

HARDSHIP KAVRAMININ ESER SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ ÜZERİNE HUKUKÎ MÜTALÂA

Av. Prof. Dr. Kemal DAYINLARLI
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

§1. İŞVEREN İLE X A.Ş. ARASINDA İMZALANAN SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. Sözleşme Konusu İşin Tarifi ve Kapsamı

İşin tarifi Bölüm 4’de aynen aşağıdaki gibidir:

“İşbu SÖZLEŞME kapsamındaki İŞ, İDARE ile İŞVEREN arasında A Projesi İşleri için imzalanan sözleşme (ANA SÖZLEŞME) kapsamında inşa edilecek olan muhtelif binalar ile, muhtelif altyapı ve üstyapı inşaat işlerinin “anahtar teslimi götürü” usulde yani inşaat, mekanik ve elektrik malzeme temini, imalat, inşaat, testler, devreye alma, birtakım detay mühendislik ve “as-built” hizmetleri, yapılan işlerin İŞVEREN’e ve İDARE’ye kabul ettirilmesi ve teslimi ve garanti periyodu süresince X A.Ş. yükümlülüğünde bulunan bütün hizmetlerin ifası da dahil olmak üzere yapımını kapsar.”

İşin kapsamı ise Bölüm 4’de ayrıntılı biçimde ifade edilmiş ve A,B,C paketleri halinde gruplandırılmış olup, bu paketlerin içerikleri ile ilgili ana başlıklar ayrıntılı olarak tablolarda gösterilmiştir.

Ancak bu tablolarda genel yerleşim için örnek verilen çizimler ve yapı isimleri referans amaçlı iş kapsamının tümünü göstermemektedir. İşin kapsamı Bölüm 9’da verilen şartnameler ve çizimler ve sözleşmede yer alan diğer bölümlerde belirtilen hususlarla birlikte bir bütündür.

A,B,C paketleri başlık halinde aşağıdaki işleri kapsamaktadır:

A Paketi: *“Housing Compound”* İnşaat, Mekanik ve Elektrik İşleri

B Paketi: *“General Facilities”* ve *“Jetty Guard House”* İnşaat, Mekanik ve Elektrik İşleri

C Paketi: *“Tank Farm Receiving Facilities”* ve *“Metering Station”* İnşaat, Mekanik ve Elektrik İşleri

II. Sözleşme Dokümanları ve İşbu Dokümanların Önceliği

Sözleşme hükmüne göre aşağıdaki belgeler hep birlikte sözleşmeyi oluşturur ve birbirlerinin tamamlayıcısıdır:

1. Sözleşme Formu
2. Özel İdari ve Teknik Şartname
3. Sözleşme Verileri
4. Sözleşme Şartları
5. İşin Tarifi ve Kapsamı
6. Birim Fiyat Tarifleri
7. Keşif Özeti, Sözleşme Bedeli
8. İş Programı
9. Projeler

Sözleşme Belgeleri arasındaki öncelik sıralaması yukarıdaki gibi olacaktır.

III. Sözleşme Bedeli

Bundan başka sözleşmenin devamı esnasında İŞVEREN ile X A.Ş. arasında 5 adet zeyilname imzalanmıştır. Bu zeyilnameler sonucunda toplam sözleşme bedeli 12.000.000 US\$'dır.

1. Zeyilname: tarihinde yürürlüğe girmiştir.

7.1 Keşif Özeti ve Revize Sözleşme Bedeli

- | | | | |
|-------|--|---|-----------|
| 7.1.1 | A, B ve C paketleri götürü fiyat toplamı
(Orijinal SÖZLEŞME Bedeli) | : | US\$ |
| 7.1.2 | HVAC sistemleri temin ve montaj
işleri götürü fiyat toplamı
(İşbu Zeyilname ile EK-1'de tanımlandığı
üzere ilave edilen işler) | : | US\$ |
| 7.1.3 | Alt yapı pis su, yağlı atık su ve yağmur suyu
sistemleri (D Paketi) götürü fiyat toplamı
(İşbu Zeyilname 1 ile EK - 2'de tanımlandığı
üzere ilave edilen işler) | : | US\$ |

2. Zeyilname: tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Miktarı : US\$

3. Zeyilname: tarihinde yürürlüğe girmiştir.

X A.Ş.'nin aylık hakedişlerinin brüt bedeli üzerinden %5 oranında yapılan nakdî ihtiyat kesintisi, teminat mektubu karşılığında İŞVERENCE, X A.Ş.'ye iade edilecektir.

4. Zeyilname: tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme Konusu işin süresi tarihine kadar uzatılmıştır.

5. Zeyilname: tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İlave İşlerin Toplamı : US\$

IV. İşin Hukukî Niteliği ve Sözleşme Süresi

İŞVEREN ile X A.Ş. arasındaki sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun 355-371 maddeleri arasında düzenlenen bir eser sözleşmesidir. Bu eser sözleşmesi ile X. A.Ş., A Projesinin bir bölümünü oluşturan ve İŞVERENİN taahhüdü altında bulunan işleri, sözleşme hükmüne göre gün içinde bitirecektir. Bu durumda işin tamamlanma hedef tarihi olarak öngörülmüştür. Ancak nolu zeyilname ile işin süresi İŞVEREN ve X A.Ş.'nin karşılıklı mutabakatları ile tarihine kadar uzatılmıştır.

V. Sözleşmenin Götürü Bedel (Lump Sum) veya Anahtar Teslimi Olup Olmadığının İncelenmesi

Taraflar arasındaki Sözleşmede belirtildiği gibi, işin toplam anahtar teslimi götürü bedeli 10.000.000 US\$ olarak kararlaştırılmıştır.

Ancak bu bedel, sözleşme ekinde listelenen şartnamelerde ve projelerde ve İŞVEREN tarafından işbu sözleşme bedellerinde belirtilen hususlarda değişiklik yapılmaması şartına bağlanmıştır.

Öte yandan, İŞVEREN tarafından fiyat kalemlerinde adı geçen işlerin herhangi bir zamanda sözleşme kapsamından çıkarılabileceği ve bu alt kalemlerin karşısında yazılan tutarın tümünün sözleşme bedelinden indirilebileceği ve bu durumun diğer sözleşme alt kalemlerinde değişikliğe esas teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.

Sözleşmedeki bu hükümler, sözleşmenin anahtar tesliminden ziyade götürü bedelli bir eser sözleşmesi olduğunu, imza safhasında sözleşmenin başlangıçta tespit edilen kapsamının daha sonra hiç değişmeyecek şekilde tespit edilmediğini ve BK. m. 365/1 hükmündeki ahde vefa ilkesi yanında, BK. m. 365/2 hükmündeki sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması ve bu şartlar oluştuğu takdirde, sözleşmenin ifası esnasında meydana gelen dış etkenlerle oluşan ve sözleşmenin kararlaştırılan götürü bedelle ifasını imkânsız kılan yeni şartlara göre sözleşme bedelinin uyarlanmasının kaçınılmaz olduğunu göstermektedir.

VI. Taraflar Arasındaki Sözleşmede Tarafların Karşılıklı Edimlerinin Son Durumu

X A.Ş., gerek sözleşme konusu işleri, gerekse zeyilname ile verilen ilave işleri tam ve eksiksiz ifa edip İŞVEREN'e teslim etmiştir. Bu hususta taraflar arasında bir ihtilaf olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak taraflar arasında çıkan uyuşmazlık işin sözleşme ile kararlaştırılan "Anahtar Teslimi", "Lump sum" veya "Götürü Bedel" diye isimlendirilen bedelden çok daha fazlaya mal olduğu ve X A.Ş.'nin bu işten çok zarar ettiği, bu nedenle bu zararın İŞVEREN tarafından karşılanması gerektiği noktasındadır.

İŞVEREN, sözleşmedeki ahde vefa prensibine göre sözleşmede ve daha sonra zeyilnamelerde kararlaştırılan bedeli ödediğini ve akdî vecibelerini yerine getirdiğini savunmakta ve X A.Ş.'nin İŞVEREN'den herhangi bir alacağının bulunmadığını ifade etmektedir.

X A.Ş. ise, işin ifası esnasında meydana gelen ve iş bedelinin aşırı derecede artmasını tevlit eden sebepler yüzünden, sözleşme esnasında taraflarca öngörülmemiş olayların meydana geldiğini ve bu olayların işin ifasında getirdiği aşırı derecedeki malî yüklerin ahde vefa prensibi ile izah edilemeyeceğini, burada BK. 365/2'de düzenlenen *Clausula Rebus Sic Stantibus* nedeniyle sözleşme bedelinin değişen yeni şartlar dikkate alınmak suretiyle uyarlanması gerektiğini, zira sözleşme konusu işin, sözleşmede kararlaştırılan bedelle yapılmasını imkânsız kıldığını iddia ederek Yeminli Mali Müşavir raporu ile sözleşme bedeli haricinde 13.000.000 US\$ zarar tespit edildiğini beyanla, bu maddi zararın tarihinden itibaren işleyecek TCMB kısa vadeli iskonto faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.

Ş2. TARAFLARI İHTİLAF GÖTÜREN OLAYLARIN SÖZLEŞME ÖNCESİ VE SÖZLEŞME YAPILDIKTAN SONRAKİ SAFHALARININ AYRINTILI OLARAK İNCELENMESİ

I. Sözleşme Öncesi Tarafların Tutumu

X A.Ş.'nin A şehrinde yerleşmiş ve yurtiçi ve yurtdışı deneyimi olan tanınmış bir firma olduğu anlaşılmaktadır.

İŞVEREN ise, gerek yurt içinde gerekse yurtdışında çok önemli işler gerçekleştiren Türkiye'nin en tanınmış sayılı firmalarından biridir.

İŞVEREN, bu olayda sözleşme şartlarını hazırlayan ve ikinci alt müteahhitlerden teklif isteyen işveren durumundadır. İŞVEREN, X A.Ş. tarafından işyerinin görüldüğünü, sözleşme evrakını inceleyip yapılacak işler bakımından bilgisi olduğunu ve kendi serbest iradesi ile teklifindeki götürü bedeli tespit ettiğini ve ahde vefa prensibi uyarınca tespit edilen bedelden daha fazla bir bedel isteyemeyeceğini savunmaktadır.

İlk sözleşme 10.000.000 US\$ bedel üzerinden tarafların karşılıklı mutabakatı ile kurulmuştur. Ancak işin tamamlanması esnasında X A.Ş., dosyada mevcut Yeminli Mali Müşavir raporu ile bu işten sözleşme bedeli haricinde 13.000.000 US\$ zarar ettiğini tespit ettirmiştir. Bu aşırı zarara rağmen, X A.Ş.'nin ifa ettiği işi noksatsız ve ayıpsız olarak tamamladığı ve İŞVEREN'e teslim ettiği görülmektedir. Bu iki tecrübeli firmanın, kendi uzmanlık alanına giren söz konusu işlerde somut olaydaki gibi farklı sonuçlara ulaşacakları

doğal görülemez. Bu durumda akla gelebilen husus ya X A.Ş. tarafından teklif edilen sözleşme bedelinin yanlış hesaplandığı, teklif bedelinin esas işin olması gereken bedelinin çok altında teklif edildiği ya da sözleşmenin kurulmasından sonra işin ifası süresince meydana gelen olayların sözleşmenin kuruluşu esnasında öngörülmemiş veya öngörülmesinin mümkün olamamış bulunması ve bu olayların işin gerçekleştirilmesinin maliyetini aşırı derecede artırmış olması gerekmektedir.

X A.Ş.'nin hazırladığı teklif fiyatlarının tespiti esnasında, X A.Ş.'nin işin gerçek bedelinin çok altında teklif vermiş olduğu varsayımında, tanınmış ve çok tecrübeli bir firmadan bu büyüklükte bir yanılı beklemek hayatın normal akışına ve hayat tecrübelerine ters düşer.

Öte yandan, İŞVEREN gibi tecrübeli ve tanınmış bir firmanın kendisine X A.Ş. tarafından bu şekilde sözleşmede yazılı bedel üzerinden bir teklif yapılması karşısında, böyle bir teklifin işin yapılmasını son derece zorlaştıracağını, engelleyeceğini, hatta imkânsız kılacağını bilmemesi düşünülemez. Özellikle İŞVEREN, aynı iş için birinci alt müteahhit sıfatıyla daha önce aynı işi de kapsayan kendi teklifini idareye vermiştir. İŞVEREN, bu teklifi yapmadan önce işin gerektirdiği gerekli araştırmaları, incelemeleri, tahminleri mutlaka hesap etmiştir; aksi düşünülemez. Bu itibarla, yapılacak işin bu denli çok düşük fiyatla tamamlanamayacağını bilmemesi, müdebbir bir tacir olarak Ticaret Kanunumuzun 20. maddesi hükmüne ters düşer. Somut olayda zaten, teklif bedeli ile bu işin yapılamayacağı, işin sonunda sözleşme bedeli haricinde 13.000.000 US\$ zarar tespit edilmiş olması ile ortaya çıkmış bulunmaktadır.

İŞVEREN'in ve yüklenici X A.Ş.'nin aynı iş için bu derece fahiş hataya düşmesi hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına ters düşer. Ancak burada sadece X A.Ş.'yi sorumlu tutmak hak ve nesafet kurallarına da aykırıdır. Eğer İŞVEREN'in birinci alt müteahhit olarak sözleşmeyi yılında imzaladığı düşünülürse, yapılacak işin ayrıntıları ile ne olduğunu ve teklif fiyatlarını herkesten daha iyi bilmesi gerekir. Bu bağlamda, İŞVEREN, sözleşmenin kuruluşu esnasında, X A.Ş.'nin teklif fiyatı ile işin tamamlanamayacağını, ancak bu teklif fiyatının iki katına çıkacağını biliyor idiyse, karşı âkidi olan X A.Ş.'yi ciddi olarak bu konuda uyarması gerekirdi. Zira sözleşme öncesi tarafların bildikleri gerçekleri birbirlerine bildirmeleri gerektiği, bildirmemeleri halinde, bundan sorumlu olacağı bir hukuk kuralıdır. Karşı âkidini bu hususta bilgilendirmeyen taraf, "*Culpa in Contrahendo*" sözleşme öncesi kusurlu davranışından dolayı sorumlu olur. Kanaatimize göre olayda sözleşme her iki tarafın da sorumluluğu bulunduğu, bir başka deyişle müterafik kusurunun olduğu söz konusudur. Kusura bağlı bu sorumluluk hukukun genel ilkelerindedir. Bu sorumluluğun derecesini, görülmekte olan davada, bilirkişi marifetiyle tespit etmek mümkün olacaktır.

II. Sözleşmenin Kuruluşundan Sonra Sözleşmenin İfasını Müskül Duruma Sokan Olayların İncelenmesi

Sözleşmenin kuruluşundan itibaren işin tamamlanmasına ve işverene teslim edilmesine kadar geçen zamanda meydana gelen ve sözleşmenin kurulması esnasında taraflarca öngörülmemiş veya öngörülmesi mümkün olmayan bu olaylar işin yapılmasını zorlaştırır, hatta sözleşme bedeli ile yapılmasını imkânsız kılsa bu takdirde B.K'nun 365/2 maddesi

hükmü uyarınca sözleşme bedelinin artırılmasının veya sözleşmenin feshinin mahkemen istenmesi talep edilebilmektedir.

Sözleşmenin ifası esnasında meydana gelen bu tür olaylara uluslararası literatürde “HARDSHIP” denilmektedir. Bu sözleşmede hardship olup olmadığını tespit etmek için hardship’in Türk hukukunda ve yabancı hukuktaki tanımı ve uygulamalarını araştırmak gerekecektir.

§3. HARDSHIP KAVRAMININ ESER SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnşaat sözleşmeleri günümüzde uluslararası nitelik kazanmıştır. İnşaat sözleşmelerinin uluslararası nitelik kazanmasıyla beraber global ekonomik dengelerde meydana gelen değişimler, inşaat sözleşmelerinin taraflarını da yakından etkilemektedir. Sözleşme konusu işin ifası sırasında gerek tarafların öngöremediği ekonomik nedenlerle, gerekse öngörülmesi veya önlenmesi mümkün olmayan doğa olayları sebebiyle işin ifasında güçlüklerle karşılaşılabilen ve bu olayların meydana gelmesiyle ifa ve bedel bakımından sözleşmenin bozulan dengesinin yeniden sağlanması ihtiyacı ve zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda *hardship* olarak değerlendirilen olaylar, milletlerarası uygulamada sözleşme şartlarının yeniden müzakeresi, sözleşme bedelinin artırılması, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gibi çözümlerin de önünü açan bir referans norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla incelememizin konusunu ve sınırını somut olayımızda *hardship* kavramı ve bunun sözleşme ilişkisine yansımalarının değerlendirilmesi oluşturacaktır. Türk hukuku bakımından hardship kavramı bugüne kadar uygulamada ve yargı içtihatlarında hukuksal anlamda açık ve doyurucu bir biçimde incelenmediğinden, kavramın mukayeseli hukuktaki durumu ayrıntılarıyla ele alınmaya çalışılarak somut olayda ortaya çıkan ve çözüm bekleyen dava konusu olaya ışık tutmaya gayret edilecektir.

I. Öngörülmeven Olayların Hardship Olarak Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Yüklenicinin yapılan iş karşılığında sarf etmek zorunda kaldığı bedele bakıldığı zaman hemen ilk göze çarpan husus, yüklenicinin ifası esnasında sözleşmedeki ekonomik dengeyi temelinden sarsan olayların meydana gelmiş olduğudur. Öncelikle bu olayların nelerden ibaret olduğunun ve gerek sözleşmedeki hükümler, gerekse uygulanacak kanunlar bakımından, sözleşmenin çöken ekonomik dengesinin bir tarafın ediminde meydana getirdiği tahammül edilemez ağırlaşmanın tespiti gerekecektir. Bu tespiti yaparken sözleşme konusu işin milletlerarası niteliğini de dikkate alarak, muhtelif hukuklardaki uygulamanın ne olduğu saptanmak suretiyle; sözleşme ve kanun hükümleri çerçevesinde iyiniyetli, mantıklı ve makul davranarak oluşan kanaatımız sunulacaktır.

Sözleşme konusu işin ifası sırasında, uluslararası hukukta *hardship* veya *sauvegarde* diye adlandırılan olaylarla¹ karşılaşılabilir. *Hardship* Anglo-Saxon hukukçularının ortaya koyduğu ve milletlerarası nitelik taşıyan uzun süreli sözleşmelerde çokça kullanılan bir kavramdır. Bu öyle bir sözleşme maddesidir ki, taraflar *hardship* olayları ile karşılaştıkları

¹ VERMELLE Georges, Droit Civil Les Contrats Spéciaux, 1998, sh. 28.

zaman bozulan akdi dengeyi düzeltmek için müzakere yapmayı taahhüt ederler². Sözü edilen *hardship* kavramının altında yatan felsefe, tarafların vecibeleri arasında sözleşme ile kurulan dengenin, ekonomik olarak temelden sarsılıp alt-üst olması karşısında, taraflar arasında başlangıçta mevcut olmasına rağmen, meydana gelen olaylarla taraflardan biri aleyhine aşırı biçimde bozulan edimler arasındaki ekonomik dengenin; adalet, hak ve nesafet kuralları dikkate alınmak suretiyle yeniden ihdas edilmesidir. 20'nci asrın hukuk doktrininde, Avrupa ülkelerindeki hukuk sistemlerinin çoğu, kendi düzenlemelerinde *hardship*'i kabul etmişlerdir³. Bunun felsefesini de sözleşmelerde iyiniyet esasına dayandırmış veya iyiniyete dayalı olarak özel kanunlara ilgide bulunmuşlardır⁴.

Hardship tarafların iradeleri dışında meydana gelen tüm hâl ve şartları içerir. *Hardship* maddesi; ekonomik, ticarî, politik, milli ve milletlerarası gelişmeler için öngörülmektedir. Hukukî ve parasal şartların değişmesi de *hardship*'i oluşturduğundan, taraflar yeni şartlara göre sözleşmenin müzakere edilmesini öngörebilirler.

Taraflar daha özel durumlar için de *hardship* maddesini öngörebilirler. Örneğin; hammadde fiyatlarının yükselmesi, yeni ithal veya ihraç mallarının ihdas edilmesi, iki para arasındaki paritenin değişmesi gibi.

Her halükârda mağdur olan taraf, değişmesine kendisinin sebep olduğu hâl ve şartlar nedeniyle *hardship* maddesinin uygulanmasını talep edemez⁵. Zira, hukukun genel ilkelerine göre, hiç kimse kendi kusurunun sebebiyet verdiği zararın tazminini isteyemez.

2. Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Hardship Kavramının Değerlendirilmesi

a) Türk Hukuku Bakımından

Hardship kavramı özellikle götürü ücretli eser sözleşmelerinde, sözleşmenin bozulan ekonomik dengesinin yeniden ihdas edilmesinde uygulama alanı bulabilecektir. Esasen eser sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesi olup, Borçlar Kanunumuzun 365. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmü aynen şöyledir:

“2. Ücretin miktarı

a. Götürü taahhüt:

Madde 365- *Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiata yapmağa mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla sây ve masrafı mucip olsa bile, müteahhit bedelin artırılmasını isteyemez.*

Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mâni olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısı ile ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi feseyleyler.

² LASBORDES Victoire, Les Contrats Déséquilibrés, Tome II, Aix-en-Provence, 2000, sh. 520.

³ Contrats et Droits de L'Entreprise, 1997, 5^{ème} édition, sh. 348.

⁴ HESSELINK Martijn W., The New European Private Law, The Netherlands 2002, sh. 207 (Bkz. German Law, e.g. BGH, 8 February 1984; NJW 1984, 1746 = MDR 1985, 47=LM BGB § 242 (Bb), no. 108; Bkz. Art. 388 Greek Civil Code; Art. 437 Portuguese Civil Code; Art. 6:258 Dutch Civil Code. See for the Netherlands Parl. Gesch. Boek 6, p. 974 (M.v.A. II); for Greece, STATHOPOULOS Michael P., Contract Law in Hellas, no. 60, no. 292.

⁵ LASBORDES Victoire, Tome II, Aix-en-Provence, 2000 sh. 522; GIARDINA A., Les Principes UNIDROIT sur les Contrats Internationaux J.D.I. 1995, sh. 547.

Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir sây ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi bedeli tamamen vermeğe mecburdur”.

Borçlar Kanunumuzun bu maddesi götürü ücret ve işin ifası bakımından "*Ahde vefa*" (*pacta sunt servanda*) ilkesine dayanır. Bu ilke hukukun temel kurallarından biri olup, taraflar arasında karşılıklı güven, doğruluk ve dürüstlük esası üzerine kurulmuştur. Başka bir deyişle, sözleşme konusu eser tamamlanıncaya kadar sözleşmede kararlaştırılan götürü ücret üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmaz⁶. Anahtar teslimi sözleşme (*Contrat clé en main*) veya (*Turnkey Contract*) diye de ifade edilen götürü ücret esasına göre işin yapım bedeli sözleşme ile kararlaştırılan meblağı aşmış olsa bile durum değişmez (BK. m. 365/1). Buna mukabil, işin yapılması için müteahhidin sarf ettiği harcamaların götürü bedelden az olması halinde ise, yukarıda değindiğimiz *ahde vefa ilkesi* gereği iş sahibi, sözleşme ile belirlenen götürü bedelin tamamını müteahhide ödemek zorundadır (BK. m. 365/3).

Ancak doğruluk, dürüstlük ve güvene dayanan bu ahde vefa ilkesine BK. m. 365/2 hükmü bir istisna getirmiştir. Buna "*Clausula Rebus Sic Stantibus*" (*sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanması*) ilkesi denilmektedir. Bu ilkenin uygulanmasını gerektiren durumlar BK. m. 365/2'de şöyle sıralanmıştır:

Sözleşmenin imzalanması esnasında tarafların öngöremedikleri veya öngörmelerinin mümkün olmadığı haller (*théorie de l'exorbitance ou théorie de l'imprévision*), sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olağanüstü olaylar, kararlaştırılan bedelle işin yapılmasını son derece zorlaştırmış ve hatta imkânsız hale getirmiş olabilir. Başka bir deyişle, sözleşmenin akdedilmesi anında, tarafların üzerinde mutabık kaldıkları edimler ve mukabil edimlerin dengesi, bu olağanüstü olaylarla temelinden sarsılmış veya çökmüş bir hal alabilir. Böyle bir durum, taraflardan birinin edimini aşırı derecede zorlaştırabilir. Bu nedenle, tam iki taraflı sözleşmelerde (*Contrats synallagmatiques*), (örneğin satış, takas, kira, hizmet ve istisna akitleri gibi), *Clausula Rebus Sic Stantibus* ilkesinin uygulanabileceği tartışmasız kabul edilmektedir⁷.

Eser sözleşmesinde önemli olan yapılan eserden beklenen sonuçtur. Bu sözleşmede müteahhit, taahhüt ettiği eseri noksansız, ayıpsız ve iş sahibinin sözleşmeden beklediği sonuca uygun olarak iş sahibine teslim etmek zorundadır. Ancak işin ifası esnasında, onun yapımını imkânsız kılan⁸ veya çok zorlaştıran, sözleşmedeki ekonomik dengeyi temelinden sarsan olay veya olayların ortaya çıkması halinde, eserden beklenen sonucu elde etmek için sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gerekecektir.

Aksi takdirde, hiç kimse götürü bedelli bir eser sözleşmesi⁹ yapmaya cesaret edemeyecek ve böyle bir sözleşme yapmış olsa bile *hardship'in* meydana gelmiş olması durumunda eseri tamamlamak mümkün olmayabilecektir. Esasen, taraflar sözleşmelerinde *hardship*

⁶ **TERCIER** Pierre, *Le Droit des Obligations*, 3^{ème} édition Schulthess 2004, sh. 177, no 870.

⁷ **KAPLAN** İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara 1987, sh. 161'den naklen; (Bishoff, s. 223; Merz, Art. 2 ZGB, N. 236; Oftinger, Aenderung, s. 234; Gürsoy, 123 vd.; Yarg. 11. HD.'nin 21.10.1986 t. ve 1986/4569-5444 sayılı kararı (yayınlanmadı).

⁸ Burada ifa imkânsızlığı varsayımından daha ziyade, taraflardan biri için ifa, daha önce vaad edilen bedeli aşırı derecede artırmış ve o nedenle bir taraf için sözleşmenin ifası çekilmez hale gelmiştir. **TERCIER** Pierre, *Le Droit des Obligations*, 3^{ème} édition, Schulthess 2004, sh. 177, no 871.

⁹ **GÜRSOY** Kemal Tahir, *Clausula Rebus Sic Stantibus*, Ankara 1950, sh. 16.

maddesinin uygulanmasını öngörmüş olabilirler. Bu takdirde, hâl ve şartların değişmesi ile *hardship* maddesini uygulayacakları için sözleşmeye ek yapılarak, ana sözleşme yeni hâl ve şartlara göre uyarlanabilir¹⁰. Bu tür bir uyarılama, BK. m. 365/2 hükmünün tanıdığı bir emniyet sibopudur¹¹. Nitekim, böyle bir durum Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.05.2001 tarih ve E. 2001/15-402; K. 2001/459 sayılı kararında şöyle ifade edilmiştir:

“...Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasında mevcut olan denge, ekonomik şartların olağanüstü değişmesiyle, büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak boyutta bozulabilir, işte edimler arasındaki dengeyi aşırı derecede bozan harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ilkesi ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki meydana gelir ve artık sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif iyiniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır, işte edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yönünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkânsız hale getirmesi durumunda "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya *clausula rebus sic stantibus* kavramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması, hâkimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Öğreti ve uygulamada akdi uyarılama benimsenmiştir. Nitekim BK 365/2. maddesi beklenmeyen hal kuramından söz etmektedir...”

Bu maddenin uygulanması bakımından *hardship* olduğunu gösteren haklı sebebin tespitinde, BK. m. 365/2 maddesi hâkime (TMK. m. 4) takdir hakkı (*droit d'appréciation*) tanımaktadır. Kanunun verdiği bu hakkı kullanan hâkim, meydana gelen olayları özel olarak inceleyip durum değerlendirmesi yaptıktan sonra; ya sözleşmeyi fesheder veya sözleşme bedelinin artırılmasına karar verir¹².

Bu maddenin altında yatan bir varsayımı da şöyle izah edebiliriz:

Sözleşme konusu işin ifası esnasında meydana gelen *hardship* nedeniyle sözleşmede bir boşluk oluşmaktadır. Hâkim, tarafların varsayılan iradelerini, bu boşluğu doldurma suretiyle yorumlamalıdır. Esasen, nasıl TMK. m. 1 hükmü gereğince hâkim, kanun ve taraf iradelerinde boşluk olması halinde kendisi kanun koyucu gibi davranıp bu boşluğu dolduruyorsa, kanunun boşluğunu doldurma yetkisi olan hâkimin tarafların sözleşmesinde meydana gelen boşluğu da doldurma yetkisini haiz olduğunu BK. m 2/2 hükmü uyarınca kabul etmek gerekir. Çünkü, sözleşmenin içeriği *hardship* ile değişmiş olan şartlara göre tayin edilmiş değildir. Hâkime, tarafların muhtemel iradelerini göz önünde tutmak suretiyle sözleşmeleri yeni durumlara uyarılama yetkisi tanınmalıdır¹³.

¹⁰ PETER Wolfgang, Arbitration and Renegotiation Clauses, 3 J. Int. L Arb. 29 (juin 1986).

¹¹ ENGEL Pierre, Contrats de Droit Suisse, Berne 2000, sh. 458.

¹² Yargıtay 15. HD. 17.6.2003 gün ve E. 2003/2545; K. 2003/3245 sayılı kararı: "...işin yapımını son derece zorlaştıran şartların oluşması halinde fiyatın artırılabilmesi ya da akdin bozulabileceği kabul edilerek bu hususlar hâkimin takdirine bırakılmıştır..." Aynı şekilde olayların özellikleri dikkate alınarak uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiği belirtilmiştir. (24.11.1986 tarih ve E. 1986/2; K. 1986/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı).

¹³ GÜRSOY, Kemal Tahir, Clausula Rebus Sic Stantibus, Ankara 1950, sh. 17.

b) İsviçre Hukuku Bakımından

Türk Borçlar Kanunu'nun mehzazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nda da aynı hüküm mevcuttur. Türk Borçlar Kanunu'nun 365/2 maddesini anlam itibariyle aynen karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 373/2 maddesinin İngilizce çevirisi aynen şöyledir:

*"If however, extraordinary circumstances which could not have been foreseen or which were excluded from the assumptions made by both parties, impede the completion or render it exceedingly difficult, the judge may, in his discretion, authorize an increase of the price or dissolution of the Contract."*¹⁴

Sözleşme hükümlerine sadık kalarak eseri gerçekleştirmek esas olmakla birlikte, ifa esnasında meydana gelen (*exorbitance veya imprévision*)¹⁵, çok aşırı olan veya öngörülmeleyen olaylar, taraflardan birinin edimini, başlangıçtakinden çok daha pahalıya yapmasına sebep olabilir. Burada ifanın yerine getirilmesi esnasında meydana gelen yağmur, don, kar, rüzgâr, fırtına, sis, buzlanma, karanlık gibi durumları saymamız mümkündür. Böyle durumların vuku bulmasının olağanüstü ve öngörülmeleyen olarak vasıflandırılabilmesi için beklenmedik bir durum olması gerekir. Örneğin; şantiyede 15-20 yılda bir meydana gelen sel baskını, öngörülmeleyen olağanüstü tabiat olayı olarak nitelendirilmiştir¹⁶. Bu takdirde, İsviçre Borçlar Kanunu edimler arasındaki dengeyi muhafaza etmek için düzeltici kurallar içermektedir (örneğin İBK. m. 83, 309/2, 373/2, 476/1, 510). İşte bunlardan biri de, eser sözleşmesine ilişkin olup, İsviçre Borçlar Kanunu'nun yukarıda belirtmiş olduğumuz 373/2 maddesindeki açık hükümdür.

Sözleşmede veya kanunda düzeltme kurallarının bulunmaması halinde sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması için iki yol vardır:

1- İleride meydana gelecek olaylara dair hata teorisi (*La théorie de l'erreur sur les faits futurs*)

İsviçre Federal Mahkemesi, bu olayların öngörülebilir (*prévisibles*) olmaları kaydıyla ilerideki olaylara dair hatayı ileri sürmeye izin vermektedir (Bkz. ATF 118 II 297, c.2, jdT 1993 I 399).

2- Değişen şartlara uyarılama teorisi (*La théorie de la clausula rebus sic stantibus*)

İstisnai hallerde, taraflardan birinin ifası, sözleşmenin imzasından sonra, sözleşmedeki ilk duruma göre esaslı değişikliğe uğrarsa, bu taraf ifayı reddedebilir.

¹⁴ Swiss-American Chamber of Commerce, Code of Obligations, Volume I, Contract Law, Zurich, 1995, sh. 136.

¹⁵ Şu olaylar Federal Mahkeme tarafından öngörülmeleyen olaylar olarak kabul edilmiştir: Deprem (ATF 41 II 356 c. 2); taraflarca bilinmeyen jeolojik olaylar (ATF 52 II 443); 1936 yılında İsviçre frangının devalüasyonu (CJ. SJ 1941 536); işçi ücretlerinin ve malzemelerin fiyatlarının aşırı derecede artması (ATF 50 II 158 c. 2); hafriyat işlerinin bir kat artması ve bu nedenle işin çabuklaştırılması (ATF 112 II 513 c. 56, jdT 1989 I 10).

¹⁶ GAUCH, Peter, Le Contrat d'entreprise, sh. 312. Bkz. THÉVENOZ Luc/VERRO Franz, Code des Obligations, Genève 2003, sh. 1952.

Zira, her sözleşmenin imzalanması esnasında edimler arasında kurulan dengenin değişmeyeceği esası örtülü bir madde (*clausula*) olarak mevcuttur. Bu düşünceye göre taahhüt edilen işin şartları sözleşmenin ifası boyunca aynı kalacaktır (*rebus sic stantibus*).

İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarını uzun zaman hakkın kötüye kullanılması (*l'abus de droit*) üzerine tesis etmiştir¹⁷. Zira, bir devalüasyon nedeniyle sözleşmedeki dengenin temelden sarsılmasında, iş sahibinin sözleşmedeki ilk şartlarla müteahhidi ifaya zorlamasını Medeni Kanun'un 2. maddesindeki objektif iyiniyet kurallarına aykırı bulmuştur.

O halde, kabul etmek gerekir ki, taraflar öngörülmeleyen bir maddeyi sözleşmeye dâhil etmemişlerdir. Bu durumda sözleşmede bir boşluk (*lacune*) mevcuttur. Bu boşluğu doldurmak da hâkimin yetkisi dâhilindedir. Zaten, İsviçre BK. 373/2 ve Türk BK. 365/2 maddelerinde götürü bedelli bir eser sözleşmesi, bu öngörülmeleyen olaylar için sözleşmeyi ayakta tutan bir hükümdür. Federal Mahkeme İçtihatlarına göre, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için en azından aşağıdaki iki koşul birlikte bulunmalıdır:

1- Sözleşmenin ifası esnasında yeni olayların meydana gelmiş olması ve bu olayların sözleşmenin yapılması esnasında taraflarca hesaba katılmamış olması gerekir. Bu olaylar sözleşmeyi temelden sarsmış olmalıdır.

2- Bu değişiklik taraflardan birinin ifasını aşırı derecede¹⁸ ağırlaştırmış olmalıdır.

Bu iki şartın birlikte olması halinde hâkim, yeni bir kuralla sözleşmeyi feshedebilir, sözleşmenin süresini kısaltabilir veya uzatabilir veya sözleşmenin muhtevasını tadil edebilir¹⁹.

3. Muhtelif Ülkelerin Hukuklarında Hardship Kavramı ve Uygulanması

a) İngiliz Hukuku'nda Hardship Kavramı

Hardship'in adından da anlaşılacağı gibi, Anglo-Saxon hukukunda ortaya çıkan bir kavram olduğu hususunda kuşku yoktur. Tüm ülkeler, *hardship* olaylarını ifade etmek için aynı deyimini benimsemekte ve kullanmaktadır.

İngiliz hukukunda iki tür *hardship* ile karşılaşmaktayız:

1) Anglo-Saxon hukukunda meteoroloji, savaş, politika gibi sebepler, *hardship* (umulmayan hal) teşkil eden hâl ve şartlardan sayılır. Buna göre; "*Anglo-Saxon tipi mücbir sebebin meydana gelmesi nedeniyle taraflardan biri akdi vecibesini kısmen veya tamamen yerine getiremezse, bu taraf diğer tarafa yazılı olarak makul sürede mücbir sebebi bildirecek ve bu mücbir sebep esnasında o tarafın vecibesi askıya alınacaktır. Mücbir sebep 6 (altı) aydan daha uzun sürerse, yazılı bir bildirimle taraflardan biri sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Fesih tarihine kadar yapılan işin bedeli ödenir. Buna alt müteahhitlerin sözleşmelerini feshetmek için yapılan masraflarla işyerini kapatmak için yapılan masraflar ilave edilir. Buradaki (force majeure) anlamı (acts of God) = "fortuitous causes" mücbir*

¹⁷ **TERCIER** Pierre, Le Droit des Obligations, 3^{ème} édition, Schulthess 2004, sh. 178; (cc II no. 85; ATF 97 II 390 c. 6, JdT, 1973, I, 80). **THÉVENOZ** Luc/**VERRO** Franz. Code des Obligations, Genève, 2003, sh. 1955, no 29.

¹⁸ **THÉVENOZ** Luc/**VERRO** Franz. Code des Obligations, Genève, 2003, sh. 1953 no 23

¹⁹ **TERCIER** Pierre, Le Droit des Obligations, 3^{ème} édition, Schulthess 2004, sh. 179.

sebeptir. Grev, lokavt veya tarafların kontrolü dışında kalan ve işin durmasını veya kesilmesi sonucunu doğuran savaş, ayaklanma, bulaşıcı hastalık, toprak kayması, deprem, yangın, yıldırım düşmesi, sel baskını ve hükümetin getirdiği kısıtlamalar, halk ayaklanması, patlamalar vs."²⁰.

2) Avrupa tipi umulmayan haller (*hardship*) şöyle sıralanmaktadır:

"Taraflardan birinin sorumluluğu bu sözleşmede öngörülen vecibelerin bir veya birden çoğunun yerine getirilmesindeki gecikme veya ifa edilememe *force majeure*'den kaynaklanıyorsa, taraflardan herhangi birinin sorumluluğu ortadan kalkar". (Hubert, A. age, sh. 219) "Eğer *force majeure* hali 6 aydan daha uzun sürerse satıcı ve alıcı derhal bir araya gelerek uygun bir çözüm bulamaz ise, çözüm tahkim yolu ile bulunur".

Uzun süreli milletlerarası sözleşmelerde taraflar bazen sözleşmelerine "uyarlama maddesi" (*Clause d'adaptation*) dâhil ederler. Bu madde, taraflardan birinin ifa esnasında ve ekonomik, teknik şartların değişmesi sonucunda akdî vecibesinin çok ciddi biçimde ağırlaşması halinde uygulama alanı bulur. Sözleşmeyi etkileyen bu ağır ve aşırı haksızlık (*hardship*) karşısında, tarafların durumu düzeltmek için müzakere etme zorunluluğu vardır. Milletlerarası akdî uygulama da, Common Law anlamında *frustration* halinde işin askıya alınması (*suspension*), uyarlanması (*ajustement*) veya sözleşmenin feshi (*résiliation du contrat*) öngörülmüş olduğunu, gerekirse üçüncü bir şahsa müracaat edilebileceğini belirtmiştir²¹.

b) Diğer Ülke Hukuklarında Yer Alan Hardship

Taraflar sözleşmelerinde *hardship* maddesini öngörmemiş de olabilirler. Bu durumda sözleşmeye uygulanacak maddî hukuk önem kazanır. Zira, uygulanacak hukuk *Pacta Sunt Servanda* kuralı yanında istisnaen (*imprévision*) "*hardship*" kuralının uygulanmasına da izin vermiş ise, hâl ve şartların önemli ölçüde değişmesi halinde *hardship* kuralının uygulanması mümkün olur. Nitekim (*Théorie de l'imprévision*) 1942 İtalyan Hukuku'nda sözleşmenin ifası esnasında öngörülmeyen veya öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü olayların meydana gelmesi halinde hâkime sözleşmeyi fesih veya sözleşmenin gözden geçirilmesi yetkisini vermektedir. İtalyan hukuk doktrini bu yetkiyi, hak ve nesafet ilkesine dayandırmaktadır. İtalyan Medenî Kanunu'nun 1467. maddesinin tarafımızdan yapılan çevirisi şöyledir:

"Devamlı veya periyodik veya gecikmiş ifalı sözleşmelerde, taraflardan birinin edimi, sonradan meydana gelen olağanüstü ve öngörülemeyen olaylarla aşırı maliyetli oldu ise, bu taraf 1458. maddede öngörülen hükümlerle birlikte sözleşmenin feshini isteyebilir. Eğer

²⁰ HUBERT, Alfred, Le Contrat de l'Ingénierie-Conseil, Paris 1984 sh. 218-219; Ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI Kemal, İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara 1998, sh. 205-212.

²¹ FOUCHARD Ph./ GAILLARD E./ GOLDMAN B.; Traité de l'Arbitrage Commercial International, Paris 1996, sh. 27 (dipnot 73); VAN OMMESLAGHE P. "Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux" Rev. dr. intern. dr. comp., 1980.7; KAHN Ph., "Force majeure et contrats internationaux de longue durée"; JDI, 1975, 467; LESGUILLONS H., "Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage": DPCI, 1979.507; PUELINCKX A.F., "Frustration, Hardship, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances - a comparative study in English, French, German and Japanese Law", 3 Journ. Int. Arb. 47 (June 1986); sur la rédaction de ces clauses, cf. la brochure de la CC1, publication no 421, 1985, Force majeure et imprévision.

maliyet normal görülebilen seviyelerde ise fesih istenemez. Kendisine karşı sözleşme feshedilen taraf sözleşmenin makul şartlarda değiştirilmesini teklif ederek sözleşmenin feshini önleyebilir”²².

Hardship'e ilişkin olarak Polonya, Mısır, Hollanda, Yunanistan, Portekiz, Arjantin hukukları doğrudan doğruya iyiniyet kuralına dayanmaktadır.

Polonya Medeni Kanunu'nun 357/1 maddesi, fevkalade olayların meydana gelmesi halinde, mahkemelerin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını kabul etmekte, böylece borç ilişkisinde taraflar arasında ifaların eşitliği muhafaza edilmiş olmaktadır²³.

1949 Mısır Medeni Kanunu'nun 147. maddesinin tarafımızdan yapılan çevirisi şöyledir:

"Sözleşme tarafların kanununu oluşturur. Sözleşme; ancak tarafların karşılıklı iradeleriyle veya kanunun öngördüğü sebeplerle değiştirilebilir veya ona karşı çıkılabilir. Bununla birlikte, genel nitelikli ve istisnâî bu durumda, öngörülmeleyen olaylar nedeniyle sözleşmenin kendisi, ifayı imkânsız kılmadan, ifanın son derece pahalı olmasına sebep olur ve borçlu aşırı derecede zarar ederse, hâkim tarafların karşılıklı menfaatlerini dikkate almak suretiyle, aşırı maliyetli olan borcu, makul ölçüler dâhilinde uyarlayabilir”²⁴.

1 Ocak 1992 tarihinde yürürlüğe giren Hollanda Yeni Medenî Kanunu'nda (*imprévision*) öngörülmeleyen durumlar nedeniyle sözleşmelerin uyarlanması genel kural olarak kabul edilmektedir. Bu kanunun 6. kitabının 258. maddesinin tarafımızdan yapılan çevirisi şöyledir:

²² **GHESTIN J.**, op. cit no 316, sh. 363; **LASBORDES** Victoire, Les Contrats Déséquilibrés, Tome II, Aix-en-Provence 2000, sh. 542. *"Dans les contrats à exécution continue ou périodique ou bien à exécution différée, si la prestation de l'une des parties est devenue excessivement onéreuse ensuite de la survenance d'événements extraordinaires et imprévisibles, celle-ci peut demander la résolution du contrat, assortie des effets prévus par l'article 1458. La résolution ne peut être demandée si les charges nouvelles entrent dans l'aléa normal du contrat. La partie contre laquelle la résolution est demandée peut l'éviter en offrant de modifier équitablement les conditions du contrat".* L'article 1468 ajoute que *"si dans l'hypothèse visée à l'article précédent, il s'agit d'un contrat dans lequel une seule des parties a assumé des obligations, celle-ci peut demander une réduction de la prestation ou bien une modification des modalités d'exécution, permettant de continuer cette exécution selon l'équité"*.

²³ **POPIOTEK W.**, in. Travaux de l'association Henri Capitant. Article 357-1 du Code civil polonais, issu d'une loi du 28 juillet 1990; ce texte admet au cas de circonstances extraordinaires, la modification des obligations par les tribunaux ainsi que leur adaptation aux circonstances économiques cela, afin de maintenir en relation d'égalité les prestations des parties au rapport d'obligation. Il s'agit d'une nouveauté puisque le code de 1964 ne contenait pas de règle générale sur ce point, seule la doctrine admettait l'existence d'une règle non-écrite fondée sur la clause *rebus sic stantibus*. Sur ce point, v., le rapport polonais par **POPIOTEK W.**, in. travaux de l'association Henri Capitant, préc.

²⁴ **TANAGHO S.**, De l'obligation judiciaire. Étude morale et technique de la révision du contrat par juge, thèse 1965; Adaptation du contrat aux circonstances économique, Étude comparée du droit civil français et du droit civil de la République Arabe Unie, thèse 1967.

L'article 147 du Code civil égyptien de 1948 (cité par J. Ghestin, op. cit., no 316, p. 364), dispose que *"le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi. Toutefois, lorsque par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle sans devenir impossible devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante le juge, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties peut réajuster, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle"*. **TANAGHO V.**, S., De l'obligation judiciaire, Étude morale et technique de la révision du contrat par le juge, thèse 1965, préface P. Raynaud; **EL-GAMMAL M.**, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Étude comparée du droit civil français et du droit civil de la République Arabe Unie, thèse 1967, préface A. Tunc.

“Taraflardan birinin talebi üzerine hâkim, öngörülme hâl ve şartlar sebebiyle hakkaniyet kriterlerine göre, sözleşmenin tamamının muhafaza edilmesinin sadece taraflardan birinden beklenemeyeceği kanaatine varırsa, sözleşmenin hükümlerini değiştirebilir veya sözleşmenin tamamını veya bir kısmını feshedebilir”²⁵.

Yunan Medenî Kanunu'nun 388. maddesi, hâl ve şartların değişmesi nedeniyle sözleşme dengesinin bozulması halinde sözleşmenin feshini veya yeni şartlara göre uyarlanmasına izin vermektedir²⁶.

1966 Portekiz Medenî Kanunu'nun 437. maddesinin tarafımızdan yapılan çevirisi de aşağıdaki gibidir:

“1° İfa edilecek borcun yerine getirilmesinin zorunluluğu, iyiniyet kurallarını ihlâl ediyorsa ve sözleşmedeki risk kapsamında da değilse, tarafların sözleşme yapmaya karar verdikleri hâl ve şartlar anormal bir değişime maruz kalır ise, mağdur tarafın sözleşmeyi feshetme veya hakkaniyete göre sözleşmenin değişmesini istemeye hakkı vardır,

2° Fesih talebine karşı diğer taraf birinci paragraftaki şartlarla sözleşmenin değiştirilmesini kabul edebilir”²⁷.

1968 Arjantin Medenî Kanunu'nun 1198. maddesi (*la théorie de l'imprévision*) öngörülme haller teorisine tahsis edilmiştir. Bu husus, söz konusu kanunun yürürlüğe girmesinden önce de, doktrinde doğrudan doğruya iyiniyet kuralına dayanılarak kabul edilmiştir²⁸.

Yukarıda bahsedilen ülkelerin kanunlarında böyle bir özel hükmün bulunmaması halinde yabancı hâkimler sözleşmenin devamı süresince akdî ifalar arasında mevcut olan dengenin korunması üzerinde durmaktadırlar.

Para borçlarında değerlendirme daha zor olmakla birlikte, böyle bir talepte bulunmanın haksız olduğu anlamını taşımaz. Nitekim Alman Yargıtayı, uzun zaman (mark=mark)

²⁵ Bkz. **DANKERS-HAGENAARS D.**, Rapport néerlandais, in, travaux de l'association Henri Capitant; Bkz. E. **HONDIUS**, Regards sur le droit comparé, in, les clauses abusives entre professionnels, Economica, coll. Études juridiques 1998, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, sh. 110 ets., spéc, sh. 113.

L'article 258 du livre 6 du nouveau Code civil néerlandais dispose que *"le juge peut, à la demande de l'une des parties, modifier les effets du contrat ou le résilier en tout ou en partie en raison des circonstances imprévues d'une nature telle que, d'après des critères de la raison et de l'équité, l'autre partie ne peut s'attendre au maintien intégral du contrat. La modification ou la résiliation peut être accordée avec effet rétroactif"*.

²⁶ Bkz. **DAVID R.**, L'imprévision dans les Droits Européens, in Mélanges en honneur d'A. Jauffret, 1974, sh. 211 ets.

²⁷ **MENEZES-CORDEIRO A.**, Rapport portugais, in, travaux de l'association Henri Capitant. L'article 437 du Code civil de 1966 (d'influence germanique) dispose que *"1°. Si les circonstances dans lesquelles les parties ont fondé la décision de contracter subissent une altération anormale, la partie lésée a droit à la résiliation du contrat ou à sa modification selon des jugements d'équité, si l'exigence des obligations assumées par elle, affecte gravement les principes de la bonne foi et n'est pas couverte par les risques propres au contrat. 2°. Demandée la résiliation, l'autre partie peut s'opposer à la demande, en déclarant accepter la modification du contrat aux termes du numéro antérieur"*; v. pour plus de développements, **MENEZES-CORDEIRO A.**, Rapport portugais, in, travaux de l'association Henri Capitant, préc.

²⁸ Bkz. **SALERNO M.-U.** Rapport argentin; **LASBORDES** Victoire, Les Contrats Déséquilibrés, Tome II, Aix-en- Provence 2000, sh. 543.

varsayımını savunmuş, daha sonra iyiniyete göre hareket etmek zorunda kalmış ve içtihatlarını değiştirmiştir. Bu konuda Macar Yargıtayı da aynı sonuca varmıştır²⁹.

Alman Mahkemeleri, her şeyden önce, sözleşmenin doğrudan gözden geçirilmesinden önce BGB madde 242'nin "... borçlu, ifasını iyiniyetin gereğine uyarak yerine getirmek zorundadır" hükmünü dikkate alarak, ekonomik imkânsızlık³⁰ üzerinde durmuşlardır.

Alman Mahkemeleri, *force majeure* fikrini geniş biçimde anlarken, taraflardan birinin ifasının ilk sözleşmeye göre ekonomik imkânsızlık içinde bulunduğunu düşünerek bir çıkış yolu bulmuşlardır³¹.

Esasen *hardship*'in gerçek bir açıklamasını ve değerlendirilmesini yapmak için, ticaret hayatında çok önemli bir yer işgal eden sözleşmelerin değişen şartlara göre uyarlanması gerektiği görüşünü, gerek doktrin, gerekse Yargıtay içtihatlarının ışığı altında incelemenin yararı vardır. Bu tür bir hukukî müessese, Türk ve İsviçre hukuklarında da yer almış ve uzunca bir uygulama süreci yaşamıştır. Türk ve İsviçre hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara göre uyarlanabilmesinin şartlarını şöylece sıralayabiliriz:

Bu olaylar, toplumun tamamını veya belli bir kesimini etkisi altına alan ve onların sosyal ve ekonomik varlıklarını sarsan olaylardır. Savaş, iktisadî krizler ve bunun yan sonuçlarını teşkil eden aşırı derecede ani işsizlik yaratan, para değerinin aniden aşırı oranda düşmesi, genel açıklık, borsa fiyatlarının alt-üst olması, ülke ekonomisinde büyük ağırlığı olan büyük bankaların iflası, yüksek oranda yeni vergilerin konulması, ithalat ve ihracat yasağı, tabii âfetler bunlar arasında sayılabilir³².

II. Uluslarüstü (Supranational) Hukuk Kurallarında Hardship'e Verilen Yer ve Uygulaması

1. Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkelerinde Hardship

Sözleşmede taraflarca öngörülme ve sözleşmenin imzalanmasından sonra ifa esnasında meydana gelen olağanüstü olaylar, uluslarüstü hukukta da geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Nitekim İngiliz ve Fransız orijinal metinlerini aşağıda 34 nolu dipnota aldığımız; Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkelerinin 6.2.2 maddesinde "*Hardship*" öngörülme ve durumun tanımı şöyle ifade edilmiştir:

"Edimlerin dengesini temelinden değiştiren olayların meydana gelmesi halinde öngörülme ve durum vardır; ya borçların ifasının maliyeti artmıştır ya da karşı edimin değeri azalmıştır, ve

(a) Bu olaylar, sözleşmenin yapılışından sonra medyana gelmiş veya zarara uğrayan tarafça o zaman anlaşılmıştır;

²⁹ GÜRSOY Kemal Tahir, *Clausula Rebus Sic Stantibus*, Ankara 1947, sh. 141.

³⁰ Les tribunaux allemands ont d'abord élaboré le concept d'impossibilité économique, avant de fonder directement la révision du contrat, sur la bonne foi visée par l'article 242 du B.G.B., lequel dispose que "(...) le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exige la bonne foi (...)".

³¹ Sur les notions de force majeure et d'imprévision; B.G.B. ou Bürgerliches Gesetzbuch, est le Code Civil Allemand. I supra. sh. 543.

³² KAPLAN İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara 1987, sh. 146-147; DAYINLARLI Kemal, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, Ankara 2008, sh. 163-166.

(b)Mağdur olan taraf sözleşmenin yapılması esnasında, böyle olayları makul olarak dikkate alamamıştır;

(c)Bu olaylar mağdur tarafın kontrolü dışında oluşmuş; ve

(d)Bu olayların riskini mağdur olan taraf üstlenmemiştir”.

UNIDROIT'in 6.2.3 maddesinde ise, sözleşmenin ifası esnasında meydana gelen *hardship* olaylarının sözleşmeye yansımalarının hukukî sonuçları hükme bağlanmıştır³³. Buna göre:

(1) Sözleşmenin sarsılması halinde mağdur taraf müzakerelerin yeniden açılmasını isteyebilir. Talep geciktirmeden ve gerekçeli olarak yapılmalıdır.

(2) Talep tek başına mağdur tarafa yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkı vermez.

(3) Makul bir süre içinde taraflar arasında mutabakat olmazsa, biri veya diğeri mahkemeye müracaat edebilir.

(4) Sözleşmeyi sarsan öngörülmeleyen bir halin mevcut olduğu sonucuna varan mahkeme, eğer onu makul bulursa:

(a) Tespit edeceği tarih ve şartlarda sözleşmeye son verebilir; veya

(b) Edimlerin dengesini yeniden tesis etmek için sözleşmeyi uyarlayabilir³⁴.

³³ Milletlerarası Tahkim Uygulamasında UNIDROIT İlkelerinin sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak seçildiği durumlarda da *hardship* olarak değerlendirilen olayların sözleşmenin temel ekonomik dengesini altüst edip etmediği dikkate alınmaktadır. Buna ilişkin hakem kurulu kararları için bkz. ICC Tahkim Divanı Dosya No. 8486, ICC Tahkim Divanı Dosya No. 9479, ICSID Tahkimi Joseph Charles Lemire vs. Ukrayna Davası, Dosya No. ARB 8AF/98/1, karar tarihi 20.03.2000, <http://www.unilex.info>

³⁴ **DAYINLARLI** Kemal, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, (Roma 2004), Ankara 2005, sh.103-104;

ARTICLE 6.2.2

(Definition of hardship)

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either cause the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) *the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;*

(b) *the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;*

(c) *the events are beyond the control of the disadvantaged party, and*

(d) *the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.*

ARTICLE 6.2.2

(Définition)

Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

(a) *que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;*

(b) *que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;*

(c) *que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et*

(d) *que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.*

ARTICLE 6.2.3

(Effects of hardship)

(1) *In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.*

(2) *The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.*

(3) *Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.*

(4) *If the court finds hardship it may, if reasonable,*

(a) *terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or*

UNIDROIT İlkelerinin 6.2.3 maddesi hükmüne göre mağdur tarafın, sözleşmenin alt-üst olan ekonomik dengesinin düzeltilmesi için müzakere talep etme hakkı vardır. Bu talebin de vakit geçirilmeden yapılması gerekir. Ayrıca müzakereler de iyiniyetle yapılmalı ve işin ifasını olumlu olarak etkileyecek bir sonuca ulaştırılması amacına yönelik olmalıdır. Bu hususta İngiliz Hukuku ile UNIDROIT İlkeleri aynı yönde esaslar içermektedir. Esasen İngiltere de Türkiye gibi UNIDROIT Enstitüsünün 63 üyesinden biridir³⁵.

2. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinde Hardship

Aynı yönde bir düzenleme, Avrupa Birliği ülkelerinden 22 hukuk profesöründen oluşan bir kurulun yorucu bir çalışması sonucunda oluşturularak kaleme alınan ve bugün geniş uygulama alanı bulan Avrupa Sözleşmeleri Hukuku İlkeleri'nin 2004 baskısında da yer almaktadır. Başkanlığını Danimarkalı bir profesör olan OLE LANDO yaptığı için hukuk doktrininde OLE LANDO İlkeleri diye anılan bu ilkelerin 6.111. maddesi, hâl ve şartların değişmesi başlığı altında aşağıdaki hükümleri içermektedir:

“(1) İfa, maliyetinde artma veya yapılan ifa değerinde azalma nedeniyle daha pahalıya mal olsa bile, taraflardan her biri vecibelerini yerine getirmek zorundadır.

(2) Bununla birlikte, hâl ve şartların değişmesi sebebiyle sözleşmenin ifası taraflardan biri için aşırı maliyetli olursa, taraflar sözleşmenin uyarlanması hususunda müzakere yapmak veya sözleşmeyi feshetmek zorundadır. Bunun için:

(a) Hâl ve şartların değişmesi sözleşmenin yapılışından sonra meydana gelmiştir,

(b) Sözleşmenin yapılışı zamanında hâl ve şartların değişmesi olasılığı makul olarak hesaba katılmadı, ve

(c) Sözleşme gereğince mağdur taraf hâl ve şartların değişmesi riskine katlanmak zorunda değildir.

(3) Eğer makul bir süre içinde taraflar bir anlaşmaya varmamış ise, mahkeme:

(a) Belli bir tarihte ve şartlarda sözleşmeye son verebilir; veya

(b) Hâl ve şartların değişmesinden doğan kâr ve zararları doğru ve hakkaniyete uygun biçimde, taraflar arasında dağıtmak suretiyle sözleşmeyi uyarlayabilir.

Mahkeme, her iki hâlde de iyiniyete aykırı olarak müzakere yapılmasının reddedilmesi veya müzakerelerin kesilmesinin bir tarafa vermiş olduğu zarar nedeniyle tazminata hükmedebilir”.

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

ARTICLE 6.2.3

(Effets)

(1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.

(2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

(3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.

(4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:

(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou

(b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

³⁵ Bkz. **DAYINLARLI** Kemal, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri (Roma 2004), Ankara 2005, sh. 187.

Uluslarüstü bu mevzuat uygulamasından da kolayca anlaşılacağı gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 365/2 ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 373/2 maddelerinde öngörölmüş olan *hardship* hükümleri aynı zamanda Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin 2004 UNIDROIT kurallarının 6.2.2 ve 6.2.3 maddelerinde; Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun da 6.111 maddesinde yer almış ve uygulama alanı bulmuştur. Başka bir deyişle, uluslarüstü maddi hukuk kuralları, Avrupa'nın birçok ülkesinde sözleşmelere *hardship* kavramı olarak girmiş ve sözleşmenin ifası esnasında meydana gelen *hardship'in* sözleşmelere yansımalarını hukukî sonuçlara bağlayan hükümler tesis edilmiştir³⁶.

Hardship'in varlığı halinde bunun:

- a) Sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana gelmiş olması,
- b) Mağdur tarafça sözleşmenin yapılması esnasında makul olarak olayların öngörülmesinin mümkün olmaması,
- c) Meydana gelen olayın mağdur tarafın iradesi ve kontrolü dışında oluşması,
- d) *Hardship* olarak meydana gelen olayın zararlarının mağdur tarafça karşılanacağını kabul edilmiş olmaması gerekmektedir.

Milletlerarası uygulamada ve Türkiye'de hâkim olan kanaate göre *hardship'in* uzun süreli sözleşmelerde uygulandığı üzerinde durulmaktadır³⁷. Burada doktrin ve mahkemeler *hardship'in* varlığını genel iyiniyet kuralına³⁸ veya ihdas edilen özel kanun hükümlerine dayandırmaktadırlar. Gerçekten, öngörölmeyen haller problemi, işin gerektirdiği yerlerde iyiniyet kuralı kavramına bir örnek olarak alınmaktadır³⁹.

Daha önce de açıklandığı gibi *hardship*, Anglo-Saxon hukukçuları tarafından ileri sürölmüş ve kabul edilmiş bir kavramdır. Taraflar sözleşmelerinde *hardship* uygulamasını kabul etmişlerse, bu olağanüstü olayların ortaya çıkması ile tarafların müzakere etme zorunluluğu doğmaktadır. Bu takdirde, taraflar müzakereye iyiniyetle başlamalı ve müzakerelerin olumlu sonuçlanması ve yeni şartlarda sözleşme ekonomisi için ciddi teklif yapmalıdırlar. Taraflardan birinin müzakereleri reddetmesi akdî kusur oluşturur⁴⁰.

Bu tür ilkeler, sözleşmelerin ifası esnasında olağanüstü olaylarla bozulan akdî adaleti, hakkaniyeti ve ifadaki objektifliği yeniden temin etme amacını taşır. Ancak, genelde âkit taraflar sözleşmelerine bu konuda yeterince açık hükümler getirilmesini ihmal ettikleri için sözleşmeler ileride meydana gelebilecek tüm ihtimalleri içermekten uzak kalmaktadır.

Genel olarak *hardship* olaylarında önemli olan husus, ifanın imkânsızlığından ziyade, sözleşme ile kurulan edimler arasındaki ekonomik dengenin aşırı derecede bozulmasının sonuçlarına mağdur tarafın katlanmasını istemenin, hakkaniyet kurallarına aykırı düşmesinin önlenmesidir. Bu aykırılığın giderilmesi için sözleşmenin yapılması esnasında karşılaşılan *hardship* olayları karşısında bozulan ekonomik dengenin iyiniyet (*good faith and fair dealing*)

³⁶ HESSELINK Martijn W., The New European Private Law, The Netherlands 2002, sh. 207.

³⁷ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Roma 2004, sh. 186-187.

³⁸ HESSELINK Martijn W. bkz. German Law, e.g. BGH, 8 February 1984, NJW 1984, 1746 = MDR 1985,47 = LM § 313 BGB (new). [The New European Private Law, The Netherlands 2002, sh. 207].

³⁹ Bkz. Yukarıdaki eser, sh. 207.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. LASBORDES Victoire, Les Contrats Déséquilibrés, Tome II, Aix-en-Provence 2000, sh. 489-539.

kurallarına dayanarak yeniden kurulması temin edilmelidir. Bunun için de iyiniyetle hareket ederek tarafların müzakereye başlamaları ve sözleşmede öngörülen ifayı sözleşmenin amacına uygun bir sonuca ulaştırmaları gerekmektedir⁴¹.

Avrupa ülkelerinin hukuklarının çoğunda, sözleşmenin imzalanması anında makul olarak tarafların öngöremedikleri olaylar nedeniyle meydana gelen haksızlıkların düzeltilmesi için bir düzenleme kabul edilmiştir. Uygulamada bununla geniş biçimde karşılaşmaktadır. Bunlara bazen "*clause de négociation*" veya "*clause de hardship*" adı verilmektedir. Esasen taraflar sözleşmenin ifası esnasında bazı olayların meydana gelmesi halinde:

1- Otomatik olarak değişiklik maddesi (*clause de variation automatique*) kabul edebilirler. Burada istatistik verilerine göre fiyat ayarlaması yapabilirler. Bu takdirde hâkime müracaata ihtiyaç kalmaz. Burada "*échelle mobile*" sistemi uygulanabilir.

2- Taraflar gözden geçirmeyi (*clause de révision*) kabul ederek sözleşmenin belli zamanlarında veya ekonomik hâl ve şartların değiştiği her an uygulanmak üzere ya müzakere ederek bir sonuca varırlar veya belli bir makama başvurmak suretiyle bu makamın bedeli yeni şartlara uyarlamasını isteyebilirler⁴².

Ticarî hayatın genel akışı içinde tecrübeler göstermektedir ki, taraflar bazen ya bilgisizlikten ya da başlarına daha önce bu tür aşırı malî külfet getiren olaylar gelmediği veya sözleşmelerine koymayı ihmal ettikleri veya sözleşmelerine koydukları bu tür kurallar da bazen tüm muhtemel varsayımları kapsamaktan uzak kaldığı için böyle özel bir hükmün sözleşmelerinde yer almasını ihmal etmektedirler.

Milletlerarası bir sözleşmenin imzası esnasında taraflar bazen de sözleşmenin bütün koşulları üzerinde anlayamayabilirler. Zira sözleşmenin yapılmasını engellemektense, bu hususlar üzerindeki mutabakatlarını ileriki bir safhaya ertelemeyi tercih edebilirler. Bazen milletlerarası sözleşmelerde ifayı aşırı derecede etkileyecek ekonomik, teknik ve diğer hâl ve şartların değişmesi karşısında taraflar başlangıçta taahhüt ettikleri hususları alt-üst eden *hardship* olayları nedeniyle müzakereye girerler. Bu takdirde, aralarında bir mutabakat olmazsa, üçüncü bir şahsa müracaat ederek sözleşmenin bozulan dengesini düzeltme imkânını ararlar⁴³.

Böyle bir durum karşısında, işi olurlarına bırakmak mümkün değildir. Taraflar değişen şartlara göre sözleşmeyi gözden geçirmek için mutabık kalabilir ve bir düzeltme mekanizması oluşturabilirler. Fransız hukukunda (*imprévision*) öngörülme-yen durum diye adlandırılan, olaylara müracaat ederek uyarlama yapmak istisnaîdir. İtalyan hukukunda ise, sözleşme hükümlerine riayet etme ilkesi esas olmakla birlikte, İtalyan Medenî Kanunu'nun 1467/2.

⁴¹ KASSIS Antoine, Problèmes de Base de l'Arbitrage en Droit Comparé et en Droit International, Tome I, 1987, sh. 303; Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh. 565.

⁴² CARBONNIER Jean, Droit Civil, Volume II, Paris 1956, sh. 2174; aynı yönde düşünce için bkz. FLOUR Jacques / AUBERT Jean-Luc, Les Obligations, Paris 1996, sh. 295-296.

⁴³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, International Commercial Arbitration, The Netherlands 1999, sh. 24; On these clauses and the role of the third party see; OPPETIT Bruno, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship", 101 J.D.I. 794 (1974); FONTAINE Marcel, Droit des Contrats Internationaux, Analyse et Rédaction de Clauses 249 (1989) ("Les clauses de hardship"); ULLMAN Harold, Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain, Law and Practice of Hardship Clauses in the American Legal System 1988.

maddesinde yer alan ve sözleşmeyi değişikliğe uğratan ve taraflardan birinin yükünü ağırlaştırarak bu durumun kabulü için "excessive" (aşırı) olması gerekir⁴⁴.

Esasen, *hardship'in* taraflardan birine yüklediği aşırı derecede haksız ekonomik yük nedeniyle taraflardan birinin mahkemeye müracaat etmesi halinde dahi, mahkeme tarafları müzakere etmeye davet edebilir. Taraflar müzakerede başarıya ulaşamaz ise, bu takdirde kararı mahkeme verir. Mağdur taraf tek taraflı olarak sözleşmeye son veremez. Mahkeme sözleşmeyi askıya alabilir. Sözleşmeyi de belli tarih ve şartlarda sona erdirebilir⁴⁵.

3. Hardship Kavramı ile Aleyhe Yorum İlkesi (*Contra Proferentem Rule*) arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Milletlerarası uygulamaya bakıldığında eser sözleşmelerinde sözleşme şartnamelerini iş sahibinin hazırladığı ve müteahhitlerin bu sözleşme maddelerini çok fazla müzakere etme imkânına sahip olmadan imzaladığı görülmektedir. Müteahhidin bu şartları tekliften önce değiştirme şansı da mevcut değildir. Esasen bu konuda yorum yapmak gerekirse UNIDROIT İlkelerinin 4.6. maddesinde yer alan "*Contra Proferentem Rule*" (Aleyhe Yorum Kuralı)nı uygulamak gerekecektir. İngilizce ve Fransızca asıl metinlerini aşağıda dipnota aldığımız bu kuralın Türkçeye çevirisi ise şöyledir:

"Madde 4.6

(Aleyhe Yorum Kuralı)

Bir tarafça temin edilen sözleşme hükümleri açık değilse, tercihen onları teklif edenin aleyhine yorumlanır⁴⁶."

Bu anlamda sözleşme maddelerini hazırlayan iş sahibinin;

- En azından *hardship* durumunu meydana getiren olayları,
- Bu olayların sonuçlarını, başka bir deyişle, anlaşmanın askıya alınması ve/veya feshini,
- İş sahibinin milliyeti ve ifanın yapılacağı yer de dikkate alınmak suretiyle tarafların takip edeceği usulü sözleşmede belirtmesi, iş hayatının uygulamalarına daha uygun düşmektedir⁴⁷.

İşverenin faaliyet sahasına giren bu durumlar İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarında açıklandığı gibi sözleşme şartnamesini hazırlayan tarafın ileriye dönük hatası olarak nitelendirilebilir ve bu hata *hardship* olayları meydana geldiği için karşılıklı müzakere

⁴⁴ ROUCHETTE Georges (version française préparée par); Principes du Droit Européen du Contrat, Paris 2003, sh. 285.

⁴⁵ ROUCHETTE Georges (version française préparée par); Principes du Droit Européen du Contrat, Paris 2003, sh. 285.

⁴⁶ DAYINLARLI Kemal, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, (Roma 2004), Ankara 2005, sh. 70.

ARTICLE 4.6

(*Contra proferentem rule*)

If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.

ARTICLE 4.6

(*Regle contra proferentem*)

En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées.

⁴⁷ HUBERT, A. age, sh. 107

edilmek suretiyle düzeltilebilir. Zira, *hardship'in* müteahhidin edimini aşırı derecede ağırlaştırarak ve tahammül edilmez boyutlarda masraflara sebebiyet veren sonuçlarına müteahhidin katlanmasını beklemek; hak, adalet ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı düşer ve kanunen de himaye görmez.

Benzer yönde bir hüküm Türk Borçlar Kanunu tasarısının genel işlem koşullarını düzenleyen 20. maddesine uygun olarak tasarının 23. maddesinde "*Yorumlanması*" kenar başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

"*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*".

III. Hardship Nedeniyle Müzakere Yapılması ve İyiniyet Kurallarının Uygulanması Zorunluluğu

İyiniyet kurallarının uygulanması ilkesi sözleşmelerin yorumunda kullanılan bir normdur. Bunun böyle olduğu Fransız Medenî Kanunu'nun 1134/3 maddesinde açıkça ifade edilmiştir⁴⁸. İtalyan Medenî Kanunu'nun 1366 maddesi de aynı hükmü içermektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun 2/2 maddesi, Türk Medenî Kanunu'nun 2/2 maddesi bir hakkın kötüye kullanılmasını, kanunun himaye etmeyeceğini bildirmektedir⁴⁹. Belçika Hukuku'nda ise, iyiniyet kuralı, tarafların karşılıklı menfaatlerini dikkate alarak tarafların amaçlarını gerçekleştirmede işbirliği yapmak suretiyle durumu değerlendirir⁵⁰ ve karşılıklı vecibeleri tamamlamaya izin verir. Brezilya Hukuku'nda; iyiniyet kuralı sözleşme ifasında kusur yoksa ve ademi ifa söz konusu değilse sosyal dayanışma, zararın hakkaniyete göre taksim edilmesini haklı kılar⁵¹. Quebec Medenî Kanunu sözleşmenin her safhasında iyiniyet kuralına uyulmasını emreder. Kanun koyucu akdî ilişkilerin esasını bozmadan, sözleşme özgürlüğüne zarar vermeden iyiniyet kurallarının uygulanmasını geliştirmeyi ister⁵². Fransız Hukukunda müşterek âkidini aldatmama görevi, doğal olarak daha zayıf durumda olan diğer âkidin durumundan haksız olarak istifade etmemeyi de kapsar⁵³. Hollanda Hukukunda; sözleşmenin muhafaza edilmesi halinde, makul olma ve hakkaniyet fikri söz konusu sosyal ve kişisel menfaatten hareketle iyiniyeti de içerir⁵⁴.

Sonuçta, milletlerarası maddî hukuk kuralları veya *lex mercatoria*, kendi sınırlarını ancak iyiniyet kuralları çerçevesinde bir yerde bulur. Bununla birlikte, milletlerarası ekonomide sözleşmelerde örf ve âdet kuralları da yer almaktadır. Bunlar arasında "*hardship*" adı verilen

⁴⁸ Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh. 28

⁴⁹ Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh. 57.

⁵⁰ Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh. 64.

⁵¹ Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh. 84.

⁵² Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh. 103.

⁵³ Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh. 123.

⁵⁴ Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh 213. L'article 6:248 du nouveau Code Civil néerlandais déclare:

"*Le contrat ne produit pas seulement les effets juridiques convenus entre les parties, mais également ceux qui, suivant la nature du contrat, découlent de la loi, de l'usage ou des exigences de la raison et de l'équité*".

madde, sözleşmeye uygulanan ekonomik şartlarda değişiklik olması halinde taraflar arasında dürüstçe bir müzakerenin müdahalesini öngörmektedir⁵⁵.

Her halükarda, iyiniyet kuralının uygulanması milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında da yer almaktadır. Bu anlamda *force majeure* ve *hardship* maddeleri sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması hükümlerini içermektedir. Bu tür maddeler borçlar hukuku sözleşmelerinde yer almakta olup, tarafların hak ve vecibelerini tayin etmede, sözleşmeyi yeni durumlara göre uyarlamada önemli rol oynamaktadır. Burada yapılacak müzakerelerde esas anlamında iyiniyet kuralları "*Règles de la bonne foi*" hukukun genel prensipleri arasında önemli bir yer tutmaktadır⁵⁶.

Bozulan ekonomik dengenin yeniden ihdas edilmesi BK. 365/2 maddesi; UNIDROIT İlkelerinin 6.2.3⁵⁷ ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun 6.111. maddesi⁵⁸ uyarınca taraflar arasında ciddi ve iyiniyetle bedelin artırılması üzerinde müzakere edilmesini zorunlu kılmaktadır. Taraflar bu müzakereden kaçınamazlar. Müzakereye rağmen anlaşma olmazsa mahkemeye müracaatla hâkim TMK. m. 4'deki takdir hakkını kullanarak sözleşmeyi yeni bir kuralla (*une règle nouvelle*) uyarlamak suretiyle tamamlayabilir. Hâkimin seçimi fesihle sınırlı değildir. Hâkim sözleşme süresini kısaltabilir veya uzatabilir veya sözleşmenin muhtevasını değiştirebilir⁵⁹. Ayrıca, milletlerarası sözleşmelerde olağanüstü hallerde Common Law hukukunda ifayı son derece güçleştiren olaylara *frustration* denen veya *force majeure* durumlarda da işin askıya alınması, sözleşmede değişiklik yapılması, sözleşmenin feshi gibi hususlar için üçüncü şahsın müdahalesi istenebilir⁶⁰.

Somut olayda sözleşmenin feshedilmesinin haklı olup olmadığı da incelenmelidir. Örneğin sözleşme konusu işin %96,5 bölümü müteahhit tarafından ifa edilmişse, sözleşmenin ifa edilemeyeceğine ilişkin bir *force majeure* söz konusu olamaz. Ancak burada *hardship'ten* bahsedebiliriz⁶¹. Bu durumda, sözleşme ile kararlaştırılan bedelin artırılarak işin amacına uygun olarak tamamlanması eser sözleşmesinden beklenen sonuca daha uygun olur.

Esasında sözleşme konusu işin bir an önce bitirilmesinde iş sahibinin menfaati vardır. Sözleşmenin tüm ekonomik dengesinin aşırı biçimde bozulmasına sebep olan *hardship* olaylarının sözleşmeye getirdiği tüm külfeti, bu *hardship* olaylarının meydana gelmesinde hiçbir kusuru olmayan müteahhide yüklemek, ifa yeri hukuku olan Türk Borçlar Kanunu'nun 64 ve müteakip maddelerinin hükümlerine göre sebepsiz zenginleşme oluşturur ve hukuken himaye görmez.

⁵⁵ Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh 483.

⁵⁶ Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, Paris 1992, La Bonne foi, sh 545.

⁵⁷ Principes d'UNIDROIT 2004, sh. 198; Bkz. 6. Mesures du tribunal en cas de hardship.

⁵⁸ Principes du droit européen du contrat 2004, sh. 287; Bkz. III. Obligation de renégocier le contrat.

"Normalement, ces négociations doivent porter sur tous les points en litige entre les parties, toujours en vertu du principe de la bonne foi".

⁵⁹ **TERCIER** Pierre, Le Droits des Obligations, 3^{ème} édition, Schulthess 2004, sh. 179, no 882

⁶⁰ **VAN OMMESLAGHE** Pierre, Les Clauses de Force Majeure et Imprévision (hardship) dans les Contrats Internationaux, 57 Rev. Dr. Int. Dr. Comp. 7 (1980); **KAHN** Philippe, Force Majeure et Contrats Internationaux de Longue Durée, 102 J.D.I. 467 (1975); **LESGUILLONS** Henry, Frustration, Force Majeure, Imprévision 1979, DPCI 507.

⁶¹ Principes d'UNIDROIT 2004, sh. 194; madde 6.2.2'nin 6 nolu açıklaması. (Force majeure söz konusu edildiği zaman, ifa imkânsızlığı vardır. Hardship söz konusu edildiği zaman, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması için iyiniyetle müzakere edilmesi gerekir).

İfa edilen eserin bir an önce işletmeye alınarak, eserin yıllar süren işletme ömrü boyunca iş sahibine gelir getireceği düşünülürse, sözleşmede mağdur tarafın katlanmak zorunda kaldığı ekonomik külfeti azaltmak için başvurulmuş iyiniyet görüşmelerinin muhtevası, özellikle sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre hakkaniyete uygun bir çözümle ve takdir hakkının kullanılması ile doldurulabilir⁶².

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki; özellikle son dönemlerde global ekonomideki hassas dengelerin değişmesi, etkilerini ülkesel bazda göstermekte, ekonomik krizler, dövizdeki dalgalanmalar ve devalüasyon gibi sebeplerle taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin ekonomik dengesi daha sözleşme konusu işin ifasına başlanmadan dahi bozulabilmektedir. Ekonomik unsurların yanında beklenmeyen doğa olayları, iklim koşulları, savaşlar ve ayaklanmalar gibi sebeplerle de özellikle eser sözleşmelerinde işin ifasında güçlükler yaşanmaktadır. Bu itibarla sözleşmenin imzalandığı tarihteki durumun sağlanması bakımından gerek Borçlar Kanunu 365/2 hükmü, gerekse Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkelerinin 6.2.2 ve 6.2.3 maddeleri, ayrıca Avrupa Sözleşmeler Hukuku OLE LANDO İlkelerinin 6.111 maddesi hükümleri ve diğer ülkelerin hukuklarında yer alan *hardship'e* ilişkin maddi hukuk hükümlerinin dikkate alınarak; işin ifası esnasında meydana gelen, yukarıda açıkladığımız olaylarla alt-üst olan ve müteahhitten katlanması hukuken beklenemeyen, bozulan ekonomik dengenin yeniden oluşması için tarafların iyiniyetle müzakere ederek sözleşmenin ekonomik dengesini yeniden ihdas etmeleri gerekir. Bu hüküm ile karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinde hem mağdur tarafın zararları giderilmiş, hem de iş sahibinin sözleşme konusu esere sözleşmede öngörülen sürede kavuşması sağlanmış olur.

Ş4. “CULPA IN CONTRAHENDO” BAKIMINDAN TARAFLARIN SÖZLEŞME ÖNCESİ SORUMLULUĞU

İŞVEREN ile X A.Ş. arasında tarihinde imzalanan sözleşmenin götürü bedelli bir istisna akdi (eser sözleşmesi) olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak götürü bedelli sözleşmelerde sadece sözleşmenin bu hukukî nitelendirilmesini dikkate alarak sonuca varmak doğru değildir. Sözleşmenin kuruluşu esnasında tarafların olaylar karşısında algıladıklarını ve doğru bildiklerini iyiniyet kuralları içerisinde karşı âkidine bildirmeleri, TMK. m. 2’de yer alan dürüstlük kurağı gereğidir. Doğru olarak algıladığı ve bildiğini karşı âkidine bildirmeyen ve hatta sessiz kalan taraf için de sözleşme öncesi sorumluluk “*Culpa in Contrahendo*” doğar. Tarafımıza tevdi edilen belgelere göre sözleşmede kararlaştırılan götürü bedelle sözleşmede yazılı işin gerektirdiği üstün kalitede ve standartlarda ifasının tamamlanamayacağını İŞVEREN’in bilmiş olması gerekmektedir. Zira aynı işler için İŞVEREN, daha önce İDARE ile yaptığı tarihli sözleşme kapsamındaki iş için teklif verirken, bu işin hangi bedelle yapılabileceğinin hesabını yapmıştır. Ayrıca belgelerdeki rakamlardan anlaşıldığına göre, A ve B paketlerinde X A.Ş. ve Y A.Ş.’nin aynı iş için verdikleri teklifleri arasındaki büyük fark bu görüşümüzü teyit etmektedir.

⁶² HESSELINK Martijn W., The New European Private Law, The Netherlands 2002, sh. 221, dipnot 152. Aynı yönde görüş için bkz. REDFERN Alan / HUNTER Martin / SMITH Murray, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London 1991, sh. 148.

Bu durum karşısında İŞVEREN, kendi uzmanlığı içinde olan konuda, gerek kendi teklifini hesaplarken ulaştığı kendi teklifine, gerekse İDARE'nin verdiği ve İŞVEREN'in elinde bulunan tarihli teklife bakarak, aynı döneme rastlayan X A.Ş.'nin teklifi ile bu işin yapılamayacağını bilmemesi mümkün değildir. Bu konuda karşı âkidini uyarmanın İŞVEREN için “*Culpa in Contrahendo*” (sözleşme öncesi sorumluluk) olduğu kanaatine varmış bulunuyoruz. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunumuzun 20. maddesi uyarınca “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır*” hükmünü sadece taraflardan biri olan X A.Ş. için düşünmek, hakkaniyete ve kanunun bu hükümden beklediği amaca uygun düşmez. İŞVEREN de ülkenin önde gelen bir ticaret şirketi olduğuna göre, karşı âkidini zamanında uyarma borcu vardır. “Sözleşme götürü bedellidir” diye sözleşmenin ifası esnasında değişen şartların getirdiği ve götürü bedelin miktarını aşırı derecede aşan tüm malî sorumluluğunu X A.Ş.'ye yüklemek, TMK. m. 2 hükmündeki objektif iyiniyet, hakkaniyet ve nesafet kurallarına, ayrıca ticarî örf ve âdete aykırı düşer.

§5. HARDSHIP OLAYLARININ (İŞVEREN) VE (X A.Ş.) ARASINDAKİ SÖZLEŞMEYE YANSIMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Niteliği gereği, A Projesi, başlangıçta bilinmeyenleri çok olan, normal iş riskini çok aşan ve ne zaman meydana geleceği belli olmayan aşırı riskler taşıyan bir eser sözleşmesidir. Bu bilinmeyenlerin tümünün, sözleşmenin imzası tarihinde sözleşmenin kapsamına yansıtılması imkânı taraflarca dikkate alınmamıştır. Zira o tarihte bilinmediği için sözleşmenin götürü bedeline alınamayan ifayı zorlaştırıcı bu unsurların ancak sözleşmenin kuruluşunu müteakip ifa esnasında ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

Bunlar arasında örneğin, Dolar/TL paritesi, sözleşmenin yapıldığı tarihte, önceki yılların aksine, sözleşmenin ifası esnasında TL lehine geliştiği görülmektedir. Tarafımıza tevdi edilen belgeler arasında bulunan bilgiler ve yapılan grafiklerden varılan sonuca göre, yılı başı ile taraflar arasındaki sözleşmesinin imzalandığı ayı arasındaki dönemdeki Dolar/TL paritesini ve taraflar arasındaki sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemdeki Dolar/TL paritesi incelendiği takdirde, sözleşmeden önceki dönemde gelişen durumla, sözleşme imzalandıktan sonraki gelişen durum arasında aşırı farklar oluşmuştur. Geçen ayda 4 kat (%400) artan dolar kuru, sözleşme sonrası dönemde sadece %4 kadar artmıştır. Sözleşmeye etki eden dış etkenlerden olan Dolar kurunda böyle bir sonuca ulaşılacağını tahmin etmek mütedbir bir tacirden istenemez. Bunlar “hardship” olarak değerlendirilir. Zira bu durumda, X A.Ş.'nin işin ifasında hak edişlerle aldığı dolar miktarının, işin ifası için harcadığı TL'yi karşılamaktan uzak kaldığı görülmektedir.

X A.Ş.'nin ifa esnasındaki zararının dış etken olan *hardship* olayları meydana geldikçe tedrici olarak oluştuğu ve büyüdüğü, büyüdüğü de sözleşme ile kurulan işlemi temelinden X A.Ş. aleyhine çöktüğü sonucuna varılmaktadır. Eser sözleşmelerinde alt taşeronun aldığı işi noksansız ve ayıpsız olarak tamamlayıp iş sahibine teslim etmesi esastır. Başka bir deyişle, eser sözleşmesinden beklenen sonucu meydana getirip eseri karşı âkide teslim şarttır. Bu şart, en iyi şekilde X A.Ş. tarafından yerine getirilmiştir. Çünkü belgeler arasında İŞVEREN'in konuya ilişkin herhangi bir itirazına rastlanmamıştır.

Ayrıca X A.Ş.'nin sözleşme ile taahhüt ettiği işi özenli ve özverili olarak yerine getirmiş olduğu bir gerçektir. Nitekim, İŞVEREN ile İDARE arasında herhangi bir sıkıntı yaşandığına dair bir belgeye rastlanmamıştır.

İŞVEREN ile X A.Ş. arasında çıkan sorun sadece parasal bir sorun olarak gözükmemektedir. İşin ifası esnasında meydana gelen *hardship* nedeniyle İŞVEREN'in İDARE'den kendi sözleşmesindeki götürü bedele ilaveten ... US\$ aldığı görülmektedir. Ayrıca işin devamı esnasında ilave işlerin yapılmasının zorunlu olduğu ve bu işleri zeyilnamelerle X A.Ş.'nin ifa ettiği ve bunlar için zeyilnamelerde gösterilen bedellerin X A.Ş.'ye ödendiği görülmüştür. Tüm bu durumlar gösteriyor ki, sözleşme konusuna giren işlerle, daha sonra zeyilnamelerde belirtilen işler X A.Ş. tarafından ifa edilmiştir. Bunun karşılığında da İŞVEREN tarafından X A.Ş.'ye zeyilnamelerle tespit edilen bedelin ödendiği bellidir. O halde X A.Ş., kendi edimini yerine getirmiş, fakat hiç kusur olmadığı halde sözleşmenin ifası esnasında, dış etkenlerden kaynaklanan nedenlerle edimler arasında aşırı nispetlilik doğmuştur. Bu durumda dahi sözleşme bedelinde uyarılama yapma zorunluluğu doğmuştur. Zira 10.000.000 US\$'lık bir işin sonunda X A.Ş.'nin bu sözleşme bedeli dışında 13.000.000 US\$ zararı olduğu tespit edildiğine göre, sözleşmede işlem temelinden çökmüştür. Bu çöken sistemin düzeltilmesi (ihya edilmesi) Yargıtay içtihatlarına da uygun düşer. İşlem temelini çöküşüne ilişkin olarak uyuşmazlıkların giderilmesinde, kaynak olarak TMK.nun 1, 2 ve 4. maddelerinden yararlanılabilecektir (Yargıtay HGK'nun 07.05.2003 tarih ve E. 2003/13-332; K. 2003/340 sayılı kararı. Bkz. YKD Ekim 2003, Cilt 29, Sayı 10, sy. 1493-1502). Aksi takdirde, götürü bedelli sözleşmenin ahde vefa ilkesi, İŞVEREN lehine tek taraflı uygulanmış olacağından, bu durum, hem TMK. 2. maddesindeki iyiniyet kurallarına aykırı düşecek, hem de BK. nun 365/2. maddesindeki sözleşmenin kuruluşu esnasında taraflarca öngörülme veya öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin götürü bedeli ile tamamlanmasını olanak dışı bırakan durumların dikkate alınmamış olması İŞVEREN'in sebepsiz zenginleşmesine neden olacaktır. Oysa, burada "*Clausula Rebus Sic Stantibus*" ilkesinin *hardship* nedeniyle dikkate alınması ve sözleşmenin götürü bedel ile ifasının yerine getirilmesini imkânsız kılan *hardship* nedeniyle sözleşme bedelinde taraflarca yeni koşullara göre uyarılama yapılması gerekirdi. Tarafların bu yasal vecibeyi yerine getirmediği anlaşıldığından, bu uyarılamanın hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile yerine getirilebileceği ve böylece tezyidi bedele gitmek suretiyle X A.Ş. aleyhine tezahür eden açık haksızlığın giderilebileceği BK. m. 365/2 maddesi hükmündendir.

§6. SONUÇ

Tarafımıza tevdi edilen belgelerin ve taraflar arasında tarihinde imzalanan sözleşme hükümlerinin incelenmesi sonucu vardığımız kanaata göre:

1. İŞVEREN, karşı âkidi X A.Ş.'yi sözleşmenin kuruluşu öncesi bildiği ve bilmesi gerektiği hususlarda uyarmayıp, özellikle sözleşme kapsamına giren işlerin ifasının 10.000.000 US\$ ile tamamlanmasının imkânsız olduğunu bildiği halde bu bedelle sözleşme imzaladığı için İŞVEREN'in "*Culpa in Contrahendo*" sözleşme öncesi sorumluluğunun oluştuğu,

2. Sözleşmenin götürü bedelli sözleşme olduğu, bu arada BK. m. 365/1 “*Pacta Sunt Servanda*” ahde vefa ilkesi yanında, sözleşmenin ifası esnasında peyderpey dış etkenlerle sözleşmenin ekonomik dengesi X A.Ş. aleyhine tek taraflı olarak çökmüş olduğundan, bu ekonomik çöküntünün ihyası için tarafların karşılıklı müzakere suretiyle sözleşme bedelinin değişen yeni şartlara uyarlanması kaçınılmaz olduğu, bu arada “*Clausula Rebus Sic Stantibus*” ilkesinin uygulanması gerektiği, zira sözleşme konusu işin noksatsız ve ayıpsız ifa edilmiş olduğu,

3. Olayların akışında ve tarafımıza sunulan belgelerde bu konuda tarafların anlaşamadığı görüldüğünden, tarafların gerek “*Culpa in Contrahendo*”, gerekse “*Clausula Rebus Sic Stantibus*” ilkelerinin uygulanmasının kabulü suretiyle, TMK.nun 1, 2 ve 4. maddelerinin hâkime verdiği yetkiye istinaden çözümlenmesinin mümkün olduğuna dair işbu hukukî mütalâa tarihinde hazırlanmıştır.

KAYNAKÇA

- **Black's Law Dictionary**, U.S., 1991, sh. 717.
- **CABRILLAC Rémy**, *Droit des obligations*, Dalloz, 2e édition, 1996.
- **CARBONNIER Jean**, *Droit Civil Tome I - II, Les Biens Les Obligations*, PUF, Paris, 2004.
- **CERTU** (Centre d'études sur les réseaux, les transports, l'urbanisme et les constructions publiques), *Pratique de Contrat d'Ingénierie*, Groupe Moniteur, Paris, 1997.
- **DAYINLARLI**, *Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler UNIDROIT (Roma 2004)*, Ankara, 2005.
- **DAYINLARLI**, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları* 4. Baskı, Ankara, 2008.
- **DAYINLARLI**, *Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2004.
- **de BOISSESON Matthieu**, *Le Droit Français de l'Arbitrage Interne et International*, GLN Editions, 1990.
- **ENGEL Pierre**, *Contrats de Droit Suisse*, Berne, 2000.
- **FLOUR Jacques**, **AUBERT Jean-Luc**, *Droit Civil, Les Obligations, I-L'Acte juridique*, Masson / Armand Colin, 7e édition mise à jour et enrichie, Paris, 1996.
- **FOUCHARD Ph.**, **GALLIARD E.**, **GOLDMAN B.**, *Traite de l'Arbitrage Commercial International*, Litec, Paris, 1996.
- **KAPLAN İbrahim**, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 2. Baskı, Ankara 2007.
- **KASSIS Antoine**, *Problèmes de base de l'Arbitrage en Droit Comparé et en Droit International Tome I*, L.G.D.J., Paris, 1987.
- **LASBORDES Victoire**, *Les Contrats Déséquilibrés Tome II*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2000.
- **LEFEBVRE Francis**, *Contrats et Droits de l'Entreprise*, Mémento Pratique, 5e Edition, 1997.
- **MAULAUURIE Philippe**, **AYNES**, *Cours de Droit Civil, Tome IV, Les Obligations*, Editions Cujas, Paris, 4e édition mise à jour le 20 juillet 1993.
- **OSMAN Filali**, *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, Contribution à l'Etude d'un Ordre Juridique Anational, Bibliothèque de Droit Privé Tome 224*, Librairie

Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1992.

- **REDFERN** Alan, **HUNTER** Martin, **SMITH** Murray, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet&Maxwell, Second Edition, London, 1991.
- **RICHARDS** Paul H. Richards, *Law of Contract*, Financial Times Pitman Publishing, Fourth Edition, London, 1999.
- **ROUHETTE** Georges (Version française préparée par) avec le concours de: de **LAMBERTERIE** Isabelle, **TALLON** Denis, **WITZ** Claude, *Principes du Droit Européen du Contrat, Société de Législation Comparée, Droit Privé Comparé et Européen Volume 2*, Paris, 2003.
- **SERIAUX** Alain, *Droit des Obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992.
- **TERRE** François, *Introduction Générale au Droit*, Dalloz, Paris, 1991.
- **TERCIER** Pierre, *Le Droit des Obligations*, 3e Edition revue et corrigée, Schulthess, 2004.
- **TREITEL** Sir Guenter, *The Law of Contract*, Tenth Edition, Sweet&Maxwell, London, 1999.
- **ULLMAN** Harold, *Droit et Pratique des Clauses de Hardship dans le Système Juridique Américain*, 1988.
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Roma, 2004.
- **VERMELLE** Georges, *Droit Civil, les Contrats Spéciaux*, 2e Edition, Dalloz, 1998.