eleştirilmiş ve aşırı ifa güçlüğü yaratan durumların *impracticability* teorisinin kapsamında olduğu ifade edilmiştir⁴⁶⁰. UCC m.2-615 resmi yorumlarında finansal ve ekonomik zorlukların, örneğin savaş, ambargo, kuraklık, hammadde kaynaklarının kesilmesi gibi olaylardan ötürü yaşanan ve borcun ifasını esaslı olarak etkileyen olayların bu kapsama gireceği ifade edilmiştir⁴⁶¹. Bu durumda aşırı maliyetin ve aşırı ifa güçlüğü'nün sınırı somut olaya göre belirlenecek ve artık ticari açıdan uygun olmayan sözleşmeler için bu teori söz konusu olacaktır⁴⁶². Her ne kadar sözleşmenin mahkemece uyarlandığı kararlar

⁴⁵⁴ *Coronation Cases* (Taç Giyme Töreni Davaları) olarak adlandırılan, Krell v. Henry davasında *frustration of purpose, frustration* teorisinin bir parçası haline gelmiştir. Bkz. Baysal, a.g.e., s.53; Treitel, a.g.e., s.806; Almeida Prado, a.g.e., s.48.

⁴⁵⁵ Declercq, a.g.m., s.214; Baysal, a.g.e., s.50; Treitel, a.g.e., s.824; Horn, a.g.m., s.21.

⁴⁵⁶ Aydın Aybay, *İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiraların Korunması Sorunu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 90, (aktaran, Baysal, a.g.e., s.50, Dpn. 243).

⁴⁵⁷ Boughaba, a.g.e., s.254; Baysal, a.g.e., s.55; Puelinckx, a.g.m., s.51.

⁴⁵⁸ Treitel, a.g.e., s.824; Digwa-Singh, a.g.m., s.312.

⁴⁵⁹ Brunner, a.g.e., s.407.

⁴⁶⁰ Digwa-Singh, a.g.m., s.313.

⁴⁶¹ UCC m.2-615 Official Comment 4, bkz. Digwa-Singh, a.g.m., s.314; Almeida Prado, a.g.e., s.43.

⁴⁶² Digwa-Singh, a.g.m., s.315-316.

mevcut olsa da⁴⁶³, Amerikan mahkemeleri sözleşmenin uyarlanması konusunda genellikle çekimser davranmaktadırlar⁴⁶⁴. Dolayısıyla teorisinin uygulandığı durumlarda genellikle sözleşme ya geçici bir süre askıya alınmakta ya da sona erdirilmektedir⁴⁶⁵.

c. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASINA İMKÂN TANIYAN TEORİLER

i. ROMA HUKUKUNDAKİ CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS TEORİSİ

Roma Hukuku kökenli “*clausula rebus sic stantibus*” teorisine göre⁴⁶⁶, uzun süre devam eden ve gelecekte değişen koşullara bağlı sözleşmeler, kararlaştırıldıkları zaman mevcut koşulların değişmemesi (*sic stantes*) şartına bağlı olarak kurulurlar (*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligentur.*)⁴⁶⁷. Bu şart (*clausula*) sözleşmede taraflarca zımnen kararlaştırılmaktadır. Dolayısıyla koşulların değişmesi halinde, sözleşmede aksini kararlaştıran taraflar, sözleşmeye dayanan *clausula* teorisinden faydalanarak sözleşmeyi uyarlayabilirler. Bu teori sözleşme serbestisi ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin özel hukukta daha baskın hale gelmesiyle özel hukuktaki yerini kaybetmiş olmakla birlikte günümüzde uluslararası anlaşmalar hukuku bakımından geçerliliğini korumaktadır⁴⁶⁸.

⁴⁶³ 7 April 1980, Aliminium Co. of America c. Essex Group Inc., United States District Court of Pennsylvania, in Federal Supplement, Vol.499, No.53, p.68-69, Bu kararda sözleşmenin uyarlanmasının sözleşmenin sona erdirilmesine kıyasla daha adil bir çözüm getireceğine karar verilmiştir. Bkz. Digwa-Singh, a.g.m., s.312.

⁴⁶⁴ Brunner, a.g.e., s.408.

⁴⁶⁵ Almeida Prado, a.g.e., s.45-47.

⁴⁶⁶ “*Rebus sic stantibus*” terimi ilk olarak 16. yüzyılda kullanılmıştır. 1507’de Jason de Mayno bu terimin borçlar hukukunun genel prensiplerinden biri olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Schwenzler, a.g.m., s.710, Dpn.2.

⁴⁶⁷ Horn, a.g.m., s.17; Fontaine, de Ly, a.g.e., s.525; Brunner, a.g.e., s.401.

⁴⁶⁸ Bu teorisin devletler genel hukukunda hâkim olduğuna dair bkz. Horn, a.g.m., s.17; Draetta, Lake, a.g.e., s.185; Brunner, a.g.e., s.413; Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, 5.basım, Beta, İstanbul, 2003, s.200 “1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.62 – Şartların Esaslı Şekilde Değişmesi:

1) Bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan şartlarda meydana gelen taraflarca öngörülemeyen esaslı bir değişikliğe, aşağıdaki şartlar yerine gelmedikçe, andlaşmayı sona erdirmeye veya andlaşmadan çekilme için bir gerekçe olarak başvurulamaz:

ii. ALMAN HUKUKUNDAKİ İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ TEORİSİ

Alman hukukundaki işlem temelinin çökmesi doktrini (*Wegfall der Geschäftsgrundlage, Störung der Geschäftsgrundlage*), BGB 242. paragrafındaki **dürüstlük kuralına dayanan bir teoridir. BGB 313.** paragrafında ifade edilen bu teorinin gerçekleşebilmesi için aranan şartlar; koşulların sözleşmenin kurulmasından sonra değişmesi, koşulların sözleşmenin içeriğine dâhil olmaması, taraflar bu değişikliği öngörebilecek durumda olsalardı bu sözleşmeyi ya hiç kurmayacak ya da başka bir içerikte kuracak olmaları ve taraflardan biri için sözleşmenin çekilmez hale gelmesidir⁴⁶⁹. Bu teori hem işlem temelinin⁴⁷⁰ ortadan kalkması durumunu hem de işlem temelinin eksikliğini kapsamaktadır⁴⁷¹. Her iki duruma da bağlanan hukuki sonuçlar öncelikle uyarılma ve uyarılmanın mümkün olmaması halinde sözleşmenin feshi ya da sözleşmeden dönmedir⁴⁷².

iii. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜRÜSTLÜK KURALI YAKLAŞIMI

Türk hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına özgü bir teori mevcut değildir⁴⁷³ ve bu konuda içtihat da bir terim birliği yoktur⁴⁷⁴. Bu eksikliği

a- bu şartların mevcudiyeti, tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmedikçe; ve

b- değişiklik andlaşmaya göre hala icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirme etkisine haiz olmadıkça. (Aktaran, Baysal, a.g.e., s.19, Dpn.65).

⁴⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. Baysal, a.g.e., s.31; Dural, a.g.e., s.54–56; ; Horn, a.g.m., s.19.

⁴⁷⁰ Alman hukukuna göre işlem temeli sözleşme içeriğine dâhil olmayan, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan, mevcut veya gelecekteki bazı hal ve şartlara ilişkin olarak öyle ortak veya karşı tarafça bilinebilip de itiraz edilmeyen tek taraflı tasarruflardır ki, tarafların iradeleri bu tasarruflar üzerinde inşa edilmiştir. Bkz. Baysal, a.g.e., s.34; Markensinis, Unberath, Johnston, a.g.e., s.319–323.

⁴⁷¹ İsviçre-Türk hukukunda işlem temelinin eksikliği BK. 24/4'te temel hatası olarak düzenlenmiştir. Bkz. Dural, a.g.e., s.34; Kaplan, a.g.e., s.141; Baysal, a.g.e., s.30.

⁴⁷² Baysal, a.g.e., s.31.

⁴⁷³ Türk hukukunda değişen koşulların ifa güçlüğüne neden olması durumunu karşılamak amacıyla “Beklenmezlik”, “Beklenmeyen Hal”, “Fevkalade Hal”, “Sözleşmenin hâkim tarafından tadili veya feshi”, “Emprevizyon”, “Clausula Rebus Sic Stantibus”, “İşlem Temelinin Çökmesi” gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bkz. Baysal, a.g.e., s.89.

⁴⁷⁴ YHGK. E.2003/13–599, K.2003/599, T.15.10.2003 “... Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle tarafların biri aleyhine katlanılmayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hâsıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK m.2 ve m.4) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukuk da bu

gidermek ve içtihatla terim birliğinin sağlanması amacıyla Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın (BKT) m.137'de -dürüstlük kuralına da atıf yapılarak- "*aşırı ifa güçlüğü*" durumu ayrıca düzenlenmiş ve böylece Türk hukukunda kaynak İsviçre hukukundan farklı olarak bu durumu karşılayacak bir hüküm getirilmiştir⁴⁷⁵.

Türk hukukunda değişen koşulların sözleşmenin ifasını ağırlaştırması (aşırı ifa güçlüğü) ve sözleşmeye müdahale edilerek edimler arasındaki dengenin yeniden adaletli bir şekilde sağlanması, doktrinde ve içtihatla ağırlıklı olarak dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır⁴⁷⁶. Taraflardan birinin edimi şayet sözleşme kurulurken öngörülmeleyen bir nedenle aşırı ölçüde ağırlaşır ve etkilenen taraftan bu edimini ifa etmesi dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez ise, bu durumda etkilenen taraf bu adaletsiz durumun düzeltilmesi ve sözleşmedeki edimlerin uyarlanması istemiyle mahkemeye başvurarak sözleşmenin yeniden gözden geçirilip uyarlanmasını sağlayabilir⁴⁷⁷. Hâkimin sözleşmeye müdahale edip sözleşmeyi uyarlayabilmesi için değişen koşulların olağanüstü nitelikte ve öngörülemeyen olması, tarafların yükümlülükleri arasındaki dengeyi aşırı ölçüde ve açık biçimde bozmuş olması, taraflarca sözleşmede aksine bir düzenleme kararlaştırılmamış olması ve bu değişen koşulların ortaya çıkmasında zarar gören tarafın kusuru olmaması gerekir⁴⁷⁸. Türk hukukunun uygulandığı uluslararası ticari sözleşmelerde, taraflar arasındaki

zıtlık (Clausula Rebus Sic Stantibus – Beklenmeyen hal şartı sözleşmenin değişen koşullara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır..." Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.503–504.

⁴⁷⁵ Baysal, a.g.e., s.86; BKT m.137.

⁴⁷⁶ YHGK. E.2003/13–599, K.2003/599, T.15.10.2003, Baysal, a.g.e., s.78, Feyzioğlu, Cilt II, s.470; Dural, a.g.e., s.71; Akyol, a.g.e., s.83 vd.

⁴⁷⁷ Baysal, a.g.e., s.224; Kaplan, a.g.e., s.144 vd.; Akyol, a.g.e., s.99–100.

⁴⁷⁸ Kaplan, a.g.e., s.147–154; Baysal, a.g.e., s.77–86; Feyzioğlu, Cilt II, s.471–473; Gözübüyük, a.g.e., s.183–186; Akyol, a.g.e., s.100; YHGK. E.2003/13–332, K.2003/340, T.07.05.2003 "..."Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağan üstü ve objektif nitelikte olmalıdır... Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilsin; beklenebilir; olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilsin olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmelidir..." Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010

sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmasa da aşırı ifa güçlüğü/hardship meydana gelmesi durumunda sözleşmenin feshi veya yeni şartlara uyarlanması istenebilir⁴⁷⁹.

4. LEX MERCATORIA VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZLARI

Mücbir sebep klozlarına ilişkin yukarıda yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere farklı hukuk düzenlerine tabî olan uluslararası ticari sözleşmelerin tarafları olan tacirler, aralarındaki kültürel ve dil farklılıklarını aşmak amacıyla, günümüzde *Lex Mercatoria* başlığı altında toplanan uluslararası ticari örf, adet ve teamülleri oluşturmuşlardır. Daha evvel de ifade edildiği üzere *Lex Mercatoria* teorisinin mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramları çevresine inşa edildiği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁸⁰. Bu konu ile ilgili tartışmalara girilmeden aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramının uluslararası ticari teamüller bakımından öneminin açıklanması, uluslararası ticari sözleşmelerdeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının gelişiminin görülmesi açısından oldukça faydalı olacaktır.

Bilindiği üzere uluslararası ticari sözleşmelere hâkim olan uyuşmazlık çözüm yolu uluslararası ticari tahkimdir⁴⁸¹. Uluslararası ticari tahkim uygulamasında hakemler, uluslararası ticari teamülleri (örf ve adet kuralları) ile birlikte genel hukuk prensiplerini daima dikkate almaktadırlar⁴⁸². Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını ifade eden “*rebus sic stantibus*”, ilkesinin uluslararası ticari tahkimde uygulandığı durumlar ve hakemlerin bu ilke üzerindeki yorumları, uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının gelişimine büyük oranda katkı sağlamıştır.

MTO tahkim mahkemesince verilen çeşitli kararlarda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin “*rebus sic stantibus*” prensibinin uluslararası hukukunun genel prensiplerinden olduğu ifade edilmiştir. Bir olayda bir Pakistan bankasının bir Hint şirketine vermiş olduğu teminatı (banka garantisi) ödememesi

⁴⁷⁹ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.38, Akyol, *a.g.e.*, s.100.

⁴⁸⁰ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.91; Kahn, *a.g.m.*, s.484; Draetta, *International Trade Practice*, s.547.

⁴⁸¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1996, s.150–153, [İnşaat Sözleşmeleri]; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.32–34.

⁴⁸² Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.355.

nedeniyle çıkan uyuşmazlık MTO tahkim mahkemesine götürülmüştür⁴⁸³. Davalı Pakistan bankası 1965 yılında Hindistan ve Pakistan arasındaki çatışmaların, her iki ülkedeki mevcut olağanüstü hal kanunları uyarınca, bankayı lehtara teminat ödeme yükümlülüklerinden kurtaracağını iddia etmiştir. Söz konusu olayda edimini ifa etmemesinin haklı göstermek için banka, mücbir sebebe ilişkin iddialarının yanı sıra aynı zamanda *rebus sic stantibus* prensibinin de uygulanması gerektiğini de ileri sürmüştür. Davaya bakan tek hakem bu “*rebus sic stantibus*” ilkesinin (*‘frustration’*, *‘force majeure’*, *‘imprévision’* vb. terimler ile de ifade edildiğini) sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesinin bir istisnası olduğunu ve sözleşme ilişkisini temelden etkileyen değişikliklerin, dürüstlük ve hakkaniyet kurallarının, olaydaki sözleşmelerin niteliklerinin ve somut olayın diğer özelliklerinin dikkate alınarak bu prensibin uygulamasının gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸⁴. Hakem somut olayda, bu prensibin uygulanması için gerekli şartların sağlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bedelin gözden geçirilmesine ilişkin bir ek sözleşmeye aykırılıktan ötürü tahkim mahkemesi önüne götürülen bir başka uyuşmazlıkta da yine bu karara atıfta bulunulmuştur⁴⁸⁵. Bu karar da sözleşmeye bağlılık kuralından daha üstün kural olan dürüstlük kuralından doğan “öngörülmezlik” teorisine, aynı Alman ve İsviçre hukuklarında ve hatta *Lex Mercatoria*’da olduğu gibi Libya hukukunca da etki tanınacağı belirtilmiş ve davalının iddialarının aksine Libya hukukunca öngörülmeleyen ve olağanüstü koşulların meydana gelmesi halinde sözleşmedeki bedelin hâkim tarafından uyarlanması veya sözleşmenin feshedilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir⁴⁸⁶. Bir başka olayda İran hükümeti ile bir Amerikan savunma sanayi şirketi arasında askeri malzeme satımına ilişkin 1977’de kurulan sözleşme, 1979’daki İran İslam Devrimi’nden ötürü kesintiye uğramış ve taraflar karşılık müzakereler neticesinde bir sonuca ulaşamadıklarından İran sözleşmeyi feshetmiştir. MTO tahkim mahkemesinin önüne getirilen olayda hakemler uyuşmazlığın esasına İran hukukunu ve uluslararası hukukun genel prensipleri ile birlikte genel ticari teamülleri tamamlayıcı hukuk kuralları olarak uygulamışlardır. Mahkeme İran İslam Devriminin toplumda radikal değişimlere neden olduğunu göz önünde bulundurarak,

⁴⁸³ ICC Award No.1512 (1971), Jarvin, Derains, a.g.e., s.3–7, s.33–40, 208–215.

⁴⁸⁴ ICC Award No.1512 (1971), Jarvin, Derains, a.e., s.4.

⁴⁸⁵ ICC Award No.4761 (1987), Jarvin, Derains, Arnaldez, a.g.e., s.519–525.

⁴⁸⁶ ICC Award No.4761 (1987), Jarvin, Derains, Arnaldez, a.e., s.522–523.

sözleşmenin ifasını önemli ölçüde etkilediğini kabul etmiş ve tarafların sözleşmeyi feshedebileceklerini ya da en azından daha makul bir ifa tarihi kararlaştırarak sözleşmeyi uyarlayabileceklerine karar vermiştir. Mahkeme bu kararında UPICC'ye atıfta bulunarak tüm hukuk düzenlerinde sözleşmeye bağlılık ilkesine özel durumlarda hakkaniyetin gereklerine uygun olarak bir istisna tanınabileceğini, bu istisnanın farklı şekillerde tanındığını ama genellikle aynı çerçevede olduğunu, bunun da tarafların kusuru olmaksızın ve onların kontrolü dışında gerçekleşen, öngörülemeyen ve sözleşmenin ifasını etkileyen gelişmeler olduğunu ifade etmiştir. UPICC m.6.2.3.4'e dayanarak mahkemenin aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunu tespit etmesinden sonra uygun bulduğu takdirde sözleşmeyi belli bir tarihte ve belirlenen koşullarla feshedebileceği ya da sözleşmenin dengesini sağlayacak şekilde sözleşmeyi uyarlayabileceği de karar da belirtilmiştir. Değişen koşulların sözleşmenin bağlayıcılık gücünü etkileyeceğini ifade eden "*clausula rebus sic stantibus*" kavramının birçok hukuk düzeninde mevcut olduğunu ve bu sebeple de uluslararası hukukun genel prensipleri arasında kabul edilebileceği de bu karar da ifade edilmiştir⁴⁸⁷.

Bir başka olayda Hollandalı üretici şirket (davacı) ile alıcı Türk şirket (davalı) arasında kesme şeker üretim tesisinin satımına ilişkin teyit mektubu yoluyla kurulan bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık MTO tahkim mahkemesinin önüne götürülmüştür⁴⁸⁸. BM Avrupa Ekonomik Konseyi Fabrika ve Makine İthalatı için Genel Şartnamesine uygun olarak kurulan sözleşmeye Hollanda hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Finansal güçlükler dolayısıyla alıcı şirket pey akçesinin sadece %3'ünü ödeyebilmiş ve kararlaştırılan süre içinde de taahhüt ettiği akreditifi açmamıştır. Bunun üzerine yürütülen ve sonuçsuz kalan müzakereler neticesinde Hollandalı üretici zararının tazmini için uyuşmazlığı tahkime götürmüş, davalı Türk şirketi de Türkiye piyasasındaki öngörülemeyen değişikliklerden ötürü bir aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu oluştuğunu ve bundan ötürü sözleşmedeki yükümlülüklerinden kurtulduğunu iddia ederek ödediği pey akçesinin de geri iadesini talep etmiştir. Kararda Hollanda Medeni Kanunu (*Burgerlijk Wetboek*) m.3:12 uyarınca, uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan Hollanda kanunlarının uluslararası

⁴⁸⁷ ICC Award No.7365 (1997), (çevrimiçi) <http://www.unilex.info>, 23.05.2010.

⁴⁸⁸ ICC Award No.8486 (1996), Arnaldez, Derains, Hascher, 1996–2000, s.322–332.

bir çerçevede uygulanmasından ötürü maddedeki “Hollanda’daki ortak hukuk kanısı”nın yerini “uluslararası sözleşme/borçlar hukukundaki ortak kanı”nın alması gerektiği ifade edilmiştir. Bundan ötürü sözleşmeye her ne kadar Hollanda hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış olsa da hakem uluslararası bir ticari sözleşme olmasından ötürü uluslararası hukuktaki genel prensiplerin ve uluslararası ticari örf, adet ve teamüllerin de olaya uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Hakem vermiş olduğu kararda, öngörülemeyen koşulların meydana gelmesi halinde (*‘hardship’*, *‘clausula rebus sic stantibus’*) sözleşmenin feshinin sadece istisnai hallerde mümkün olduğunu belirtmiş, MTO tahkim mahkemesinin 1512 sayılı⁴⁸⁹ kararına atıf yaparak sözleşmedeki ekonomik dengelerin bozulmamasından ve somut olayda öngörülmezlik koşulunun oluşmamasından ötürü davalı şirketin iddialarını reddetmiştir⁴⁹⁰.

Buna karşın daha yakın tarihli bir kararda aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında giderek yaygınlaştığını, ancak henüz bir uluslararası ticari teamül olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir⁴⁹¹. Davalı ile davacı arasında kurulan ve İspanyol hukukuna tabî olan Cezayir’deki bir yol inşaatı sözleşmesi MTO tahkim mahkemesi önünde uyuşmazlığa konu olmuştur. Hukuk seçimine ilişkin klozda, İspanyol hukukunun tüm sözleşmeye uygulanacağı ve diğer tüm hukukların sözleşme dışında tutulacağı taraflarca açıkça kararlaştırılmıştır. Davacı taraf, sözleşmenin uluslararası karakteri nedeniyle sadece İspanyol hukukuna değil, aynı zamanda uluslararası hukukunun genel prensiplerine ve uluslararası ticaret hukukunun örf, adet ve teamüllerine de tabî olması gerektiğini iddia etmiş ve hakemlerden UPICC’deki aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerinin uygulanmasını talep etmiştir. Buna karşın davalı da İspanyol hukukuna göre uluslararası hukukunun genel prensiplerine ve uluslararası ticari teamüllere sadece tamamlayıcı kurallar olarak başvurulabileceğini iddia etmiştir⁴⁹². Taraflar sözleşmelerine açıkça İspanyol hukukunun uygulanacağını kararlaştırdıklarından, taraflar tarafından seçilen ulusal hukukun yanında hangi ölçüde uluslararası ticari teamüllerin dikkate alınması gerektiği hakemlerce tartışılmıştır. MTO’nun

⁴⁸⁹ ICC Award No.1512 (1971), Jarvin, Derains, a.g.e., s.3–7, s.33–40, 208–215.

⁴⁹⁰ ICC Award No.8486 (1996), Arnaldez, Derains, Hascher, 1996–2000, s.326.

⁴⁹¹ ICC Award No.8873 (1997), Arnaldez, Derains, Hascher, a.e., s.501–509.

⁴⁹² ICC Award No.8873 (1997), Arnaldez, Derains, Hascher, a.e., s.501.

Uzlaştırma ve Tahkim Yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca “...sözleşme hükümleri ve ticari teamülleri...” ve 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu’nun VII. maddesi uyarınca “...hakemler sözleşme hükümlerini ve ticari teamülleri dikkate alacaklardır...” hükümleri uyarınca hakemler uluslararası ticari teamülleri dikkate almak zorunda olduklarını kabul etmişlerdir. Hakemler uluslararası ticari teamüllerin söz konusu ticaret, endüstri, sanayi dalında geniş kabul gören ve düzenli uygulanan kurallar olması gerektiğini ifade etmişler ve UPICC’nin somut olayda uygulanıp uygulanamayacağını incelemişlerdir. Bu amaçla UPICC’nin “Giriş” bölümünde hangi durumlarda prensiplerin uygulanacağına ilişkin hükümler incelenmiş ve tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak UPICC’yi seçtikleri durumlarda veya *lex mercatoria*’nın (veya kullanılan benzer bir ifade) uygulanacağını kararlaştırıldığı durumlarda, UPICC’nin uygulama alanı bulacağını tespit etmişlerdir. Bu olayda böyle bir durum söz konusu olmadığından hakemler UPICC’nin somut olayda uygulanamayacağını ifade etmişlerdir. Hakemler UPICC’nin somut olaya uygulanabilmesinin ancak davacı tarafça uygulanması talep edilen aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerinin (6.2.1 ilâ 6.2.3) uluslararası ticarete yerleşmiş teamüller olması ve uluslararası ticaretin içindeki tacirlerin açıkça herhangi bir hüküm kararlaştırmadan bu hükümlerle bağlı olduklarını kabul etmeleri halinde mümkün olacağını ifade etmişlerdir. Bu saptamalarda bulunduktan sonra hakemler, özellikle bazı sektörlerde sıkça aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının kullanılmasına yönelik bir yaklaşımın olduğunu kabul etmişlerdir. Bununla birlikte, gerek müzakereler gerekse de üçüncü şahısların müdahalesiyle sözleşmenin uyarlanması (UPICC m.6.2.3.4) şeklinde etkisini gösteren aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerinin tamamen istisnai oldukları ve ancak aşırı ifa güçlüğü/hardship klotları çerçevesinde kabul edilebilecekleri ifade edilmiştir. Bu sebeple UPICC’nin aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerinin bir uluslararası ticari teamül olarak kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir⁴⁹³.

Yukarıda ifade edilen kararlarda her ne kadar “*clausula rebus sic stantibus*” kuralının hakemlerce uluslararası hukukun genel prensipleri arasında kabul edildiğini

⁴⁹³ ICC Award No.8873 (1997), Arnaldez, Derains, Hascher, a.e., s.502.

gösterebilir de⁴⁹⁴ hakemler nadiren bu kuralın uygulanabilmesi için yeterli koşulların oluştuğuna kanaat getirmektedir. Bununla birlikte uluslararası ticari tahkim uygulamasında da aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramının günümüzde henüz yaygın bir uluslararası ticari teamül olmadığı kabul edilmektedir⁴⁹⁵. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak açıklanacağı üzere hakemler sadece uluslararası hukukunun genel prensiplerine ve uluslararası ticari örf, adet ve teamüllere dayanarak sözleşmenin uyarlanması hususunda oldukça çekimser davranmakta ve tarafların sözleşmelerinde herhangi bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu veya diğer uyarılama klotlarını kararlaştırmamaları halinde hakemler sözleşmeye bağlılık ilkesine üstünlük tanımaktadırlar. Hakemlerin bu yaklaşımının temelinde uluslararası ticari sözleşme taraflarının genel olarak deneyimli tacirler olması ve sözleşmelerinde değişen koşullara karşı kendilerini koruyacak önlemleri alabilecek olmaları yatmaktadır⁴⁹⁶.

5. SPEKÜLATİF VE RİSKLİ SÖZLEŞMELERDE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP

Bazı sözleşme çeşitleri konuları itibariyle *spekülatif* veya riskli sözleşmeler olarak adlandırılırlar. Spekülatif sözleşmelere örnek olarak *borsa opsiyon sözleşmeleri* verilebilir⁴⁹⁷. Borsa işlemlerinde, hisse senedi alımlarında, bu alımdan

⁴⁹⁴ “... Bütün ticari sözleşmeler karşılıklı edimler dengesi üzerine kuruludur ve bu ilkeyi inkar etmek ticari sözleşmeyi, talih ve spekülasyonlara dayalı spekülatif bir sözleşme haline getirir. Mali açıdan edimlerin dengede kalması *lex mercatoria*’nın bir kuralıdır ve bu yüzden neredeyse tüm uluslararası sözleşmelerde mal bedeli sözleşme kurulduğu zamanki koşullara bağlı olarak belirlenir ve malı veya edimi oluşturan değişik unsurların değerlerindeki değişimleri yansıtan parametrelere bağlı olarak değişecektir...” bkz. ICC Award No.2291 (1975), Jarvin, Derains, *a.g.e.*, s.274; “... Rebus sic stantibus olarak da adlandırılan, koşulların değişmesi kavramı en temel şekliyle o kadar çok hukuk düzeninde yer almaktadır ki bu kavram uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olarak görülebilir; bu kavram aynı zamanda yaygın olarak kabul gören 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 62. maddesinde de tanınmıştır...” bkz. Iran-US Claims Tribunal, *Questech Inc. v. Iran*, 9 IRAN-U.S. C.T.R., s.122-123, (çevrimiçi) <http://www.trans-lex.org/231400>, 15.06.2010.

⁴⁹⁵ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.194; van Houtte, *a.g.m.*, s.109; ICC Award No.8873 (1997), Arnaldez, Derains, Hascher, 1996–2000, s.501–509.

⁴⁹⁶ ICC Award No.2404 (1975), Jarvin, Derains, *a.g.e.*, s.281; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.357; Brunner, *a.g.e.*, s.418; Berger, *Renegotiation*, s.1354.

⁴⁹⁷ Opsiyon sözleşmesi taraflardan birine (opsiyon alıcısına), diğerinden (opsiyon satıcısından), vadede ve/veya vadeye kadar geçen süre içinde bu sözleşmede kararlaştırılan şartlarda bir şeyi satın almak (alım opsiyonu)/satmak (satım opsiyonu hususunda bir seçme (opsiyon) hakkı veren sözleşmedir. Eğer sahibince opsiyon hakkı kullanılırsa, taraflar arasında bu kez konusunu opsiyona konu kıymetlerin teşkil ettiği bir satım sözleşmesi (asıl sözleşme) kurulur. bkz. İsmail Kırca, *Hukuki*

büyük kazanç elde etmeyi uman hisse senedi alıcısı, bunun karşılığında her şeyi kaybetme riskini de alır, bunu da hesaba katar. Spekülatif (*aléatoire*) sözleşmelerde koşulların değişmesi, bu sözleşmelerin niteliği gereği tarafların ipso facto – durumun gereği olarak kabul ettikleri bir nitelik olduğu için aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu bu sözleşmelerde yer almamaktadır. Aynı şekilde nitelikleri gereği riskli sözleşmeler olarak adlandırılan teminat, garanti, kefalet gibi sözleşmelerde de bu klotlar yer almamaktadırlar.

Sözleşme tarafları, kurmuş oldukları sözleşme ile karşılıklı beklentilerinin karşılanmasını amaçlarlar. Bununla birlikte beklentilerinin boşa çıkma ihtimali her zaman mevcuttur. İşte beklentiler ile ortaya çıkan gerçek arasındaki fark sözleşmesel risktir. Sözleşmede veya kanunda hüküm yoksa sözleşmenin hukuki niteliği ve somut olayın özelliklerine göre risk eşiği belirlenir⁴⁹⁸. Öğretide spekülatif işlemlerde ilke olarak uyarılamanın kabul edilmeyeceği, zira bu işlemlerin nitelikleri gereği “risk” ögesini yapılarında barındırdığını ve tarafların zımnen değişen durumların riskine katlanacağı ifade edilmiştir⁴⁹⁹. Buna karşın öğretide aksine bu sözleşmelerin de uyarlanabileceğini ifade eden görüşler de mevcuttur⁵⁰⁰.

Spekülatif ve riskli sözleşmeler, konuları itibariyle beklenmeyen bir durumun gerçekleşmesi riskini, bu durumdan etkilenen tarafın veya bu durumdan etkilenen tarafın yerine başka üçüncü bir şahsın üstlendiği sözleşmelerdir. Beklenmeyen durumdan etkilenen tarafın spekülatif sözleşmeyi kurmadaki menfaati bu durumdan aşırı kazanç sağlamak; beklenmeyen durumdan etkilenen tarafın riskli sözleşmeyi (teminat, garanti, kefalet sözleşmeleri gibi) kurmadaki menfaati ise sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen riskleri bertaraf ederek, karşı tarafın üstüne yüklemektir. Bu nedenle kanaatimizce tarafların spekülatif ve riskli sözleşmelerde bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu kararlaştırıp edimlerin dengesinin yeniden

Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2000, s.186; Brunner, a.g.e., s.424.

⁴⁹⁸ Baysal, a.g.e., s.213.

⁴⁹⁹ Hem spekülatif hem de riskli sözleşmelerde uyarılama yapılmayacağı hususunda bkz. Akyol, a.g.e., s.91; Dural, a.g.e., s.59; Kaplan, a.g.e., s.125 ve s.154; Brunner, a.g.e., s.424–425, UPICC’nin aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerinin riskli sözleşmelere uygulanmasının uygun olmadığı hususunda bkz. Draetta, *Contrats Internationaux*, s.357-358.

⁵⁰⁰ Riskli sözleşmeler ve spekülatif sözleşmeler hususunda gerçekleşen aşırı ifa güçlüğü/hardship durumları karşısında devletin veya bazı kurumların önlem alması hususunda bkz. Kırca, a.g.e., s.276; Tamamen spekülatif olmadıkça, sözleşme uyarlanabilir. Bkz. Baysal, a.g.e., s.185 ve s.214.

sağlanması için sözleşmenin yeniden gözden geçirilip uyarlanmasını öngörmeleri pek mümkün gözükmemektedir.

6. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZLARININ ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE KULLANILAN DİĞER UYARLAMA KLOZLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Genellikle uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerin, uluslararası ticari sözleşmelerin büyük bir çoğunluğu oluşturduğu çalışmamızda daha evvel ifade edilmiştir⁵⁰¹. Değişen koşulların sözleşme ekonomisine vereceği zarar ve özellikle seçilen hukukun sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân tanımadığı durumlar göz önünde bulundurulduğunda, günümüzde uyarlama klozları bu sözleşmelerin karakteristik özelliklerinden biri haline gelmiştir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları da uyarlama klozları kapsamında kabul edilmektedir. Uyarlama klozları, otomatik uyarlama klozları ve yeniden müzakere ederek uyarlama klozları olarak ikiye ayrılmaktadır⁵⁰². Çalışmamızda aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının diğer uyarlama klozlarından farkı aşağıda incelenecektir.

a. OTOMATİK UYARLAMA KLOZLARI

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları ile otomatik uyarlama klozları iki bakımdan birbirlerinden ayrılmaktadır⁵⁰³. Öncelikle otomatik uyarlama klozları sözleşmenin müzakereleri ve kuruluşu safhasında meydana geleceği öngörülen (veya öngörülebilir) olayların etkisini düzenlenme amacına yöneliktirler, buna karşın aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu ise tam aksine sözleşmenin kuruluşu safhasında meydana geleceği taraflarca öngörülemeyen olayların etkilerini düzenlemektedir⁵⁰⁴. İkinci olarak otomatik uyarlama klozları söz konusu olduğunda olayların meydana gelmesinin sözleşme üzerinde yarattığı etkiler kural olarak taraflarca düzenlenmiştir

⁵⁰¹ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.16; Fontaine, Ly, *a.g.e.*, s.480; Boughaba, *a.g.e.*, s.209; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.36.

⁵⁰² Doktrinde bu ayrım, otomatik uyarlama klozlarını “uyarlama klozu”, yeniden müzakere ederek uyarlama klozlarını da “yeniden müzakere klozları” adlandırarak da yapılmaktadır. Bkz. De Cuyper, Peter, *a.g.m.*, s.787, Baysal, *a.g.e.*, s.195.

⁵⁰³ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.119–120; Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.492–493.

⁵⁰⁴ Matray, Vidts, *a.g.m.*, s.137.

ve bu sebeple taraflar sözleşmenin kurulması anından itibaren yapılacak değişiklikleri bilmektedirler⁵⁰⁵. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda ise, bu otomatik düzenleme yer almamaktadır. Meydana gelecek değişikliklerin sözleşme üzerindeki etkileri sözleşmenin kuruluşu safhasında bilinmediğinden, taraflar da önceden durumu düzeltmek için yapılacak değişiklikleri belirleyemezler.

Otomatik uyarılama klotları çok çeşitli konularda düzenlenebilirler. Örneğin maliyetlerin, ücretlerin, maaşların, döviz kurlarının değişmesi halinde; taraflardan birinin bir üçüncü tarafla daha iyi koşullarda sözleşme yapması halinde (en çok gözetilen müşteri klotu) veya rakiplerden birinden daha iyi bir teklif alması halinde vb. olduğu gibi⁵⁰⁶. Bu klotların yukarıda da ifade edildiği gibi en önemli özelliği tarafların yeniden müzakereler yoluna gitmeksizin sözleşmede uyarılama (otomatik endeksleme/endeks kayıtları, eskalasyon, döviz kurlarının uyarlanması, üçüncü taraflara yapılan daha iyi tekliflere göre uyarılama, vb.) yapabilmeleridir. Dikkat edileceği üzere otomatik uyarılama klotları genellikle ödeme yükümlülüklerine belli oranda esneklik kazandırmak için sözleşmeye dâhil edilmektedir⁵⁰⁷.

Sözleşmenin değişen koşullara otomatik olarak uyarlanmasını sağlayan klotlara örnek olarak yabancı para kayıtları verilebilir. Uluslararası ticari sözleşmelerde taraflar satılacak malın veya verilecek hizmetin değerini değişik para birimleri (İngiliz Sterlini, Amerikan Doları vb.) üzerinden belirleyebilirler. Uzun süreli bu sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu zaman ile bedelin ödeneceği tarih arasında paranın reel (gerçek) değeri düşse bile borçlu nominalizm ilkesi (itibari değer) gereği sözleşmede kararlaştırılan rakamsal (nominal) değer üzerinden ödemekle borcundan kurtulacaktır⁵⁰⁸. Bu nedenle sözleşmede kararlaştırılan para biriminin uğrayacağı değer kaybı (*dépréciation monétaire*), tarafların arasındaki

⁵⁰⁵ Matray, Vidts, a.g.m., s.138; Almeida Prado, a.g.e., s.119–120; Fontaine, de Ly, a.g.e., s.492–493.

⁵⁰⁶ “FIDIC Kırmızı Kitap m.13.7 Kanun Değişikliğinden Kaynaklanan Uyarlamalar

Sözleşmesel Yürürlük Tarihinden sonra meydana gelen (yeni hukuki düzenlemelerin yapılması ve var olan Hukuki düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi durumları da dâhil olmak üzere) Ülkedeki Hukuki değişikliklerden veya bu Hukuki düzenlemeler ile ilgili olarak yargının ve resmi makamların görüş değiştirmesinden kaynaklanan ve Mütteahhidi kendi Sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmesi esnasında etkileyen Masraflardaki artış veya azalış nedeniyle Sözleşme Bedeli uyarlanmalıdır.” bkz. Hök, Çev. Erbaş, a.g.e., s.53.

⁵⁰⁷ Stefan Kröll, “Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Ed. Norbert Horn, Kluwer Law International, The Hague, 2004, s.438.

⁵⁰⁸ Turgut Turhan, *Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları*, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1997, s.32; Brunner, a.g.e., s.451.

ticari ilişkiyi önemli ölçüde tehdit etmektedir. Uluslararası ticari sözleşmelerde taraflar ticari ilişkilerini tehdit eden parasal değişikliklere karşı yabancı para kayıtları (*les clause monétaires, les clauses de variation de prix*) ile önlem almaktadırlar. Yabancı para kayıtları uluslararası bir ticari ilişkide taraflar arasındaki parasal riskleri paylaşdırmak için kullanılan bir metod olarak tanımlanmıştır⁵⁰⁹. Bu amaçla uygulamada kullanılan bu kayıtlar, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotları gibi sözleşmenin uyarlanmadan evvel taraflarca müzakere edilmesini değil, para biriminde meydana gelen değişikliklerin otomatik olarak uyarlanmasını sağlamaktadırlar⁵¹⁰.

Sonuç olarak tarafların ticari ilişkilerini ve özellikle de bedelin ödenmesine ilişkin edimleri enflasyon ve devalüasyon gibi ekonomik tehlikelere karşı korumak amacıyla sözleşmelerinde otomatik uyarlama klotlarını kullanmayı tercih ettikleri söylenebilir.

b. SÖZLEŞMENİN YENİDEN MÜZAKERE EDİLMESİNİ ÖNGÖREN UYARLAMA KLOTLARI

Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini öngören klotlar (*renegotiation clauses*), çok küçük farklılıklar içermekle birlikte özünde tarafların bir araya gelerek ticari ilişkilerini sağlıklı bir şekilde koruyabilmek için sözleşmelerine ekledikleri klotlardan oluşmaktadır. Bu klotlar bakımından örnek verilebilecek ilk klot türü sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesini öngören (*review clauses*) klotlardır. Bu klotlarda, sözleşme dışında gelişen öngörülemeyen ve sözleşmeyi etkileyen olaylardan bağımsız olarak, sözleşmenin periyodik olarak taraflarca değerlendirilmesi düzenlenmektedir⁵¹¹:

⁵⁰⁹ Oppetit, **a.g.m.**, s.795.

⁵¹⁰ Turhan, **a.g.e.**, s.33; Boughaba, **a.g.e.**, s.68; Draetta, Lake, **a.g.e.**, s.173; M. Dominique Holleaux, "Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Contractuels en Droit International Public et Privé Français", **Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels, Journées d'Istanbul**, Travaux de l'Association Henri Capitant, Faculté de Droit Istanbul, 1973, s.173-183; Kemal Oğuzman, "Rapport Général", **Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels, Journées d'Istanbul**, Travaux de l'Association Henri Capitant, Faculté de Droit Istanbul, 1973, s.340-345.

⁵¹¹ Kahn, **a.g.m.**, s.468; Peter, **a.g.e.**, s.243.

“... Taraflar muhtelif zamanlarda bu Sözleşmenin tüm hükümlerini veya herhangi bir hükmünü yazılı anlaşmayla değiştirebilir, iptal edebilir ve ek hüküm koyabilirler...”⁵¹²

“... — Gelirlerin, maliyeti karşılama kısmının %40’ından masrafların karşılanabildiği yıldan itibaren yedi yıl sonra ya da

— ilk ticari üretimden itibaren on yıl sonra,

sözleşme, her iki tarihten daha geç olanında, yeniden müzakere edilmeye açık olacaktır...”⁵¹³

Bu klozlar kapsamında sayılabilecek ikinci grup klozlar ise çalışmamızın konusunu oluşturan aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarıdır. Bu klozlarda da kural olarak otomatik uyarılama değil, klozun içeriğindeki şartlar yerine geldiğinde, sözleşmenin müzakere edilerek uyarlanması öngörülmektedir. Basit bir dille ifade etmek gerekirse sözleşme taraflarının başlangıçta dikkate alıp taahhüt altına girdikleri verileri, sözleşmenin dengesini taraflardan biri için haksız ve çekilmez kılacak ölçüde değiştirecek bir değişiklik meydana geldiği takdirde, tarafların bağlı oldukları sözleşmenin yeniden düzenlenmesini talep edebilecekleri hükümler içeren sözleşme klozlarına aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu denilmektedir. Bu klozlara ilişkin detaylı bilgi aşağıda verilecektir.

B. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE KULLANILAN AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZUNUN ANALİTİK OLARAK İNCELENMESİ

1. GENEL OLARAK AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZLARI

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının uluslararası ticari sözleşmelerde 20. yüzyılın başındaki ekonomik kriz döneminde kullanıldığı, bununla birlikte uluslararası ekonomik ve mali sistemin sarsılmasından kaynaklanan belirsizlikler ve

⁵¹² Papua Yeni Gine Devleti ile Dampier Mining Co. arasındaki 1976 tarihli sözleşmenin 42. maddesi için bkz. De Cuyper, Peter, **a.g.m.**, s.789.

⁵¹³ Haiti hükümeti ile kurulan bir petrol üretim/tedarik sözleşmesinden alınmıştır. Bkz. De Cuyper, Peter, **a.g.m.**, s.790.

petrol krizleriyle birlikte, 70'li yılların başından itibaren kurulan sözleşmelerde bu klozların kullanımının artış gösterdiği bir gerçektir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının kullanımındaki bu süratli artış, öncelikle onların yazımında kendini göstermiştir: Başlangıçta oldukça basit bir yapıda ve oldukça sade ve genel bir ifade kullanılırken, günümüzde taraflar sözleşmelerine uygun ölçütler geliştirerek, ihtiyaçlarını karşılayan daha karmaşık ifadeler kullanmaktadırlar⁵¹⁴.

Zamana yayılan sözleşmeler koşulların değişmesi karşısında oldukça zayıf olduklarından, uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmeler doğal olarak aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının en sık kullanıldıkları sözleşmeler olmuşlardır⁵¹⁵. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının sıkça kullanıldığı sektörlerin arasında büyük taahhüt işleri, petrol, doğalgaz, kimya, metalürji, inşaat, bilişim sektörleri (özellikle teknolojik değişimlerden çekinilmesi sebebiyle) ve bankacılık bulunmaktadır⁵¹⁶.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunun uygulanması, aşağıda görüleceği üzere, oldukça hassas değerlendirme gerektiren uyuşmazlıklar meydana getirmekte ve klozlarda büyük ölçüde tarafların birbirlerine olan sadakat yükümlerine ve aralarındaki işbirliğinden doğan güven ilişkisine atıf yapılmaktadır. Böyle bir klozun sözleşmede kararlaştırılması özellikle sözleşme taraflarının her birinin aynı ekonomik, hukuki ve kültürel çevreye ait oldukları ve özellikle de uzun zamandan beri iyi iş ilişkilerinde bulundukları ve bunu korumada üstün çıkarlarının bulunduğu durumlarda kolaylaşmaktadır⁵¹⁷. Buna karşılık aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunun kararlaştırılması, heterojen sözleşme tarafları söz konusu olduğunda, bir başka deyişle endüstriyel ülkeler ile ekonomik ve hukuki olarak gelişmekte olan 3. Dünya ülkeleri arasındaki ilişkilerde, oldukça güç olmaktadır. Sözgelimi belki sözleşmenin gelişmiş bir ülkeden olan tarafı, sözleşme-kanun prensibine aykırı olabilecek her türlü kayıttan kaçınacak, belki de daha az gelişmiş ülkedeki taraf, ileride edimler bakımından belirsizlik yaratabilecek böyle bir hükmün sözleşmeye ilavesine karşı

⁵¹⁴ Boughaba, *a.g.e.*, s.266; Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.494.

⁵¹⁵ Konarski, *a.g.m.*, s.419; Oppetit, *a.g.m.*, s.794.

⁵¹⁶ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.495; Sözleşmenin kurulduğu sektöre göre klozlar şekillendirilmektedir. Bkz. Boughaba, *a.g.e.*, s.267.

⁵¹⁷ Sözleşme taraflarının gelişmekte olan ülkelere karşı olduğu olan sözleşmelere kıyasla, sözleşme taraflarının daha çok gelişmiş ülkelere karşı olduğu sözleşmelerde bu klozlara daha sıkça rastlanılmaktadır. Bkz. Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.191.

çıkacaktır⁵¹⁸. Bununla birlikte aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu sözleşme tarafları arasında bir eşitsizlik bulunduğu hallerde de ortaya çıkabilir: Ekonomik veya siyasi olarak daha güçlü olan taraf, tek taraflı olarak, kendi çıkarına böyle bir klozun sözleşmeye eklenmesini sözleşmenin karşı tarafına dayatabilir.

Tarafların sözleşmelerine aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarını eklemelerinin en önemli nedenlerinden biri, sözleşmesel ilişkilerini tüm dış etkenlerden ayrı tutmak, sözleşmenin bir üçüncü şahıs (hâkim veya hakem) tarafından incelenmesi durumunda dahi sözleşmelerinde kararlaştırdıkları sisteme uygun bir sonuç almaktır⁵¹⁹.

Uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunu tanımlamak için farklı terimler kullanılmıştır (Korunma/İhtiyat Hükümü, Gözden Geçirme Klozu, Uyarlama Klozu vb.)⁵²⁰. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları, koşullarda öngörülemeyen ve tarafların kontrolü dışındaki bir değişikliğin, sözleşmenin dengesini altüst edecek/bozacak şekilde etkilediği durumları düzenlemek amacıyla kullanılan klozlardır⁵²¹. Bir başka tanıma göre de sözleşme taraflarının başlangıçta dikkate alıp taahhüt altına girdikleri verileri, sözleşmenin dengesini taraflardan biri için haksız ve çekilmez kılacak ölçüde değiştirecek bir değişiklik meydana geldiği takdirde, bağlı oldukları sözleşmenin yeniden düzenlenmesini talep edebilecekleri hükümler içeren sözleşme klozlarına aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu denilmektedir⁵²².

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu, mücbir sebep klozlarında olduğu gibi iki temel bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm aynı şekilde klozun uygulanacağı durumu tanımlamaktadır. Bu bölümde kendi içinde iki alt bölüme ayrılmaktadır⁵²³:

- a) Klozun uygulanması için öngörülen durumu,
- b) Bu durumun, sözleşme ilişkisi üzerinde meydana getirdikleri bazı sonuçlar.

Klozun ikinci bölümü, öngörülen durumun gerçekleşmesi halinde uygulanacak hukuki rejimi düzenlemektedir. Bu bölüm tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere etmek üzere toplanmalarından, müzakerelerin başarısızlığı halinde

⁵¹⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.495.

⁵¹⁹ Hâkim öncelikle sözleşmedeki hükümü uygulayacaktır. Bkz. Kaplan, a.g.e., s.118.

⁵²⁰ Boughaba, a.g.e., s.266; Fontaine, de Ly, a.g.e., s.491.

⁵²¹ Almeida Prado, a.g.e., s.119.

⁵²² Oppetit, a.g.m., s.797.

⁵²³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.495–496; Konarski, a.g.m., s.420.

uyuşmazlığın çözümü için oldukça karmaşık bir usulün izlenmesine kadar (bilhassa üçüncü şahıs, hakem ve bilirkişilere) uzamaktadır⁵²⁴.

2. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZUNUN UYGULANACAĞI DURUMUN TANIMLANMASI, UNSURLARI VE DURUMUN MEYDANA GETİRDİĞİ SONUÇLAR

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının birinci bölümünde klozun uygulanacağı varsayım (durum/tetikleyici olaylar) düzenlemektedir. Burada incelenen mesele bir takım koşulların oluşması ve akabinde bu koşulların sözleşme ekonomisini etkilemesidir. Aşağıda öncelikle aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunu meydana getiren unsurlar incelenecektir. İncelemenin detaylarına girmeden evvel, bu varsayımın her iki yüzünün de görebileceği bir örnek olarak aşağıdaki kloz verilebilir:

“...sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana gelen ve tarafların makul öngörülerinin dışında olan, ekonomik ve ticari düzene ilişkin şartlardan ötürü (1.Adım: Durumun Unsurları) sözleşmesel ilişkilerin ekonomisi, taraflardan biri için yükümlülüklerinin ifasını zararlı hale getirecek ölçüde değişirse (2. Adım: Zararlı Sonuçlar)...(devamında uygulanacak rejim tanımlanmaktadır)”⁵²⁵

a. SÖZLEŞMENİN İÇİNDE BULUNDUĞU KOŞULLARIN DEĞİŞMESİ

Aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun meydana gelmesinde aranan unsurların başında sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan koşulların değişmiş olması aranır⁵²⁶. Taraflarca öngörülen koşullar bakımından incelen klozlar çeşitlilik arz etmektedir. Değişim, öngörülmezlik ve (tarafların iradelerine bağlı olarak) dışsallık unsurları ön plana çıkmaktadır.

“... a) Esaslı ifa güçlüğü/hardship, bu Sözleşmenin süresi boyunca herhangi bir zamanda veya muhtelif zamanlarda, ilgili tarafın kusuru olmaksızın makul ve

⁵²⁴ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.496.

⁵²⁵ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.497.

⁵²⁶ Dural, a.g.e., s.67, Matray, Vidts, a.g.m., s.113.

dikkatli bir işletici/operatör (*operator*) gibi hareket eden söz konusu tarafın kontrolü dışında, bu Sözleşmeyi kurarken tarafların öngördüğünden tamamen farklı sonuçları ve etkileri olan (yeni bir enerji kaynağının ekonomik sonuçları ve etkileri gibi, fakat bununla sınırlı olmaksızın) ve bu sonuçların ve etkilerin söz konusu tarafı, sonrasında ve yakın gelecekte bu Sözleşmenin konusu olan işlenmiş gazı bağli veya ilişkin olan tüm yıllık maliyetin (değer kaybı ve faiz de dâhil olmak fakat bunlarla sınırlı olmaksızın) söz konusu gazın satışından elde edilen yıllık geliri aştığı bir duruma sokan, bir olayın veya koşullarda değişimin meydana gelmesi demektir...⁵²⁷

“... Bu Sözleşmenin süresi boyunca, tarafları ciddi ve öngörülemez bir ifa güçlüğüne/hardship uğratacak şekilde genel durumun ve/veya bu Sözleşmenin dayandığı verilerin esaslı ölçüde değişmesi durumunda, taraflar (bu durumu) karşılıklı istişare edecekler ve gerekli görülen uyarlamaları ve bu Sözleşmeye adil karakterini geri kazandırmak için bu Sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla makul olarak öngörülemeyen koşulların gerektirdiği revizyonları yapmak amacıyla karşılıklı anlayış göstereceklerdir...”⁵²⁸

Özellikle Fransız hukukundaki *emprevizyon* teorisinin etkisindeki ulusal hukuk düzenlerinde öngörülemeyen olayın, aynı zamanda olağanüstü nitelikte bir olay olduğu ifade edilmiştir⁵²⁹. Olağanüstü nitelikte bir olay, doğal nedenlerden (deprem, sel, fırtına vb.) veya siyasi, sosyal ve ekonomik nedenlerden (savaşlar, ekonomik kriz, para manipölasyonları vb.) kaynaklanabilir. İctihatta ve kanunda meydana gelen değişiklikler de bu nedenler arasında sayılabilir⁵³⁰. Ulusal hukuk düzenlerindeki klasik görüş bu olayın sosyal felaket niteliğinde olağanüstü olmasını

⁵²⁷ Phillips Petroleum Company/Norway şirketinin yönetici olduğu 10 satıcıdan oluşan bir konsorsiyum ile bir alıcı konsorsiyum arasındaki 1973 tarihli EKOFISK doğalgaz yatağından doğalgaz satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu için bkz. Oppetit, *a.g.m.*, s.812.

⁵²⁸ Occidentale Crude Sales Şirketi (Satıcı) ile Société Commerciale auxiliaire des Pétroles (Alıcı) arasında kurulan 1970 tarihli ham petrol satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu için bkz. Oppetit, *a.g.m.*, s.813.

⁵²⁹ Yarg. 13. HD. E.1996/4997, K.1996/5538, T.03.06.1996, “... Sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılmayacak derecede bozulabilir...”, Yarg. 13. HD. E.1990/5697, K.1990/8708, T.14.12.1990, “... Sözleşmenin para ile ilgili şartlarını edim ve karşı edim arasındaki oranı esaslı ölçüde sarsan olağanüstü olaylara beklenmeyen olaylar denir, Beklenmeyen olaylar sözleşmenin akçalı şartlarını altüst eden olağanüstü, sezilemeyen, kusur dışı gerçek olaylardır...”, Kazancı İctihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010, Kemal Tahir Gürsoy, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950, s.106 vd.; Kaplan, *a.g.e.*, s.147; BKT m.137; k.g. Kocayusufpaşaoğlu, *a.g.m.*, s.513-514.

⁵³⁰ Baysal’a göre taraflar bu değişimlerin riskini üstlenmiş sayılmalıdırlar. Bkz. Baysal, *a.g.e.*, s.162.

ararken⁵³¹, doktrinde savunulan modern görüş bu değişikliğin olağanüstü olmasının sadece olayların öngörülebildirmelerini zorlaştıracağını ve koşulların değişmesi bakımından esaslı unsurlardan biri olmadığını savunmaktadır⁵³². Uluslararası ticari sözleşmelerde aşağıda görüleceği üzere yapılan düzenlemelerde taraflar, genel ya da spesifik ve kendi sözleşmelerine özgü, ama her iki halde de sözleşmeyi esaslı olarak etkileyecek değişiklikleri klotun kapsamına almaktadırlar. Tarafların koşullardaki değişikliğin olağan veya olağanüstü olup olmamasına herhangi bir atıf yapmamaları ve bu konuda klotda herhangi bir açıklık bulunmaması durumunda kanaatimizce olağan bir olay veya durum, tarafları deneyimli tacirler ve şirketler olan bir uluslararası ticari sözleşmede aşırı güçlük yaratsa bile, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu kapsamında değerlendirilemeyecektir.

b. ÖNGÖRÜLMEZLİK

Uluslararası ticari sözleşmelerin büyük ölçüde uzun süreli sözleşmelerden (sürekli borç ilişkileri) oluştuğu yukarıda ifade edilmiştir. Uzun süreli sözleşmelerde sözleşme süresinin uzunluğu, sözleşmenin kurulduğu sıradaki koşullarda öngörülemeyen değişimlerin ortaya çıkması olasılığını arttırmaktadır. Bu sebeple de sözleşme tarafları uzun süreli sözleşmeler kurarken, zaman faktörünün getirdiği riskleri de göz önünde bulundurmalıdırlar⁵³³.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının uygulanabilmesi için sadece mevcut koşulların değişmesi yeterli olmamakta, bunun ötesinde sözleşmenin kurulması anında bu değişimlerin taraflarca öngörülememiş olması da gerekmektedir⁵³⁴.

⁵³¹ Sosyal felaketten bahsedebilmek için, genel nitelikte, tüm halkı veya halkın büyük bir çoğunluğunu etkileyebilecek nitelikte; savaş, deprem gibi sosyal varoluşu etkileyen bir değişiklik gerekmektedir; bu değişiklik "kişiler üstü" olmalı ve birçok kişiyi etkilemelidir. Bkz. Jacques Bischoff, **Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus**, Schultess Verlag, Zürich, 1993, (Aktaran, Baysal, a.g.e., s.162, Dpn.89).

⁵³² Baysal, a.e., s.162.

⁵³³ Baysal, a.e., s.182; Sözleşmenin kurulması ile yükümlülüklerin ifa edilmesi arasında bulunan sürenin ölçü alınacağı hususunda bkz. Dural, a.g.e., s.69, Makul düşünen bir insana göre olayların gerçekleşme olasılığı ne kadar yüksek ise gerçekleşme ihtimali de o denli büyüktür ve dolayısıyla örneğin günlük ekonomik değişimler, mevzuattaki normal değişimler öngörülemezlik unsurunu taşımamaktadırlar.

⁵³⁴ Öngörmek ifadesinin iki anlamı bulunmaktadır: Öncelikle gelecekte olacakları tahmin etmek, kararlaştırmak, gelecek için düşündürmektir. İkinci olarak da hüküm altına almak, normatif olarak düzenlemektir. Çalışmamızda uluslararası ticari sözleşmelerde kararlaştırılan aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarını inceleme konusu olduğundan tarafların bir olayı veya durumu öngörmeleri veya öngörememeleri ifadesi, bu olayı veya durumu tahmin etmeleri ve üzerine

Koşulların değişmesinin (taraflar üzerindeki etkilerinin) taraflarca öngörülebilmesi ve etkilerinin önceden değerlendirilebilmesi aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun alanına girmemekle birlikte, diğer tip klotların örneğın, otomatik uyarlama veya endeks klotlarının konusunu oluşturmaktadır. Tarafların sözleşmelerine bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunu koymaları ise, koşulların gelecekte değişebileceğının farkında olduklarını göstermektedir. Bununla birlikte taraflar bu değişimin ne türünü, ne boyutlarını, ne de gerçekleşme anını öngörebilme olanağına sahip değildırler. Bir başka deyişle taraflar koşullardaki değişimin sözleşme ekonomisi üzerindeki etkisinin öngörememektedirler⁵³⁵. Bu sebeple de aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının sıkça bu öngörülemezlik unsurunu içerdığı görölmektedir:

“... öngörülemeyen ekonomik olayların meydana gelmesi halinde...”⁵³⁶

“... Taraflar, işbu Sözleşmenin yürürlükte kalacağı süre boyunca, hukuki, düzenleyici veya mali değişiklikler de dâhil olmak üzere, Taraflarca (sözleşme) kurulduğu zaman bilinmeyen koşulların (sözleşmenin) ifası boyunca meydana gelebileceğini...”⁵³⁷

“1 Ocak 1998’de mevcut olan ekonomik ve finansal koşullarda 1 Ocak 1998’de öngörülemeyen, öne süren Tarafın kontrolü dışında olan ve İmtiyaz Sözleşmesindeki Proje Şirketinin yükümlölüklerinin ifasını anormal ölçüde zor veya külfetli kılarak veya aksine İmtiyaz Sözleşmesindeki Proje Şirketinin yükümlölüklerinin ifasını anormal ölçüde daha az külfetli veya daha az zorlayıcı kılarak, sonuçta Projenin

düşünmelerini ifade etmek için değil, klotlarında hüküm altına almalarını, kararlaştırmalarını ifade etmek için kullanılmıştır. Önceden Görülemezlik Şartı için bkz. Baysal, a.g.e., s.170, Dpn.135; Dural, a.g.e., s.67.

⁵³⁵ Öngörölmezlik Türk hukukunda da aranan bir şarttır. Bkz. YHGK. E.2003/13–599, K.2003/599, T.15.10.2003 “... Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalıdır... Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir, beklenebilir, olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir...” Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010.

⁵³⁶ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.498.

⁵³⁷ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 10, Otomotiv Sektöründen Bir Distribütörlük Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1993, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.316.

ekonomisini bozan bir değişiklik (“Ekonomik Koşullarda Değişiklik”) olması durumunda...”⁵³⁸

Yukarıda verilen son iki örnekte sözleşmenin dengesini bozan olayın taraflar için sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemez olması aranmaktadır. Tarafların sözleşmenin kurulması anında sözleşmeye etki edecek olay ve sonuçlarını öngörebilecek durumda olmaları halinde ise, sözleşmelerinde kararlaştıracakları bir otomatik uyarılama klozu ile bu olaya ve sonuçlarına karşı taraflar önlem alabileceklerdir⁵³⁹. Bazen taraflarca, bir başka sözleşme klotunca düzenlenen koşulları aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun uygulanma alanı dışında bırakmak amacıyla bu sözleşme klotuna açıkça atıfta bulunmaktadır:

“... öngörülemeyen ya da Alıcı ve satıcı tarafından kabul edilen öngörülerin haricindeki (özellikle üretim/imalat masraflarının önemli derecede ağırlaşmasına yol açan her türlü masraf -5.maddedekileri ilişkin olanlar haricindeki- hammadde fiyatlarındaki artışlar veya diğer sebepler gibi) ekonomik olayların meydana gelmesi halinde...”⁵⁴⁰

Doktrinde öngörülmezlik unsurunun özellikle uzun süreli sözleşmeler bakımından belirsiz olduğu ve günümüzde neyin öngörülmez olduğunun belirlenmesinin oldukça güç olduğu ifade edilmiştir⁵⁴¹. Uluslararası sözleşmeleri tehdit eden ekonomik, siyasal ve hukuki değişimlerin büyük bölümü taraflarca sözleşmenin kuruluşu anında bilinmektedir. Bununla birlikte bu olayların sözleşme üzerindeki etkileri ve sonuçları bilinmediğinden bu sözleşmelerde hem mücbir sebep hem de aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarına yer verilmektedir. Tarafların az çok bu olayların bilincinde olmasının bu unsuru zayıflattığı ve bu klotların ulusal hukuk düzenlerinde mevcut mücbir sebep ve *beklenmeyen hal* teorilerini esnetmek amacını gütmelerinden dolayı, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında (ve paralel şekilde mücbir sebep klotlarında) meydana gelen olayın tarafların kontrolleri dışında olmasının

⁵³⁸ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Klot 11, Bir Termik Santralin Finansmanı, İnşaatı, İşletmesi ve Devrine ilişkin sözleşme, Kuruluş tarihi: 1998, Süresi: 20 sene, Uygulanacak hukuk: Burkina Faso hukuku, s.317.

⁵³⁹ Almeida Prado, *a.e.*, s.132.

⁵⁴⁰ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.499.

⁵⁴¹ Mücbir sebepler bakımından bkz. Nicholas, *a.g.m.*, s.26; İdarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim imkânları ve uzman personel olaylardaki “öngörülmezlik” unsurunu giderek daraltmaktadır. Örneğin, yağış istatistikleri, aynı olayın daha önce yer ve zamanı belirlenebilir şekilde görüldüğünü belgeleyen kayıtlar öngörülmezliği sınırlayabilmektedir. Bkz. Özay, *a.g.e.*, s.880.

yeterli olacağı doktrinde ifade edilmiştir⁵⁴². Kanaatimizce öngörülmezlik ve dışsallık unsurları birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılamazlar⁵⁴³. Bunlar aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun oluşabilmesi için birlikte bulunması gereken iki farklı koşuldur. Bu iki koşula birlikte atıfta bulunmayan klotlarda sözleşme boşluğu oluşabilir: Bu boşluk da seçilen hukuktaki beklenmeyen hal teorisine –ki teorilerin tamamında öngörülmezlik unsuruna yer verilmektedir- göre çözümlenecektir.

Öngörülmezlik unsuruna klotda yer vermemenin yaratacağı boşluğun aksine, tarafların bir adım daha ileri giderek rahatlıkla öngörülebilecek bir olayı aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda özellikle belirtmeleri de, öngörülmezlik unsuru ile uyumsuzluk yaratmayacaktır⁵⁴⁴. Zira risk taşıyan bir olayın taraflarca sözleşmenin kurulması anında öngörülüp sözleşmeye eklenmesi, tarafların söz konusu olayın meydana gelmesi durumunda sözleşmedeki ticari ilişkileri nasıl ve ne boyutta etkileyebileceğini öngöremediklerini göstermektedir. Özetle taraflar böyle bir olayın meydana gelmesi durumunda, sözleşmedeki eski dengenin sağlanabilmesi için nasıl düzenlemeler kararlaştırmaları gerektiği hususunda kesin bir düzenleme yapamamaktadırlar. Bunu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse “...ayrımcı idari faaliyetler veya düzenlemeler...” söz konusu olduğu takdirde, idarenin hangi faaliyetlerinin veya işlemlerinin sözleşmenin dengesini bozacağı ve bozulan sözleşme dengesinin yeniden sağlanabilmesi için sözleşmede ne gibi düzenlemeler yapılması gerektiği taraflarca sözleşmenin kuruluşu anında bilinmemektedir⁵⁴⁵. Bu sebeple bu olayların öngörülemez olup olmadıklarına ilişkin ortaya çıkabilecek tüm şüphelerden kaçınmak için, tarafların özellikle çekindikleri olayları aşırı ifa güçlüğü/hardship klotuna koymaları daha faydalı olmaktadır⁵⁴⁶.

Öte yandan taraflar koşulların değişeceğini sözleşmenin kurulması anında öngörüp, bu olayın veya durumun yarattığı riski aralarında yapacakları düzenleme ile

⁵⁴² Boughaba, *a.g.e.*, s.278.

⁵⁴³ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.96 ve s.194, Aynı durum mücbir sebep klotları bakımından da geçerlidir.

⁵⁴⁴ Bangladeş'te seller ve kasırgalar günlük hayatın bir parçası durumundadır ve dolayısıyla seller ve kasırgalar için öngörülmezlik unsuru teorik olarak aranmaz. Klotda yapılan tanında öngörülmezlik unsuruna yer verilmesine karşın bu olayların bilhassa klotda yer almasının sebebi, tarafların bu olayların doğurduğu sonuçları öngörememeleridir. Bkz. Firoozmand, *a.g.m.*, s.428; Aynı şekilde Türkiye’de geçmiş verilere bakılarak gelecekte büyük depremlerin olacağı öngörülebilmektedir. Sözleşme tarafları bu tehlikeyi özellikle göz önünde bulundurarak deprem, zelzele gibi doğa olaylarını klotda belirterek bu olayların yarattığı etkiye karşı kendilerini koruyabilirler.

⁵⁴⁵ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.133; Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.193–194.

⁵⁴⁶ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.134.

paylaşacaklarını ya da bazı olayların veya durumun aşırı ifa güçlüğü/hardship kapsamına girmeyeceğini kararlaştırarak, bu olayların ve durumun riskini etkilenen tarafın üstleneceğini kabul edebilirler. Sözleşmenin müzakere edildiği sırada taraflar belli bazı olayların meydana gelebileceğini düşünmüş ve bu konuda bilinçli olarak herhangi bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu kararlaştırmamışlarsa, bir başka deyişle herhangi bir önlem almamışlarsa, bu durumda etkilenen tarafın bu riski zımnen üstlendiği kabul edilir⁵⁴⁷.

c. KOŞULLARDA DEĞİŞİKLİĞİN SÖZLEŞMENİN UYARLANMASINI İSTEYEN TARAFIN DENETİMİ DIŞINDA GERÇEKLEŞMESİ (DIŞSALLIK UNSURU)

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen, yükümlülükler arasındaki dengeyi sarsan olay veya durum şayet etkilenen tarafın denetiminde olan bir sebepten dolayı gerçekleşmişse, bu durumda etkilenen taraf aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunu ileri süremeyecektir. Bir başka deyişle öngörülemeyen bu olay veya durum nedeniyle yükümlülüğü ciddi ölçüde ağırlaşan tarafın bu olayın veya durumun meydana gelmesinde etkisi varsa, bu durumda aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunu ileri sürmesi mümkün değildir⁵⁴⁸.

Ulusal hukuk düzenlerinde geliştirilen teorilerde olduğu gibi aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının da büyük çoğunluğunda da dışsallık unsuru açıkça ifade edilmektedir⁵⁴⁹:

“Sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflarca öngörülemeyen ve kontrollerinden kaçan ekonomik, politik veya teknik koşulların meydana gelmesi ve taraflardan biri için sözleşmenin ifasını...”⁵⁵⁰

“... Esaslı ifa güçlüğü/hardship, bu Sözleşmenin süresi boyunca herhangi bir zamanda veya muhtelif zamanlarda, ilgili tarafın kusuru olmaksızın makul ve dikkatli bir işletici/operatör (operator) gibi hareket eden söz konusu tarafın kontrolü

⁵⁴⁷ Baysal, a.g.e., s.173; Böyle bir klotun eksikliği taraflardan birinin bu riski üstlendiğinin göstermektedir. Bkz. Almeida Prado, a.g.e., s.132.

⁵⁴⁸ Oppetit, a.g.m., s.801; Etkilenen tarafın kusuru bulunmaması gerekir. Bkz. Kaplan, a.g.e., s.150; BK. m.44/1.

⁵⁴⁹ Boughaba, a.g.e., s.279.

⁵⁵⁰ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 1, Havacılık Sektöründen Bir Sözleşme, Kuruluş tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: Fransız hukuku, s.310.

dışında, bu Sözleşmeyi kurarken tarafların öngördüğünden tamamen farklı sonuçları ve etkileri olan...”⁵⁵¹

“... Taraflar bu Sözleşmenin süresi boyunca, tarafların kontrolü dışında, işbu Sözleşmenin kurulduğu tarihte öngörülemeyen, bu Sözleşmenin ekonomisinin temelden bozulmasına yol açan ve sonuç olarak her iki tarafın da ortak menfaatleri dikkate alındığında bu Sözleşmenin kayıt ve koşullarının ifasını çekilmez hale getiren, esaslı kalıcı teknik ve ekonomik değişikliklerin (kısa süreli düşük hidrojen peroksit fiyatları veya 13. maddede tanımlanan olaylar haricinde) olabileceğinin bilincindedirler...”⁵⁵²

“Tarafların kontrolü dışında” ifadesi ile dışsallık unsuru taraflara iki yükümlülük getirmektedir⁵⁵³. Öncelikle değişen koşullar nedeniyle zarar gören tarafın olayın veya olayların meydana geldiği sırada sözleşmedeki borçlarını normal seyrinde ifa ediyor olması ve olayın zararlı sonuçlarına karşı makul olan tüm önlemleri almış olması gerekir⁵⁵⁴. Etkilenen tarafın hem olayın gerçekleşmesinde herhangi bir etkisinin bulunmaması, yani kast veya ihmâl derecesinde bir kusuru ile olaya yol açmamasının yanı sıra, olayın meydana gelmesinden sonraki davranışlarına da dikkat etmesi gerekir⁵⁵⁵. Uluslararası ticari sözleşmelerde borçlunun, benzer

⁵⁵¹ Phillips Petroleum Company/Norway şirketinin yönetici olduğu 10 satıcıdan oluşan bir konsorsiyum ile bir alıcı konsorsiyum arasındaki 1973 tarihli EKOFISK doğalgaz yatağından doğalgaz satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu için bkz. Oppetit, *a.g.m.*, s.812.

⁵⁵² Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Klot 5, Enerji Sektöründen Bir Tedarik Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1997, Süresi:15 yıl, Uygulanacak hukuk: İsveç hukuku, s.313.

⁵⁵³ Oppetit, *a.g.m.*, s.802; Boughaba, *a.g.e.*, s.279; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.134.

⁵⁵⁴ MTO’nun aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda, mücbir sebep klotundaki düzenlemeye paralel olarak kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsuruna yer verilmiştir. “...[b] bu olaydan ve sonuçlarından makul olarak kaçınamayacağını veya üstesinden gelemeyeceğini...” ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.15; Kanaatimizce bu düzenleme ile aşırı ifa güçlüğü/hardship durumundan etkilenen tarafın, bu duruma düşmemek için makul olan tüm önlemleri almış olması ve içinde bulunduğu durumdan kurulmak için elinden gelen gayreti göstermiş olması aranmaktadır.

⁵⁵⁵ Boughaba, *a.g.e.*, s.279; Hollandalı üretici şirket (davacı) ile alıcı Türk şirket (davalı) arasında kesme şeker üretim tesisinin satımına ilişkin teyit mektubu yoluyla kurulan bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık MTO tahkim mahkemesinin önüne götürülmüştür. BM Avrupa Ekonomik Konseyi Fabrika ve Makine İthalatı için Genel Şartnamesine uygun olarak kurulan sözleşmeye Hollanda hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Finansal güçlükler dolayısıyla alıcı şirket pey akçesinin sadece %3’ünü ödeyebilmiş ve kararlaştırılan süre içinde de taahhüt ettiği akreditifi açmamıştır. Bunun üzerine yürütülen ve sonuçsuz kalan müzakereler neticesinde Hollandalı üretici zararının tazmini için uyuşmazlığı tahkime götürmüş, davalı Türk şirketi de Türkiye piyasasındaki öngörülemeyen değişikliklerden ötürü bir aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu oluştuğunu ve bundan ötürü sözleşmedeki yükümlülüklerinden kurtulduğunu iddia ederek ödediği pey akçesinin de geri iadesini talep etmiştir. Mahkeme davalının Türkiye’deki şeker piyasasındaki istikrarsızlığın farkında olduğunu ve Türk piyasasının risklerinin davalının kontrol alanında kaldığını ifade etmiştir. Mahkeme davalının kesme şeker üretiminden beklenen kârın elde edilememesi riskini üstlendiğine

durumda bulunan ve aynı nitelikleri taşıyan kişinin bulunacağı davranışlarda bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵⁶.

Öte yandan bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda dışsallık unsuruna atıf yapılmayabilir ve taraflar bu unsuru öngörmemiş olabilirler. Bu durumda tarafların bu hususu göz ardı etmelerinin bir sözleşme boşluğu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi ortaya çıkar. Kanaatimizce tarafların aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda dışsallık unsuruna atıf yapmamış olmaları, aksine ciddi bir kanıt gösterilmedikçe bir sözleşme boşluğu olarak nitelendirilebilir. Zira aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda belirtilen koşullar meydana geldiğinde kusurlu olarak edimini ifa etmeyen tarafa, bir başka deyişle kendi kontrolünde gerçekleşen bir olay veya ihmalden kaynaklanan bir durumdan ötürü, müzakere etme ve hatta sözleşmedeki yükümlülüklerinden kurtulma hakkı tanımak, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun dayandığı hakkaniyet, iyi niyet ve dürüstlük prensipleri ile çatışacaktır. Dışsallık unsurunun bulunmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukuka göre bu mesele yorumlanacak ve boşluk bulunduğuna kanaat getirilirse sözleşmeye uygulanacak hukuka göre bu boşluk doldurulacaktır⁵⁵⁷.

d. MAKUL ÖLÇÜ KRİTERİ VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP UNSURLARININ ESNETİLMESİ

Mücbir sebep klotlarında olduğu gibi aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının unsurları da makul ölçü kriteri kullanılarak esnetilebilir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun öngörülemezlik unsurunun bir çok düzenlemede katı yorumlanmasının önüne geçebilmek için bu kriter kullanılmaktadır⁵⁵⁸. Bununla birlikte makul olmanın ölçüsü, aşırı ifa güçlüğü/hardship durumundan etkilenen tarafın profesyonel özellikleri dikkate alınarak da kararlaştırılabilir:

hükmetmiştir. Bu nedenle sözleşme ekonomisinin temelden sarsılmadığına kanaat getirilmiştir. Bkz. ICC Award No.8486 (1996), Arnaldez, Derains, Hascher, 1996–2000, s.322–332.

⁵⁵⁶ Kahn, a.g.m., s.476.

⁵⁵⁷ Almeida Prado, a.g.e., s.135.

⁵⁵⁸ UPICC'nin 6.2.2 maddesinde, olayların meydana gelmesinin etkilenen tarafça hesaba katılmamasının akla uygun (makul) olması aranmaktadır.

“Bakanlığın veya İmtiyazlı Şirketin makul kontrolünün dışında gerçekleşen... İmtiyaz Sözleşmesinin Yürürlük Tarihinde makul olarak öngörülemeyen her türlü olay...”⁵⁵⁹

... Bu Sözleşmenin süresi boyunca, tarafları ciddi ve öngörülemez bir ifa güçlüğüne/hardship uğratacak şekilde genel durumun ve/veya bu Sözleşmenin dayandığı verilerin esaslı ölçüde değişmesi durumunda, taraflar (bu durumu) karşılıklı istişare edecekler ve gerekli görülen uyarlamaları ve bu Sözleşmeye adil karakterini geri kazandırmak için bu Sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla makul olarak öngörülemeyen koşulların gerektirdiği revizyonları yapmak amacıyla karşılıklı anlayış göstereceklerdir...”⁵⁶⁰

“İşlerin ifası boyunca müteahhit, şantiyedeki hava şartlarının haricinde, deneyimli bir müteahhide göre öngörülemez, fiziksel engellerle veya fiziksel koşullarla karşılaşır, müteahhit derhal İşverene bildirimde bulunacaktır...”⁵⁶¹

“... makul ve dikkatli bir işletici/operatör (operator) gibi hareket eden söz konusu tarafın kontrolü dışında...”⁵⁶²

“MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozu 2003

... 2. Bu Kloxun 1. paragrafına bakılmaksızın, sözleşme Taraflarından biri (Âkit Taraf),

[a] sözleşmedeki yükümlülüklerinin aralıksız ifasının, sözleşme kurulduğu sırada dikkate alınması makul olarak beklenemeyecek, makul kontrolü dışındaki bir olaydan ötürü aşırı ölçüde külfetli hale geldiğini; ve...”⁵⁶³

Dışsallık unsuru için de aynı amaçla “makul olarak, makul, makul ölçüde vb.” ifadelerin kullanılması söz konusudur. Bu sayede tarafların kontrolü dışında gelişen olayların yorumlanmasında uluslararası ticaretin gereklerine daha uygun ve esnek bir düzenleme elde edilmektedir:

⁵⁵⁹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klok 12, Bir Proje Finansmanı Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: X, Süresi:X, Uygulanacak hukuk: X, s.318.

⁵⁶⁰ Occidentale Crude Sales Şirketi (Satıcı) ile Société Commerciale auxiliaire des Pétroles (Alıcı) arasında kurulan 1970 tarihli ham petrol satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu için bkz. Oppetit, a.g.m., s.813.

⁵⁶¹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klok 22, İnşaat Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1993, Süresi:2 yıl, Uygulanacak hukuk: Singapur hukuku, s.324.

⁵⁶² Phillips Petroleum Company/Norway şirketinin yönetici olduğu 10 satıcıdan oluşan bir konsorsiyum ile bir alıcı konsorsiyum arasındaki 1973 tarihli EKOFISK doğalgaz yatağından doğalgaz satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu için bkz. Oppetit, a.g.m., s.812.

⁵⁶³ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.15.

“Bu Sözleşmedeki bir yükümlülüğün ifasında, aşağıdaki bütün nitelikleri taşıyan bir olayın neden olduğu bir gecikme:

Müteahhidin makul kontrolü dışında olan...”⁵⁶⁴

“... HARDSHIP, GOP ve MNTC’nin makul kontrolü dışında olan... bu SÖZLEŞMENİN kurulduğu tarihte makul olarak beklenemeyen, MNTC’nin finansal ve diğer sözleşmesel yükümlülüklerinden herhangi birinin ifasında zorluklar yaşayacağı şekilde MNTC’nin ekonomik pozisyonunu önemli ölçüde değiştiren her türlü olayın vuku bulması(meydana gelmesi) anlamına gelir...”⁵⁶⁵

“MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozu 2003

... 2. Bu Kloxun 1. paragrafına bakılmaksızın, sözleşme Taraflarından biri (Âkit Taraf),

[a] sözleşmedeki yükümlülüklerinin aralıksız ifasının, sözleşme kurulduğu sırada dikkate alınması makul olarak beklenemeyecek, makul kontrolü dışındaki bir olaydan ötürü aşırı ölçüde külfetli hale geldiğini; ve...”⁵⁶⁶

e. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP DURUMUNUN GERÇEKLEŞME ZAMANI

Aşırı ifa güçlüğü/hardship kloxlarının büyük çoğunluğunda sözleşmedeki yükümlülüklerin ifasını etkileyen olayın veya durumun ne zaman gerçekleşmesi gerektiğine yönelik bir atıf yapılmamaktadır. Daha evvel çalışmamızda İsviçre ve Türk hukukunda önceki imkânsızlığın sonraki imkânsızlıktan ayrı ve emredici hükümlerle düzenlenmiş olduğunu, bu sebeple kloxun sözleşme kurulmadan evvel meydana gelen mücbir sebepleri de kapsayacak şekilde yazılmasının, bu hukukların uygulanacağı sözleşmelerde teorik olarak çatışma yaratabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte uygulamada gerek sözleşmenin diğer hükümlerinden gerekse de mücbir sebep kloxuna hâkim olan dışallık ilkesinden ötürü bu durumun ispatının oldukça güç olacağına işaret edilmiştir.

⁵⁶⁴ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klox 14, Havacılık Sektöründen Bir Sözleşme, Kuruluş Tarihi:1992, Süresi:20 yıl, Uygulanacak hukuk: Kanada, Ontario Eyaleti hukuku, s.319.

⁵⁶⁵ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klox 15, s.319–320.

⁵⁶⁶ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.15.

Sözleşmenin kurulmasından evvel meydana gelmiş ve taraflarca bilinmeyen ekonomik değişikliklerin de aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun kapsamına alınıp alınamayacağı tartışmalıdır⁵⁶⁷. Özellikle sözleşme kurulmadan evvel tarafların bilmedikleri durum değişikliklerinin “*temel hatası*” kapsamında değerlendirilebileceği hukukların sözleşmede seçilmesi durumunda (Türk ve İsviçre hukuku gibi) sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz kılınması tehlikesi ortaya çıkabilir. Zira bu hukuklarda sözleşme kurulmadan evvel meydana gelen bu değişiklikler sözleşmenin iptal edilebilirliği sonucunu doğururken, sözleşme kurulduktan sonra tarafların öngöremedikleri esaslı ve sözleşmenin ekonomik dengesini alt üst eden durum değişiklikleri sözleşmenin uyarlanabilirliği sonucunu doğurmaktadır. Her iki olgu arasındaki fark meydana gelen olayların kronolojik sırası ve yarattıkları sonuçlar bakımındandır ve günümüzde bu iki olguya bağlanan sonuçlar çeşitli hukuk düzenlerinde ve uluslararası düzenlemelerde birleştirilmektedir⁵⁶⁸.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının sözleşmedeki yükümlülüklerin ifasını etkileyen olayın veya durumun ne zaman gerçekleşmesi gerektiğine yönelik bir atıf yapmaması durumunda, daha evvel mücbir sebep bahsinde yaptığımız açıklamalar geçerli olacak ve meselenin çözümü sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabî olacaktır⁵⁶⁹. Kanaatimizce böyle bir atıf yapılmaması halinde, mücbir sebep klotlarında olduğu gibi aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının da esas olarak gelecekte meydana gelmesi muhtemel durum değişikliklerini kapsadığı sonucuna varılmalıdır.

Bu konuda taraflar her türlü belirsizliği önlemek maksadıyla aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda bu meseleyi açıkça düzenleyebilirler⁵⁷⁰:

⁵⁶⁷ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.193–194, İnşaat sözleşmelerinde sıkça, örneğin toprağın yapısına bağlı olarak, işletmenin ifa sürecinde ortaya çıkan beklenmeyen güçlüklerle ilişkin bir varsayım öngörülmektedir. Fransız hukukundaki öngörülmemiş güçlükler (“Sujétions Imprévues”) teorisi, müteahhide tüm çalışmalara rağmen edimini ifa edemediği takdirde irade bozukluğuna dayanan bir tazminata hak kazandırmaktadır. Bkz. Matray, Vidts, *a.g.m.*, s.104, Dpn.39.

⁵⁶⁸ Baysal, *a.g.e.*, s.133, UPICC m.6.2.2.

⁵⁶⁹ Matray, Vidts, *a.g.m.*, s.113.

⁵⁷⁰ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.131; MTO’nun 650 sayılı yayındaki model mücbir sebep klotunda olduğu gibi MTO’nun aynı yayınındaki aşırı ifa güçlüğü klotunda da, sözleşme kurulduktan sonra ifayı aşırı derecede külfetli hale getiren olaylar ile sınırlı kalmamıştır. Burada da, Çalışma Grubu tarafın sadece sözleşmenin kurulması anında olayı bilmemesi ve de bilecek durumda olmaması ile Klotun sınırlı olmaması gerektiğini düşünmüştür. Ancak şayet taraflar sadece sözleşme kurulduktan sonra

“...Taraflar, işbu Sözleşmenin yürürlükte kalacağı süre boyunca, hukuki, düzenleyici veya mali değişiklikler de dâhil olmak üzere, Taraflarca (sözleşme) kurulduğu zaman bilinmeyen koşulların (sözleşmenin) ifası boyunca meydana gelebileceğini...”⁵⁷¹

f. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP DURUMUNUN MEYDANA GETİRDİĞİ SONUÇLAR

i. SÖZLEŞMEDEKİ EKONOMİK DENGİNİN BOZULMASI

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları temelde değişen koşulların sözleşmenin ekonomik dengesini bozduğu durumları düzenlemektedirler. Sözleşmenin ekonomik dengesinin altüst olması değişik şekillerde ifade edilebilir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarında genellikle sadece değişen koşulların taraflardan birinin edimini aşırı derecede külfetli hale getirmesi aranmaktadır⁵⁷². Öte yandan bu edimlerin aşırı derecede külfetli hale gelmesinin yanı sıra edimlerin ifasının aşırı derecede kolaylaşması veya değersizleşmesi de taraflarca kararlaştırılabilir. Taraflar edimlere ilişkin herhangi bir nitelendirme yapmayıp sadece sözleşmedeki ekonomik dengenin bozulmasına da atıf yapmayı tercih edebilirler⁵⁷³:

“Sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflarca öngörülemeyen ve kontrollerinden kaçan ekonomik, politik veya teknik koşulların meydana gelmesi ve taraflardan biri için sözleşmenin ifasını imkânsız değil ama sözleşmenin kurulması sırasında öngörülme-
yen ölçüde külfetli hale getirecek şekilde taraflar arasındaki ilişkilerin dengesini altüst etmesi durumunda, bu taraf işbu sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir.”⁵⁷⁴

meydana gelen olaylara aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun sonuçlarını uygulamak isterlerse, özel bir hükümle bu imkânı sınırlayabilirler. Bu durumda, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan, taraflarca bilinmeyen ve ifayı aşırı derecede külfetli hale getiren olaylar bu Klotun kapsamı dışında kalacaktır. bkz. Hardship and existing impediments, ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.17.

⁵⁷¹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 4, Otomotiv Sektöründen Bir Lisans Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1993, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.312.

⁵⁷² “Esaslı”, “önemli ölçüde”, “temelden etkileyen” gibi objektif unsurlar yanında, “haksız”, “hakkaniyete aykırı”, “adaletsiz” gibi sübjektif unsurlar ile değişen koşulların nitelendirildiği hususunda bkz. Draetta, Lake; a.g.e., s.194; Matray, Vidts, a.g.m., s.117.

⁵⁷³ Almeida Prado, a.g.e., s.136; Fontaine, de Ly, a.g.e., s.507.

⁵⁷⁴ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 1, Havacılık Sektöründen Bir Sözleşme, Kuruluş tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: Fransız hukuku, s.310.

“1 Ocak 1998’de mevcut olan ekonomik ve finansal koşullarda 1 Ocak 1998’de öngörülemeyen, öne süren Tarafın kontrolü dışında olan ve İmtiyaz Sözleşmesindeki Proje Şirketinin yükümlülüklerinin ifasını anormal ölçüde zor veya külfetli kılarak veya aksine İmtiyaz Sözleşmesindeki Proje Şirketinin yükümlülüklerinin ifasını anormal ölçüde daha az külfetli veya daha az zorlayıcı kılarak, sonuçta Projenin ekonomisini bozan bir değişiklik (“Ekonomik Koşullarda Değişiklik”) olması durumunda...”⁵⁷⁵

“İmtiyazın ekonomik veya mali dengesinin bozulmasına istinaden olağanüstü koşullarda bir âkit taraf diğer taraftan sözleşmenin koşullarının gözden geçirilmesini talep edebilir...”⁵⁷⁶

“Taraflarca bu Sözleşmenin finansal olarak kabul edilemeyeceği hacimde, Alıcının uzun vadeli (ürünün adı) ihtiyacı büyük oranda azalırsa, taraflar başka bir çözüm bulmak için olasılıkları görüşmek amacıyla toplanacaklardır...”⁵⁷⁷

Sözleşmenin dengesinin altüst olması, bir başka deyişle sözleşme ekonomisinin dengesinin bozulması kavramının yorumlanmasında sözleşmeye uygulanacak hukukun etkisi büyüktür⁵⁷⁸. Zira sözleşmeye uygulanacak ulusal hukuk (örneğin İsviçre, Türk, Alman hukuku gibi) sözleşmedeki ekonomik dengenin bozulması durumunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân tanıyorsa, bu kavramın yorumlanması daha kolay olacaktır⁵⁷⁹. Öte yandan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması imkânının tanınmadığı bir hukukun sözleşmeye uygulanması durumunda, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun yorumlanması oldukça güçleşecektir.

⁵⁷⁵ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 11, Bir Termik Santralin Finansmanı, İnşaatı, İşletmesi ve Devrine İlişkin Sözleşme, Kuruluş tarihi: 1998, Süresi: 20 sene, Uygulanacak hukuk: Burkina Faso hukuku, s.317.

⁵⁷⁶ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 2, Tabii Kaynaklar Sektöründen Bir Dağıtım Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: 1998, Süresi: 30 yıl, Uygulanacak hukuk: Arjantin hukuku, s.311.

⁵⁷⁷ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 16, Enerji Sektöründen Bir Tedarik Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1998, Süresi:8 yıl, Uygulanacak hukuk: İsveç hukuku, s.320–321.

⁵⁷⁸ Almeida Prado, a.e., s.137.

⁵⁷⁹ Ullman, a.g.m., s.85.

ii. İFANIN AŞIRI DERECEDE KÜLFETLİ HALE GELMESİ VE ZARAR SONUCU

Yukarıda açıklandığı üzere sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istinasıdır. Bu husus hem ulusal hem de uluslararası hukuk düzenlemelerinde ifade edilmiştir⁵⁸⁰. Uluslararası ticari sözleşmelerde de taraflar klotlarında genellikle masrafların taraflardan biri için yükümlülüğünün ifasını çekilmez hale getirecek ölçüde arttığı durumlarda aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun uygulanacağı kararlaştırılmaktadır⁵⁸¹. Taraflarca kararlaştırılan “sözleşme ekonomisinin taraflardan birine zarar verecek şekilde değişmesi” ifadesi, meydana gelen durumun yarattığı sonucu en yalın biçimde ifade eden düzenlemedir. Ancak bu tür düzenlemeler, herhangi bir açıklama içermediklerinden aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu için oldukça geniş kapsamlıdır ve taraflar arasında ileride doğabilecek ihtilaflarda yorum sorunlarına neden olabilirler. Bu sebeple zarar sonucunun hangi hallerde meydana geleceğinin daha açık ifade edilmesi faydalı olacaktır⁵⁸²:

“MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klotu 2003

... 2. Bu Klotun 1. paragrafına bakılmaksızın, sözleşme Taraflarından biri (Âkit Taraf),

[a] sözleşmedeki yükümlülüklerinin aralıksız ifasının, sözleşme kurulduğu sırada dikkate alınması makul olarak beklenemeyecek, makul kontrolü dışındaki bir olaydan ötürü aşırı ölçüde külfetli hale geldiğini; ve...”⁵⁸³

“Tarafların kontrolü dışında olan ve dünya bölgeleri arasında, özellikle (ülkesi) ile (ülkesi) arasında, (ürün listesi) nispi değerlerini önemli ölçüde değiştiren esaslı resim, harç, vergi ve diğer idari yükümlülükler zorla dayatılır ve bu değişiklikler taraflardan birine veya hepsine ağır ve kalıcı ekonomik yük getirirse, taraflar kendileri için Projelerin ekonomik yararlarını olabildiği ölçüde koruyarak tedarik

⁵⁸⁰MTO’nun model aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda sözleşmeye bağlılık ilkesi “... 1. Sözleşme Taraflarından biri (Âkit Taraf), olaylar sözleşmenin kuruluşu sırasında makul olarak öngörülenden daha külfetli hale getirse bile sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmekle yükümlüdürler...” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. The parties should perform their duties, ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.16.

⁵⁸¹ Almeida Prado, a.g.e., s.137

⁵⁸² Fontaine, de Ly, a.g.e., s.510.

⁵⁸³ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.15.

sözleşmesinin değişikliğe uyarlamak için en iyi şekilde nasıl tadil edilebileceğini müzakere edeceklerdir...”⁵⁸⁴

“Bu Sözleşmedeki bir yükümlülüğün ifasında, aşağıdaki bütün nitelikleri taşıyan bir olayın neden olduğu bir gecikme:

a) Müteahhidin makul kontrolü dışında olan;

b) Müteahhit tarafından aşırı masrafa girmeksizin önlenemeyecek ve makul olarak öngörülemeyen;

c) Müteahhidin kusuru veya ihmali bulunmaksızın gerçekleşen...”⁵⁸⁵

“... koşulları nedeniyle, yükümlülüklerinin ifasını taraflardan biri için zararlı kılacak ölçüde sözleşmesel ilişkilerin ekonomisi değiştiği takdirde...”⁵⁸⁶

Yukarıda belirtildiği üzere aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında taraflar spesifik (özellik) koşulların gerçekleşmesi halinde klotun uygulanacağını kararlaştırabilirler. Bu durumlar genellikle taraflardan birinin edimleri üzerine yüklenen masrafların, sözleşme kurulduğu sırada öngörülen tutara kıyasla oldukça fazla olduğu durumlardır. Bu masraf veya maliyet artış eşiğinin ne kadar olacağı hususu da taraflarca kararlaştırılabilir. Bu noktada aşırı ifa güçlüğü/hardship klotları otomatik uyarlama (eskalasyon, endeks vb. klotlar) yaklaşmaktadırlar. Bununla birlikte yine de aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında, endeks ve eskalasyon klotları ile otomatik bir uyarlama yapılamayan durumların düzenlenmesi hedeflenmektedir⁵⁸⁷:

“Sözleşmenin yapıldığı tarihte öngörülmemen ve İmalatçının başlangıçta üzerinde anlaşılan yükümlülüklerini aşırı ölçüde külfetli kılan, şöyle ki ilk başta öngörülen edimlerinin değerine kıyasla İmalatçının edimlerinin (değerini) %20’den (yüzde yirmi) daha fazla arttıran herhangi bir nedenden dolayı İmalatçı, sözleşme koşullarının uygun bir şekilde gözden geçirilmesini talep etme hakkına sahiptir...”⁵⁸⁸

“... Esaslı ifa güçlüğü/hardship, bu Sözleşmenin süresi boyunca herhangi bir zamanda veya muhtelif zamanlarda, ilgili tarafın kusuru olmaksızın makul ve

⁵⁸⁴ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 7, Kimya sektöründen bir satım sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1997, Süresi:15 yıl, Uygulanacak hukuk: Belçika hukuku, s.314.

⁵⁸⁵ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 14, Havacılık Sektöründen Bir Sözleşme, Kuruluş Tarihi:1992, Süresi:20 yıl, Uygulanacak hukuk: Kanada, Ontario Eyaleti hukuku, s.319.

⁵⁸⁶ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.507.

⁵⁸⁷ Almeida Prado, a.g.e., s.138; Fontaine, de Ly, a.g.e., s.492-493.

⁵⁸⁸ Almeida Prado a.g.e., Ek III, Klot 17, Endüstriyel Parça Satımı Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: X, Süresi:X, Uygulanacak hukuk: İtalyan hukuku, s.321.

dikkatli bir işletici/operatör (*operator*) gibi hareket eden söz konusu tarafın kontrolü dışında, bu Sözleşmeyi kurarken tarafların öngördüğünden tamamen farklı sonuçları ve etkileri olan (yeni bir enerji kaynağının ekonomik sonuçları ve etkileri gibi, fakat bununla sınırlı olmaksızın) ve bu sonuçların ve etkilerin söz konusu tarafı, sonrasında ve yakın gelecekte bu Sözleşmenin konusu olan işlenmiş gaza bağlı veya ilişkin olan tüm yıllık maliyetin (değer kaybı ve faiz de dâhil olmak fakat bunlarla sınırlı olmaksızın) söz konusu gazın satışından elde edilen yıllık geliri aştığı bir duruma sokan, bir olayın veya koşullarda değişimin meydana gelmesi demektir...⁵⁸⁹

“... söz konusu tarafı durumuna sokan..., bu Sözleşmenin konusu olan (...)’a bağlı olan veya/ile ilişkili bahsi geçen tüm yıllık gider... (...) satışından elde edilen yıllık geliri aşarsa...”;

“... döviz ya da kredi kaynaklarının bedelinde artma veya banka tarafından tahsil edilecek ana para ya da faiz tutarını azaltma sonucunu...”⁵⁹⁰

Öte yandan meydana gelecek spesifik koşullar taraflarca aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda belirlendikten sonra, masraf ya da maliyet artışına ilişkin ortak bir eşiğin bulunması, uygulamada en çok uyumsuzluk doğuracak nokta olacaktır. UPICC m.6.2.2’nin yorumlarında bir değişikliğin “temel” nitelikte olup olmadığının somut olayın incelenmesi ile tespit edilebileceği belirtilmiştir⁵⁹¹. Bu bağlamda uluslararası tahkim kararlarında %13 ve %25–50 oranlarında bir artışın kabul edilebilir risk seviyesinde olduğu ifade edilmiştir⁵⁹².

⁵⁸⁹ Phillips Petroleum Company/Norway şirketinin yönetici olduğu 10 satıcıdan oluşan bir konsorsiyum ile bir alıcı konsorsiyum arasındaki 1973 tarihli EKOFISK doğalgaz yatağından doğalgaz satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu için bkz. Oppetit, *a.g.m.*, s.812.

⁵⁹⁰ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.509.

⁵⁹¹ UPICC m.6.2.2, Resmi Yorum No.2, Almeida Prado, *a.g.e.*, s.240.

⁵⁹² Alıcı Mısır şirketi (davacı) ile satıcı Yugoslav şirketi (davalı) arasında kurulan ve metrik tonu \$190 Amerikan dolarından 80.000 metrik ton çelik (+80.000 metrik ton çelik opsiyonlu) satımına ilişkin bir sözleşme akdedilmiştir. Davacı aynı fiyata ve aynı koşullarla ek 80.000 metrik ton çelik daha sipariş etme opsiyonunu da kullanacağını ve buna ilişkin akreditifi de 1987 Aralık ayının ikinci yarısında açacağını karşı davalı tarafa bildirmiştir. Davalı taraf söz konusu ek çelik miktarına ilişkin fiyatları müzakere etmeyi talep etmiş ve bir metrik ton başına \$215 Amerikan doları talep etmiştir. Bunun üzerine davacı Romanya’dan bu miktarı tedarik etmiş ve fiyat farkından ötürü oluşan zararını davalıdan talep etmiştir. Söz konusu uyumsuzluk MTO tahkim mahkemesinin önüne götürülmüş ve hakemce uyumsuzluğa Yugoslav hukukunun uygulanacağına hükmedilmiştir. Söz konusu olayda hakem çeliğin metrik ton başına piyasa fiyatının \$190 Amerikan Dolarından \$215 çıkmasının ani ve olağanüstü bir fiyat artışı olup olmadığını ve bu durumun davalı tarafından sözleşmenin kurulması anında öngörülüp öngörülemediğini araştırmıştır. Sonuç olarak hakem gerçekleşen %13.16’lık artışın mutlak bir marj olduğuna ve dünya çelik piyasasında ve diğer hammadde fiyatlarında sürekli dalgalanmalar olduğu ve bu sebeple geçmiş deneyimlerden ötürü bu artışın öngörülebileceğine hükmederek davalının oluşan zararı tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. ICC Award

Taraflar daha detaylı bir açıklama kararlaştırmadıkları takdirde, masrafların veya maliyetlerin taraflardan biri için ne zaman çekilmez, katlanılmaz, aşırı ölçüde külfetli hale geldiğinin saptanması, sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından belirlenecektir⁵⁹³. Zira burada bir sözleşme boşluğu söz konusudur ve taraflarca sözleşme dengesinin belirli koşullarda bozulacağı, altüst olacağı öngörülmesine rağmen bu dengenin bozulduğu ekonomik eşige ilişkin herhangi bir bilgi (sayısal veya sözel) verilmemesi halinde bu denge noktası sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yorumlanacaktır. Elbette Fransız hukuku gibi bu konuda yardımcı hükümler içermeyen bir hukuk seçildiği takdirde sözleşmenin uyarlanması zorluklar yaşanması kaçınılmaz olacaktır⁵⁹⁴:

“Fransız frangı veya doların devalüasyonu veya revalüasyonu halinde, taraflar yeni durumun sonuçlarını incelemek ve henüz teslim edilmemiş ve henüz bedeli ödenmemiş miktarlar için, sözleşmenin başlangıçtaki amaçlarına ve ruhuna uygun olarak sözleşmenin dengesini sağlamak amacıyla önlemler almak için bir araya geleceklerdir.”⁵⁹⁵

“Taraflar, Avrupa (...) endüstrisindeki yeniden yapılanma çerçevesinde, daha evvel ifade edilen kurallara, iyi niyetle ve dürüstlük kuralına uygun müzakere edecekleri istisnalar kabul etmek durumunda kalacaklarını bilmektedirler...”⁵⁹⁶

g. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZLARINDA DEĞİŞEN KOŞULLARIN DÜZENLENMESİ

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında nasıl bir değişimin klot kapsamında değerlendirilebileceği de taraflarca kararlaştırılabilmektedir. Sözleşme ilişkisinin içinde bulunduğu koşullar bazı olayların meydana gelmesi suretiyle değişecektir. Bu

No.6281 (1989), Jarvin, Derains, Arnaldez, a.g.e., s.249–254; MTO tahkim mahkemesinin önüne götürülen bir başka uyuşmazlık da satıcı Y şirketinin (davalı) alıcı X şirketine (davacı) sözleşmede kararlaştırılan yakıtı teslim etmemesinden ötürü çıkmıştır. Davalı sözleşmenin kurulduğu tarih ile teslim tarihi arasında petrol fiyatlarının %25–50 arasında artmış olduğunu iddia ederek sözleşme uyarlanmadan edimini ifa etmeyeceğini ifade etmiştir. Söz konusu olayda uyarılama için bu artış oranları yeterli bulunmamıştır. ICC Award No.2508 (1976) Jarvin, Derains, a.g.e., s.292–296; En az %50’lik bir değer değişimin gerekli olduğu hususunda bkz. Maskow, a.g.e., s.662.

⁵⁹³ Matray, Vidts, a.g.m., s.125.

⁵⁹⁴ Almeida Prado, a.g.e., s.139.

⁵⁹⁵ ICC Award No.2478 (1974), Jarvin, Derains, a.g.e., s.25.

⁵⁹⁶ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 20, Elektronik Sektöründen Hissedarlık Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: 1998, Süresi: Belirsiz, Uygulanacak hukuk: Fransız hukuku, s.322–323.

bağlamda sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut olmayan ve o sırada mevcut koşullarla da alakası olmayan, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan ve sözleşme açısından esaslı etki bırakacak olaylar taraflarca dikkate alınacaktır⁵⁹⁷. İncelenen düzenlemeler çeşitlilik göstermekle birlikte, genellikle edimler arasındaki dengeyi sarsacak ve etkilenen tarafın edimini ifa edebilmesi için ağır bir ekonomik yük altına (yükümlülüğün ifasının aşırı külfetli hale gelmesi) gireceği durumlar bu kapsamda sayılmaktadır⁵⁹⁸. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve öngörülemeyen olayların(ekonomik krizler, petrol krizleri vb.) bir edimin değerini aşırı derecede arttırdığı veya düşürdüğü durumlar, bu edimler arasındaki dengenin sarsıldığı durumlardır⁵⁹⁹. Ulusal hukuklarda koşulların değişmesi bakımından edimler arasındaki dengenin sarsılması, ifa güçlüğüünün ortaya çıkması ve sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması gibi farklı teorik ayrımlar yapılmaktadır⁶⁰⁰. Her ne kadar teorik olarak edimler arasındaki dengenin sarsıldığı durumlar ile aşırı ifa güçlüğüünün olduğu durumlar tamamen örtüşmemekteyse de, genellikle edimler arasındaki dengenin önemli ölçüde bozulduğu durumlarda, edimin ifası da güçleşeceği için uygulamada böyle bir ayrımın taraflarca yapılmasına gerek yoktur. Bununla birlikte sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması durumu aşırı ifa güçlüğü/hardship klostlarında düzenlenmediği görülmektedir. Bu durumun sözleşmenin uyarlanması imkânı verip vermeyeceği hususu da tartışmalı olmakla birlikte UPICC'nin 6.2.2 maddesinin resmi yorumunda, edimlerin değerlerinin ciddi şekilde düşmesi veya hiç değerlerinin kalmaması durumlarının, sözleşmenin amacının ortadan kalkması durumunu da kapsadığı ifade edilmiştir⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ Boughaba, *a.g.e.*, s.273; Kaplan, *a.g.e.*, s.115; Klostlarda *esashı, kayda değer, olağanüstü* gibi ifadeler kullanılmaktadır. Bununla birlikte bu ifadeler yoruma açıktır. Bu nedenle durumun gerçekleştiğinin saptanması, bu ifadeleri yorumlayacak kişiye bağlı olacaktır.

⁵⁹⁸ Boughaba, *a.g.e.*, s.282.

⁵⁹⁹ Unidroit Prensipleri m.6.2.2.

⁶⁰⁰ Baysal, *a.g.e.*, s.151.

⁶⁰¹ UPICC Resmi Yorum 2(b).

i. GENEL DÜZENLEMELER

Genellikle aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında uygulanacakları olaya ilişkin bir sınırlama görülmemektedir. Genel düzenlemelerle taraflar ekonomik, ticari ve parasal değişimleri kapsamayı amaçlarlar⁶⁰²:

“Sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflarca öngörülemeyen ve kontrollerinden kaçan ekonomik, politik veya teknik koşulların meydana gelmesi...”⁶⁰³

“İmtiyazın ekonomik veya mali dengesinin bozulmasına istinaden olağanüstü koşullarda bir âkit taraf diğer taraftan sözleşmenin koşullarının gözden geçirilmesini talep edebilir...”⁶⁰⁴

“... piyasanın düzenli işleyişini bozabilecek her türlü olaylar...”;

“... dış veya iç siyasi olayların meydana gelmesi halinde...”;

“... döviz teminine, ticaret politikasına ilişkin önlemlere, kotalara, parasal manipülasyona ilişkin her türlü güçlükler.”⁶⁰⁵

ii. SPESİFİK DÜZENLEMELER

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarını klasik mücbir sebep klotlarından ayıran yönlerinden biri, klotda tek tek aşırı ifa güçlüğü/hardship yaratacak olayların sayılması yerine yukarıda görüldüğü üzere genel bir düzenleme ile koşulların değişeceğinin ifade edilmesidir. Bununla birlikte incelenen klotların önemli bir kısmında, genellikle sözleşmenin yapıldığı sektöre özgü olaylara atıfta bulunmaktadır⁶⁰⁶:

“... ayrımcı Devlet tedbirleri veya tüzükleri veya farklılaştırılmış gümrük tarifeleri...”;

“... İşbu Sözleşmenin hükümleri, Ödünç Veren ve Ödünç Alanın şirket merkezlerinin bulunduğu ülkelerdeki veya aracılıklarıyla ödemelerin yapıldığı üçüncü ülkelerdeki, işbu Sözleşmenin imzalandığı tarihte mevcut, hukuki, mali ve

⁶⁰² Boughaba, a.g.e., s.271; Konarski, a.g.m., s.420.

⁶⁰³ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 1, Havacılık Sektöründen Bir Sözleşme, Kuruluş tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: Fransız hukuku, s.310.

⁶⁰⁴ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 2, Tabii kaynaklar sektöründen bir dağıtım sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1998, Süresi:30 yıl, Uygulanacak hukuk: Arjantin hukuku, s.311.

⁶⁰⁵ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.501.

⁶⁰⁶ Boughaba, a.g.e., s.273.

parasal, ekonomik ve finansal verilere göre ve yine bu tarihteki uluslararası ekonomik ve finansal şartlara göre kararlaştırılmıştır.”;

“... (Z ülkesinin) Hükümetinin işbu sözleşmenin ifasına engel olacak önlemler alması, genel moratoryum ilan etmesi veya dış borçları için konsolidasyon talep etmesi, veya (Z ülkesinden) dışarıya yapılan transferlerde genel bir gecikme tespit edilmesi hallerinde...”;

“... ölüm, ehliyetsizlik, iflas, ödemelerin askıya alınması, ticaretten men, statü değişimi vb. gibi Alıcının durumunda değişim...”;

“Taraflarca bu Sözleşmenin finansal olarak kabul edilemeyeceği hacimde, Alıcının uzun vadeli (ürünün adı) ihtiyacı azalırsa...”⁶⁰⁷

Bu spesifik koşulların klotlarda öngörülmesinin, aşırı ifa güçlüğü/hardship durumuna özgü öngörülmezlik unsuru ile çelişeceği düşünülebilir⁶⁰⁸. Bir olayın gerçekleşebileceği olasılığını öngörmek şüphesiz ki o olayın gerçekleşeceğini öngörmek değildir. Örneğin yeni bir doğal kaynağın gelecekte keşfedilmesi - başlangıçta böyle bir keşfin öngörülebilir olmamasına rağmen- tarafların imkânları dâhilinde olduğu için öngörülebilir. Bununla birlikte, aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu aynı zamanda olayın gerçekleşmesinin sözleşme üzerindeki etkileri ile de alakalıdır. Taraflar, yeni bir doğal kaynağın keşfedilmesinin sonuç olarak sözleşmeyi etkileyeceği riskini öngörseler de önceden bunun sonuçlarını ölçebilecek durumda değildirler. İşte bu sebeple sözleşmelerini kurarken otomatik bir uyarılama düzenlemesi getiremeyen taraflar, yeniden müzakere prosedürünü de meydana gelen olayın etkilerini öngöremedikleri için kararlaştırmaktadırlar⁶⁰⁹.

İki para birimi arasındaki oranların değişeceği veya hammadde fiyatlarının artacağı öngörüldüğünde, yükümlülüklerin orantılı olarak yeniden ayarlanması için sözleşmeye bir otomatik uyarılama klotu (yabancı para kaydı, endeks klotu gibi) koymak mümkündür⁶¹⁰. Aynı şartlar altında, taraflar sözleşmeyi incelemek için tekrar görüşeceklerini kararlaştırmak istiyorlarsa, bu genellikle sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini öngören bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu ile mümkün

⁶⁰⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.503

⁶⁰⁸ Kıta Avrupası hukukundaki geleneksel teorilerin öngörülmezlik unsuruna vurgu yaptıkları hususunda bkz. Konarski, a.g.m., s.421.

⁶⁰⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.505.

⁶¹⁰ Konarski, a.g.m., s.421.

olmaktadır. Taraflar tahmin ettikleri, öngördükleri piyasadaki dalgalanmaların büyüklüğünü kestirememelerinden ötürü kendilerini bir otomatik uyarlama mekanizması ile sınırlamak istemeyebilirler. Böylelikle spesifik bir olaya yapılan atıf, bu olayın öngörülemez niteliğini ortadan kaldırmayacak ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu da olayın meydana gelmesi halinde sözleşme üzerindeki muhtemel etkilerini düzenleyecektir. Otomatik uyarlama kloxunun sözleşmenin ifası sürecinde geçen zamanda bir taraf aleyhine kabul edilemeyecek sonuçlar doğurmaya başlaması durumunda da aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu devreye girip bu kloxunda yeniden gözden geçirilip uyarlanması sağlayabilir⁶¹¹. Bu sebeple farklı tür kloxlar birlikte uygulanabilirler.

iii. GENEL VE SPESİFİK KOŞULLARIN BİRLİKTE KULLANILMASI

Aşırı ifa güçlüğü/hardship kloxlarında sözleşme tarafları, kloxun belli durumları özellikle kapsayacağını ifade etmek için bu durumları ayrıca belirtebilirler. Buna ek olarak da genel bir ifade kullanarak bu sayılan durumların sınırlı olmadığını kararlaştırabilirler⁶¹². Günümüzde, koşulların belirlenmesinde daha evvel açıklanan her iki sistemin bileşimi olan karma bir sistemin aşırı ifa güçlüğü/hardship kloxlarında daha çok benimsendiği görülmektedir⁶¹³. Bu bileşim önce aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun genel bir tanımı ve onu takip eden spesifik koşullardan (veya tam tersi) oluşur.

“... Bu Sözleşme süresi boyunca, bu Sözleşmenin ekonomik ve finansal temelini esaslı olarak etkileyen, petrol endüstrisi ile ilişkili finansal ve ekonomik koşullarda, Gana’daki faaliyet koşullarında ve genel olarak pazarlama koşullarında değişikliğin

⁶¹¹ Nippon Steel Corp. (Alıcı/Davacı) ve Quintette Coal Limited (Satıcı/Davalı) arasında kurulan kömür satım sözleşmesinde, her üç ayda bir sözleşmede öngörülen formül uyarınca değişeceği ve her dört yılda bir de ton başına ödenen bedelin gözden geçirilmesinin taraflarca talep edilebileceği kararlaştırılmıştır. Uyuşmazlık çözüm yolu tahkim olarak belirlenen sözleşmede, ayrıca bir de aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu bulunmaktadır. Yıllar içinde ton başına ödenen bedel uygulanan formül nedeniyle aşırı artış göstermiş ve taban fiyat \$103 aşmış, bunun üzerine davacı taraf aşırı ifa güçlüğü/hardship kloxuna dayanarak müzakereleri başlatmış ve bir sonuç alınamamasından ötürü de meseleyi tahkime götürmüştür. Davacı şirket taban fiyatların uyarlanmasına talep etmiş, tahkim mahkemesi de sözleşmedeki aşırı ifa güçlüğü/hardship kloxuna dayanarak, talep edilen tarihten (Haziran 1987’den) sonraki on beş “3 aylık” periyodun taban fiyatlarını belirleyerek sözleşmenin uyarlanmasına karar vermiştir. Bkz. Kröll, *a.g.m.*, s.432-433; Boughaba, *a.g.e.*, s.270.

⁶¹² Konarski, *a.g.m.*, s.420-421.

⁶¹³ Berger, *Renegotiation*, s.1363.

meydana gelmesi halinde; hiçbir düzenlemenin veya değişikliğin geriye etkili olmaması ve üretim sahasından ticari miktarlarda petrol üretiminin başlamasından itibaren 5 yıl içinde yapılmaması kaydıyla, bu makul düzenlemeler veya değişiklikler yapılırken İşleticinin/Operatörün koyduğu sermaye ve üstlendiği riskler de göz önünde bulundurularak, işbu Sözleşmenin hükümleri gözden geçirilebilir veya yeniden müzakere edilebilir...”⁶¹⁴

“... öngörülemeyen ya da Alıcı ve satıcı tarafından kabul edilen öngörülerin haricindeki (özellikle üretim/imalat masraflarının önemli derecede ağırlaşmasına yol açan her türlü masraf -5.maddedekilere ilişkin olanlar haricindeki- hammadde fiyatlarındaki artışlar veya diğer sebepler gibi) ekonomik olayların meydana gelmesi halinde...”⁶¹⁵

“... yeni bir durum oluşması halinde, örneğin bu Sözleşme kapsamına giren sektörde bir devralma olasılığında...”;

“... uluslararası mali sistemi etkileyecek önemli değişiklikler, özellikle bu sözleşmede atıf yapılan para birimlerinin arasındaki ilişkilerde ciddi bozulma yaratabilecek değişiklikler olması halinde...”;

“Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan sözleşmenin dengesini bir taraf aleyhine bozan değişiklikler halinde örneğin deprem, sel, savaş gibi değişiklikler söz konusu olursa; sözleşme tarafları bir araya gelip sözleşmelerini değişen koşullara uyarlamakla yükümlüdürler.”;

“... söz konusu tarafı (...) durumuna sokan..., bu Sözleşmenin konusu olan (...)’a bağlı olan veya/ile ilişkili bahsi geçen tüm yıllık gider... (...) satışından elde edilen yıllık geliri aşarsa...”⁶¹⁶

Değişen koşulların geniş bir düzenleme ile klotun kapsamına alınmasının yanı sıra, özellikle bazı belirli ekonomik olayların taraflarca yazılmasının nedeni, klotun bu olaylara özellikle uygulanabilmesini garanti altına almaktır⁶¹⁷. Bununla birlikte, taraflar özellikle siyasi olarak istikrarsız bir ülkeden şahıslarla kurdukları

⁶¹⁴ Gana hükümeti ile Shell Exploration and Production Company of Ghana Ltd. arasında kurulan 1974 tarihli Petrol Üretim Sözleşmesi’nin 47. maddesi için bkz. Berger, **Renegotiation**, s.1359.

⁶¹⁵ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.505.

⁶¹⁶ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.506.

⁶¹⁷ Almeida Prado, **a.g.e.**, s.130.

sözleşmelerde, klotun politik şartların değişmesini de kapsayacağını kararlaştırabilirler:

“... (X ülkesinin) finansal kurumlarının normal işleyişini aksatabilecek olayların gerçekleşmesi veya (X ülkesinden) düzenli yapılan dış ödemeleri engelleyecek her türlü olay...”⁶¹⁸

“... bu Sözleşme süresi boyunca herhangi bir zamanda bir Taraf diğerine makul gerekçelerini içeren yazılı bildirimde bulunarak, Taraflarca öngörülemeyen ve kontrolleri dışında olan, parasal değerlerde değişiklik veya ayrımcı idari faaliyetler veya düzenlemeler de dahil olmak fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, değişen ekonomik ve politik koşullar nedeniyle bu sözleşmedeki devamlı faaliyetinin aşırı bir ekonomik ifa güçlüğü yarattığını ileri sürer...”⁶¹⁹

“... Taraflar, işbu Sözleşmenin yürürlükte kalacağı süre boyunca, hukuki, düzenleyici ve mali değişiklikler de dâhil olmak üzere, Taraflarca (sözleşmenin) kuruluşu sırasında bilinmeyen koşulların (sözleşmenin) ifası sırasında meydana gelebileceğini...”⁶²⁰

Ekonomik, hukuki, finansal, ticari ve politik koşullardaki bozulmalar sözleşmedeki edimler arası dengeyi ciddi ölçüde etkileyecektir. Mevzuattaki bir değişiklik, hali hazırda hüküm ifade eden sözleşmeleri temelden etkileyebilir. Bu husus daha evvel mücbir sebep klotları bakımından da incelenmiş ve sözleşme hükümlerinin çoğu zaman hem sözleşmenin ifasını imkânsız kılan durumları hem de ifasının daha külfetli hale geldiği durumları kapsadığı gösterilmiştir:

“... ‘Kanun Değişikliği’ deyiminden,

a) Yürürlük Tarihinden (Sözleşmenin Yürürlük Tarihi) itibaren bir Resmi Kurum tarafından herhangi bir (ülkenin adı) Kanunu’nun kabulü, ilanı ve yayınlanması, tadili, yürürlükten kaldırılması da dâhil olmak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, Yürürlük Tarihinden sonra bir Resmi Kurum kararının veya etkilerinin, Yürürlük Tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Kanunları tadil etmesi veya onlarla çatışması;

⁶¹⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.501.

⁶¹⁹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 3, Kimya sektöründen bir satım sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1990, Süresi:10 yıl, Uygulanacak hukuk: Belçika hukuku, s.311.

⁶²⁰ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 4, Otomotiv Sektöründen Bir Lisans Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1993, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.312.

b) Yürürlük Tarihinden itibaren herhangi bir iznin çıkarılması, yenilenmesi, uzatılması, değiştirilmesi veya tadiline ilişkin, bir Resmi Kurum tarafından herhangi bir kaydın veya şartın dayatılması; (i) Yürürlük Tarihinde yürürlükte olan, (ii) Yürürlük Tarihindeki (ülke adı) Kanunlarındaki koşullara uygun olmak kaydıyla, Ticari Faaliyet Tarihinde veya öncesinde Şirket tarafından herhangi bir İzin için yapılan herhangi bir müracaatta veya bu müracaatlara ilişkin belgelerde belirtilen, (iii) Şirket tarafından Güvenlik Paketindeki sözleşmelerde kabul edilen mevcut şartlardan daha ağır veya kısıtlayıcı şartların her koşulda Maliyetlerde Değişime neden olması, Yasal Tadil gerektirmesi, Finansman Belgelerini hukuka aykırı, hükümsüz, geçersiz ve batıl kılması ya da inşaat, operasyon, işletme, bakım, finansman, sigorta veya Tesisin veya Şirketin mülkiyeti veya bu Sözleşme kapsamında ödenecek bedeller hususunda yasaklar getirmesi; anlaşılır...”⁶²¹

“Yürürlük Tarihinden sonra YÜKLENİCİ’nin menfaatlerini olumsuz olarak etkileyen yeni kanun(lar) ve/veya tüzük(ler) getirildiği veya mevcut kanun(lar)da veya tüzük(ler)de değişiklikler yapıldığı takdirde Taraflar toplanacaklar ve Sözleşmede YÜKLENİCİ’nin bu yeni kanun ve/veya tüzük veya değişiklik getirilmeseydi bulunacağı ekonomik koşullara döndürecek gerekli değişiklikleri yapacaklardır...”⁶²²

Mevzuattaki değişikliklerin sözleşme taraflarının yükümlülüklerini ağırlaştırmaması için genellikle sözleşmeye uygulanacak ülke mevzuatını sabitleme amacını güden “istikrar klostarı” (stabilization clauses) ⁶²³ sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Yukarıda mücbir sebep klostarında da ifade edildiği üzere, sözleşmeye uygulanacak ülke mevzuatını sabitlemeye çalışmak, özellikle sözleşme taraflarından birinin kamu kurumu olması halinde, sözleşmenin ilerleyen

⁶²¹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.446.

⁶²² Vietnam Sosyalist Cumhuriyeti, Vietnam Ulusal Petrol ve Gaz Şirketi ile Lasmo Vietnam Ltd. & Itoh Energy Development Co., Ltd. arasında yapılan 1992 tarihli Üretim Paylaşımı Sözleşmesinin 17. maddesi için bkz. Berger, **Renegotiation**, s.1360.

⁶²³ İstikrar klostarı (“*Stabilization Clauses*”), sözleşmede taraflar arasındaki dengelerin korunması amacıyla, sözleşme kurulduktan sonra mevzuatta yapılacak değişikliklerin sözleşmeye uygulanmayacağına kararlaştırıldığı sözleşme klostarıdır. Özellikle bir kamu kurumunun veya devletin taraf olduğu sözleşmelerde, devletin tek tarafı olarak mevzuatta yapacağı değişikliklere karşı uluslararası sözleşmelerin (ticari veya yatırım sözleşmeleri) önemli bir bölümünde bu klostar yer almaktadır. Bkz. Peter, a.g.e., s.214–215; Berger, **Renegotiation**, s.1360.

safhalarında sorunlar doğurabilir. İstikrar klotları “katı” bir sözleşme yapısı yaratırken, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotları (ve yeniden müzakerelerin kararlaştırıldığı mücbir sebep klotları) sözleşmeye “esnek” bir yapı kazandırmaktadır⁶²⁴. Geçmiş deneyimler, uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerden oluşan uluslararası ticari sözleşmeler (ve hatta uluslararası yatırım sözleşmeleri) zamana yayılan ifa sürecinden ötürü belli ölçüde esnek bir yapıya sahip olmaları gerektiğini göstermektedir⁶²⁵. Bu nedenle de kanun/mevzuat değişikliği sorununun ve sözleşmeye olan etkilerinin mücbir sebep klotlarında veya aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında düzenlenmesi daha güvenli bir yol olarak görülmektedir⁶²⁶. Böyle bir yaklaşım hem yükümlülüğü imkânsız hale gelen veya ağırlaşan tarafça hem de sözleşme tarafı Devlet Kurumunca da daha olumlu karşılanacaktır. Bu sayede mevzuatta yapılan değişiklik, sözleşmedeki edimlerden birinin ifasını tamamen imkânsız kıldığı takdirde mücbir sebep olarak nitelendirilecek ve bu klot kapsamında yükümlülük ortadan kalkacak veya şayet kararlaştırılmışsa sözleşmenin yeniden müzakeresi gündeme gelebilecektir. Kanun/mevzuat değişikliğinin taraflardan birinin yükümlülüğünü aşırı derecede külfetli hale getirerek sözleşmedeki ekonomik dengeleri altüst etmesi durumunda da bu mesele aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu kapsamında değerlendirilecek ve sözleşme yeniden müzakere edilerek değişen koşullara uyarlanacaktır.

Aşağıda verilen örnekte tarafların bir istikrar klotu kararlaştırmak yerine, vergi mevzuatındaki değişiklikleri açıkça aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu kapsamında düzenledikleri görülmektedir. Kanaatimizce böyle bir düzenleme, bir istikrar klotuna nazaran daha avantajlı olacaktır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunu/mevzuatını sabitlemeye çalışmak, özellikle sözleşme taraflarından birinin kamu kurumu olması halinde, sözleşmenin ilerleyen safhalarında sorunlar doğurabilecektir:

“... Bu Sözleşme kapsamında, Müteahhidin/Yüklenicinin finansal durumu Yürürlük Tarihinde yürürlükte olan kanun ve tüzüklere dayandığından, gelecekteki kanun, kararname ve tüzüklerin Müteahhidin/Yüklenicinin finansal durumunu etkilemesi ve

⁶²⁴ Bu klotların “sözleşme dengeleyicileri” olduğu yönünde bkz. De Cuyper, Peter, **a.g.m.**, s.788.

⁶²⁵ De Cuyper, Peter, **a.g.m.**, s.787–788.

⁶²⁶ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.447.

özellikle bu Sözleşme süresi boyunca gümrük vergilerinin yüzde (...) aşması durumunda, Tarafların bu Sözleşmenin ekonomik dengesini koruyacak adil bir çözüme ulaşmak için iyi niyetle ve dürüstlük kuralına uygun müzakerelere girecekleri kararlaştırılmıştır. Adil bir çözüme ulaşamamaları durumunda her iki Taraf da meseleyi 31. Madde uyarınca tahkime götürebilir...”⁶²⁷

h. HARİÇ TUTULAN KOŞULLAR VE SÖZLEŞME TARAFLARININ DEĞİŞEN KOŞULLARIN RİSKİNİ ÜSTLENMELERİ

Taraflar belirlenen bazı durumların, aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu haricinde tutulacağını açıkça kararlaştırabilirler ⁶²⁸ . Klozda belli durumların aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu kapsamı dışında kalacağı kararlaştırılabileceği gibi, bu husus taraflardan birinin açıkça bu oluşacak durumun rizikosunu üstlendiğini de taahhüt etmesiyle de ifade edilebilir ⁶²⁹ . Böylelikle sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bu değişiklik, kloz yazıldığı sırada taraflarca öngörüldüğünden, etkilenen tarafların bu riski üstlenmiş oldukları kabul edilecektir:

“... piyasadaki (...) fiyatını etkileyen Alıcının (ülkesindeki) devletin fiyat kontrolü, esaslı *hardship* olarak kabul edilmeyecektir...”;

“... bir Mücbir Sebep olayı ve herhangi bir “*esaslı olumsuz devlet tedbiri*” haricinde, Bakanlığın veya İmtiyazlı Şirketin de makul kontrolü dışında herhangi bir olayın meydana gelmesi...”⁶³⁰

“... Taraflar bu Sözleşmenin süresi boyunca, tarafların kontrolü dışında (olan), işbu Sözleşmenin kurulduğu tarihte öngörülemeyen, bu Sözleşmenin ekonomisinin temelden bozulmasına yol açan ve sonuç olarak her iki tarafın da ortak menfaatleri dikkate alındığında bu Sözleşmenin kayıt ve koşullarının ifasını çekilmez hale getiren, esaslı kalıcı teknik ve ekonomik değişikliklerin (kısa süreli düşük hidrojen

⁶²⁷ Katar Şeyhliği'nin 1994 tarihli “Model Arama ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesi”nin 34. maddesi için bkz. Berger, *Renegotiation*, s.1360.

⁶²⁸ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.130.

⁶²⁹ Kaplan, *a.g.e.*, s.152.

⁶³⁰ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.506.

peroksit fiyatları veya 13. maddede tanımlanan olaylar haricinde) olabileceğinin bilincindedirler...⁶³¹

3. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZUNUN TABİ OLDUĞU REJİM VE UYGULAMA USULÜ

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klocunda, bu klocun ne zaman ve hangi durumlarda uygulanacağı ile birlikte uygulandığı takdirde ne gibi sonuçlar doğuracağı düzenlemektedir⁶³². Öngörülen olaylar meydana gelip sözleşmedeki edimler arası denge bozulduğunda aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu (varsayımı) gerçekleşmiş olacaktır.

a. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Aşırı ifa güçlüğü/hardship kloclarında, mücbir sebep kloclarında olduğu gibi bir bildirim yükümlülüğü taraflarca kararlaştırılmaktadır. Bildirim safhası tarafların oldukça dikkate alması gereken bir safhadır. Çünkü bildirimin yapılmasıyla sözleşmeyi yeniden müzakere safhası başlayacaktır⁶³³. Aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarından etkilenen tarafın sözleşmenin diğer tarafına/taraflarına, klocda belirtilen olayın veya koşulların meydana geldiğini bildireceği kararlaştırılmaktadır. Bu bildirim aynı zamanda klocun uygulanması ve sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi talebini de içerecektir. Bu bildirimde ayrıca sözleşmede belirtilmişse müzakereler süresince zarar gören tarafın edimlerinin ifasının askıya alınacağı ve sair şartlar da (örneğin sözleşmenin uyarlanması için verilen teklif) yer alabilir⁶³⁴. Bildirimin yapılması gereken sürenin de klocda kararlaştırılması, öngörülen usulün daha düzenli işlemlerini sağlayacaktır. Toparlamak gerekirse taraflarca iyi düzenlenmiş bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klocunda en az bir süre, bir biçim (örneğin yazılı olarak), ve bir içerik (aşırı ifa güçlüğü/hardship koşulları ve sonuçlarının açıklanması, tasviri) bulunmalıdır. Bunların dışında edimlerin ifasının müzakereler

⁶³¹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Kloc 5, Enerji sektöründen bir tedarik sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1997, Süresi:15 yıl, Uygulanacak hukuk: İsveç hukuku, s.313.

⁶³² Konarski, a.g.m., s.420.

⁶³³ Almeida Prado, a.g.e., 142.

⁶³⁴ Oppetit, a.g.m., s.805; Almeida Prado, a.g.e., s.141.

süresince askıya alınması veya sözleşmenin uyarlanması teklifi gibi konular da bildirim başlığı altında taraflarca kararlaştırılabilir:

“... *HARDSHIP* meydana geldiği takdirde, A bunu öğrenmesinden itibaren otuz (30) gün içinde, olayın tanımı ve A üzerindeki neticeleri de ekli olarak, B’ye bildirimde bulunacaktır.”⁶³⁵

“Söz konusu tarafın, olayı öğrendiği andan itibaren... bir süre içinde, olayı kesin olarak tanımlayarak ve neden işbu madde kapsamına girdiğini açıklayarak, diğer tarafı bilgilendirmek yükümlülüğü vardır.”⁶³⁶

“... bu olayın meydana gelmesinden itibaren otuz (30) gün içinde, meydana gelen olayın bir tanımını ve İmtiyazlı Şirket üzerindeki muhtemel ekonomik sonuçlarını da içeren bir bildirimde bulunacaktır.”⁶³⁷

“... Kısım 13–2.’deki koşulların bir araya geldiğini addeden taraf, değişikliğe neden olduğu iddia edilen olayın veya olayların niteliğini ve tarihini belirten, uğranılan veya uğranılacak olan aşırı ifa güçlüğü/hardship bir değerlendirmesini ve bu değişikliği telafi etmek için yapılan teklifi içeren bir taahhütlü mektupla karşı tarafa bildirimde bulunacaktır. Bildirimde bulunan tarafça değişikliğe neden olduğu iddia edilen olay(lar)ın meydana geldiği tarihten itibaren (12) ay sonra yapılan bildirim hükümsüz sayılacaktır...”⁶³⁸

Bildirim hususunda herhangi bir açıklama içermeyen aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarına aşağıdaki örnekler verilebilir:

“İmtiyazın ekonomik veya mali dengesinin bozulmasına istinaden olağanüstü koşullarda bir âkit taraf diğer taraftan sözleşmenin koşullarının gözden geçirilmesini talep edebilir...”⁶³⁹

⁶³⁵ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.512.

⁶³⁶ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Klot 1, Havacılık sektöründen bir sözleşme, Kuruluş tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak Hukuk: Fransız Hukuku, s.310.

⁶³⁷ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Klot 12, Bir Proje Finansmanı Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak Hukuk: X, s.310.

⁶³⁸ Occidentale Crude Sales Şirketi (Satıcı) ile Société Commerciale auxiliaire des Pétroles (Alıcı) arasında kurulan 1970 tarihli ham petrol satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu için bkz. Oppetit, *a.g.m.*, s.814.

⁶³⁹ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Klot 2, Tabii Kaynaklar Sektöründen Bir Dağıtım Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: 1998, Süresi: 30 yıl, Uygulanacak hukuk: Arjantin hukuku, s.311.

“Taraflarca bu Sözleşmenin finansal olarak kabul edilemeyeceği hacimde, Alıcının uzun vadeli (ürünün adı) ihtiyacı büyük oranda azalırsa, taraflar başka bir çözüm bulmak için olasılıkları görüşmek amacıyla toplanacaklardır...”⁶⁴⁰

Çoğu zaman bu bildirimin yapılmaması veya geç yapılması durumu aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarında düzenlenmemektedir. Bu bildirimin yapılmaması veya geç yapılması halinde; yaptırımın ne olacağı sözleşmelerde düzenlenmemişse, sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca mesele çözümlenecektir⁶⁴¹. Bu çözüm de muhtemelen aşırı ifa güçlüğü/hardship durumundan etkilenen ve bildirimde bulunmayan tarafın, bildirimde bulunmadığı süre boyunca ağırlaşan yükümlülüklerine katlanması olacaktır⁶⁴². Bu nedenle bu aşırı güç durumdan etkilenen tarafların derhal bu bildirimde bulunmaları kendi çıkarlarına olacaktır, zira bu bildirim bir kere yapıldığı takdirde sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin uyarlanması için müzakerelere katılmak zorunda kalacaktır⁶⁴³.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun gerçekleştiğinin resmi makamlardan alınan bir takım belgelerle tevsik edilmesi ve gerekçelendirilmesi, mücbir sebep klozlarından farklı olarak, bu klozlarda kararlaştırılmamaktadır. Zira mücbir sebep klozları kapsamındaki olaylar genellikle başlama veya meydana gelme tarihi kesin ölçülerle belirlenebilen olaylardır. Buna karşın edimin ifasını aşırı güç kılan olaylar ve durumlar ise zamana yayılmakta ve zaman içinde tarafların ticari ilişkilerinin seyrini değiştirmektedir. Bu sebeple koşulların değiştiğinin resmi makamlarca belgelendirilmesi oldukça güçtür. Zaten bu hususun var olup olmadığı incelemek için bu klozlarda sözleşmenin taraflarca yeniden müzakeresi kararlaştırılmaktadır.

b. SÖZLEŞMENİN YENİDEN MÜZAKERE EDİLMESİ

Değişen koşullardan ötürü sözleşme dengesinin bozulması, taraflar arasındaki ticari ilişkilerin bir hukuki uyumsuzlığa doğru gidişindeki ilk adımdır⁶⁴⁴. Yükümlülüklerin ağırlaşması ve belli bir müddetten sonra çekilmez ölçüde külfetli

⁶⁴⁰ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Kloz 16, Enerji sektöründen bir tedarik sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1998, Süresi:8 yıl, Uygulanacak hukuk: İsveç hukuku, s.320–321.

⁶⁴¹ Baysal, a.g.e., s.204.

⁶⁴² Baysal, a.e., s.168.

⁶⁴³ Almeida Prado, a.g.e., s.142.

⁶⁴⁴ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.513.

hale gelmesi tarafların arasında bir uyuşmazlık doğuracaktır. Bu uyuşmazlığın hemen tahkim veya devlet mahkemesi önünde çözümlemeye gidilmesi halinde taraflar, davayı kazanmak amacıyla zaman ve para sarf edecekler ve verilen karar da sadece aralarından birini memnun edecektir. Oysa müzakereler aracılığıyla uzlaşma sağlanması için uğraştıklarında, her iki tarafın da menfaatlerini uzlaştıracak bir ortak çözüm için çaba sarf edeceklerdir⁶⁴⁵. Doktrinde uluslararası ticari ilişkilerinde meydana gelen meselelerin tarafların aralarında yapacakları müzakereler yoluyla çözümünün mümkün olması halinde, sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin oldukça faydalı olacağına işaret edilmiştir⁶⁴⁶.

Uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan aşırı ifa güçlüğü/hardship klorlarının birincil amacı taraflar arasında değişen koşullar nedeniyle bozulan ekonomik dengeyi yeniden sağlayarak sözleşme ilişkisini ayakta tutmaktır⁶⁴⁷. Bu sebeple de taraflar sözleşmelerinde yeniden bir takım düzenlemeler yapma gereğini duyarak sözleşmelerini uyarlayacaklardır. Uyarlama uygulamada tarafların bir araya gelip sözleşmelerini yeniden müzakere etmeleri ile mümkün olmaktadır. Aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun gerçekleştiğinin karşı tarafa bildirilmesi ile sözleşmenin yeniden müzakeresi safhasına geçilecektir. Bu safhada taraflar değişen koşulların sözleşme üzerindeki etkisini ortadan kaldırıp, sözleşmenin bozulan ekonomik dengesini yeniden sağlamak için görüşmelerde bulunacaklardır.

Sözleşme tarafları sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi sürecinde sözleşmenin ekonomik dengesinin yeniden sağlanmasını hedeflerken, sözleşmenin hangi safhasındaki ekonomik dengeyi kastettiklerini de aşırı ifa güçlüğü/hardship klorunda açıkça kararlaştırabilirler. Taraflar dengenin yeniden sağlanmasını hedeflerken başlangıçta tarafların yükümlülükleri arasındaki dengenin yeniden sağlanmasını, sözleşme ilişkisi sürecinde koşulları değiştiren olaylardan evvel mevcut olan dengeye geri dönülmesini veya daha evvel mevcut olan sözleşmenin ekonomik dengesini dikkate almaksızın aralarında yapacakları müzakerelerle sözleşmenin devam etmesini sağlayacak yeni bir denge kurulmasını

⁶⁴⁵ Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.137.

⁶⁴⁶ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.373.

⁶⁴⁷ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.526; Konarski, *a.g.m.*, s.423.

kararlařtırabilirler⁶⁴⁸. Sonuç olarak tarafların sözleşmenin bozulan dengesini yeniden sağlamak amacıyla kararlaştırdıkları dengenin niteliği, uyarlamanın sözleşme ilişkisi üzerindeki ekonomik sonuçlarını da etkileyecektir⁶⁴⁹.

Taraflar, sözleşmenin kurulduğu zamanda tarafların yükümlölükleri arasındaki ekonomik dengeyi⁶⁵⁰, bir başka deyişle taraflar arasındaki ticari ilişkinin kurulduğu zamandaki risk dengesini esas alabilirler⁶⁵¹:

“... Bu değişiklikler üzerine, Başlangıç Tarihinden itibaren doksan aydan önce olmamak kaydıyla, taraflar yukarıdaki sonuçları düzeltebilecek makul bir çözüm bulmak için toplanacaklardır. Bu çözüm her halükarda Tarafların sözleşmenin kurulduğu tarihteki temel ekonomik ve ticari menfaatlerini koruyacaktır...”⁶⁵²

“Fransız frangı veya doların devalüasyonu veya revalüasyonu halinde, taraflar yeni durumun sonuçlarını incelemek ve henüz teslim edilmemiş ve henüz bedeli ödenmemiş miktarlar için, sözleşmenin başlangıçtaki amaçlarına ve ruhuna uygun olarak sözleşmenin dengesini sağlamak amacıyla önlemler almak için bir araya geleceklerdir.”⁶⁵³

Taraflar sözleşmenin ekonomik dengesinin yeniden sağlamaya çalışırken, özellikle uzun süreli sözleşmelerde ilerleyen yıllarda koşulların değişmesi nedeniyle başlangıçta mevcut olan dengenin yeniden sağlanması hedeflemek yerine koşulların değişmesinden, yani aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunu oluşturan olayların meydana gelmesinden önceki risk dengesinin yeniden sağlanmasını da kararlařtırabilirler⁶⁵⁴.

“... İdare/Devlet ile Yüklenici/Müteahhit iyi niyetle müzakerelerde bulunacaklar ve Yüklenici/Müteahhidin bu Sözleşmedeki ekonomik hak ve menfaatleri böyle bir değişiklik meydana gelmeseydi nasıl olacak idiyse o seviyeye eşit hale getirmek için

⁶⁴⁸ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.526.

⁶⁴⁹ Almeida Prado, a.g.e., s.145.

⁶⁵⁰ Almeida Prado, a.e., s.143.

⁶⁵¹ Boughaba, a.g.e., s.293.

⁶⁵² Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 5, Enerji sektöründen bir tedarik sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1997, Süresi:15 yıl, Uygulanacak Hukuk: İsveç hukuku, s.313.

⁶⁵³ ICC Award No.2478 (1974), Jarvin, Derains, a.g.e., s.25.

⁶⁵⁴ Almeida Prado, a.e., s.144.

bu Sözleşmenin hükümlerinde yapılması gereken değişiklikler üzerinde uzlaşacaklardır...”⁶⁵⁵

“... HARDSHIP bildirimini izleyen 7 gün içinde, TARAFLAR, MNTC’yi HARDSHIP meydana gelmeden önceki duruma getirecek bir çözüm bulmak için derhal bir araya geleceklerdir. Bu çözüm İZİN VERİLEN GEÇİŞ ÜCRETLERİ’nde düzenlenmeyi, İMTİYAZ SÜRESİ’nin uzatılmasını, İNŞAAT’ın yeniden programlanmasını ve PROJE UYGULAMA TAKVİMİ’nin düzenlenmesini ve/veya kararlaştırılacak diğer tazminatları kapsayabilir...”⁶⁵⁶

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu ile amaçlanan sözleşme ilişkisinin ayakta tutulmasıdır. Bu nedenle sözleşmenin yeni kurulacak dengesinin muhakkak daha evvel mevcut olan denge ile bir bağlantısı bulunması gerekmez. Taraflar yapacakları düzenleme ile sözleşmede bozulan dengesinin yeni koşullarla “*hakkaniyet*”e ve “*dürüstlük kuralı*”na uygun şekilde düzeltilmesini kararlaştırabilirler⁶⁵⁷:

“...Ayrıca, böyle bir durum meydana gelmesi halinde, Taraflardan birinin yapacağı ilk yazılı talep üzerine Taraflar görüşecekler ve ilişkilerinin devamını sağlamak amacıyla işbu Sözleşmeyi ortaklaşa değiştirmek için azami gayreti göstereceklerdir...”⁶⁵⁸

“... Bakanlık ve İmtiyazlı Şirket, bildirimden 10 gün sonra, karşılıklı olarak durum için tatminkâr bir çözüme ulaşmak amacıyla görüşeceklerdir...”⁶⁵⁹

“... aşırı bir ekonomik ifa güçlüğü yarattığını ileri sürer ve yine aynı bildirimle bu sözleşmedeki hükümlerin gözden geçirilmesinin veya değiştirilmesinin (ve şayet gerekiyorsa bu koşullarda nasıl bir gözden geçirme veya değişiklik yapılmasını) gerekli olup olmadığının belirlenmesi maksadıyla durumun müşterek incelenmesine katılmasını talep ederse, Taraflar (tahkime başvurulmaksızın) inceleme talebini içeren bildirimin ulaşmasından itibaren 1 ay içinde, değişen koşulların etkilenen

⁶⁵⁵ Demokratik Etiyopya Cumhuriyeti Devleti ile International Petroleum (Bermuda) Limited arasındaki Petrol Arama ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesi için bkz. De Cuyper, Peter, **a.g.m.**, s.790.

⁶⁵⁶ Almeida Prado, **a.g.e.**, Ek III, Klot 15, s.319–320.

⁶⁵⁷ Almeida Prado, **a.e.**, s.144.

⁶⁵⁸ Almeida Prado, **a.e.**, Ek III, Klot 10, Otomotiv Sektöründen Bir Distribütörlük Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1993, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.316.

⁶⁵⁹ Almeida Prado, **a.e.**, Ek III, Klot 12, Bir Proje Finansmanı Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: X, s.318.

Taraf üzerindeki etkilerini iyi niyetle azaltmak için müşterek incelemeye katılacaklardır.”⁶⁶⁰

Şayet taraflar klotda müzakereler neticesinde ekonomik dengenin nasıl olması gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm kararlaştırmazlarsa, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre bu mesele çözülecektir.

i. SÖZLEŞMENİN YENİDEN MÜZAKERE EDİLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin temelinde aynı aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunda olduğu gibi dürüstlük kuralı bulunmaktadır ⁶⁶¹ . Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında sözleşmenin uyarlanmasına müsaade eden ulusal hukuk düzenlerinde tarafların sözleşmelerini yeniden müzakere etmeleri hususunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir⁶⁶². Bu sebeple sözleşmede kararlaştırılan “yeniden müzakere etme” kavramının hukuki niteliğinin ne olduğunun saptanmasında pratik bir yarar vardır. Şöyle ki sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi şayet bir yükümlülük olarak kararlaştırılırsa, tarafların bu yükümlülüğe aykırı fiilleri nedeniyle sözleşmede ve sözleşmeye uygulanacak hukukta mevcut olan yaptırımlar devreye girecektir. Bununla birlikte bir ödev olarak kararlaştırılması durumunda ise bu ödevini yerine getirmeyen taraf sahip olduğu haklarını kullanamayacaktır⁶⁶³. Buna karşın yükümlülüğün ifa edilmemesinde olduğu gibi ayrıca sözleşmedeki cezai şart, tazminat gibi yaptırımlar veya uygulanacak hukukta öngörülen sair yaptırımlar söz konusu olmayacaktır.

Tarafların bu hususta açık bir hüküm koymadıkları durumlarda işte bu ayrımın yapılması gerekecek, yeniden müzakere etme bir ödev olarak takdir edilirse bu ödevini yerine getirmeyen taraf lehine olan uyarılama hakkını kaybedecek; yükümlülük olarak takdir edilirse yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf hem

⁶⁶⁰ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 3, Kimya Sektöründen Bir Satım Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1990, Süresi:10 yıl, Uygulanacak hukuk: Belçika hukuku, s.311.

⁶⁶¹ Brunner, a.g.e., s.480.

⁶⁶² İsviçre/Türk ve Alman hukukunda sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanınmakta, fakat sözleşmenin taraflarca yeniden müzakeresine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁶⁶³ Ödev kavramı ile yükümlülük kavramı arasındaki farklar için bkz. Baysal, a.g.e., s.233.

sözleşmede kararlaştırılan hem de sözleşmeye uygulanacak hukukta mevcut olan yaptırımlarla karşılaşacaktır⁶⁶⁴.

Uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında sözleşmenin yeniden müzakeresi genellikle bir yükümlülük olarak kararlaştırılmaktadır⁶⁶⁵. Kanaatimizce uygulamada sözleşmenin yeniden müzakere girişiminin taraflarca bir yükümlülük olarak kararlaştırılmasının nedeni tarafların kendi aralarında bulabilecekleri çözümün diğer uyumsuzluk çözüm yollarına tercih etmeleridir⁶⁶⁶. Öte yandan sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin hukuki niteliğinin bir yükümlülük olarak sözleşmede kararlaştırılması sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması temeline yatan dürüstlük prensibi ile de uyumlu olacaktır. Zira sözleşmeyi dürüstlük kuralına aykırı olarak yeniden müzakere etmeye yanaşmayan veya müzakere sürecini dürüstlük kuralına aykırı olarak engelleyen ve çıkmaza sürükleyen taraflar, tazminat yaptırımı ile karşılaşacaklardır.

Yeniden müzakere etme yükümlülüğü, sözleşme taraflarına değişen koşulları birlikte inceleyerek sözleşmenin bozulan ekonomik dengesini sağlamak için önerilerini sunma borcunu yüklemektedir⁶⁶⁷. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu ile taraflara getirilen bu yükümlülüğün hem doktrinde⁶⁶⁸ hem de hakem kararlarında⁶⁶⁹ bir vasıta borcu olduğu kabul edilmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere klozlarda açıkça bu yükümlülüğün mutlak olarak taraflara bir sonuca ulaşma zorunluluğu yüklenmediği genellikle belirtilmemekle birlikte, bazı klozlarda bu hususun açıkça belirtildiği görülmektedir:

⁶⁶⁴ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.517.

⁶⁶⁵ De Cuyper, Peter, *a.g.m.*, s.791; Oppetit, *a.g.m.*, s.806; yükümlülük olarak kararlaştırılmasının sakıncaları hususunda bkz. Baysal, *a.g.e.*, s.233-234.

⁶⁶⁶ Uyuşmazlığın üçüncü bir şahsın müdahalesi ile çözülmesinde hâkimlerin ve hakemlerin sözleşmeyi uyarlamada yeterli olmadıklarından tereddüt edilmektedir. Bkz. Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.527, Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek II Tablo C-3, s.306.

⁶⁶⁷ Baysal, *a.g.e.*, s.204; Sözleşmenin düzenlenmesi için değişiklikler yapmak üzere bir anlaşma olduğuna ilişkin bkz. Almeida Prado, *a.g.e.*, s.214; Boughaba, *a.g.e.*, s.287.

⁶⁶⁸ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.195; Kahn, *a.g.m.*, s.482.

⁶⁶⁹ Bir Amerikan şirketi (Satıcı/Davacı) ile İspanyol şirketi (Alıcı/Davalı) aralarında belli kalitede kömür satımına ilişkin bir sözleşme kurmuşlardır. Alınacak kömür bedelinin her altı ayda bir yapılacak müzakereler çerçevesinde belirlenmesi kararlaştırılmıştır. 4. dönemin sonunda uzlaşma sağlanamamasının davalıdan kaynaklandığı iddiasıyla davacı söz konusu uyuşmazlığı MTO tahkim mahkemesine götürmüştür. Hakem söz konusu olayın *lex mercatoria* olarak adlandırılan uluslararası ticaret genel prensiplerine göre çözülmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kararda *lex mercatoria* uyarınca müzakere etme yükümlülüğünün sonuç borcuna oldukça yaklaşan bir vasıta borcu doğurduğu ifade edilmiştir. Bkz. ICC Award No.5953 (1989), Jarvin, Derains, Arnaldez, *a.g.e.*, s.438-439.

“... Taraflar ekonomik güçlükleri karşılıklı olarak kabul edilebilir koşullarla çözmek için iyi niyetle gayret göstereceklerdir, ancak Taraflar için bir anlaşmaya varma yükümlülüğü bulunmayacaktır...”⁶⁷⁰

“MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozu 2003

... 2. Bu Klozun 1. paragrafına bakılmaksızın, sözleşme Taraflarından biri (Âkit Taraf),

[a] sözleşmedeki yükümlülüklerinin aralıksız ifasının, sözleşme kurulduğu sırada dikkate alınması makul olarak beklenemeyecek, makul kontrolü dışındaki bir olaydan ötürü aşırı ölçüde külfetli hale geldiğini; ve...”

[b] bu olaydan veya sonuçlarından makul olarak kaçınamayacağını veya üstesinden gelemeyeceğini,

kanıtlarsa; taraflar, bu Klozun uygulanmasının talep edilmesinden (itibaren) makul bir süre içinde, bu olayın sonuçlarını karşılayacak alternatif sözleşme koşullarını müzakere etmekle yükümlü olacaklardır...”⁶⁷¹

Doktrinde tüm yazarların üstünde birleştikleri gibi, taraflar iyi niyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bu müzakereleri yürütecekler ve sözleşmenin uyarlanması için ellerinden geleni yapacaklar/azami gayret (“*best efforts*”) göstereceklerdir. Tarafların sözleşmenin uyarlanması sonucuna ulaşmak gibi bir zorunluluk yoktur⁶⁷². Bu hususun çoğu kez aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında altının çizildiği görülmüştür⁶⁷³.

“... Ayrıca, böyle bir durum meydana gelmesi halinde, Taraflardan birinin yapacağı ilk yazılı talep üzerine Taraflar görüşecekler ve ilişkilerinin devamını sağlamak amacıyla işbu Sözleşmeyi ortaklaşa değiştirmek için azami gayreti göstereceklerdir...”⁶⁷⁴

⁶⁷⁰ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.517.

⁶⁷¹ Birçok klotda bu husus açıkça yer almadığı gibi model klotda da sadece müzakere etme yükümlülüğüne atıf yapıldığı için bu sonuca zımnen ulaşılmaktadır. ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.15.

⁶⁷² Draetta, Lake, **a.g.e.**, s.195; Kahn, **a.g.m.**, s.482; Berger, **Renegotiation**, s.1367; Peter, **a.g.e.**, s.247.

⁶⁷³ Oppetit, **a.g.m.**, s.806, Draetta, Lake, **a.g.e.**, s.195; Boughaba, **a.g.e.**, s.287; De Cuyper, Peter, **a.g.e.**, s.792; Almeida Prado, **a.g.e.**, s.146.

⁶⁷⁴ Almeida Prado, **a.e.**, Ek III, Klot 10, Otomotiv Sektöründen Bir Distribütörlük Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1993, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.316.

“Taraflar bu Sözleşmenin amacını gerçekleştirebilmek için birbirleriyle işbirliği yapacaklar ve Düzeltme Tarihinin olduğu yıldan sonraki yedinci yılda toplanacaklardır... Sözleşmede gerekli olan değişiklikler üzerinde uzlaşmak için azami gayreti göstereceklerdir...”⁶⁷⁵

Bununla birlikte sözleşmenin taraflarca yeniden müzakeresine ilişkin açık bir hükmün olmaması durumunda tarafların bu yönde zımni bir yükümlülükleri de yoktur. Bir başka deyişle sözleşmenin yeniden müzakere edileceğine ilişkin herhangi bir kaydın bulunmaması durumunda, taraflardan birinin yeniden müzakere talebinin diğer tarafça reddi, uluslararası hukukunun genel prensipleri ve uluslararası ticari teamüller çerçevesinde herhangi bir yaptırıma tabî olmayacaktır⁶⁷⁶.

ii. SÖZLEŞMEYİ YENİDEN MÜZAKERE YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANILMASI VE SONUÇLARI

Sözleşmenin karşı tarafı herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi yeniden müzakere etmekten kaçınırsa (ileri sürülen koşulların ve sonuçlarının incelenmesinin dahi reddedilmesi veya yapılacak müzakereler sırasında işbirliğinden kaçınma gibi) veya müzakereler esnasında kötü niyetle müzakereleri bir çıkmaza sürükler, yapılmasını güçleştirir ve herhangi bir gerekçe göstermeksizin masadan kalkarsa, bu durumda yeniden müzakere etme yükümlülüğüne aykırı davranmış ve sözleşmeyi ihlal etmiş olacaktır⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ Peter, a.g.e., s.243.

⁶⁷⁶ Brunner, a.g.e., s.481.

⁶⁷⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.517; Oppetit, a.g.m., s.806; De Cuyper, Peter, a.g.m., s.791; Boughaba, a.g.e., s.287 ve s.295; Almeida Prado, a.g.e., s.146; Doktrinde yeniden müzakere etme yükümlülüğünün içeriği genel hatları ile belirlenmeye çalışılmıştır:

1. Kızda belirtilen müzakere çerçevesine bağlı kalmak,
2. Sözleşmenin diğer hükümlerine uymak,
3. Taraflar arasında daha evvel mevcut olan sözleşme uygulamasını göz önünde bulundurmak,
4. Bir anlaşmaya varmak için ciddi gayret göstermek,
5. Karşı tarafın menfaatlerine dikkat etmek,
6. Uyarlamaya ilişkin bilgileri sağlamak,
7. Uzlaşmaya hazırlıklı olmak,
8. Müzakereler sürecinde esnekliği korumak,
9. Makul ve uygun çözümleri aramak,
10. Uyarlama için somut ve makul önerilerde bulunmak,
11. Özensiz ve aceleyle getirilmiş tekliflerden kaçınmak,
12. Sunulan çözüm önerilerini gerekçelendirmek,
13. Zor ve karmaşık konularda uzman görüşü almak,
14. Karşı tarafın yaptığı tekliflere en kısa sürede cevap vermek,

Gerekçe göstermeksizin sözleşmenin yeniden müzakere edilmesine karşı çıkan tarafa karşı sözleşmede veya sözleşmeye uygulanacak hukukta var olan çözümler uygulanacaktır⁶⁷⁸. Bu aşamada meydana gelen değişikliklerden zarar gören taraf, kötü niyetle müzakerelere yanaşmayan veya yarıda bırakan taraftan, bu yükümlülüğe aykırılıktan ötürü uğradığı zararları talep edebilecektir⁶⁷⁹. Elbette uygulamada taraflardan birinin kötü niyetle yeniden müzakere etme yükümlülüğünü ihlal ettiğini kanıtlamak oldukça güç olacaktır⁶⁸⁰. Bu bakımdan ihtilafın meydana gelmesi durumunda hakem veya hâkim tarafların somut olayda gösterdikleri davranışın kötü niyetli olup olmadığına karar verecektir⁶⁸¹.

Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin genellikle uluslararası ticari sözleşmelerde bir yükümlülük olarak kararlaştırıldığı yukarıda ifade edilmiştir. Bu yükümlülüğe uymaksızın sözleşmenin feshedilmesinin veya meselenin doğrudan tahkime veya devlet mahkemelerine götürülmesinin mümkün olup olmadığı bu noktada sorulabilir. Kanaatimizce aşırı ifa güçlüğü/hardship klorlarında tarafların herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde sözleşmenin taraflar arasında yeniden müzakere edileceğini kararlaştırdıkları durumlarda, sözleşme taraflarından birinin bu yükümlülüğe aykırı olarak sözleşmeyi doğrudan feshetmesi veya sözleşmeyi değişen koşullara uyarlanması için meseleyi tahkime veya devlet mahkemelerine götürmesi, sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır⁶⁸².

15. Fiyat-performans ilişkisini korumak için tarafların uygun buldukları parametreleri dikkate almak,

16. Karşı tarafın zararına olacak veya haksız menfaat sağlayacak her şeyden kaçınmak,

17. Müzakerelerde daha evvel saptanmış durumları yeniden tartışmaktan kaçınmak,

18. Makul bir sürede bir anlaşmaya varmak için çaba göstermek,

19. Müzakereler sürecinde gereksiz gecikmelerden kaçınmak. Bkz. Berger, *Renegotiation*, s.1366.

⁶⁷⁸ Baysal, *a.g.e.*, s.204 vd.

⁶⁷⁹ Brunner, *a.g.e.*, s.482; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.147; Berger, *Renegotiation*, s.1369, Bu yükümlülüğe aykırılıktan doğan zararların belirlenmesinin oldukça güç olacağı hususunda bkz. Kröll, *a.g.e.*, s.447.

⁶⁸⁰ Berger, *Renegotiation*, s.1369.

⁶⁸¹ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.148.

⁶⁸² Uzlaştırma usulünün öncelikle uygulanacağını kararlaştırıldığı durumlarda da aynı prensip geçerli olacaktır. Bkz. Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.138; Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.376.

c. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP DURUMUNUN GERÇEKLEŞTİĞİNİN SAPTANMASI

Sözleşmede karşı tarafın gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye yanaşmaması veya kötü niyetle sözleşme müzakerelerini sonuçsuz bırakmaya çalışması, sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi yükümlülüğüne aykırılık oluşturacaktır. Bununla birlikte sözleşmenin karşı tarafı aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle sözleşmenin yeniden müzakere edilip uyarlanmasına gerek olmadığını ve sözleşmenin aynen ifa edilmesini talep edebilir. Bu durumda söz konusu koşullarının oluşup oluşmadığının tespit edilmesi gerekir⁶⁸³. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klorlarının çoğu bu saptama hususunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Öte yandan, özellikle kullanılan ifadenin belirsizliği de dikkate alındığında, koşulların değiştiğinin saptanması meselesi taraflar için oldukça hassas bir konudur⁶⁸⁴. Aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarının oluştuğunun, taraflarca karşılıklı olarak dostane yollarla saptanamaması halinde herhangi bir denetim yoluna başvurulmayacağını (bu haktan baştan feragat edilmesi) ve sözleşmenin olduğu gibi bırakılacağını kararlaştırmak, sözleşme ekonomisini zarar gören taraf için çekilmez hale getirebilir. Bu konuda uyuşmazlık çıkması halinde, taraflar yazılı olarak sözleşmenin tek taraflı feshedilebileceğini de kararlaştırabilirler. Elbette kararlaştırıldığı takdirde taraflardan biri tespitite bulunma hakkını tek taraflı olarak saklı tutulabilir:

“... ödünç verenin takdirine bağlı olarak, önemli bir olumsuz etkiye sahip/veya niteliğinde olan, bir olay veya değişim...”⁶⁸⁵

Böyle bir değerlendirme iyi niyet ve dürüstlük kuralına uygun yapılmalıdır, ancak bununla birlikte bu hakkın kötüye kullanılması riski de taraflarca göz ardı edilemez. Taraflardan biri bu klorun uygulanmasını talep ettiği anda, aşırı ifa güçlüğü/hardshipten etkilenen tarafın maruz kaldığı zararlara paralel olarak kâr eden karşı tarafın, sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinden kaçınması mümkündür. Hatta menfaatleri zedelenmeyen karşı tarafın eğilimi bu durumun gerçekleştiğinin dahi tartışılmasına yönelik olacaktır. Taraflardan birinin tek taraflı bu koşulların

⁶⁸³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.510; Almeida Prado, a.g.e., s.147.

⁶⁸⁴ Boughaba, a.g.e., s.272.

⁶⁸⁵ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.510.

oluşturduğuna kanaat getirmesi yerine koşulların gerçekleştiğinin saptanması hususu taraflardan bağımsız hakemlere (veya hâkime) veya bilirkişilere bırakılmasının taraflarca kararlaştırılması⁶⁸⁶, klotun pratikte daha rahat kullanılmasını sağlayacaktır. Aşağıda verilen örneklerde bu olasılığın önüne geçilmek istenmiştir:

“... (zarar gören) taraf... bir bildirimle diğer taraftan söz konusu olayın meydana geldiğini saptamak için bir toplantı talep edebilir... Satıcı ve alıcı... altmış gün içinde anlaşamadıkları takdirde, ...taraflardan her biri meselenin tahkime götürülmesini talep edebilirler... Hakemler anılan olayın meydana gelip gelmediğini belirleyeceklerdir...”⁶⁸⁷

“... Kısım 13-3’te atıf yapılan bildirimi alan tarafın müzakereyi kabul etmemesi veya bildirimde bulunan tarafa bildirimi aldığı tarihten itibaren otuz (30) gün içinde cevap vermemesi durumunda, bildirimde bulunan tarafın Bölüm III Kısım XV’te belirtilen usule uygun olarak meseleyi tahkime götürme hakkı olacaktır. Tahkim mahkemesinin amacı, bildirimde bulunan tarafça iddia edilen olayın Kısım 13-2’de yer alan koşulları yerine getirip getirmediğini saptamaktır. Tahkim mahkemesi bu koşulların oluşmadığına kanaat getirirse, bu Sözleşme aynen yürürlükte kalacaktır. Tahkim mahkemesi koşulların oluştuğuna kanaat getirirse, taraflar için Kısım 13-5’teki doksan (90) günlük süre tahkim kararının verildiği tarihten başlayacak ve Kısım 13-6’daki hükümler uygulanacaktır...”⁶⁸⁸

“... Uzlaşma olmamasından dolayı, tarafların her birinin tayin edeceği bir ekonomist bilirkişinin, gerektiğinde bir finans uzmanının, öngörülemeyen bir olayın neticesinde işbu sözleşmedeki menfaatlerin temelden sarsıldığını incelemek üzere toplanacağı kararlaştırılmıştır.”⁶⁸⁹

Koşulların sözleşme ekonomisini bozarak aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu meydana getirip getirmediğini saptamak amacıyla klotda belirlenmiş olan “hakem” ve “bilirkişinin” niteliği tartışılmıştır. Bu mesele daha detaylı olarak sözleşmenin 3. şahıs tarafından gözden geçirilip uyarlanması bölümünde incelenecektir. Burada ifade edilmelidir ki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun bu hususta bir boşluk

⁶⁸⁶ Boughaba, a.g.e., s.284; Kröll, a.g.m., s.451.

⁶⁸⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.510.

⁶⁸⁸ Occidentale Crude Sales Şirketi (Satıcı) ile Société Commerciale auxiliaire des Pétroles (Alıcı) arasında kurulan 1970 tarihli ham petrol satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu için bkz. Oppetit, a.g.m., s.814.

⁶⁸⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.510.

içermesi, bir başka deyişle herhangi bir hüküm içermemesi durumunda koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, sözleşmede belirlenen uyuşmazlık çözüm yolu (tahkim mahkemesi veya devlet mahkemeleri önünde) tarafından tespit edilecektir⁶⁹⁰. Bu bakımdan verilecek karar taraflar için bağlayıcı olacaktır⁶⁹¹. Mahkeme aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarının bir araya geldiğine hükmederse tarafların müzakere masasına oturmaması için ortada herhangi bir gerekçe kalmaz. Taraflar sözleşmeyi yeniden müzakere edecekler ve aşağıda inceleneceği üzere ya uyarlayacaklar, ya aynen koruyacaklar ya da feshedeceklerdir. Öte yandan verilen kararda aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarının meydana gelmediğine hükmedildiği takdirde sözleşme başlangıçta kararlaştırılan kayıt ve şartlarla devam edecek ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun uygulanmasını ve dolayısıyla sözleşmenin uyarlanması isteyen taraf da sözleşmedeki yükümlülüklerini aynen ifa etmeye devam edecektir⁶⁹².

Şayet klotda bu durumun gerçekleştiğini tespit etmeye yönelik herhangi bir düzenleme yapılmamışsa ve sözleşmede herhangi bir uyuşmazlık çözüm yolu seçilmemişse, karşı tarafın aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun gerçekleştiğini herhangi bir gerekçe göstermeksizin, haksız olarak reddetmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerekeceği sorusu akla gelebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, haksız olarak ve gerekçe göstermeksizin sözleşmenin yeniden müzakere edilmesine karşı çıkan tarafa karşı sözleşmede veya sözleşmeye uygulanacak hukukta var olan çözümler uygulanacaktır⁶⁹³. Öte yandan klotun uygulanmasını isteyen taraf, dava açacağı yetkili mahkeme önünde sözleşmenin kloza uygun bir şekilde uyarlanmasını ve karşı tarafın bu haksız davranışından dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesini de talep edebilecektir⁶⁹⁴.

d. MÜZAKERELERİN DÜZENLENMESİ

Sözleşmenin dengesini yeniden sağlıklı biçimde kurmak için yapılacak müzakereler tarafların birbirlerine sunacakları teklif ve karşı teklifleri ve yapacakları toplantılar ile sürdürülecektir. Müzakerelerin bu ince detaylarının aşırı ifa

⁶⁹⁰ De Cuyper, Peter, **a.g.m.**, s.791.

⁶⁹¹ Boughaba, **a.g.e.**, s.285.

⁶⁹² Almeida Prado, **a.g.e.**, s.147.

⁶⁹³ Baysal, **a.g.e.**, s.204 vd.

⁶⁹⁴ Boughaba, **a.g.e.**, s.287.

güçlüğü/hardship klotlarında kararlaştırılması mümkün değildir. Ancak müzakerelerin nasıl başlayacağı, müzakereler süresince karşılıklı yükümlülüklerin akıbetinin ne olacağı ve yapılacak müzakerelere getirilecek zaman kısıtlamaları genellikle klotlarda kararlaştırılmaktadır.

Sözleşmenin yeniden müzakereleri, aşırı ifa güçlüğü/hardship durumundan etkilenen tarafın karşı tarafa bir değişiklik önerisinde bulunması⁶⁹⁵ (sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin değişikliklerin aşırı ifa güçlüğü/hardship bildiriminin ekinde bulunacağı taraflarca kararlaştırılabilir⁶⁹⁶) ile yahut değişen koşullardan etkilenmeyen tarafın kendisine yapılan bildirim üzerine yapacağı öneri ile başlayabilir. Bunlarla birlikte sözleşmede taraflardan birinin yapacağı teklif ile müzakerelere başlanacağı da kararlaştırılabilir⁶⁹⁷. Tarafların bildirimde bulunması gereken sürenin kloza ilave edilmesi, süreci hızlandırıcı bir etki yaratacaktır:

“Bu itibarla, işbu 26.1. Paragrafından yararlanan Tarafın, Ekonomik Koşullarda Değişiklik meydana geldiğini diğer Tarafa bildirmek ve Projenin ekonomik dengesini eski duruma getirilmesini sağlamak için uygun yolları kararlaştırmak amacıyla diğer Tarafı toplantıya çağırarak için, Ekonomik Koşullarda Değişikliğe vakıf olmasından itibaren (15) günlük süresi bulunmaktadır...”⁶⁹⁸

Özellikle sürekli edimli sözleşmelerde (distribütörlük, mal, enerji ve hammadde tedariki, inşaat sözleşmeleri gibi) karşılıklı yükümlülüklerin akıbetinin müzakereler süresince ne olacağının aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında kararlaştırılması oldukça önemlidir⁶⁹⁹. Bu bakımdan taraflarca iki farklı yaklaşım benimsenebilir. Taraflar sözleşmedeki karşılıklı edimlerin müzakereler süresince

⁶⁹⁵ UPICC 6.2.3. maddesinin birinci bendinde mağdur tarafın geciktirmeden ve gerekçeli olarak müzakerelerin yeniden açılmasını isteyebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte taraflar bu hususu sözleşmelerinde de kararlaştırabilirler.

⁶⁹⁶ “... aşırı bir ekonomik ifa güçlüğü yarattığını ileri sürer ve yine aynı bildirimle bu sözleşmedeki hükümlerin gözden geçirilmesinin veya değiştirilmesinin (ve şayet gerekiyorsa bu koşullarda nasıl bir gözden geçirme veya değişiklik yapılmasını) gerekli olup olmadığının belirlenmesi maksadıyla durumun müşterek incelenmesine katılmasını talep ederse...” Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 3, Kimya Sektöründen Bir Tedarik Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1990, Süresi:10 yıl, Uygulanacak hukuk: Belçika hukuku, s.311.

⁶⁹⁷ Baysal, a.g.e., s.231.

⁶⁹⁸ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 11, Bir Termik Santralin Finansmanı, İnşaatı, İşletmesi ve Devrine İlişkin Sözleşme, Kuruluş tarihi: 1998, Süresi: 20 sene, Uygulanacak hukuk: Burkina Faso hukuku, s.317.

⁶⁹⁹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.523.

aynen ifa edileceğini kararlaştırabilirler⁷⁰⁰. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda yükümlülüklerin ifasının askıya alınması açıkça kararlaştırılmadıkça, tarafların sözleşmedeki yükümlülüklerini aynen ifa edecekleri kabul edilmektedir⁷⁰¹. Zira uluslararası ticari sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu, sözleşmeye bağlılık temel prensibinin bir istinasıdır ve bu bakımdan dar yorumlanması gerekir⁷⁰².

“... Sözleşmenin uyarlanması talebini haklı kılan bir olayın meydana gelmesi, hiçbir şekilde bu durumdan yararlanan tarafın yükümlülüklerinin ifasına devam etmekten başışık tutmaz ve bu yükümlülüklerin askıya alınmasına yol açmaz...”⁷⁰³

“... Bu (sözleşmedeki) hükümlerin gözden geçirilmesi veya değiştirilmesi talebi Sözleşmenin ifasını askıya almayacak veya Sözleşmeyi sona erdirmeyecektir...”⁷⁰⁴

Öte yandan taraflar bu durumun yarattığı ağır sonuçların ticari ilişkilerine daha fazla zarar vermesinin önüne geçebilmek için müzakereler süresince yükümlülüklerinin karşılıklı olarak veya sadece bu durumdan etkilenen tarafın yükümlülüğüne mahsus olarak askıya alınmasını kararlaştırabilirler⁷⁰⁵. Taraflar oluşan bu belirsizliği, ya müzakerelerin taraflar arasında bir sonuca ulaşması için ya da “hakemler”in uyuşmazlığı karara bağlamaları için kesin bir süre belirleyerek biraz hafifletebilirler. Yukarıda bir örnekte de ifade edildiği üzere sözleşmenin bu süre boyunca askıya alınacağı kararlaştırmak bu noktada belirsizliğin tamamen ortadan kaldırılabilmesi açısından faydalı olacaktır. Burada söz konusu askıya alma müzakerelerin başarısız olması halinde taraflarca kararlaştırılabilecek geçici askıya almadan farklı olarak, müzakereler sürecinde sözleşmedeki edimlerin ifasının askıya alınmasıdır⁷⁰⁶. Kanaatimizce, bildirim yapıldıktan sonra yükümlülüklerin askıya alınacağının kararlaştırılması, sözleşmenin geriye etkili olarak uyarlanması bakımından hem zarar gören taraf hem de karşı tarafı için daha adil bir çözüm olacaktır. Zira bildirim yapılmadan yükümlülüklerin askıya alınması sözleşmenin karşı tarafı bakımından adil olmayacaktır. Bununla birlikte böyle bir düzenleme ile,

⁷⁰⁰ Konarski, *a.g.m.*, s.423.

⁷⁰¹ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.196; Brunner, *a.g.e.*, s.487; Matray, Vidts, *a.g.m.*, s.126.

⁷⁰² Almeida Prado, *a.g.e.*, s.149; Boughaba, *a.g.e.*, s.290.

⁷⁰³ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Klot 1, Havacılık Sektöründen Bir Sözleşme, Kuruluş tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: Fransız hukuku, s.310.

⁷⁰⁴ Almeida Prado, *a.e.*, Ek III, Klot 3, Kimya Sektöründen Bir Tedarik Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1990, Süresi:10 yıl, Uygulanacak hukuk: Belçika hukuku, s.311.

⁷⁰⁵ Almeida Prado, *a.e.*, s.149.

⁷⁰⁶ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.523.

zarar gören taraf vakit geçirmeksizin bildirimde bulunmaya teşvik edilecek ve bu sayede zarar gören tarafın zararı azaltılabilecektir.

Müzakereler taraflar bir sonuca ulaşınca kadar devam edebilir. Ancak aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının sözleşmelerde yer almasının arkasında yatan mantık meselelerin hızlı ve seri bir şekilde taraflar arasında çözümlenmesi olduğundan, tarafların klotlarında sözleşmenin yeniden müzakeresine ilişkin bir zaman sınırlaması getirmeleri bu amaca uygun olacaktır. Tarafların bu hususta bir süre kararlaştırmamaları veya "...makul bir süre içinde..." şeklinde bir ifade kararlaştırmaları, farklı ticari geleneklere sahip tarafların bu süre konusunda uyuşmazlığa düşmelerine yol açabilir. Elbette bu sorun sözleşmeye uygulanacak hukuka ve uluslararası ticaretin genel teamüllerine göre çözülecektir. Ancak bu sürenin belirlenmesi klotun etkinliğini arttıracak muhakkaktır:

"... Bu müzakereler, Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, taraflardan birinin diğerine müzakerelere girişmek üzere yapacağı bildirimden itibaren azami (...) ay sürdürülecektir."⁷⁰⁷

"... Söz konusu olayın bildirildiği tarihten itibaren iki (2) ay içinde Tarafların dostane bir çözüme ulaşamaması durumunda, bir Taraf uyuşmazlığı yukarıda 22. Maddede öngörülen uzlaştırma ve tahkim prosedürüne sunacaktır..."⁷⁰⁸

"... Tarafların doksan (90) günlük süre içinde bir anlaşmaya varamamaları durumunda, bildirimde bulunan taraf karşı tarafa yukarıda belirtilen doksan (90) günlük sürenin bitmesini takiben on beş (15) günlük süre içinde postalanacak taahhütlü mektupla yapacağı bildirimle bu Sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır..."⁷⁰⁹

⁷⁰⁷ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 1, Havacılık Sektöründen Bir Sözleşme, Kuruluş tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: Fransız hukuku, s.310.

⁷⁰⁸ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 11, Bir Termik Santralin Finansmanı, İnşaatı, İşletmesi ve Devrine İlişkin Sözleşme, Kuruluş tarihi: 1998, Süresi: 20 sene, Uygulanacak hukuk: Burkina Faso hukuku, s.317.

⁷⁰⁹ Occidentale Crude Sales Şirketi (Satıcı) ile Société Commerciale auxiliaire des Pétroles (Alıcı) arasında kurulan 1970 tarihli ham petrol satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu için bkz. Oppetit, a.g.m., s.814.

“... Altı (6) aylık bir süre içinde anlaşmaya varılamazsa ki bu süre boyunca bu Sözleşme askıya alınmayacaktır, 17. maddede tanımlandığı üzere tahkim gerçekleşecektir...”⁷¹⁰

e. MÜZAKERELERİN NETİCELENMESİ VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZLARINDA ÖNGÖRÜLEN ÇÖZÜMLER

i. MÜZAKERELERİN BAŞARI İLE SONUÇLANMASI VE SÖZLEŞMENİN BİZZAT TARAFLARCA UYARLANMASI

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun uygulanması ile sözleşmelerini yeniden müzakere eden taraflar, uyarlama üzerinde uzlaştıkları takdirde sözleşme dengesini yeniden kurmuş olurlar ve ticari ilişkilerine kaldıkları yerden devam edebilirler. Bu klotlarda daima ilk adım tarafların kendi aralarında sözleşmelerini uyarlamalarıdır⁷¹¹. Taraflar, sözleşmede yapacakları düzeltmeleri herhangi bir şekilde sınırlamayabilirler. Halin icabına en uygun düzenlemenin kabul edileceğini kararlaştırabilirler:

“... taraflar ortaklaşa bu sözleşme için adil düzeltmeleri yapmak amacıyla birbirlerine danışacaklardır...”;

“... bu taraf diğer taraftan hükümlerin tekrar gözden geçirilip düzeltilmesinin ya da değiştirilmesinin gerekli olup olmadığının ve bu durumda nasıl bir yeniden gözden geçirip düzeltmenin ya da değişikliğin halin icabına uygun ve adil olacağının belirlenmesi maksadıyla durumun ortaklaşa incelenmesini talep etme hakkına sahiptir.”;

“... her iki sözleşme tarafı... bu tehlikeli, zararlı durumu uygun ve gerektiği gibi düzeltme yolunu ortaklaşa belirlemek ve şayet gerekirse, sözleşmede gerekli düzeltmeleri yapmak amacıyla bir araya geleceklerdir...”⁷¹²

⁷¹⁰ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 5, Enerji Sektöründen Bir Tedarik Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1997, Süresi:15 yıl, Uygulanacak hukuk: İsveç hukuku, s.313.

⁷¹¹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.526.

⁷¹² Fontaine, de Ly, a.e., s.513.

Bununla birlikte taraflar önceden daha kısıtlayıcı bir hüküm kararlaştırarak, koşulların değişmesi halinde yapılacak uyarlamanın içeriğini veya sınırlarını belirleyebilirler:

“... Bakanlık ve İmtiyazlı şirket, bildirimden itibaren on (10) gün içinde, karşılıklı olarak durumu tatminkâr bir çözüme kavuşturmak amacıyla görüşeceklerdir. Tarafların anlaşmaları halinde bu çözüm, ya mevcut geçiş ücretlerinde değişiklik ve/veya uygulanacak nihai tarihlerin İmtiyazlı Şirketin İmtiyaz Sözleşmesindeki yükümlülüklerini karşılayacak şekilde uzatılması ve/veya aksi belirtilmedikçe İmtiyaz Sözleşmesi dâhilinde Bakanlığa ödenecek tutarlarda indirim olabilecektir. Bu kloz dâhilinde meydana gelen olaylar için mevcut çözüm türleri bunlardan ibarettir.”⁷¹³

“... Bu Sözleşmenin yürürlükte olduğu süre boyunca herhangi bir zamanda, ilgili koşulların ışığında bu Sözleşmenin finansal veya diğer hükümlerinin adilane ve tarafların menfaatlerine uygun işlediğini tespit etmek amacıyla İdare/Devlet ve Şirket birbirlerine danışabilirler. [...] Bu Madde uyarınca herhangi bir revizyon üzerinde uzlaşılması durumunda Taraflar, bu Sözleşmedeki bir revizyonunun (...) Şirketin ülke dışındaki finansal kredibilitesini sürdürmesine ve uluslararası kredi alabilmesine zarar vermemesini temin edeceklerdir.”⁷¹⁴

Elbette sözleşme müzakereleri sırasında taraflar burada sayılan uyarlama çözümlerini genişletebilir veya başka uyarlama şekilleri kararlaştırabilirler. Bununla birlikte klozda belirlenen uyarlama çözümlerinden başka bir çözümün sözleşmenin karşı tarafınca kabul edilmemesi, müzakere etme yükümlülüğüne aykırılık oluşturmazdır⁷¹⁵.

Toparlamak gerekirse taraflar sözleşmeyi uyarlarken esas yükümlülüğün içeriğinde (yükümlülüğün kapsamında bir değişiklik veya vadenin uzatılması) değişiklik yapabilir, yeni yükümlülükler yaratabilir, mevcut yükümlülükleri ortadan kaldırabilir veya mevcut yükümlülükleri yenileyebilirler. Bu durumda koşullardan meydana gelen değişikliğin sözleşmeye etkisine de bağlı olarak taraflarca ek bir

⁷¹³ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Kloz 12, Proje Finansmanı Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: X, s.318.

⁷¹⁴ Endonezya Cumhuriyeti ve P.T. Rio Tinto Endonezya arasındaki 1977 tarihli “Sulawesi” Eser Sözleşmesinin 23.maddesi için bkz. De Cuyper, Peter, a.g.m., s.790.

⁷¹⁵ Almeida Prado, a.g.e., s.150.

sözleşme yapılabilir ve hatta yeni bir sözleşme yaparak tarafların gelecek ilişkileri düzenlenebilir⁷¹⁶.

ii. MÜZAKERELERİN BAŞARISIZLIKLA SONUÇLANMASI

Sözleşmede kararlaştırıldığı üzere tarafların öncelikle sözleşmeyi yeniden müzakere etme yükümlülükleri söz konusudur. Aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarının meydana geldiğinin (taraflarca ya da üçüncü şahıslarca) saptanması üzerine yeniden müzakere etme yükümlülüğünden kaçınan tarafa yukarıda açıklandığı üzere sözleşmede ve sözleşmeye uygulanacak hukukta mevcut olan yaptırımlar uygulanacaktır. Bununla birlikte esas mesele müzakerelerin başlamasından sonra tarafların anlaşamamaları halinde kendini göstermektedir⁷¹⁷. Yeniden müzakere etme yükümlülüğü, daha evvel de ifade edildiği üzere başlı başına taraflara bir uzlaşmaya varma yükümü yüklememektedir⁷¹⁸:

“... Taraflar ekonomik güçlükleri karşılıklı olarak kabul edilebilir koşullarla çözmek için iyi niyetle gayret göstereceklerdir, ancak (sözleşmede) Taraflar için bir anlaşmaya varma yükümlülüğü bulunmayacaktır...”⁷¹⁹

Müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda klotda sözleşmenin ifasına aynen devam edileceği, sözleşmenin feshedileceği veya sözleşmenin uyarlanması hususunda bağımsız bir üçüncü şahsa başvurulacağı kararlaştırılabilir. Klotun bu bakımdan herhangi bir düzenleme içermemesi halinde de nasıl bir yol izlenmesi gerektiği aşağıda açıklanmıştır.

⁷¹⁶ Almeida Prado, a.y.

⁷¹⁷ Boughaba, a.g.e., s.295; Bu klotların yazımında karşılaşılan önemli bir sorun sözleşmenin yeniden müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanmasıdır. Bu olasılığı öngörmeyen birçok aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda taraflar ciddi problemlerle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bununla birlikte sunulan çözümlerin hiçbiri mükemmel değildir. Zira sözleşmenin askıya alınması durumunda edimlerin karşılıklı ifası kesilmektedir. Bununla birlikte taraflar evleviyetle sözleşmenin feshinden kaçınmak istemektedirler. Hâkimleri ve hakemleri sözleşmeyi uyarlamak için yetkin görmemelerinden ötürü taraflar sözleşmeye üçüncü şahısların müdahale etmesine kuşku ile yaklaşmaktadırlar. Bütün bu olumsuzluklara rağmen bu çözüm yollarından en az birinin klotda taraflarca düzenlenmiş olması, hiçbir hüküm bulunmamasından daha iyi olacaktır. Bkz. Fontaine, de Ly, a.g.e., s.527.

⁷¹⁸ Bir uzlaşmaya varma yükümlülüğünün olmaması demek yeniden müzakereler sırasında herhangi bir davranış yükümünün olmadığı anlamına gelmez. Bu davranış yükümü bilhassa sözleşmedeki sübjektif kriterlerden (iyi niyet, dürüstlük, hakkın kötü kullanılmaması vb.) ve sözleşmeye uygulanacak hukuktaki prensiplerden kaynaklanmaktadır. Bkz. Fontaine, de Ly, a.e., s.517.

⁷¹⁹ Fontaine, de Ly, a.y.

1) SÖZLEŞMENİN İFASINA AYNEN DEVAM EDİLMESİ

Klozda müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda sözleşmenin ekonomik dengesinin geri plana atılarak tarafların ticari ilişkilerinin devam etmesini sağlamak amacıyla sözleşmenin ifasına aynen devam edileceği (açıkça veya zımnen) kararlaştırılmaktadır. Sözleşmenin ifasına aynen devam edilmesi, değişen koşullar nedeniyle yükümlülüğü ağırlaşan tarafın, herhangi bir değişiklik yapılmaksızın yükümlülüklerini ifa etmeye devam etmesi demektir. Bu nedenle yükümlülükleri ağırlaşan taraf, ya sözleşme süresinin sonuna kadar yükümlülüklerini ifa etmeye devam edecek ya da daha elverişli olduğu takdirde sözleşmeyi feshedip karşı tarafa tazminat ve sair cezaları ödeyecektir.

Müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması ve böyle bir varsayım halinde tarafların sözleşmeyi feshetme veya uyarlama için üçüncü şahıslara başvurma hakkını aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunda kararlaştırmamaları durumunda sözleşmenin akıbetinin ne olacağı hususu tartışmalıdır. Müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanmasının, taraflarca açıkça kararlaştırılmasa dahi sözleşmede kararlaştırılan tahkim yoluna başvurma hakkını doğurup doğurmayacağı meselesi çalışmamızın tahkime ilişkin bölümünde incelenecektir. Öte yandan açıkça kararlaştırılmadığı takdirde müzakerelerde başarısızlığın taraflara doğrudan fesih hakkı verip vermeyeceği de aşağıda incelenecektir. Bu bağlamda kanaatimizce şayet taraflar aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunda müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması durumuna herhangi bir yaptırım veya çözüm yolu öngörmemişler ise, bu durumda tarafların zımnen sözleşmenin aynen ifasına devam edeceklerini kararlaştırmış oldukları sonucuna ulaşılabacaktır. Bir başka deyişle müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması doğrudan taraflara sözleşmeyi uyarlanmak üzere üçüncü şahıslara sunma veya sözleşmeyi feshetme hakkını bahşetmeyecektir⁷²⁰. Zira ifanın aşırı güçleştiği durumlarda sözleşmenin uyarlanması sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnasıdır ve bu hususta kararlaştırılan klozların dar yorumlanması gerekir. Elbette sözleşmenin diğer hükümlerinde de tarafların bu yönde bir düzenleme yapıp yapmadıkları dikkate alınmalıdır.

⁷²⁰ Draetta, Lake, a.g.e., s.195; Almeida Prado, a.g.e., s.151.

Genellikle aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında açıkça sözleşmenin aynen ifasına devam edileceği kararlaştırmamaktadır. Bu konuda MTO'nun eski 1985 tarihli *Beklenmeyen Hal* Hükümlerindeki ilk alternatif çözüm, bir belirsizliğe yer vermeyecek şekilde açık bir düzenleme getirmektedir:

“... Eğer taraflar talepten sonra 90 gün içinde sözleşmenin gözden geçirilmesi konusunda mutabakata varamazlarsa, sözleşme (orijinal) şartlarıyla yürürlüğe devam eder...”⁷²¹

2) SÖZLEŞMENİN FESHİ

Sözleşmenin müzakerelerinin başarısız olması halinde tarafların öngördükleri çözümlerden biri de sözleşmenin feshedilmesidir⁷²². Taraflar, her iki tarafın veya münhasıran taraflardan sadece birinin sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacağını ve bu fesih hakkının kullanılacağı süreyi klotda kararlaştırabilirler:

“... Şayet (taraflar) makul bir süre içinde bir uzlaşmaya varamazlarsa, her biri sözleşmenin veya siparişin teslim edilmemiş kısmının tazminatsız olarak feshini talep edebilirler...”;

“... uyarılama talebinden itibaren geçen (...) günlük süre içinde tarafların uzlaşamamaları halinde, taraflardan her biri, taahhütlü mektupla (...) gün önceden ihbar ederek, sözleşmeyi tazminatsız feshedebilir. Bu ihbar süresince, sözleşme koşullarında herhangi bir değişiklik olmaksızın teslimatlar devam edecektir.”⁷²³

“... Şayet TARAFLAR yüz yirmi (120) günlük müzakere süresi içinde bir çözüm üzerinde anlaşamazlarsa, MNTC bu sözleşmeyi 22. maddeye dayanarak feshedebilir...”⁷²⁴

“... Ekonomik Koşullarda Değişiklik, Tarafların azami gayretlerine rağmen İmtiyaz Sözleşmesinin ekonomik ve finansal dengesinin eski haline getirilmesini imkânsız kılacak büyüklükteyse veya İmtiyaz Sözleşmesinin devamını ekonomik olarak

⁷²¹ Milletlerarası Ticaret Odası, MTO Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal Yayın No.421, Öneriler, Resmi Çevirisi, Paris, 1985, s.18–19.

⁷²² Fontaine, de Ly, a.g.e., s.518, Almeida Prado, a.g.e., s.154.

⁷²³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.518.

⁷²⁴ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 15, s.319–320.

imkânsız kıldığı takdirde, Taraflardan biri aynı doğal bir Mücbir Sebep sonucunda olduğu gibi İmtiyaz Sözleşmesini feshedebilir...⁷²⁵

“... aşırı ölçüde külfetli kılan, şöyle ki ilk başta öngörülen edimlerinin değerine kıyasla İmalatçının edimlerinin (değerini) %20’den (yüzde yirmi) daha fazla arttıran herhangi bir nedenden dolayı İmalatçı, sözleşme koşullarının uygun bir şekilde gözden geçirilmesini talep etme hakkına sahiptir. Tarafların böyle bir gözden geçirme hususunda anlaşamamaları halinde, İmalatçı sözleşmeyi feshedebilir...”⁷²⁶

“... Tarafların doksan (90) günlük süre içinde bir anlaşmaya varamamaları durumunda, bildirimde bulunan taraf karşı tarafa yukarıda belirtilen doksan (90) günlük sürenin bitmesini takiben on beş (15) günlük süre içinde postalanacak taahhütlü mektupla yapacağı bildirimle bu Sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır. Bu durumda Sözleşme fesih bildiriminin karşı tarafça alındığı tarihten doksan (90) gün sonra sona erecektir...”⁷²⁷

“MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozu 2003

... 3. Bu Klozun 2. paragrafının uygulandığı durumlarda, ancak olayın sonuçlarını karşılayacak alternatif sözleşme koşullarının bu paragraf uyarınca sözleşmenin karşı tarafınca kabul edilmemesi halinde, bu Klozun uygulanmasını isteyen Taraf sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır...”⁷²⁸

Yukarıda anılan klozlarda taraflardan birine veya her birine, herhangi bir tazminat veya sözleşmede öngörülen yaptırım (cezai şart, faiz, yapılan masraflar vs.) ödemeksizin sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmaktadır. Tarafların sözleşmenin feshini düzenlememeleri halinde müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanmasının taraflara doğrudan sözleşmeyi feshetme hakkını verip vermeyeceği meselesi

⁷²⁵ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klok 11, Bir Termik Santralin Finansmanı, İnşaatı, İşletmesi ve Devrine İlişkin Sözleşme, Kuruluş tarihi: 1998, Süresi: 20 sene, Uygulanacak hukuk: Burkina Faso hukuku, s.317.

⁷²⁶ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klok 17, Endüstriyel Parça Tedariki Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İtalyan hukuku, s.321.

⁷²⁷ Occidentale Crude Sales Şirketi (Satıcı) ile Société Commerciale auxiliaire des Pétroles (Alıcı) arasında kurulan 1970 tarihli ham petrol satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu için bkz. Oppetit, a.g.m., s.814.

⁷²⁸ İtalyan hukukundaki “*eccesiva onerosità*” teorisine göre sözleşme ekonomisinin altüst olması durumunda, sözleşme ya uyarlanacaktır, ya da feshedilecektir. Sözleşmenin uyarlanabilmesi için de 1467. maddenin 3. fıkrası uyarınca sözleşmenin karşı tarafı, olaydan etkilenen tarafa sözleşmede hakkaniyeti sağlayabilmek ve meydana gelen aşırı masraflardan kurtulabilmek için tek taraflı bir teklifte bulunacaktır. “ICC Hardship Clause 2003” (MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozu 2003) hazırlanırken bu düzenlemeden yararlanılmıştır. Bkz. Almeida Prado, a.g.e., s.68; ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.15.

gündeme gelebilir. Kanaatimizce bir uluslararası ticari sözleşmede müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması, taraflara 3. şahıslara doğrudan başvurma hakkı vermeyeceği gibi, taraflara otomatik olarak sözleşmeyi feshetme hakkı da vermeyecektir⁷²⁹. Elbette bu durumda sözleşmedeki genel fesih maddesine de bakılmalıdır.

Fesih bildiriminin ne zaman hüküm ifade edeceği, fesih bildirimi yapıldıktan sonra geçen sürede sözleşmenin ve karşılıklı yükümlülüklerin durumunun ne olacağı ve fesih bildiriminin yapılmaması halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı da taraflarca aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda düzenlenebilir:

“... Şayet taraflar bu bildirimin yapılmasından itibaren 60 gün içinde anlaşamazlarsa, haksız aşırı ifa güçlüğü/hardship ötürü zarar gören taraf, söz konusu 60-günlük sürenin son 5 günü içinde bir fesih bildiriminde bulunarak, esas aşırı ifa güçlüğü/hardship bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren oniki (12) ay sonra hüküm ifade etmek üzere, Sözleşmeyi sona erdirebilir...”⁷³⁰

“Böyle bir fesih bildirimi yapıldığı takdirde, bu fesih hüküm ifade edinceye kadar, bu Sözleşmenin tüm kayıt ve koşulları esas aşırı ifa güçlüğü/hardship bildiriminden önceki şekliyle yürürlükte kalacaktır.”⁷³¹

“... Yukarıdaki hükümlere bakılmaksızın, tahkimin ilgilisi olan ve tahkimi talep etmemiş olan Satıcıların veya Alıcıların herhangi biri, tahkim kararının verilmesinden en geç altmış (60) gün içinde Sözleşmenin kendisine düşen kısmına ilişkin fesih bildiriminde bulunacaktır. Fesih, müteakip Sözleşme Yılıının sonunda veya müteakip ikinci Sözleşme Yılıının sonunda hüküm ifade edecek ve fesih tarihi söz konusu bildirimde belirtilecektir. Karşı taraf söz konusu bildirimi aldığı tarihten

⁷²⁹ Bir Fransız şirketi (davacı/alıcı) ile bir Rumen şirketi (davalı/satıcı) arasında petrol satımına ilişkin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık MTO tahkim mahkemesi önüne götürülmüştür. Davalı şirket ithalat izinlerinin iptal edilmesinden (bu iddiası kabul edilmiştir) ve sözleşmede yer alan müzakere klotuna uygun olarak girilen müzakerelerin bir sonuca ulaşmamasından ötürü sözleşmeyi feshetmiştir. Bu maddede “Fransız frangı veya doların devalüasyonu veya revalüasyonu halinde, taraflar yeni durumun sonuçlarını incelemek ve henüz teslim edilmemiş ve henüz bedeli ödenmemiş miktarlar için, sözleşmenin başlangıçtaki amaçlarına ve ruhuna uygun olarak sözleşmenin dengesini sağlamak amacıyla önlemler almak için bir araya geleceklerdir.” şeklinde tarafların müzakerelere girişecekleri ifade edilmiştir. Hakem mahkemesi kararında ilgili sözleşme klotunda müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde tarafların fesih hakkına sahip olacağına ilişkin herhangi bir kaydın bulunmamasından, ötürü davalı tarafın önerdiği fiyatın reddedilmesinin ona fesih hakkı vermeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. ICC Award No.2478 (1974), Jarvin, Derains, a.g.e., s.26.

⁷³⁰ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.519.

⁷³¹ Fontaine, de Ly, a.e., s.518.

itibaren altmış (60) gün içinde fesih bildiriminde bulunan tarafa yapacağı bir bildirimle, ya söz konusu feshi kabul edecek ya da söz konusu tahkim kararı hiç verilmemiş gibi, bu karar verilmeden evvel hâkim olan kayıt ve şartlarda Sözleşmeye devam edecektir. Bununla birlikte söz konusu taraf sözleşmenin feshini seçerse, karşı tarafça fesih bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak kaydıyla, fesih tarihinin herhangi bir ayın son günü olarak değiştirilmesini tercih edebilir. Sözleşme feshedilirse, (i) Fesheden taraf Satıcı(lar) ise söz konusu fesih bu Sözleşme uyarınca Satıcı(lar)nın iştirak payı ile sınırlı olmak ve Ekonomik Olarak İşletilebilir Rezervlerden ve Günlük Sözleşme Miktarından bu kloz uyarınca talepte bulunan Alıcı(lar)ya ayrılan pay hususunda uygulanmak; (ii) Fesheden taraf Alıcı(lar) ise söz konusu fesih Ekonomik Olarak İşletilebilir Rezervlerden ve Günlük Sözleşme Miktarından Sözleşmeyi fesheden Alıcı(lar)ya ayrılan pay hususunda uygulanmak kaydıyla, Sözleşme herhangi bir tahkim kararı yokmuş gibi mevcut kayıt ve şartlarla fesih tarihine kadar yürürlükte kalacaktır...”⁷³²

“... Uyarılma talebinden itibaren otuz günlük süre içinde tarafların bir uyarılma üzerinde uzlaşamamaları halinde, kloza başvuran taraf sözleşmeyi bildirimsiz ve tazminatsız sona erdirmeye hakkına sahip olacaktır. Bu imkânını 30 günlük ek süre içinde kullanmalıdır, kullanmadığı takdirde sözleşme herhangi bir sözleşmesel koşulda değişiklik olmaksızın hüküm ifade etmeye devam edecektir.”⁷³³

Sözleşme müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde tarafların fesih hakkını kararlaştırması, uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında oldukça sıkça kullanılmaktadır. Taraflar sözleşmedeki ekonomik dengenin korunmasını ön planda tuttuklarında ve sözleşmenin ekonomik dengesinin yapılan müzakereler sonunda yeniden kurulamaması durumunda, tarafların sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacağını kararlaştırmaktadırlar. Bu durumda tarafların her birinin ekonomik çıkarı sözleşme ilişkisinin devamına üstün tutulmakta ve mücbir sebep klozlarına yaklaşan bir anlayış benimsenerek sözleşmenin feshi kararlaştırılmaktadır⁷³⁴. Zira taraflar sözleşme dengesinin sağlanamaması halinde kendi zararlarına olacak bu sözleşme

⁷³² Phillips Petroleum Company/Norway şirketinin yönetici olduğu 10 satıcıdan oluşan bir konsorsiyum ile bir alıcı konsorsiyum arasındaki 1973 tarihli EKOFISK doğalgaz yatağından doğalgaz satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu için bkz. Oppetit, a.g.m., s.812.

⁷³³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.519.

⁷³⁴ Almeida Prado, a.g.e., s.187.

ilişkinde devam etmektense sözleşmenin feshedilmesinin daha yararlı olacağını düşünmektedirler. Bu yaklaşım doktrinde eleştirilmesine⁷³⁵ rağmen arkasında yatan bir diğer sebep de, tarafların iyi niyetle ve dürüstlük kuralına uyarak gösterdikleri tüm çabaya rağmen sözleşmelerini uyarlayamamaları halinde 3. şahısların bunu kendilerinden daha iyi yapabileceklerine şüpheyile yaklaşmalarıdır⁷³⁶.

3) ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN MÜDAHALESİ

Müzakerelerde uzlaşamamaları durumunda taraflar, uyuşmazlığın “hakem” veya “bilirkişi” statüsündeki üçüncü şahısların takdirine bırakılmasını öngörebilirler⁷³⁷. Yukarıda da ifade edildiği üzere, aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarının gerçekleştiğinin saptanmasında uyuşmazlıkların önüne geçebilmek için de önerilen yol, bu saptamanın bağımsız bir üçüncü şahıs/şahıslar eliyle yapılmasıdır.

a) ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN MÜDAHALESİNİN TEMEL ŞARTI: MÜDAHALENİN TARAFLARCA KARARLAŞTIRILMASI

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda, yukarıda da ifade edildiği üzere, taraflar öncelikle kendi aralarında müzakerelere girişecekler ve müzakerelerin başarısız olması durumunda diğer çözüm yollarına yöneleceklerdir. Sözleşmeye üçüncü şahısların müdahalesi de bu çözüm yollarından biri olarak çeşitli şekillerde klotlarda ifade edilebilir:

“... İyi niyetle altı (6) ay (yürütülen) müzakerelerden sonra, bu sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamak için en iyi nasıl değiştirebilecekleri üzerine tarafların

⁷³⁵ Özellikle uzun süreli yatırım sözleşmelerinde, yapılan büyük harcamalar ve yatırımın yapıldığı ülke için bu yatırımın önemi dikkate alındığında, tüm projeyi bir kenara atmak her iki tarafında çıkarına olmayacaktır. Bkz. De Cuyper, Peter, *a.g.m.*, s.792.

⁷³⁶ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek II Tablo C-3, s.306; Aşırı ifa güçlüğü/hardship için “özel” bir uyuşmazlık çözüm hükmünün, genel uyuşmazlık çözüm klotu ile birlikte bulunmasının gereksiz ve istenmeyen bir karışıklığa yol açacağı düşüncesiyle, yükümlülüğünü ifa eden tarafın alternatif sözleşme koşulları sunamaması ya da yükümlülüğünü ifa etmeyen tarafın makul olmayan bir şekilde bu teklifleri kabul etmemesi nedeniyle tarafların uzlaşamadıkları durumlarda, büyük ihtimalle ya Klotun uygulanmasını isteyen tarafça, ya da sözleşmenin karşı tarafınca sözleşmenin ihlali nedeniyle fesih talebinde bulunulacaktır. Bu talepler sözleşmedeki genel uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ya ulusal mahkemelerde ya da tahkim yoluyla incelenecektir. Bkz. Hardship and the duty to negotiate: paragraph 2, ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.17.

⁷³⁷ Konarski, *a.g.e.*, s.424.

uzlaşmamaları durumunda, mesele bu Sözleşmenin (...) kısmına uygun olarak ICC tahkim mahkemesine havale edilecektir...⁷³⁸

“... Yukarıda belirtilen talepten itibaren 2 aylık süre içinde bir uzlaşmaya varılmaması halinde, Taraflardan birinin talebi üzerine 23.4 maddesindeki tahkime başvurulacaktır...”⁷³⁹

Taraflar, aynı yukarıda fesih imkânında olduğu gibi, tahkime başvurmadan evvel de bir çözüm bulmak amacıyla müzakereler için belli bir süre kararlaştırabilirler⁷⁴⁰. Müzakereler için kararlaştırılan bu süre, daha evvel de ifade edildiği üzere, klotda öngörülen usulün hızlı ve seri işlemesi için oldukça yararlıdır. Aksi halde taraflar makul olarak ne kadar süre ile müzakerelerde bulunacakları üzerine uyuşmazlığa düşebilirler:

“Şayet taraflar toplantı talebini içeren bildirimden sonraki altmış 60 gün içinde karşılıklı kabul edilebilir bir çözüm üzerinde uzlaşamadıkları takdirde... (tahkim)”⁷⁴¹

“... Kısım 13-9 hükümleri uyarınca, toplantı talebini içeren bildirimin yapılmasından itibaren altmış (60) gün içinde Satıcı(lar) ve Alıcı(lar) karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme ulaşamazlarsa, taraflardan her biri Kısım 11-3’e uygun olarak meselenin tahkime havale edilmesini talep edebilir...”⁷⁴²

“Gözden geçirme talebinden itibaren altmış 60 günlük süre içinde herhangi bir uzlaşma sağlanamazsa... (tahkim)”⁷⁴³

b) ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN STATÜSÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Taraflar müzakerelerde başarısızlık neticesinde meydana gelen uyuşmazlığın üçüncü bir şahsın müdahalesi ile çözüleceğini kararlaştırırken, aynı zamanda bu üçüncü şahsın statüsünün hukuki niteliğini de kararlaştırabilirler. Burada kullanılan

⁷³⁸ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 7, Kimya Sektöründen Bir Satım Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1997, Süresi:15 yıl, Uygulanacak hukuk: Belçika hukuku, s.314.

⁷³⁹ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 4, Otomotiv Sektöründen Bir Lisans Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1993, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.312.

⁷⁴⁰ Brunner, a.g.e., s.489.

⁷⁴¹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.520.

⁷⁴² Phillips Petroleum Company/Norway şirketinin yönetici olduğu 10 satıcıdan oluşan bir konsorsiyum ile bir alıcı konsorsiyum arasındaki 1973 tarihli EKOFISK doğalgaz yatağından doğalgaz satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu için bkz. Oppetit, a.g.m., s.812.

⁷⁴³ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.520.

terimlerin oldukça dikkatli seçilmesi gerekir⁷⁴⁴. Zira buna bağlı olarak, aşağıda da açıklanacağı üzere, üçüncü şahsın verdiği kararın hukuki niteliği değişebilir⁷⁴⁵:

“... Mesele... tahkime tabî olacaktır...”;

“... (tarafklar)... bir arabulucunun kararına bırakacaklardır...”;

“... mesele karara bağlanması için üç hakeme bırakılacaktır... Tüm bu hakemlerin tahkim hakemi (“arbitrator”) sıfatıyla değil, hakem-bilirkişi sıfatıyla hareket ettikleri kabul edilecektir...”⁷⁴⁶

i) UZLAŞTIRICI (ARABULUCU)

Tarafklarca klotda bir uzlaştııcı (arabulucu) kararlaştırılabilir⁷⁴⁷. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için tayin edilen uzlaştııcı, uyumsuzlukla ilişkisi bulunmayan, bağımsız bir üçüncü şahıstır. Görevi, tarafklara sözleşme dengesinin yeniden kurulabilmesi için tarafklarca da uygun görülebilecek bir uyarlama teklif etmek olacaktır. Öte yandan uzlaştııcı tarafkların menfaatine daha uygun bulduğu takdirde sözleşmenin olduğu gibi devam etmesini, yani kayıt ve koşullarında değişiklik yapılmadan sözleşmenin ifasına devam edilmesini ya da sözleşmenin feshini de tarafklara önerebilir⁷⁴⁸.

Üçüncü şahısların sözleşmeye müdahalesi söz konusu olduğunda, nadiren de olsa tarafklarca klotda bir uzlaştııcının kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu durumu bir örnekle açıklanmak gerekirse;

“... (İçinde bulundukları) güç duruma kendileri bir çözüm bulmayı başaramadıklarında tarafklar, söz konusu konularda uzmanlığından ötürü ortaklaşa seçecekleri bir üçüncü şahsın yardımına başvuracaklardır. Bu üçüncü şahsın görevi tarafklara gerekli gördüğü tavsiyelerde bulunmak ve şayet gerekirse (tarafkların)

⁷⁴⁴ Fransız Temyiz Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda tarafklarca sözleşmede bir görevin yüklendiği üçüncü şahsın statüsünün, bu tarafklarca sözleşmede kullanılan terimlere bağlı olacağı ifade edilmiştir. Cassation Civile I, 26 Octobre 1976, (aktaran, Boughaba, a.g.e., s.300).

⁷⁴⁵ Boughaba, a.e., s.297.

⁷⁴⁶ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.520.

⁷⁴⁷ Uzlaştııcı ile arabulucu arasında kullanılan terim bakımından bir fark yoktur. Bkz. Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s.137.

⁷⁴⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.35.

görüşlerini uzlaştırmaktır. Hiçbir makul çözüm bulunamazsa, zarar gören tarafça sözleşme feshedilebilecektir...”⁷⁴⁹

Her halükârda uzlaştırıcı tarafından yapılacak bir teklif taraflar için bağlayıcı ve icra kabiliyeti olan bir karar olmayacaktır. Bir başka deyişle bu karar ihtiyari niteliktedir⁷⁵⁰. Şayet taraflardan biri yapılan tavsiyeyi kabul etmediği ve meselenin tahkime tabî olacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı takdirde⁷⁵¹, sözleşme herhangi bir değişikliğe uğramaksızın aynen ifa edilmeye devam edecektir⁷⁵². Uzlaştırıcının kararının tarafları bağlayacağı kararlaştırılırsa, bu kararın hukuki niteliğinin ne olduğu aşağıda hakem-bilirkişi bahsinde açıklanacaktır.

Taraflar öncelikle uzlaştırma usulünü uygulanacağını kararlaştırdıkları takdirde, taraflardan birinin uzlaştırma yoluna başvurmadan doğrudan sözleşmeyi feshetmesi veya şayet kararlaştırılmışsa tahkim yoluna başvurması mümkün değildir⁷⁵³. Bir başka deyişle aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda uzlaştırma için bir “zorunluluk” ifade edilmişse, bu yol tüketilmeden tahkime girilemeyecek, taraflarca belirsiz veya kesin olmayan bir ifade kullanılmışsa tahkim yoluna gidilmesinde herhangi bir sakınca olmayacaktır⁷⁵⁴.

Uzlaştırma usulünde, tahkim ve devlet mahkemelerinde olduğu gibi davalı ve davacı taraf değil, uyuşmazlığın sayılan bu iki uyuşmazlık çözüm yoluna

⁷⁴⁹ Alfred Hubert, *Le contrat d'ingénierie-conseil*, Masson, Paris, 1979, p.198, (Aktaran, Almeida Prado, a.g.e., s.155).

⁷⁵⁰ Uyuşmazlığın nedenlerini iyi analiz eden bir uzlaştırıcının tavsiyeleri, daha sonra mesele tahkime veya devlet mahkemeleri önüne götürülürse ve taraflar arasında uzlaştırıcının tavsiyelerinin esas davada kullanılmayacağı yönünde bir anlaşma yoksa uyuşmazlığı çözecek hakem veya hâkimlere oldukça yardımcı olacak ve yargılamayı hızlandıracaktır. Bkz. Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.375.

⁷⁵¹ Burada meseleden kasıt sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasıdır. Bu mesele esasen bir uyuşmazlık olmadığından, aksine bir kayıt olmadıkça sözleşmedeki genel tahkim kaydının kapsamına girmeyecektir. Burada söz konusu olan tahkim, sözleşmenin değişen koşullara uydurulması yetkisinin verilmiş olduğu hakemlerden oluşan tahkim mahkemesidir. Bu yolla uzlaşma sağlanamazsa uyuşmazlık tahkime havale edilerek çözülecektir. Bkz. Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.138-139; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.35.

⁷⁵² Almeida Prado, a.g.e., s.156.

⁷⁵³ Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.138; Örneğin FIDIC Kırmızı Kitap m.20.5 maddesinde dostane çözüm yollarına başvurmadan tahkime başvurulmayacağı belirtilmiştir. Taraflardan biri şayet tahkime başvurursa, hakem kararlarının tenfizine ilişkin New York Sözleşmesinin V(1)(a,c,d) maddelerindeki tahkim şartının hükümsüzlüğü, tarafların öngördüğü usule aykırılık, hakemlerin kendilerine verilen yetkiyi aşmaları sebeplerine dayanılarak hakem kararının tenfizine itiraz edilebilir. Bununla birlikte taraflardan biri kötü niyetle uzlaştırma usulünü engellerse, uzlaştırma yoluna başvurulmadan tahkime başvurulabilir.

⁷⁵⁴ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.376.

gidilmeksizin çözülmesini isteyen taraflar olacaktır⁷⁵⁵. Dolayısıyla uzlaştırma faaliyetinin başarısı da tarafların ticari ilişkilerinin devam ettirme niyetlerine bağlıdır. Tarafların üçüncü şahsın verdiği kararların tavsiye niteliğinde olduğunu kararlaştırdıkları durumlarda, bir bakıma sözleşmenin aynen devam etmesini ön planda tuttukları söylenebilir⁷⁵⁶. Üçüncü şahsın müdahalesi burada tarafların sözleşmelerini uyarlamaları bakımından teşvik edici bir müdahale olarak görülse de, verilen tavsiye bir tarafça kabul edilmediği takdirde ayrıca vakit kaybına ve ek masraflara neden olacağından uygulamada pek tercih edilmemektedir⁷⁵⁷.

ii) HAKEM-BİLİRKİŞİ

Genellikle teknik meselelerde başvurulana bir üçüncü şahıs olan hakem-bilirkişi, önüne gelen meselede teknik incelemelerini yaptıktan sonra taraflara tavsiyelerini de içeren raporunu sunmakla görevini tamamlamış olacaktır⁷⁵⁸. Bir hakem-bilirkişinin müdahalesinin taraflarca kararlaştırıldığı durumlarda, bu hakem-bilirkişiye iki türlü görev yüklenebilir. Hakem-bilirkişinin ya uzlaştırıcının yaptığı gibi tarafların görüşlerini dinleyip onlara tavsiyede bulunacağı ya da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasında vereceği kararın taraflar için bağlayıcı olacağı kararlaştırılabilir.

İlk olasılıkta hakem-bilirkişi tarafından yapılan teklif taraflar için herhangi bir bağlayıcılığı olmayan, ihtiyari ve tavsiye niteliğinde bir karar olacaktır⁷⁵⁹. Bu durumda hakem-bilirkişi raporu, gelecekte çıkacak bir uyuşmazlıkta devlet mahkemesi veya tahkim hakemlerince dikkate alınacaktır⁷⁶⁰. İşte bu durumda yapılan teklife uyulmamasının herhangi bir yaptırımı olmayacak, sözleşme bu karara göre feshedilemeyecek veya uyarlanmayacak ve sözleşme aynen ifa edilmeye devam edecektir.

Bununla birlikte ikinci olasılık sözleşmenin geleceği açısından büyük önem taşımaktadır. Zira taraflar yukarıda da ifade edildiği üzere hakem-bilirkişiye

⁷⁵⁵ Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.138.

⁷⁵⁶ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.188.

⁷⁵⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.35.

⁷⁵⁸ Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.142; Boughaba, *a.g.e.*, s.298.

⁷⁵⁹ Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.142.

⁷⁶⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.36.

bağlayıcı nitelikte bir karar verme yetkisi tanımışlardır. Bu yetkinin uzlaştırmacıya veya hakem-bilirkişiye verilmesinin arasında sadece terminolojik bir farklılık söz konusudur⁷⁶¹.

Hakem-bilirkişinin (veya uzlaştırmacının) kararlarının, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda bağlayıcı olduğunun kararlaştırılmasına rağmen bir tarafça verilen karara uyulmaması halinde, hakem-bilirkişinin kararının hukuki niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Hem uzlaştırmacının hem de hakem bilirkişinin üçüncü şahıs olarak sözleşmeye müdahale edecekleri ve kararlarının da taraflar için bağlayıcı olacağı taraflarca kararlaştırıldığında, bu kararın hukuki niteliğinin ne olacağı sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde (Türk Hukuku da dâhil olmak üzere) tarafların 3. şahısların kararlarının bağlayıcı olacağını kararlaştırmaları durumunda, üçüncü şahısların verdikleri kararların sözleşmenin bir parçası olacağı ve dolayısıyla da tarafları bağlayacağı kabul edilmektedir⁷⁶². Bu kararın taraflar için bağlayıcı olacağının açıkça belirtilmesi, üçüncü şahsın (ister hakem-bilirkişi ister uzlaştırmacı olsun) kararını taraflar için sözleşmesel olarak bağlayıcı kılmak için yeterli olacaktır⁷⁶³.

Hakem-bilirkişi kararlarının tarafları bağlayacağının kararlaştırılması ve bunun klostada açıkça ifade edilmiş olması, bu kararların geçerli olarak doğrudan icra kabiliyetine sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Zira öncelikle böyle bir hükmün sözleşmeye uygulanacak hukuka uygun olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Bu sebeple uluslararası ticari sözleşmelerde üçüncü şahısların müdahalesi ile sözleşmenin uyarlanacağına ilişkin hükümler kararlaştıran tarafların, sözleşmede bu hükümleri geçerli sayacak bir hukuk ve yargı mercii de kararlaştırmaları tavsiye edilmektedir⁷⁶⁴. Zira taraflardan birinin bu karara uymamasından ötürü çıkan uyuşmazlığı inceleyen tahkim veya mahkemece, bu

⁷⁶¹ Almeida Prado, a.g.e., s.156.

⁷⁶² Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.393; De Cuyper, Peter, a.g.m., s.783-784, Almeida Prado, a.g.e., s.156.

⁷⁶³ Almeida Prado, a.e., s.158; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.393.

⁷⁶⁴ Boughaba, a.g.e., s.316.

hükümün sözleşmeye uygulanacak hukuka göre geçersiz sayılması durumunda, bu uyuşmazlık tahkim veya devlet mahkemeleri yoluyla çözülecektir.⁷⁶⁵

Tarafların hakem-bilirkişiye sözleşmeyi uyarlama veya tavsiyede bulunma yetkisini açıkça kararlaştırmadıkları durumlarda aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun nasıl yorumlanacağı önem taşır. Hakem-bilirkişinin uzlaştırmacıya kıyasen vereceği kararın daha nitelikli olduğu bir gerçektir. Ancak aşağıda *tahkim hakemi* (arbitrator) konusunda açıklanacağı üzere, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama yetkisini açıkça hakem-bilirkişiye (veya yukarıda görüldüğü üzere uzlaştırmacıya) tanımadığı durumlarda, hakem-bilirkişinin böyle bir yetkiye sahip olduğu kabul edilemez⁷⁶⁶. Bu durumda klot yine dar yorumlanarak hakem-bilirkişinin verdiği kararın tavsiye niteliğinde bir karar olduğu kabul edilerek, sözleşmenin ifasına başlangıçtaki koşullarla devam edilecektir. Bununla birlikte tarafların hakem-bilirkişiye başvuracaklarını klotda bir “zorunluluk” olarak ifade etmeleri durumunda, aynı uzlaştırmacıda olduğu gibi taraflar doğrudan sözleşmelerini feshedemezler veya tahkime (veya devlet mahkemelerine) başvuramazlar.

Toparlamak gerekirse, taraflarca hakem-bilirkişiye tavsiye bulunma yetkisinin verilmesi veya açıkça verilen yetkinin belirtilmemesi durumunda hakem-bilirkişi tavsiyede bulunacak ve bu tavsiye bağlayıcı olmayacaktır. Buna karşın tarafların ortaklaşa sözleşmelerini uyarlamaları için bir hakem-bilirkişiye yetki vermeleri ve bu hakem-bilirkişinin kararının bağlayıcı olacağını sözleşmelerinde açıkça belirtmeleri durumunda, hakem-bilirkişinin vereceği karar sözleşmenin bir parçası olacak ve taraflardan birinin bu karara uymaması durumunda sözleşmenin ihlali gündeme gelecektir.

⁷⁶⁵ Bu kararlara uyulmaması durumunda meydana gelen uyuşmazlıkların daha hızlı çözülmesi ve adil kararların elde edilmesi nedeniyle, hakem-bilirkişi sözleşmeleri uluslararası ticaret uygulayıcılarına tavsiye edilmektedir. Bkz. Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.387.

⁷⁶⁶ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.158; Türk hukukunda hakem-bilirkişilik sözleşmesi HUMK 287/II bağlamında münhasır bir delil sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Tarafların teknik bir meselenin hakem-bilirkişi tarafından tespit edilmesini kararlaştırmaları durumunda, hakem-bilirkişi konuyu inceleyip tespitlerini taraflara sunacak ve mesele hakkında bir karar veremeyecektir. İşte bu hakem-bilirkişi kararı da bu davalarda kesin delil olarak nitelendirilecek ve ilgili teknik mesele için yeniden inceleme yapılmayacaktır. Hakem-bilirkişilerin kararlarının hakem veya mahkeme kararı gibi icrası Türk hukukunda da kabul edilmemiştir. Bkz. Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.143; Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.387.

iii) DOSTANE ARABULUCU

Şayet taraflar aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda hakemlerin dostane arabulucu olarak sözleşmeye müdahale edeceklerini kararlaştırırlarsa, bu durumda dostane arabulucu olarak hareket eden üçüncü şahıs veya şahıslar, hakkaniyet ve nesafet kuralları ışığında hareket edecekler, kamu düzeni ve tarafların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları sınırlar dâhilinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanıp uyarlanmayacağına karar vereceklerdir⁷⁶⁷. Aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramının temelinde bulunan sözleşme dengesinin sağlanması, dürüstlük ve iyi niyet kurallarına dayanmaktadır. Bir sözleşme tarafının ediminin aşırı derecede güçleşmesi ve buna paralel olarak da sözleşmenin karşı tarafının haksız zenginleşmesi, bu kurallara ve dolayısıyla hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle dostane arabulucunun sözleşmeye müdahalesinin uluslararası ticari sözleşmelerde benimsenebileceği söylenebilir⁷⁶⁸. Bununla birlikte incelenen klotlarda tarafların genellikle atadıkları üçüncü kişiye böyle bir yetki vermedikleri görülmektedir. Bunun sebebi de kanaatimizce hakkaniyet, nesafet kuralı gibi sübjektif kavramlarla sözleşmenin uyarlanmasındansa, sözleşmeye ve sözleşmeye uygulanacak hukukta öngörülen prensiplere uygun bir uyarlamanın taraflarca tercih edilmesidir⁷⁶⁹.

iv) HÂKİM VE DEVLET MAHKEMESİ

Her ne kadar uluslararası ticari sözleşmelerde ortaya çıkan meselelerin çözümünün daha ziyade tahkime bırakılacağı kararlaştırılsa da, taraflar klotda sözleşmelerinin bir devlet mahkemesinde değişen koşullara uyarlanacağını kararlaştırabilirler⁷⁷⁰. Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir meselenin devlet mahkemesi önüne gelmesi durumunda sözleşmeye uygulanacak maddi hukuk ve mahkemenin uygulayacağı usul hukukunun ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Kıta Avrupası hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân

⁷⁶⁷ Boughaba, a.g.e., s.315; Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.140; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.173; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.165; Fouchard, Gaillard, Goldman, a.g.e., s.835.

⁷⁶⁸ Almeida Prado, a.g.e., s.229; Tarafların hakeme yetki vermeleri halinde, hakemlerin dostane arabulucu olarak hareket edebilme yetkisi Türk hukukunda ve diğer birçok ülke hukukunda kabul edilmiştir. Bkz. Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.140.

⁷⁶⁹ Boughaba, a.g.e., s.314.

⁷⁷⁰ Genellikle mahalli ticari sözleşmelerin uyarlanması için hâkime başvurulmaktadır. Türk hukukunda da sözleşmenin uyarlanması için mutlak çözüm yolu sözleşmenin hâkim tarafından uyarlanmasıdır. Bkz. Baysal, a.g.e., s.224; Kaplan, a.g.e., s.144.

tanıyan hukuk düzenlerinde genellikle mahkemelere sözleşmeyi uyarlama yetkisi de tanınmaktadır⁷⁷¹. Buna karşın Fransız hukukunda mahkemelere hem maddi hukuk kurallarıyla hem de usul hukuku bakımından sözleşmeyi uyarlama yetkisi, “*imprévision*” teorisi kapsamında sadece idari sözleşmeler bakımından tanınmaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda ise kısıtlı da olsa “*frustration*” ve “*impracticability*” teorileri kapsamında sözleşmeyi uyarlama yetkisi mahkemelere tanınmaktadır.

Bir sözleşmede tarafların aşırı ifa güçlüğü/hardship veya diğer herhangi bir uyarlama klotunu kullanmamaları durumunda, mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta sözleşmeye uygulanacak hukuka göre sözleşmenin uyarlanmasına karar verecektir. Somut olayda sözleşmenin uyarlanmasının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı tabî olduğu meselesi, bir vasıflandırma problemi olarak ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere bir hukuki kavramın veya kurumun bulunduğu hukuk alanı, onun temel gayesine uygun fonksiyonlarına göre tespit edilir. Bununla birlikte bu fonksiyonların maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ait olduğu her ülkede farklı yorumlanabilir⁷⁷². Sonuç olarak vasıflandırma meselesi başvuru mahkemenin tabî olduğu hukuka göre yani *lex fori*’ye çözümlenecektir⁷⁷³. Buna bağlı olarak mahkemenin hukukuna göre sözleşmenin uyarlanması sadece bir maddi hukuk meselesi olarak görüldüğü takdirde, mahkeme kendi usul hukukundaki hükümlere gitmeksizin sözleşmeye uygulanacak hukuka göre sözleşmeyi uyarlayacaktır. Öte yandan mahkeme sözleşmenin uyarlanmasını hem maddi hukuk hem de usul hukukuna tabî bir mesele olarak nitelendirirse, bu durumda sözleşmeye uygulanacak maddi hukukun sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanınması durumunda, mahkemenin uygulayacağı usul hukuku kuralları bakımından sözleşmenin uyarlanması için bir engel bulunmamalıdır⁷⁷⁴. Bilindiği üzere özel hukuk davalarında takip usulü kendisine başvuru mahkemenin tabî olduğu hukuka yani *lex fori*’ye göre yürütülmektedir⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ Hollanda, Rusya, Yunanistan, Portekiz, İsviçre/Türk ve Alman hukukunda mahkemelere bu yetki tanınmıştır. Bkz. Brunner, a.g.e., s.490.

⁷⁷² Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.39.

⁷⁷³ Nomer, a.e., s.42.

⁷⁷⁴ Brunner, a.g.e., s.493.

⁷⁷⁵ Nomer, a.e., s.17.

Sözleşmede bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu veya diğer uyarlama klozlarının bulunması durumunda mahkemelerin tutumunun ne olacağı sorusu da akla gelebilir. Sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanıyan hukuklara tabî mahkemeler, aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarını tanımada ve sözleşmeyi uyarlamada herhangi bir zorlukla karşılaşmayacaklardır⁷⁷⁶. Örneğin İsviçre/Türk, Alman, Hollanda vb. mahkemeler önlerine gelen somut olayda aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunu uygulayacaklar ve gerektiği takdirde sözleşmeyi uyarlayabileceklerdir. Bununla birlikte sözleşmenin uyarlanmasını özel hukukta tamamen reddeden Fransız mahkemelerinin önlerine gelen somut olayda aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarını uygulamada sorunlar yaşamaları muhtemeldir. Bu bakımdan Fransız mahkemeleri de aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarını vasıflandırırken kendi hukuk düzenlerindeki mücbir sebep (*force majeure*) ve imkânsızlık teorilerinden faydalanacaklardır⁷⁷⁷.

Bu noktada tarafların sözleşmenin uyarlanması için mahkemelere başvurusu ile tahkime başvuruları arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunun sözleşmede bulunmadığı durumlarda bile uyuşmazlığın görüleceği devlet mahkemesi kendi sözleşmeye uygulanacak hukuka göre sözleşmeye müdahale edip sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayabilmektedir. Buna karşın aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunun veya diğer bir uyarlama klozunun sözleşmede bulunmaması durumunda aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere hakemler bu duruma olumsuz yaklaşmakta ve sözleşmeyi uyarlamaktan kaçınılmaktadırlar⁷⁷⁸.

v) HAKEM VE TAHKİM MAHKEMESİ

(1) TAHKİM HAKEMLERİ VE SÖZLEŞMEYİ UYARLAMA YETKİSİ

Uluslararası ticari sözleşmeler ve uluslararası yatırım sözleşmeleri, genellikle büyük çaplı projeleri veya ticari işlemleri gerçekleştirmek için kurulan, birden fazla

⁷⁷⁶ Horn, a.g.m., s.29.

⁷⁷⁷ Ullman, a.g.m., s.85.

⁷⁷⁸ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.39; Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.356; Berger, Renegotiation, s.1353.

sözleşmeden meydana gelen karmaşık bir sözleşmeler bütünüdür. Günümüzde bu sözleşmelerin karmaşık yapılarına cevap verebilen uyuşmazlık çözüm metodu uluslararası ticari tahkim olarak kabul edilmektedir⁷⁷⁹. Tahkim tarafsız oluşu, yargılama hukukunu, yerini, dilini ve hakemlerini tarafların belirleyebilmesi bakımından onlara geniş bir serbesti tanınması, kararlarının birçok ülkede rahatlıkla tenfiz edilebilmesi ve devlet mahkemelerinin bürokratik engellerinden uzak, konularında uzman kişilerce hızla uyuşmazlığın çözülmesini sağlaması bakımından uluslararası ticari uyuşmazlıklar için en uygun çözüm yolu olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁰. Genellikle uluslararası ticari sözleşmelerde taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi yapılırken, aynı zamanda bu sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözüleceği yargı mercii olarak tahkim seçilmekte ve genellikle tahkim klozu sözleşmelere konulmaktadır. Burada belirtilen tahkim klozu genel olarak sözleşmeden kaynaklanacak hukuki uyuşmazlıkların çözümü için tahkim usulünü düzenlemektedir⁷⁸¹.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin uzlaştıracının ve hakem-bilirkişinin kararlarının bağlayıcılığında olduğu gibi, verilen hakem kararlarının da bağlayıcı olup olmadığı ve hukuki niteliğinin ne olduğu doktrinde tartışılmıştır⁷⁸². Sözleşmenin uyarlanması açısından tahkim usulü, hem maddi hukuktaki sözleşmeye bağlılık ve “*rebus sic stantibus*” ilkelerinin nasıl dengeleneceği, hem de usul hukukundaki sözleşmenin uyarlanmasının “*hukuki uyuşmazlık*” kapsamına girip girmeyeceği gibi iki önemli soruyla karşı karşıya kalmaktadır. Geleneksel tahkim anlayışına göre, tarafların sözleşmenin uyarlanması üzerinde uzlaşamamaları ve sözleşmenin dengesini yeniden kuramamaları gerçek anlamda bir hukuki uyuşmazlık değildir; zira taraflar arasında bir menfaat çatışmasının bulunmamaktadır⁷⁸³. UNCITRAL Model Kanunu m.7/I’de, onun tercümesi olan MTK m.4/I’de ve diğer

⁷⁷⁹ Doktrinde tahkim kavramı, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmek yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.29.

⁷⁸⁰ Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.150–153; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.32–34.

⁷⁸¹ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.41–55.

⁷⁸² Boughaba, *a.g.e.*, s.296 vd.; Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.528–529.

⁷⁸³ Tahkim yoluna başvurabilmek için taraflar arasında mutlaka bir uyuşmazlık bulunması gerekir. Tarafların aralarındaki meselede dava konusu yapacakları bir çekişmeleri yoksa taraflar aralarındaki bu meseleyi tahkime sunamazlar. Bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.87.

birçok tahkim kanununda, tahkim mahkemesinin bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde yetkili olduğu ifade edilmiştir⁷⁸⁴. Bu görüş uyarınca bir mahkeme önüne gelen uyuşmazlık hakkında ‘*evet*’ ya da ‘*hayır*’ kararı verdiği durumlarda bir hukuki uyuşmazlığın var olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁵. Örneğin aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun yorumlanması hususunda, aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun meydana gelip gelmediğinin ve gerekli koşulların oluşup oluşmadığının saptanması hususunda taraflardan birinin kötü niyetle müzakereleri çıkmaza sokması halinde taraflardan biri zararlarını talep ederse bir hukuki uyuşmazlıktan söz edilebilir⁷⁸⁶. Bu görüşe göre bir uluslararası ticari sözleşmenin uyarlanması, o sözleşme bakımından ekonomik ve ticari meselelerin çözülmesi anlamına gelir ki bu meseleler esasen hukuki meseleler için tayin edilen hakemin yetkisinin dışında kalmaktadır. Sözleşmenin uyarlanması söz konusu olduğunda hakemin ekonomik ve ticari meselelerde vereceği karar, sözleşme hükümlerini değiştirecek ve yeni bir sözleşme yaratılmış olacaktır. Özetle sözleşmenin değişen ticari koşullara uyarlanmasının bu yaratıcı karakteri, bu görüş uyarınca geleneksel tahkim yetkilerinin dışında kabul edilmektedir⁷⁸⁷. Uluslararası ticari tahkimin geleneksel ‘*evet*’ ya da ‘*hayır*’ kararı anlayışının hukuki uyuşmazlık kavramını karşılamakta yetersiz kaldığı ve daha geniş yorumlanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁷⁸⁸.

Günümüzde hakemlerin verdikleri uyarlama kararlarının, taraflarca açıkça hakemlere uyarlama yetkisi verilmesi kaydıyla, taraflar için bağlayıcı ve icra edilebilir kararlar olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁹. UNCITRAL Model Kanunu hazırlanırken bu hususa dikkat çekilmiş ve tarafların sözleşmelerindeki aşırı ifa

⁷⁸⁴ UNCITRAL m.7/1 “‘Arbitration agreement’ is an Agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.” Bkz. (çevrimiçi) http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, 14.05.2010; “MTK m.4/I’e göre “Tahkim anlaşması, tarafların sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.” ifadesinden tarafların, aralarındaki uyuşmazlıklarının tamamının veya belirli bir bölümünün tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştırabilecekleri anlaşılmaktadır. Bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.80.

⁷⁸⁵ Brunner, a.g.e., s.494; Berger, *Renegotiation*, s.1373; Klaus Peter Berger, *Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense*, Arbitration International, Vol. 17, No.1, LCIA, 2001, s.2, [Power of Arbitrators].

⁷⁸⁶ Berger, *Renegotiation*, s.1372.

⁷⁸⁷ Almeida Prado, a.g.e., s.160; Brunner, a.g.e., s.494; Berger, *Power of Arbitrators*, s.2–3.

⁷⁸⁸ Brunner, a.g.e., s.469.

⁷⁸⁹ Brunner, a.g.e., s.493; Almeida Prado, a.g.e., s.160.

güçlüğü/hardship, genel tahkim klozu veya diğer bir başka klozla veya daha sonra aralarında sağlayacakları bir mutabakatla tahkim hakemlerine sözleşmeyi uyarlama yetkisini açıkça verdikleri durumlar ile vermedikleri durumlar arasında bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir⁷⁹⁰. Tarafların sözleşmeyi uyarlama yetkisini hakemlere açıkça tanıdıkları durumlarda yukarıda ifade edilen sözleşmeye bağlılık ilkesi hakemlerin lehine işlemekte ve koşullar gerektirdiği takdirde sözleşmeyi uyarlama hususunda hakemler için herhangi bir engel teşkil etmemektedir⁷⁹¹. Bu husus tarafların açıkça “sözleşmenin değiştirilmesi de dâhil olmak üzere bu sözleşmeden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık” şeklinde genel tahkim klozunda formüle edilebilmektedir. Öte yandan aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarında tarafların yeniden müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, aşağıda verilen örneklerde de görüleceği üzere, tahkim klozuna veya tahkim anlaşmasına atıf yapılması da mümkündür⁷⁹².

Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir yetkinin taraflarca hakemlere tanınmadığı durumlarda hakemlerin uyarlama yetkisine sahip olup olmadıkları meselesi doktrinde oldukça tartışma yaratmıştır. Bu mesele uluslararası ticari tahkim uygulamasında ikiye ayrılarak incelenmektedir. İlk olarak bir aşırı ifa güçlüğü/hardship veya başka bir uyarlama klozunun sözleşmede yer almaması, hakemlerce tarafların bu imkânlarını kullanmamalarının bilinçli olduğu şeklinde yorumlanmaktadır⁷⁹³. Buna karşın sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir kloz

⁷⁹⁰ Bu husus “*Kuwait v. American Independent Oil Company*” arasındaki *ad hoc* tahkim kararında belirtilmiş, “... Genel olarak, kanunla veya tarafların açık iradeleriyle bu hak kendisine verilmediği takdirde bir mahkemenin kendisini tarafların yerine koyarak sözleşmeyi uyarlayamayacağına şüphe yoktur... Tahkim mahkemeleri yetkilerinin kısıtlı olduğunu unutamazlar... Bu sebeple her bir tarafın bu hususta rıza göstermiş olması gereklidir.” Bkz. Berger, *Power of Arbitrators*, s.4, (çevrimiçi) http://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminioil.pdf, 25.05.2010.

⁷⁹¹ Berger, *Power of Arbitrators*, s.5.

⁷⁹² Berger, *Power of Arbitrators*, s.8.

⁷⁹³ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.356; “... Tahkim Mahkemesinin görevi Tarafların amaç ve kararlarını sorgulamak değil, onların hukuki fiilleri ve ihmallerinin ışığında hak ve yükümlülüklerini değerlendirmektir. Bütün yapacağı budur; bu kadarı yeterlidir. Bu görevin ötesine geçmek, Tarafların tahkim sözleşmesinde yansıttıkları meşru beklentilerine ihanet etmek olacak ve tahkim mekanizmasının uluslararası yararlılığına zarar verecektir... Hakemler hükümet yetkililerinin veya iş adamlarının yetkilerini gasp edemezler. Hiçbir politik otoriteleri yoktur ve müzakere edilmiş uygun bir çözümün ne olabileceği hususunda kendi şahsi görüşlerini dayatmaya da hakları yoktur. Niyetlerinin saflığı ne olursa olsun, böyle bir şekilde hareket eden hakemler sorumsuz davranmış olacaklar ve yarardan çok zarar getireceklerdir. Tahkim Mahkemesinin yapacağı araştırmanın odak noktasını, bizzat yetkisinin kaynaklandığı sözleşmesel düzenlemelerdeki tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemek oluşturmaktadır...” Bkz. UNCITRAL Final Award, May 4, 1999, *Himpurna California Energy Ltd. v. PT (Persero) Perusahaan Lestari* (Negara, (aktaran, Berger,

sözleşmede bulunmasa bile uyuşmazlığın görüleceği devlet mahkemesi sözleşmeye uygulanacak hukuka göre sözleşmeye müdahale edip sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayabilir. Uluslararası ticari tahkimde hakemler sözleşmeye bağlılık ilkesine (*pacta sunt servanda*) öncelik tanımaktadırlar⁷⁹⁴. Bu sebeple uyuşmazlık çözüm yolunun tahkim olarak düzenlemesi halinde, bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun da sözleşmede yer alması gerektiği hem doktrinde hem de uygulamada belirtilmiştir⁷⁹⁵.

Uyuşmazlık çözüm yolunun tahkim olarak kararlaştırıldığı durumlarda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için sözleşmede bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun da kararlaştırılması gerektiği yukarıda ifade edilmiştir. İkinci olarak, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda tarafların anlaşamaması durumunda üçüncü şahısların sözleşmeye müdahalesine ilişkin herhangi bir usul belirlememesi, yani sözleşmeye hakemlerin müdahale edeceklerinin kararlaştırılmaması, doğrudan genel uyuşmazlık çözüm klotuna başvurulup başvurulmayacağı meselesini gündeme getirmiştir. Ne aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda, ne de sözleşmedeki genel tahkim klotunda hakemin rolünün ne olacağına

Renegotiation, s.1353); Belçikalı satıcı sözleşmenin kurulduğu tarih ile malların teslim edileceği tarih arasında malların değerinin artmasından dolayı mal bedelinin arttırılmasını talep etmiş, Japon alıcı ise bu teklifi reddetmiştir. Sözleşmeye aykırılıktan ötürü çıkan uyuşmazlık MTO tahkim mahkemesine götürülmüştür. Belçikalı satıcı bu iddiasını “*rebus sic stantibus*” ilkesine dayandırmıştır. Hakemler söz konusu olaya Fransız hukukunun uygulanacağını tespit ettikten sonra, bu ilkenin Fransız özel hukukunda tanınmadığını ifade etmişlerdir. Daha sonra sözleşmede açık veya zımni olarak “*rebus sic stantibus*” ilkesine atıf yapıp yapılmadığını incelemişlerdir. Ticari işlemlerde tarafların değişen koşulların getireceği kârı beklerken, bu değişimin getireceği zararı da zımnen kabul ettikleri; tarafların değişen koşulların getirdiği riski sınırlamak için sözleşmelerine ya “*échelle mobile*” hükümleri ya da sözleşmenin taraflardan biri için aşırı yıkıcı hale gelmesi durumunda sözleşmenin otomatik olarak feshedileceğine dair hükümler koymaları gerektiği ifade edilmiştir. Somut olayda böyle bir klotun sözleşmede bulunmaması sebebiyle hakemler, ekonomik koşullar ve bu koşulların geçirdiği değişim ne olursa olsun sözleşme hükümlerinin bağlayıcı kabul edilmesi gerektiğine hükmetmişlerdir. Bkz. ICC Award No.2708 (1976), Jarvin, Derains, a.g.e., s.297.

⁷⁹⁴ Uluslararası ticaret hakemlerinin bu ilkeye üstünlük tanımalarının temelinde, uluslararası tacirlerin “mesleki yetki” karinesi bulunduğu hakkında bkz. Şanlı, **Akitlerin Hazırlanması**, s.40; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.357; Berger, **Power of Arbitrators**, s.9, ICC Award No.2708 (1976), Jarvin, Derains, a.g.e., s.298.

⁷⁹⁵ Şanlı, **Akitlerin Hazırlanması**, s.39–40; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.357; ICC Award No.7197 (1992), Arnaldez, Jarvin, Derains, a.g.e., s.501–512, Benzeri bir karar için bkz. ICC Award No.2216, (1974), Jarvin, Derains, a.g.e., s.224–230; ICC Award No.2142 (1974), Jarvin, Derains, a.g.e., s.194–195; “... Uluslararası ticari sözleşmelerin Tarafları, risklerin veya makro ekonomik tehlikelerin farkında olmadıklarını iddia edemezler. Bunların sonuçları olağandışı olabilir ancak yine de borçluların sözleşmedeki taahhütlerine bağlılıklarını değerlendiren finansörlerin ve aynı şekilde bu taahhütlere bağlı olan yatırımcılara teminat sağlayan sigortacıların beklentileri dâhilindedirler...” bkz. UNCITRAL Final Award, May 4, 1999, Himpurna California Energy Ltd. v. PT (Persero) Perusahaan Lstruik Negara, (aktaran, Berger, **Renegotiation**, s.1354).

ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamış olabilir. Bu bakımdan bir görüşe göre şayet sözleşmede uyarılama yetkisi hususunda ne aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda ne de tahkim klotunda bir açıklık yoksa veya herhangi bir hüküm getirilmemişse, hakemlerin sözleşmeyi uyarılama yetkisinin bulunmadığı sonucuna varılacaktır⁷⁹⁶. Çünkü hakemler sadece tarafların tahkim anlaşması yaptıkları konu veya konularla yetkilidirler ve hakemlik yetkilerini tahkim anlaşmasında belirledikleri usul ve sınırlar içinde kullanmalıdırlar⁷⁹⁷. Bu görüş uyarınca hakemlere sözleşmeyi uyarılama yetkisinin açıkça tanınması gerekir⁷⁹⁸. Zira sözleşmenin tahkim klotu ile aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu arasında doğrudan bir bağ söz konusu değildir. Bunun aksine bir yaklaşım kabul edildiği takdirde, tarafların yeniden sözleşmeyi müzakere edeceklerini öngören bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu ve tahkim klotu içeren her uluslararası ticari sözleşmenin uyarlanması sonucuna ulaşılabilecektir⁷⁹⁹. Sonuç olarak taraflarca açıkça hakemlere uyarılama yetkisi verilmesi kaydıyla hakemlerin verecekleri uyarılama kararları, taraflar için bağlayıcı ve icra edilebilir kararlar olacaktır⁸⁰⁰.

Uygulamada bir tahkim kararında hakemlerin aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu ile tahkim klotu arasında doğrudan bir ilişki kurdukları ve sözleşmedeki tahkim klotunu⁸⁰¹, sözleşmedeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu⁸⁰² ile birlikte

⁷⁹⁶ De Cuyper, Peter, *a.g.m.*, s.796; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.153.

⁷⁹⁷ Hakemlerin yetkilerini aşmaları hakem kararı için bir iptal sebebi olacaktır. Bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.219–222; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.124–125.

⁷⁹⁸ Karara konu olan uyuşmazlık hammadde tedarikine ilişkin uzun süreli bir uluslararası ticari sözleşmeden kaynaklanmıştır. Karara ilişkin yorumlarda Profesör Clive M. Schmitthoff'a atıfta bulunularak hakemlerin İngiliz mahkemelerinin çözüm şeklini benimsemeleri gerektiği ifade edilmiştir. Bu yaklaşım uyarınca taraflar arzu etmedikçe, mahkemenin sözleşmeyi uyarılama yetkisi olmayacaktır. Bu sıkı yaklaşımı benimsemek istemeyen sözleşme tarafları ya sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanıyan bir hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmelidirler ya da hakemlere açıkça sözleşmeyi uyarılama yetkisini tanımalıdırlar. bkz. ICC Award No.3938 (1982), Jarvin, Derains, *a.g.e.*, s.506.

⁷⁹⁹ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.152.

⁸⁰⁰ Brunner, *a.g.e.*, s.493; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.160; Matray, Vidts, *a.g.m.*, s.135.

⁸⁰¹ "...Taraflar arasında bu Sözleşmeden kaynaklanan ve bu sözleşmeye ilişkin tüm çözülmemiş ihtilaflar, uyuşmazlıklar ve anlaşmazlıklar veya bu sözleşmenin ihlali, *bu sözleşmeden kaynaklanan meselelerde tarafların uzlaşamamaları* ve Satıcının Alıcıya yaptığı Kömür satışına ilişkin tüm ihtilaflar nihai olarak tahkim yoluyla çözülecektir..." Bkz. Kröll, *a.g.m.*, s.454.

⁸⁰² "... Madde-8 Karşılıklı İşbirliği

Hem Alıcı hem de Satıcı bu sözleşme kurulduğu zaman öngörülemez koşulların ortaya çıkabileceğinin bilincindedirler. Her iki taraf da bu öngörülemez koşullardan kaynaklanan aşırı ifa güçlüğü ve zorlukların karşılıklı iyi niyet ve işbirliği ruhu ile üstesinden gelmek için ellerinden gelen gayreti göstereceklerini kabul ederler..." Bkz. Kröll, *a.g.m.*, s.440.

"... Madde-9 Hakkaniyetsiz Durumun Gözden Geçirilmesi

değerlendirerek sözleşmeyi uyarladıkları görülmüştür⁸⁰³. Bir başka kararda da sözleşmedeki tahkim klotunu sözleşmenin diğerk hükümleri ile birlikte değerlendirip sözleşmeyi uyarlarken de hakemler, somut olaya bağılı olarak MTO'nun standart tahkim klotunun⁸⁰⁴ daha geniş yorumlanabileceğini vurgulamışlardır⁸⁰⁵. Bununla birlikte doktrinde sözleşmede bir aşırı ifa güçlüğü/hardship veya sözleşmenin yeniden müzakere edileceğini öngören bir başka klotun (örneğin sözleşmenin yeniden müzakere edileceğini öngören bir mücbir sebep klotunun) bulunması ve tarafların sözleşme müzakerelerinde uzlaşamamaları durumunun, tarafların tahkim mahkemesine sözleşmeyi uyarlama yetkisini tanıdıkları şeklinde yorumlanması gerektiğı ifade edilmiştir⁸⁰⁶.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre sözleşmenin değışen koşullara uyarlanması yetkisinin hakemlere açıkça ve kesin bir dille tanınması ve tahkim klotunda kullanılan uyuşmazlıklara ilişkin genel kapsamlı bir ifadenin de hakemlere sözleşmeyi uyarlama yetkisinin zımnen tanındığı şeklinde anlaşılmaması gerekir⁸⁰⁷. Böyle yorumlandığı takdirde tarafların aralarındaki müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması, doğrudan hakemlere bu hakkın tanınması sonucunu doğuracaktır.

Sözleşme süresi boyunca herhangi bir zamanda metalürjik kömür piyasasında esaslı bir değışiklik meydana gelirse, taraflardan biri fiyatın gözden geçirilmesini talep etme hakkına sahip olacaktır. Taraflar adil ve makul bir fiyat düzenlemesine ulaşmak için meseleyi iyi niyetle müzakere edeceklerdir." Bkz. Kröll, *a.g.m.*, s.433.

⁸⁰³ Nippon Steel Corp.(Alıcı/Davacı) ve Quintette Coal Limited (Satıcı/Davalı) arasında kurulan kömür satım sözleşmesinde, her üç ayda bir sözleşmede öngörülen formül uyarınca değışeceğı ve her dört yılda bir de ton başına ödenen bedelin gözden geçirilmesinin taraflarca talep edilebileceğı kararlaştırılmıştır. Uyuşmazlık çözüm yolu tahkim olarak belirlenen sözleşmede, ayrıca bir de aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu bulunmaktadır. Yıllar içinde ton başına ödenen bedel uygulanan formül nedeniyle aşırı artış göstermiş ve taban fiyat \$103 doları aşmış, bunun üzerine davacı taraf aşırı ifa güçlüğü/hardship klotuna dayanarak müzakereleri başlatmış ve bir sonuç alınamamasından ötürü de meseleyi tahkime götürmüştür. Davacı şirket taban fiyatların uyarlanmasına talep etmiş, tahkim mahkemesi de sözleşmedeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotuna dayanarak, talep edilen tarihten (Haziran 1987'den) sonraki on beş "3 aylık" periyodun taban fiyatlarını belirleyerek sözleşmenin uyarlanmasına karar vermiştir. Bkz. Kröll, *a.g.m.*, s.432-433; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.152-153.

⁸⁰⁴ "İşbu sözleşme ile ilişkili veya bu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uyarınca atanan bir veya birden çok hakem tarafından bu Kurallar altında nihai olarak karara bağlanacaktır." Standard ICC Arbitration Clause, bkz. (çevrimiçi) <http://www.iccdri.com>, 17.05.2010.

⁸⁰⁵ ICC Award No.5754, (aktaran, Berger, *Power of Arbitrators*, s.8).

⁸⁰⁶ Brunner, *a.g.e.*, s.514; Kröll, *a.g.m.*, s.456; Fouchard, Gaillard, Goldman, *a.g.e.*, s.32.

⁸⁰⁷ UNCITRAL Model Kanunu hazırlık çalışmalarında klasik tahkim klotlarının sözleşmeyi uyarlama yetkisi verecek şekilde yorumlanmamaları, sözleşmeye aykırılık veya sözleşmenin ifa edilmemesi halinde çıkan hukuki uyuşmazlıklarda karar verme yetkisi ile sınırlı olarak yorumlanmaları gerektiğı ifade edilmiştir. Bkz. Note by the Secretariat: Model Law on International Commercial Arbitration: Possible Further Features and Draft Articles of a Model Law, (A/CN.9/WG.II/WP.41), (çevrimiçi) <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-wg2-wp41-e.pdf>, 17.05.2010

Sözleşmede tarafların aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu uyarınca yeniden müzakerelere girişmeleri ve bu müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması neticesinde taraflar sözleşmeye aynı koşullarda devam etmelidirler⁸⁰⁸.

Bununla birlikte elbette bir hakem kararının taraflar için bağlayıcı olması ve buna bağlı olarak icra edilebilir bir karar olup olmaması, kararın tenfiz edildiği yargı mercileri önünde belirlenecektir⁸⁰⁹. Şayet sözleşmenin esasına uygulanan hukuka (*lex causae*), tahkim usulüne uygulanan hukuka (*lex arbitri*)⁸¹⁰ veya kararın tenfiz edildiği ülke hukukunda hakemlerin sözleşmeyi uyarlayamayacaklarına ilişkin kamu düzenine ilişkin hükümler mevcut ise, bu durumda hakem kararı tenfiz edilemeyecek ve karar aleyhine olan tarafa karşı icra kabiliyeti olmayacaktır⁸¹¹. Uyarlama, tarafların aralarında serbestçe tasarruf edebildikleri tahkime elverişli bir mesele olduğundan ve verilen kararda kamu düzenine bir aykırılık söz konusu olmadığı sürece kanaatimizce uluslararası ticari sözleşmelerin hakem kararıyla uyarlanmasına ilişkin kararlar tüm hukuk düzenlerinde tenfiz ve icra edilebilecektir⁸¹².

⁸⁰⁸ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.152; Oppetit, *a.g.m.*, s.811.

⁸⁰⁹ De Cuyper, Peter, *a.g.m.*, s.787 ve s.797.

⁸¹⁰ 1986 tarihli Hollanda Tahkim Kanunu m.1020/IV uyarınca, "... Taraflar aynı şekilde aşağıdaki meseleleri de tahkime götürmek hususunda anlaşabilirler: (...) (c) taraflar arasındaki hukuki ilişkide değişik yapılması veya boşlukların doldurulması..." Bkz. Fouchard, Gaillard, Goldman, *a.g.e.*, s.28; Bu hüküm uyarınca bir hakeme uyarlama yetkisinin tanınabilmesi için hem tarafların bu yetkiyi açıkça hakemlere tanımaları hem de tahkim usulüne uygulanacak hukukta bu hususta her hangi bir engel bulunmamasıdır. Bkz. Berger, *Power of Arbitrators*, s.10.

⁸¹¹ Sözleşmelerin uyarlanması meselesinin tahkime elverişli olup olmadığı hususunda Türkiye'nin de taraf olduğu New York Sözleşmesi'nin I(3). maddesine bakılması gerekir. Bu maddeye göre ticari nitelikli bütün uyuşmazlıklar, ilgili ülke anlaşılmaya bu maddedeki çekinceyi koysa dahi, tahkime elverişli sayılacaktır. Bkz. Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s.504.

⁸¹² Hakemlerin uyarlama kararlarının hukuki niteliği bir hukuk sisteminden diğerine değişmektedir. Bir hukuk sisteminde "*hukuki uyuşmazlık*", "*sözleşmenin uyarlanması*", "*hakemin hukuki fonksiyonu*" ve "*tahkim*" kavramlarının değerlendirilmesi, bu hukuki niteliğin belirlenmesindeki en önemli faktörlerdir. Örneğin İsviçre/Türk, Alman, Hollanda gibi sözleşmenin değişen koşullara mahkemece uyarlanmasına imkân tanıyan hukuk düzenlerinde, tahkim mahkemesine de sözleşmeyi uyarlama yetkisi tanınmaktadır. Buna paralel olarak da örneğin Anglo-Amerikan hukuku gibi sınırlı durumlarda mahkemelere sözleşmeyi uyarlama imkân tanıyan hukuk düzenlerinde de aynı sınırlar tahkim mahkemeleri için de geçerli olmaktadır. Tahkimin usulüne uygulanacak kanunun hakemlerin uyarlama yetkileri hususunda herhangi bir hüküm içermemesi durumunda, o hukukun mahkemelere bu yetkiyi tanıyıp tanımadığına bakılmalı ve buna paralel olarak hakemlerin de uyarlama yetkisine sahip olup olamayacakları belirlenmelidir. Bkz. Berger, *Power of Arbitrators*, s.10.

(2) MÜZAKERELERİN BAŞARISIZLIKLA SONUÇLANMASI VE SÖZLEŞMENİN HAKEMLERCE UYARLANMASI

Bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda sözleşmeyi değışen koşullara uyarlayacak kişi, uzlaştırıcı veya hakem-bilirkişi olarak değil de, bir tahkim hakemi (arbitrator, arbitre) olarak tayin edildiği hallerde, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin verilen kararın niteliği değışmektedir. Aşağıda verilen örnekte hakemin aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarının meydana gelip gelmediğine ilişkin tespitinin taraflar için bağlayıcı olacağı, buna karşın hakemin sözleşme dengesinin yeniden sağlanması için vereceği kararların tavsiye niteliğinde olduğu kararlaştırılmıştır. Hakemlerin koşullarının gerçekteşip gerçekteşmediğine yönelik tespit kararları kesin ve bağlayıcı olmakla birlikte, uyarlama için verecekleri teklifler taraflar için bağlayıcı olmayacak ve zarar gören taraf isterse sözleşmeyi sona erdirebilecektir⁸¹³:

“... Yukarıda belirtilen talepten itibaren 2 aylık süre içinde bir uzlaşmaya varılmaması halinde, Taraflardan birinin talebi üzerine 23.4 maddesindeki tahkime başvuracaklardır.

Bu durumda hakemlerin görevi:

1) (sözleşmenin) kuruluşu sırasında bilinmeyen koşulların ve aynı şekilde Taraflardan biri için işbu Sözleşmenin ekonomisini temelden sarsan esaslı bir ekonomik zararın var olup olmadığına karar vermektir.

2) Taraflara, şayet mümkünse, ilişkilerinin devamını sağlayan teklifler sunmaktır.

Hakemlerin görevlerini tamamlamak için 3 ayları olacaktır. (Hakemler) Yukarıda 1 numarada belirtilen koşulların ve olayların var olduğunu kabul ederlerse, zararı öne süren Taraf yukarıda 2 numarada ifade edilen hakemlerin tekliflerini reddederek işbu Sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahip olacaktır...”⁸¹⁴

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında hakemin sözleşmeye müdahale ederek, sözleşmeyi uyarlayacağına ilişkin birçok hükme rastlanılmaktadır. Bu hakemin vereceği kararın tarafları bağlayıcı olacağı kararlaştırıldığında, tarafların sözleşmenin ekonomik dengesinin yeniden sağlanmasına ve sözleşmelerinin devamına eşit ölçüde

⁸¹³ Almeida Prado, a.g.e, s.159.

⁸¹⁴ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 4, Otomotiv Sektöründen Bir Lisans Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1993, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.312.

önem verdikleri kabul edilir⁸¹⁵. Taraflar, sözleşmenin ekonomik dengesini kurabilmek ve tarafların arasındaki ilişkileri iyileştirmek için bir çözüm bulamamaları durumunda, aralarındaki bu meseleyi hakemlere havale edip onlara sözleşmelerini uyarlama yetkisini vereceklerdir. Taraflar klotda hakemlerin nasıl tayin edileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, daha pratik bir yol olan sözleşmedeki genel tahkim klotuna atıf yaparak da hakemlerin nasıl tayin edileceğini kararlaştırabilirler. Önemli olan sözleşmenin hakemlerce uyarlanacağını hususunda tarafların iradelerinin tereddüde yer bırakmayacak şekilde aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda veya sözleşmenin genel tahkim klotunda yer almasıdır⁸¹⁶:

“... böyle bir karar için uzman bilgisine sahip olan üç hakem... Taraflardan her biri bir hakem tayin etme hakkına sahip olacak ve üçüncüsü de tarafların karşılıklı olarak anlaşmaları ile ya da böyle bir anlaşma olmaması halinde Milletlerarası Ticaret Odasının o zamanki Başkanınca tayin edilecektir.”⁸¹⁷

“... Bu müzakereler, Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, taraflardan birinin diğerine müzakerelere girişmek üzere yapacağı bildirimden itibaren azami (...) ay sürdürülecektir. Bu müzakereler süresince sözleşmenin ifasına devam edilecektir. Müzakereler bu sürede sonuçlanmadığı takdirde işbu maddenin uygulanmasını isteyen taraf 15 gün içinde tek bir hakemin müştereken tayinini talep edebilir. Uzlaşamama halinde hakem Milletlerarası Ticaret Odası Başkanı’nca belirlenecektir. Tarafların peşinen önceden kabul ettikleri kararını vermesini için (hakemin) (...) gün süresi olacaktır...”⁸¹⁸

“... Bu Sözleşme kapsamında, Müteahhidin/Yüklenicinin finansal durumu Yürürlük Tarihinde yürürlükte olan kanun ve tüzüklere dayandığından, gelecekteki kanun, kararname ve tüzüklerin Müteahhidin/Yüklenicinin finansal durumunu etkilemesi ve özellikle bu Sözleşme süresi boyunca gümrük vergilerinin yüzde (...) aşması durumunda, Tarafların bu Sözleşmenin ekonomik dengesini koruyacak adil bir çözüme ulaşmak için iyi niyetle müzakerelere girecekleri kararlaştırılmıştır. Adil

⁸¹⁵ Almeida Prado, a.e., s.188.

⁸¹⁶ Tarafların iradelerinin belirli olması demek, tarafların hangi konulardaki uyuşmazlıkları hakeme götürdüklerini bilmelerini gerektirir. Tahkime konu uyuşmazlıkların tereddüde yer bırakmayacak şekilde sözleşmede belirtilmesi, hakemlerin yetki sınırları bakımından önem taşımaktadır. Bkz. Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s.82–84.

⁸¹⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.521.

⁸¹⁸ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 1, Havacılık sektöründen bir sözleşme, Kuruluş tarihi: X, Süresi: X, Uygulanacak hukuk: Fransız hukuku, s.310.

bir çözüme ulaşamamaları durumunda her iki Taraf da meseleyi 31. Madde uyarınca tahkime götürebilir...⁸¹⁹

“... İyi niyetle altı (6) ay (yürütülen) müzakerelerden sonra, bu sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamak için en iyi nasıl değiştirebilecekleri üzerine tarafların uzlaşamamaları durumunda, mesele bu Sözleşmenin (...) kısmına uygun olarak ICC tahkim mahkemesine havale edilecektir. Bir karara varırken hakemler, Projelerin taraflar için olan ekonomik yararlarını olabildiğince korumaya çalışacaklardır...”⁸²⁰

“... Hakemler yukarıda ifade edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine ve gerçekleşmişse karşı tarafın da menfaatlerini göz önünde bulundurarak (a) paragrafı/bendi bakımından gerektiği takdirde söz konusu fiyatta veya diğer kayıt ve şartlarda ne gibi bir uyarlama yapılacağına karar verecekler ve hakemlerce revize edilen/gözden geçirilen fiyatlar ve diğer kayıtlar hakemlerce daha geç bir tarih kararlaştırılmadıkça, ilk tahkim bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren hüküm ifade edecektir...”⁸²¹

“... 10. maddede tayini öngörülen hakem ya da hakemler...”⁸²²

Hakemlere sözleşmeyi uyarlama yetkisini açıkça ve kesin bir dille tanımak kanaatimizce bütün bu karmaşık meseleleri ortadan kaldırmak için oldukça faydalı olacaktır⁸²³:

“Hakemler, tarafları dinledikten sonra, ya yetkilerine dayanarak tarafların (ilgili) durumunu düzeltmek amacıyla uyuşmazlık konusu klozları gerekli ölçüde değiştirebilirler ya da sözleşmeyi feshedebilirler.”⁸²⁴

“... Hakem, bu durumda, koşullarda esaslı bir değişikliğin meydana gelip gelmediğini ve Yüklenici/Müteahhidin bu Sözleşmedeki ekonomik hak ve

⁸¹⁹ Katar Şeyhliği'nin 1994 tarihli “Model Arama ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesi”nin 34. maddesi için bkz. Berger, *Renegotiation*, s.1360.

⁸²⁰ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Kloz 7, Kimya sektöründen bir satım sözleşmesi, Kuruluş Tarihi:1997, Süresi:15 yıl, Uygulanacak hukuk: Belçika hukuku, s.314.

⁸²¹ Phillips Petroleum Company/Norway şirketinin yönetici olduğu 10 satıcıdan oluşan bir konsorsiyum ile bir alıcı konsorsiyum arasındaki 1973 tarihli EKOFISK doğalgaz yatağından doğalgaz satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu için bkz. Oppetit, a.g.m., s.812.

⁸²² Fontaine, de Ly, a.g.e., s.521.

⁸²³ Bu husus “*Kuwait v. American Independent Oil Company*” arasındaki *ad hoc* tahkim kararında belirtilmiştir: “... Genel olarak, kanunla veya tarafların açık iradeleriyle bu hak kendisine verilmediği takdirde bir mahkemenin kendisini tarafların yerine koyarak sözleşmeyi uyarlayamayacağına şüphe yoktur... Tahkim mahkemeleri yetkilerinin kısıtlı olduğunu unutamazlar... Bu sebeple her bir tarafın bu hususta rıza göstermiş olması gereklidir.” Bkz. Berger, *Renegotiation*, s.1379, (çevrimiçi) http://www.biccl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminioil.pdf, 25.05.2010.

⁸²⁴ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.521.

menfaatleri böyle bir değişiklik meydana gelmeseydi nasıl olacak idiyse o seviyeye eşit hale getirmek için bu Sözleşmenin hükümlerinde yapılması gereken değişiklikleri belirlemek hususunda yetkili olacaktır...”⁸²⁵

“Hakemler... gerekirse, (a) paragrafının amacına uygun olarak, söz konusu bedel ya da kayıt ve koşullarında hangi düzeltmenin yapılması gerektiğini belirleyeceklerdir.”⁸²⁶

Son olarak hakemlerin verdikleri kararın da ne zaman etki doğuracağı klotda kararlaştırılabilir:

“... (hakemler) kararlarının etki doğuracağı tarihi serbestçe kararlaştırırlar.”;

“... hakemler daha ileri bir tarih kararlaştırmadıkça, söz konusu hakemlerce belirlenen yeniden düzenlenmiş herhangi bir fiyat veya diğer koşullar, tahkim bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren hüküm ifade edecektir.”⁸²⁷

Toparlamak gerekirse şayet sözleşmede taraflar hakemin sadece tavsiye niteliğinde kararlar verebileceğini kararlaştırmışlarsa, hakemin vereceği karar taraflar için bağlayıcı olmayacaktır. Taraflar klotda hakemin vereceği kararın bağlayıcı olacağını açıkça kararlaştırmışlarsa ve sözleşmeye uygulanacak hukuka göre hakemin verdiği karar (uyarlama, fesih ve aynen ifa) geçerli ise, bu durumda hakem sözleşmenin ifasının aynen devamına veya feshine karar verebileceği gibi, sözleşmenin uyarlanmasına da karar verebilir. Bununla birlikte yukarıda açıklandığı üzere bu hususta sözleşmede bir boşluk varsa veya kullanılan ifadeler belirsiz ise, klot hakemin uyarlama yetkisinin bulunmadığı şeklinde yorumlanmalıdır.

⁸²⁵ Demokratik Etiyopya Cumhuriyeti Devleti ile International Petroleum (Bermuda) Limited arasındaki Petrol Arama ve Üretim Paylaşımı Sözleşmesinin 16. maddesi için bkz. De Cuyper, Peter, **a.g.m.**, s.790.

⁸²⁶ Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.521.

⁸²⁷ Fontaine, de Ly, **a.e.**, s.522.

C. ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNDA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP DURUMUNA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

1. 11 NİSAN 1980 TARİHLİ MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI'NIN (CISG) 79. MADDESİ VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP

CISG'nin "Yükümlülüklerden Kurtulma" başlıklı 79. maddesinde⁸²⁸ taraflardan birinin yükümlülüklerinden birini denetimi dışında kalan bir engelden ötürü ifa edememesi durumu düzenlenmiştir. Çalışmamızda mücbir sebep klorları incelenirken bu maddeye ilişkin detaylı açıklamalar yapılmıştır. Özetle engelin sözleşmenin kurulması anında etkilenen tarafça dikkate alınmasının mümkün olmaması, engelin sonuçlarından kaçınması veya bunları aşması makul olarak edimini ifa edemeyen taraftan beklenememesi gerekir. Bunlarla birlikte engelden etkilenen tarafın hiçbir kusurunun bulunmaması, engelin kendi denetim/kontrol alanının dışında gerçekleşmesi ve bu engele ilişkin gerekli tüm önlemleri de almış olması gerekir. Bu koşulları kanıtladığı takdirde, mevcut durumdan etkilenen taraf, ifa etmemeden ötürü sorumlu tutulmayacaktır. CISG'nin UPICC'deki düzenlemeden ayrıldığı nokta, koşulların değişmesinden ötürü ifanın güçleştiği durumları ve sözleşmenin uyarlanmasını açıkça düzenleyen herhangi bir madde içermemesidir. Bu bakımdan CISG'nin 79. maddesi sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına mantıken imkân tanımamaktadır⁸²⁹. Bu görüş uyarınca 79. madde herhangi bir boşluk içermemektedir ve bu sebeple de UPICC'de yer alan aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümleri bu maddenin yorumlanması veya maddedeki boşlukların doldurulması amacıyla kullanılamaz. Dolayısıyla UPICC'de yer alan aşırı ifa

⁸²⁸ CISG m.79/1 "Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamaz."

⁸²⁹ van Houtte, a.g.m., s.107; Draetta, Lake, a.g.e., s.189.

güçlüğü/hardship hükümleri ancak uygulanacak hukuk olarak seçildiği takdirde 79. madde ile birlikte değerlendirilebilecektir⁸³⁰.

CISG'nin 79. maddesinin aşırı ifa güçlüğü/hardship durumlarını kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışılmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere CISG'de edimlerin ifa edilmemesi hususunda ulusal hukuklardaki mevcut çözümlere benzer, ama bütünüyle onlardan bağımsız ve otonom bir düzenleme yapılmıştır⁸³¹. CISG'nin 79. maddesinin ulusal hukuk düzenlerinde bulunan koşulların değişmesi ve sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin teorilere ve kanun maddelerine gidilmeden, edimin ifa edilmediği tüm durumları kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir⁸³². Maddede herhangi bir boşluk bulunmadığını savunan⁸³³ bu görüşü desteklemek amacıyla madde metninde kullanılan "engel" ifadesinin mücbir sebepten daha esnek bir yapı sağlanmak amacıyla madde metnine konulduğu ifade edilmiştir⁸³⁴. Bu sebeple "engel" ifadesi iki şekilde anlaşılmalı ve sadece ifanın mutlak imkânsız hale geldiği durumları değil, aynı zamanda aşırı külfetli hale geldiği durumları da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu yorum doktrinde eleştirilmiş ve "engel" ifadesinin Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk düzenlerinden bağımsız ve onları birleştiren ortak bir ifadeye ulaşmak amacıyla kullanıldığı ifade edilmiştir⁸³⁵.

CISG'nin otonom yapısını desteklemek amacıyla CISG m.7/1'de antlaşmanın yorumunda, antlaşmanın uluslararası niteliği ve dürüstlük kuralının dikkate alınacağı, m.7/2'de de antlaşmadaki boşlukların öncelikle uluslararası hukuktaki genel prensiplere göre, bu meseleyi karşılayan bir prensip olmaması durumunda milletlerarası özel hukukun kanunlar ihtilafı kurallarınca uygulanması gereken hukuka göre doldurulacağı ifade edilmiştir⁸³⁶. 79. madde de boşluk bulunduğunu ve

⁸³⁰ Rimke, *a.g.m.*, s.241.

⁸³¹ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.98.

⁸³² Brunner, *a.g.e.*, s.218.

⁸³³ Schwenzer, *a.g.m.*, s.713.

⁸³⁴ Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.189; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.105.

⁸³⁵ Draetta, *International Trade Practice*, s.555.

⁸³⁶ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Kısım I Bölüm II Madde 7 Genel Hükümler

(1) Bu Antlaşmanın yorumunda Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulamasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.

bu maddenin boşluk doldurma yoluyla aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini savunan görüşe göre, CISG m.7/2 antlaşmada mevcut olan boşlukların ya esinlenmiş olduğu genel prensiplerle ya da prensiplerin bulunmaması durumunda, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması yoluyla doldurulması gerektiği ifade edilmiştir⁸³⁷. Bu bakımdan doktrinde ulusal kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasından önce uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin UPICC'nin uygulanmasının gerektiği ifade edilmiştir⁸³⁸. Sözleşmedeki edimlerden birinin “aşırı” külfetli hale gelmesinden ötürü karşılıklı edimler arasındaki dengenin bozulması ve sözleşme ekonomisinin altüst olması durumunda borçlunun CISG m.79 hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulması yerine bu hükmün UPICC m.6.2.3 ile birlikte daha esnek yorumlanarak sözleşmenin uyarlanmasının veya mahkemece belirlenen tarihte ve koşullarla sözleşmenin sona erdirilmesinin, bu maddenin pratik amacına ve CISG m.7'deki dürüstlük kuralı ve uluslararası ticaret hukukunun genel ilkelerine daha uygun düşeceği ifade edilmiştir⁸³⁹.

Doktrinde yer alan bu görüşlere karşın İtalya'da⁸⁴⁰ ve Almanya'da⁸⁴¹ verilen iki kararda Antlaşmanın 79. maddesinin ifanın aşırı ölçüde külfetli hale geldiği durumları kapsamadığına hükmedilmiştir. Bu sebeple CISG'nin uygulanacağı sözleşmelerdeki mücbir sebep klozlarında, UPICC'deki aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerinin m.79'u tamamlayıcı olarak kullanılacağına açıkça kararlaştırılması veya sözleşmenin tamamında UPICC hükümlerinin geçerli olacağına kararlaştırılması durumunda, aşırı ifa güçlüğü/hardship durumuna ilişkin CISG m.79

(2) Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.

⁸³⁷ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.99.

⁸³⁸ Baysal, *a.g.e.*, s.72; Süral, *a.g.e.*, s.66–67; Almeida Prado, *a.g.e.*, s.99; Kessedjian, *a.g.m.*, s.419.

⁸³⁹ Brunner, *a.g.e.*, s.219.

⁸⁴⁰ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.106; İtalyan metal satıcısı (Nuova Fucinati/davacı) ile İsveçli alıcı (Fondmetall/davalı) arasında çıkan uyuşmazlıkta davacı İtalyan şirket 1000 ton kromun fiyatının sözleşmenin kurulduğu tarih ile teslim tarihi arasında %30 arttığını ve bu durumun edimini ifasını aşırı külfetli hale getirdiğini iddia ederek edimini ifa etmemiş ve mahkemeden sözleşmenin feshini talep etmiştir. Olaya CISG m.79'un uygulanamayacağını ifade eden mahkeme, m.79 uygulansaydı dahi bu durumun aşırı ifa güçlüğü oluşturmayacağını ifade etmiştir. bkz. 14 Gennaio 1993, Tribunale Civile de Monza, Nuova Fucinati S.p.a v. Fondmetall International A.B., in *Giurisprudenzia Italiana*, 1994, II, p.145 et s., (aktaran, Rimke, *a.g.m.*, s.225).

⁸⁴¹ 14 Mai 1993, Landgerischt Aachen, n43 O 196/92, (aktaran, Almeida Prado, *a.g.e.*, s.106).

ile ilgili tüm tartışmalar kanaatimizce ortadan kalkmış olacaktır⁸⁴². Öte yandan hakemlere ve hâkimlere UPICC'nin hükümleri ile uyarlama yetkisi verilirken aynı zamanda taraflar sözleşme dengesinin nasıl olması gerektiğine ilişkin belli kriterleri de klotda kararlaştırabilirler.

2. UPICC VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP

UPICC'nin ifaya ilişkin bölümünün 6.2.1. ila 6.2.3 maddelerinde aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu düzenlenmiştir. Bununla birlikte prensiplerin ifa etmemeye (*non-performance*) ilişkin bölümünün 7.1.7 maddesinde mücbir sebep durumu düzenlenmiştir. Bu ayrımın nedeni de her iki madde de kaleme alınırken uluslararası ticaretteki mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klotları arasındaki farkın dikkate alınmasıdır: Mücbir sebep bir ifa etmeme ve imkânsızlık meselesi iken, aşırı ifa güçlüğü/hardship ifa sürecinde karşılaşılan ve ifayı imkânsız kılmayan ancak zorlaştıran bir engeldir⁸⁴³. Bu maddede “*hardship*” teriminin seçilmesinin sebebi, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında sıkça kullanılması ve yaygın olarak bilinmesidir⁸⁴⁴.

Prensiplerin 6.2.1. maddesinde sözleşmeye bağlılık prensibi düzenlenmiş ve aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun istisnai olduğu belirtilmiştir⁸⁴⁵. Aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun UPICC'de düzenlenmesinin ve istisnai durumlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kabul edilmesinin sözleşmeye bağlılık prensibini zayıflatmak anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir⁸⁴⁶. Prensiplerin 6.2.2. maddesinde aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu tanımlanmıştır: Bu maddeye göre bir olayın aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu oluşturabilmesi için öncelikle meydana gelen olayların sözleşmedeki edimlerin dengesini temelden bozması gerekir⁸⁴⁷. Edimlerin dengesinin nasıl bozulacağına ilişkin ise tarafların edimlerini ifa edebilmeleri için yapacakları masrafların artması veya edimlerin değerinin düşmesi

⁸⁴² Garro, *a.g.m.*, s.382.

⁸⁴³ Baysal, *a.g.e.*, s.68; Draetta, *Contrats Internationaux*, s.348–349; Maskow, *a.g.m.*, s.664.

⁸⁴⁴ UPICC m.6.2.1, Resmi Yorum No.2; Brunner, *a.g.e.*, s.4.

⁸⁴⁵ UPICC m.6.2.1, Resmi Yorum No.2.

⁸⁴⁶ Süral, *a.g.e.*, s.115.

⁸⁴⁷ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.239.

gibi durumlar sayılmıştır⁸⁴⁸. Örneğin, malların üretilmesinde ya da hizmetin sağlanmasında gerekli olan hammadde fiyatının aşırı derecede artması ya da üretim maliyetini çok etkileyecek derecede güvenlik standartlarının yükseltilmesi sözleşmedeki yükümlülükler arası dengelerin bozulmasına yol açacaktır⁸⁴⁹. Bu konuda verilecek objektif bir oran, otomotivden maden sektörüne, tedarik sözleşmelerinden know-how sözleşmelerine kadar geniş bir alanda kullanılan aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramı bakımından objektif olmayacaktır⁸⁵⁰. Bu hususlara ek olarak olayın sözleşmenin kurulması anından sonra meydana gelmesi veya zarar gören tarafça sonradan öğrenilmesi, etkilenen tarafın bu olayı makul olarak öngörememiş olması⁸⁵¹, olayın kontrolü dışında gelişmiş olması⁸⁵² ve bu riski üstlenmemiş olması gerekir. Yorumlarda eklenen bir başka unsur da zarar gören tarafın edimini henüz ifa etmemiş olmasıdır. Zira zarar gören edimini güç de olsa ifa edebilmişse, bu madde kapsamına aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun oluştuğunu iddia edemeyecektir⁸⁵³. Aynı şekilde yorumlarda yer verilen bir başka husus, koşulların değişmesiyle meydana gelen bir durumun hem aşırı ifa güçlüğü/hardship

⁸⁴⁸ Bu sayılan durumlar örnek olarak sayılmış olup, edimlerin dengesinin temelden sarsan olayın varlığının somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Bkz. Baysal, *a.g.e.*, s.69; İlgili değişikliğin temel/esaslı olup olmadığına her somut olayın şartlarına göre hakem ya da hâkim karar verecektir. Örneğin İtalyan mahkemeleri enflasyon ve hammadde fiyatlarında aşırı artışları aşırı ifa güçlüğü/hardship olarak kabul ederken, uluslararası ticarete taraflar açıkça kararlaştırılmamışsa, hakemler genellikle enflasyon ve kur farklılıklarını aşırı ifa güçlüğü/hardship olarak kabul etmemektedirler. Bkz. Almeida Prado, *a.g.e.*, s.237.

⁸⁴⁹ Edimi ifasının maliyetinin artmasına ilişkin olarak bkz. UPICC m.6.2.2, Resmi Yorum No.2(a).

⁸⁵⁰ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.240.

⁸⁵¹ Öngörülemeyen durumun gerçekleşme ihtimalinin taraflarca çok düşük görülmesinin makul olması yeterlidir. Bkz. Almeida Prado, *a.g.e.*, s.236; Öngörülemezlik unsuruna ilişkin verilen ilk örnekte bir petrol satım sözleşmesi söz konusudur. Sözleşme kurulduğu zamanda petrolün çıkarıldığı bölgede ciddi politik sorunlar mevcuttur. Sözleşme kurulduktan 2 yıl sonra komşu ülkelerde savaş çıkar ve petrol fiyatları yükselir. Bu durumda diğer taraf aşırı ifa güçlüğü/hardship durumuna dayanamaz. Zira olayda savaşın çıkacağı öngörülebilmektedir. İkinci örnekte ise X devletinin para birimi üzerinden bir satım sözleşmesi söz konusudur ve bu para birimi yavaş yavaş değer kaybetmektedir. Takip eden ay %80 oranında para birimi değer kaybetmiştir. Bu durumda aşırı ifa güçlüğü/hardship söz konusu olacaktır. Zira yavaş seyreden düşüş bir anda öngörülemeyen büyüklükte bir değişiklik göstermiştir. Bkz. UPICC m.6.2.2, Resmi Yorum No.3(b).

⁸⁵² Örneğin bir tacir elinde olmayan malların satımı için bir sözleşme akdettikten sonra üretici derhal anlaşma yapmayarak fiyatların düşmesini beklerse ve aksine fiyatlar artarsa burada malları derhal temin etmek kendi kontrolünde olacağından aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu söz konusu olmayacaktır. Bkz. Almeida Prado, *a.g.e.*, s.236-237.

⁸⁵³ A, B ile X ülkesinde ifa edilmek üzere bir atık depolama sözleşmesi kurmuştur. Sözleşmede atık ton başına belirli bir fiyat bulunmaktadır ve sözleşme dört yıl süre için kurulmuştur. Sözleşme kurulduktan iki yıl sonra X ülkesindeki çevreci hareketler güç kazanmış ve X ülkesi atık depolama fiyatlarını 10 katına yükseltmiştir. Bu durumda B sözleşmenin geri kalan iki yıllık kısmı için aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerine dayanabilecektir. Bkz. UPICC m.6.2.2, Resmi Yorum No.4.

hem de mücbir sebep olarak nitelendirilmesi halinde zarar gören tarafın seçimlik bir hakka sahip olmasıdır. Bu durumda zarar gören taraf dürüstlük kuralı uyarınca kendi menfaatlerine en uygun hükümleri seçecektir⁸⁵⁴.

UPICC'nin 6.2.3 maddesi aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun sonuçlarını düzenlemektedir⁸⁵⁵. Bu maddeye göre taraflar öncelikle müzakerelere girişecekler ve makul bir süre içinde uzlaşamadıkları takdirde meseleyi hakem veya hâkim önüne götüreceklerdir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar gören taraf gecikmeksizin ve gerekçeli olarak sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini talep edecektir⁸⁵⁶. Müzakereler zarar gören tarafın sözleşmenin karşı tarafına yapacağı bildirimle başlayacaktır. Bu aşamada yapılan bildirim meydana gelen olaya ilişkin yeterli bilgi içermelidir⁸⁵⁷. Bu bildirimin geç yapılması veya yeterli bilgi içermemesi halinde maddede düzenlenmiş herhangi bir yaptırım yoktur. Bildirim yeterli gerekçe içermezse veya geç yapılmış ise, hakem veya hâkimde aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun oluştuğuna dair olumsuz bir kanaat oluşabilir. Bununla birlikte bildirimin gerekçesiz olması veya geç yapılması bu maddedeki hakların düşmesine neden olmayacaktır⁸⁵⁸. Müzakereler süresince taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde edimler ifa edilmeye devam edecektir⁸⁵⁹. Müzakerelerin nasıl yürütüleceğine ve müzakereler süresince tarafların nasıl davranmaları gerektiğine ilişkin bu maddede herhangi bir açıklama olmamakla birlikte madde yorumlarında UPICC m.1.7'deki dürüstlük kuralı ve m.5.1.3'teki işbirliği yükümüne uygun olarak tarafların müzakereleri yürütecekleri kabul edilmiştir⁸⁶⁰.

Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca makul bir süre içinde taraflar arasında uzlaşma sağlanamaması durumunda tarafların mahkemeye (tahkim veya devlet mahkemesi) başvurabilecekleri belirtilmiştir. Bu madde uyarınca taraflara doğrudan mahkemeye başvurma hakkı tanınmamış, tarafların uyuşmazlıklarını öncelikle kendi

⁸⁵⁴ UPICC m.6.2.2, Resmi Yorum No.6.

⁸⁵⁵ Almeida Prado, a.g.e., s.241.

⁸⁵⁶ Otomatik uyarılama klotlarının sözleşmede yer aldığı durumlarda uyarılama müzakereler yapılmaksızın bu klotlarda yer alan formüller aracılığıyla yapılacaktır. Buna karşın bu otomatik uyarılama klotlarının içeriğinin meydana gelen değişiklikleri karşılamaması durumunda bu maddedeki müzakerelere başvurulabilir. Bkz. UPICC m.6.2.3, Resmi Yorum No.1.

⁸⁵⁷ UPICC m.6.2.3, Resmi Yorum No.3.

⁸⁵⁸ UPICC m.6.2.3, Resmi Yorum No.2 ve No.3.

⁸⁵⁹ Hakkın kötüye kullanılması endişesiyle taraflara edimlerinin ifasını askıya alma hakkı tanınmamıştır. Bkz. UPICC m.6.2.3, Resmi Yorum No.4.

⁸⁶⁰ UPICC m.6.2.3, Resmi Yorum No.5.

aralarında çözümlemeleri beklenmiştir⁸⁶¹. Şayet taraflardan biri iyi niyet ve işbirliği yükümlülüklerine aykırı olarak müzakerelere katılmıyor veya müzakereleri engelliyorsa bu durumda mahkemeye başvurulacaktır⁸⁶². Bunun dışında sözleşmenin karşı tarafının aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun meydana gelmediğinde ısrar etmesi veya tarafların müzakereler neticesinde bir sonuç alamamaları durumunda da sözleşmenin uyarlanması ilişkin uyuşmazlığı çözümlemek mahkemeye düşecektir. Maddenin dördüncü fıkrası uyarınca mahkeme uygun bulduğu takdirde ya sözleşmeyi feshedecek ya da edimler arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde sözleşmeyi uyarlayacaktır. Maddedeki "...uygun bulduğu takdirde..." ifadesi uyarınca mahkemenin sözleşmede herhangi bir uyarlama yapmadan sözleşmenin aynen devam edeceğine karar verebilmesi mümkündür. Bazı ülkelerde hâkimlerin uyarlama yetkisinin bulunmaması nedeniyle bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir⁸⁶³. Türk hukukunda hâkimin sözleşmeyi uyarlayabileceği kabul edildiğinden bu konuda herhangi bir ihtilaf söz konusu olmayacaktır. Elbette söz konusu olan bir uluslararası ticari sözleşme olduğundan uygulamada büyük ölçüde taraflar sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi için tahkime başvuracaklardır ve bu sebeple de hakemlere bu yetkinin UPICC'de açıkça tanınması kanaatimizce yerinde olmuştur.

III. MÜCBİR SEBEP KLOZLARI İLE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ/HARDSHIP KLOZLARININ BİRBİRLERİYLE OLAN ETKİLEŞİMİ

Uluslararası ticari sözleşmelerin çoğunlukla uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerden meydana gelmelerinden dolayı zaman faktörünün sözleşme ilişkisi üzerindeki olumsuz etkilerine karşı önlem almak amacıyla sözleşme tarafları hem mücbir sebep klotlarını hem de aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarını sözleşmelerinde birlikte kullanmaktadırlar. Bu iki klotun uygulama sahaları ulusal hukuk düzenlerinde açıkça birbirlerinden ayrılırken, uluslararası ticari sözleşmelerde bu ayrım gittikçe belirsizleşmektedir. Bir başka deyişle uygulamada sözleşme tarafları her iki klotun kapsadığı durumları aynı potada eriterek ya aşırı ifa güçlüğü/hardship

⁸⁶¹ Süral, a.g.e., s.118.

⁸⁶² UPICC m.6.2.3, Resmi Yorum No.6.

⁸⁶³ Kessedjian, a.g.m., s.423.

ya da mücbir sebep (*force majeure*) adı altında tek bir kloz kullanmaktadırlar⁸⁶⁴. Bu yaklaşımın anlaşılabilmesi amacıyla bu iki klozun birbirleri ile karşılıklı etkileşiminin nasıl gerçekleştiği incelenmelidir. Çalışmamızda detaylı bir şekilde ifade edildiği üzere her iki kloz da benzer bir yapıda kurulmaktadır. Öncelikle klozun uygulanacağı durum (varsayım) açıklanmakta, arkasında da bu durum gerçekleştiğinde uygulanacak rejim tanımlanmaktadır. Yapısal açıdan temel bir farklılık olmamakla birlikte bazı unsurları bakımından iki klozun düzenledikleri hukuki meseleler birbirlerinden ayrılmaktadır.

Mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramları, klasik olarak öngörülemez ve tarafların kontrolü dışında oluşan olayları ve durumları kapsadığından birbirlerine yakın kavramlardır. Her iki kavram için kaleme alınan klozlarda da belli olayların veya durumların meydana gelmesi ile sözleşme ilişkisinin olağan akışının değişmesi, bir başka deyişle sözleşme ilişkisinin içinde bulunduğu ekonomik koşulların değişmesi söz konusudur. Bu klozların kullanılmasında temelinde yatan mantık da ekonomik koşulların beklenmedik şekilde değişmesine karşı tarafları korumak ve etkilenen yükümlülüğü ifa edecek olan tarafın göreceği zararı azaltmaktır⁸⁶⁵. Klasik mücbir sebep klozlarının çıkış noktası zarar gören tarafın yükümlülüklerinin imkânsız hale gelmesidir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarında ise zarar görenin yükümlülüklerinin fiilen imkânsız olması değil, ekonomik olarak çekilmeyecek derecede külfetli hale gelmesi aranmaktadır⁸⁶⁶. Bu sonuçlara bağlı olarak mücbir sebep klozlarında geçici imkânsızlık halinde sözleşmenin askıya alınması, tam ve kalıcı imkânsızlıkta ise sözleşmenin sona ermesi ve tarafların yükümlülüklerinden kurtulması öngörülmekteyken, aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarında sözleşmenin yeniden gözden geçirilip değişen koşullara uyarlanması öngörülmektedir⁸⁶⁷. MTO'nun model klozlarında "ICC Force Majeure Clause 2003"

⁸⁶⁴ Baysal, *a.g.e.*, s.203; Fontaine, De Ly, *a.g.e.*, s.478; Matray, Vidts, *a.g.m.*, s.106; Draetta, Lake, *a.g.e.*, s.176.

⁸⁶⁵ Konarski, *a.g.m.*, s.424.

⁸⁶⁶ Baysal, *a.g.e.*, s.68; Draetta, *Contrats Internationaux*, s.348–349; Rimke, *a.g.m.*, s.201; Matray, Vidts, *a.g.m.*, s.106; ICC Award No.7365 (1997), (çevrimiçi) <http://www.unilex.info>, 23.05.2010.

⁸⁶⁷ Almeida Prado, *a.g.e.*, s.180; Konarski, *a.g.m.*, s.407; Bu kavramların birbirlerinden farklı olduğu hususunda bkz. Baysal, *a.g.e.*, s.119 vd.; Dural, *a.g.e.*, s.25 vd.; Kaplan, *a.g.e.*, s.139; Yargıtay da ifa güçlüğü'nün, ifa imkânsızlığına dayandırılmayacağı görüşündedir. Bkz. Yarg. 13. HD. E.1996/3653, K.1996/3920, T.16.04.1996 "...Davada dayanılan savunma hukuksal nitelikçe emprevizyon beklenmeyen hal şartları hukuku nedenine dayanmaktadır. Davalı, bu savunmasını sözleşmenin kurulmasından sonra 5.4.1994 tarihinde Hükümetçe alınan ekonomik tedbirlerden olan Türk Parasını

(MTO Mücbir Sebep Klozu 2003) ve “ICC Hardship Clause 2003” (MTO Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozu 2003) yayınlanırken bu ayrım gözetilmiştir⁸⁶⁸. Öte yandan UPICC’nin ifaya ilişkin bölümünün 6.2.1. ilâ 6.2.3 maddelerinde aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu düzenlenirken Prensiplerin ifa etmemeye/adem-i ifa (*non-performance*) ilişkin bölümünün 7.1.7 maddesinde mücbir sebep düzenlenmiştir⁸⁶⁹.

Uygulamada kullanılan bazı mücbir sebep klozlarında meydana gelen olayların etkisi ifade edilirken, klasik imkânsızlık unsuru ile aşırı ifa güçlüğü/hardship durumlarının birlikte kullanıldığı ya da imkânsızlık unsuruna atıf yapılmadan “*tarafın yükümlülüğünü aşırı ölçüde külfetli hale getirecek*” veya “*sözleşmenin ifasını önemli ölçüde etkileyecek*” ifadelerinin kullanıldığı gözlemlenmiştir⁸⁷⁰:

“... ya da işbu sözleşmedeki yükümlülüklerinin ifasını endüstriyel veya ticari açıdan imkânsız ya da aşırı güç kılan kontrolü dışındaki herhangi bir sebep...”⁸⁷¹

“... Bir taraf, müteakip olaylardan birinden ötürü (*yükümlülüğünü*) ifa etmesi engellenir veya makul olmayacak şekilde külfetli hale gelirse, bu Sözleşmedeki

yabancı paraya karşı devalüe edilmesi olgusuna dayandırmıştır. Hemen belirtelim ki; borç ilişkisinin kurulmasından sonra borçlunun kusuru olmaksızın edim (borç) imkânsızlaşmışsa, bu durumda borç sona erer. Bu halde BK. md.117’de anlamını bulan imkânsızlık söz konusu olur. Oysa uyarılama olgularında olduğu gibi borçlu yönünden edimin ifasının aşırı ölçüde güçleşmesi BK. md.117 dışında kalır. Gerçekte de “AŞIRI GÜÇLÜK” “İFA İMKÂNSIZLIĞI” ile karıştırılmamalıdır. Zira imkânsızlık hali borç ilişkisini kendiliğinden sona erdirir. Sözleşmenin yeni durumlara uydurulmasına imkân vermez. O nedenle olaya ifa imkânsızlığı açısından değil, aşırı güçlük yönünden bakmak gerekeceği açıktır...” Kazancı İçtihat Bankası, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 25.05.2010.

⁸⁶⁸ Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin klasik olarak aşırı ifa güçlüğü/hardship durumuna özgü olmasından dolayı UPICC’de mücbir sebebi düzenleyen 7.1.7 maddesinde sözleşmenin yeniden müzakere edilmesine ilişkin herhangi bir usul öngörülmemiştir. Bu bakımdan Prensipler kaleme alınırken mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship ayrımının açıkça ortaya konulması hedeflenmiştir. Bkz. Draetta, *Contrats Internationaux*, s.350; ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.16.

⁸⁶⁹ Fontaine, De Ly, a.g.e., s.525; Draetta, *Contrats Internationaux*, s.348–349.

⁸⁷⁰ Almeida Prado, a.g.e., s.172, “... Uzun süreli uluslararası ticari sözleşmelerin gitgide daha fazla bir mücbir sebep olayını tarafların kontrolü dışında, sözleşmenin ifasını beklenenden daha zor ve/veya daha masraflı kılan herhangi bir olay veya makul maliyetlerde makul yollarla üstesinden gelinemeyen herhangi bir olay olarak kabul eden hükümler içerdiği bir gerçektir. Bu hükümler kararlaştırıldığı takdirde tarafların niyeti hususunda herhangi bir şüpheye yer bırakmazlar. Bu hükümler ifa imkânsızlığının mücbir sebebin *sine qua non* (olmazsa olmaz) bir şartı olarak kabul edilmesinden tarafların kaçınmak niyetinden olduklarını açıkça yansıtmaktadırlar. Bununla birlikte (...) hukukundaki mücbir sebebe bu istisnaların kabul edilebilmesi için açıkça kararlaştırılmış olmaları gerekir; bu istisnalar farz edilemez ve zımnen kabul edilemez...” Bkz. Sentence 4462; YB Comm. Arb., XVI, 1991, p.59, (aktaran, Denis Philippe, *La Clausula Rebus Sic Stantibus et la Rénegotiation du Contrat dans la Jurisprudence Arbitral Internationale*, (çevrimiçi) <http://www.philippelaw.com/files/La%20clausula.pdf>, 15.06.2010, s.4–5).

⁸⁷¹ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.440.

yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkına sahiptir: endüstriyel ihtilaflar ve yangın, savaş (ilan edilmiş olsun olmasın), yoğun askeri seferberlik, isyan, müsadere, haciz, ambargo, enerji kullanımında kısıtlamalar gibi tarafların kontrolü dışındaki diğer durumlar ve bu klotda atıf yapılan diğer durumlar nedeniyle alt yüklenicilerin yaptıkları teslimatlarda kusurlar.”⁸⁷²

“... Bu Sözleşme bakımından mücbir sebep deyiminin ifa edecek tarafın makul kontrolü dışındaki faaliyetler, olaylar, ihmaller ve kazalarla ilişkili veya onlardan kaynaklanan ve özellikle de aşağıdakilerin dâhil olduğu ve fakat bunlarla sınırlı olmayan, bu Sözleşmenin ifasını etkileyen tüm sebepleri kapsadığı kabul edilecektir:

i) grevler, lokavtlar ve diğer endüstriyel hareketler;

ii) iç karışıklık, isyan, işgal, savaş, savaş seferberliği veya tehdidi;

(...)”⁸⁷³

“... Burada (sözleşmede) belirtilen bir ürünün üretimini, nakliyesini, teslimini veya teslim alınmasını engelleyen, kısıtlayan veya (bunlara) müdahale eden, grevler, yangın, ayaklanmalar, savaş, kazalar, doğal afetler, ambargolar, doğrudan veya dolaylı idari kısıtlamalar (ihracat izninin alınamaması gibi)... tarafların kontrolü dışındaki diğer bir nedenden ötürü, bir taraf bu sözleşmedeki hükümlerden birini yerine getirmediği takdirde, etkilenen taraf karşı tarafa bildirimde bulunmak ve gerekirse kanıt sunmak kaydıyla, bu engelleme, kısıtlama veya müdahale mevcut olduğu sürece teslim etmekten ve teslim almaktan muaf olacaktır...”⁸⁷⁴

“... Mekanik, Elektrikli ve Elektronik Ürün Tedariki İçin Genel Şartlar 2000

MÜCBİR SEBEP

39. Her iki tarafta aşağıda sayılan durumların herhangi biri nedeniyle sözleşme kapsamında yer alan, engellenen veya aşırı külfetli hale gelen yükümlülüklerinin yerine getirilmesini askıya alabilir: endüstriyel ihtilaflar ve yangın, savaş, geniş kapsamlı askeri hareket, ihtilal, el koyma, kriz, ambargo, yetki kullanımındaki kısıtlamalar ve bu maddede sayılan durumlardan dolayı herhangi bir taşeron firmanın teslimatını yapamaması.

⁸⁷² Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 27, Makine sektöründen bir satım sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1994, Süresi: 2–5 yıl, Uygulanacak hukuk: İsveç hukuku, s.327.

⁸⁷³ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 25, Sigara distribütörlük sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1996, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: İngiliz hukuku, s.325–326.

⁸⁷⁴ Almeida Prado, a.e., Ek III, Klot 36, Kimyasal ürün satım sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1989, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.332.

Bu maddede sayılan sözleşmenin yapılmasından önce veya sonra meydana gelen bir durum, eğer sözleşme yapıldığında sözleşme üzerindeki etkileri öngörülemiyorsa söz konusu yükümlülüklerin askıya alınması hakkını tanır.

40. Mücbir Sebep tarafından etkilendiğini iddia eden taraf müdahaleyi ve durumun sona erişini derhal diğer tarafa yazılı olarak tebliğ edecektir.

Eğer Mücbir Sebep Satın alıcıyı yükümlülüklerini yerine getirmekten alıkoyuyorsa, Tedarikçiyi, Ürünü korumak ve güvenceye almak için yaptığı tüm masraflar için tazmin edecektir.

41. Aksi durumda bu Genel Şartların takibini gerektirenlerden bağımsız olarak, sözleşme Madde 39 gereğince altı aydan daha uzun bir süre askıda kalırsa her iki taraf da sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır.”⁸⁷⁵

Yukarıda klasik mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının farklı çıkış noktaları olduğu ifade edilmiştir. Bu duruma paralel olarak klotların vardıkları sonuç noktaları da kural olarak birbirlerinden ayrılmaktadır. Mücbir sebep klotlarında geçici imkânsızlık halinde sözleşmenin askıya alınması, tam ve kalıcı imkânsızlıkta ise sözleşmenin sona ermesi ve tarafların yükümlülüklerinden kurtulması öngörülmekteyken, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında sözleşmenin yeniden gözden geçirilip değişen koşullara uyarlanması öngörülmektedir⁸⁷⁶.

Daha evvel açıklandığı üzere, aşırı ifa güçlüğü/hardship klotları sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini öngören uyarlama klotlarından. Uygulamada uluslararası ticari sözleşmelerin ihtiyaçlarına cevap verebilmek amacıyla aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarındaki bu müzakere safhasının mücbir sebep klotlarına ilave edildiği görülmüştür ⁸⁷⁷ . Mücbir sebep klotlarının öncelikli etkisi olan yükümlülüklerin askıya alındığı süre boyunca, bu sürenin bitiminde veya olay gerçekleştikten sonra bildirimin yapılması üzerine taraflar sözleşmenin yeniden müzakere edileceğini kararlaştırabilirler⁸⁷⁸:

⁸⁷⁵ Merkezi Brüksel’de bulunan Avrupa Metal İşleme, Mühendislik ve Elektrik Endüstrileri Federasyonu (ORGALIME), on sekiz Avrupa ülkesindeki mekanik, elektriksel, elektronik ve metal işleri endüstrisi merkezi ticaret federasyonlarını bir araya getirmektedir ve bu kurumlar arasındaki yasal, teknik ve elektronik alandaki ilişkileri sağlamaktadır. Yukarıdaki mücbir sebep klotu resmi çeviriden alınmıştır. Bkz. (çevrimiçi) <http://www.chambrean.com/tr/pages/CGV.pdf>, 06.04.2010.

⁸⁷⁶ Rimke, **a.g.m.**, s.201.

⁸⁷⁷ Boughaba, **a.g.e.**, s.275; Marmursztejn, **a.g.m.**, s.803.

⁸⁷⁸ Kahn, **a.g.m.**, 482; Fontaine, de Ly, **a.g.e.**, s.467; Draetta, Lake, **a.g.e.**, s.195; Almeida Prado, **a.g.e.**, s.181-182.

“... Mücbir Sebebin etkilerinin 120 günden daha fazla sürmesi halinde taraflar Sözleşmenin devamı problemini dostane müzakerelerle çözümleyecek ve en kısa sürede bir Anlaşmaya varacaklardır...”⁸⁷⁹

“... Mücbir sebep olaylarının kesintisiz 3 (üç) aydan uzun bir süre devam etmesi durumunda taraflar sözleşmenin devam etmesi için gerekli düzenlemeler üzerinde anlaşacaklardır...”⁸⁸⁰

“... Şayet mücbir sebep on aydan fazla bir gecikmeye yol açarsa, taraflar önlemler almak için bir araya geleceklerdir. Bir uzlaşmaya varılamaması halinde, taraflar sözleşmenin tahkime götürülerek feshini talep edebilirler...”⁸⁸¹

“... Mücbir Sebebin 3 (üç) ay devam etmesi halinde, Taraflar bu konuyu ve alınacak önlemleri karşılıklı görüşeceklerdir, bununla birlikte bu 3 (üç) aylık süreden sonra mücbir sebepten etkilenmeyen Taraf diğer Tarafa bildirimde bulunarak bu Sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır...”⁸⁸²

“... Teslimatlardaki gecikmenin mücbir sebep nedeniyle 8 ayı aşması halinde, her iki taraf da bir aylık ek süre içinde, yeni bir teslimat süresi üzerinde anlaşmak zorundadırlar. Bu ek teslimat süresinin dolduğu tarihte, her iki taraf da uzlaşamadıkları takdirde, mücbir sebep nedeniyle 8 ay geciken teçhizatın teslimine ilişkin sözleşmenin bu kısmı, kısmen veya tamamen, alıcı tarafından feshedilebilir...”;

“... Mücbir Sebebin bir aydan fazla uzaması halinde, Alıcı ve Satıcı Sözleşmenin uzatılması ya da feshine ilişkin müzakerelere girişeceklerdir. Bir uzlaşmanın olmaması halinde, âkit taraflar işbu Sözleşmenin 15. Maddesi uyarınca Tahkim Mahkemesi’ne başvurma hakkına sahiptirler. Alıcı ve Satıcı Tahkim Mahkemesi’nin kararının bağlayıcılığını tanımayı taahhüt ederler.”⁸⁸³

Aynı şekilde aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları kaleme alınırken, sözleşme ilişkisinin ne pahasına olursa olsun ayakta tutulması yerine sözleşmedeki ekonomik dengelerin korunması öncelikle hedeflenirse, tarafların yaptıkları müzakerelerde

⁸⁷⁹ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.465.

⁸⁸⁰ Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Kloz 36, Kimyasal Ürün Satım Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1989, Süresi: 3 yıl, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.332.

⁸⁸¹ Kahn, *a.g.m.*, s.482.

⁸⁸² Almeida Prado, *a.g.e.*, Ek III, Kloz 28, Kauçuk Distribütörlüğü Sözleşmesi, Kuruluş tarihi: 1997, Süresi: 2 yıl, Uygulanacak hukuk: İsviçre hukuku, s.328.

⁸⁸³ Fontaine, de Ly, *a.g.e.*, s.466.

anlaşamadıkları durumlarda veya müzakerelerin sonuçsuz kalıp sözleşmeye üçüncü şahısların müdahale ettiği durumlarda seçimlik olarak tarafların sözleşmeyi feshedebilecekleri kararlaştırılabilir. Bu varsayımda taraflar kendilerine zararlı olacak bu sözleşmeye devam etmektense sözleşmeyi feshetmeyi tercih etmektedirler. Bu yaklaşım aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunu mücbir sebep klotuna yaklaştırmaktadır⁸⁸⁴. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarını mücbir sebep klotlarına yaklaştıran bir başka unsur da, sözleşmenin ekonomik dengesini altüst eden olay veya durum meydana geldiğinde tarafların sözleşmeyi müzakere edecekleri sürede yükümlülüklerin karşılıklı olarak askıya alınacağını kararlaştırmalarıdır⁸⁸⁵. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında askıya alma ve fesih unsurlarını bir araya getiren bir başka varsayımda da müzakerelerin sonuçsuz kalması durumunda, sözleşme belli bir süre askıya alınacak ve bu sürenin sonunda aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu hala devam etmekteyse, tarafların sözleşme feshedebileceklerdir⁸⁸⁶:

“... Şayet (taraflar) makul bir süre içinde bir uzlaşmaya varamazlarsa, her biri sözleşmenin veya siparişin teslim edilmemiş kısmının tazminatsız olarak feshini talep edebilirler...”;

“... uyarılma talebinden itibaren geçen (...) günlük süre içinde tarafların uzlaşmamaları halinde, taraflardan her biri, taahhütlü mektupla... gün önceden ihbar ederek, sözleşmeyi tazminatsız feshedebilir. Bu ihbar süresince, sözleşme koşullarında herhangi bir değişiklik olmaksızın teslimatlar devam edecektir.”⁸⁸⁷

“... Şayet TARAFLAR yüz yirmi (120) günlük müzakere süresi içinde bir çözüm üzerinde anlaşamazlarsa, MNTC bu sözleşmeyi 22. maddeye dayanarak feshedebilir...”⁸⁸⁸

“... Tarafların doksan (90) günlük süre içinde bir anlaşmaya varamamaları durumunda, bildirimde bulunan taraf karşı tarafa yukarıda belirtilen doksan (90) günlük sürenin bitmesini takiben on beş (15) günlük süre içinde postalanacak taahhütlü mektupla yapacağı bildirimle bu Sözleşmeyi feshetme hakkına sahip

⁸⁸⁴ Almeida Prado, a.g.e., s.187.

⁸⁸⁵ Draetta, Lake, a.g.e., s.196.

⁸⁸⁶ Konarski, a.g.m., s.423.

⁸⁸⁷ Fontaine, de Ly, a.g.e., s.518.

⁸⁸⁸ Almeida Prado, a.g.e., Ek III, Klot 15, s.319–320.

olacaktır. Bu durumda Sözleşme fesih bildiriminin karşı tarafça alındığı tarihten doksan (90) gün sonra sona erecektir...”⁸⁸⁹

“... 3. Bu Klotun 2. paragrafının uygulandığı durumlarda, ancak olayın sonuçlarını karşılayacak alternatif sözleşme koşullarının bu paragraf uyarınca sözleşmenin karşı tarafınca kabul edilmemesi halinde, bu Klotun uygulanmasını isteyen Taraf sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır....”⁸⁹⁰

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir başka husus da aynı sözleşmede mücbir sebep klotu ile aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun birlikte kullanılmasıdır. Özellikle mücbir sebep unsurlarının yumuşatıldığı durumlarda iki klotun birbirleriyle kusursuz derecede uyumlu kaleme alınmaları gerekir. Her iki kavram aynı hüküm içinde ayrı ayrı da kullanılabilir. Bu durumda ilgili klotun dikkatli kaleme alınması gerekir:

“... 9.1. Tedarikçilerden imalat malzemelerinin geç teslim edilmesi veya teslim edilmemesi, grevler veya diğer işçi hareketleri, ulaştırmanın durması veya aksaması da dâhil olmak fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, İmalatçının makul kontrolü dışındaki olaylar nedeniyle geç teslim veya teslim etmemesi de dâhil, herhangi bir şekilde (edimini) ifa edememesinden dolayı İmalatçı, Alıcıya karşı sorumlu tutulamaz.

9.2. Sözleşmenin yapıldığı tarihte öngörülemeyen ve İmalatçının başlangıçta üzerinde anlaşılan yükümlülüklerini aşırı ölçüde külfetli kılan, şöyle ki ilk başta öngörülen edimlerinin değerine kıyasla İmalatçının edimlerini %20’den daha fazla arttıran herhangi bir nedenden dolayı İmalatçı, sözleşme koşullarının uygun bir şekilde gözden geçirilmesini talep etme hakkına sahiptir. Tarafların böyle bir gözden geçirme hususunda anlaşamamaları halinde İmalatçı sözleşmeyi feshedebilir.”⁸⁹¹

Mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramları, sözleşmenin kurulacağı sektör, sözleşmeye uygulanacak hukuk (her iki kavrama bağlanan sonuçların farklı olması sözleşmenin yorumlanması aşamasında uyumsuzluk yaratabilir) ve tarafların tercihlerine bağlı olarak sözleşmede iki ayrı klot veya

⁸⁸⁹ Occidentale Crude Sales Şirketi (Satıcı) ile Société Commerciale auxiliaire des Pétroles (Alıcı) arasında kurulan 1970 tarihli ham petrol satım sözleşmesindeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu için bkz. Oppetit, **a.g.m.**, s.814.

⁸⁹⁰ ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, s.15.

⁸⁹¹ Almeida Prado **a.g.e.**, Ek III, Klot 17, Endüstriyel Parça Satımı Sözleşmesi, Kuruluş Tarihi: X, Süresi:X, Uygulanacak hukuk: İtalyan hukuku, s.321.

birleşik tek bir kloz şeklinde sözleşmede yer alabilmektedirler⁸⁹². Mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının incelenmesi neticesinde uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında klozları birleştiren ve klozları ayrı ayrı kullanarak kendi içinde geliştiren iki farklı yaklaşımın olduğu görülmüştür⁸⁹³.

Klozları birleştirmeyi benimseyen taraflar her iki durum içinde tek bir hukuki sonuç kararlaştırmakta ve böylelikle uluslararası ticaret hukukuna özgü hibrid bir kloz meydana getirmektedirler⁸⁹⁴. Bununla birlikte günümüzde uluslararası ticari sözleşmelerde bu iki klozun birbirine yaklaşmasına yönelik bir eğilim mevcut olsa da, uluslararası ticaret hukuku ile ilgilenen uzmanların çoğu bu iki klozu birbirinden ayrı tutmayı tercih etmektedir. Bu yaklaşıma göre iki klozun kullanım alanlarının birbirinden farklı olması, tek çatı altında birleştirilmelerine engel olmaktadır⁸⁹⁵. Mücbir sebep klozunun uluslararası ticari sözleşmelerde öncelikle imkânsızlığın geçici olduğunu varsayarak belli bir süre edimlerin karşılıklı olarak askıya alınmasını ve akabinde süre sonunda devam etmesi durumunda kalıcı imkânsızlıktan ötürü sözleşmenin sona ermesini düzenlemesi, buna karşın aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunun ise sözleşme ilişkisinin içinde bulunduğu ekonomik koşulların gelecekte tamamen altüst olması durumunda sözleşmenin uyarlanması ve çoğu kez yeni bir sözleşme kurulması sonucunu doğurması; öte yandan aşırı ifa güçlüğü/hardship klozunun mücbir sebep klozlarına kıyasla ekonomik olaylar odaklı olması, bu iki klozu birbirinden ayrı tutmak için kanaatimizce yeterli görülmelidir.

⁸⁹² Sözleşmedeki mücbir sebep klozunun geniş kapsamı, mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship kavramlarının tahkim kararlarında da birbirleri ile karıştırılmasına yol açmaktadır. Bir tahkim kararına konu olan olayda Avrupalı bir şirket bir Afrika şirketi ile uzun süreli bir kira sözleşmesi yapmıştır ve bu kira sözleşmesinin konusu da bu sözleşme süresi boyunca bir otelin işletilmesidir. Taraflar Avrupalı şirketin kirayı yıllık ödeyeceğini ve her yıl bu kiranın artacağını kararlaştırmışlardır. Körfez Savaşının çıkması ve turistik bölgelerde terör olaylarının yaşanması nedeniyle ülkedeki turizm endüstrisi büyük zarar görmüştür. Avrupalı şirket mücbir sebep ve istisnai koşullardan ötürü, sözleşmede Avrupalı şirket aleyhine bir finansal dengesizliğin oluştuğunu iddia etmiş ve tahkim mahkemesinden kirada indirim yapılmasını talep etmiştir. Tahkim mahkemesi kararında “mücbir sebep ve olağanüstü olaylara dayanarak kirada bir indirim yapılabilmesi için, mücbir sebep oluşturacak bir imkânsızlığın ya da istisnai bir olay dolayısıyla yükümlülüğün aşırı külfetli hale gelmesi gerektiğini” belirtmiştir. Bkz. Kahire Bölgesel Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi’nin 3 Temmuz 1995 tarih ve 53/1994 sayılı kararı, (aktaran, Konarski, a.g.m., s.426, Dpn.7).

⁸⁹³ Draetta, *Contrats Internationaux*, s.352.

⁸⁹⁴ Almeida Prado, a.g.e., s.173; Boughaba, a.g.e., s.276; Marmursztejn, a.g.m., s.804.

⁸⁹⁵ Marmursztejn, a.y., Almeida Prado, a.g.e., Ek II, s.302 vd.

SONUÇ

Çalışmamızın ilk bölümünde uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klostarı incelenmiştir. Uluslararası ticari sözleşmelerde mücbir sebebi ifade etmek için, sözleşmenin dili ne olursa olsun, yaygın bir şekilde Fransızca “*force majeure*” terimi kullanılmaktadır. Uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasının esinlendiği bu Fransızca terimin sözleşmede kullanılması, sözleşmede Fransız hukukunun seçildiği anlamına gelmemekte, terimin içeriği sözleşme taraflarınca belirlenmektedir. Çalışmamızda Fransız hukukundaki bu kavramın Türk hukukundaki karşılığı olan “mücbir sebep” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

Çoğunlukla uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerden oluşan uluslararası ticari sözleşmelerde, hangi hukuk seçilirse seçilsin, bir mücbir sebep klozunun sözleşmeye eklendiği görülmektedir. Bu klostların sözleşmede yapılan hukuk seçimine uygun kaleme alınması gerekir. Zira mücbir sebep klostları, seçilen hukukta mevcut olan mücbir sebep kavramından ayrıldığı ölçüde anlam kazanmakla birlikte, seçilen hukukun sözleşme serbestisini sınırlayan kamu düzenine ilişkin hükümleri ile çatışmadığı ölçüde hüküm ifade edeceklerdir. Bununla birlikte mücbir sebebe ilişkin hükümlerin gerek Kıta Avrupası, gerekse de Anglo-Amerikan hukukunda kamu düzenine ilişkin olmadıkları belirtilmektedir. Çalışmamızda sözleşmeye uygulanacak hukukun mücbir sebep klostları üzerindeki etkisini ortaya koymak amacıyla kısaca, uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasının esin kaynağı olan Fransız hukukundaki “*force majeure*” kavramı, Alman ve Türk hukukunda “*imkânsızlık*” durumunu düzenleyen hükümler ile Anglo-Amerikan hukukundaki “*frustration*” ve “*impracticability*” teorileri ele alınmıştır. Bu inceleme neticesinde tarafların iradeleri dışında meydana gelen, sözleşmenin kurulması sırasında öngöremedikleri, kaçınamadıkları veya karşı koyamadıkları ve sözleşmedeki taahhütlerinin ifasını imkânsız kılan olayların, ulusal hukuk düzenlerinde yer alan klasik mücbir sebep kavramının ortak özellikleri olduğu görülmüştür. Bununla birlikte uluslararası tacirlerin ihtiyaçlarına cevap veren bir mücbir sebep kavramı, bu ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız olarak uygulamada gelişmiştir. *Lex Mercatoria* olarak adlandırılan uluslararası ticari örf, adet ve teamüllerin bir parçası olan bu mücbir sebep kavramı, uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan mücbir sebep klostlarında

kendisini göstermektedir. Uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla birçok uluslararası kurum, hem hazırladıkları model sözleşmeler ve model mücbir sebep klorları ile hem de uluslararası ticari sözleşmeleri düzenlemek amacıyla hazırlanan anlaşmalar (CISG) veya ticari prensipler (UPICC) ile uluslararası ticarete özgü mücbir sebep kavramına katkıda bulunmuşlardır.

Uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan mücbir sebep klorları uluslararası ticaretteki mücbir sebep anlayışının göstergesidir. Bu sözleşmelerde en yaygın kullanılan düzenleme mücbir sebep tanımının örnek olay listesi ile desteklendiği klorlar olmuştur. Öngörülemezlik, kaçınılmazlık/karşı konulmazlık, dışsalılık ve imkânsızlık unsurlarının hem ulusal hukuk düzenlerinde yapılan mücbir sebep tanımlarında, hem de klorlarda yapılan genel mücbir sebep tanımlarında yer aldığı görülmüştür. Sözleşme kurulmadan evvel meydana gelen mücbir sebeplerin yarattığı önceki imkânsızlığın ise klorun kapsamında olup olmadığı, sözleşmeye uygulanacak hukuktaki emredici hükümlere bağlı olarak belirlenecektir. Bununla birlikte klorda mücbir sebebin gerçekleşme zamanına ilişkin herhangi bir atfın yapılmaması durumunda, esas olarak sözleşmenin ifası sürecinde meydana gelecek mücbir sebeplerin esas olarak mücbir sebep kloru kapsamına gireceği kabul edilmelidir.

Uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan mücbir sebep klorlarında klasik mücbir sebep unsurlarının yanı sıra bu unsurlar değerlendirilirken kullanılan makul ölçü kriterinin ve tarafların davranış yükümlülüğünü düzenleyen azami gayret gösterme/elinden gelenin en iyisini yapma borcunun kararlaştırıldığı görülmüştür. Makul ölçü kriteri sözleşme taraflarının sübjektif ve profesyonel özellikleri dikkate alınarak klasik mücbir sebep unsurlarının katı bir şekilde yorumlanmasını engellemek amacıyla kloza eklenmektedir. Bununla birlikte klorlarda sürekli olarak altı çizilen azami gayret gösterme/elinden gelenin en iyisini yapma borcu da mücbir sebep klorlarına özgü bir özen yükümlülüğünü taraflara getirmektedir. Bu özen yükümlülüğü hem mücbir sebep meydana gelmeden evvel hem de mücbir sebep meydana geldikten sonra sözleşme taraflarına basiretli bir tacir gibi davranarak, mücbir sebebin olumsuz etkilerinden kaçınma, bu olumsuz etkileri azaltma ve ortadan kaldırma borçlarını yüklemektedir.

Klorlarda mücbir sebep tanımının dış kaynaklara atıf yapılarak düzenlenmesi veya herhangi bir tanım yapılmamış olmasının sakıncalarına da değinilmiştir. Mücbir

sebebin tanımının sözleşmeye uygulanacak hukuka, uluslararası ticari sözleşmeler veya tahkim uygulamasına atıf yapılarak düzenlenmesi, taraflar açısından belirli ve kesin bir tanımın öngörülememesinden ötürü mücbir sebep klorlarının esas amacına hizmet etmemektedir. Öte yandan klorde tanımın yapılmamış olması da klorun uygulama sahasını sözleşmeye uygulanacak hukuk ile kısıtlamış olacaktır.

Klorde yapılan mücbir sebep tanımını çeşitli olayların kategorik olarak sayıldığı bir liste izlemektedir. Doğa felaketlerinden savaşırlara, işçi-işveren arasında çıkan ihtilaflardan teknik aksaklıklara, nakliye ve tedarik zincirinde yaşanan güçlüklerden devlet otoritesiyle yaşanan çatışmalara kadar oldukça geniş bir alana yayılan bu olaylar, mücbir sebep klorlarında yapılan tanım desteklemekte ve klorde öngörülmemiş olaylara ilişkin referans noktası olmaktadır. Bu liste ile mücbir sebep tanımının birleştirilmesi klorun birinci safhası olan mücbir sebep varsayımını oluşturmaktadır. Listelerde sayılan bu olaylar, klorde bir mücbir sebep tanımı olduğu takdirde, bu tanımda verilen unsurları taşıdığı ölçüde mücbir sebep kabul edileceklerdir. Böyle bir tanımın olmaması durumunda elbette yine sözleşmeye uygulanacak hukuk referans alınacaktır.

Uluslararası ticari sözleşmeler sadece sözleşme taraflarını değil, aynı zamanda sözleşme taraflarının alt yüklenicilerini, müşterilerini ve tedarikçilerini de doğrudan ilgilendirdiğinden bu üçüncü şahıslar ile olan ticari ilişkilerde yaşanan mücbir sebepler, tarafların aralarındaki esas sözleşmede kararlaştırdıkları mücbir sebep klorlarında yer bulabilirler. Kural olarak bu üçüncü şahıslar ile olan ilişkiler sözleşme taraflarının kendi kontrol ve sözleşmesel risk alanında kalmaktadır. Ancak hem CISG'deki, hem ICC hem de FIDIC model klorunda görüleceği üzere mücbir sebep klorlarında genelde alt yükleniciler diğer üçüncü şahıslardan ayrı tutularak, kendileri ve sözleşme tarafı için mücbir sebebin koşullarının birlikte oluşması kaydıyla esas sözleşmedeki mücbir sebep kloru kapsamına alınmaktadır. Bununla birlikte sözleşme taraflarının takdirine bağlı olarak bu tarafların müşterilerinin ve tedarikçilerinin yaşadıkları mücbir sebepler de esas sözleşme ilişkisini düzenleyen mücbir sebep kloruna dâhil edilebilir. Elbette bu üçüncü şahıslarla yapılan sözleşmelere konulan mücbir sebep klorlarının esas sözleşmede yer alan mücbir sebep klorundan daha geniş hükümler içermesi, sözleşmelerin şahsiliği prensibi gereği esas sözleşmedeki klorun içeriğini genişletmeyecektir. Bu noktada tarafların

anlaşamamaları halinde önerilen ara çözüm ise tarafların bu kişilerle yaptıkları sözleşmelerde yer alan mücbir sebep klozlarını kendi sözleşme tarafları ile müzakere edeceklerinin esas sözleşmedeki mücbir sebep klozunda kararlaştırılmasıdır.

Sözleşme taraflarının mücbir sebep klozlarında özellikle yer almasını istedikleri hususlar olabileceği gibi, özellikle bu klozların kapsamı dışında tutmak istedikleri yükümlülükler de olabilir. Bir devlet kurumunun devletin idari faaliyetlerini mücbir sebep olarak ileri sürememesi veya makinelerden kaynaklanan arızaların şirket için mücbir sebep oluşturmayacağı gibi hususlar mücbir sebep klozunda hariç tutulan hususlar arasında sayılabilir. Bu sayılan hususların mücbir sebep klozunun kapsamına girmeyeceği belirtilerek, ilgili sözleşme tarafı söz konusu mücbir sebebin rizikosunu üstlenmiş olacaktır. Özellikle tarafların sözleşmede belli bir bedeli ödemek üzere yaptıkları taahhütlerin mücbir sebep klozu haricinde tutulacağı taraflarca kararlaştırılmaktadır. Bu bağlamda büyük çaplı projelerin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan uluslararası yatırım sözleşmelerinde yatırımcıların kendilerini güvence altına almak için koymuş oldukları “al ya da öde” klozları ile mücbir sebep klozları arasındaki ilişki oldukça büyük önem arz etmektedir. Sözleşme konusu malın mücbir sebep klozunda yazılan nedenlerden birinden ötürü alıcı tarafından teslim alınamaması durumunda, alıcının ödeme yükümlülüğünün de aynı mücbir sebebe bağlı olarak ortadan kalkacağı kararlaştırıldığı takdirde mücbir sebep klozu alıcı için anlam ifade edecektir. Bu sayede hammaddeyi veya malı almakla ya da bedelini ödemekle yükümlü olan alıcı taraf, hem alma hem de ödeme yükümlülüklerinden kurtulmuş olacaktır.

Mücbir sebep varsayımının gerçekleşmesi halinde sözleşme taraflarının uygulayacakları hukuki rejim, mücbir sebep klozunun ikinci safhasında düzenlenmektedir. Mücbir sebep klozunu uygulamaya koymak amacıyla olaydan etkilenen taraf, sözleşmenin karşı tarafına öncelikle bir bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Bu bildirimin kime, hangi süre içinde ve nasıl yapılacağı mücbir sebep klozunda kararlaştırılmalıdır. En azından bu bildirimin sözleşmenin karşı tarafına, yazılı olarak ve herhangi bir süre kararlaştırılmadığı takdirde makul olan en kısa sürede yapılması gerekir. Bu bildirim yükümlülüğün yanında mücbir sebepten etkilenen tarafın gerekçelendirme yükümlülüğü de söz konusu olacaktır. Zira uluslararası mücbir sebep klozlarında mücbir sebebin gerçekleşmesiyle birlikte

edimlerin ifasının askıya alınacağı ya da ifasından vazgeçilerek sözleşmenin feshedileceği kararlaştırılmaktadır. Olayın gerçekleştiğini ileri süren tarafın, bu iddiasını bir takım belgelere dayandırarak gerekçelendirmesi gerekir. Taraflar bu gerekçelendirmenin ilk mücbir sebep bildirimi ile birlikte yapılacağını ya da daha sonra belli bir süre içinde yapılacağını kararlaştırabilirler. Olayın meydana geldiğini tevsik eden belgelerin, ya söz konusu olayın meydana geldiği ülkenin yetkili makamlarından ya da uluslararası bağımsız kuruluşlardan alınıp sözleşmenin karşı tarafına iletilmesi gerekir. Hem bildirim hem de gerekçelendirme yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını da mücbir sebep klotunda kararlaştırılabilir. Belirlenen sürelerde yapılmadığı takdirde oluşan zararın etkilenen tarafa yükletileceği, sözleşmenin ancak bildirim yapılması kaydıyla askıya alınabileceği, bu bildirim süresinde yapılmadığı takdirde mücbir sebepten etkilenen tarafın klotu ileri sürme hakkını yitirerek sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu tutulacağı gibi kayıtlar bu kapsamda taraflarca kararlaştırılabilir. Öte yandan haberleşme imkânının kesilmesinden dolayı bildirimde bulunulamaması sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır. Mücbir sebebin meydana geldiğinin bildirilmesine paralel olarak taraflar mücbir sebebin ortadan kalktığının da karşı tarafa bildirilmesini sözleşmede kararlaştırabilirler.

Uzun müzakereler sonunda kurulan ve yıllarca devam eden bu ticari ilişkilerin meydana gelen imkânsızlıktan ötürü derhal sona ermesi tacirlerin ekonomik menfaatlerine aykırı olacağından uygulamada oldukça pratik bir çözüm geliştirilerek, sözleşmedeki yükümlülüklerin geçici süreyle askıya alınması kararlaştırılmaktadır. Bu durumda taraflar yükümlülüklerin askıya alındığı ve ifa edilmediği bu süreyi sözleşme süresine ekleyerek sözleşme süresini uzatabilir ya da sözleşme süresini uzatmadan bu süreç içinde askıya alınan edimlerin iptal edileceğini kararlaştırabilirler. Yükümlülüklerin mücbir sebepten ötürü askıya alındığı bu sürede sözleşme taraflarının yapacakları masrafların nasıl bölüşüleceği de bu kapsamda düzenlenebilir.

Sözleşme tarafları yükümlülüklerin ne kadar süre ile askıya alınacağını kararlaştırmalıdır. Bu sürenin sonunda mücbir sebep devam ettiği takdirde sözleşmenin taraflarca feshedileceği, yeniden müzakere edileceği ya da seçimlik olarak fesih ve müzakere seçeneklerinin taraflara birlikte tanınacağı

kararlaştırılabilir. Yükümlülüklerin askıya alındığı süreçte taraflar bir araya gelip sözleşmeyi yeniden müzakere edeceklerini kararlaştırabilecekleri gibi, bu sürenin bitiminde de sözleşmenin yeniden müzakere edileceğini kararlaştırabilirler. Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi, sözleşme ilişkisinin mücbir sebep nedeniyle değişen koşullara uyarlanması amacıyla öngörülmektedir. Genellikle uyarlama klotlarında öngörülen bu metod, mücbir sebep klotlarında taraflarca bir yükümlülük olarak kararlaştırılmakta ancak taraflara bir sonuca ulaşma borcu yüklememektedir. Sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralına aykırı hareket edildiği takdirde oluşan zarar sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tazmin edilecektir. Bununla birlikte tarafların iyi niyetle ve dürüstlük kuralına uygun hareket ederek müzakerelerde bir sonuca ulaşamamaları durumunda genellikle sözleşmenin taraflarca feshedileceği kararlaştırılmaktadır.

Mücbir sebep klotlarında en çok benimsenen çözüm yolu askıya alma süresinin bitiminde mücbir sebep devam ediyorsa taraflara sözleşmeyi feshetme hakkının tanınmasıdır. Bu durumda taraflarca yükümlülüklerin askıya alınması ile kabul edilen geçici imkânsızlığın, sürenin bitiminde kalıcı imkânsızlığa dönüştüğü kabul edilmektedir. Öte yandan mücbir sebep gerçekleşir gerçekleşmez sözleşme konusu mutlak olarak imknsızlaşırsa bu durumda yükümlülükler geçici olarak askıya alınmayacak ve tarafların doğrudan sözleşmeyi feshetme hakları olacaktır.

Ulusal hukuk düzenlerinde imkânsızlık ve mücbir sebep teorilerinin doğal sonucu olan borçlunun yükümlülüklerin kurtulması, mücbir sebep klotlarında da ifade edilmektedir. Buna karşın sözleşme ilişkisinin tasfiyesi ise genellikle mücbir sebep klotlarında düzenlenmemektedir.

Çalışmamızda uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klotlarını etkileyen iki önemli uluslararası hukuk metnindeki mücbir sebebe ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. CISG m.79’da getirilen düzenleme birçok yönden çalışmamızda sayılan mücbir sebep klotlarındaki yapıyla benzerlik göstermektedir. CISG m.79’da da benzer şekilde öncelikle mücbir sebebin genel bir tanımı ve sözleşme taraflarının yükümlülükleri üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Bu tanımda da ngrlmezlik, kaçınılmazlık/karşı konulmazlık, dışsallık ve imkânsızlık unsurları ön plana çıkmakta ve aynı şekilde bu unsurlar değerlendirilirken makul ölçü kriteri ile birlikte somut olay yorumlanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında alt yüklenicilerin

mücbir sebepten ötürü edimlerini ifa edememelerine ilişkin ikili inceleme şartı getirilerek, birinci fıkra da sayılan gelen koşulların hem sözleşme tarafı hem de alt yüklenici için gerçekleştiği takdirde, sözleşme tarafının yerine getirilmeyen edimlerden sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir. Üçüncü fıkra da mücbir sebebin devam ettiği süre boyunca maddenin geçerli olduğu ve etkilenen tarafın sorumlu olmayacağı, dördüncü fıkra da ise bildirim yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uyulmadığı takdirde oluşacak zararı mücbir sebepten etkilenen tarafın tazmin edeceği düzenlenmiştir. Beşinci fıkra da ise sözleşmenin karşı tarafının tazminat talep etme hakkının düşmesine karşı CISG'nin diğer maddelerinde mevcut haklarının devam ettiği belirtilmiştir. UPICC m.7.1.7'de CISG'deki alt yüklenicilere ilişkin hüküm haricinde aynı düzenleme tekrar edilmiştir. Her iki düzenlemede de mücbir sebebin meydana gelmesi ve imkânsızlığın olduğu zamana herhangi bir atıf yapılmamış, hem başlangıçtaki hem de sonraki imkânsızlığın sayılan hükümlerin kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Mücbir sebep klorları hem CISG hem de UPICC hükümlerinin açık bıraktığı hususları düzenlemek amacıyla kullanılabilirler. Alt yükleniciler dışında kalan üçüncü şahısların karşılaştıkları mücbir sebepler, bildirim ve gerekçelendirme usullerine ilişkin detaylar, geçici imkânsızlık halinin ne zaman kalıcı imkânsızlığa denk olacağı, kısmi ifanın kabul edilip edilmeyeceği gibi hususlara mücbir sebep klorlarında açıklık getirilebilir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde uluslararası ticari sözleşmelerdeki aşırı ifa güçlüğü/hardship klorları incelenmiştir. İngilizce bir terim olan “hardship”, daha evvel incelenen mücbir sebep ve imkânsızlık kavramlarının aksine bir hukuki kavram olmamakla birlikte, sözleşme taraflarının içinde bulundukları hukuki durumu ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu terimin tam karşılığının başka dillerde bulunmamasından ötürü UPICC'nin farklı dillerde çıkan sürümlerde bu terim korunmuştur. Hukukumuzda BKT m.137 ile giren “*Aşırı ifa güçlüğü*” terimi ile uluslararası ticari sözleşmelerde ve prensiplerde kabul edilen “*hardship*” terimi, değişen koşulların sözleşme taraflarının edimlerini aşırı külfetli hale getirmesinden ötürü sözleşme dengesinin temelden sarsıldığı durumları ifade etmek için kullanılmaktadır. Her iki terimin aynı hukuki durumu ifade etmesi ve sözleşmenin dili ne olursa olsun, uluslararası ticarete yaygın bir şekilde “*hardship*” teriminin

kullanılmasından ötürü çalışmamızda bu terimler aşırı ifa güçlüğü/hardship şeklinde birlikte kullanılmışlardır.

Uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmeler, ifa sürecinin zamana yayılmasından ötürü daima koşulların değişmesi riski altındadırlar. Risk paylaşımını sözleşmelerini kurdukları zaman mevcut koşulları referans alarak yapan sözleşme tarafları, kurdukları dengenin koşulların değişmesi ile taraflardan biri aleyhine aşırı ölçüde bozulabileceğini ve bozulan dengenin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ile yeniden kurulacağını öngörebilirler. Tarafların bu durumu düzenlemek amacıyla sözleşmede kararlaştıracakları aşırı ifa güçlüğü/hardship klostlarının, sözleşmede yapılan hukuk seçimine uygun kaleme alınması gerekir. Klostlarda getirilen düzenlemeler, ulusal hukuklarda var olan teorileri ve çözümleri aşarak ve tarafların ekonomik çıkarlarına en uygun şekli alırken, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşme serbestisini sınırlayan kamu düzenine ilişkin hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla hüküm ifade edeceklerdir.

Ulusal hukuk düzenlerinin sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bu ilkenin istisnası olan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkesini farklı yorumladıkları gözlemlenmiştir. Fransız hukukunda sadece idari sözleşmeler bakımından emprevizyon teorisi kapsamında sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân tanınırken, özel hukuk sözleşmeleri bakımından bu teorinin uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Benzer şekilde Anglo-Amerikan hukukunda da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması oldukça istisnai şartlarda kabul edilmektedir. Hem Fransız, hem de İngiliz veya Amerikan hukukunun seçildiği sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü/hardship klostlarının bulunması bu bakımdan oldukça büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte hem Alman hukukundaki işlem temelinin çökmesi teorisi kapsamında hem de Türk hukukundaki dürüstlük kuralı uyarınca, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için hâkime başvurulabilecektir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için meydana gelen bu değişimin öngörülemez olması ve tarafların edimleri arasındaki dengeyi açık bir şekilde bozmuş olması, sözleşmede bu yönde bir düzenleme yapılmamış olması ve sözleşmenin kendisi için aşırı ölçüde külfetli ve çekilmez hale geldiği sözleşme tarafının herhangi bir kusurunun bulunmaması gerekir.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân tanınması fikri özünde Roma hukukundaki “*clausula rebus sic stantibus*” teorisine dayanmaktadır. Günümüzde özel hukuk alanında geçerliliğini yitiren ama uluslararası anlaşmalar hukukunda varlığı devam ettiren bu teoriye göre sözleşmeler kararlaştırıldıkları zaman mevcut koşulların değişmemesi şartına (*clausula*) bağlı olarak kurulurlar ve bu şart zımnen sözleşmede yer alır. Bu teoriden esinlenen uluslararası tahkim uygulamasında da Latince bir terim olan “*Rebus sic stantibus*”, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını ifade etmek için sıkça kullanılmakta ve uluslararası hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilmektedir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ise uluslararası ticari sözleşmelerde kararlaştırılan aşırı ifa güçlüğü/*hardship* klorları ile sağlanmaktadır. Uygulamada bu klorların giderek yaygınlaşmasından ötürü, UPICC’de 6.2.1 ilâ 6.2.3 maddelerinde düzenlenen aşırı ifa güçlüğü/*hardship* kavramının da uluslararası ticaret hukukunun örf, adet ve teamülleri arasına girdiği iddia edilmiştir. Buna karşın tahkim uygulamasındaki baskın görüş sözleşmeye bağlılık ilkesine ağırlık tanımakta ve sözleşmede aşırı ifa güçlüğü/*hardship* klorlarının bulunmamasını tarafların bilinçli bir seçimi olarak yorumlamaktadır. Sektörlerini iyi tanıyan profesyonel tacirler, değişen koşulların sözleşme ekonomisi üzerinde oluşturacağı risklere karşı aşırı ifa güçlüğü/*hardship* klorlarını kullanarak önlem almalıdırlar. Bu sayede sözleşmeler hukukunun temelini oluşturan ve uluslararası hukukun genel prensipleri arasında kabul edilen sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık ister devlet ister tahkim mahkemesinde görülsün, bu klorların uygulanmasını güçlendirecek ve sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını garanti altına alacaktır.

Çalışmamızda aşırı ifa güçlüğü/*hardship* klorlarına ilişkin iki ayrı inceleme daha yapılmıştır. Öncelikle spekülâtif ve riskli sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü/*hardship* klorlarının kullanılıp kullanılamayacağı meselesi ele alınmıştır. Spekülâtif ve riskli sözleşmeler, diğer sözleşmelerden farklı olarak, tarafların zımnen kabul ettikleri risk faktörü üzerine kurulurlar. Beklenmeyen durumdan etkilenen tarafın spekülâtif sözleşmeyi kurmadaki menfaati bu durumdan aşırı kazanç sağlamak; beklenmeyen durumdan etkilenen tarafın riskli sözleşmeyi (teminat, garanti, kefalet sözleşmeleri gibi) kurmadaki menfaati ise sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen riskleri bertaraf ederek, karşı tarafın üstüne

yüklemektir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu niteliği itibariyle bu iki sözleşme tipine de uymamaktadır.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarına ilişkin diğer incelemede de bu klozların diğer uyarlama klozları ile olan farkı ortaya konulmuştur. Sözleşme klozları, sözleşme konusu ticari ilişkinin niteliğine göre şekillendirilirler. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan araçlar da uyarlama klozlarıdır. Uyarlama klozları otomatik ve sözleşmenin yeniden müzakeresini öngören uyarlama klozları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu klozlar özellikle sözleşmenin parasal hükümlerini, enflasyon veya devalüasyon gibi ekonomik tehlikelere karşı korumak amacıyla sözleşmelerde kararlaştırılmaktadır. Otomatik uyarlama klozları, önceden öngörülen olaylara karşı tarafların sözleşmeyi kurarken kararlaştırdıkları formüle göre olaydan etkilenen edimleri uyarlayacaktır. Dolayısıyla taraflar klozda öngördükleri bu olayların, kloz uygulandıktan sonra edimleri üzerindeki muhtemel sonuçlarını da öngörebilmektedirler. Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini öngören uyarlama klozları ise özellikle uzun süreli sözleşmelerde taraflara sözleşmelerini tekrar gözden geçirme ve müzakere etme imkânını sunmaktadır. Bu klozların bir alt türü olan aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları, otomatik uyarlama klozlarından farklı olarak sözleşme kurulduğu zaman öngörülemeyen olayları kapsamaktadır. Bununla birlikte bu klozlarda sözleşmenin yeniden müzakere edileceğini öngörerek tarafların sözleşmedeki sadece belirli edimlerinin değil, sözleşmedeki risk dengesinin bir bütün halinde yeniden gözden geçirilip uyarlanacağı kararlaştırılmaktadır.

Temel olarak sözleşme taraflarının başlangıçta dikkate alıp taahhüt altına girdikleri verileri, sözleşmenin dengesini taraflardan biri için haksız ve çekilmez kılacak ölçüde değiştirecek bir değişiklik meydana geldiği takdirde, tarafların bağlı oldukları sözleşmenin yeniden düzenlenmesini talep edebilecekleri hükümler içeren sözleşme klozlarına aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu denilmektedir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klozu da aynı mücbir sebep klozu gibi iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde klozun uygulanacağı durum ile meydana getirdiği sonuçlar düzenlenmektedir. Sözleşmenin içinde bulunduğu koşulların değişmesi, bu değişimin öngörülemeyen olması ve tarafların kontrolleri dışında meydana gelmiş olması gerekir. Olağan değişimler aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları kapsamında

görülemeyecektir. Öte yandan uluslararası ticari sözleşmeler bakımından değişimin öngörülemezliğinden anlaşılması gereken, koşullardaki değişimin yarattığı sonuçların taraflarca sözleşme kurulduğu zaman öngörülememesidir. Zira bu sonuçların neler olabileceği taraflarca önceden kestirilebildiği durumlarda daha ziyade otomatik uyarılama klostarı kullanılmaktadır. Klostarda ifade edilen dışsallık unsurunun da iki boyutu söz konusudur. Öncelikle sözleşme taraflarının koşulları değiştiren olayların gerçekleşmesinde herhangi bir kusurlarının veya ihmallerinin bulunmaması, kendi kontrolleri dışında gelişmesi ve bu olayların sözleşmenin normal ifa seyri esnasında meydana gelmiş olması gerekir. İkinci olarak da sözleşme tarafları koşulların değiştiren olaylar sırasında veya koşullar değiştikten sonra da herhangi bir kusur veya ihmalleri ile meydana gelen sonuçları ağırlaştırmamaları gerekir. Aynı mücbir sebep klostarında olduğu gibi aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarına da esneklik kazandırmak amacıyla tarafların makul ölçü kriterini kullandıkları görülmektedir. Azami gayret gösterme/elinden gelenin en iyisini yapma borcu da aynı şekilde bu klostara özgü bir özen yükümlülüğü getirmek için kloza eklenebilir. Bu yükümlülük kendini en fazla sözleşmenin yeniden müzakereleri safhasında göstermektedir.

Tarafların sözleşmeyi kurarken bilmedikleri ekonomik dengesizliklerin kloza dâhil olup olmayacağı meselesi ise sözleşmeye uygulanacak hukuka uygun şekilde düzenlenmelidir. Aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarının sözleşmedeki yükümlülüklerin ifasını etkileyen olayın veya durumun ne zaman gerçekleşmesi gerektiğine yönelik bir atıfta bulunmaması durumunda, daha evvel mücbir sebep bahsinde yaptığımız açıklamalara paralel olarak aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarının da esas olarak gelecekte meydana gelmesi muhtemel durum değişikliklerini kapsadığı kabul edilecektir.

Meydana gelen durumun yaratacağı sonuçlar da klostarda düzenlenmektedir. Temel olarak değişen koşulların sözleşmenin ekonomik dengesini bozması ve dengenin taraflardan biri aleyhine, onun ediminin ifasını aşırı ölçüde külfetli hale getirecek şekilde bozulması gerekir. Taraflardan birinin edimi aşırı derecede külfetli hale gelebilir ya da aşırı derecede kolaylaşabilir. Klostada söz konusu dengenin bozulacağı risk eşiği sayısal veya sözel bir ifade ile belirtilmediği takdirde bu husus sözleşmeye uygulanacak hukuka göre takdir edilecektir.

Taraflar sözleşmede değişen koşullara ilişkin genel bir ifade kullanıp sadece bu ekonomik dengenin bozulmasına atıfta bulunabilirler ya da sözleşmenin kurulduğu sektöre özgü spesifik durumları klotda sıralayabilirler. Spesifik olayların klotda sayılması elbette bu olayların taraflarca öngörüldüğü anlamına gelmeyecektir. Zira taraflar söz konusu olayların sözleşmeyi riskini öngörüp, sonuçlarını öngöremediklerinden bu spesifik olayları klotla eklemektedirler. Böylelikle bu olayların sözleşmeye uygulanacak hukuka göre aşırı ifa güçlüğü/hardship kapsamında değerlendirilmemesi riski de bertaraf edilmiş olacaktır. Uygulamada en çok kabul gören düzenlemede ise genel bir ifade ile koşullarda meydana gelecek değişimin sözleşme ekonomisini taraflardan biri için aşırı külfetli hale getirecek şekilde altüst edeceği belirtilmekte ve bu genel ifadenin yanına sözleşmenin kurulduğu sektöre özgü spesifik olaylar eklenmektedir. Sözleşme tarafları bu spesifik olayları klotun kapsamına alabilecekleri gibi, aynı şekilde klotun kapsamı dışında kalacak olayları da kararlaştırabilirler. Bu sayede açıkça hariç tutulan bu değişimlerin meydana getireceği riski üstlenmiş olacaklardır.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun ikinci bölümünde meydana gelen değişikliğin sözleşmedeki edimler arası dengeyi altüst etmesi halinde buna bağlanan hukuki sonuçlar ve taraflarca uygulanacak rejim düzenlenmektedir. Aynı mücbir sebep klotlarında öngörüldüğü gibi öncelikle koşulların kendi aleyhine değiştiğini iddia eden tarafa sözleşmenin karşı tarafına bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu bildirimde mücbir sebep klotlarındaki bildirimden farklı olarak koşulların gerçekleştiğine ilişkin gerekçelendirme öngörülmemektedir. Zira söz konusu koşulların meydana gelip gelmediği bildirim yapıldıktan sonraki aşamada öngörülen usullerle saptanacaktır. Bu bildirimin yapılmasının ana hedefi sözleşme tarafları için öngörülen müzakereleri başlatmaktır. Bildirim, karşı tarafı sözleşmeyi yeniden müzakereye davet niteliğindedir. Bu sebeple bildirim aynı zamanda sözleşmenin uyarlanması için verilen teklifi de içerebilir. En basit şekliyle taraflar bu bildirimin yapılacağı süreyi, bildirimin şeklini ve içeriğini klotda kararlaştırmalıdır. Bildirimin yapılmaması veya geç yapılması durumu, bir başka deyişle bildirim yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını genellikle sözleşmede düzenlenmemekte ve sözleşmeye uygulanacak hukuka bırakılmaktadır. Bununla birlikte sözleşmeye hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, muhtemelen bu

yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını değişen koşullardan zarar gören tarafın, bildirimde bulunmadığı süre boyunca ağırlaşan yükümlülüklerine katlanması olacaktır.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında sözleşmenin bozulan dengesini yeniden sağlamadaki kilit taşı, tarafların kararlaştırdıkları sözleşmeyi yeniden müzakere etme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Daha evvel mücbir sebep klotlarında da kullanıldığı belirtilen bu metod, tarafların koşullarda meydana gelen aşırı değişimin zarar gören taraf üzerindeki baskısını hafifletmek ve sözleşme ilişkisini yargı yollarına başvurmadan kurtarmak amacıyla klotda kararlaştırılmaktadır. Taraflar dengenin yeniden sağlanmasını hedeflerken sözleşmenin kurulduğu zamanki dengenin yeniden sağlanmasını; koşulları değiştiren olaylardan evvel mevcut olan dengeye geri dönülmesini veya mevcut sözleşme dengesini dikkate almaksızın aralarında yapacakları müzakerelerle sözleşmenin devam etmesini sağlayacak yeni bir denge kurulmasını kararlaştırabilirler. Sonuç olarak tarafların sözleşmenin bozulan dengesini yeniden sağlamak amacıyla kararlaştırdıkları dengenin niteliği, uyarılmanın sözleşme ilişkisi üzerindeki ekonomik sonuçlarını da etkileyecektir. Bu hususta taraflar somut ifadeler kullanabilecekleri gibi, sözleşmenin kurulması anında esneklik sağlamak amacıyla iyi niyet ve dürüstlük kuralına atıfta yapmakla da yetinebilirler.

Sözleşmenin yeniden müzakeresi özünde dürüstlük kuralına dayanan bir vasıta borcudur. Bu metod klotda bir yükümlülük olarak kararlaştırılarak taraflara sözleşmenin bozulan dengesini yeniden sağlamak için öneriler sunma ve sunulan önerileri de iyi niyet ve dürüstlük kuralına uygun şekilde müzakere etme borcu yüklemektedir. Bununla birlikte taraflara herhangi bir sonuca ulaşma borcu yüklenmemektedir. Bu sebeple de daha evvel ifade edilen azami gayret gösterme/elinden gelenin en iyisini yapma borcu da bu safhada taraflara sonuca ulaşmaları için belli bir özen yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılmasının sonuçları sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. Sözleşme tarafının işbirliğinden kaçınması, müzakerelere yanaşmaması, sözleşmeyi yeniden müzakere etmeden doğrudan feshetmesi veya sözleşmenin uyarlanması için uyuşmazlık çözüm yollarına başvurması, bu bağlamda yeniden müzakere etme yükümlülüğüne aykırılık oluşturacaktır. Öte yandan tarafların yeniden müzakereleri bir yükümlülük olarak kararlaştırmamaları durumunda, bildirimle birlikte veya

bildirimden sonra yapılacak müzakere veya uyarlama tekliflerinin sözleşmenin karşı tarafınca reddedilmesi veya tarafların uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaları sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır.

Mücbir sebep klotlarında mücbir sebebin meydana geldiğinin çeşitli yollarla gerekçelendirilmesi ve belgelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna karşın aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında koşulların değiştiğinin belgelendirilmesi oldukça güç olacağından, genellikle ya sözleşme taraflarından biri veya bir üçüncü şahıs söz konusu durumu saptamakta ya da taraflarca yeniden müzakere safhasında aşırı ifa güçlüğü/hardship koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmektedir. Bu hususta en pratik çözüm uyuşmazlığın meydana gelip gelmediğinin bağımsız üçüncü şahıslarca saptanmasıdır. Bununla birlikte bu konuda bir atıf yoksa sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm yoluna gidilecek ve bu mercilerden koşulların meydana gelip gelmediğine ilişkin bağlayıcı bir tespit kararı verilecektir.

Müzakerelerin nasıl başlayacağı, müzakereler esnasında karşılıklı yükümlülüklerin akıbetinin ne olacağı, müzakerelerin ne kadar süreceği gibi hususlar da klotda kararlaştırılabilecektir. Özellikle taraflarca getirilecek süre kısıtlamaları sürecin hızlı ve seri işlemlerini sağlayacaktır. Bununla birlikte müzakereler aşamasında sözleşmedeki edimlerin ifasının karşılıklı askıya alınıp alınmayacağı hususunun da klotda belirtilmesi gerekir. Zira bu hususta açıklık yoksa sözleşmenin aynen ifa edilmeye devam edeceği kabul edilecektir.

Müzakerelerin muhtemel iki sonucu vardır: Ya müzakereler başarıyla sonuçlanıp sözleşme taraflarca değişen koşullara uyulanır, ya da müzakereler başarısızlıkla sonuçlanır. Müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması ihtimalinin klotda düzenlenmesi mümkündür. Bu durumda tarafların yapacağı seçimler esasen sözleşme ekonomisi üzerindeki anlayışlarını yansıtacaktır.

Taraflar müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda sözleşmenin ifasına aynen devam edileceğini kararlaşırlarsa, yükümlülükleri ağırlaşan taraf ya sözleşme süresinin sonuna kadar yükümlülüklerini ifa etmeye devam edecek ya da daha elverişli olduğu takdirde sözleşmeyi feshedip karşı tarafa tazminat ve sair cezaları ödeyecektir. Müzakerelerin başarısız olması halinde şayet taraflar herhangi bir çözüm yolu öngörmezlerse, bu durumda da zımnen sözleşmenin aynen ifa edileceğini kararlaştırdıkları kabul edilir. Bu durumun zımnen sözleşme taraflarına

sözleşmeyi feshetme veya uyarlanması için üçüncü şahıslara götürme hakkı vermesi söz konusu değildir.

Taraflar aralarındaki ekonomik dengenin ve kendi bireysel menfaatlerinin korunmasını, sözleşmenin uyarlanarak ayakta tutulmasına tercih ettikleri takdirde, sözleşmenin herhangi bir tazminat, cezai şart vs. ödenmeksizin karşılıklı feshedileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda fesih hakkının ne kadar süre içinde kullanılacağı ve feshin ne zaman geçerli olacağı da klotda belirtilmelidir. Şayet taraflar müzakerelerin başarısız olması halinde fesih hakkını kararlaştırmamışlarsa ve bu hususta sözleşmedeki genel fesih maddesinde de bir açıklık yoksa sözleşmenin aynen ifa edilmeye devam edeceği kabul edilecektir.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında yeniden müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda kararlaştırılabilecek son çözüm yolu da sözleşmeye üçüncü şahısların müdahalesidir. Taraflar şayet ekonomik ilişkilerini devam ettirmeyi ön planda tutuyorlarsa, fesih hakkı yerine sözleşmeye üçüncü şahısların müdahale edeceğini kararlaştırmalıdır. Bu müdahalenin taraflarca açıkça kararlaştırılmış olması gerekir. Öte yandan taraflar klotda üçüncü şahsın hukuki niteliğinin ne olduğunu da açıkça belirtmelidirler. Üçüncü şahsın hukuki niteliği, bu kişilerin verecekleri kararların bağlayıcılığını etkileyecektir. Söz gelimi taraflar bu kişinin uzlaştırıcı (arabulucu) veya hakem-bilirkişi olacağını kararlaştırdıkları takdirde, bu şahısların verecekleri kararlar bağlayıcı olmayacak, tavsiye niteliğinde olacaktır. Bununla birlikte şayet bu şahısların verecekleri uyarılama kararlarının bağlayıcı olacağı da kararlaştırılırsa, bu durumda verilen kararlar sözleşmenin bir parçası haline gelecek ama bu kararların doğrudan icra kabiliyeti olmayacaktır. Bu karara uyulmaması veya bu kararın sözleşmeye ya da sözleşmeye uygulanacak hukuka aykırı olmasına ilişkin çıkan uyuşmazlıklar, sözleşmede öngörülen uyuşmazlık çözüm yoluna götürülecektir. Öte yandan sözleşmenin uyarlanması için önce bir uzlaştırıcıya veya hakem-bilirkişi önüne götürüleceği kararlaştırılırsa, bu yol tüketilmeden sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmak sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır.

Hâkimin, dostane arabulucunun veya tahkim hakeminin sözleşmeye müdahale edeceği kararlaştırıldığında, bu kişilerin verecekleri kararlar hem bağlayıcı hem de icra kabiliyeti olan kararlar olacaktır. Dostane arabulucu hakkaniyet ve

nesafet kuralları uyarınca sözleşmenin uyarlanıp uyarlanmayacağına karar verecektir. Her ne kadar uluslararası ticari sözleşmelerde pek tercih edilmese de, tarafların devlet mahkemesine veya hâkime başvuracaklarını kararlaştırmaları durumunda hâkim sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ait olduğu meselesini ele alacaktır. Bu vasıflandırma meselesi mahkemenin tabî olduğu hukuka, yani *lex fori*'ye göre çözülecektir. Mahkeme şayet uyarlamanın sadece maddi hukuka ilişkin olduğuna kanaat getirirse, bu durumda sadece sözleşmeye uygulanacak hukuka bakarak sözleşmeyi uyarlayacaktır. Hâkim uyarlamanın hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin olduğuna kanaat getirirse, bu durumda hem sözleşmeye uygulanacak hukuka hem de kendi usul hukukuna göre sözleşmeyi uyarlayıp uyarlayamayacağını belirleyecektir. Sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanıyan hukuklara tabî mahkemeler bu bakımdan aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarını tanımada ve sözleşmeyi uyarlamada herhangi bir zorluk yaşamayacakken, bu imkânın tanınmadığı bir hukuka tabî mahkeme kendi hukukunda var olan yakın kavramlarla aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunu yorumlayıp uygulayacaktır.

Dostane arabulucu ve devlet mahkemesi hâkimi ile tahkim hakemi arasında uygulamada çok önemli bir ayrım bulunmaktadır: Dostane arabulucu sözleşmede veya sözleşmeye uygulanacak hukukta sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa bile, hakkaniyet ve dürüstlük kurallarını gözeterek sözleşmeyi uyarlayabilir. Hâkim ise, aynı şekilde sözleşmede aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu bulunmasa bile sözleşmeye uygulanacak hukuku uygulayarak sözleşmeyi uyarlayabilir. Tahkim hakemleri ise şayet sözleşmede bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu yoksa sözleşmeyi uyarlamamaktadırlar.

Uluslararası ticari sözleşmelerin önemli bir bölümünde uyuşmazlık çözüm yolu tahkim olarak kararlaştırılmaktadır. Hakemlerin sözleşmeye müdahale edip sözleşmeyi uyarlayabilmeleri meselesinde öncelikle uyarlamanın hakemlerin yetki alanına giren bir hukuki uyuşmazlık sayılıp sayılamayacağı meselesi tartışılmıştır. Bu mesele ikiye ayrılarak incelenmelidir: Öncelikle aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun veya başka bir uyarlama klotunun sözleşmede yer almamasını hakemler, tarafların bu hususta verdikleri bilinçli bir karar olduğu şeklinde yorumlamaktadırlar. Zira uluslararası ticari tahkimde hakemler sözleşmeye bağlılık ilkesine öncelik

tanımlanmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken ikinci nokta, sözleşmede bir aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu bulunduğu takdirde klotda veya sözleşmenin başka herhangi bir hükmünde hakemlere sözleşmeye müdahale ederek uyarlama yetkisinin tanınıp tanınmadığının belirlenmesi gerekir. Zira müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda herhangi bir düzenleme öngörölmemesi, sözleşmedeki genel ifadeler içeren uyuşmazlık çözüm klotuna başvurmak için yeterli bir sebep değildir. Bu sebeple sözleşmenin değışen koşullara hakemlerce uyarlanabilmesi için sözleşmede bulunan aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunda yeniden müzakerelerin başarısız olması halinde sözleşmeye hakemlerin müdahale edeceği açıkça kararlaştırılmalıdır. Tenfiz edildiğı merciler önünde sözleşmeye uygulanan hukuka, tahkim usulüne uygulanan hukuka ve kararın tenfiz edildiğı ülkenin kamu düzenine ilişkin kurallara uygun görüldüğü takdirde uyarlama kararı icra edilebilecektir.

Çalışmamızın bu bölümünde son olarak aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu ve CISG m.79 ilişkisi ile UPICC m.6.2.1 ilâ 6.2.3 arasında düzenlenen aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümleri ele alınmıştır. Mücbir sebep klotlarına ilişkin yapılan açıklamalarda CISG m.79'un temel olarak mücbir sebep durumunu düzenlediğı ifade edilmiştir. Doktrinde CISG m.79'da boşluk olduğu ve aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunu da kapsamına alacak şekilde yorumlanması gerektiğı ifade edilmiştir. CISG m.7/2'de bahsedilen uluslararası hukukun genel prensiplerine dayanarak maddedeki bu boşluğun doldurulabileceğı ve UPICC'deki aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerinin de bu bağlamda kullanılabileceğı ifade edilmiştir. CISG'nin uygulanacağı sözleşmelerdeki mücbir sebep klotlarında, UPICC'deki aşırı ifa güçlüğü/hardship hükümlerinin m.79'u tamamlayıcı olarak kullanılacağına açıkça kararlaştırılması veya sözleşmenin tamamında UPICC hükümlerinin geçerli olacağına kararlaştırılması durumunda, CISG m.79'un aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunu kapsayıp kapsamadığına ilişkin tüm yorum ihtilafları bertaraf edilmiş olacaktır.

Uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasındaki mücbir sebep klotu ile aşırı ifa güçlüğü/hardship klotu ayrımı gözetilerek, UPICC m.7.1.7'de mücbir sebep, m.6.2.1 ilâ 6.2.3 arasında da aşırı ifa güçlüğü/hardship durumu düzenlenmiştir. UPICC m.6.2.1'de aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun sözleşmeye bağlılık

ilkesinin bir istisnası olduğu ifade edilmiştir. UPICC m.6.2.2’de sözleşmenin dengesini temelden sarsan, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen veya zarar gören tarafça sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenilen, taraflarca öngörüleemeyen ve onların kontrolü dışında gelişen olayların meydana gelmiş olması, aşırı ifa güçlüğü/hardship durumunun oluşması için gerekli koşullar olarak sayılmıştır. Dikkat edileceğı üzere UPICC’de de olayların meydana geliş zamanı hususunda kronolojik bir ayırım yapılmamış ve hem sözleşmeden evvel meydana gelen hem de sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olaylar hüküm kapsamına alınarak aynı sonuçlara tabî tutulmuşlardır. Bunların yanında zarar gören tarafın bu olayın rizikosunu üstlenmemiş olması gerekir. Söz konusu varsayımın gerçekleşmesi durumunda UPICC m.6.2.3’te öngörülen usul uygulanacak ve taraflar önce müzakerelere girişecekler, makul süre içinde sonuç alınamadığı takdirde de mesele tarafların sözleşmedeki seçimlerine göre hâkim veya hakem önüne götürülecektir. Bu düzenlemenin iki önemli özelliğı bulunmaktadır. Öncelikle sözleşme taraflarına sözleşmeyi yeniden müzakere etme yükümlülüğü getirilmekte ve doğrudan uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması engellenmektedir. İkinci olarak da uluslararası ticari sözleşmeler uygulamasında tahkim uygulaması en yaygın çözüm yolu olduğundan prensiplerde hakemlere açıkça sözleşmeyi uyarlama yetkisi tanınmıştır. Hâkim veya hakem uygun bulduğu çözümü uygulayarak ya sözleşmeyi uyarlayacak, ya feshedecek ya da sözleşmenin aynen ifasına hükmedecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde uluslararası ticari sözleşmelerde kullanılan mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü/hardship klozlarının birbirleriyle olan etkileşimi incelenmiştir. Meydana gelen olaylardan ötürü edimlerin imkânsız hale gelmesini düzenleyen mücbir sebep klozları ile edimlerin aşırı ölçüde külfetli hale gelmesinden ötürü sözleşmedeki ekonomik dengenin hakkaniyete aykırı şekilde bozulmasını düzenleyen aşırı ifa güçlüğü/hardship klozları, uygulamada aynı başlık altında düzenlenebilmekte ve bu klozların düzenledikleri her iki duruma da aynı hukuki sonuç bağlanabilmektedir.

Her iki klozun birbirleriyle sentezlenmelerine ilk örnek mücbir sebep klozlarında genellikle öngörülen imkânsızlık eşiğinin aşırı ölçüde külfetli hale gelme veya aşırı güçleşme ölçüsüne indirilmesidir. Bu sayede taraflar sözleşmenin feshi için edimlerin mutlak olarak imkânsız hale gelmesini beklememektedirler. Öte

yandan yine aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarına özgü ve bu klotların temel yapıtaşı olan sözleşmenin yeniden müzakeresi safhasının sözleşmenin taraflarca feshinden evvel bir ortak çıkış yolu olarak mücbir sebep klotlarına ilave edildiği gözlemlenmiştir.

Aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında müzakerelerin sonuçsuz kalması veya bir sonuca ulaşamamasından ötürü üçüncü şahısların müdahale etmesi söz konusu olduğunda, taraflar seçimlik olarak sözleşmeyi feshetme hakkına da sahip olacaklarını kararlaştırılabilmektedirler. Bu durumda aşırı ifa güçlüğü/hardship klotunun ticari ilişkiyi kurtarmaya yönelik ana işlevi yerini daha çok mücbir sebep klotlarındaki tarafların daha fazla zarar görmekten kurtarma işlevine bırakmaktadır. Bu bağlamda edimlerin ağırlaşmasından ötürü tarafların göreceği zararı azaltmak amacıyla edimlerin karşılıklı olarak askıya alınacağı da aynı şekilde aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarında kararlaştırılabilmektedir.

Her iki klot tipinin bir araya getirilmesi ile ortaya çıkan hibrid klot tipi uygulamada genel olarak kabul görmemekte ve daha ziyade bu klotların ayrı ayrı olarak sözleşmelerde yer almaları tercih edilmektedir. Mücbir sebep klotlarının öncelikle edimlerin ifasını geçici olarak imkânsızlaşmasından ötürü sözleşmenin askıya alınmasını ve bu sürenin bitiminde kalıcı imkânsızlıktan ötürü sözleşmenin sona ermesini düzenlenmesi, buna mukabil aşırı ifa güçlüğü/hardship klotlarının genellikle ekonomik olaylar odaklı olup sözleşmenin bozulan dengesini düzeltme ve sözleşme ilişkisini ayakta tutmayı hedeflemesi, her iki klot tipinin de uygulamada birbirinden ayrık kullanılması için yeterli görülmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- Altunkaya, Mehmet: **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1996, [İnşaat Sözleşmeleri].
- Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, [Milletlerarası Tahkim].
- Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Almeida Prado, Mauricio: **Le Hardship dans Le Droit du Commerce International**, Bruxelles, FEDUCI, Bruylant, 2003.
- Antonmattei, Paul-Henri: **Contribution à l'Etude de la Force Majeure**, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 220, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1992.
- Arnaldez, Jean-Jacques, Yves Derains, Dominique Hascher: **Collection of ICC Arbitral Awards 1991–1995/Recueil des Sentences Arbitrales de la**

- CCI 1991–1995, The Hague, Kluwer Law International, 1994, [1991–1995].
- Arnaldez, Jean-Jacques, Yves
Derains, Dominique Hascher: **Collection of ICC Arbitral Awards 1996–2000/Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1996–2000**, The Hague, Kluwer Law International, 2003, [1996–2000].
- Atamer, Yeşim: “Saticının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, **Milletlerarası Satım Hukuku**, Ed. Yeşim Atamer, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2008, s.221–265.
- Aybay, Aydın: **İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiraların Korunması Sorunu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975.
- Baysal, Başak: **Sözleşmenin Uyarlanması**, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2009.
- Betto, Jean-Georges: “Sommaire de Sentences Arbitrales Internationales - International Arbitration Awards Digest”, **International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales**, No.7, 2002, pp.843–846.
- Bischoff, Jacques: **Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus**, Zürich, Schultess Verlag, 1993.

- Böckstiegel, Karl Heinz: “Hardship, Force Majeure and Special Risk Clauses in International Contracts”, **Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance**, ed. Norbert Horn, The Hague, Kluwer Law International, 1985, pp.159–169, [International Contracts].
- Böckstiegel, Karl-Heinz: **Arbitration and State Enterprises**, The Hague, Kluwer Law International, 1984, [Arbitration].
- Berger, Klaus Peter: **Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense**, Arbitration International, Vol.17, No.1, LCIA, 2001, pp.1–17, [Power of Arbitrators].
- Berger, Klaus Peter: **Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators**, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol.36, No.4, 2003, (çevrimiçi) <http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-36-number-4/download.aspx?id=1888>, 25.05.2010, pp.1347–1380, [Renegotiation].
- Boughaba, Mohammed: **Les Clauses d’Adaptation Economique et Monétaire dans les Contrats Privés Internationaux, Etude de Droit Français avec Référence aux Droits Algériens et**

- Suisse, Thèse de Doctorat, Université de Lausanne, Huber Druck AG, 1984.
- Brunner, Christoph: **Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration**, The Hague, Kluwer Law International, 2009.
- Bund, Jennifer M.: “Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner”, **Journal of Law and Commerce**, Vol.17, 1998, pp.381-413.
- Çelikel, Aysel, B. Bahadır Erdem: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Declercq, P.J.M.: “Modern Analysis of the Legal Effect of Force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability”, **Journal of Law and Commerce**, Vol.15, 1995–1996, pp.213 et seq.
- de Cuyper, Jean-Quentin
Wolfgang Peter: “Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility: Consideration on the Ground of the Ghana/Valco Case – Renégotiation d’Accords Internationaux à Long Terme et Flexibilité: Réflexions à partir du cas Ghana/Valco”, **International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales**, No.7, 1995, pp.775–800.

- Digwa-Singh, Sukhnam: "The Application of Commercial Impracticability Under 2-615 of the Uniform Commercial Code", **Force Majeure and Frustration of Contract**, Second Edition, Ed. Ewan McKendrick, Lloyd's of London Press Ltd., 1995, pp.305-331.
- Draetta, Ugo: "Force Majeure Clauses in International Trade Practice – La Force Majeure dans la Pratique du Commerce International", **International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales**, No.5, 1996, pp.547–559, [International Trade Practice].
- Draetta, Ugo: "Les Clauses de Force Majeure de Hardship dans Les Contrats Internationaux – Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts", **International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales**, No.3/4, 2002, pp.347–358, [Contrats Internationaux].
- Draetta, Ugo, Ralph Lake: **Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes**, Paris, FEDUCI, 1996.
- Dural, Mustafa: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK117)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Ekşi, Nuray: **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Arıkan, 2006.

- Eriksen, Eivind: "Terrorism and Force Majeure in International Contracts", **Bond Law Review**, Vol.16, Issue 2, Article 7, 2004, pp.176–199.
- Farnsworth, E. Allan: "On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law", **University of Pittsburg Law Review**, Vol.46, No.1, 1984, pp.1–20.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Yeniletilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, [Cilt I].
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, Yeniletilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, [Cilt II].
- Gürsoy, Kemal Tahir: **Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)**, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950.
- Firoozmand, Mahmoud Reza: "Force Majeure Clause in Long-Term Petroleum Contracts: Key Issues in Drafting", **Journal of Energy & Natural Resources Law**, Vol.24, No.3, 2006, pp.423–438.
- Fontaine, Marcel: "Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et Règles de l'Art dans les Contrats Internationaux – Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence and Industry Standarts in

- International Agreements”, **International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales**, No.8, 1988, pp.983–1027.
- Fontaine, Marcel, Filip de Ly: **Droit des Contrats Internationaux, Analyse et Rédaction de Clauses**, Deuxième Edition, Paris, FEDUCI, 2003.
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman: **International Commercial Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, John Savage, Second Ed., The Hague, Kluwer Law International, 1999.
- Garner, Bryan A.: **A Dictionary of Modern Legal Usage**, Second Edition, Oxford University Press, 2007.
- Garro, Alejandro M.: “Force Majeure and CISG Article 79: Competing Approaches and Some Drafting Advices”, **Drafting Contracts Under the CISG**, Ed. Harry Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, Oxford University Press, 2008, pp.379-382.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat: **Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller (Force Majeure et cas de l'imprévision)**, Üçüncü Bası, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1977.

Gündüz, Aslan:

Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, 5.basım, İstanbul, Beta, 2003.

Holleaux, M. Dominique:

“Les Effets de la Dépréciation Monétaire sur les Rapports Contractuels en Droit International Public et Privé Français”, **Les Effets de la Dépreciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels, Journées d’İstanbul**, Travaux de l’Association Henri İstanbul, Capitant, Faculté de Droit 1973, s.173–183.

Horn, Norbert:

“Changes in Circumstances, and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law”, **Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance**, ed. Norbert Horn, The Hague, Kluwer Law International, 1985, pp.15–29.

Hök, Götz-Sebastian

Uluslararası İnşaat Hukuku FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar, Çev. C. Gökhan Erbaş, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.

Hubert, Alfred:

Le contrat d’ingénierie-conseil, Paris, Masson, 1979.

International Chamber of
Commerce:

ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003, Publication No.650,

- Paris, 2003, [ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003].
- International Chamber of
Commerce: **The ICC Model Franchising Contract**,
Publication No.557, Paris, 2000.
- Jarvin, Sigvard, Yves Derains: **Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985/Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1974–1985**, The Hague, Kluwer Law International, 1994.
- Jarvin, Sigvard, Yves Derains,
Jean-Jacques Arnaldez,: **Collection of ICC Arbitral Awards 1986–1990/Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1986–1990**, The Hague, Kluwer Law International, 1994.
- Kahn, Philippe: “Force Majeure et Contrats de Longue Durée”, **Journal du Droit International**, Mélanges Friedmann, Clunet, No.3, 1975, pp.467–485.
- Kaplan, İbrahim: **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1987.
- Kessedjian, Catherine: “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, **International Review of Law and Economics**, Vol.25, 2005, pp.415–433.
- Kırca, İsmail: **Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 2000.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip:

“İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s.503–514.

Konarski, Hubert:

“Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice – Les Clauses de Force Majeure et de Hardship dans la Pratique Contractuelle Internationale”, **International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales**, No.4, 2003, pp.405–428.

Kröll, Stefan:

“Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts”, **Arbitrating Foreign Investment Disputes**, Ed. Norbert Horn, The Hague, Kluwer Law International, 2004, s.425–470.

Leyens, Patrick C.:

CISG and Mistake, The Interpretative Challenge of Mistake and the Validity Loophole, October, 2003, (çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/leyens.html>, 06.05.2010.

Markensinis, Basil S., Hannes

Unberath, Angus Johnston:

The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Hart Publishing, 2006.

Marmurstejn, Muriel:

“Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats de L’Amont d’une Compagnie Pétrolière: Une Etude de Cas – Force Majeure Clauses of an Oil Company’s Upstream Agreements: A Review”, **International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales**, No.7, 1998, pp.781–806.

Maskow, Dietrich:

“Hardship and Force Majeure”, **American Journal of Comparative Law**, Vol.40, 1992, p.657 et seq.

Matray, Didier, François Vidts:

“Les Clauses d’Adaptation de Contrats”, **Les grandes clauses des contrats internationaux**, 55e Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, 11 et 12 mars 2005, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp.93–165.

Melis, Werner:

“Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration”, **Journal of International Arbitration** No.1, 1984, (çevrimiçi) www.trans-lex.org/126600, 30.03.2010, p.213 et seq.

Milletlerarası Ticaret Odası:

MTO Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal Yayın No.421, Öneriler, Resmi Çevirisi, Paris, 1985.

Milli Reasürans T.A.Ş:

Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü, İstanbul, Milli Reasürans T.A.Ş Yayını, 2004.

Nicholas, Barry:

“Force Majeure in French Law”, **Force Majeure and Frustration of Contract**, Ed. Ewan McKendrick, Second Edition, Lloyd’s of London Press Ltd., 1995, pp.21-31.

Nomer, Ergin:

Milletlerarası Usul Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.

Nomer, Ergin, Cemal Şanlı:

Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.

Nomer Ertan, N. Füsun, Hüseyin
Ülgen, Ömer Teoman, Mehmet
Helvacı, Abuzer Kendigelen,
Arslan Kaya:

Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Oğuzman, Kemal:

“Rapport Général”, **Les Effets de la Dépreciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Contractuels, Journées d’Istanbul**, Travaux de l’Association Henri Capitant, Istanbul, Faculté de Droit Istanbul, 1973, s.340–345.

Oppetit, Bruno:

“L’adaptation des Contrats Internationaux aux Changements de Circonstances: La Clause de Hardship”, **Journal du Droit International**, Vol.101, No.4, Clunet, 1974, (çevrimiçi)

- <http://www.trans-lex.org/127600>, 15.03.2010, p.794 et seq.
- Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Özdemir Kocasakal, Hatice: **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, , Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Peter, Wolfgang: **Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements**, Second and Revised Edition, The Hague, Kluwer Law International, 1995.
- Pichonnaz, Pascal: **Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en Droit suisse (art.119 CO et 79 CVIM)**, Thèse, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1997.
- Puelinckx, A.H.: "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, A Comparative study in English, French, German and Japanese Law", **Journal of International Arbitration**, Vol.3, No.2, 1986, (çevrimiçi) <http://www.trans-lex.org/128100>, 14.04.2010, p.47 et seq.

Rimke, Joern:

“Force Majeure and hardship: Application in International Trade Practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, **Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Kluwer (1999–2000), (çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 25.05.2010, pp.197–243.

Rivkin, David:

“Lex Mercatoria and Force Majeure”, **Transnational Rules in International Commercial Contracts**, Ed. Emmanuel Gaillard, Paris, International Chamber of Commerce, Publication No.480/4, 1993, pp.161–208.

Rouvière, Frédéric:

Le contenu du contrat: Essai sur la notion d’inexécution, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2005.

Schwenzer, Ingeborg:

“Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, **Victoria University of Wellington Law Review**, Vol.39, No.4, pp.709–725.

Şüral, Ceyda:

Uluslararası Ticari Sözleşmeler Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008.

Şanlı, Cemal:

Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, Banka ve

- Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1986, [Esasa Uygulanacak Hukuk].
- Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2005, [Akitlerin Hazırlanması].
- Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, [Borç İlişkileri].
- Seliçi, Özer: “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 12–13 Mayıs 1979, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.61–69, [Mücbir Sebep].
- Seppälä, Christopher R.: **FIDIC’s New Standard Forms of Contract: Risks, Force Majeure and Termination/Les Nouveaux Modèles de Contrats FIDIC: Risks, Force Majeure et Résiliation**, International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales, No.8, 2000, pp.1013-1025.
- Swadling, William: “The Judicial Construction of Force Majeure Clauses”, **Force Majeure and Frustration of Contract**, Second Edition, Ed. Ewan

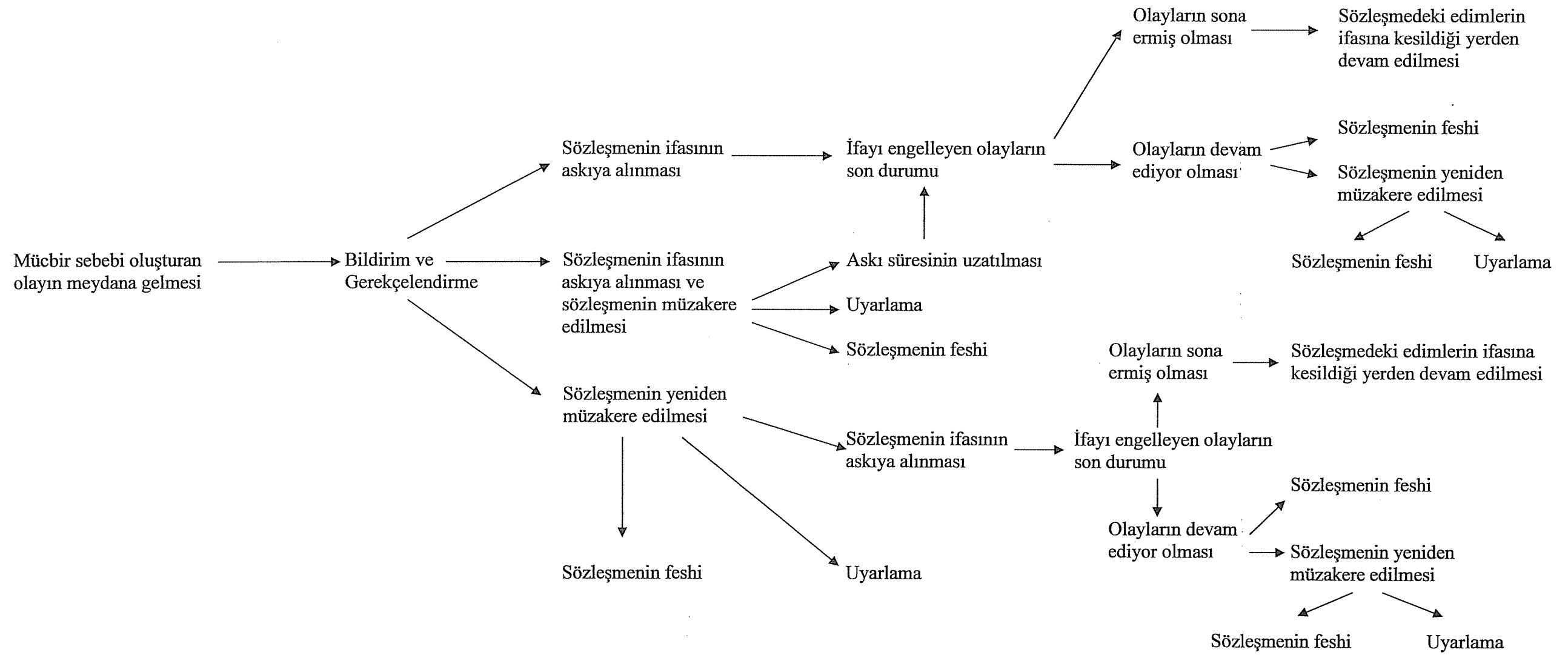
- McKendrick, Lloyd's of London Press Ltd., 1995, pp.3-19.
- Topuz, Seçkin, Ferhat Canbolat: "Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığı Düzenlenişi", **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, S.3, (çevrimiçi) <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-topuz-canbolat.pdf>, 13.04.2010, s.673–718.
- Treitel, Guenter: **The Law of Contract**, Tenth Edition, London, Sweet&Maxwell, 1999.
- Turhan, Turgut: **Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları**, Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1997.
- Türk Hukuk Kurumu: **Türk Hukuk Lügatı**, 4. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, [Türk Hukuk Lügatı].
- Ullman, Harold: "Enforcement of Hardship Clauses in the French and Amerikan Legal Systems", **Californian Western International Law Journal**, Vol.19, No.1, 1989, pp.81–106.
- van Houtte, Hans: "Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda", **Transnational Rules in International Commercial Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, Paris, ICC Publication No.480/4, 1993, (çevrimiçi) www.translex.org/117300, 30.03.2010, p.105 et seq.

Verwilgen, M. Michel:

“Les Effets des Dépréciations Monétaires sur les Rapports Contractuels dans l’ordre Juridique International en Droit Belge”, **Les Effets de la Dépreciation Monétaire sur les Rapports Juridiques Conractuels** (Journées d’Istanbul), Travaux de l’Association Henri Capitant, Istanbul, Faculté de Droit Istanbul, 1973, s.69–148.

EKLER

EK.1: Mücbir Sebep Klozu Akış Diyagramı:



EK.2: Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozu Akış Diyagramı:

