

# ALMAN VE ULUSLARARASI SÖZLEŞME HUKUKUNDA DEĞİŞEN VE ÖNGÖRÜLEMİYEN KOŞULLAR

**Dr. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard)\***

**Çev.: Araş. Gör. Tülay Aydın-Ünver\*\***

## I. Giriş

Kısıtlı bir dünyada yaşamaktayız ve insanın planlama kapasitesi sınırlıdır. Bu nedenle kuruluşu ve ifası arasındaki süreçte öngörülemeyen çok çeşitli ekonomik, politik ve sosyal olaylar, bir sözleşmenin ifasını zorlaştırabilir ya da engelleyebilir. Mesela devalüasyon, bir ekonomik kriz, bir silahlı çatışma, ambargo, ihracat yasağı ya da herhangi bir beklenmedik tedarik engeli. Bu makale, sözleşmenin kuruluşu sonrasında maddi temellerde esaslı değişiklik durumundaki risk dağılımını incelemeyi amaçlamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuki sorun sadece beklenmedik olaylarla ilgili sözleşme hükmünün yokluğu halinde ortaya çıkmaktadır. Ancak tarafların arzusu her zaman bilinmediği için, sözleşme dengesini temelinden değiştirecek değişen koşulları işaret eden daha fazla araca ihtiyaç vardır.

Sözleşmenin uyarlanması hususunda aranan bir genel ön koşul, sözleşmenin kurulduğu anda, olayın varlığının önceden görülemez olması gereğidir. Ayrıca mağdur taraf bu kavrama sadece, uyarlamayı gerektirecek durum değişikliği şahsından kaynaklanmıyorsa ve ona tipik olarak atfedilen sözleşmesel veya yasal riske ait değilse dayanabilir<sup>1</sup>. Bu durum, ne “olağan” para kaybının ne de sırf sözleşmenin ifasındaki güçlüğü yeterli olduğunu vurgular. İfanın istikrarını ve güvenilirliğini planlama çok önemlidir ve ayrıca bir *pacta sunt servanda* (ahde vefa) meselesidir. Bazı yasal kurallar, sözleşmesel istikrar ile

---

\* Yazar, Hamburg, Almanya’da bulunan Max Planck Mukayeseli ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü’nde Araştırmacıdır. Bu makale, 2007’de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde, Prof. Dr. Rona Serozan’ın daveti ve Başak Baysal ile Tülay Aydın’ın destekleriyle gerçekleşen tebliğe dayanmaktadır.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Karş. Wolfgang Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, 1971; Helmut Köhler, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Vol. I, 2000, 295.

ilgili bir katılığın son derece külfetli ifaya yol açacağı durumda, içtihat hukukunun (*case law*) vasıtasıyla daha fazla ya da –çoğunlukla- daha az “müdahaleci” çözümler sunarlar. Alman hukuku ise kanunlaştırma yolunu seçmiştir: İşlem temelinin sarsılması'na (*Störung der Geschäftsgrundlage*)<sup>2</sup> ilişkin § 313 BGB, Alman Borçlar Hukuku reformu esnasında Medeni Kanun'a (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*) eklenmiştir.

Sadece esas maddelerinde ufak revizyonlarla geçen yüz iki yılın ardından, 2002 Borçlar Hukuku reformunun (*Schuldrechtsmodernisierung*), BGB'deki önemli ilk revizyonu gerektirdiğinden bahsedilmelidir<sup>3</sup>. Zamanaşımı sürelerini düzenleyen ve tüketicinin korunmasını güçlendiren kurallarda köklü değişikliklere götüren bazı değişiklikler, Avrupa Topluluğu'nun üç yönergesini hayata geçirmek için gerekli bulunmuştu. Ancak oldukça fazla sayıdaki değişiklik, Avrupa Topluluğu Hukuku tarafından şart koşulmamıştı. Bu kısımlarla ilgili olarak, reform, temelde, 1970'lerin sonu kadar erken bir dönemde ilk defa tartışılan bir tasarıya dayanmaktadır; özellikle işlem temelinin çökmesi ve imkânsızlık kuralı hususunda durum budur. Bu yüzden burada meseleler uluslararası hukuka karşılaştırmalı referans içinde yöneltilecektir<sup>4</sup>.

## II. Gelişme

1896 Alman yasa koyucusu, birçok doğal hukuk yasasında bulunan, ortaçağa özgü dini hukuk doktrini *clausula rebus sic stantibus*, yani koşulların ya da durumların değişmeden aynı kalacağı ilkesini<sup>5</sup> kabul etmemişti. Bu adil kavram, genelde Alman tarihi ekolünün etkisi ve özelde ise sözleşmede irade teorisinin yükselişine bağlı olarak, 19. yüzyılda çekiciliğini kaybetti. Bu eksiklik, 1920 ile Weimar Cumhuriyetini vuran I. Dünya Savaşı sonrasında hiperenflasyonun sonlandırıldığı ay olan Kasım 1923'deki para reformu sırasında gözden geçirilmeliydi. 1921'in sonunda fiyatlar savaştan öncesine göre 35 kat yüksekti. Ve bir yıl sonra fiyatlar 1475 kat daha yüksek bir seviyeye ulaşmıştı. İki yıldan az bir zamanda 20 Phennig değerindeki bir posta pulu 500 trilyon Marka yükselmişti.

<sup>2</sup> Ayrıca önemli eserler için bkz: Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3. ed. 1963; Gerhard Kegel, *Empfiehl es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn?* (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht), Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, in: *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages – Bürgerlich-Rechtliche Abteilung*, 1953, 138.

<sup>3</sup> İngilizcesi için bkz: Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations*, 2005.

<sup>4</sup> Detaylı bilgi için bkz: Hannes Rösler, *Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*, 15 *European Review of Private Law* [ERPL] 483 (2007).

<sup>5</sup> Tarihi gelişim hakkında daha fazla bilgi için bkz: Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996 579 et seq.; Rudolf Meyer-Pritzl, in: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (eds. ), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II: Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, 2. Teilband: §§ 305-432, 2007, §§ 313-314; Ralf Köbler, *Die „clausula rebus sic stantibus“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, 1991; Klaus Luig, *Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der clausula rebus sic stantibus*, in: Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel, Jens Peter Meincke (eds. ), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, 171; Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, İstanbul, 2009, 17-22.

Özel sözleşmeler üzerinde paranın değer kaybetmesinin etkilerine karşılık olmak üzere, zamanın en yüksek Alman Mahkemesi (*the Reichsgericht* – RG), ilk olarak ifa imkânsızlığı ile ilgili bir hükme müracaat etmiştir. Ekonomik imkânsızlık kavramını ihdas ederek, mahkeme, bir taraf için ifası makul olmayan ve önceden görülemeyen bir ifa güçlüğü oluşturan, bu tarafı ifa yükümlülüğünden kurtaran sözleşmelere ifa imkânsızlığı hakkındaki § 275 (1) BGB'yi uygulamıştır. Ancak 1922'de Alman Yüksek Mahkemesi (RG) hassasiyetini değiştirmiştir<sup>6</sup>. İmkânsızlığı düzenleyen kuralların, durumla mücadele için uygun olmadığını ifade etmiştir. Bunun yerine, mahkeme, Paul Oertmann<sup>7</sup> tarafından henüz geliştirilmiş olan işlem temelinin çökmesi kavramını uygulamaya başlamıştır. Mahkeme, burada § 242 BGB, iyi niyet kuralına dayanıyordu.

Mahkemeler, çoğunlukla ve bugüne kadar, işlem temelinin, “sözleşmenin kuruluşunda açık olarak her iki tarafça paylaşılan ya da diğer tarafça anlaşılabilir ve karşı çıkılmamış, tarafların sözleşmedeki iradelerinin temelini oluşturan şimdiki veya gelecekteki belirli şartların mevcudiyetine ilişkin tasavvurlar” olarak tanımlamaktadır<sup>8</sup>. Böylece sözleşmenin temelini oluşturan varsayımlar başlangıçtan beri eksik olabilir ya da sonradan tamamen veya sadece kısmen ortadan kalkabilir.

Gelişen içtihat hukukuyla, üç öge biçimlendirilmiştir. Bunlar, 2002 yasa koyucusunun kavrama karşı tarihi isteksizliğinin üstesinden gelmesinde rehber olmuşlardır: Sözleşmenin temeli, şimdi veya gelecekteki varlığı taraflardan en az birince sözleşmenin kurulduğu anda açıkça farz edilen bir unsur olarak görülmektedir. Bu unsur olmasaydı sözleşme kurulamayacak ya da farklı bir içeriğe sahip olacaktı. Bu unsur, bir tarafın onu dahil etmeyi düşünmesiyle ve diğer tarafın makul bir şekilde buna rıza göstermesiyle sözleşmenin bir parçası haline gelecekti. Farz edilen şart, tek taraflı bir saik kadar belirsiz, aynı şekilde sözleşmeye dahil edilecek kadar kesin olmamalıdır. Normatif unsurun, her iki taraf için de sözleşmenin esasını oluşturmasından dolayı, bu unsur en önemli ölçüttür.

<sup>6</sup> 3 Şubat 1922 tarihli Vigognespinnerei kararı, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [RGZ] 103, 328, 332; bkz: Horst Eidenmüller, Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, Jura 2001, 824.

<sup>7</sup> Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff, 1921. Problemi ele alan önceki çalışmalar için bkz: Bernhard Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850; Bernhard Windscheid, Die Voraussetzung, Archiv für civilistische Praxis [AcP] 78 (1892), 161; Otto Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, AcP 79 (1892), 49. Roma hukuku ve İngiliz hukukunda daha fazla bilgi için bkz: Reinhard Zimmermann, „Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...“ – Condicio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts, AcP 193 (1993), 121; Peter Hay, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht, AcP 164 (1964), 231; already Ernst Rabel, Das Recht des Warenkaufs – Eine rechtsvergleichende Darstellung, Vol. I, 1936, 357 points out the parallels between English frustration law and Geschäftsgrundlage; cf. before Rudolf von Jhering, Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen, 8. ed. 1897, 104 (Fall XLVI).

<sup>8</sup> 1 Haziran 1979 tarihli Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof) kararı, Alman Federal Mahkemesi Medeni Hukuk Kararları Külliyatı [Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)] 74, 370, 372 ve devamı.

### III. § 313 BGB

İşlem temelini çökmesine ilişkin yeni yasal hüküm (*Störung der Geschäftsgrundlage*)<sup>9</sup>, fıkra (1)'de sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşmenin objektif esaslarındaki bir değişiklik ile ilgilenmektedir. Özellikle, karşılıklı ifaların eşitliğinin bozulduğu ya da taraflardan biri için ifanın aşırı külfetli hale geldiği durumlar kapsanmaktadır. Değişiklik yeterince manidar olmalıdır, öyle ki taraflar bunu önceden bilmiş olsalardı, sözleşmeyi o haliyle akdetmeyeceklerdir. Bu durumda, § 313 (1) BGB, bir taraf sözleşmeden doğan borcunu makul olarak yerine getirmekle yükümlü tutulamazsa, sözleşmenin uyarlanmasına izin vermektedir. Bundan dolayı olumsuz sonuçlara her iki tarafça katlanılmaktadır. İfanın makul olarak talep edilip edilemeyeceğine, somut olayın tüm şartları yanında, sözleşmeyle veya yasa gereği öngörülen risk dağılımı da göz önünde bulundurularak karar verilmelidir<sup>10</sup>.

Yeni hüküm ayrıca sübjektif bir ölçüt içermektedir: § 313 (2) BGB, ilk fıkranın prensiplerini, sözleşmede vurgulanan, temel olgusal koşulları ilgilendiren, tarafların karşılıklı hata durumlarına yaymaktadır. § 313 (3) BGB, son olarak, bir uyarılmanın mümkün olmadığı ya da makul olmadığı durumlarda farklı bir çözüm sunmaktadır: Mağdur taraf, bir son çare olarak, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirebilir<sup>11</sup>. Sürekli bir borcun ifasına ilişkin sözleşme halinde ise ancak ileriye etkili (*ex nunc*) sona erdirmeye mümkündür. O halde şimdi "işlem temelini çökmesi"ni<sup>12</sup> düzenleyen § 313 BGB'nin bir çevirisini okuyalım:

(1) *Sözleşmenin temelini oluşturan koşullar, sözleşmenin kurulmasından sonra önemli ölçüde değişmişse ve taraflar bu değişikliği önceden görebilselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacak ya da farklı bir içerikte kuracak idilerse, somut olayın tüm şartları, özellikle sözleşmesel ve yasal risk dağılımı dikkate alındığında, taraflardan birinden, sözleşmenin kurulduğu şekilde ifası beklenmiyorsa, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.*

(2) *Sözleşmenin esas haline gelen temel tasavvurların yanlış çıkması da koşulların değişimi hükmündedir.*

<sup>9</sup> Mesela bkz: Volker Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. ed. 2005, §§ 27, 28, 29; Günter H. Roth, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. ed. 2007, § 313; Felix Christopher Hey, *Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag*, 2002, 21; Hannes Rösler, *Die Geschäftsgrundlagenstörung nach der Schuldrechtsreform*, *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht [ZGS]* 2003, 383; usule ilişkin değişiklikler için bkz: Dominik Massing, Hannes Rösler, *Die prozessuale Behandlung des Anpassungsanspruchs nach § 313 BGB*, *ZGS* 2008, 374; Thomas Pfeiffer, *Geschäftsgrundlage und Kündigung aus wichtigem Grund*, in: Oliver Remien (ed.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht – Zwischenbilanz und Perspektiven*, 2008, 133.

<sup>10</sup> Türk hukuku bakımından bkz. Baysal, 194 vd.

<sup>11</sup> Karş. Helmut Heinrichs, *Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage – Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB*, in: *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, 2005, 183; Aristide Chiotellis, *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*, 1981

<sup>12</sup> BGB'nin İngilizce yapılmış resmi bir çevirisi için bkz: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html).

(3) Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya taraflardan biri için kabul edilmesi beklenilemez ise, mağdur taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli edim içeren borçlarda, sözleşmeden dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.

Belirtilmelidir ki, § 313 BGB tam anlamıyla talidir. Önceden görülemeyen değişikliklerin üstesinden gelmenin ilk yolu -belirtildiği üzere- esnek fiyat klostları gibi sözleşme hükümleri ve sözleşmenin yorumu olabilir. İptali ((*Irrtumsanfechtung* – §§ 119 BGB), ifa imkânsızlığını (*Unmöglichkeit* – § 275 BGB) ve kusurlardan sorumluluğu (*Mängelhaftung*) düzenleyen yasal hükümler, diğer yasal çözümler arasında, aynı zamanda § 313 BGB'den önce gelmektedir. Bu bir çözüm sunmazsa, hâkim tarafından sözleşmeyi tamamlayıcı bir yorum (*ergänzende Vertragsauslegung*) yapılabilir<sup>13</sup>. Böylece, şartlar sözleşmenin bir parçası halinde bulunuyorsa, *Geschäftsgrundlage* (işlem temeli) kavramı uygulanabilir değildir. Sözleşmeye ilişkin *hardship* doktrini, asıl sözleşmenin dışındaki koşullarla ilgilendirir.

#### IV. Alman İçtihat Hukuku

Yeni § 313 BGB kuralı, yukarıda anlatılanlarla açıklanamaz ve hâlâ Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof* – BGH) tarafından fiili hukuk olarak kabul edilmektedir<sup>14</sup>.

##### 1. Enflasyon

Kararlaştırılmış edimlerin değiş tokuşuna aykırı bir değişiklik vakıası, eski Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda şartların değişikliği doktrininin yargısal açıdan ilk defa tanınması sonucunu doğurdu. Bu husus yukarıda da belirtilmişti.

##### 2. İfanın makul olmaması

Enflasyon, alacaklının borçlarını etkiler. Ancak sözleşmesel denge, değişikliklerden dolayı, diğer tarafın alanında da bozulmuş olabilir. Bozulma, mesela, borçlunun ifasının değerinde bir artışa sebep olacak bir pazar gelişiminden kaynaklanabilir. Bu gibi durumlarda, hâkim genellikle sadece sözleşme dengesinin objektif açıdan bozulmasını değil, aynı zamanda sözleşmeden doğan ilişkilerin süresini ve bireysel şartları da göz önünde bulundurur. Hâkim, davayı, takip eden örnekte gösterildiği üzere, her zaman çok ölçülü, ihtiyatlı ve tedbirli bir şekilde analiz etmek durumundadır: 1973 petrol krizi sırasında, bir petrol ithalat şirketi bir şehir ile olan sözleşmesinin ifasını, fiyatta bir uyarlama yapılmadan ifayı sürdürmenin gayri makul olarak düşünülmesi gerekçesine dayanarak reddetmiştir.

Alman Federal Mahkemesinin (BGH) ilgili kararı<sup>15</sup>, özellikle bir tedarik sözleşmesindeki temin borcunun ne kadar genişleyebileceği noktasına odaklanmıştı. Mahkeme, petrol tedarikçisinin uğradığı mali kayıplarda kusurlu ol-

<sup>13</sup> Bkz: Karl Larenz, *Ergänzende Vertragsauslegung und Rückgriff auf die Geschäftsgrundlage*, *Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht [VersR]* 1983, Beiheft; Dieter Medicus, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, in: *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Vol. I, 1978, 629.

<sup>14</sup> Daha fazla dava analizi için bkz: Hannes Rösler, *Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage*, *Juristische Schulung [JuS]* 2004, 1058 (part 1), *JuS* 2005, 27 (part 2), *JuS* 2005, 120 (part 3).

<sup>15</sup> 8 Şubat 1978 tarihli karar, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht [WM]* 1978, 322.

duğuna hükmetti. Tedarikçi, kriz kendini göstermeye başladığında, bir rezerv biriktirmek için daha fazla miktarda satın alma gibi önleyici tedbirlerde bulunmayı ihmal etmişti. Sözleşme ayrıca tarafların, petrol fiyatlarında bir değişiklik riskine katlanma niyetinde olduklarını gösteren sabit bir fiyat anlaşması içeriyordu. Alman Federal Mahkemesi, iddiayı reddederken, tedarik sözleşmesinin tedarikçinin ifayı reddetmesinden sadece iki buçuk ay sonra sona erecek olması gerçeğine de atıfta bulundu. Mahkemenin gerekçesine göre, koşulların esaslı değişimi doktrini son derece dar olarak tatbik edilecekti. Bir uyarılma veya sözleşmenin feshi bile bu yüzden bu davada reddedilmeliydi. Bu karar, koşullardaki değişiklik önceden görülebilir olduğunda doktrinin uygulanmayacağı göstermektedir: Öyle ise potansiyel değişiklikle ilgisi olan taraf, önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

### 3. İşlem Temelinin Çökmesi ve Mücbir Sebep Arasındaki Fark

Mücbir sebep (*force majeure*) ve işlem temelinin çökmesi yakın ilişkisi olan kavramlardır<sup>16</sup>. Sözleşmeye ilişkin ifa ve onun akıbetini belirleyen § 275 BGB hükmü, § 313 BGB gibi yasal çözümlerden önce gelir.

Yeni norm § 275 (2) 1 BGB, borçluya, makul ölçülerin gerektirdiğinden fazla çaba istenmesi şartıyla ve takdirinde ifayı reddetme izni vermektedir. Makul olma ölçütü, gerekli çabanın, alacaklının sözleşmenin ifasındaki çıkarıyla tamamen orantısız olup olmadığını sorarak tespit edilir. § 275 (2) 2 BGB, borçlunun ihmal sonucu ya da kasten, engel ihdas edecek şekilde hareket ettiği durumlarda, makul olmanın sınırlarını genişletmektedir.

Ünlü “yüzük davası”, kuralı izah etmekte yardımcı olabilir<sup>17</sup>. Bir yüzüğün satımı için bir sözleşme kurulur. Henüz alıcıya teslim edilmemişken, yüzük bir göle düşer ve dibe batar. Gölü boşaltarak ve metal detektör kullanılarak yüzüğü yeniden ele geçirmek –fazlasıyla güç olsa bile– teknik açıdan mümkündür ve § 275 (1) BGB açısından, sözleşmenin ifası imkânsız değildir. Bununla birlikte gereken çaba, yüzüğün değerine ve alacaklının aynı kalan çıkarına göre oldukça orantısızdır. Uç örneklerde kaynakların israfının engellenmesi § 275 (2) BGB’in makroekonomik amacı olduğu için, alacaklının bu belirli yüzüğün elde edilmesine ilişkin menfaati arka planda kalmalıdır.

Hâlbuki yukarıda bahsedilen petrol tedariki davasında şartlar farklıdır. Borçlu § 275 (2) BGB hükmüne dayanarak ifayı reddedemez. Alacaklı tedariki başka yerden sağlaması durumunda oldukça yüksek bedeller ödemek durumunda kalacaktı ve sözleşme fiyatından tedarik edilen petrolü satması durumunda yüksek miktarda gelir elde etmeye adaydı. Bu nedenle yarar-zarar oranı tam bir orantısızlık göstermez. § 313 BGB’de olduğu gibi koşulların yoksa,

<sup>16</sup> Bu konuda bkz: Volker Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, 1969; Helmut Köhler, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, 1971; yeni hükümler üzerine bkz: Eduard Picker, *Schuldrechtsreform und Privatautonomie – Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB*, *Juristenzeitung [JZ]* 2003, 1035; Thomas Lobinger, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten – zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F.*, 2004; Markus Finn, *Erfüllungspflicht und Leistungshindernis – Die Bestimmung der Grenzen vertraglicher Primärpflichten nach §§ 275 Abs. 1 und 2, 313 BGB*, 2007; Baysal, s. 124–126.

<sup>17</sup> Baysal, s. 154.

yarar ve zarardaki paralel ve orantılı artış vakıaları gibi piyasa değişikliklerine, bu nedenle borçlu tarafından katlanılır.

Özetle: § 275 (2) BGB, zararın, elde edilecek yararı çok fazla aşması nedeniyle edimlerin değişiminin büyük ölçüde faydasız olacağı durumlarda uygulanabilir. Öte yandan § 313 BGB, edimlerin değişiminin büyük ölçüde adalatsız olması halinde uygulanabilir. Çünkü ifa için yapılan masraflar ifanın değerinden oldukça düşüktür<sup>18</sup>.

#### 4. Sübjektif Sınırlarda Değişiklikler

§ 313 (1) BGB hükmü objektif şartlarda esaslı bir değişiklik için çözümler sunarken, § 313 (2) BGB ise sübjektif şart olarak adlandırılan başlangıçtaki bir eksiklikle ilgilenir. Bu hüküm, bir tarafın hatalı bir şekilde, belli şartların mevcudiyetini varsaydığı ve diğer tarafın da hatayı paylaşmadan bu varsayımı kabul ettiği durumların yanında, saikte ortak hata<sup>19</sup> durumlarını da kapsar.

#### V. Uluslararası Araçlar

Şimdi de uluslararası tabloya dönelim. Bunun için Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)'na, aynı zamanda sadece akademik (politik değil) yönden Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (PECL-Lando İlkeleri) ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkelerine bakacağız<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Baysal, s. 121/122.

<sup>19</sup> Karş. Franz Wieacker, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus. –Bemerkungen zur Theorie der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, 1965, 229; Türk hukuku bakımından temel hatası ve işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişki için bkz. Baysal, s. 126–135.

<sup>20</sup> Daha fazla bilgi için bkz: Rösler, 15 ERPL 483, 502 et seqq. (2007); Niklas Lindström, Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods, 1 Nordic Journal of Commercial Law 1 (2006); Hans Stoll, Georg Gruber, in: Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds. ), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford University Press, 2. ed. 2005, Art. 79 CISG; Joseph M. Lookofsky, Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", 25 Int'l Rev. L. & E. 434 (2005); 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 1999-2000, 197; Marcel Fontaine, Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure, in: Michael J. Bonell, Franco Bonelli (eds. ), Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT, 1997, 183; Scott D. Slater, Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG, 12 Fla. Int'l L. J. 231 (1998); Alejandro M. Garro, Art. 79 CISG–UP, in: John Felemegas (ed.), An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, 2007, 236; Dionysios P. Flambouras, Art. 79 CISG–PECL, in: Felemegas, 499.

## 1. CISG

Birleşmiş Milletler satım hukuku, koşulların esaslı değişimi ya da sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin bir hüküm ihtiva etmemektedir. Ancak CISG madde 79 (1), CISG'in kusursuzluk prensibine sınırlı bir istisna getirmektedir. Dört koşul gerçekleşmiş olmalıdır:

*Bir taraf, [ilk olarak] ifa etmemenin bir engelden kaynaklandığını, [ikincisi] engelin kontrolü dışında olduğunu, [üçüncüsü] sözleşmenin kurulduğu anda bu engeli hesaba katmasının veya [dördüncüsü] bu engelden veya sonuçlarından kaçınmasının veya bu engelin ya da sonuçlarının üstesinden gelmesinin kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatladığı takdirde, borçlarını ifa etmemesi nedeniyle sorumlu olmaz.*

Hüküm, bir bakıma zor anlaşılır olmakla beraber, *hardship* kavramını kapsamıyor gözükmektedir. Bu husus ihtilaflıdır ve istisnai durumlarda “engel”in aynı zamanda “koşulların kökten değişmesi” olarak yorumlanabileceği ileri sürülmektedir. Ancak CISG'e, *hardship*'e ilişkin bir kuralı eklemeye yönelik diplomatik girişim, Viyana Konferansı'nda reddedilmiştir. Bu nedenle *hardship*'in CISG madde 7 (2) hükmüne göre dikkate alınması gereken bir “genel ilke” olarak addedilebileceği tartışıldığında, bu durum CISG'in sınırlarını aşırı zorlayacaktı. Devletler umumi hukukunda *hardship*'in kanunlaştırılması, bu yargıyı değiştirmez. Yahut 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna ilişkin Viyana Konvansiyonu'nun 62. maddesinde olduğu gibi bu yargı kapsam dâhilinde bulunacaktı. Açıkçası, CISG'de, onu kaleme alanların da kabul ettiği, bir boşluk bulunmaktadır<sup>21</sup>.

## 2. PECL ve UNIDROIT İlkeleri

Her iki mevzuat da Avrupa ve uluslararası sözleşme hukukunun bağlayıcı olmayan “yeniden ifadeleri”dir. PECL madde 8:108 hükmü, CISG'e benzer biçimde, “bir engelden ötürü mazeret”e cevaz verir. UNIDROIT İlkeleri'nin 7.1.7. maddesi, aynı kavramın farklı yoldan bir ifadesi olan mücbir sebebe (*force majeure*) ilişkin düzenlemelerde bulunmaktadır. Ancak İlkeler'in -uzun süreli çekince den sonra- bir *hardship* hükmü içermesi lehinde karar verilmiştir: PECL 6:111 hükmü bunu koşulların değişmesi olarak tanımlar; UNIDROIT İlkeleri 6.2.1 ve 6.2.3 hükümleri ise *hardship* olarak adlandırır<sup>22</sup>. Her iki araç da sözleşmenin kurulmasından sonra, ya bir tarafın ediminin ifasında yapılacak masrafların artmasından ya da karşı edimin değerinin azalmasından dolayı, ifanın taraflardan biri için daha külfetli hale gelmesi durumunda bile, sözleşmeye riayet edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Ayrıca her ikisi de bir istisna için gerekli şartları ayrıntılı olarak anlatmaktadır. PECL 6:111 (1) hükmüne göre, sözleşme, koşullardaki bir değişimden dolayı son derece külfetli hale gelmelidir. UNIDROIT İlkeleri 6.2.2 hükmü, *hardship*'i, ya bir tarafın ediminin ifası için yapılacak masrafları arttırarak ya da karşı edimin değerini düşürerek sözleşme dengesini kökten

<sup>21</sup> CISG'deki bu eksikliği kabul etmekle birlikte, CISG'deki bu boşluğun Unidroit İlkeleri ve PECL düzenlemeleri de dikkate alınarak doldurulması yönündeki görüş için bkz. Baysal, s. 73.

<sup>22</sup> Ewan McKendrick, in: Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp (eds. ), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004), 2009, Article 6.2.1 et seqq.



değiştiren olayların varlığı olarak tanımlanmaktadır. İlk çare olarak, taraflar ya bir çözüm üzerinde görüşmek zorundadırlar ya da mağdur taraf söz konusu yeniden müzakere isteğinde bulunma hakkına sahiptir. Eğer taraflar makul bir süre içinde bir çözüm bulamamışlarsa, araçlar, mahkemece belirlenecek tarih ve şartlar dâhilinde sözleşmenin feshine imkân verir. Alternatif olarak, mahkeme, sözleşmenin dengesini yeniden tesis etmek için sözleşmeyi uyarlayabilir. İşaret etmek gerekir ki, hükümler, seçeneklerden biri ya da diğeri için öncelik hakkı sunamaz.

## VI. Analiz

CISG sadece kısıtlı bir mazeretler alanına sahiptir. Ancak PECL ve UNIDROIT İlkeleri'nde, hâkim, § 313 BGB'de sağlanan aynı geniş yetkilere sahiptir; bununla birlikte bu, yeniden uyarlamaya önceliği bünyesinde barındırır. § 313 BGB hükmü, PECL ve UNIDROIT İlkelerinin aksine, *hardship* oluşturacak dereceye varan, sözleşmesel dengeyi değiştiren durumların örneklerini içermez. Bu eksiklik kasıtlıdır. § 313 BGB hükmünün yasa teklifine ilişkin Gerekeççe<sup>23</sup>, örneklerin oldukça genel olacağını ve böylece kuralın anlaşılması ve uygulanmasına rehberlik etmeyeceğini ifade ederek sonlanmaktadır. Yasayı bu şekilde genel olarak bırakarak kanunlaştırma, vakıa gruplarının tespitini açıkça yargıya bırakır. Bu, genel hükümler kullanan tipik bir yasama metodudur. § 313 BGB, büyük ölçüde yargısal içtihadı dayanan normatif unsurları nedeniyle, bu şekilde tanımlanabilir.

Alman hükmü –bahsedildiği gibi- sözleşme taraflarının sübjektif varsayımlarını da kapsarken, her iki ülke de sözleşme dengesinde esaslı bir değişimi belirlemek için, özellikle edim ve karşı edim arasındaki eşitliğin bozulması biçiminde, sadece objektif ölçütler kullanmaktadır. UNIDROIT İlkeleri 6.2.3 hükmüne göre, mağdur tarafın yeniden müzakere talebinde bulunma hakkına sahip olması durumu, uluslararası ticari geleneklere uzak bir etkidir. Aynı zamanda PECL, 2003 ICC *Hardship* Klozu (uluslararası sözleşmeler için bir model teşkil eden) ve Fransız Medeni Kanunu'nun reform teklifi, eğer mağdur taraf bu yönde talepte bulunursa, iyi niyet kuralına dayanarak, bir yeniden müzakere borcu ihdas etmektedir<sup>24</sup>. Ancak *hardship*'e ilişkin Alman kuralında ve beklenilmeyen hallere (frustration) ilişkin İngiliz kuralında buna benzer bir borç bulunmamaktadır<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Bundestags-Drucksache 14/6040 of 14. May 2001, 174.

<sup>24</sup> Articles 1135-1,-2 and -3, P. Catala & Ministère de la justice (eds), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006; reprinted in: Revue des contrats 2006, 199; Pascal Ancel, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Robert Wintgen, La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français, Revue des Contrats 2006, 897; Ugo Draetta, Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux, Revue de droit des affaires internationales [R. D. A. I.] 2002, 347; Baysal, s. 46-48.

<sup>25</sup> Karş. Ewan McKendrick (ed.), Force Majeure and Frustration of Contract, 2. ed. 1995; Guenter H. Treitel, Frustration and Force Majeure, 2. ed. 2004; James Gordley, Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances, Am. J. Comp. L. 52 (2004), 513.

## VII. Gelecek

(1) *Alman Hukuku* açısından: Bir hâkimin güçler ayrılığı esas kavramından dolayı sadece hukuku uygulayacak konuma getirileceği varsayımının hayali olduğu ortaya çıkmıştır. § 313 BGB hükmü, kuruluşunu, kapsamını ve sınırlarının saptanmasını mahkemeye bırakmıştır. Düzenlemeye ilişkin iki olası seçeneğin –yani uyarılma veya fesih- merkezinde yatan, sözleşmenin ekonomik veya kişisel dengesini yeniden kurmak için gerekliliği temin eden “makul olmama” kavramıdır.

“Sözleşmenin temeli” ve “esaslı değişiklik” kavramları da ayrıca tanımlanmak üzere hâkime bırakılmıştır<sup>26</sup>. Bu normatif kavramlar, istisnai şartlarda kullanılan en son çözüm olarak, § 313 BGB’ün karakterini korumak için sınırlı olarak kullanılmalıdır. Sözleşme hukukunun zorunlu temeli olarak *pacta sunt servanda* ilkesi esaslı tehlikeye atılmamalıdır. Sözleşmenin uyarılmasının sözleşmenin feshine üstünlüğü, mümkün olduğu kadar sözleşmenin kutsallığının (*sanctity of the contract*) korunması için bir yöntemdir<sup>27</sup>. Alman mahkemelerinin ihtiyatlı yaklaşımı, işlem temelinin çökmesinin keyfilige kapıları açmadığını ispatlamıştır.

(2) Muhtemel *Avrupa özel hukukunun* geleceği noktasında, 2008’de yayımlanan “akademik” Ortak Temel İkelere İlişkin Tasarı’nın da (*Draft Common Frame of Reference - DFCR*) koşulların değişimi hakkında bir hüküm içerdiği eklenmelidir. DFCR, topluluk müktesebatı ile ilgilenen Avrupa Birliği Grubu ve PECL-Grubunun çalışmasını devam ettiren Çalışma Grubu tarafından müştereken yazılmıştır<sup>28</sup>. DFCR’nin III-1: 110 koşulların değişimi üzerine mahkeme tarafından dönme veya fesih başlığı altında düzenlenen hükmünde, PECL hükmüne müttekabil değişiklikleri bulabiliriz<sup>29</sup>:

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

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

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

<sup>26</sup> Hâkimlerin elinde çok fazla yetki bulunması tehlikesi için bkz: Bernd Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 6. ed. 2005.

<sup>27</sup> Aynı görüşte, Baysal, s. 10–14.

<sup>28</sup> Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke, Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano, Fryderyk Zoll) (eds. ), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, 2008*. Bkz: Reiner Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Private Law, 2008* (at present no comments have been published); very critical Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, JZ 2008, 529.

<sup>29</sup> Hizmet sözleşmelerine ilişkin bkz: IV.C.-2:109 DCFR.

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

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

(a) koşullardaki değişiklik sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelirse,

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

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

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

CFR'nin gelecekteki yasal niteliği hâlâ oldukça belirsizdir. CFR gelecekte kanun yaparken bir araç olarak kullanılacak mıdır; bu milli mi yoksa Avrupa ölçeğinde mi olacaktır? CFR ayrıca mahkemeler tarafından mevcut Avrupa hukukunun yorumlanmasında kullanılacak mıdır? Bu bir kodifikasyon projesinin başlangıcı mıdır? I. Roma Konvansiyonunun<sup>30</sup> tarafların katılmayı tercih ettiği 28. yasal düzenlemesi olarak görev yapacak mıdır<sup>31</sup>? Ancak burada kesin olan şudur: Bir kere koşulların değişimi kavramı, Almanya dışında daha fazla kabul görmektedir.

(3) Uluslararası ticaret hukuku açısından: *Hardship*'in iyi niyetin karakteristik bir çocuğu olduğu İngiliz hukuku ve CISG'de kabul edilmez, her ikisinin de az ya da çok genel olarak iyi niyet kavramıyla sorunlu olduğu bilinmektedir. UNIDROIT İlkeleri ve PECL akademik araçları daha fazla bilgelik göstermiştir. Henüz, İngiliz hukukunda bulunan beklenmeyen haller (*frustration*) kavramı, özel hukukta sadece resmen *force majeure*'ü tanıyan Fransız hukukunu geride bırakarak, İngiliz hukuku ile PECL ve UNIDROIT ilkeleri arasındaki mesafenin bir kısmına köprü kurmaktadır. Avrupa ve uluslar arası hukukun birbirine yakınlaştırılması gereklidir; esnek çözümlere sahip mevcut yasal sistemler - Almanya gibi- "kendi" ülke şirketlerine iltimasta bulunurken, daha sıkı yasalara maruz şirketler iflas etmekten endişe duymaktadırlar.

UNIDROIT İlkeleri 6.2.2 vd. hükümlerinin başı çektiği, *hardship* kuralı, CISG'e de entegre edilmelidir. Avrupa'ya ait bir "uyumlaştırma", uluslararası bir "yeknesaklık" arzu edilir. Bu da kısıtlı bir dünyada, hâkimlerin, hakemlerin ve son olarak ama aynı derecede önemli, dünyanın dört bir yanında sürekli bir işbirliğine ihtiyaç duyan işadamları yararına hukukun güvenilirliğini artırır.

<sup>30</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ 2008 L 177/6.

<sup>31</sup> İkincisi için bkz. Hans Schulte-Nölke, EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the "Blue Button", European Review of Contract Law [ERCL] 2007, 332.

