

# UNIDROIT VE AVRUPA BORÇLAR HUKUKU PRENSİPLERİ İŞİĞİNDA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

*Yrd. Doç. Dr. Hakan ACAR\**

## GİRİŞ

Sözleşmenin taraflarca imzalanmasından sonra, ancak yerine getirilmesinden önce tarafların içinde bulunduğu şartlar beklenmedik şekilde değişebilecektir. Özellikle uzun süreli sözleşmelerde bu duruma çok sık rastlanmaktadır. Bu tip sözleşmelerde tarafları aynı sözleşmeyle yıllarca bağlı kalmakta ve bu süre içerisinde ortaya çıkabilecek beklenmeyen değişiklikler tarafların ifa güçlüğüne neden olabilmektedir<sup>1</sup>. Uluslararası ticarete sözleşme şartlarını değiştirebilecek etkenler, yerel sözleşmelere nazaran çok daha fazladır. Bu tip durumların ortaya çıkması halinde ifa güçlüğüne düşen taraftan, sözleşmeyi aynen ifa etmesini beklemek her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır. Bu da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi kavramını beraberinde getirmektedir.

Biz bu makale kapsamında öncelikle mücbir sebep (*force majeure*) ve ifa güçlüğü kavramlarını (*hardship*), bunların hukuki sonuçlarını, klasik milli hukuk sistemleri ile modern yaklaşımları da dikkate alarak inceleyeceğiz<sup>2</sup>. Burada modern yaklaşım olarak UNIDROIT prensipleri (UP) ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri (ABHP) dikkate alınacaktır. Ayrıca aşırı ifa güçlüğü kavramının klasik olarak değişik hukuk sistemlerindeki yansımaları da ortaya konacaktır. Bu şekilde özellikle yabancı karakterli veya milletlerarası nitelikteki sözleşmelerde uygulamacılara ve akademisyenlere, bu konudaki mevcut durum hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. Makalede, ağır-

---

\* Fatih Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

1 Burada ifa güçlüğüne, sadece uzun süreli sözleşmelerde ortaya çıkabilecek bir durum olduğu neticesi çıkarılmamalıdır. Önemli olan sözleşme ile ifa arasında bir sürenin bulunması ve bu süre içerisinde edimlerin ifasında bir güçlüğüne ortaya çıkmasıdır.

2 Biz bu makalede *mücbir sebep* ve *force majeure* kavramları ile *hardship* ve *aşırı ifa güçlüğü* kavramlarını birbirlerinin yerine geçecek şekilde değişimli olarak kullanacağız.

lıklı olarak UP ve ABHP'deki aşırı ifa güçlüğü ve bunların hukuki sonuçları ele alınacak ve yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki (BKT) bu konudaki düzenlemelerle bu iki hukuki metindeki ilgili hükümler mukayese edilecektir. UP ve ABHP'nin seçilmesindeki ana sebep, her iki metnin de farklı hukuk sistemi temsilcileri olan hukukçular tarafından hazırlanan ortak bir uzlaşma metni olması ve hususiyetle UP'in uluslararası ticari sözleşmelere uygulanmak üzere hazırlanması nedeniyle, bir çok milletlerarası karakterli ticari uyumsuzlukta maddi hukuk normu olarak tatbik edilmesidir.

### I. KAVRAM

Şartların sözleşme yapıldıktan sonra beklenmedik bir şekilde değişmesi, tek başına sözleşmenin bu şartlara uyarlanmasını gerektirmez. Bunun için ayrıca sözleşmenin ifa edilememesi veya ifasında aşırı bir güçlüğü ortaya çıkması ve bundan dolayı sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkması gereklidir. Bu durumda, tarafların içinde bulunduğu şartları hiç dikkate almadan sözleşmeyi akdedildiği şekliyle ifa etmelerini beklemek her zaman makul olmayabilir<sup>3</sup>. Bundan dolayı bazı istisnai durumlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi önem arz etmektedir. Dolayısıyla ahde vefa prensibi (*pacta sunt servanda*) bazı istisnaların uygulanabilmesine imkân oluşturur şekilde yorumlanarak tatbik edilmelidir.

Geçici süre de olsa imkânsızlık derecesindeki hadiseler mücbir sebep (*force majeure*) olarak nitelendirilirken, imkânsızlık derecesine varmayan haller aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) olarak isimlendirilmektedir. Ayrıca, aşırı ifa güçlüğüne tarafların sözleşme ile bağlı kalarak, borçlarını değişen şartlara göre yeniden belirlemesi sonucu ortaya çıkarken, mücbir sebebin varlığı halinde sözleşmeden dönülmesi veya imkânsızlığın devamı süresince borçların ifasının ertelenmesi söz konusu olacaktır<sup>4</sup>.

Uluslararası ticarete kullanılan standart sözleşmelerde bu iki hukuki durum arasındaki fark gittikçe ortadan kalkmaktadır. Ayrıca, tarafların sözleşme ile hangi hallerin mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü olacağını belirle-

---

<sup>3</sup> EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, İstanbul, 2003, s. 437.

<sup>4</sup> 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), s.202.

meleri, bu iki kavram arasındaki farkları da büyük oranda azaltıcı etki oluşturmaktadır<sup>5</sup>. Genellikle kısa süreli satış sözleşmelerinde mücbir sebebe ilişkin şartlar tarafların ifa yükümlülüğünü ortadan kaldıracak sonuçlar doğururken, uzun süreli sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümler, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sonucunu doğuracak şekilde tatbik edilmektedir<sup>6</sup>. Standart sözleşmelerde mücbir sebebe ilişkin olarak yazılan şartların genellikle Anglo Sakson hukuk sistemine göre belirlenmiş olması ve bu şartların her zaman Kıta Avrupası hukuk sisteminde, bu kavrama yüklenen manadan farklı anlam taşıması, sözleşmenin yorumlanması konusunda bazı problemler ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle taraflar, sözleşme serbestisi prensibinden istifade ederek, hangi hallerin mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü teşkil edeceğini kendileri belirleme yolunu tercih etmektedirler. Böylece, uluslararası ticari sözleşmelerde esasa uygulanacak hukuktaki mücbir sebep veya ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemelerin önemi büyük oranda azalmakta ve farklı hukuk sistemlerindeki anlayış farkından kaynaklanan riskler en aza inmektedir.

Birçok milli hukuk sistemi sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin hükümleri bünyesinde barındırmaktadır. Türk hukukunda ise bu durum dürüstlük kuralı çerçevesinde çözümlenmektedir. Yeni BK tasarısında ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, ayrı bir madde ile düzenlenmiştir (m. 137). Bu hükümler dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen, hukuki ilişkilerde esneklik sağlayan düzenlemelerdir.

---

5 RIMKE, s. 232. ICC'nin 2003 yılında hazırladığı *force majeure*'e ilişkin standart sözleşme şartlarında, nelerin *force majeure* olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre, aşağıdaki sebepler mücbir sebep olarak sayılmıştır: Savaş, iç savaş, iç karışıklık, terör, sabotaj, korsanlık, hükümetin yaptığı hukuki veya hukuk dışı fiiller, kamulaştırma, müsadere, salgın hastalık, tabii afetler, patlama, yangın, fabrikanın, aletlerin, makinelerin yok olması, boykot, grev, lokavt, iş yavaşlatma, fabrikanın işgal edilmesi. <http://tldb.uni-koeln.de>. Ancak bu hallerin varlığı halinde, tarafların sözleşme şartlarını tekrar müzakere etme yöntemi düzenlenmemiştir. İfa güçlüğü halinde ise müzakere yöntemine müracaat edilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. <http://tldb.uni-koeln.de>.

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

## II. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DURUM

Milli hukuk sistemlerinde şartların değişmesine ilişkin yaklaşımlar ülkeden ülkeye değişiklik arz etmektedir. Her ne kadar böyle bir duruma ilişkin düzenlemeler temel özellikleri itibariyle benzer olsalar da bunların arasındaki farklılıklar, uluslararası ticari sözleşmelerdeki hukuk seçiminde çok büyük önem taşımaktadır. Özellikle de sözleşmede mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümlerin bulunmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukuktaki bu konuya ilişkin yaklaşımların bilinmesi zaruridir. Biz burada Anglo Sakson hukuk sisteminin temsilcileri olan ABD ve İngiliz hukuku ile Kıta Avrupası hukuk sisteminin temsilcileri olan Alman ve Fransız hukukundaki konuyla alakalı düzenlemeleri inceleyeceğiz.

### 1. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukundaki geleneksel yaklaşım sözleşmenin ifasından sonra, sözleşmeden doğan borçların ifasını imkânsız kılan şartların tarafları borçtan kurtarmayacağı yönündedir. Çünkü sözleşmeyi imzalayan taraf her ne olursa olsun (ister kaza, ister kaçınılması mümkün olmayan bir hadise) sözleşmeyi en iyi şekilde yerine getireceği konusunda bir taahhüt altına girmiştir ve buna aykırı hareket etmesi mümkün değildir<sup>7</sup>. Bu görüş 1863 *Taylor v. Caldwell* davasında verilen kararlarla biraz yumuşamış ve sözleşmenin yerine getirilmesinin bir şahsa veya eşyaya sıkı sıkıya bağlı olması durumunda bu şahıs veya eşyanın yok olması halinde imkânsızlığın ortaya çıkabileceği zımni olarak belirtilmiştir<sup>8</sup>. Bu şekliyle İngiliz hukuku ilk defa imkânsızlık doktrini ile karşılaşmıştır.

İmkânsızlık doktrininden ortaya çıkan, tarafların beklentilerinin gerçekleşmemesini ve dolayısıyla işlem temelini çökmesini ifade eden *frustration* kavramı tamamıyla tarafların niyetlerinin yorumlanmasına dayandırılmıştır. Eğer tarafların iradesinin dışında ortaya çıkan bir hadiseden dolayı (*act of God*), sözleşmenin yerine getirilmesi tarafların planladıklarından tamamen farklı sonuçlar doğuracaksa sözleşmenin temeli çökmüştür ve bu durumda *frustration* nazariyesi devreye girecektir. Görüldüğü gibi burada sözleşmenin

---

<sup>7</sup> DREATA, Ugo, “Force Majeure Clauses in International Trade Practise”, 5 *International Business Law Journal*, 1996, s. 548.

<sup>8</sup> DREATA, s. 548.

tarafların iradesinden ve sözleşmeyi yapma niyetlerinden tamamen farklı bir hale gelmesi durumunda bu nazariye işletilecek ve borcun yerine getirilme mecburiyeti ortadan kalkacaktır<sup>9</sup>. Günümüz İngiliz Hukuku'nda sözleşme konusunun ortadan kalkması, sözleşmenin yerine getirilmesinin hukuken mümkün olmaması gibi durumların varlığı nedeniyle imkânsızlaşması halinde işlem temelini çöktüğü kabul edilmektedir. Ancak hâkimin bu durumda sözleşmeyi değişen şartlara uyarlama imkânı yoktur. Bu durumda sözleşme ortadan kalkacaktır.

## 2. ABD Hukuku

ABD Hukuku'nda imkânsızlık nazariyesine dayalı olarak sözleşme şartlarının değişmesi durumu düzenlenmiştir. ABD Ticaret Kanunu'nun (*Uniform Commercial Code*)<sup>10</sup> 261. maddesinde sonradan ortaya çıkan hadiseler nedeniyle tarafların borçlarını yerine getirmekten kurtulması düzenlenmiştir. “Sözleşme yapıldıktan sonra taraflardan birisinin borcu kendi kusuru olmaksızın meydana gelen, tarafların sözleşme yapıldığı ortaya çıkmasını hiç beklemedikleri bir hadise nedeniyle yerine getirilemez hale gelmişse, sözleşme veya halin icabı başka tür bir sonuca götürmedikçe bu taraf borcundan kurtulur.” Maddede geçen ifa edilemezlik olarak çevrilebilecek *impracticable* kavramı imkânsızlık anlamına gelen *impossible* kavramını da kapsamaktadır<sup>11</sup>. Her ne kadar maddede imkânsızlık kavramının kullanılmamış olması, borçlunun imkânsızlık derecesine varmayan zorluklar halinde de borcundan kurtulabileceği intibamı verse de, mahkemeler imkânsızlık

---

<sup>9</sup> Bu kavramın ilk ortaya çıkışı *coronation* davasında olmuştur. Olayda Kral VII. Edward'ın tahta çıkış töreni için, tören alanını gören bir ev, sadece o gün için bir günlüğüne kiralamıştır. Ancak kralın hastalanması gerekçesi ile tören iptal edilince, ev sahibi kiranın kendisine ödenmesi için dava açmıştır. Mahkeme, mevcut durumun tarafların sözleşme yapma niyetinden tamamen farklı bir şekilde geliştiği gerekçesi ile *frustration* nazariyesini ortaya atarak kira parasının ödenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Bkz. RIVKIN, David W., *Lex Mercatoria And Force Majeure*, s. 168, *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, (ICC Pub. No: 480/4), Paris, 1993, s. 161vd. Bkz. <http://tldb.uni-koeln.de/>

<sup>10</sup> Bu kanun ile ABD'nin bütün eyaletlerinde satış başta olmak üzere diğer ticari ilişkileri düzenleyen tek bir düzenleme olmasını hedeflenmektedir. Eyaletler bu kanunun uygulanmasına kendileri karar vermektedir. Şu anda 50 eyalet bu metni onaylamıştır. Bkz. <http://en.wikipedia.org>.

<sup>11</sup> RIMKE, s.204

derecesine varmayan ekonomik zorluk hallerinde borçtan kurtulmanın söz konusu olmayacağı yönünde karar verme eğilimindedirler. ABD hukukunda da sözleşmenin hakim tarafından değişen şartlara uyarlanması mümkün değildir. Mahkemelerin bu tarz yaklaşımından dolayı *impracticability* kavramının henüz *hardship* kavramı ile aynı manaya geldiği söylenemeyecektir.

### 3. Fransız Hukuku

Fransız Hukuku'nda *force majeure* gibi imkânsızlık halleri ile sözleşmeyi ekonomik olarak temelden sarsan değişiklikler arasındaki fark çok belirgin bir şekilde ortaya konulmuştur. Sözleşmenin ekonomik dengesini bozan durumlar *emprevizyon nazariyesi (imprévision)* olarak isimlendirilmektedir<sup>12</sup>. Fransız hukukunda ahde vefa prensibi (*pacta sunt servanda*) emprivizyon teorisine (*rebus sic stantibus*) üstün gelecek şekilde yorumlanmakta ve uygulanmaktadır (Fransız Medeni Kanunu m. 1134). Taraflar sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağına ilişkin olarak sözleşmeye bir hüküm koymamışlarsa sözleşme herhangi bir değişiklik yapılmadan aynen uygulanacaktır. Hâkim kendi başına, tarafların ekonomik durumunu değerlendirme veya hakkaniyet prensibinden istifade ederek sözleşmenin lâfzî manası dışına çıkma imkânına sahip değildir<sup>13</sup>. Uygulama ancak tarafların sözleşmede buna ilişkin hükümleri koymaları halinde mümkün olacaktır. Kural olarak sözleşmenin ifa edilme mecburiyetinin tek istisnası *force majeure* halidir. Dolayısıyla, mahkemeler henüz kendi başlarına, *hardship* kavramına karşılık gelen *imprévision* nazariyesini tatbik etmemektedirler.

### 4. Alman Hukuku

Eski Alman Medeni Kanunu'nda uyarılma ile ilgili genel bir düzenleme olmasa da, bazı mahkemeler, imkânsızlığı düzenleyen BGB §275'i, ekonomik imkânsızlık oluşturan haller için uygulamaya ve yorumlamaya başladılar. Bu dönemde ahde vefa prensibi (*pacta sunt servanda*) çok sert bir şekilde uygulanmamaktaydı<sup>14</sup>. Bu düşünceleri savunanlara göre borçlu sözleşme-

---

<sup>12</sup> RIMKE, s. 205.

<sup>13</sup> PUELINCKX, A.,H., "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances", <http://tldb.uni-koeln.de/>, s. 56.

<sup>14</sup> RIMKE, s. 207.

den kaynaklanan borcunu yerine getirebilmek için, iyiniyet ve hakkaniyet prensiplerine göre, daha önceden öngörmelerinin mümkün olmadığı bir olay nedeniyle fedakârlık yapmaya zorlanmamalıdır. Bu doktrin *Opfergrenze* olarak isimlendirilmektedir<sup>15</sup>.

Mahkeme tatbikatında ortaya çıkan bu durum yeni Alman Medeni Kanunu'na yansımış ve yeni bir düzenleme olarak, uyarlamaya ilişkin BGB §313 (*Störung der Geschäftsgrundlage*)<sup>16</sup> hükmü metne konulmuştur. Metnin Türkçe tercümesi aşağıdaki şekildedir:

*“(I) Sözleşmenin temeli olan şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra esaslı şekilde değişir ve tarafların, bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç kurmayacakları veya başka bir içerikle kuracakları varsayılabiliriyorsa, öyle ki taraflardan birinin, somut olayın tüm şartları özellikle akdi ve kanuni risk dağılımı göz önüne alındığında, değiştirilmeksizin sözleşmeye bağlı kalması beklenemiyorsa, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.*

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

*(III) Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya taraflardan biri için (bu uyarlama) katlanılabilir nitelik taşııyorsa, şartlar aleyhine değişen taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde dönme hakkının yerine fesih hakkı geçer.”<sup>17</sup>*

Bu hükme göre, sözleşmeye temel teşkil eden şartlar sözleşmenin kurulmasından sonra, esaslı şekilde değişirse sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabileceği belirtilmiştir. Bu değişikliğin sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülmemiş olması gereklidir. Ayrıca bu değişikliğin olacağını öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka şekilde yapacaklarının kabul edilebilmesi ve sözleşmenin bu şekilde ifasında ısrar etmenin taraflardan beklenemeyecek olması şartları aranmaktadır. Bu şartların varlığı halin-

---

<sup>15</sup> PUELINCKX, s.61.

<sup>16</sup> Kanun 26.11.2001 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>17</sup> ARAT, Ayşe. **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara, 2006, s. 86. Madenin Almanca ve İngilizce metinleri için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de>.

de işlem temelinin çöktüğü kabul edilerek sözleşmenin uyarlanması istenebilecektir<sup>18</sup>.

Bu niteliğiyle Alman hukukunun, yukarıdaki hukuk sistemlerine nazaran daha esnek bir yapıda olduğu ve modern bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.

### III. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI

#### 1. Mevcut Durum

Türk hukuk doktrini ve yargı kararlarında sözleşme şartlarının sonradan önemli bir şekilde değişmesi halinde dürüstlük kuralına uygun bir şekilde uyarılmanın yapılabileceği kabul edilmiştir<sup>19</sup>. Ancak, Türk hukukunda, münhasıran sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını öngören genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, bazı hukuki ilişkilerde ortaya çıkabilecek özel durumlarda sözleşmeye müdahale edilerek bu şartlara uygun hale getirilebileceği değişik kanun hükümleriyle düzenlenmiştir (BK. m.365/2; m. 117; m. 24/1-4; m. 21). Fakat bu düzenlemelerin hiçbirisi genel hüküm niteliğinde değildir. Ayrıca bu hükümlerin çoğu, genelde sözleşmeyi sona erdirmektedir ve sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanır niteliktedir<sup>20</sup>. Bu nedenle kanunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin bir boşluk olduğu ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Doktrinde hâkim olan görüş bu durumda MK. m. 2'nin uygulanması yönündedir<sup>22</sup>. Yargıtay da birçok kararında sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında MK. m. 2'de belirtilen dürüstlük kuralına dayanmıştır. Yargıtay'ın uyarlamaya ilişkin vermiş

---

18 Alman hukukunda bu konudaki düzenlemeler için bkz. ARAT, s. 86-91.

19 EREN, s. 437.

20 ARAT, s. 80.

21 KAPLAN, İbrahim, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. baskı, Ankara, 2007, s. 144. Aksi görüş için bkz. ARAT, s. 89. Bize göre de kanunda bu konuda bir boşluk vardır. MK 2'de ifade edilen dürüstlük kuralının uygulanması, kanunda bu konuda bir boşluk olması durumunu değiştirmez. Dürüstlük kuralı zaten hâkimin hukuk yaratması faaliyetiinde kullanması gereken en temel prensiplerden birisidir.

22 KAPLAN, s. 153; ARAT, s. 81.



olduğu kararlarda, uyarılmanın yapılabilmesi için gerekli olan şartlar şu şekilde belirtilmiştir:

1. Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulmalıdır.

2. Sözleşme kurulduktan sonra onun ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Örneğin para değerinin aşırı derecede düşmesi (enflasyon) gibi.

3. Sözleşmede veya yasada değişen hal ve şartlara dair bir kayıt veya hüküm bulunmamalıdır.

4. Uyarılma isteyen tarafın, değişen hal ve şartların ortaya çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemiş olması gereklidir.

5. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir (tahmin edilebilir) veya beklenebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından bu derecede olacağı tahmin edilmemelidir.

6. Edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır<sup>23</sup>.

## 2. Borçlar Kanunu Tasarısındaki (BKT) Durum

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması BKT'nın sona erme sebeplerinin düzenlendiği üçüncü bölümünde, ifa imkânsızlığı başlığı altında "aşırı ifa güçlüğü" olarak 137. maddede düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir:

### *"III. Aşırı ifa güçlüğü"*

#### *Madde 137*

*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede*

---

<sup>23</sup> Yarg. 13. HD., 2733/4120, T. 26.4.1994; Yarg. 13 HD., 3221/3147, T. 30.3.1995, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Yarg. HGK., 13-332/340, T. 07.05.2003, YKD, Ekim 2003, C. 29, S. 10, s. 1493-1502.

*borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”<sup>24</sup>*

Bu maddeye göre uyarlamanın yapılabilmesi için şu şartların olması gereklidir:

1. Edimler arasındaki dengenin, borcun ifasını istemeyi dürüstlük kuralına aykırı hale getirecek şekilde bozulması,
2. Şartların sözleşme yapıldıktan sonra olağanüstü bir şekilde değişmesi,
3. Bu değişimin taraflarca sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülmemiş olması ve öngörmelerinin de beklenememesi,
4. Bu durumun borçlunun kusurundan kaynaklanmaması,
5. Borcun ifa edilmemiş olması veya ifanın güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa edilmiş olmasıdır.

Bu unsurlar Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında belirttiği şartlar ile uyum içerisindedir. Tasarı, tatbikatta oluşan durumu madde metnine yansıtarak, bu konuda oluşabilecek tereddütleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Madde metnine dâhil edilen “*olağanüstü durum*” ifadesi bize göre isabetli olmuş ve uyarlamanın, ifanın imkânsızlık seviyesine çıkmayan ekonomik güçlükler için söz konusu olabileceğini açıkça ifade etmiştir. Tasarıda uyarlamanın, borçlunun talebi üzerine hakim tarafından yapılabileceği belirtilmiştir.

#### IV. MİLLETLERARASI METİNLERDE UYARLAMA

Görüldüğü gibi mücbir sebep ile aşırı ifa güçlüğü kavramları ve bunların hukuki sonuçları değişik milli hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlenmiştir. Uluslararası ticarete bundan dolayı ortaya çıkabilecek kavram kargaşasını önlemek için ilk olarak tarafların sözleşme ile hangi hallerin mücbir sebep, hangi hallerin aşırı ifa güçlüğü sayılacağına ilişkin düzenleme yapma-

---

<sup>24</sup> Başbakanlık tarafından TBMM’ e havale edilen metinden alınmıştır. Bkz. [www.vergiportali.com](http://www.vergiportali.com)

ları makul görülmektedir. Fakat bu kavramların yorumlanmasının yine sözleşmenin tabi olduğu milli hukuka göre belirlenmesi halinde yine benzer problemler ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, milli hukuklardan bağımsız ancak bu düzenlemeleri de dikkate alarak, uluslararası ticaretin gereklerine uygun bir şekilde hazırlanan hukuk kurallarına büyük ihtiyaç duyulacağı ortadadır. Bu anlamda ortaya çıkabilecek problemleri halletme konusunda istifade edilebilecek iki önemli hukuki metin, UP ve ABHP'dir.

Bu bölümde, uluslararası ticarete tek bir hukuk oluşturma amacıyla hazırlanmış UNIDROIT Prensipleri (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004) ile yine AB ülkelerinde tek bir medeni hukuk (European Civil Code) oluşturma çabalarının ilk aşaması olan, Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinin (Principles of European Contract Law) ifa güçlüğüne (hardship) ilişkin hükümleri incelenecektir. Temelde her iki hukuki metin de birbirine benzer nitelikler taşısa da, ABHP'nin sadece AB ülkelerinde, UP'nin ise dünya genelinde uygulanmak için hazırlanmış hukuki metinler olduğu<sup>25</sup> ve uluslararası ticari bir ilişkide tarafların tabi olacakları milli hukuku bilmemelerinden kaynaklanan riski azaltmak amacıyla hazırlanmış olduğu söylenebilir<sup>26</sup>. Milletlerarası ticarete mevcut olan hukuki risk faktörünü en aza indirmenin yolu, uluslararası alanda genel kabul görmüş ve uluslararası ticaretin gerekleri ile farklı hukuk sistemleri dikkate alınarak hazırlanmış hukuk kurallarının taraflarca sözleşmeye uygulanmasıdır. Bu prensipler günümüzde birçok tahkime konu olmuş hukuki uyuşmazlıklarda esasa uygulanan hukuk (substantial law) olarak sözleşmeye tatbik edilmektedir. Bu nedenle mukayeseli hukuk alanında yapılacak çalışmalarda en az milli hukuk sistemleri kadar, dikkate alınmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Ancak bu prensiplerin milli borçlar kanunu metinlerini ortadan kaldırmak ve

---

25 BEALE, Hugh, "The Development of European Private Law and European Commission's Action Plan on Contract Law", *Juridica International* X/2005, s.7.

26 Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta, ABHP'nin ticari olmayan hukuki ilişkilere de uygulanabilecek nitelikte olmasına karşın, UP'nin sadece ticari ilişkilere uygulanabilecek özellikte olmasıdır. Gerçekten UP'nin uygulama alanını açıklayan amaç maddesinin yorumunda, bu prensiplerin tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelere uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004**, Rome, 2004, s. 2. Ancak ABHP için böyle bir sınırlanma söz konusu değildir. Bkz. LANDO, Ole, *Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Similarities, Differences and Perspectives*, Saggi Conferenze E Seminari 49, Rome 2002, s. 9.

tek bir milli hukuk oluşturmak gibi bir gayesi yoktur<sup>27</sup>. Bu metinlerin hazırlanmasının sebebi, sözleşmenin taraflarının, milli hukukların dışında, sözleşme serbestisi prensibi (*party autonomy*) çerçevesinde seçebilecekleri, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına göre hazırlanmış alternatif kurallar oluşturmaktır. Bu şekilde gerek tarafların ve gerekse mahkemelerin bildikleri ortak bir hukuk oluşturulması amaçlanmıştır.

### 1. UNIDROIT Prensipleri (UP)

UP'de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, borçların ifası (*Performance*) adlı 6. bölümünün, ifa güçlüğü (*hardship*) madde başlığını taşıyan 2. kısmında düzenlenmiştir. Bu düzenlemede öncelikle, m.6.2.1 ile tarafların ahde vefa prensibi (*pacta sunt servanda*) dâhilinde borçlarını yerine getirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Buna göre, borcun ifasının, taraflardan birisi için bir miktar ağırlaşması (*more onerous*), ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Sonraki maddede ifa güçlüğü'nün hangi hallerde ortaya çıkacağı yani tanımı yapılmış (m. 6.2.2), son olarak ise ifa güçlüğü'nün sonucu olarak uyarlamanın ne şekilde yapılacağı belirtilmiştir (m. 6.2.3). Bu düzenlemeye göre uyarlamanın söz konusu olabilmesi için gerekli olan şartlar şunlardır:

1. Sözleşmenin dengesini temelden değiştiren hadiselerin ortaya çıkması (... *events fundamentally alters the equilibrium of the contract...*),

2. Bu hadise veya hadiselerin, sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelmesi veya ifa güçlüğü çeken tarafından sözleşme yapıldıktan sonra öğrenilmesi,

3. Bu hadiselerin sözleşmenin yapıldığı sırada ifa güçlüğüne düşen taraf için,

- öngörülemez,
- kontrol edilemez ve
- sonuçlarının önceden tahmin edilemez olması,

---

<sup>27</sup> BEALE, s.10.

4. Borcun ifa edilmemiş olmasıdır<sup>28</sup>.

İlk olarak, taraflardan birisinin borcunu yerine getirme maliyetinin artması veya borcun ifasının diğer taraf için aşırı bir değer kaybına uğraması ile sözleşmenin dengesinin temelden değişmesi (*fundamentally alters the equilibrium of the contract*) şartı aranmaktadır. Peki, sözleşme dengesinin temelden değişmesinde hangi ölçü dikkate alınacaktır? Madde metnine yapılan yorumda bir örnek olay verilmiştir. Bu olayda, 1989 Eylülünde, eski Doğu Almanya'da faaliyet gösteren elektronik eşya satıcısı A, yine eski bir sosyalist ülke olan X'de ikamet eden üretici B ile elektronik bazı mallar satın almak üzere anlaşmıştır. Mallar 1990 yılı Aralık ayında B tarafından teslim edilecektir. Kasım 1990'da, A, B'ye, Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden dolayı X ülkesinden ithal edilecek bu tip malların herhangi bir pazarının kalmadığını, bu malların kullanılmadığını bildirmiştir. Bu durumda A diğer şartların da gerçekleşmesi halinde aşırı ifa gücüne ilişkin düzenlemeye dayanarak malları teslim almaktan imtina edebilecektir. Çünkü bu durumda A'nın malı teslim alma neticesinde elde edeceği menfaat sözleşmenin dengesini temelden sarsacak şekilde azalmıştır. Satamayacağı malları satın almasının bir manası yoktur. Yine madde yorumunda, hammadde fiyatlarındaki veya servis hizmetlerinin maliyetindeki aşırı artış ile mal güvenliği düzenlemelerindeki değişiklik nedeniyle üretim maliyetlerinin aşırı artışı da, taraflardan birisi için ifa maliyetinin artması nedeniyle uyarılma istenebilecek hallere örnek olarak verilmiştir<sup>29</sup>.

İkinci olarak, ifa gücüne neden olan hadisenin, taraflarca sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemez olması gereklidir. Burada tarafların öngörebilecekleri nitelikte bir olayın sözleşme yapılırken varlığı halinde, sözleşmeyi buna göre yapacakları varsayılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir olayın varlığı halinde zorluğa düşen tarafın bu olaya dayanarak uyarılma istemesi mümkün olmayacaktır. Çünkü öngörmüş olduğu olaydan doğacak riski kendi üzerine almış kabul edilecektir. Aslında her bir hadisenin vuku bulabileceği zihinsel olarak düşünülebilecektir. Fakat buradaki olasılığın makul bir insan

---

28 Bu şart madde metninde olmasa da, UNIDROIT tarafından yapılan madde yorumunda ifade edilmiştir. Bkz. UNIDROIT Principles, 186.

29 UNIDROIT Principles, s. 184.

tarafından çok uzak bir ihtimal olarak görülmesi gereklidir<sup>30</sup>. UP'nin yorum kısmında yer alan örnek olayda, A, bölgedeki şiddetli siyasi gerginliğe rağmen, beş yıl süre ile sabit fiyat üzerinden, X ülkesinden B'ye ham petrol tedarik etme taahhüdü altına girmiştir. Sözleşmenin yapılmasından iki yıl geçtikten sonra, komşu ülkeler arasında savaş çıkmıştır. Savaş dünya enerji krizine neden olmuş ve petrol fiyatları aşırı bir şekilde artmıştır. Bu durumda A ifa güçlüğüne düştüğü iddiası ile uyarlama isteyemeyecektir. Çünkü ham petrol fiyatlarındaki böyle bir artış sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemez nitelikte değildir.<sup>31</sup> Yine aynı madde yorumunda verilen olayda, A ile B, X ülkesinin para birimi üzerinden bir satış sözleşmesi yapmışlardır. Ancak sözleşmenin yapılmasından önce bu para birimi yavaş bir şekilde değer kaybetmeye başlamıştır. Sözleşme yapıldıktan bir ay sonra X ülkesinde meydana gelen siyasi kriz nedeniyle, bu para birimi % 80 oranında değer kaybetmiştir. Diğer şartların gerçekleşmesi halinde, uyarlama talep edilebilecektir. Çünkü, her ne kadar sözleşme yapılmadan önce de bu para biriminde bir düşme eğilimi olsa da, bu orandaki bir değer kaybının taraflarca öngörülebilmesi mümkün değildir.<sup>32</sup>

Üçüncü olarak, uyarlamaya sebep olacak olayın, ifa güçlüğüne düşen tarafın kontrolünün dışında olması gereklidir. Mesela, beyaz eşya toptan satıcısı A'nın, perakende satıcı B'ye 20 adet TV siparişi verdiğini, siparişin verildiği sırada A'nın elinde bu malların bulunmaması nedeniyle imalatçıdan tedarik ederek B'ye teslim edeceğini ve halen geçerli olan mal bedeli üzerinden bir sözleşme yapıldığını varsayalım. A, fiyatların aynı kalacağını düşünerek yavaş davranmış ve sözleşmenin teslim tarihine çok az bir zaman kalana kadar TV'leri imalatçıdan satın almamıştır. Ancak, piyasa şartlarının aşırı bir şekilde değişmesi nedeniyle, sözleşme konusu TV fiyatında çok ciddi bir artış olmuştur. Böyle bir durumda A'nın şartların aşırı bir şekilde değişmesi nedeniyle uyarlama talep edebilme imkanı olmamalıdır. Çünkü önceden bu malları satın alarak, aşırı artıştan doğan ifa güçlüğünden kurtulabilirdi. Dolayısıyla ifa güçlüğüne meydana gelmesi onun kontrolü dışındaki bir olay neticesinde meydana gelmiş sayılamayacaktır.

---

30 Buradaki makul insan o iş çevresindeki standart bir insan olarak kabul edilmelidir.

31 UNIDROIT Principles, s. 185.

32 UNIDROIT Principles, s. 186

Dördüncü olarak, söz konusu olayın borcunu yerine getiremeyen tarafça üstlenilmemiş olması gereklidir. Bu riskin üstlenilmesi gerektiği açıkça kararlaştırılmasa bile, sözleşmenin niteliğinden borcunu yerine getirmesi zorlaşan tarafça üstlenilmiş olması gerekiyorsa, ifa güçlüğüne düşüldüğü iddiasıyla uyarılma talep edilemez<sup>33</sup>. Mesela bir sigorta şirketinin savaş ve iç karışıklık riskini sigortalaması durumunda, savaşın bölgedeki üç ülkeyi de içine alacak şekilde ortaya çıkması halinde, bu riskin kendisi tarafından üstlenilmediği iddiasında bulunamaz<sup>34</sup>.

Ancak doktrinde bu şartın yazılış biçimi ve yorumu eleştirilmiştir. Kessedjian yukarıda belirtilen dört şartın gerçekleşmesine rağmen, bu riskin borçlu tarafından nasıl üstlenilebileceği sorusunu yöneltmiştir. Eğer bu şartlar gerçekleşmişse borçlu risk doğuran olayı açıkça üstlenmemiş sayılacağını belirtmiş ve yorumun da bu konuda oluşacak endişeleri giderir nitelikte olmadığını ifade etmiştir<sup>35</sup>.

UP'nin 6.2.3. maddesinde yukarıda sayılan şartların gerçekleşmesi neticesinde, borçlu ifa güçlüğüne düşmüşse, karşı taraftan sözleşme şartlarının yeniden müzakere edilmesini isteyebilecektir<sup>36</sup>. Ancak, karşı tarafın ABHP'den farklı olarak müzakere talebine icabet etme mecburiyeti yoktur. Bununla beraber madde yorumunda tarafların iyiniyet (m. 17) ve ortak hareket etme (m.5.1.3) prensiplerine uygun bir şekilde davranmaları gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, karşı tarafın hiçbir sebep göstermeden görüşmeyi kabul etmemesinin dürüstlük kuralına uygun olmayacağı söylenebilir<sup>37</sup>. Fakat bize göre UP'de bu yola başvurunun mecburi olduğu söylenemez. Her ne kadar madde yorumunda tarafların UP'nin 1.7. maddesinde düzenlenen iyiniyet ve 5.1.3. maddesinde düzenlenen ortak hareket etme prensiplerine

---

33 UNIDROIT Principles, s. 186

34 PERILLO, Joseph M., "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", 1998, s. 129, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio>.

35 KESSEDJIAN, Catherine, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", 25 *International Review of Law and Economics* September 2005, s. 421.

36 Tarafların sözleşmeye herhangi bir uyarılma hükmü koymaları halinde de müzakere talep edemeyecekleri madde yorumunda belirtilmiştir. Bkz. UNIDROIT Principles, s. 189.

37 KESSEDJIAN, s.422; UNIDROIT Principles, s. 190.

gönderme yapılarak, müzakereden bu prensiplere aykırı olacak şekilde kaçınılamayacağı söylenebilecek olsa da, yapılacak görüşmelerin sadece vakit kaybı olacağı, bu konuda bir neticeye varılmasının ancak bir mahkeme kararı ile olabileceği konusunda kesin kanaati olan tarafın da sadece bir taktik olarak, müzakere yolunu tercih etmesi de uygun olmayacaktır<sup>38</sup>. Dolayısıyla müzakere yolunun UP'de mutlak bir başvuru yöntemi olduğunu söylemek doğru değildir. Diğer taraftan uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesi yöntemlerinden (*alternative dispute resolution*) birisi olan müzakere yönteminin (*negotiation*), uluslararası ticaret uygulamasında tarafların iradeleriyle başvurulmuş bir yöntem olduğu da bilinmektedir. Müzakere yöntemine müracaatın, tarafların sözleşmede belirtmemelerine rağmen mecburi hale getirilmesinin, bu yöntemlerin niteliğine uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Ayrıca UP'nin uluslararası ticari sözleşmelere uygulanacak kuralları belirleme amacının olması<sup>39</sup> ve uluslararası ticarete ise daha ziyade irade serbestisi prensibinin geçerli olması da, müzakere yoluna gitmenin iradi olması gerektiğini destekler niteliktedir.

Borcunu ifada zorlanan tarafın müzakere talebi, tek başına borcun ifasını durdurmayacaktır. Ancak madde yorumunda verilen örnekte de görüldüğü gibi, gecikme değişen şartlara uygun hareket etme ve hazırlık yapma nedeniyle ilave bir süreye ihtiyaç duyulması sebebiyle olabilecektir<sup>40</sup>. Yapılan müzakereler neticesinde herhangi bir anlaşmaya varılamazsa, taraflardan herhangi birisi mahkemeye müracaat edebilecektir (m.6.2.3-(4)). Mahkemenin tarafların belirledikleri tahkim veya milli bir mahkeme olduğu açıktır. Mahkeme aşırı bir ifa güçlüğüne olduğuna kanaat getirirse, sözleşmeyi sona erdirebilir ya da değişen şartlara uyarlayabilir (m.6.2.3.(4)). Tarafların müzakereden bir netice alamamaları nedeniyle mahkemeye müracaat etmeleri halinde ne kadar bir süre bekleyecekleri her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmelidir. Mahkemelerin tabi oldukları milli hukuk sistemlerinde uyarlama prensibinin olmaması halinde, sözleşmenin değişen şartlara göre

---

38 Madde yorumunda da bu konu açıkça ifade edilmiştir. Bkz. UNIDROIT Principles, s.190

39 UNIDROIT Principles, s.1.

40 UNIDROIT Principles, s. 190.



ekonomik açıdan yeniden değerlendirilmesi konusunda bazı sıkıntılar yaşanabileceği doktrinde ifade edilmiştir<sup>41</sup>.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde ifa güçlüğüne düşen taraf ilk olarak diğer taraftan, sözleşme şartlarının yeniden müzakere edilmesini isteyebilecektir. Diğer tarafın müzakereyi kabul etmemesi veya yapılan müzakerelere rağmen tarafların anlaşamaması durumlarında taraflardan herhangi birisi mahkemeye müracaat edebilir. Mahkeme de şartları değerlendirerek sözleşmenin sona erdirilmesine karar verecek veya sözleşmeyi, taraf dengesini yeniden kuracak şekilde uyarlayacaktır. Mahkemenin ne şekilde hareket edeceğini olayın şartları belirleyecektir. Bu anlamda mahkeme sadece sözleşmenin sona erdirilmesine veya uyarlanmasına karar vermek zorunda değildir. Eğer şartlar sözleşmenin sona erdirilmesine veya uyarlanmasına uygun şekilde ortaya çıkmamışsa, mahkeme tarafları tekrar sözleşme şartlarını müzakere etmeye yönlendirebilir yada sözleşmenin aynen uygulanmasını isteyebilir<sup>42</sup>.

## 2. Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri (ABHP)

ABHP'nde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, sözleşmenin muhtevası ve hükümleri adlı 6. bölümünün, şartların değişmesi başlıklı 6.111. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci cümlesinde de UP'de olduğu gibi, sözleşmenin yerine getirilmesinin taraflar için, sözleşmenin yapıldığı andaki duruma nazaran ağırlaşmasının, ifayı engellemeyeceği ifade edilerek ahde vefa prensibi vurgulanmıştır. Daha sonraki maddelerde ise, uyarlanmanın hangi şartların varlığı halinde söz konusu olabileceği ve ne şekilde yapılması gerektiği hususları ifade edilmiştir. Buna göre sözleşmenin uyarlanabilmesi için gerekli olan şartlar şunlardır:

1. Şartların değişmesi nedeniyle sözleşmenin yerine getirilmesinin aşırı bir şekilde ağırlaşması (... *excessively onerous...*),
2. Şartların sözleşmenin yapılmasından sonra değişmesi,
3. Sözleşmenin yapıldığı sırada bu tür bir değişikliğin taraflarca öngörülemez olması,

---

41 KESSEDJIAN, s. 422.

42 UNIDROIT Principles, s. 191.

4. Sözleşmeye göre, şartların bu şekilde değişebileceği riskine, değişimden etkilenen tarafça katlanılmasının gerekmemesidir.

ABHP m. 6.111'de düzenlenen uyarılama hükümlerinin uygulanabilmesi için, ilk olarak ifanın aşırı bir şekilde ağırlaşmış (*excessevely onerous*) olması gereklidir. İfadaki her türlü ağırlaşmanın (*more onerous*) uyarlamayı gerektirmediği, dolayısıyla da borçlunun sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde borcunu yerine getirmesi gerektiği birinci fıkrada açık bir şekilde ifade edilerek ahde vefa prensibinin (*pacta sunt servanda*) esas olduğu uyarılamanın ise istisnai bir durum olduğu vurgulanmıştır. Diğer taraftan ifa güçlüğündeki ağırlığın imkânsızlık derecesine çıkmaması da gereklidir. İmkânsızlıkta borcun ifasının sonradan borçlunun kontrolü dışındaki savaş, deprem, doğal afet gibi sebeplerden dolayı yerine getirilemez olması veya borcun konusunu teşkil eden edimin fiziki olarak ortadan kalkması şartları aranmaktadır<sup>43</sup>. Klasik anlamda mücbir sebep (*force majeure*) teşkil eden bu tip durumlarda<sup>44</sup> borçlu borcunu ifa etmekten ve tazminat ödemekten kurtulacaktır (ABHP m. 8.108 ve 8.101). Uyarılamanın yapılabileceği ifa güçlüğü hallerinde ise sözleşmenin taraflardan birisi için ekonomik anlamda yıkıcı olması, sözleşmenin ekonomik dengesinin yani edimler arasındaki dengenin bir taraf aleyhine aşırı bir şekilde bozulmuş olması gereklidir<sup>45</sup>. Görüldüğü gibi burada Fransız hukukundaki emprevizyon (*imprévision*) teorisinin bir yansıması söz konusudur. Peki buradaki aşırılığın ölçüsü ne olacaktır? Acaba, borçlu için borcun yerine getirilmesi onun iflasına mı neden olmalıdır? Gerçekten borçlunun mali gücüne göre ifa güçlüğünün yıkıcılığı değişebilecektir. Ancak burada incelenmesi gereken durum, borçlunun genel anlamdaki mali gücü değil, sadece o sözleşme için bu şartlarda borcun yerine getirilmesinin bir taraf için ne kadar ağır ve yıkıcı olduğudur. Dolayısıyla değerlendirilmesi gereken durum, sadece o sözleşme için borçlunun borcu ifa etmesi halinde

43 ICC'nin 2003 yılında çıkardığı, *force majeure*'e ilişkin sözleşme şartlarında aşağıdaki sebepler mücbir sebep olarak sayılmıştır: Savaş, iç savaş, iç karışıklık, terör, sabotaj, korsanlık, hükümetin yaptığı hukuki veya hukuk dışı fiiller, kamulaştırma, müsadere, salgın hastalık, tabii afetler, patlama, yangın, fabrikanın, aletlerin, makinelerin yok olması, boykot, grev, lokavt, iş yavaşlatma, fabrikanın işgal edilmesi. <http://tldb.uni-koeln.de>.

44 SOUTHERINGTON, Tom, **Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade**, Turku 2001, s. 41, [www.cisgw3.law.pace.edu/cisgw/biblio](http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisgw/biblio).

45 BACKHAUS, Richard, "The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law", vol. 8.1 (March 2004), s. 6, <http://www.ejcl.org>.

ortaya çıkacak mali zorluk ile bu borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının elde edeceği fayda arasındaki dengedir. Eğer bu denge borçlu aleyhine aşırı bir şekilde bozulmuyorsa borcun ifa edilmesi gerekecektir. Aksi takdirde ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi söz konusu olacaktır<sup>46</sup>. Bununla ilgili ABHP'nin komisyon tarafından yapılan yorumunda örnek olarak verilen, İngiliz mahkemelerinde görülmüş *Şakiroğlu Co Ltd. & Noble Thorl GmbH* davası dikkat çekicidir. Davada, davacı ile davalı, sözleşme konusu Sudan cevizi, davalıya, Hamburg limanında teslim etmek üzere CIF satış olarak bir sözleşme yapmıştır. Gemilerin Sudan limanından, Hamburg limanına kadar olan normal yol güzergâhı Süveyş Kanalı'ndan geçmektedir. Ancak o tarihlerde Süveyş kanalı Arap-İsrail savaşı nedeniyle beklenmedik bir şekilde kapanmıştır. Bu durumda gemilerin Ümit burnunu dolaşması gereklidir ve bu da yol maliyetlerinin iki katına çıkacağı manasına gelmektedir. Bu durumda ABHP'ne göre tarafların konuyu müzakere ederek uyarlama yapmak için bir araya gelmeleri gerekirken, İngiliz Lordlar Kamarası, sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde yerine getirilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>47</sup>.

İkinci olarak, şartların değişmesinin sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkması gereklidir. Sözleşme yapılmasından önce zaten var olan aşırı güçlük oluşturan bir durum, sözleşmenin uyarlanmasını gerektirmeyecektir. Böyle bir durumun bilinmediği veya bilinmesinin gerekmediği de iddia edilemeyecektir.

Üçüncü olarak, şartların değişme ihtimalinin, sözleşme yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyecek olması şarttır. Eğer aynı durumdaki makul bir insanın bu durumu öngörebileceği varsayılabiliriyorsa uyarlama söz konusu olamayacaktır.

Son olarak sözleşmeye göre şartların bu şekildeki bir değişme riskine ifa güçlüğüne düşen borçlu tarafından katlanılmasının beklenmemesi gereklidir. Bu şart uygulamada belirlenmesi en zor olanıdır.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde, tarafların öncelikle müzakere yapma mecburiyeti vardır. Müzakerenin konusu sözleşmeden dönme veya uyarlamaya ilişkin olacaktır. Eğer taraflar makul bir süre içerisinde anlaşmaya

---

<sup>46</sup> BACKHAUS, s.7.

<sup>47</sup> [http://ourworld.compuserve.com/homepages/pntodd/cases/cases\\_t/tsakirog.htm](http://ourworld.compuserve.com/homepages/pntodd/cases/cases_t/tsakirog.htm)

varamazlarsa, mahkeme sözleşmeden dönülmesine veya sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına karar verebilir. Ayrıca maddenin son kısmında her iki durumda da mahkemenin, müzakereyi kabul etmeyen veya müzakereyi iyiniyet ve hakkaniyete aykırı bir şekilde sona erdiren tarafı tazminat ödemeye mahkûm edebileceği ifade edilmiştir. Bu niteliğiyle müzakere yapmak suretiyle, uyuşmazlığı mahkeme öncesi aşamada dostane bir şekilde çözüme yoluna başvurunun, mecburi olması prensibinin getirildiği görülmektedir. Bu niteliğiyle ABHP'nin UP'den ayrıldığı söylenebilir.

## V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Görüldüğü gibi bu maddede aşırı ifa güçlüğü kavramı ve bunlara yüklenen hukuki sonuçlar farklı milli hukuk sistemleri ve özellikle de Türk hukukçuları tarafından fazlaca dikkate alınmayan, UP ve ABHP çerçevesinde incelenmiştir. Bu incelemede dikkatimizi çeken hususlar ve bunlar ile alakalı değerlendirmelerimiz şu şekildedir:

1. Öncelikle, BKT'nda "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 137. maddenin, "İmkânsızlık" genel başlığı altında düzenlenmesi, bu durumun bir imkânsızlık türü olduğu intibahını vermesi dolayısıyla, bize göre isabetli olmamıştır<sup>48</sup>. Yukarıda da ifade edildiği gibi, aşırı ifa güçlüğü, imkânsızlıktan, gerek şartları ve gerekse sonuçları açısından tamamen farklı bir kavramdır. UP'de aşırı ifa güçlüğü sözleşmenin ifasını düzenleyen 6. bölümünde (*Performance*), ABHP'de ise sözleşmenin muhtevası ve hükümlerini düzenleyen 6. bölümünde (*Contents and Effects*) düzenlenmiştir. Bize göre de aşırı ifa güçlüğü maddesinin, BKT'nda, UP'deki ve ABHP'deki düzenlemelere paralel olarak, "Borç İlişkisinin Hükümleri" adlı ikinci bölümünün "Borçların İfası" başlıklı birinci bölümünün altında düzenlenmesi uygun olacaktır.

2. Tasarı metninin yazılış tarzı ile de alakalı kanımızca bazı problemler vardır. Bunlardan ilki, maddenin birinci fıkrasının çok uzun ve tek bir cümle olarak yazılmış olmasıdır. Bu şekliyle metin çok karışık ve yanlış anlaşılmalara neden olabilecek niteliktedir<sup>49</sup>. Bunun yerine maddenin, BGB, UP ve ABHP'de benimsenen usulle, daha kısa cümle ve fıkralarla yazılmasında fayda olduğunu düşünmekteyiz. Tasarı metninin yazılış şeklini BGB, UP ve

---

<sup>48</sup> ARAT, s.90.

<sup>49</sup> ARAT, s.90.

ABHP'den ayıran bir diğer fark ise, dürüstlük kuralına yapılan atıf noktasındadır. Aşırı ifa güçlüğü zaten nitelik itibarıyla, dürüstlük kuralının özel bir düzenleme şekli olarak ortaya çıkan bir kavramdır. Maddede BGB §313'de UP m.6.2.2 ve 6.2.3'de dürüstlük kuralı ifadesi kullanılmamıştır. ABHP m. 6:111(3)(b)'de ise dürüstlük kuralı, mahkemenin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlarken istifade edeceği temel kural olarak zikredilmiştir. Bunun yerine her üç düzenlemede de aşırı ifa güçlüğü ortaya çıkaran haller net bir şekilde yazılmıştır. Bu şekliyle hâkimin, aşırı ifa güçlüğü varlığını tespit konusunda, genel anlamda dürüstlük kuralından istifade etmek yerine, açık bir şekilde yazılan şartların yerine gelip gelmediğini araştırması gerekecektir. Bizce bu düzenleme şekli daha uygundur. Böylece hem hâkimin şartların takdiri konusunda nasıl bir yol izleyeceği açık bir şekilde ifade edilmiş olacak, hem de tatbikatta ortaya çıkabilecek yorum ve uygulama farkları en aza indirilmiş olacaktır. Bu yaklaşım tarzı, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemenin ayrı bir madde olarak kanun metnine dâhil edilme gayesine de uygun olacaktır. Çünkü şimdiye kadarki uygulama zaten, MK m.2'de belirtilen genel anlamda dürüstlük kuralına dayanarak yapıyordu. Tasarıya bu maddenin eklenmesiyle güdülen amaç, bu konuda özel bir düzenleme yapmaktır. Özel düzenlemenin, genel anlamdaki dürüstlük kuralından yola çıkılarak, ancak tekrar o kurala gönderme yapmaya ihtiyaç duyulmayacak şekilde yapılmasının gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde bu maddenin kanun metnine konulmasına gerek kalmayacaktır.

3. Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin olarak UP ve ABHP temelde benzer nitelikler taşısa da, bazı konularda birbirinden farklı hükümler içerdiği görülmektedir. Her iki düzenlemede öncelikle ahde vefa (*pacta sunt servanda*) prensibine vurgu yapılmış, temel prensibin sözleşmeye bağlılık olduğu, uyarlanmanın ise ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu yaklaşım, Yargıtay'ın birçok kararında da aynen tekrar edilerek Türk hukukunda aynı yaklaşım tarzının benimsendiği görülmektedir<sup>50</sup>. Fakat BKT'nda böyle bir hükme yer verilmemiştir. Tasarı metninde şartların olağanüstü bir şekilde değişmesi gerektiği ifade edildiği için, ayrıca böyle bir hükmün madde metnine dâhil edilmesinin gerekli görülmediği anlaşılmaktadır. Bu

---

<sup>50</sup> KAPLAN, s. 145. Yarg. 13.HD., 22/524, T. 04.02.1999; Yarg. HGK., 11-460/651, T. 17.09.1997.

yaklaşım tarzı, Türk hukuku gibi, bu konuda yerleşmiş içtihatların olduğu bir milli hukuk sistemi için makul karşılanabilir.

4. Yine, herhangi bir olayın sözleşme şartlarını aşırı bir şekilde değiştirerek uyarlamaya yol açabilmesi için gerekli şartlar da gerek UP ve ABHP’de ve gerekse Türk hukukunda büyük oranda benzerlik göstermektedir. Buna göre, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenemeyen, sözleşme şartlarını taraflardan biri aleyhine aşırı bir şekilde değiştiren, sonradan ortaya çıkan olayların vukuu halinde uyarlamanın mümkün olabileceği küçük ifade farklılıklarıyla yukarıdaki metinlerde düzenlenmiştir. Sonradan ortaya çıkan olayın edimin ifasını imkânsızlık derecesine getirmemesi gereklidir. Fakat UP’de bu konuda ilgi çekici bir düzenleme göze çarpmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, mücbir sebep durumunda imkânsızlık durumu ortaya çıkacak ve bu da sözleşmeden dönülmesi veya feshedilmesine neden olacaktır. Ancak imkânsızlık derecesine çıkmayan bir ifa güçlüğü ise uyarlama sonucunu doğurabilecektir. Ancak UP’nin mücbir sebebi düzenleyen 7.1.7. maddesinin yorumunda, bu maddenin aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen m. 6.2.2 ile beraber değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>51</sup>. UP’nin 6.2.2. madde yorumunda ise, ortaya çıkan durumun hem *force majeure* hem de *hardship* olarak değerlendirilebileceği istisnai durumlarda, zorluğa düşen borçlunun istediği hükme başvurması konusunda seçimlik bir hakkının olduğu ifade edilmiştir. Bize göre bu yorum tarzı, uluslararası ticaretin esnek karakterine uygundur. Dolayısıyla her iki şekilde de değerlendirilebilecek bir olayın varlığı halinde borçlu isterse *force majeure* hükümlerine dayanarak sözleşmeden derhal dönebilecek veya *hardship* hükümlerine başvurarak şartların yeniden müzakere edilmesini talep edebilecektir<sup>52</sup>. ABHP’de ise aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen m. 6:111 mücbir sebebi düzenleyen 8:108’in beraber uygulanmasının mümkün olmayacağı doktrinde ifade edilmiştir<sup>53</sup>. Türk hukukunda da imkânsızlık halinde uyarlamanın mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bu iki kavramın, milli hukuklarda aynı anda var olması çok rastlanan bir durum değildir.

---

<sup>51</sup> UNIDROIT Principles, s. 208.

<sup>52</sup> UNIDROIT Principles, s. 187.

<sup>53</sup> BACKHAUS, s. 17.

5. Aşırı ifa güçlüğü ile alakalı olarak, UP, ABHP ve Türk hukuku arasındaki esas fark, müzakere yönteminin varlığı ve niteliği ile ilgilidir. Öncelikle gerek Türk mahkeme tatbikatında ve gerekse BKT’da müzakere yöntemine yer verilmiş değildir. Uyarlamayı, sözleşme taraflarının talebi halinde mahkemenin yapması öngörülmüştür. Bir ara aşama olarak müzakere yöntemine yer verilmemiştir. UP ile ABHP arasında ise müzakerenin mecburiliği konusunda bir farklılık vardır. UP’nin, 6.2.3. maddesinde, ifa güçlüğüne düşen tarafın diğer taraftan müzakere yapma konusunda bir talebinin olabileceği ifade edilmiştir. Ancak karşı tarafın bu talebe icabet etmesinin mecburi olup olmadığı metinde ifade edilmemiştir. ABHP’nin 6:111 (2). maddesinde ise tarafların müzakere yapma mecburiyetinin olduğu belirtilmiştir. Hatta müzakere talebini reddeden tarafın, mahkeme tarafından tazminat ödemeye mahkûm edilebileceği de maddenin son fıkrasında düzenlenerek bu mecburiyet güçlendirilmiştir. UP ve ABHP’deki müzakerelerin amacı sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamak veya sözleşmeden dönmektir. Dolayısıyla Türk hukukundan farklı olarak uyarlamayı sadece mahkemeler değil, müzakere yoluyla taraflar da yapabilmektedir. UP ve ABHP’de uyarlamaya veya sözleşmenin sona erdirilmesine mahkeme tarafından karar verilmesine ise en son çare olarak başvurulmaktadır. Bize göre de tarafların mahkeme aşamasına gelmeden ortaya çıkan sorunu kendi aralarında müzakere ederek halledebilmeleri daha uygun bir yöntemdir. Bu şekilde sözleşmenin ayakta tutulması temin edilmiş olacak ve taraflar arasındaki ilişkiler bozulmayacaktır. Bu yöntemin kanun metnine dâhil edilmesi bize göre olumlu ve ileri bir düzenleme olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.
- BACKHAUS, Richard, “The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law”, vol. 8.1 (March 2004), <http://www.ejcl.org>.
- BEALE, Hugh, “The Development of European Private Law and European Commission’s Action Plan on Contract Law”, *Juridica International* X/2005.
- DRETTA, Ugo, “Force Majeure Clauses in International Trade Practise”, 5 *International Business Law Journal*, 1996.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, 2003.
- FLAMBOURAS, Dionysios P, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, 13 *Pace International Law Review* (Fall 2001).
- KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. baskı, Ankara, 2007
- KESSEDJIAN, Catherine, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, 25 *International Review of Law and Economics* September 2005.
- LANDO, Ole, Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Similarities, Differences and Perspectives, Saggi Conferenze E Seminari 49, Rome 2002.
- PERILLO, Joseph M., “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 1998. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio>.
- PUELINCKX, A.,H., “Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances”, <http://tldb.uni-koeln.de/>.
- 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).

RIVKIN, David W., *Lex Mercatoria And Force Majeure*, s. 168, *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, (ICC Pub. No: 480/4), Paris, 1993.

SOUTHERINGTON, Tom, *Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade*, Turku 2001, [www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio](http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio).

UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2004, Rome, 2004.

<http://en.wikipedia.org>.

<http://tldb.uni-koeln.de>.

<http://www.gesetze-im-internet.de>.

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

[www.vergiportali.com](http://www.vergiportali.com)

[http://ourworld.compuserve.com/homepages/pntodd/cases/cases\\_t/tsakirog.h  
tm](http://ourworld.compuserve.com/homepages/pntodd/cases/cases_t/tsakirog.htm)