

# Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Hardship Klozları

## 1. Giriş

Gün geçtikçe gelişen uluslararası ticari ilişkiler kapsamında ortaya çıkan ihtilaflara getirilebilecek çözüm arayışları içerisinde şüphesiz ki en etkin olanı tarafların sözleşme hükümleri ile getirdiği çözümlerdir. Bu çalışmanın amacı da uluslararası ticarete yer alan Mücbir Sebep (Force Majeure) ve Hardship (Beklenmeyen Durum) kavramlarını netleştirerek en doğru ifadelerle ilgili klozların oluşturulmasına yardımcı olmaktır.

Hangi sözleşmelerin uluslararası sözleşme olarak nitelendirileceği konusunda farklı görüşler yer almaktadır. Çoğunlukla kabul edilen görüşe göre maddi unsurları itibarıyla uluslararası ticareti ilgilendiren akitler, şahsi veya coğrafi nitelikleri yönünden yabancılaşma vasfı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın uluslararası ticari sözleşmeler olarak nitelendirilmez.<sup>1</sup>

Roma Hukuku ile başlayan ve günümüzde de geçerliliğini koruyan “*Pacta Sunt Servanda*” (Ahde Vefa) ilkesi çerçevesinde sözleşme hükümleri taraflar için kanun hükmünde bağlayıcılık teşkil eder. Fakat bu ilkenin her ihtimalde kayıtsız ve şartsız uygulanacağını kabulü adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır.<sup>2</sup> Roma hukukundan bu yana yer alan bir diğer ilke, “*impossibilium nulla est obligatio*”, bizlere hiç kimsenin imkansızın ifası ile yükümlü tutulamayacağını da belirtmekte ve bu doğrultuda çözüm arayışlarına bir öncül oluşturmaktadır.<sup>3</sup>

Bu şekilde meydana gelebilecek adalete aykırı durumların engellenmesi amacıyla, artık günümüz hukuk düzenlerinin çoğunluğu tarafından da kabul görmüş olan “*Clausula Rebus Sic Stantibus*” (Beklenmeyen Hal Kuralı) ilkesinin yanı sıra, taraflar da meydana gelebilecek olağan dışı değişikliklere karşı kendilerini koruma altına alma ve bir açık kapı bırakma anlayışının göstergesi olarak sözleşmelerinde mücbir sebep ve hardship klozlarını kaleme almaktadırlar.

Beklenmeyen durum ifadesi, yabancı doktrinde yer etmiş olan “hardship” kavramını tam olarak karşılamadığı için bu çalışmamızda “hardship” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülmüştür. Çalışmanın devamında “hardship” terimi işlem temelinin çöktüğü, edimler arası dengenin önemli ölçüde bozulduğu, aşırı ifa güçlüğü sonucunun ortaya çıktığı durumlar için kullanılacaktır.<sup>4</sup> Ayrıca ilgili bölümlerde terim birliğinin sağlanması açısından mücbir sebep ve hardship klozları için, birlikte, “değişen durum klozları” ifadesi kullanılacaktır.

Günümüz ticari ilişkilerinde uluslararası ticari sözleşmeler uzun süreli ifaları kapsamakta olup, farklı ülkelerde yer alan ekonomik ve politik düzenlemelerde meydana gelebilecek her türlü değişiklikten etkilenme ihtimalleri bulunduğu için, sözleşmelerde yer verilecek olan

<sup>1</sup>Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s.6

<sup>2</sup>Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2009, S.5

<sup>3</sup>Ingeborg Schwenzer, Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, s.710, Erişim : <http://austlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>, Çevrimiçi: 14.04.2010

<sup>4</sup>Alexi G. Doudko, Hardship in Contract

değişen durum klozları bu ticari ilişkileri garantiye almaktadır.<sup>5</sup> Örneğin üretim yapan ülkelerden birinde deprem, sel, savaş gibi hallerle sözleşmenin ifası tamamen imkansız hale gelebileceği gibi, bu ve benzeri haller ifa karşılığı ücreti de oldukça fazlaştırabilir, yeni düzenlenebilecek yasalar malın sevkiyatına engel olabilir.<sup>6</sup> Uluslar arası ticarete faaliyette bulunan tacirlerin bu gibi durumların var olabilme ihtimalini değerlendirerek uygun klozları kaleme alarak risklerini paylaşmaları en doğru yol olacaktır.

Daha da önemlisi taraflar karşılıklı olarak oluşturdukları sözleşmelerde mücbir sebep veya hardship olarak nitelendirilecek olayları, bu olayların sözleşmenin ifasına ve tarafların hak ve borçlarına etkilerini açıkça düzenlemezler ise sözleşmeye uygulanacak hukuk noktasında karışıklıklar ortaya çıkabilecektir.<sup>7</sup> Farklı hukuk düzenlerinde mücbir sebep kavramının aynı sonuçları doğurmamasının olumsuz etkisi burada davaya etki edebilecektir.<sup>8</sup> Bu duruma iyi bir örnek olarak; Alman Hukukunun sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına pek çok halde izin vermesine karşı Fransız Hukukunun tam tersi bir anlayışla uyarlamaya çok sınırlı hallerde izin vermesini verebiliriz.<sup>9</sup>

## 2. Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanış Süreci

Taraflar arasında bir sözleşme akdedileceği zaman bazı hususların göz önünde bulundurulması gereklidir. Bunların arasında en önemli olanı sözleşmenin tarafların isteklerini tam olarak yansıtmaması ve muhtemel bir uyuşmazlık halinde gerekli çözümleri içinde barındırmasıdır.<sup>10</sup>

Bugüne kadar genel olarak hazırlanan sözleşmeler üzerinde yapılan bir araştırma ile, tarafların sözleşmenin konusu ve ifa koşulları üzerinde anlaşarak müzakere ettikleri fakat ileride meydana gelebilecek risklere karşı herhangi bir hüküm oluşturmadıkları, bunun sebebinin ise bu süreçte herhangi bir aksilik ile karşılaşmayacaklarına inanmak istemeleri olduğu ortaya koyulmuştur.<sup>11</sup>

Fakat günümüz dünyasında ticari ilişkilerin uluslar arası boyutlar kazanmasıyla beraber artık taraflar sözleşmesel ilişkilere başlarken kar, zarar ve risk analizi yaparak ve dahi bu aşamalarda işlerinde uzmanlaşmış olan veri madencilerinden yardımlar alarak, bu analizlerin şekillendirdiği bir takım istekler doğrultusunda karşılıklı masaya oturmaktadırlar. Yani denilebilir ki geçmişe kıyasla artık bir ticari ilişkiye girilirken taraflar önlerini görebilmek adına pek çok yeni yöntem dahilinde çalışmaktadırlar. Veri kaydının ve iletişimin bu denli geliştiği bir çağda bu tip işlemler çok daha kolaylaşmıştır. Örneğin bir ticari satım sözleşmesinde emtia gemi ile sevk edileceği zaman hangi yolun hangi model gemi ile ve hangi dönemde daha az riskli olabileceği bir takım geçmiş dönem verilerinin karşılaştırılması ile kolaylıkla anlaşılacaktır. Bu doğrultuda taraflar risklerini en aza indirmek adına sözleşmelerinde bu şartları ihtiva eden bir hükme yer verecek ve akabinde daha az kapsamlı bir değişen durum klozu ile risk paylaşımını paylaşmamak kendi inisiyatiflerinde olacaktır.

<sup>5</sup> 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, Erişim: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>

<sup>6</sup> Schwenger, a.g.e., s.709

<sup>7</sup> Cemal Şanlı, Uluslar arası Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s. 37

<sup>8</sup> Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006, Baysal, a.g.e., Şanlı, a.g.e., Ugo Draetta/Ralph B. Lake/Ved P. Nanda, Breach and Adaptation of International Contracts

<sup>9</sup> Baysal, a.g.e., s.200

<sup>10</sup> Şebnem Akipek- Erkan Küçükgüngör, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2002, syf. 37

<sup>11</sup> TRAKMAN Leon E. , Declaring Force Majeure: Veracity or Sham?, Erişim 20.08.2008, <http://works.bepress.com/cgi?article:1003&context=leontrakman> aktaran Fatma İtir Bingöl, 2008,

Yayınlanmamış Doktora Tezi

Sözleşmelerin hazırlanmasından belki çok daha önemli olan aşama, sözleşmelerin müzakere edilmesidir. Bilindiği üzere sözleşmelerin müzakere aşamasında genelde güçlü tarafın dayattığı hükümlerin kabulü gerçekleşmektedir. Ticari anlamda zayıf olan ve bu sözleşmeyi yapma ihtiyacı doğmuş olan tarafa dayatılan hükümler karşısında sözleşmenin imzalanmaması riskini göze alamayan taraf bazı hükümleri aleyhine olsa da kabul etmek durumunda kalmaktadır. Bunun önlenilebilmesi için iki tarafın da çıkarları göz önünde bulundurularak hazırlanan model sözleşmeler veya model klozlar kullanmak bir çözüm olabilecektir.

Bütün bunların yanı sıra her sözleşme risk ihtiva eder. Hatta bazı sözleşmeler nitelikleri itibariyle tamamıyla bir riziko sözleşmesidir.<sup>12</sup> Özellikle uzun süreli ve uluslararası sözleşmelerde ilerleyen zamanlarda şartların değişmesi ihtimali çok daha yüksektir.<sup>13</sup> İki tarafın da tacir olduğu bu tip sözleşmelerde bu durumun ticari risk olarak değerlendirilmesi ve en profesyonel çözümlerin sağlanması gerektiği muhakkaktır. Değişen durum klozları üzerine yapılan bir inceleme de göstermektedir ki, uluslararası sözleşmelerde bu klozların kullanım sıklığı ulusal sözleşmelerin oldukça üzerindedir.<sup>14</sup>

Ayrıca risk paylaşımında sözleşmenin süresi de aynı şekilde etki gösterebilmektedir. Kısa süreli sözleşmelerde pazarlık konusunu sözleşmesel edim ve maddi karşılığı oluştururken uzun süreli sözleşmelerde ileride meydana gelebilecek denge bozuklukları ve ifa güçlüklerinin tam olarak takdir edilmesi oldukça güçtür ve bu defa bu risklerin paylaşılması pazarlık konusu olabilmektedir.<sup>15</sup>

### 3. Değişen Durum Klozlarının Faydaları ve Gerekliği

Sözleşmeler düzenlenirken aşırı ifa güçlüğü hallerinde dürüstlük kuralları ve iyi niyet ilkeleri doğrultusunda geliştirilen "clausula" doktrini uyarınca tarafların koruma altına alınacağı muhakkak olup asıl tartışılmalı olan bu korumanın farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde değişen kapsamıdır. Değişen durumlarda sözleşmenin akıbeti boyutunda uluslararası ticaret hukuku sisteminde henüz bir yeknesaklık sağlanamadığı için sözleşmeye bu klozlar konulurken oldukça iyi değerlendirmeler yapılmalıdır.<sup>16</sup>

Sözleşmenin imzalanmasından sonra değişen şartlar altında uyarılmanın gerekliliği söz konusu olduğunda buna ilişkin kanuni düzenlemelerin esas itibariyle eksikliği, bu olgunun farklı ülkelerde farklı sonuçlara bağlanmış olmasının getirdiği riskler, mahkeme masrafları, uzun süren dava süreçleri ile tarafların kaybettikleri zaman düşünüldüğünde bu klozların gerekliliği daha da netleşmektedir.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Joseph M. Perillo, Calamari and Perillo On Contracts, 2003, s. 514

<sup>13</sup> Bu tip riziko sözleşmelerine örnek olarak verilen Larrinaga davası ile durumu netleştirebiliriz, taraflar 1913 yılında Fosfat taşımacılığı için sözleşme yaparak edimin 1918 yılında, yani sözleşme akdedildikten 5 yıl sonra ifa edilmesini kararlaştırırlar. Fakat sözleşmenin imzalanmasından sonra patlak veren dünya savaşı ile borçlu yan aşırı ifa güçlüğüne düşmüştür. House of Lord bu durumda 5 yıl sonra ki bir edimin borçlanıldığı sözleşmenin kendisinin bir riziko sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir, Sir Guenter Treitel, Frustration and Force Majeure, Londra, 2004, s.457

<sup>14</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e, s.170

<sup>15</sup> Seçkin Topuz, Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, s.165

<sup>16</sup> Jennifer M. Bund, Drafting Advice for the Cisg Practitioner, Erişim: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html>, Çevrimiçi: 21.05.2010, s.1

<sup>17</sup> Topuz, a.g.e., s.165

Mücbir sebep meydana geldiğinde durumun iyi niyet kurallarına göre uyarlanması oldukça rahat olabileceken hardship söz konusu olduğunda burada ispat gücünün ve uyarılma zorluğu ortaya çıkabilecektir.<sup>18</sup>

Ayrıca sözleşmede, ihtilaf halinde başvurulacak mercii olarak resmi mahkemelerin seçilmesi halinde mahkemeler sözleşmede hüküm bulunmasa dahi iyi niyet kuralları çerçevesinde sözleşmenin uyarlanması yolunu seçebilmektedirler. Fakat ihtilafların çözüm yeri olarak tahkim makamları veya arabulucular tayin edildiğinde bazı uluslar arası nitelikli ihtilaflarda hakemlerin, uluslar arası sözleşmelerde değişen durumlara ilişkin kloz bulunmasının çok yaygın olduğunu, bu nedenle klozun yazılmadığı sözleşmelerde bilinçli bir seçim yapıldığı yönünde bazı uyarlamayı rededen olumsuz kararları mevcuttur.<sup>19</sup> Bu nedenle özellikle ihtilafların çözüm yeri tahkim mercii olarak öngörülmüşse sözleşmede değişen durum klozlarına yer verilmesi büyük önem taşımaktadır.<sup>20</sup>

Bunların yanı sıra sözleşmede tarafların serbest iradeleri iradeleri ile yer almış bir değişen durum klozu, tarafların öngöremediği ve kontrolleri dışında kalan bir engelle karşılaşmaları halinde edimler arası dengenin bozulması, bir tarafın aşırı ifa gücüne düşmesi durumlarında klozun nasıl uygulanması gerektiğini bütün aşamaları ile bildirebilecektir. Aksi durumda hakimin sözleşmeye müdahalesi, tarafların istemedikleri bazı durumların da ortaya çıkmasına sebep olabilecektir.

#### 4.2. Değişen Durum Klozlarının Niteliği

Çalışmamızın temelini oluşturacak şekliyle belirtmek gerekirse, bir sözleşmede işlem temelini çökmesiyle beraber ortaya çıkan iki temel kavram Mücbir Sebep (Force Majeure) ve Hardship olarak değerlendirilebilir.<sup>21</sup> Klasik anlamıyla mücbir sebep borcun ifasını imkânsız hâle getiren durumlar olarak ifade edilebilecekken, farklı bir kavram olup uygulamada sıklıkla karıştırılan hardship ise, borcun ifasını imkânsız hale getirmeyip de güçleştiren ve sözleşmenin uyarlanması imkânını veren durumlar olarak nitelendirilir. Çoğu zaman hardship'e bağlanan sonuçlar ile mücbir sebebe bağlanan sonuçlar paralellik göstermektedir.<sup>22</sup> Bu noktadan yola çıkarak incelediğimiz Uluslararası sözleşmeler ve ilkelerde mücbir sebep'e getirilen tanım ve sonuçlar değerlendirildiğinde klasik anlayıştan uzaklaşıldığı anlaşılmaktadır. Hardship için ise doktrinde iyi niyet kurallarının çocuğudur denilerek uygun bir yakıştırma yapılmıştır.<sup>23</sup>

Borçlar kanunumuzda "İfanın Mümkün Olmaması" başlıklı 117. madde hükmünde

*"Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur."* hükmü yer almaktadır. Burada klasik anlamıyla mücbir sebep öngörülerek, ifanın borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle imkansız hale gelmesi durumu ve sonucu düzenlenmiştir. Fakat Türk hukukunda beklenmeyen hallere ve bunların sözleşmeye etkisine ilişkin genel hükümler yer almamaktadır. Kanun koyucu bunun yerine sadece bazı

<sup>18</sup> Jennifer M. Bund, Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner

<sup>19</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s. 203

<sup>20</sup> Şanlı, a.g.e, s.39

<sup>21</sup> Rimke, a.g.e.

<sup>22</sup> Baysal, a.g.e., s. 125, Fatma İtir Bingöl, Uluslar arası Ticari Satımlarda Mücbir Sebep, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s. 177

<sup>23</sup> Hannes Rösler, Hardship in German Codified Private Law Compared to English Law, Cism and the Principles, s.

sözleşmeler bakımından özel hükümler düzenlemiştir. (Bk. M.82, 264, 282, 286, 344, 362-2, 517/1, 535/7)<sup>24</sup>

Bu aşamada özellikle belirtmek gerekir ki, hardship ile sonradan öğrenildiği için sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıktığı izlenimi yaratan “hata” kavramının karıştırılmaması gerekmektedir.<sup>25</sup> İmkansızlık ve aşırı ifa güçlüğü gibi hata da hataya düşen tarafı ifa yükümlülüğünden muaf duruma getirmektedir.<sup>26</sup> Hatanın sonucu, sözleşme yapılırken esaslı hataya düşen tarafın, Borçlar Kanunu'nun 23. maddesine gereği, o sözleşme ile bağlı olmaması durumudur. Hata, gerçekte istenilmemiş olan bir şeyin istenilmiş gibi beyan edilmiş olmasına bir sebep teşkil eder.<sup>27</sup>

Değişen durum klozları açıkça kurulabileceği gibi, bazı durumlarda bu tür klozların zımnen oluşturulduğu da kabul edilebilir. Bunun en belirgin örneği spekülatif sözleşmelerdir. Fakat öğretide, uyarılmanın yapılmayacağına dair açık açık hükme yer verilmesi halinde dahi uyarılmanın yapıldığı hukuk sistemimizde zımni bir uyarılma klozunun kabulünün ne kadar geçerli olduğu haklı olarak gündeme getirilmektedir.<sup>28</sup>

Öğretide Draetta tarafından değişen durum klozları için ikili bir ayırım yapma yoluna gidilmiştir;

- 1) Tarafların yükümlülüklerine ilişkin ekonomik değerleri koruma altına alan,
- 2) Sözleşmeyi değişen duruma uyarlamaya çalışan klozlar.<sup>29</sup>

Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında; fiyat ayarlama şartları ekonomik değerleri koruma altına alan değişen durum klozlarının uygulamada en sık rastlanılan örneğini teşkil eder.<sup>30</sup> Bu tür klozlarda sözleşme bedeli, bir parametreye veya endekse bağlanarak tarafların tekrar bir araya gelmesine ve konu üzerinde karar vermesine gerek olmaksızın belirli periyotlarda işletilen otomatik bir uyarılma kaydı altına alınmaktadır. Böylece oluşturulan sözleşme, sabit fiyat kayıtlı sözleşmelerin tam tersi bir işleve sahip olur. Hukukumuzda özellikle kira sözleşmelerinde ÜFE ve TÜFE'ye bağlanan kira bedeli, fiyat endeksi kaydının önemli örneklerinden birini oluşturmaktadır.

Taraflar belirlemiş oldukları bu fiyat ayarlama şartlarında baz alınan değerlerin fazlasıyla adaletsiz bir şekilde değişmesi durumunda tekrar bir araya gelerek yeni şartlarla sözleşmenin uyarlanması yönünde de anlaşmaya “düzeltici kayıt” koyabilirler.<sup>31</sup> Bu durum özellikle döviz kuru değişikliklerinde meydana gelebilecektir. Adaletsiz sonuçları önlemek amacıyla, taraflar döviz kuru değişikliklerine ilişkin bir alt veya üst sınır öngörebilirler.<sup>32</sup> Bu şekilde oluşturulan bir düzeltici kayıt sözleşme adaletinin sağlanmasına faydalı olacaktır.

Sözleşmelerde yer alan sabit fiyat kayıtları ise fiyat ayarlama kayıtlarının tam aksi bir durumuna örnek teşkil etmektedir.<sup>33</sup> Sabit fiyat kayıtlı sözleşmelerde taraflar değişen koşullarda dahi sözleşme bedelinin değişmeyeceğine yönelik iradelerini ortaya koymaktadırlar.

---

<sup>24</sup> Şanlı, a.g.e, s.38

<sup>25</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s.195

<sup>26</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s. 185

<sup>27</sup> Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, S.81

<sup>28</sup> Baysal, s.198

<sup>29</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e, s.172

<sup>30</sup> Baysal, s.195

<sup>31</sup> Topuz, s.168

<sup>32</sup> Bingöl, s.28

<sup>33</sup> Topuz, s.169

Öğretide risk paylaşımını öngören bir takım uyarılma hükümlerinin de değişen koşullar karşısında uyarlamaya maruz kalabileceği savunulmaktadır. Uygulamada da buna rastlamak mümkündür.<sup>34</sup> Hukuk düzeninde çok önemli bir yeri olan sözleşme serbestisi ilkesinin uygulamada bu şekilde yok sayılmasının kaynağını iyi niyet kuralının oluşturduğu kuşkusuzdur. Zira sözleşme serbestisi ve tarafların iradelerinin sınırını iyi niyet kuralları oluşturmaktadır.<sup>35</sup> Fakat bu tür kararları bir emsal olarak değerlendirerek somut olayın özellikleri incelenmeksizin, her benzer durumda bu şekilde karar verilmesinin ahde vefa ilkesi gereğince uygun olmayacağı görüşüdeyiz.

## 5. Değişen Durum Klozları Nasıl Yazılmalıdır?

### 5.1. Genel Olarak

Değişen durumlar karşısında gerek Mücbir Sebep gerekse de hardship klozları oluşturulurken 4 temel unsur ele alınır; Bunlar;

- 1) Klozların uygulanmasını başlatan olaylar,
- 2) Bu olayların taraf yükümlülüklerine etkisi,
- 3) Uyarılma öncesi öngörülebilir yükümlülükler,
- 4) Kloza bağlanan hukuki sonuçlardır.

Her iki kloz esas itibariyle ayrı oluşturulmayı gerektirse de uygulamada artık bir kloz içerisinde ikisinin de düzenlenmesi çok sık karşılaşılan bir durum haline gelmiştir.<sup>36</sup> Oysaki daha dikkatli ve özenle hazırlanacak sözleşmelerde ikisine de öngörülecek yükümlülükler ve bağlanacak sonuçlar açısından farklılık arz edeceği muhakkaktır. Bu sebeple biz her iki duruma ilişkin klozun sözleşme içerisinde ayrı ayrı yer almasının daha yerinde olacağı görüşüdeyiz.

### 5.2. Mücbir Sebep Klozlarının Oluşturulması

#### I. Klozun Uygulanmasını Başlatan Olaylar

Bir mücbir sebep klozu yazılacağı zaman tarafların öncelikle hangi olayların mücbir sebep teşkil edeceğini belirlemeleri yani mücbir sebep olgusuna bir tanım ve kapsam getirmeleri gerekecektir. Uluslararası ticari sözleşmelerde karşılaştığımız Mücbir Sebep klozları genel itibariyle öncelikle "Mücbir Sebep (force majeure)" kavramının tanımını içeren bir cümle ile başlamaktadırlar.

Seneler öncesinde Mücbir sebep klozlarının ilk örnekleri "Mücbir sebep tarafları işbu sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kurtarır." Şeklinde oluşturulmakta iken günümüzde ise taraflarca belirlenmiş belirli olguların listesini içeren çok daha detaylı bir yapıda hazırlanırlar.

<sup>34</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03.03.2005 E. 2004/14870 K. 2005/3171, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası) Yargıtay bu kararında "Taraflar arasında 10 yıllık kira sözleşmesinde taraflar kanuni ve iktisadi şartlarda bir değişiklik olduğunu ileri sürerek, kira bedelinin işbu mukaveledeki belirtilen miktarların fevkinde arttırılması isteğinde bulunmayacaklarını kararlaştırmışlardır. Sözleşmedeki bu hüküm tarafların uyarılma davası açmasına engel değildir. Sözleşmedeki bu kararlaştırmaya rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa kira bedelinin günün koşullarına uyarlanması istenebilir." Şeklinde karar vererek uyarılma hükmünün dürüstlük kuralları karşısında uyarılması durumuna bir örnek oluşturmuştur.

<sup>35</sup> Rösler, a.g.e, s. 12

<sup>36</sup> Baysal, a.g.e., s.202

Bu durumda başlangıçta verilen tanımı mücbir sebep teşkil edeceği düşünülen doğal afetler, savaş, yangın ve benzeri durumların sıralanması takip eder.<sup>37</sup> Madde içerisinde belirtilen bu tip durumların sınırlı sayıda olup olmadığı sözleşme maddesi içerisinde belirtilmesi gerekmektedir.<sup>38</sup> Genel itibariyle uygulamada örnek olabilecek bir takım olaylar sayılmakta ve benzeri olayların kabul edilebilirliği belirtilmektedir. Bu şekilde oluşturulan bir klotunda örnek olarak belirtilmeyen bir engel ortaya çıktığı takdirde bu engelin mücbir sebep klotunda sayılmış olan örnekler kapsamında olup olmadığı yorumlanması lazımdır. Doktrin burada tarafların iradesinin gereğinden fazla daralabileceğini veya genişletebileceğini eleştirmektedir.<sup>39</sup> Aşağıda yer alan şekilde olguların sıralanması yeterli olabilecektir;

*“Taraflar, Doğal Afetler (yangın, sel, deprem, fırtına, kasırga ya diğer doğal afetler dahil olmak üzere), savaş, istila, yabancı düşmanların faaliyetleri, düşmanlıklar (savaş ilan edilsin ya da edilmesin), iç savaş, isyan, devrim, ayaklanma, askeri hareket ya da el koyma, terör faaliyetleri, kamulaştırma, yaptırım, blokaj, ambargo, iş anlaşmazlığı, grev, iş kapatımı ve benzeri durumlar dahil olmak üzere ancak bu durumlarla sınırlı olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirememeleri halinde sorumlu tutulamazlar..”*

Klot hazırlanırken yazılacak her bir olayın iyi düşünülerek değerlendirilmesi lazımdır. Örneğin bu türde olan olaylardan “terör faaliyetlerini” değerlendirmek gerekirse, uluslar arası satımı ihtiva eden bir sözleşmede “terör faaliyetleri” tanımı her iki ülke için farklılık arz edebilir.<sup>40</sup> Bu örnekte sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında “terör faaliyetleri” tanımı taraflarca müzakere edilmeli ve klot yazılırken bu doğrultuda anlaşma sağlanmalıdır.

Mücbir sebep klotu ile beklenmeyen durum klotunun uygulanmasını başlatacak olan olayların aynı olabileceği muhakkaktır. Burada hangi klotun uygulanması gerekeceği olayın ifa üzerinde meydana getirdiği etki ile belirlenebilecektir. İfa imkansızlaşmış ise (geçici bir engel de dahil olmak üzere) mücbir sebep, ifa aşırı güçleşmiş ise beklenmeyen durum klotunun uygulanması gerekecektir kanaatindeyiz.

Mücbir sebep klotlarında olayın gerçekleştiğine dair resmi mercilerden veya meslek birliklerinden yazı alınarak en kısa zamanda gönderilmesi gerekliliği belirtildiği takdirde, taraflar arasında işlem güvenilirliği daha sıkı şartlarla sağlanmış olacaktır.

## **II. Olayların Tarafların Yükümlülüklerine Etkisi**

Mücbir sebep olarak klotun uygulamasını başlatan olayların tarafların yükümlülüklerine etkisinin imkansızlık boyutunda olması gerekmektedir. Fakat eski Roma günlerinden bu yana “imkansızlık” olgusuyla artık tam anlamıyla karşılaşılabilir olmuştur.<sup>41</sup> Bu nedenle uygulamada mücbir sebep ve hardship artık iç içe değerlendirilmektedir. Biz bu çalışmamızda mutlak kesin vadeli işlemlerde veya parça borçlarında olabileceği gibi imkansızlığın gerçek anlamıyla yerini bulduğu olguları mücbir sebep diğerlerini ise hardship olarak ayırıp nitelendirmekteyiz.

<sup>37</sup>Rimke, a.g.e. s.22, Şemsi Barış Özçelik, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009,s.106

<sup>38</sup> Baysal, a.g.e., s.201

<sup>39</sup> Beitzke s.1751’den aktaran Özçelik, a.g.e.,s. 107

<sup>40</sup> Bknz. İbrahim Kaya, Terörle Mücadele ve Uluslar arası Hukuk, Ankara, 2005

<sup>41</sup> Schwenzer, a.g.e.

Mücbir sebep olayı ile borcun ifa edilmemesi arasında uygun illiyet bağının bulunması klozun hükümlerinden faydalanmak için bir zorunluluktur, salt bir olayın meydana gelmiş olması tarafların yükümlülüklerinden muaf tutulmaları için yeterli olamaz. Bu durum klozun metni içerisinde de mutlaka belirtilmelidir. Eğer muafiyet talep eden taraf olayın etkilerinin üstesinden gelebilecekken gelmemişse bu durumda sorumluluktan muaf tutulması düşünülemez.<sup>42</sup>

Fakat sözleşmede mücbir sebep olarak nitelendirilen olayların sözleşmeye konu edimi ne şekilde etkilediği ve gerçekten genel kabulde olduğu üzere edimin ifasının imkansız hale gelip gelmediğinin kabulü son derece zordur. Söz gelimi edimi çeşit borçlardan oluşan bir sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkan mücbir sebebin borcun çeşit borç olması sebebiyle borçlunun borçtan kurtulup kurtulmadığı noktasında tereddütler ortaya çıkabilir.<sup>43</sup> Zira taraflardan biri borçlanılan çeşit her zaman temin edilebileceğinden ifanın imkânsızlaşmadığını iddia edebilir.

Doktrinde ifa tamamen imkansızlaşmasa dahi bunun teknik anlamda imkansızlık kavramına dâhil edilmesinin gerekliliğini belirten görüşler çoğunluktadır.<sup>44</sup> Biz bu görüşe katılmayarak, borcun tamamıyla imkansızlaşmadığı her durumun hardship kavramına dahil edilmesi gerektiğine inanıyoruz.

### III. Mücbir Sebep Klozu ile Öngörülebilir Yükümlülükler

#### i. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü

Mücbir sebep klozlarının içeriğinde bulunan olaylardan biri gerçekleştiğinde ifa borçlusu mümkün olan en kısa sürede mücbir sebep durumunu ve ifa kabiliyetini yitirdiğini ifa alacaklısına bildirmelidir. İfa alacaklısının bu durumdan haberi olması zararı azaltıcı bir tedbir varsa alması açısından son derece büyük önem arz eder.<sup>45</sup> İfa borçlusu bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği veya geciktiği takdirde ifa alacaklısının bu nedenle uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulmalıdır. Örnek şu şekilde düzenlenebilir;

*“Alıcı mücbir sebep durumunu ve ifa kesintisine ilişkin tahmini süreyi Müşteriye derhal bildirmek ile yükümlüdür. Alıcı, haklı neden olmaksızın bildirimde bulunmadığı takdirde satıcı nezdinde meydana gelecek her türlü zararı tazminle mükelleftir.”*

Ayrıca ifanın imkansızlaşmasına sebep veren engel geçici engel niteliğinde ise bu durumun ne kadar devam edeceğinin de ifa alacaklısına bildirilmesi yönünde yükümlülük öngörülmesi yerinde olacaktır.

#### ii. Yeniden Müzakere Etme Yükümlülüğü

Modern mücbir sebep klozlarında yer alan yeniden müzakere şartı gün geçtikçe uygulamada önem kazanmaktadır. Artık uygulamadan mücbir sebep durumlarında da beklenmeyen duruma özgü birer sonuç olan uyarılma veya yeniden müzakere yaptırımlarının öngörüldüğüne sıklıkla rastlanmaktadır.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Özçelik, a.g.e., s.108

<sup>43</sup> Özçelik, a.g.e., s.109

<sup>44</sup> Özçelik, a.g.e., s.109 dipnot no:319

<sup>45</sup> Oğuzman/Öz, s.431

<sup>46</sup> Baysal, a.g.e., s.203

Taraflar mücbir sebep klozlarını kaleme alırken meydana gelen durumda oluşacak olan ihtilafın giderilmesi için yeniden müzakere süreci yerine tahkim ve benzeri uyuşmazlık çözüm yolları da öngörebilirler.<sup>47</sup> Genel bir örnek aşağıda ki şekilde düzenlenebilir;

*“Madde metninde belirtilmiş olan mücbir nedenlerden herhangi birinin vukuu halinde ifanın imkansızlaşmasını takiben taraflar bir araya gelerek sözleşme koşullarını yeniden müzakere etmekle yükümlüdürler.”*

### iii. Sözleşme Edimini Sigorta Etme Yükümlülüğü

Özellikle sözleşme ediminin taraflarca spesifik bir şekilde belirlenmiş olduğu durumlarda, ifa alacaklısı bu edimin sigorta ettirilmesi doğrultusunda bir yükümlülük öngörebilir. Zira parça satımında bedel hasarına ilişkin Borçlar Kanunu 183/1 maddesi uyarınca halin icabından veya özel şartlardan doğan istisnalar haricinde, satılan şeyin yarar ve hasarı sözleşmenin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer.

Uluslar arası sözleşmelerde de uygulanacak hukuk olarak Türk hukuku seçildiği veya örneğin FOB kayıtlı anlaşmaların yapıldığı durumlarda bu kuraldaki riski bertaraf etmek isteyen ifa alacaklısı edimin ifa borçlusunca sigorta ettirilmesini bir yükümlülük olarak kloza yansıtabilir. Bir alım-satım sözleşmesinde sigorta yükümlülüğüne ilişkin düzenleme şu şekilde yapılabilir;

*“Satıcı, satmış olduğu mal veya hizmeti, teslim edilme anına kadar oluşabilecek her türlü zarar ve ziyana karşı, yeterli şekilde sigortalatmayı, aksi takdirde oluşacak zarar ve ziyandan alıcının sorumluluğuna gidilemeyeceğini kabul beyan ve taahhüt eder.”*

Ayrıca bir inşaat sözleşmesinde inşaat sahibinin, belirli bazı riskler için sigorta yaptırması yükümlülüğü öngörülebilir.<sup>48</sup>

Emsal teşkil etmesi açısından değerlendirilecek olursa, Alman İfa Engelleri hukuku incelendiğinde alacaklı ikame değer talebinde bulunur ise karşı edimini yerine getirmek zorunda olduğu hususunun eklenmiş olduğunu görürüz. Bunun yanı sıra ikame değer asıl borçlu ediminden düşük ise alacaklının karşı ediminin de bu oranda düşürülmesi gerekliliği düzenleme altına alınmıştır.<sup>49</sup>

## IV. Mücbir Sebep Klozuna Bağlanan Hukuki Sonuç

Mücbir sebep durumunda ifade bulunamayan tarafa herhangi bir tazminat yükümlülüğü öngörmek şüphesiz iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecektir.

Mücbir sebep klozlarında ifa edememe durumunun imkânsızlıkla neticelenen olayların bir sonucu olmasına bağlı olarak sözleşmeden dönme yoluna gidilmesi gerekecektir. Bu durumda sorumluluktan kurtulan ifa borçlusu aleyhine herhangi bir tazminat yükümlülüğünün de doğmuyor olması mücbir sebep doktrininin en belirgin özelliğini teşkil eder. Böylece mücbir sebebin meydana gelmesi ile ortaya çıkan risk tamamıyla karşı taraf üzerinde kalmaktadır.<sup>50</sup> Bu noktadan sonra alacaklı artık aynen ifayı isteyemez, borçlu da borçlanmış

<sup>47</sup>Rimke, s.24, Özçelik, a.g.e., s.113 dipnot:330

<sup>48</sup>Perillo, a.g.e., s.519

<sup>49</sup>Rona Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHFEM,Cilt LVIII, Sayı 1-2, Yıl 2000, s. 241

<sup>50</sup>Rimke, a.g.e., s.23

olduğu sözleşme edimini yerine getirme borcundan kurtulmuş olur.<sup>51</sup> Sorumluluktan kurtulma kavramına cezai şartların da dahil olduğunu önemle belirtmek gerekir.<sup>52</sup>

Bunun yanı sıra sözleşme ediminin mümkün kıldığı durumlarda tarafların yeniden müzakere ederek, sözleşmeyi yeni koşullara uyarlayarak devam ettirmeleri de mümkündür. Zira ifanın imkansızlaşması ile borç sona ererken sözleşme sona ermemektedir.<sup>53</sup>

Alacaklı, borçlunun imkansız hale gelen edim yerine elde ettiği ikame değerini veya böyle bir değere ilişkin talep hakkının kendisine devrini talep ederek, klozu bu şekilde de hukuki sonuca bağlayabilir.<sup>54</sup>

### 5.3. Hardship Klozlarının Oluşturulması

#### I. Klozun Uygulanmasını Başlatan Olaylar

Uygulamada oluşturulan hardship klozları ekonomik, teknik ve siyasi durum değişikliklerine ilişkin riskleri kapsamaktadır.<sup>55</sup> Özellikle ülkemizde büyük bir risk teşkil eden fiyatlardaki dalgalanmalara karşı da sözleşme tarafları hardship klozları yoluyla tedbir almaktadırlar.<sup>56</sup>

Taraflar “sözleşmenin esasına ilişkin durumların temelden değişmesi” gibi genel bir ifade kullanabilecekleri gibi daha somut ve sözleşmenin niteliğine göre çeşitlilik gösterebilen farklı durumlar da belirleyebilirler.<sup>57</sup>

*“Taraflarca öngörülmesi ve aşılması mümkün olmayan, beklenmeyen bir durum sebebi ile tarafların aşırı ifa güçlüğüne düşmesi durumunda, iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde taraflar bir araya gelerek sözleşme koşullarını yeniden müzakere etmekle yükümlüdürler.”*

Eğer hardship klozlarına genel hukuk çerçevesinden daha geniş bir anlam yüklenilmesi isteniyorsa, kloz genel ifadelerle yazılmayarak, sözleşmenin niteliğine göre özellik arz edebilecek bir takım rizikolarda tek tek sayma yöntemi ile belirlenmelidir.<sup>58</sup>

Hardship kavramı alışlagelmiş mücbir sebep kavramına göre daha geniş olayları da içerebileceği için ifa sürecinde ortaya çıkabilecek pek çok engel bu kapsama dahil edilebilir. Bu engellerin neler olabileceğinin oluşturulması sürecinde sözleşmenin türü, süresi, sözleşme konusu edimin niteliği yada ilgili sektörlerde sıklıkla karşılaşılan engeller gibi unsurlar sözleşmeden sözleşmeye farklılık ve çeşitlilik arz ederler.<sup>59</sup> Örneğin inşaat sözleşmeleri bu kapsamda oldukça çeşitli hükümlerin oluşmasına temel olabilecek niteliktedirler, o kadar ki inşaat sözleşmelerinin uyarlanmasına, İtalya ve İsviçre gibi bazı ülkeler özel önem göstererek kanuni düzenleme altına almışlardır.<sup>60</sup>

Burada listeleme yapılırken bazı spesifik olaylara da yer verilmesi her ne kadar olay öngörülerek hüküm meydana getirilmiş hissini uyandırsa da asıl olan öngörülemezliğin,

<sup>51</sup> Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 261

<sup>52</sup> Schwenzer, a.g.e.

<sup>53</sup> Özçelik., a.g.e., s. 56

<sup>54</sup> Özçelik, a.g.e., s.66

<sup>55</sup> Baysal, a.g.e., s.201

<sup>56</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s.174

<sup>57</sup> Baysal, a.g.e., s.195, Farnsworth a.g.e.,s. 678

<sup>58</sup> Perillo/Kalamari, a.g.e.,s.550, Farnsworth, a.g.e.,s. 676, Ewan McKendrick, Chitty On Contracts, Londra, 2004, s. 898

<sup>59</sup> Özçelik, a.g.e., s.104

<sup>60</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s.181

ihimal verilen olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine, ne zaman gerçekleşeceğine ve sonuçlarına ilişkin olmasıdır.<sup>61</sup>

Mücbir sebep olaylarında olduğu gibi hardship klozunu da kaleme alırken ileride gerçekleşmesi muhtemel her bir rizikonun eksiksiz olarak öngörülebilmiş olması düşünülemez. Bu durumda doktrinde "ejusdem generis (aynı tür)" isimli ilkenin göz önünde bulundurulması gerekliliği belirtilmektedir. Bu ilke doğrultusunda rizikoları sayarken "ve benzeri" niteliğinde geniş bir ifade kullanılırsa sayılan rizikolara benzeyen durumların haricinde kalan rizikoların beklenmeyen durum kapsamına dahil edilemeyeceği, bu sebeple öngörülen rizikoları sayarken "sınırlı sayıda olmamak üzere" ibaresinin eklenmesi gerekliliği vurgulanmıştır.<sup>62</sup>

## II. Olayların Taraf Yükümlülüklerine Etkisi

Hardship klozlarında öngörülen olayların taraf yükümlülüklerine etkisi mücbir sebep klozlarıyla farklılık arz etmekte olup daha detaylı bir incelemeyi gerektirir. Burada, mücbir sebepte olduğunun aksine tarafların ifa yükümlülükleri açısından bir "imkansızlık" söz konusu değildir. Meydana gelen olay bir tarafın aşırı derecede ifa güçlüğüne düşmesine sebebiyet vermiş olmalıdır.

Bu olaylar sözleşme yapılırken mevcut olan ve sözleşmenin ifası aşamasında da mevcut halini koruyacağına inanılan durumda büyük değişiklikler meydana getiren olaylardır. Hardship klozlarının uygulamasını başlatan olaylar açısından öngörülemezlik kıstası mücbir sebep klozlarına kıyasla doktrin ve uygulamada çok daha fazla tartışmaya neden olmaktadır. Bu durum için en yaygın beklenmeyen durum olarak döviz ile borçlanılan sözleşmeler açısından, aniden patlak veren bir ekonomik kriz ile yükselen kurlardan etkilenen borçlunun durumunu örnek olarak verebiliriz.

Bu ve benzeri durumlarda, özellikle de borçlunun tacir olduğu sözleşmelerde, meydana gelen krizin gerçekten öngörülemez olup olmadığı sorusunu yanıtlamak için her olaya özgü farklı durumlar uzman bilirkişiler marifetiyle değerlendirilmelidir.<sup>63</sup> Somut olay adaletinin ancak bu şekilde sağlanması mümkün olacaktır.

Hardship klozlarında engelin ne zaman başladığının ve edimler arası dengenin ne zaman bozulduğunun tespiti önemlidir.<sup>64</sup> Bu aşamada sözleşme akdedildiği anda var olan imkânsızlığın etkisi de tartışılmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, imkansızlık sözleşmenin imzalandığı anda var olsa dahi muaf tutulabilmek için imza anında bunun bilinmiyor olduğunun ispatı yeterli olacaktır.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s.181

<sup>62</sup> Perillo, a.g.e.,s.550, Farnsworth,a.g.e. s.676

<sup>63</sup> Y.H.G.K., E.2003/13-599, K.2003/599, T. 15.10.2003, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası "Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşulamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Şubat 2001 krizinden bir ay önce taşınmazda kiracı olarak oturmakta iken üstelik bir müzayaka olmadan yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması, basiretli bir tacir olarak davranmadığını göstermektedir. Bu itibarla tacir olan davacı yönünden, uyarılmanın temel koşullarından biri olan "Sonradan ortaya çıkan olguların tahmin edilemez nitelikte olması veya olgular tahmin edilebilmekle birlikte, bunların sonuçlarının somut olaya etkilerinin bu derecede ağır olabileceğinin öngörülememiş olması" unsuru gerçekleşmemiştir."

<sup>64</sup> Schwenger, a.g.e.

<sup>65</sup> Farnsworth,a.g.e., s.662

Ayrıca ifa güçlüğü'nün kısmi ifa imkansızlığı olarak ortaya çıktığı durumlarda meydana gelecek ihtilafların önüne geçmek amacıyla hardship klozuna bu doğrultuda da açıklayıcı bir hüküm konulması faydalı olacaktır.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer durum olarak eğer aşırı ifa güçlüğü ve hatta mücbir sebep klozları açısından ifa imkansızlığı durumları borçlunun kusurlu bir davranışı ya da eylemlerinden sorumlu olduğu ifa yardımcılarının davranışından kaynaklanıyorsa borçlu artık bu klozun korumasından yararlanamamalıdır. Bu durumda kloz metnine ispat yükü aşağıdaki şekilde yazılabilir;

*“ hardship klozunun uygulanmasını talep eden taraf, sözleşmenin akdedilmesi sırasında göz önünde bulundurulması kendisinden beklenemeyecek ve kendi kontrolü dışında gelişen bir olaydan dolayı sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin son derece güçleştiğini ispat etmekte yükümlüdür.”*

Hardship kabul edilen olayların hardship olup olmadığının ve bu olayların taraf yükümlülüklerine etkisini taraf yükümlülüklerine etkisinin değerlendirmesi için 3.bir kişinin yetkilendirilmesi de mümkündür.<sup>66</sup> Böylece bu konuda ortaya çıkabilecek bir ihtilafın halli ile zaman kaybı yaşanmayacaktır.

Bir olayın öngörülemez olması ile tarafların kontrolü dışında kalması aynı şey değildir. Bu nedenle klozun içerisinde ikisinin de ayrı ayrı belirtilmesi gerekliliği vardır.

### **III. Hardship Klozu İle Öngörülebilecek Yükümlülükler**

#### **i. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü**

Hardship klozları kapsamında muafiyet talep eden taraf ifasında gecikme olacağını veya kısmi ifade bulunabileceğini karşı yana ihbar etmekle yükümlü tutulmalıdır. Bunu takiben bir taraf bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediğinde bunun sonuçlarının neler olacağı da açık bir dille düzenlenmelidir.<sup>67</sup> Taraflar hardship klozlarında bildirimde bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesine karşın uygulanabilecek etkin bir çözüm olarak bu klozun uygulanamamasını tercih edebilirler.<sup>68</sup> Böylece ihbarda bulunarak ifa yükümlülüğünden kurtulacak olan sözleşme borçlusu haklı bir nedeni olmaksızın ihbarda bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği durumda bu kloz ile elde edebileceği muafiyetten mahrum kalacaktır. Bunun yanı sıra mücbir sebep klozlarında olduğu gibi İfa borçlusu bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği veya geciktiği takdirde ifa alacaklısının bu nedenle uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulabilir.

Hardship oluşturan engel eğer geçici nitelikte ise ifa borçlusu olan taraf ifa engelinin tahmini ne kadar süreceğini de ifa alacaklısına bildirmelidir.

#### **ii.Yeniden Müzakere Etme Yükümlülüğü**

Hardship klozlarında, tarafların ihtilaf halinde durumu mahkemeye taşımadan önce bir araya gelerek yeniden müzakere etme ile yükümlü oldukları kararlaştırılabilir. Yeniden müzakerelere girişmek hususu taraflarca gerçekleştirilmesi gereken bir ödev olarak öngörülebileceği gibi, bir yükümlülük olarak da belirlenebilir. Yükümlülük olarak belirlenmesi

<sup>66</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s.196

<sup>67</sup> Farnsworth, a.g.e., s.677

<sup>68</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s. 196

halinde yeniden müzakereye iştirak etmeyen taraf aleyhine tazminat borcunun doğması kararlaştırılabilir.<sup>69</sup>

Yeniden müzakere sonuç itibariyle her şekilde sözleşmenin uyarlanması sonucuna bağlanmış değildir. Bu durum sözleşmeyi düzenleyenlerin takdirindedir, yeniden müzakere girişimleri olumsuz olarak sonuçlanırsa sözleşmenin feshedileceği şeklinde bir sonuç da bağlanmış olabilir. Bunun dışında müzakere sürecinin olumlu sonuçlanması demek zaten tarafların aldıkları yeni kararlar çerçevesinde sözleşmeyi uyarlayarak ayakta tutmuş olmaları demektir.

Eğer kloz ile taraflara bir yeniden müzakere ödevi yükletilmiş veya uyarlama usulü öngörülmüş ve bunlar için belirli bir süre tayin edilmişse tayin edilen bu süre zarfında sözleşmenin akıbetinin ne olacağı düşünülmelidir. Doktrinde katıldığımız görüşe göre sözleşmenin bu aşamada askıda olarak değerlendirilmesi gerekliliği belirtilmektedir.<sup>70</sup>

#### **IV.Hardship Klozuna Bağlanan Hukuki Sonuç**

Hardship klozuna bağlanan hukuki sonuç kapsamında olması gereken sözleşmenin uyarlanmasıdır, sözleşmenin sona erdirilmesi istisnai olmalıdır.<sup>71</sup> İfa zamanının ertelenmesi ya da süre uzatımı şeklindeki hukuki sonuçlara yer verilmesinin yanında bir uyarlama sürecinin öngörülmesi hardship klozlarında en sık rastlanan sonuçtur. Bunun yanı sıra erteleme için bir üst sınır verilebilir ve bu üst sınır aşıldığında sözleşmenin sonlandırılması yoluna gidileceği öngörülebilir.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını taraflar kendi aralarında gerçekleştirebilecekleri gibi tarafsız üçüncü bir kişinin veya devlet mahkemelerinin uyarlaması yönünde de irade beyan edebilirler.<sup>72</sup>

Hardship klozlarında ifa alacaklısı zararının riskini üzerine alıp beklemeyi tercih ettiği takdirde aynen ifada da ısrar edebilme şansına sahip olabilir.<sup>73</sup>

Sonuç itibariyle hardship klozlarının hukuki sonucu genelde sözleşme hükümlerinin revize edilmesidir ve bu revizyonun içeriği kloz metni ile tarafların anlaşmasına bırakılır. Uyarlama yapılamadığı takdirde ise sözleşmeden dönme veya fesih yoluna gidilmesi tercih edilebilir.

#### **5. CISG Kapsamında Değişen Durum Klozlarının Durumu**

Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2.4.2009 tarih ve 5870 Sayılı Kanunla<sup>74</sup>, Türkiye'nin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'na katılımını uygun bulmuştur. Bu tarihten itibaren Anayasamızın 90. Maddesi uyarınca CISG pozitif hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

<sup>69</sup> Baysal, a.g.e., s.195

<sup>70</sup> Draetta/Lake/Nanda, a.g.e., s. 198

<sup>71</sup> Schwenger, a.g.e.,

<sup>72</sup> Şanlı, a.g.e., s.37

<sup>73</sup> Rona Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2002, s. 211

<sup>74</sup> Resmi Gazete, 14.4.2009

Uluslar arası ticari sözleşmelerde, özellikle de Türkiye'nin CISG'e taraf olmasıyla beraber Uluslar arası mal satımına ilişkin olanlarda Mücbir Sebep ve Hardship klozlarının oluşturulması önem kazanmaktadır.<sup>75</sup>

CISG hükümleri kapsamında borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcunu ifa edememesi durumu Borçlar kanunumuzdan farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Fakat CISG 79 ile oluşturulan bu düzenlemenin tarafların sözleşme ile kararlaştırmış oldukları sorumluluk rejimini etkilemediği göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>76</sup>

Sadece sözleşmesel rizikonun dağılımının sözleşme hükümleri ile kararlaştırılmış olmadığı durumlarda CISG md. 79 devreye gireceği için biz bu çalışmamızda CISG'de yer alan düzenlemenin detaylarına yer vermiyoruz.

## 6.Model Sözleşmeler ile Öngörülen Klozlar

Uluslar arası ticari ilişkilerde model sözleşmelerin kullanılması oldukça yaygındır.<sup>77</sup> Bu standard sözleşmeler bazen bir birlik tarafından hazırlanmakta olup çoğu zaman ise büyük şirketlerin avukatları tarafından hazırlanarak ekonomik olarak daha güçsüz olan tarafa imzaya sunulmaktadır. Birliklerce hazırlananlara örnek olarak GAFTA (Grain and Feed Trade Association) ve FOSFA (Federation Of Oils, Seeds and Fats) verilebilir.

Ayrıca bilindiği üzere işlem temelinin çökmesi inşaat sözleşmeleri açısından büyük önem arz etmekle beraber uyarlamaya ilişkin FIDIC model sözleşmesinde sunulan çözümlerin oldukça detaylı bir içeriğe sahip olduğunu da belirtmek gerekir.

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)'nin 421 numaralı yayınında mücbir sebep/hardship klozları konusunda örnek birer kloz yayınlanmıştır, bu klozlar incelendiğinde sözleşmenin uyarlanmasının sonuç olarak düzenlenmediği görülmektedir.<sup>78</sup>

ICC hardshipe ilişkin olarak oluşturduğu model klozunda tarafların makul bir süre içerisinde yeniden müzakere etme ödevi ile yükümlü olduklarını belirtmiştir.<sup>79</sup>

Taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak Unidroit ilkelerini de belirleyerek anlaşabilirler. Bu ilkeler kapsamında herhangi bir standard form ya da model kloz öngörülmemesine karşın sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçildiğinde Force majeure ve Hardshipe ilişkin ilkeler de belirlenmiş olacaktır. Genelde CISG'e taraf ülkelerde akdedilen sözleşmelerde Unidroit ilkelerine yapılan atıf ile CISG'in beklenmeyen duruma ilişkin boşluğu doldurulmaktadır.<sup>80</sup>

Model sözleşmelerle oluşturulan klozlar genel yapıları itibariyle incelendiklerinde büyük ölçüde birbirlerine benzerlik göstermektedirler. İlgili maddelerde öncelikle "*Pacta Sunt Servanda*"nın tanımına ve önemine yer verildiği görülür. İfanın bir taraf için zorlaşmış olması gerçeği hiçbir zaman sözleşmenin uyarlanması için yeterli görülmemeyerek, farklı kavramlarla ifade edilse dahi, "aşırı ifa güçlüğü" uyarlamaya için bir ön koşul olarak aranmıştır. Her zaman

<sup>75</sup> Rösler, a.g.e., s.1

<sup>76</sup> Yeşim Atamer, Uluslar arası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s.455

<sup>77</sup> Rimke, a.g.e., s.24

<sup>78</sup> Rimke, a.g.e., s.24

<sup>79</sup> Schwenger, a.g.e.

<sup>80</sup> Bund, a.g.e.

için ifa güçlüğü oluşturan durumun engellenemez olmasının yanı sıra öngörülemez olması da şart koşulmuştur.<sup>81</sup>

## 7. SONUÇ :

İç hukukumuzda olduğu gibi uluslar arası hukukta da taraflar, sorumluluklarını gerektirmeyen bir sebeple ifa imkansızlığına veya aşırı ifa güçlüğüne düştükleri durumlarda hukuk sistemlerince bir koruma altına alınabilirler. Ama bu korumaların düzeyi ve yeterliliği sözleşmeye uygulanacak hukuka göre farklılık gösterebilecektir.

Özellikle küreselleşen dünyada iletişimin ve ticaretin gittikçe uluslar arası nitelik kazanmasıyla beraber gelişen uzun süreli sözleşmelerin, farklı ülkelerde yer alan ekonomik ve politik düzenlemelerde meydana gelebilecek her türlü değişiklikten etkilenme ihtimalleri çok yüksektir. Tarafların dikkatle ve özenle hazırlayacakları değişen durum klozları bu ticari ilişkileri garantiye almak noktasında en etkili çözüm olacaktır.<sup>82</sup>

Uluslar arası ticarete faaliyette bulunan tacirlerin her türlü risk unsurlarını son derece dikkatle değerlendirerek en uygun klozları kaleme almaları tavsiye edilmektedir.

Değişen durum klozları kaleme alınırken sözleşmenin türü ve sözleşme konusu ifaya ilişkin meydana gelebilecek riskler dikkatle değerlendirilmeli; gerek mücbir sebep gerekse de hardship uygulanmasını başlatacak olaylar sıralanırken bu risklere özellikle yer verilmelidir. Eğer ifa engeli oluşturan olaylara değişen durum klozları içerisinde yer verilmiş olursa, ihtilaf halinde zaten sözleşme klozu öncelikle uygulanacağı için çeşitli tartışmaların ve zaman kaybının yolu kapatılmış olacaktır.<sup>83</sup>

Bunun yanı sıra ifa alacaklısının zararının en aza indirgenebilmesi için kloz ile oluşturulacak yükümlülüklerinde özenle hazırlanması faydalı olacaktır. Kloza bağlanan hukuki sonucun da klozun uygulanacağı durumlarda ihtilafa mahal vermemek açısından son derece açık ve net olmasına dikkat edilmelidir.

---

<sup>81</sup> Schwenger, a.g.e.

<sup>82</sup> Rimke, a.g.e.

<sup>83</sup> Ewan McKendrick, Contract Law, Oxford,2004, s. 878

## KAYNAKÇA

- AKİPEK Şebnem  
KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan : Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2002
- ARAT Ayşe : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006
- ATAMER Yeşim :Uluslar arası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005
- BAYSAL Başak : Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2009
- BİNGÖL Fatma İtir : İzmir, 2008, Yayınlanmamış Doktora Tezi
- BUND Jennifer M. : Drafting Advice for the Cisg Practitioner,  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html>, Çevrimiçi:  
21.05.2010
- DOUDKO Alexi G. : Hardship in Contract
- DRAETTA Ugo : Breach and Adaptation of International Contracts  
LAKE Ralph B.  
NANDA Ved P.
- FARNSWOTH E.Allan : Farnsworth On Contracts, Newyork, 2004
- KAYA İbrahim : Terörle Mücadele ve Uluslar arası Hukuk, Ankara, 2005
- MCKENDRICK Ewan : Contract Law, Oxford,2004
- MCKENDRICK Ewan : Chitty On Contracts, Londra, 2004
- ÖZÇELİK Şemsi Barış :Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009
- PERILLO Joseph M. : Calamari and Perillo On Contracts, Minesota, 2003
- 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,  
Erişim:<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>
- RÖSLER Hannes :Hardship in German Codified Private Law Compared to English Law, Cisg and the Principles
- SCHWENZER Ingeborg : Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts

- SEROZAN Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2002
- SEROZAN Rona : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007,
- SEROZAN Rona : Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHFM,Cilt LVIII, Sayı 1-2, Yıl 2000
- ŞANLI Cemal : Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005,
- TOPUZ Seçkin : Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale
- TREİTEL Sir Guenter : Frustration and Force Majeure, Londra, 2004,

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