



Savaş, Belirsizlik ve Sözleşmesel Denge: Çatışma Bölgelerinde İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanması

War, Uncertainty and Contractual Equilibrium: Adaptation of Construction Contracts in Conflict Zones

Ece Baş Süzel*

Öz:

Bu makale, çatışma bölgelerindeki uluslararası inşaat sözleşmeleri bağlamında, kanundan doğan aşırı ifa güçlüğü kurallarının sınırlarını incelemeyi hedeflemektedir. Çatışma ortamlarında hızla değişen koşulların sözleşmenin ifasını ciddi biçimde zorlaştırdığı bilinen bir gerçektir. Her ne kadar ulusal hukuk sistemleri çeşitli uyarlama kuralları düzenlese de, bunlar çoğu kez silahlı çatışmalardan doğan dinamik ve parçalı riskleri karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk kaynakları ile sözleşme pratiğine dayanarak, bu makalede, proaktif ve sözleşmeye dayalı mekanizmaların daha etkin ve ticari bakımdan uygulanabilir bir yanıt sunup sunmadığı ele alınacaktır.

Bu çalışma, aşağıdakileri içeren çok aşamalı bir sözleşmesel bir çerçeve önermektedir:

- olağanüstü hâllerin sözleşme ile açık tanımları;
- çatışma kaynaklı aşırı ifa güçlüğü'nün varlığını ve etkisini belirlemeye yönelik objektif kriterler;
- yaptırımları ile birlikte düzenlenen bir yeniden müzakere yükümlülüğü;
- ve geçici uyarlama ile ticari bakımdan akde tahammül süreleri için esnek sözleşmesel araçlar.

Çalışma, bu tür mekanizmaların yalnızca riskin yönetilmesi için değil, aynı zamanda uyuşmazlıkların önlenmesi ve ifanın sürekliliğinin korunması için de hayati öneme sahip olduğunu vurgulamaktadır. Soyut ve genel hukukî doktrinlerin ötesine geçerek somut koşullara uyarlanmış sözleşmesel çözümlere dayanmak suretiyle, taraflara özellikle mahkeme veya tahkimin çok yavaş veya etkisiz kalabildiği yüksek riskli ortamlarda daha fazla öngörülebilirlik, hakkaniyet ve dayanıklılık sağlanabilir.

* Prof. Dr., Rektör Yardımcısı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye,
E-posta: ece.bas@bilgi.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-1769-2915>.

Anahtar Kelimeler: Aşırı ifa güçlüğü, Uyarlama, Çatışma bölgesi, İnşaat sözleşmesi, Yeniden müzakere

Abstract:

This article aims to examine the limitations of the rule of extreme difficulty arising from law in the context of international construction contracts in conflict zones. It is a known fact that rapidly changing conditions in conflict environments severely complicate contract performance. Although national legal systems regulate various adaptation rules, these are often insufficient to address the dynamic and fragmented risks arising from armed conflicts. Based on comparative legal sources and contractual practice, this article will address whether proactive and contractual mechanisms offer a more effective and commercially viable response. This study proposes a multi-stage contractual framework that includes:

- explicit contractual definitions of exceptional circumstances;
- objective criteria for determining the existence and impact of conflict-induced extreme difficulty;
- a renegotiation obligation regulated with its sanctions;
- and flexible contractual instruments for temporary adaptation and commercially viable contractual tolerance periods. The study emphasizes that such mechanisms are vital not only for risk management but also for dispute prevention and ensuring continuity of performance. By relying on contractual solutions adapted to specific circumstances, moving beyond abstract and general legal doctrines, parties can be provided with greater predictability, equity, and resilience, particularly in high-risk environments where courts or arbitration may be too slow or ineffective.

Keywords: Hardship, Contractual adaptation, Conflict zones, Construction contracts, Renegotiation

Extended Summary:

This article examines the limits of statutory hardship rules in international construction contracts performed in conflict-affected regions and argues for a proactive, contract-based model of adaptation. Construction projects are particularly vulnerable to armed conflict, civil unrest, political instability, economic collapse and sudden regulatory change. Their long duration, complex structure, substantial investment and dependence on multiple actors mean that disruptions may seriously affect performance, cost, timing and the contractual balance. Although national laws and standard forms provide remedies such as force majeure, impossibility, extension of time and cost adjustment, these mechanisms often fail to address the dynamic risks arising in conflict zones.

The article first situates hardship within a comparative legal framework. Civil law systems generally recognise judicial adaptation or termination where unforeseeable changes fundamentally disturb the contractual equilibrium. Turkish law allows adaptation under Article 138 of the Turkish Code of Obligations and contains a specific rule for construction contracts under Article 480/II. German, Swiss and French law also recognise mechanisms that may lead to renegotiation, adaptation or termination. By contrast, common law systems remain more reluctant to intervene, except in cases of frustration. This divergence creates uncertainty in cross-border projects, especially where parties do not wish to rely on unpredictable judicial intervention.

The article then examines FIDIC and ICC clauses. FIDIC contracts contain mechanisms that may respond to certain disruptive events, including price adjustment, exceptional events, employer's risks, changes in law and claim procedures. However, FIDIC does not contain a true hardship clause allowing general adaptation where performance remains possible but becomes excessively onerous. ICC hardship clauses address the issue more directly. The 2003 ICC Hardship Clause essentially allowed termination, whereas the 2020 version offers alternatives including termination after failed renegotiation, judicial or arbitral adaptation, and judicial or arbitral declaration of termination.

A central claim of the article is that statutory default rules are not sufficiently responsive to conflict-zone realities. The mere existence of war does not automatically justify adaptation; a causal link between the conflict and the specific project must be established. Yet war is not a clearly bounded event. Its geographic reach, intensity and practical consequences may change rapidly. A site that appears unaffected today may become vulnerable tomorrow due to escalation, road closures, security threats, sanctions, supply chain disruption or political developments. This unstable pattern makes hardship a developing process rather than a single event.

The article draws an important lesson from the COVID-19 pandemic. Although legal systems already contained default rules on impossibility and hardship, many jurisdictions adopted special legislation to address pandemic-related contractual disruption. This suggests that general default rules may fail to produce fast, predictable and equitable results during systemic crises. Unlike COVID-19, however, conflict risk in certain regions may be foreseeable at the time of contracting, even if its concrete consequences remain uncertain. Parties should therefore use the information available at the drafting stage to design project-specific mechanisms instead of relying solely on statutory rules.

The proposed model rests on freedom of contract, good faith, cooperation and the relational nature of construction contracts. Parties are usually better placed than courts or arbitral tribunals to allocate, price and insure risks in advance. Tailor-made clauses can therefore express the parties' intentions more accurately than general default rules. International instruments such as the UNIDROIT Principles, PECL, DCFR and CESL also reflect a movement towards renegotiation, adaptation and equitable risk-sharing.

The article proposes four contractual mechanisms. First, contracts should provide for early third-party determination of whether an extraordinary event exists and whether it affects the project. This may take the form of an independent expert report, a board determination or reliance on objective institutional declarations. Such mechanisms can reduce evidentiary disputes and prevent parties from waiting until the conflict reaches the construction site itself.

Secondly, contracts should include detailed notice obligations. The affected party should notify the other party of the event, its estimated duration, the activities that can continue, those that cannot reasonably continue and the expected effects on performance. The employer should respond within a defined period. This structured communication may prevent overreaction, underreaction and escalation.

Thirdly, the article emphasises tolerance periods and temporary hardship. Parties should determine how long a party must endure disruption before termination or substantial adaptation becomes available. In recurring conflict scenarios, the contractor may face repeated mobilisation and demobilisation, rising costs and lost opportunities. A staged mechanism may allocate costs differently over successive periods and trigger renegotiation if uncertainty persists.

Finally, renegotiation is identified as the key contractual tool. Since not all risks can be fully anticipated, the contract should impose a binding duty to renegotiate, supported by consequences for breach, such as

loss of adaptation rights, liquidated damages or cost sanctions. The contract should also clarify whether performance continues or is suspended during renegotiation. Properly drafted, renegotiation preserves party autonomy, reduces reliance on courts and tribunals, and enables commercially realistic solutions.

In conclusion, the article argues that conflict-zone construction contracts require more than abstract hardship doctrines. A carefully designed contractual framework can provide greater predictability, fairness and resilience by combining objective triggers, notice duties, temporary adaptation, tolerance periods, renegotiation and limited third-party involvement.

GİRİŞ

Uluslararası inşaat sözleşmeleri, sözleşmesel dengeyi önemli ölçüde bozabilecek hızla değişen koşulların yaşandığı, siyasi açıdan istikrarsız veya çatışmadan etkilenen bölgelerde sıklıkla akdedilmektedir. Silahlı çatışmalar, iç huzursuzluk, ekonomik çöküş veya ani regülatif değişiklikler çoğu zaman taraflardan birinin ya da her ikisinin ifada ciddi güçlüklerle karşılaşmasına yol açmakta; bu da hukukî çareler ve sözleşmesel risk tahsisinin sınırları bakımından acil soruları beraberinde getirmektedir. Bu analizde vaka çalışması olarak inşaat sözleşmelerinin seçilmesinin nedeni, bu tür olayların bozucu etkilerine karşı özellikle savunmasız olmalarıdır.

İnşaat sözleşmelerinin uzun süreli oluşu, karmaşık proje yapıları ve birden fazla aktör arasındaki yüksek düzeydeki karşılıklı bağımlılık, siyasî ya da güvenlik ortamındaki küçük değişikliklerin bile tarafların borçlarını ve sözleşmenin genel dengesini derinden etkileyebilmesi anlamına gelir. Ayrıca inşaat projeleri genellikle önemli bir başlangıç yatırımını gerektirir ve işe bir kez başladıktan sonra kolayca askıya alınamaz veya başka bir yere taşınamaz. Bu özellikler, aşırı ifa güçlüğü ve uyarılama mekanizmalarının çatışma kaynaklı risklere nasıl ve hangi ölçüde uyarlanması gerektiğini incelemek için inşaat sözleşmelerini ideal bir analitik merceğe hâline getirmektedir.

FIDIC standart sözleşmeleri de dâhil olmak üzere çoğu standart sözleşme; talep mekanizmaları, süre uzatımı ve mücbir sebep gibi hükümler içerse de; öngörülme ve istisnâ koşullar nedeniyle ifanın hâlen mümkün olduğu fakat aşırı derecede külfetli hâle geldiği daha karmaşık aşırı ifa güçlüğü hallerini çoğu zaman yeterli şekilde ele alamamaktadır.

Ulusal hukuk sistemleri, aşırı ifa güçlüğü konusunu ele alış biçimleri bakımından önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Almanya, İsviçre, Fransa ve Türkiye gibi kıta Avrupası hukuk sistemleri, bu tür durumlarda sözleşmenin hâkim tarafından uyarlanmasına veya sona erdirilmesine imkân tanıyan doktrinleri kabul etmektedir.¹ Türk hukukunda, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 138. maddesi—ve inşaat sözleşmelerine uygulanan özel nitelikteki TBK m. 480/II hükmü—etkilenen tarafa sözleşmenin hâkim tarafından uyarlanmasını talep etme, uyarılamanın mümkün olmaması hâlinde ise sözleşmeden dönmeyi talep etme hakkı tanımaktadır. Benzer şekilde, Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) 313. paragrafı uyarınca, sözleşmenin temelinin esaslı şekilde değişmesi durumunda, dezavantajlı duruma düşen taraf sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir; uyarılama mümkün değilse veya diğer tarafa makul olarak yüklenemeyecekse,

¹ Hukuk sistemleri arasındaki farklar, ulusal hukuk sistemlerinin *clausula rebus sic stantibus* ilkesine yaklaşımlarındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Örneğin, 1896 yılında Alman kanun koyucusu, çeşitli doğal hukuk kodifikasyonlarında yer alan ve koşulların değişmeden kalacağı varsayımına dayanan bu ilkeyi mevzuatına dâhil etmeme yönünde karar vermiştir. 19. yüzyıla gelindiğinde ise, söz konusu hakkaniyete dayalı kavram, büyük ölçüde sözleşme iradesi teorilerinin yükselişi nedeniyle önemini yitirmiştir. **Hans Rösler**, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *European Review of Private Law*, 2007, Sayı 3, ss. 483-513, s. 487.

sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür.² İsviçre hukukunda aşırı ifa güçlüğü ve uyarlamaya ilişkin genel bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, mahkemeler aşırı ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin uyarlanmasını geçerli bir hukukî çare olarak kabul etmektedir.³ Buna karşılık Fransız hukuku, uzun yıllar boyunca bu tür durumlarda yargı eliyle müdahaleye direnmiştir.⁴ 2016 Borçlar Hukuku reformunun ardından ise, Fransız Medenî Kanunu'nun 1195. maddesi yeniden müzakerenin başarısız olması veya reddedilmesi hâlinde, taraflardan birine ya diğer tarafla sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda anlaşma ya da mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını talep etme imkânı tanımaktadır.⁵ Makul bir süre içinde bir anlaşmaya varılamazsa, mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine, uygun gördüğü şartlar çerçevesinde sözleşmenin uyarlanmasına veya sona erdirilmesine karar verebilir. Bu kısa gözlem, kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki aşırı ifa güçlüğü ve uyarlama doktrininin dayandığı temel esasların özünde aynı—ya da en azından büyük ölçüde benzer—olduğunu ortaya koymaktadır.⁶ Bu temeller genellikle öngörülemezlik, koşullarda esaslî değişiklik, iyiniyet ilkesi ve bir hukukî çare olarak sözleşmenin ya uyarlanabilmesi ya da sona erdirilebilmesi imkânlarını içerir.⁷

Buna karşılık Anglosakson hukuk sistemleri, *frustration* hâli dışında müdahalede bulunmaya büyük ölçüde isteksizdir. Bu farklılık, özellikle tarafların hiçbirinin yargısal müdahaleyi kabule istekli olmadığı veya bölgesel güvenlik koşulları nedeniyle mahkemelere erişimin pratik olmadığı sınır ötesi inşaat projelerinde önemli bir hukukî belirsizlik yaratmaktadır.

Bu hukukî ayrışma ve belirsizlik zemininde, eldeki makale farklı bir yola yönelmeyi hedeflemektedir. Bu yol, yüksek riskli ve çatışmadan etkilenen inşaat projelerine özgü, sözleşmeye dayalı bir çözümdür. Bununla birlikte, makalenin amacı, anglosakson veya kıta avrupalı hukuk sistemlerinde yer alan aşırı ifa güçlüğü hükümlerinin şartları ve sonuçlarına ilişkin doktrinsel bir

² Rösler, s. 486 vd. Ayrıca bkz, BGH, 12.01.2022, XII ZR 8/21.

³ BGer 4A_158/2024, 05.11.2024, BGer 4A_605/2020, 24.03.2021; BGer 4C.49/2004, 30.03.2004.

⁴ Denis Tallon, “La révision du contrat pour impre’sivion au regard des enseignements ré’cents du droit compare”, Droit et vie des affaires’, in Etudes a` la me’moire d’Alain Sayag, Litec, Paris 1997, s. 403.

⁵ Denis Philippe, “The Impact of the Coronavirus Crisis on the Analysis and Drafting of Contract Clauses: Force Majeure, Hardship and Deferral of Obligations”: Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll (edt.), Coronavirus and the Law in Europe, Cambridge, Intersentia, 2021, s. 527, vd. s. 548; Catherine Pedamon, “The New French Contract Law and Its Impact on Commercial Law: Good Faith, Unfair Terms and Hardship”: Maren Heidemann/ Joseph Lee (edt.), The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform, Springer, 2018, s. 99 vd., s. 119.

⁶ Önemle bkz. Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 223; Andreas Furrer/ Angelika Layr/ Jeremias Wartmann, “Impossibility, Force Majeure and COVID-19 under Swiss and Austrian Contract Laws”: Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll (edt.), Coronavirus and the Law in Europe, Intersentia, Cambridge 2021, s. 719 vd., s. 721, s. 737; Ece Baş Süzel / Gökçe Kurtulan Güner, “Covid-19 Yasalarının Bize Gösterdikleri: İmkansızlık ve Uyarlama Düzenlemeleri Ne Kadar Yerinde?”: Melda Sur/ Mine Kasapoğlu Turhan (edt.), COVID-19 ve Hukuk Sempozyumu, On İki Levha, İstanbul 202”, s. 239 vd., s. 241.

⁷ Furrer/Layr/Wartmann, s. 721; Pedamon, s. 120; Rösler, s. 489 vd. Öngörülemezlik eşliğinin farklı hukuk sistemlerinde değişiklik gösterdiği yönündeki görüş için bkz. Baysal, s. 224.

analiz sunmak değildir.⁸ Ayrıca makale, Türk hukukunda düzenlenen aşırı ifa güçlüğü doktrininin avantajlarını veya eksikliklerini değerlendirmeyi de amaçlamamaktadır. Türk hukukundaki düzenlemeye ilişkin olarak, uzun süredir haklı eleştiriler söz konusudur.⁹ Bunun yerine makale, ulusal hukuk doktrinlerinin yeterliliğine ilişkin geniş tartışmalara girmeksizin, çatışmadan etkilenen uluslararası inşaat projelerinde aşırı ifa güçlüğü için pratik ve sözleşmeye dayalı bir çözüm sunmaya odaklanmaktadır.

Bu doğrultuda, özellikle çatışma bölgelerinde uygulanan uluslararası inşaat sözleşmelerinde aşırı ifa güçlüğü'nün düzenlenmesine yönelik sözleşme temelli bir model önerilmektedir. Kanunî doktrinlere veya ucu açık yargısal takdire dayanmak yerine, önerilen yaklaşım; aşırı ifa güçlüğü'nün hangi koşullar altında ortaya çıktığını açıkça tanımlayan, yeniden müzakere yükümlülüklerini ortaya koyan ve isteğe bağlı üçüncü taraf müdahalesini de içeren kademeli bir süreç öngören çok aşamalı bir sözleşmesel çerçeveyi savunmaktadır.

Bu yaklaşım yalnızca hukukî kesinliği artırmakla kalmaz; aynı zamanda tarafların ticari beklentilerine saygı gösterir, uyuşmazlıkların önlenmesini destekler ve yüksek riskli ortamlarda dayanıklılığı güçlendirir.¹⁰ Ekonomik açıdan da sözleşmesel olarak tasarlanmış bir çözüm daha elverişli görünmektedir; zira bu tür bir çözüm, işlem maliyetlerini azaltmakta, yargısal süreçlerin sonuçlarına ilişkin belirsizliği en aza indirmekte ve tarafların riskleri kendi ticari tercihleri ile projeye özgü gerçeklikleri yansıtacak şekilde dağıtmalarına imkân tanımaktadır.¹¹

I. Aşırı İfa Güçlüğü'nün Sözleşmesel Mekanizmalar Aracılığıyla Yeniden Değerlendirilmesi

A. FIDIC ve ICC Aşırı İfa Güçlüğü Kuralları

Aşırı ifa güçlüğü'ne ilişkin farklı hukukî yaklaşımlar ve sözleşme temelli modelin gerekçesi ortaya konulduktan sonra, şimdi büyük uluslararası standart sözleşmelerin — özellikle FIDIC ve ICC model hükümlerinin — bu meseleye nasıl yaklaştığı ele alınacaktır. Her ne kadar bunlar her zaman doğrudan “aşırı ifa güçlüğü hükümleri” olarak adlandırılmasa da, FIDIC ve ICC tarafından yayımlanan standart sözleşme metinleri, değişen koşulların sebep olduğu ifa güçlüklerini farklı ölçülerde ele alabilecek mekanizmalar içermektedir.

Uluslararası inşaat projelerinde kullanılan standart sözleşme modelleri arasında FIDIC, ulusal hukuk sistemlerinin yanında sözleşmesel düzenlemenin temel kaynaklarından biri olarak

⁸ Bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler için bkz. **Baysal**, s. 223 vd.

⁹ **Baysal**, s. 240 vd.

¹⁰ Aynı soruya COVID-19 pandemisine ilişkin olarak yanıt arayan bazı çalışmalar için bkz. **Martin Schmidt-Kesel/Christina Möllnitz**, “Particular Corona Contract Law in Germany”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 699 vd., s. 700-701; **Baş Süzel/ Kurtulan Güner**, s. 239 vd.

¹¹ **Richard A. Posner/Andrew M. Rosenfield**, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, 1977, 6/1, s. 83 vd., s. 117.

öne çıkmaktadır. FIDIC 2017 Kırmızı Kitap ve Sarı Kitap hükümleri yakından incelendiğinde, açık bir aşırı ifa güçlüğü hükmüne yer verilmemiş olmakla birlikte, ifa güçlüğü, geçici engel ve imkânsızlık hâllerini ele alan kademeli bir yapının daha karmaşık hükümler ve “olağanüstü olaylar” kavramı aracılığıyla dolaylı şekilde kurulduğu görülmektedir. Bu hükümler aşağıda kısaca açıklanmaktadır.

İlk olarak, “Maliyet Değişiklikleri Nedeniyle Uyarlamalar” başlığını taşıyan 13.7. madde, malzeme veya işçilik gibi girdi maliyetlerinde önemli artışların meydana gelmesi hâlinde bir formüle dayalı fiyat uyarlamasına imkân tanımaktadır. Bu mekanizma götürü bedelli sözleşmelerde dahi uygulanabilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu hükmün bir aşırı ifa güçlüğü veya sözleşmenin uyarlanması hükmü niteliğinde olmadığı özellikle belirtilmelidir; zira bu düzenleme esasen önceden belirlenmiş bir endeksleme mekanizması olarak işlemektedir. Bununla birlikte, ifanın aşırı güçleştiği ve koşulların değiştiği varsayımına dayalı bir değişiklik söz konusu olduğu için, bu madde sözleşmesel bir çözüm getirdiği için anmaya değerdir.

Bir diğer ilgili hüküm ise olağanüstü olayları düzenleyen 18.1. maddedir. Bu hüküm, mücbir sebep niteliği taşıyan durumları kapsamaktadır. Söz konusu madde uyarınca yüklenici, borçlarının ifasının askıya alınmasını ve süre uzatımı talep edebilmektedir. Bazı hâllerde ise fiyat uyarlamasına da izin verilebilmektedir.

Buna ek olarak, talepleri düzenleyen 20 ve 21. maddeler, yükleniciye ek süre veya ek masrafları talep etme imkânı tanımaktadır. Ancak bu tür talepler, yalnızca ilgili olayın sözleşmede açıkça risk tahsisi yapılan bir duruma dayanması hâlinde kabul edilebilir niteliktedir. Benzer şekilde, “İş Sahibinin Riskleri” başlığını taşıyan 17.4. madde, zararın iş sahibinin üstlendiği bir riskten kaynaklanması hâlinde yüklenicinin süre uzatımı veya ek ödeme talep edebileceğini öngörmektedir. Bununla birlikte, ekonomik krizler, enflasyon veya piyasa dalgalanmaları bu maddede sayılan riskler arasında yer almamaktadır. Son olarak, 13.6. madde, kanunlarda, vergilerde veya düzenleyici işlemlerde meydana gelen değişiklikler karşısında sözleşme bedelinin veya tamamlanma süresinin uyarlanmasına izin vermektedir. Ancak hukukî değişikliklerden kaynaklanmayan ekonomik güçlükler veya maliyet artışları bu hükmün kapsamına girmemektedir.

Görüldüğü üzere, olağanüstü olaylar bazı durumlarda fiyat uyarlamasını mümkün kılarsa da, FIDIC sözleşmeleri aşırı ifa güçlüğü hâllerinde sözleşmenin uyarlanmasını öngören nitelikte bir hüküm içermemektedir.

FIDIC gerçek anlamda bir aşırı ifa güçlüğü uyarlaması öngörmemekle birlikte, ICC bu meseleyi model hükümleri aracılığıyla daha açık bir şekilde ele almıştır. ICC Aşırı İfa Güçlüğü Klotu’nun hem 2003 hem de 2020 versiyonları önem taşımaktadır; zira her iki metin de hâlen uygulamada kullanılmaktadır.

2003 tarihli Kloz, yargısal müdahaleye karşı daha ihtiyatlı bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Kloz, sözleşmenin uyarlanmasını öngörmemektedir; çünkü bu metni hazırlayanlar, hâkime veya hakeme bu yönde bir yetki tanınmasını isabetli görmemiştir. Bunun yerine, söz konusu düzenleme yalnızca aşırı ifa güçlüğü hâlinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanımaktadır.¹²

Buna karşılık, 2020 tarihli versiyon daha incelikli bir mekanizma getirmektedir. Yeniden müzakere sürecinin başarısız olması hâlinde, feshe başvurulmadan önce uyarılma bir çözüm yolu olarak mümkün kılınmıştır. Bu husus, 2003 tarihli klozdan ayrılan temel farkı oluşturmaktadır.¹³

2020 tarihli Klozun 3A seçeneği, esas itibarıyla 2003 versiyonunda öngörülen çözümü tekrar etmektedir. Bu düzenleme, kloz kapsamında aşırı ifa güçlüğüne dayanan tarafa sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanımaktadır. Yapılan tek değişiklik, bir açıklama eklenmiş olmasıdır: Uygulanacak hukuk hâkimin sözleşmeyi uyarlamasına izin verse dahi, aşırı ifa güçlüğüne dayanan taraf diğer tarafın rızası olmaksızın uyarılma talebinde bulunamaz. Bu vurgu, uyarılmanın tek taraflı olarak dayatılamayacağını ve ancak tarafların karşılıklı anlaşmasıyla mümkün olacağını teyit etmeyi amaçlamaktadır.¹⁴

Buna karşılık 3B seçeneği, aşırı ifa güçlüğüne dayanan tarafa, somut olayın koşullarına göre sözleşmenin uyarlanmasını veya sona erdirilmesini hâkim ya da hakemden talep etme imkânı tanımaktadır. Bu yaklaşım, söz konusu çözüm yollarını açıkça destekleyen UNIDROIT İlkeleri ile birlikte yukarıda anılan çeşitli ulusal hukuk sistemleriyle de uyumludur. UNIDROIT temelli yaklaşımın benimsenmesi, aşırı ifa güçlüğü hâllerinde sözleşme sistemi içinde ortaya çıkabilecek tutarsızlıkların önlenmesine katkı sağlayabilir.¹⁵

3C seçeneği ise hem 2003 tarihli özgün klozun hem de yeni 3A seçeneğinin değiştirilmiş bir versiyonudur. Çalışma Grubu bu çözümü kapsamlı biçimde tartışmış ve taraflardan birine kloz kapsamında sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye yetkisi tanınmasının keyfî uygulamalara ve kötüye kullanıma açık olabileceği sonucuna varmıştır. Bu nedenle Çalışma Grubu, sona erdirmeye sürecine hâkim veya hakemin dâhil edilmesini tercih etmiş; böylece sona erdirmeye koşullarının gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğinin dışsal bir denetime tabi tutulmasını amaçlamıştır.¹⁶

¹² **Ercüment Erdem**, “Chapter 5: Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause”: **Fabio Bortolotti/ Dorothy Udeme Ufot** (edt.), ICC Dossier No. 17: Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World, Kluwer Law International, 2018, s. 123 vd., s. 127 vd.

¹³ **Erdem**, s. 127 vd.

¹⁴ **Erdem**, s. 128.

¹⁵ **Erdem**, s. 128.

¹⁶ **Erdem**, s. 129.

B. Temel Sorun: Çatışma Bölgelerine Özgü Durumlar ve Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin Kanunlarda Yer Alan Yedek Hukuk Kurallarının Etkinliği

Yukarıda anılan Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yer alan aşırı ifa güçlüğü hükümlerinin yanı sıra FIDIC ve ICC modellerinde öngörülen kuralların da, özellikle çatışma bölgelerinde ortaya çıkabilecek senaryolar bakımından bazı yetersizlikler içerdiği ileri sürülebilir.

Bu çerçeveler bakımından en net olan husus şudur: Değişen koşullarla illiyet bağı bulunmayan ifa güçlükleri, uyarılama veya imkânsızlık taleplerini haklı kılmaz.¹⁷ Örneğin, bir ülkede savaş devam ediyor olabilir; ancak inşaat sahası aktif çatışma bölgesinden uzak bir yerde bulunabilir ve projenin bu durumdan etkilenmesi son derece sınırlı düzeyde kalabilir. Böyle bir durumda söz konusu hâl, ne FIDIC kapsamında bir “olağanüstü olay” olarak değerlendirilebilir ne de ulusal hukuk bakımından aşırı ifa güçlüğüne dayanak oluşturan hukukî bir sebep teşkil eder. Dolayısıyla, silahlı çatışmanın varlığı tek başına taraflara sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkı vermez.

Bununla birlikte savaş bir bilgisayar oyunu değildir ve sınırları çoğu zaman kesin çizgilerle belirlenemez. Aktif çatışma bölgelerinin değişken niteliği, koşulların hızlı, beklenmedik ve daha da önemlisi inşaat faaliyetleri bakımından süresi ve sonuçları öngörülemez şekilde değişmesine yol açabilir. Bugün etkilenmemiş görünen bir saha, yarın siyasî söylemlerdeki bir değişim sonucu çatışmanın tırmanması ve çatışma alanlarının genişlemesi nedeniyle kırılgan hâle gelebilir.

Bu husus hem proje finansmanı aşamasında hem de sözleşmenin hazırlanması sırasında ciddi biçimde değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Örneğin Libya’da bir proje üstlenen yüklenici bakımından, savaşın varlığı öngörülebilir — hatta kaçınılmaz — olabilir; ancak çatışmanın somut etkileri öngörülemez kalabilir. Bu nedenle, savaşın genel anlamda öngörülebilir olmasına rağmen, öngörülemezliğe dayanan bir savunma yine de geçerliliğini koruyabilir. Ayrıca, önceden yapılacak sözleşmesel ve operasyonel planlamanın projenin başarıyla tamamlanmasına önemli ölçüde katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

Dolayısıyla, çatışma bölgelerinde faaliyet gösteren yükleniciler bakımından, savaş gibi açıkça öngörülebilir bir risk söz konusu olsa dahi belirsizliğin önemli ölçüde devam ettiği söylenebilir. Yüklenici bu tür durumlarda iki riskli seçenekle karşı karşıyadır: Ya belirsizlik ortamında çalışmaya devam ederek işçileri ve şantiyeyi olası tehlikelere maruz bırakacak ya da gerekli olmadığı halde işi durdurarak sözleşmesel sorumluluk riskini artıracaktır. Bu kararın verilmesi kolay değildir. Böyle bir durumda mücbir sebebe dayanarak sözleşmeyi sona erdirmek, hukukî ve ticarî riskleri daha da artırabilir. Bu durum, imkânsızlık kavramının dar yorumlanması, buna karşılık aşırı ifa güçlüğüne daha geniş ve esnek şekilde yorumlanması

¹⁷ Baysal, s. 225.

gerektiğini ortaya koymaktadır.¹⁸ Nitekim FIDIC sözleşmelerinin yapısı da esas itibarıyla bu temel mantık üzerine kurulmuştur.

İkinci olarak, çatışma bölgelerinde gerilim kesintili biçimde sona erebilir veya yeniden başlayabilir. Yoğun çatışmaların yaşandığı dönem iki ay sürebilir, ardından geçici bir sakinleşme dönemi gelebilir. Sonrasında çatışmalar altı aylık bir süreç boyunca yeniden tırmanabilir ve daha sonra tekrar yatışabilir. Bu döngüsel ve öngörülemez yapı — hem inşaat faaliyetlerinin hem de çatışmanın zamana yayılan niteliğiyle birleştiğinde — aşırı ifa güçlüğü'nün daha akışkan ve dinamik bir şekilde anlaşılmasını gerekli kılmaktadır. Çatışmanın devamlılığına ve yoğunluğuna ilişkin belirsizlik ile etkilerinin ve kapsamın değişken niteliği, aşırı ifa güçlüğü kavramının sahada gelişen ve doğrusal olmayan koşullara uyum sağlayacak şekilde yeniden değerlendirilmesini zorunlu hâle getirmektedir.

C. COVID-19 Sonrası Çıkarılan Ders: Ulusal Hukuklardaki Tamamlayıcı Aşırı İfa Güçlüğü Hükümleri Yetersiz Kalmaktadır

Şimdi COVID-19 pandemisi sırasında edinilen hukuki ve pratik tecrübeler ışığında aşırı ifa güçlüğüne ilişkin yedek hukuk kurallarını yeniden değerlendirelim. Yedek hukuk kuralları her hukuk sisteminde merkezi bir rol oynamaktadır. Risk tahsisine ilişkin kurallar da genel olarak yedek hukuk hükümlerinden oluşmaktadır.¹⁹ Hukukun ekonomik analizi teorisine göre de sözleşme hukukunun temel işlevi, tarafların meseleyi açıkça düzenlemiş olmaları hâlinde üzerinde anlaşacakları varsayılan hükümleri yedek hukuk kuralları olarak kanunlarda düzenleyerek, sözleşmenin kurulması aşamasındaki işlem maliyetlerini azaltmaktır. Başka bir ifadeyle, tamamlayıcı kuralların tarafların varsayımsal iradesine hizmet ettiği kabul edilmekte; bu nedenle de bunların yalnızca ekonomik açıdan etkin değil, aynı zamanda hukukî bakımdan da adil olduğu — ya da en azından öyle olduklarının varsayıldığı — düşünülmektedir.²⁰

Buna rağmen ve kıta avrupası ve Anglosakson hukuk sistemlerinde tamamlayıcı aşırı ifa güçlüğü ve imkânsızlık kuralları mevcut olmasına rağmen, COVID-19 pandemisi, sözleşmesel

¹⁸ Bunun genel bir ilke olarak uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Baş Süzel/ Kurtulan Güner**, s. 255; **Furrer/Layr/Wartmann**, s. 724-725. Alman hukukunda, özellikle geçici imkânsızlık hâllerinde, ilk aşamada aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir: **Schmidt-Kesel/ Möllnitz**, s. 703; BGHZ 197, 3 March 2013, para. 26. Benzer şekilde İngiliz hukukunda da aynı prensip uygulanmaktadır: **Hugh Beale/ Christian Twigg-Flesner**, “Covid-19 and English Contract Law, in Coronavirus and the Law in Europe”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (ed.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 461 vd., s. 463-464. CISG bakımından ayrıca, geçici bir “engel”in m. 79’un uygulama alanına girmediği yönündeki görüş için bkz. **Denis Philippe**, “Article 79 of the CISG, hardship, risk and renegotiation of the contract”: **Helmut Grothe/ Peter Mankowski** (ed.), *Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich 2022, s. 281 vd., s. 288-289.

¹⁹ **Christoph Brunner**, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration* International Arbitration Law Library, Volume 18, 2008, 118, <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn31525> (son erişim tarihi: 25.06.2026)

²⁰ **Posner/ Rosenfield**, s. 88-89; **Baş Süzel/ Kurtulan Güner**, s. 242.

sorunlara müdahale eden özel düzenlemelerin kabul edilmesine yol açmıştır.²¹ Ülke hukuklarının getirdiği özel yasalarla yaptığı müdahalenin bir kısmı, pandemiden kaynaklanan ifa güçlüklerinin ele alınmasına yönelik ulusötesi bir çerçeve sunan Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün (European Law Institute) COVID-19 Krizi İlkeleri'nden esinlenmiştir. O hâlde neden mevcut risk tahsisi kuralları yeterli görülmemiştir? Neden bu kurallardan ayrılma ihtiyacı duyulmuştur? Acaba bu yedek hukuk kuralları ekonomik açıdan gerçekten verimsiz miydi ya da hakkaniyet beklentilerini karşılamakta mı yetersiz kalmışlardı? Sonuç itibarıyla bu kurallar kusurlu veya eksik miydi, yoksa ancak küresel bir kriz karşısında görünür hâle gelen boşluklar mı söz konusuydu?²²

Bunların tamamı meşru sorulardır — ve bunların birçoğu bakımından cevap gerçekten de “evet”tir. Mevcut kurallar uygulamada yalnızca hızlı ve öngörülebilir sonuçlar üretmekte başarısız olmakla kalmamış, aynı zamanda ciddi ölçüde hukukî belirsizlik de yaratmıştır.²³ Bu yetersizlik karşısında, birçok hukuk düzeninde tüm ilgili taraflar bakımından daha hızlı ve hakkaniyete uygun sonuçlar sağlamak amacıyla COVID-19'a özgü yasal düzenlemeler kabul edilmiştir.

Önemle belirtilmelidir ki, kriz dönemlerinde özel yasal düzenlemelerin kabul edilmesi ne emsalsiz bir durumdur ne de yalnızca COVID-19 pandemisine özgüdür. Nitekim Almanya'da, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, ekonomik aşırı ifa güçlüğüne ilişkin bazı iyileştirici tedbirleri borçlar hukukuna kazandırmak amacıyla *Vertragshilfegesetz* (Sözleşmesel Güçlüklerin Giderilmesi Kanunu) kabul edilmiştir.²⁴

Elbette bu açıklamalar bizi her sözleşme veya her öngörülemez olay bakımından özel bir kanunun çıkarılması gerektiği sonucuna ulaştırmaz. COVID-19 pandemisinin ayırt edici özelliği, sözleşmeleri yaygın ve sistematik ölçekte etkilemiş olması ve bu nedenle acil yasama müdahalelerini gerekli kılmasıydı. Bununla birlikte, tüm olağanüstü durumlara yeterli şekilde uygulanabilecek tek ve yeknesak bir yedek hukuk kuralı tasarlama düşüncesi de neredeyse imkânsızdır; zira böyle bir kural, karmaşık ve somut olaya özgü durumlarda çoğu zaman işlerlik göstermeyen “tek tip çözüm” yaklaşımının tuzağına düşecektir.²⁵

²¹ Schmidt-Kesel/ Möllnitz, s. 706 vd.; Furrer/Layr/Wartmann, s. 719 vd.; Jean Sebastian Borghetti, “Non-Performance and the Change of Circumstances under French Law”: Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 509; Hector L. MacQueen, “Coronavirus Contract Law in Scotland”: Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 491; Beale/ Twigg-Flesner, s. 461 vd.

²² Bu mesele COVID-19 pandemisi bağlamında da tartışılmıştır: Baş Süzel/Kurtulan Güner, s. 239 vd.

²³ Schmidt-Kesel/Möllnitz, s. 700-701.

²⁴ Guido Alpa, “Remarks on the Effects of the Pandemic on Long-Term Contracts”: Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 553.

²⁵ Borghetti, n 22, 511.

Bu çerçevede, yedek hukuk kuralları zaman içinde geliştirilmiş ve çeşitlendirilmiş olsalar dahi, aşırı ifa güçlüğü'nün uç örneklerine etkili şekilde cevap vermede hâlen yetersiz kabul edilmektedir. Ayrıca, yargısal süreçlerin doğasında sıklıkla bulunan gecikmeler dikkate alındığında, adalet nihayetinde sağlansa bile çoğu zaman anlamını yitirecek kadar geç gerçekleşmektedir. Bu durum daha derin bir soruyu gündeme getirmektedir: Çözümleri, yedek hukuk kurallarının ötesinde başka alanlarda mı aramaya devam etmeliyiz? Bu soruyu sorma ve cevaplamaya çalışma ihtiyacı bugün her zamankinden daha günceldir.

Bir diğer önemli yetersizlik — özellikle kıta avrupalı hukuk sistemlerinde — yedek kural olarak düzenlenen aşırı ifa güçlüğü kurallarının sınırlı kapsamına ilişkindir; zira bu kurallar çoğu zaman birbirine oldukça benzer doktrinel esaslar doğrultusunda kaleme alınmıştır.²⁶ Bu bağlamdaki belki de en dikkat çekici boşluk, tıpkı geçici imkânsızlığın hukukî niteliğine ilişkin yaklaşımın da yeterince gelişmemiş olması gibi, geçici aşırı ifa güçlüğüne ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmamasıdır.²⁷ Her ne kadar geçici aşırı ifa güçlüğü durumlarını ele alan yargı kararları mevcut olsa da, bu kararların pratik sonuçları büyük ölçüde yeterince incelenmemiştir. Örneğin, bir yüklenicinin geçici bir savaş durumu nedeniyle aşırı ifa güçlüğüne dayanarak başarılı şekilde uyarılma talep ettiğini ve sözleşmesel sürenin yeniden düzenlenmesine karar verildiğini varsayalım. Eğer silahlı çatışma bu karardan kısa bir süre sonra sona ererse, yüklenici yine de uzatılan sürenin tamamından yararlanma hakkına sahip olacak mıdır? Yoksa iş sahibi bu kez yeni bir uyarılma talebinde bulunabilecek midir? Peki bu talep hangi hukukî temele dayanacaktır? Savaşın sona ermesi tek başına yeni bir uyarlamayı haklı gösterecek “olağanüstü bir olay” olarak mı değerlendirilecektir? Çoğu durumda, artık bir aşırı ifa güçlüğü söz konusu olmadığı için bu tür bir yeniden uyarılma talebinin reddedilmesi muhtemeldir. Mahkemeler ve hakem heyetleri de bu ikilemin farkında olduklarından, çatışma koşullarının dalgalı seyir gösterdiği durumlarda uzun vadeli uyarılma kararları vermekte tereddüt edebilirler; zira sonraki gelişmelerin hukukî sonuçları belirsizliğini korumaktadır. Bu örneklerin de gösterdiği üzere, karmaşık ve sürekli değişen aşırı ifa güçlüğü senaryolarında yalnızca yargısal çözüm yollarına dayanmak çoğu zaman tatmin edici sonuçlara ulaşılmasını sağlamamaktadır.

Akla gelen en doğrudan çözüm, doğal olarak, meselenin sözleşmesel düzenlemeler aracılığıyla ele alınmasıdır. COVID-19 pandemisinin neredeyse tüm taraflar bakımından sürpriz niteliği taşımasına karşılık, çatışma riski yüksek bölgelerde inşaat projelerine girişen taraflar, silahlı çatışma ihtimalini makul ölçüde öngörebilir ve sözleşmelerine buna uygun hükümler dâhil edebilirler. Bu anlamda, Libya gibi bir ülkedeki çatışma ortamı — somut etkileri öngörülemez kalsa dahi — COVID-19 pandemisinde olduğu gibi tamamen sürpriz bir olay niteliği taşımamaktadır.

²⁶ Ayrıca bkz. **Schmidt-Kesel/Möllnitz**, s. 700-701.

²⁷ **Schmidt-Kesel/Möllnitz**, s. 703.

O hâlde, aşırı ifa güçlüğüne sözleşmesel olarak düzenleme imkânına sahipsek, bu imkândan nasıl yararlanmalıyız? Kanaatimce bu fırsat, yalnızca yedek hukuk kurallarına yeniden atıf yapmak suretiyle boşa harcanmamalıdır. Bunun yerine, yüksek riskli ortamlarda faaliyet göstermenin gerçekliklerine daha uygun, özel olarak tasarlanmış sözleşmesel mekanizmaların geliştirilmesi için kullanılmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, çatışma bölgelerindeki durum, öngörülemezliğin diğer türlerinden temelden farklıdır. Savaşın somut etkileri öngörülemez olsa dahi, çatışmadan etkilenen bölgelerde inşaat projesi üstlenen taraflar, sözleşmenin kurulması aşamasında ayrıntılı değerlendirmeler yapma imkânına sahiptir. Diğer öngörülemez olaylar bakımından, yedek hukuk kurallarına dayanmak ve meseleyi ikincil bir çözüm mekanizması aracılığıyla çözmek daha makul ve daha az riskli olabilir. Ancak çatışma bölgelerinde, savaşın projeyi etkilemesi son derece muhtemeldir — ister üç gün önce ister beş gün sonra ortaya çıksın ve ister ağır ister orta düzeyde etkiler doğursun.

Bu nedenle, söz konusu riske ilişkin bu kıymetli bilgi daha en baştan — sözleşmenin hazırlanması aşamasında — kullanılmalıdır. Riske uygun mekanizmaların sözleşmeye dâhil edilmesi fırsatı göz ardı edilmemelidir.

Bu noktada tekrar ELI İlkeleri'ne dönmekte ve şu soruyu sormakta fayda vardır: COVID-19 bağlamının ötesine geçen uyarılama modellerini ELI İlkeleri'nden çıkarmak mümkün müdür? Pandemi döneminde, ELI İlkeleri'nden esinlenilerek benimsenen yasama çözümlerinden biri, “belirli dönemsel borçların ertelenmesi” idi. Bu düzenleme fiilen, temerrüt nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin yedek hukuk kurallarının uygulanmasının askıya alınması sonucunu doğurmuştur. FIDIC ve genel olarak inşaat sözleşmeleri bağlamında bu durum, askıya alma hükümlerine benzetilebilir.

Hatırlanması gereken bir diğer temel ilke ise taraflar arasında yeniden müzakere yapılmasına vurgu yapılması ve riskin hakkaniyete uygun biçimde yeniden dağıtılmasının hedeflenmesidir. Bu tür uyarlamalar olağanüstü dönemlerde çıkartılan kanunlar aracılığıyla gerçekleştirilebileceği gibi, bunun her zaman mümkün olmadığı gözetildiğinde, dikkatle kaleme alınmış sözleşme hükümleri aracılığıyla da — ve belki de daha uygun şekilde — hayata geçirilebilir.

Bu tespitler ışığında, sorular yeni soruları doğurmuştur ve şimdi daha yakından incelenmeyi hak eden bu sorulara yönelmek gerekir.

D. Aşırı İfa Güçlüğüne Sözleşmesel Olarak Düzenlenmesi Neden Gereklidir?: Özel Olarak Tasarlanmış Bir Klozun İşlevi ve Değeri

Sözleşmesel bir aşırı ifa güçlüğü klozu, esas itibarıyla bir risk tahsisi işlevi görmektedir. Peki, riskin bu tür bir kloz aracılığıyla önceden öngörülmesi ve dağıtılmasının pratik değeri nedir?

İlk olarak, taraflarca kararlaştırılan risk tahsisi sözleşme bedeline yansıtılabilir. İkinci olarak, riskin niteliğine ve ne ölçüde açık şekilde tanımlandığına bağlı olarak, bu risk sigortalananabilir hâle gelebilir. Üçüncü olarak ise riski üstlenecek taraf, önceden koruyucu tedbirler alma imkânına sahip olabilir. Örneğin, yüklenicinin belirli bir eşiğe kadar riski üstlenmesi kararlaştırılmışsa, inşaat sahasının veya ulaşım yollarının güvenliğini sağlamak amacıyla alınacak özel güvenlik tedbirlerinin maliyeti önceden hesaba katılabilir ve gerektiğinde hızlı şekilde uygulanabilir. Buna karşılık, sözleşmenin bu konuda sessiz kalması hâlinde, risk yükünün nihai olarak hangi tarafça taşınacağına sonradan belirlenmesi ekonomik açıdan verimsiz olacak ve uyuşmazlık yaratacaktır. Zira taraflardan hiçbiri maliyeti önceden öngörüp içselleştirme imkânına sahip olmamış olacaktır.²⁸ Corbin'e göre, “*Ne örf ve âdet ne de sözleşme riskin dağılımını belirliyorsay, mahkeme hakkaniyet yetkisini kullanmak ve Süleyman'ın bilgeliği için dua etmek zorundadır.*”²⁹

Bu proaktif yaklaşım yalnızca muhtemel zararın kapsamını azaltmakla kalmamakta, aynı zamanda taraflar arasındaki çatışma ve gerilimin tırmanmasını da sınırlamaya yardımcı olmaktadır. Uyuşmazlık çözümü alanında çalışan hukuk uygulayıcıları, muhtemelen eldeki bu makalenin yazarıyla aynı şekilde, bu tür hukuk dışı etkilerin son derece önemli olduğu konusunda hemfikir olacaktır. Zira öngörülemeyen bir olayın ortaya çıkması hâlinde uyuşmazlıklar çoğu zaman sonuçların nasıl yönetileceği tartışmasıyla değil, olayın gerçekten öngörülemeyen olup olmadığına ilişkin tartışmalarla başlamaktadır.

Ayrıca, riskin adil ve gerçekçi şekilde dağıtılması bakımından en uygun konumda bulunanlar bizzat tarafların kendileridir. Burada “gerçekçi” risk tahsisi ile kastedilen, tarafların sözleşme çerçevesinde mümkün olduğu ölçüde şu soruları değerlendirip cevaplandırmalarıdır: Riski en iyi kim kontrol edebilir, riski en iyi kim azaltabilir ve riske karşı sigorta yaptıрма imkânına en uygun taraf kimdir?³⁰

Aşırı ifa güçlüğü düzenleyen sözleşmesel hükümler bir sözleşmeye dâhil edildiğinde, ikincillik ilkesi gereğince bu hükümler kanunî uyarılama mekanizmalarına nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır.³¹ Bu durumun, uyuşmazlığın büyümeden ve hızlı bir şekilde çözülmesine

²⁸ Posner / Rosenfield, s. 86-87.

²⁹ Arthur L. Corbin/ Joseph M. Perillo/ Helen Hadjiyannakis Bender, Corbin on Contracts, St. Paul, Minn: West Pub Co, 1962, § 1325. “Where neither custom nor agreement determines the allocation of risk, the court must exercise its equity and pray for the wisdom of Solomon.”

³⁰ İmkânsızlık, ifa güçlüğü ve işlem temelinin çökmesi kurumlarının ekonomik analizine ilişkin makalelerinde Posner ve Rosenfield, sözleşmenin hangi koşullar altında sona erdirilmesine izin verilmesi gerektiğini belirlemek üzere “üstün risk taşıyıcısı” ilkesini ortaya koymuştur. Posner/Rosenfield, s. 83-118. Üstün risk taşıyıcısı kuralı uyarınca, alacaklı riski taşımak bakımından daha elverişli konumdaysa, ifa etmeme mazur görülebilir. Buna karşılık, borçlu üstün risk taşıyıcısı ise —yani zararın gerçekleşmesini önlemek veya bu zarara karşı sigorta yaptırmak bakımından daha elverişli konumdaysa— ifa etmeme mazur görülemez. Taraflar riski açıkça içlerinden birine tahsis etmişlerse, hangi tarafın üstün risk taşıyıcısı olduğunun ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur. Üstün risk taşıyıcısı kuralı, belirli bir riski hangi tarafın üstlenmiş sayılması gerektiğinin tespitinde bir “yorum kuralı” işlevi görür. Ayrıca bkz. Brunner, s. 143-144.

³¹ Baysal, s. 299-300.

katkı sağlaması da mümkündür. Tarafların risk tahsisine ilişkin düzenlemelerine öncelik tanınması, buna bağlı olarak uyuşmazlıkların daha hızlı ve daha az çatışmalı biçimde çözümlenmesine katkıda bulunabilir.

Bununla birlikte, mahkemelerin veya hakem heyetlerinin ilgili sözleşme hükmünü uygulanacak hukuk ışığında yorumlayabileceği ve bunun farklı sonuçlara yol açabileceği de kabul edilmelidir. Örneğin, bir ICC tahkim uyuşmazlığında, aşırı ifa güçlüğü klozu, Libya hukukundaki ilgili hüküm yalnızca tamamlayıcı nitelikte bir kural olmasına rağmen Libya hukukuna göre yorumlanmıştır.³² Bunun sonucunda, sözleşmesel risk yeniden dağılımına tam anlamıyla saygı göstermeyen ve tartışmalı olduğu ileri sürülebilecek bir karar verilmiştir.³³ Bununla birlikte, bir sözleşme hükmü, yedek hukuk kuralına dayanıyorsa, taraflar bu hükmün kapsamını sözleşmeyle değiştirme, daraltma veya genişletme serbestisine sahiptir. Bu durum, söz konusu iradenin sözleşme metni içinde açık biçimde ortaya konulmasının önemini göstermektedir. Aksi hâlde, sözleşmeyle özel olarak tanımlanan aşırı ifa güçlüğü mekanizmasının etkisiz hâle gelmesi ve tarafların iradesi ile gerçek beklentilerine aykırı şekilde, onun yerine yedek hukuk kuralının uygulanması yönünde ciddi bir risk ortaya çıkacaktır.³⁴

E. Tereddüt ve Risk: Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin Sözleşme Hükümleri Neden Çoğu Zaman Göz Ardı Edilmektedir?

Sözleşmesel düzenlemelerin sağladığı faydaları ortaya koymak ne kadar önemliyse, tarafların neden çoğu zaman aşırı ifa güçlüğüne açık sözleşme hükümleriyle düzenlemekten kaçındıklarını sorgulamak da o derece önemlidir.

Bunun sebeplerinden biri, ilgili risklerin sınırlı ölçüde öngörülebilir olması ve tarafların ya da hukuk danışmanlarının bu tür durumlarla başa çıkma konusunda yeterli deneyime sahip olmamasıdır. Buna ek olarak, davranışsal ekonomi, kişilerin sözleşmenin kurulması aşamasında gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlık ihtimalini küçümseme veya göz ardı etme eğiliminde olduklarını ortaya koymaktadır.³⁵ Bu anlamda, savaşın patlak vermesi bir “oyun sonu problemi”³⁶

³² ICC Award No 4462, National Oil Corporation v Libyan Sun Oil Company. Hakem heyeti, açıkça dışlanmadığı için Libya hukukundaki yedek hukuk kuralının uygulanabilir olduğuna ve sözleşme hükmünün hukuka uygun biçimde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Benzer bir karar için bkz. ICC Award No. 19299, Gujarat State Petroleum Corp. et al v Republic of Yemen et al.

³³ Karar hakkında bkz. **Klaus Peter Berger**, “Chapter 6: Force Majeure Clauses and their Relationship with the Applicable Law”: **Fabio Bortolotti/ Dorothy Udeme Ufot** (edt.), ICC Dossier No. 17: Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World (ICC: Kluwer Law International, 2018) 137, s. 139 vd.

³⁴ **Berger**, s. 140.

³⁵ **Botond Köszegi**, “Behavioural Contract Theory”, *Journal of Economic Literature*, 52 (4): 1075–1118, 1080 vd; **Hugh Collins**, *Regulating Contracts*, Oxford UP, 1999, s. 128.

³⁶ **Jean Tirole**, *Bounded Rationality and Incomplete Contracts*, <https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/boundedrationality.pdf> 2.

işlevi görmektedir — yani tarafların proaktif biçimde ele almak yerine zihinsel ve stratejik olarak erteledikleri bir mesele niteliği taşımaktadır.³⁷

Bir diğer önemli unsur ise, özellikle kamu otoriteleri veya devletle yapılan³⁸ sözleşmelerde ortaya çıkan pazarlık gücü asimetrisidir.³⁹ Bu tür durumlarda, özel olarak tasarlanmış aşırı ifa güçlüğü klotlarının sözleşmeye dâhil edilmesi, idarî, hukukî veya siyasî sınırlamalar nedeniyle son derece güç — hatta kimi zaman imkânsız — olabilir. Bununla birlikte, aşağıda tartışılacağı üzere, belirli sözleşmesel mekanizmaların piyasa uygulaması hâline gelmesi durumunda, bunlar sözleşmesel adaleti teşvik edebilir ve projenin başarıyla tamamlanmasını kolaylaştırabilir; ki bu sonuç nihayetinde her iki tarafın da menfaatinedir. Bu nedenle, söz konusu pratik ve kurumsal sınırlamaların tamamen farkında olunmakla birlikte, sözleşmesel çözümleri savunmaya devam etmek büyük önem taşımaktadır.

F. Sözleşmede Aşırı İfa Güçlüğü Klotuna Yer Verilmemesinin Hukukî ve Pratik Sonuçları

Soruların yeni sorular doğurduğu bu makalede, şimdi şu soruya yönelmek gerekir: Sözleşmede aşırı ifa güçlüğüne ilişkin bir hükme yer verilmemesinin veya yalnızca uygulanacak hukukun tamamlayıcı kurallarına dayanılmasının sonuçları nelerdir?

İlk olarak, daha önce de tartışıldığı üzere, tamamlayıcı hukuk kuralları kapsam bakımından çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Örneğin, geçici aşırı ifa güçlüğüne ilişkin genel olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, özellikle kesintili şekilde ortaya çıkıp sona eren ifa güçlüklerinde — örneğin aralıklı silahlı çatışmalardan kaynaklanan durumlarda — ciddi sorunlar doğurmaktadır. Bu tür senaryolarda yedek hukuk kuralları yeterli çözümler üretmekte zorlanmaktadır.

Bununla birlikte ve daha da önemlisi, mesele yedek hukuk kuralları çerçevesinde çözüme bırakıldığında, sözleşmenin uyarlanıp uyarlanmayacağına veya sona erdirilip erdirilmeyeceğine ve bunun hangi şartlarla yapılacağına ilişkin takdir yetkisi fiilen hâkime veya hakem heyetine devredilmiş olmaktadır. Birçok durumda mahkemeler veya hakemler, özellikle mali etkiler ya da süre uzatımları gibi teknik konularda uzman raporlarına başvurmak zorunda kalacaktır. Bunun sonucunda uyuşmazlık, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin değerlendirmesine bırakılmış olmakta ve bu durum taraflar bakımından ek belirsizlik ve risk yaratmaktadır.

Bu sorun, özellikle büyük ölçekli veya yüksek riskli projelerde daha da belirgin hâle gelmektedir; zira hâkimler, hakemler veya mahkemece atanan bilirkişiler, tarafların başlangıçta kurmayı amaçladıkları sözleşmesel dengeyi her zaman tam anlamıyla kavrayamayabilirler. Daha

³⁷ Collins, s. 134.

³⁸ Collins, s. 234 vd.

³⁹ Tirole, s. 1 vd.

da kötüsü, üçüncü kişilerin sürece dâhil olmasına bağlı usulî gecikmeler ve ispat güçlükleri, bizzat başlı başına bir ticarî risk kaynağı hâline gelebilmektedir. Bu bağlamda, aşırı ifa güçlüğü sorunlarının çözümüne ilişkin mekanizmaların taraflarca önceden sözleşmesel olarak belirlenmesi, bu tür kararların dışsal bir otoriteye bırakılmasından çok daha anlamlı görünmektedir.

2003 tarihli ICC Aşırı İfa Güçlüğü Klozu bu yaklaşımı açıkça benimsemektedir: Yargısal uyarılamanın arzu edilen bir çözüm olmadığı düşüncesinden hareketle, söz konusu kloz hâkime veya hakeme herhangi bir uyarılama yetkisi tanımamaktadır. Bunun yerine yalnızca sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını düzenlemekte ve böylece takdirî müdahale yoluyla sözleşmenin değiştirilmesi ihtimalini tamamen dışlamaktadır.

Ancak daha sonra, sözleşmenin mümkün olduğu ölçüde ayakta tutulmasına yönelik yaklaşımın güç kazanması ve sona erdirmenin son çare olması gerektiği ilkesinin benimsenmesi sonucunda, ICC klozu yeniden gözden geçirilmiş ve üç alternatif çözüm sunacak şekilde yeniden kaleme alınmıştır.⁴⁰

Yukarıda açıklandığı üzere, bu alternatifler 2020 tarihli ICC Aşırı İfa Güçlüğü Klozu'nda şu şekilde düzenlenmektedir:

- (i) 3A Seçeneği: Tarafların yeni sözleşme şartları üzerinde anlaşamamaları hâlinde, taraflardan her biri kloz kapsamında sözleşmeyi sona erdirebilir.
- (ii) 3B Seçeneği: Taraflardan her biri, hâkimden veya hakemden sözleşmenin uyarlanmasını ya da uygun görülmesi hâlinde sona erdirilmesini talep edebilir.
- (iii) 3C Seçeneği: Taraflardan her biri, hâkimden veya hakemden sözleşmenin sona erdiğinin tespit edilmesini talep edebilir.⁴¹

Çalışma Grubu'na göre, yargısal veya tahkim yoluyla uyarılama seçeneğinin tanınması, tarafları üçüncü kişi müdahalesinden kaçınmak amacıyla yeni sözleşme şartları üzerinde kendi aralarında anlaşmaya teşvik edebilir. Başka bir ifadeyle, ICC Aşırı İfa Güçlüğü Kuralları'nın hazırlayıcıları da, hâkim veya hakem müdahalesinin sınırlı tutulması gerektiği görüşünü paylaşmaktadır; zira böyle bir müdahale, taraflar arasındaki sözleşmesel dengeyi bozma riski taşımaktadır.

Hâkim veya hakemlerin sözleşmenin dışındaki üçüncü kişiler olması bir yana, ICC Çalışma Grubu da bazı hukuk sistemlerinde uzun ve maliyetli yargılama süreçlerinden kaynaklanabilecek güçlükleri açıkça kabul etmiştir. Bununla birlikte, sona erdirmenin son çare olarak

⁴⁰ Erdem, s. 127-128.

⁴¹ Erdem, s. 127-128.

değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle, sözleşmenin sona erdirilmesini haklı kılacak ölçüde ağırlaşmış koşulların değerlendirilmesinin hâkim veya hakem tarafından yapılmasını tercih etmiştir. Esasen burada paylaşılan kaygı aynıdır: Yargısal veya tahkim müdahalesi sözleşmesel dengeyi bozabilir ve böyle bir sürecin başlatılması ciddi gecikmelere yol açabilir.

Sonuç olarak, kanaatimce, belirli ölçüde riskin öngörülebilir olduğu çatışma bölgelerinde faaliyet gösteren taraflar, uygun sözleşmesel mekanizmalar tasarlamak suretiyle sahip oldukları bilgi avantajını aşırı ifa güçlüğüne daha adil ve daha etkin biçimde yönetmek amacıyla kullanabilirler. Bu sayede, yargısal müdahaleye duyulan bağımlılık azalabilir ve daha öngörülebilir, daha hızlı sonuçlar elde edilebilir.

II. Önerilen Sözleşmesel Mekanizmalar

A. Sözleşmesel Yaklaşımın Teorik Temelleri

Somut sözleşmesel mekanizmalara ilişkin önerilere geçmeden önce, aşırı ifa güçlüğüne sözleşme temelli yaklaşımın dayandığı teorik temellerin ortaya konulması gerekmektedir. Bu makalede geliştirilen yaklaşım yalnızca pratik bir araçlar bütünü niteliği taşımamakta; aynı zamanda sözleşme teorisinin temel ilkelerine, sözleşme serbestisi ilkesine ve milletlerarası sözleşme hukukundaki modern gelişmelere dayanmaktadır.

1. Sözleşme Serbestisi ve Risk Tahsisi

Sözleşme hukukunun merkezinde sözleşme serbestisi prensibi yer almaktadır; bu ilkeye göre taraflar hukukî ilişkilerini şekillendirmekte ve riskleri uygun gördükleri şekilde dağıtmakta serbesttirler.⁴² Sözleşme serbestisi prensibi, sözleşmesel taahhütlere uyulmasını gerektiren *pacta sunt servanda* ilkesiyle yakından bağlantılıdır; ancak aynı zamanda tarafların sözleşmesel riskleri değerlendirme, dağıtma ve fiyatlandırma bakımından en uygun konumda oldukları varsayımına da dayanmaktadır. Sözleşmesel bir aşırı ifa güçlüğü rejimi, taraflara sözleşmesel dengenin hangi koşullar altında değişebileceğini önceden belirleme ve bu değişimlerin hukukî sonuçlarını *ex ante* kararlaştırma imkânı tanımak suretiyle doğrudan bu temele dayanmaktadır. Bu yolla taraflar belirsizliği azaltmakta, sözleşme hükümlerini ticarî beklentilerle uyumlu hâle getirmekte ve dışsal yargısal müdahaleye duyulan ihtiyacı sınırlamaktadır.

2. Farazi Sözleşme İradesi ve Yedek Hukuk Kurallarının Rolü

Özellikle Posner ve Rosenfield⁴³ tarafından geliştirilen sözleşme hukukunun ekonomik analizi doktrini, yedek hukuk kurallarını, tarafların ilgili meseleyi açıkça müzakere etmiş olmaları hâlinde üzerinde anlaşacakları varsayılan hükümleri (farazi sözleşme iradesini) yansıtan

⁴² **Guido Alpa**, “Party Autonomy and Freedom of Contract Today”, *European Business Law Review*, Sayı 21-2, s. 119-141, s. 122 vd.

⁴³ **Posner/Rosenfield**, s. 83 vd.

hukuk kuralları olarak görmektedir. Ulusal hukuklarda yer alan aşırı ifa güçlüğü kuralları, bu tür yedek hükümlerin klasik örneklerini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, yedek hukuk kuralları kaçınılmaz olarak genel niteliktedir ve çatışmadan etkilenen inşaat sözleşmelerinin karmaşık ve projeye özgü gerçekliklerini dikkate alamaz. Bu nedenle, sözleşmeye özgü şekilde tasarlanmış bir aşırı ifa güçlüğü rejimi, farazi sözleşme iradesinin daha gelişmiş bir biçimi olarak anlaşılabilir: Bu yaklaşım, tarafların varsayılan iradesini tek tip kanunî çözümlerden daha isabetli şekilde somutlaştırmakta ve böylece hem etkinliği hem de hakkaniyeti artırmaktadır.

3. Dürüstlük Kuralı

Sözleşmesel yaklaşımın bir diğer normatif temeli hem kara avrupası hem de anglosakson geleneklerinde yerleşik olan dürüstlük kuralı ve iş birliği yükümlülüğüdür. Aşırı ifa güçlüğü mekanizmaları — özellikle yeniden müzakere yükümlülüğü — tarafların sona erdirmeye veya yargısal yollara başvurmadan önce ticarî açıdan makul çözümler aramalarını gerektirerek bu iş birliğine dayalı boyutu somutlaştırmaktadır. Zararı azda tutma külfetinin de her iki tarafın omuzlarında olduğu düşünüldüğünde, uzun süreli sözleşme ilişkilerinde dürüstlük kuralı yalnızca ifade dürüst davranmakla sınırlı değildir; aynı zamanda koşulların esaslı şekilde değişmesi hâlinde sözleşmesel dengeyi yeniden kurma sürecine aktif biçimde katılmayı da kapsamaktadır.

4. Uzun Süreli Sözleşme Etkisi

Uzun süreli sözleşmeleri statik işlemler olarak değil, zaman içinde uyum sağlaması gereken, gelişen iş birliği çerçeveleri olarak düşünmek gerekir. Yıllara yayılan ve çok sayıda karşılıklı bağımlı yükümlülük içeren inşaat sözleşmeleri, bu tür ilişkisel düzenlemelerin tipik örneklerini oluşturmaktadır. Sözleşme temelli bir aşırı ifa güçlüğü mekanizması da bu pratik yaklaşımı yansıtarak esnekliği doğrudan sözleşmenin içine yerleştirmekte ve taraflara, yalnızca sonradan uygulanan yargısal doktrinlere dayanmak yerine, değişen gerçeklikler karşısında yükümlülüklerini yeniden dengeleme imkânı tanımaktadır.

5. Uluslararası İlkeler ve Sözleşme Hukukunun Evrimi

Son olarak, sözleşmesel yaklaşım meşruiyetini, giderek artan ölçüde önem kazanan milletlerarası metinlerden almaktadır. UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeleri (PICC), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL), Taslak Ortak Referans Çerçevesi (DCFR) ve Ortak Avrupa Satım Hukuku (CESL) gibi metinlerin tümü, yeniden müzakereyi, uyarlamayı ve hakkaniyete uygun risk paylaşımını modern sözleşme yönetiminin ayrılmaz unsurları olarak kabul etmektedir. Bu metinler, çağdaş sözleşme hukukunda *pacta sunt servanda* ilkesine katı bağlılıktan, sözleşmesel kesinlik ile hakkaniyet arasında daha nüanslı bir denge arayışına yönelen dönüşümü yansıtmaktadır. Bu makalede önerilen model de söz konusu gelişim üzerine inşa edilmekte ve bu ilkeleri, çatışmadan etkilenen inşaat projelerinin gerçekliklerine uyarlanmış somut sözleşmesel mekanizmalara dönüştürmektedir.

B. Olağanüstü ve Öngörülemez Olayların Erken Aşamada Üçüncü Kişi Tarafından Tespiti

Çatışma bölgelerinde yürütülen inşaat projelerinde, savaşın veya silahlı çatışmanın devam eden niteliği, aşırı ifa güçlüğüne dayanılabilmesi için gerekli temel şartlardan biri olan olayın öngörülemezliği konusunda tereddüt yaratabilir.⁴⁴ Bu sorunun giderilebilmesi için, aktif veya potansiyel çatışma bölgesindeki bir projeye ilişkin sözleşme hazırlanırken, tarafların savaşın veya silahlı çatışmanın varlığının aşırı ifa güçlüğü bakımından yine de öngörülemez bir olay olarak kabul edileceğini açıkça düzenlemeleri tavsiye edilir. Bu tür bir hükmün sözleşmeye dâhil edilmesi, özellikle uyarlamayı tetikleyen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin tartışmalar başta olmak üzere, uyuşmazlıkların daha başlangıç aşamasında önlenmesine katkı sağlayabilir.⁴⁵

Sonuç itibarıyla, aşırı ifa güçlüğü'nün uygulanıp uygulanmayacağı sorusu mahkemece atanan bir bilirkişi tarafından ya da bilirkişi görüşüne dayanan bir hakem heyeti tarafından cevaplandırılacaksa, böyle bir mekanizmanın en baştan kurulması en makul sözleşmesel çözümlerden biri olacaktır.

Tarafların her ikisinin de savaş veya çatışmanın ortaya çıktığını ve bunun proje üzerindeki etkilerini kabul ettiği durumlarda, uyuşmazlık çıkma ihtimali önemli ölçüde azalabilir. Ancak uyuşmazlık çoğu zaman tam da bu aşamada ortaya çıkmaktadır; özellikle kamu otoriteleriyle yapılan sözleşmelerde, olağanüstü bir olayın varlığının resmî olarak kabul edilmesini sağlamak güç olabilir. Eğer mesele nihayetinde yedek hukuk kurallarına bırakılacak ve her hâlükârda mahkeme veya tahkim müdahalesini gerektirecekse, daha etkin bir yaklaşım, tarafların güvendiği bir uzman veya kurul tarafından gerçekleştirilecek mutabık kalınmış bir üçüncü kişi değerlendirme mekanizmasını en baştan sözleşmede öngörmek olacaktır.

Bu yaklaşım, örneğin ek ödeme taleplerinin öncelikle Mühendise sunulmasının öngörüldüğü FIDIC sözleşmelerinin mantığına da yabancı değildir.⁴⁶ Böyle bir mekanizma, Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesi anlamında önceden kararlaştırılmış bir delil tespiti işlevine benzer bir rol üstlenebilir; bu tespit ise sonraki yargılamalarda hâkim veya hakem

⁴⁴ Odak noktasının olayın kendisinin mi yoksa sonuçlarının mı öngörülemezliği olması gerektiği tartışmalı olmakla birlikte, bu belirsizliği önlemek amacıyla meselenin sözleşmesel olarak düzenlenmesi mümkündür ve tavsiye edilir. Ayrıca, olayın kendisi öngörülebilir olsa dahi, öngörülemez sonuçların yeterli olabileceği yönündeki görüş de destek bulmaktadır. Bkz. **Baysal**, s. 260-261. Baysal da bu hususu şu ifadeyle özellikle vurgulamaktadır: “Bu bakış açısıyla, aslında durum değişikliğinin önceden görülemezliği değil, bu değişikliğin sözleşme ekonomisi üzerindeki etkisinin önceden görülemezliği daha doğru bir ifade olacaktır.” **Baysal**, s. 261. Nitekim bu nedenle, “öngörülemez” (*unforeseeable*) terimi yerine “dikkate alınmış” (*taken into account*) teriminin kullanılmasının daha isabetli olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. **Brunner**, s. 157.

⁴⁵ Benzer şekilde, mücbir sebep/aşırı ifa güçlüğü kaydına “pandemi”nin açıkça dâhil edilmesinin anlamlı olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. **Philippe**, s. 550.

⁴⁶ Burada “Mühendis” terimi, FIDIC Sözleşme Şartları’nda tanımlandığı anlamda kullanılmaktadır.

bakımından bağlayıcı etki doğurabilir.⁴⁷ Bu mekanizma aynı zamanda, olağanüstü olaya dayanan tarafın üzerinde bulunan ispat yükünün hafifletilmesine de hizmet edecektir.

Bu husus önemlidir; zira bir ülkede veya bölgede çatışmanın meydana gelmiş olması, bunun somut projeyi etkilediği anlamına gelmeyebilir. Aşırı ifa güçlüğüne dayanabilmek için ilgili tarafın, söz konusu olağanüstü olayın sözleşmenin ifasını gerçekten etkilediğini ortaya koyması gerekir. Bununla birlikte, böyle bir etkinin gerçekleşmesine yönelik ciddi bir risk veya tehdit bulunması da yeterli kabul edilebilir.

Daha önce de belirtildiği üzere, silahlı çatışma kontrol altında yürüyen bir simülasyon değildir; çoğu zaman yoğunluğu ve kapsamı bakımından öngörülemez niteliktedir. Bu nedenle, aşırı ifa güçlüğüne varlığını kabul etmek için savaşın inşaat sahasının kapısına kadar gelmesini beklemek gerekli değildir.

Yukarıda belirtildiği üzere, olağanüstü bir olayın varlığını tespit etmeye yönelik bu mekanizma, taraflarca atanmış bağımsız bir uzman tarafından düzenlenen bir rapor şeklinde öngörülebilir. Alternatif olarak, mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü durumunun varlığını ilan eden ticaret odaları veya benzeri meslek kuruluşları tarafından yapılan bildirimler ya da kamuya açık açıklamalar gibi daha objektif ve kurumsal kaynaklara da dayanılabilir.

Bazı durumlarda resmî devlet makamları da ticarî veya altyapısal faaliyetleri ciddi şekilde aksatan olayların meydana geldiğini kabul eden benzer açıklamalar yapabilir. Bu tür dışsal referanslar, özellikle zamana duyarlı veya siyasî açıdan karmaşık bağlamlarda, aşırı ifa güçlüğüne dayanan tarafı destekleyebilir ve ispat yükünü hafifletebilir.⁴⁸

Bu bağlamda, taraflar projenin niteliğine uygun objektif kriterler belirlemeye teşvik edilmelidir. Bununla birlikte, sözleşmede katı bölgesel sınırlar öngörülmesi veya sabit coğrafi mesafeler tanımlanması isabetli olmayabilir. Örneğin Libya'da faaliyet gösterilirken ülkenin çatışmadan etkilendiği zaten bilinmektedir; ancak bazı bölgelerde yoğun çatışmalar yaşanırken bazı bölgeler büyük ölçüde etkilenmeden kalabilmektedir. Bu durum şu soruyu gündeme getirmektedir: Sözleşmesel sınırlar gerçekten çizilebilir mi? Taraflar örneğin aşırı ifa güçlüğüne yalnızca çatışmaların 30 kilometrelik bir yarıçap içinde meydana gelmesi hâlinde ortaya çıkacağını kararlaştırabilir mi? Peki inşaat sahasının kendisi güvenli olsa bile, yolların kapanması veya ablukalar nedeniyle ekipmanın sahaya ulaştırılamaması durumunda ne olacaktır? Uygulamada bazı sözleşmelerde “aynı ilçe içinde” gibi ölçütlere yer verildiği görülmektedir; ancak bu tür ifadeler, ilçenin nerede başlayıp nerede bittiğine ilişkin yeni uyuşmazlıklar dâhil olmak üzere daha fazla hukukî belirsizlik yaratabilir. Bu nedenle, herhangi bir bölgesel sınır

⁴⁷ **Hakan Pekcanitez**, *Medeni Usul Hukuku Yetkin*, Ankara 2013, s. 718.

⁴⁸ **Christoph Brunner**, “Chapter 3: Rules on Force Majeure as Illustrated in Recent Case Law”: **Fabio Bortolotti/Dorothy Udeme Ufot** (edt.), ICC Dossier No. 17: Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World, Kluwer Law International, 2018, s. 82.

öngörülecekse, bunun mümkün olduğunca esnek biçimde kaleme alınması gerekir. Ayrıca nükleer tehditler veya *drone* saldırıları gibi modern riskler karşısında, geleneksel askerî faaliyetlere yakınlığın artık belirleyici unsur olmayabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Nihayetinde, bu riskleri bölgeye ve projeye ilişkin bilgileri temelinde değerlendirme ve tanımlama bakımından en uygun konumda bulunanlar tarafların kendileridir. Sözleşme hükümleri de bu bağlama duyarlı anlayışı yansıtmalıdır.

C. Bildirim Yükümlülükleri

Olağanüstü bir olayın tespitiyle bağlantılı olarak, bildirim yükümlülüğünün — ve buna verilecek cevabın — uygulanacak sürelerle birlikte sözleşmede düzenlenmesi de anlamlı ve tavsiye edilebilir bir yaklaşımdır. Bu tür bildirim yükümlülükleri, örneğin FIDIC Şartları'nın 18.2 maddesinde düzenlenmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde ise bildirim yükümlülüğü, özel kanun hükümlerinden veya dürüstlük kuralından kaynaklanabilmektedir.

Bununla birlikte, sözleşmede kapsamlı ve ayrıntılı bir bildirim hükmüne yer verilmelidir. Özellikle bildirimin içeriği açıkça belirlenmelidir: Bildirimde olayın tanımı, tahmini süresi, devam ettirilebilecek iş faaliyetleri, makul olarak devam ettirilemeyecek faaliyetler ve beklenen etkiler yer almalıdır. Ayrıca iş sahibinin belirli bir süre içinde cevap verme yükümlülüğü de öngörülmelidir; böylece her iki taraf da gelişen riski daha bilinçli şekilde değerlendirme imkânına sahip olur. Böyle bir mekanizma, iş sahibinin olayın ciddiyetini tam olarak kavramasını sağladığı gibi, tarafların yeterli bilgiye dayanarak daha isabetli ve zamanında kararlar almasına da imkân tanır.

Nitekim bazı durumlarda bunun tam tersi bir sorun da ortaya çıkabilir; özellikle çatışma koşullarına alışık olmayan bir kültürden gelen yüklenici, aksine alışık olunan bir kültürde yaşanan bir duruma aşırı tepki gösterebilir. Buna çarpıcı bir örnek olarak Türkiye'de 15 Temmuz 2016 darbe girişimi gösterilebilir; söz konusu olay, inşaat faaliyetlerinde bulunan yabancı yükleniciler arasında ciddi endişe yaratmıştır. Ancak olayın fiilen ertesi sabah sona ermiş olması ve inşaat sahalarında normal faaliyetlerin ertesi gün yeniden başlaması dikkate alındığında, iyi yapılandırılmış bir bildirim ve cevap mekanizması, orantısız tepkilerin ve yanlış anlamaların önlenmesine yardımcı olabilir. Açıkça görülmektedir ki böyle bir mekanizma yapıcı iletişimi teşvik etmekte ve küçük aksaklıkların ciddi uyuşmazlıklara dönüşmesini engelleyebilmektedir.

D. Akde Katlanma Süresi ve Geçici Aşırı İfa Güçlüğü ile Geçici Uyarılama

Açık sözleşmesel düzenlemeye ihtiyaç duyan bir diğer mesele ise akde katlanma süresidir. Bir diğer deyişle, taraflardan birinin, sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmeden önce ifa aksaklığının etkilerine katlanmasının beklendiği azamî süre acaba ne kadar olmalıdır? Aslında böyle bir sürenin hem imkânsızlık hem de aşırı ifa güçlüğü bakımından belirlenmesi gerekir; zira

bu süre, sözleşmenin sona erdirilmesinin hangi noktada talep edilebileceğine ilişkin bir eşik işlevi görmektedir.

Çatışmaların tekrar eden nitelik taşıdığı bir bölgeye ilişkin şu senaryoyu düşünelim: Savaş çıkabilir, yatışabilir ve ardından yeniden başlayabilir. Bunun sonucunda başlangıçta iki yıl sürmesi planlanan bir proje dört yılda tamamlanabilir hâle gelebilir. Yüklenici verilen süre uzatımları nedeniyle gecikme cezasına maruz kalmasa bile, masrafların süreye yayılması sonucunda doğan mali sonuçlar son derece ağır olabilir. Örneğin yüklenici sınırlı kapasitesi nedeniyle yeni işler üstlenme fırsatını kaçırmış olabilir; ayrıca işçilik, şantiye ve ekipman maliyetleri de önemli ölçüde artmış olabilir.

Bu tür durumlarda, yükleniciden ne kadar süre beklemesini istemek makuldür? Ekipman ve personelin tekrar tekrar sahadan çekilmesi ve yeniden sahaya döndürülmesi, buna ek olarak süregelen belirsizlik nedeniyle ekipmanın başka projelere tahsis edilememesi, ağır mali yükler doğurabilir. Yüklenici, faaliyetleri yeniden başlatıp tekrar durdurduğu bir döngü içinde sıkışıp kalabilir. Kolayca tahmin edilebileceği üzere bu durum hem verimsiz hem de son derece maliyetlidir. Bu nedenle, sözleşmeye bir tolerans süresi (akde tahammül süresi) dâhil edilmesi gerçekçi bir çözüm sunabilir. Aksi hâlde, yani böyle bir hükmün bulunmaması durumunda, projeye ilişkin ticarî gerçekliklerden uzak bir hâkim veya hakem, yüklenicinin aksaklıklara ne kadar süre makul olarak katlanması gerektiğini sonradan, *ex post* bir değerlendirme ile belirlemek zorunda kalacaktır. Bu sürenin başlangıçta belirlenmesi güç görünse de, meselenin çok daha sonra üçüncü bir kişi tarafından çözüme kavuşturulmasını beklemek, öngörülemez ve ticarî açıdan makul olmayan sonuçlara yol açabilir.

Böyle bir sürenin önceden kesin biçimde belirlenemediği hâllerde, taraflar aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacak olan yeniden müzakere yükümlülüğünü de içeren çok katmanlı bir çözüm düşünebilirler. Bir diğer seçenek ise, projeyi ve bölgeyi bilen güvenilir bir uzman veya kurulun, sıkı bir süre sınırı içinde makul tolerans süresini belirleme yetkisine sahip olmasıdır.

Bu tür mekanizmalar kademeli ve esnek şekilde tasarlanmalı; aşamalı sorumluluklar ve haklar düzenlenmelidir. Örneğin bir sözleşme hükmü şu şekilde düzenlenebilir: İlk iki ay boyunca maliyetlere yüklenici katlanır; sonraki iki ayda maliyetlere katlanma yükü iş sahibine geçer; bunu izleyen iki aylık dönemde maliyetler paylaşılır; belirsizliğin devam etmesi hâlinde ise yeniden müzakere yükümlülüğü doğar ve anlaşmaya varılamazsa tahkim veya yargısal müdahale son çare olarak devreye girer. Bu tür çok aşamalı sözleşmesel mekanizmalar, daha adil ve daha öngörülebilir çözümler sağlayarak projenin tamamen terk edilmesi veya uzun süren hukukî uyuşmazlıkların ortaya çıkması ihtimalini azaltacaktır.

Çatışma bölgelerinin değişken dinamiklerine çözüm sunabilecek temel kavramlardan biri — ve bu makale boyunca özellikle vurgulanan hususlardan biri — geçici aşırı ifa güçlüğü ve sözleşmenin geçici olarak uyarlanmasıdır. Bu kavram, sözleşmesel tolerans (akde katlanma)

süresi düşüncesiyle yakından bağlantılıdır. Bununla birlikte, geçici uyarlamamanın hâkimin veya hakem heyetinin takdirine bırakılması son derece sorunludur. Uygulamada bu tür kararlar nadiren görülmekte ve özellikle inşaat hukuku bağlamında yüksek ölçüde belirsizlik taşımaktadır. Sözleşmenin bu tür bir düzenleme içermediği durumlarda ise hâkimi veya hakemi geçici tedbir niteliğinde uyarlama yapmaya ikna etmek çok daha güçtür. Ayrıca yargısal müdahale çoğu zaman etkili koruma sağlayamayacak kadar geç gerçekleşmektedir. Bu nedenle, geçici uyarlama imkânının sözleşmede açıkça kabul edilmesi, pratik bir çözüm yolu olabilir. Böyle bir düzenleme taraflara değişen koşullara ölçülü biçimde cevap verme ve sözleşmeyi erken aşamada sona erdirmeye başvurmaksızın projenin devamlılığını koruma imkânı tanımaktadır.⁴⁹

Çatışmaların kesintiye uğrayıp daha sonra yeniden başladığı durumlarda, öngörülemezlik veya aşırı ifa güçlüğüne ilişkin statik ve tek seferlik bir değerlendirme yetersiz kalabilir. Bunun yerine, aşırı ifa güçlüğü zaman içinde olayların birikimli etkisiyle şekillenen gelişen bir durum olarak değerlendirilmelidir. Başlangıçta yönetilebilir görünen bir aksama, zamanla ifanın ekonomik veya fiilî uygulanabilirliğini ciddi biçimde zedeleyen bir duruma dönüşebilir. Buna karşılık, çatışmaların geçici olarak durması, aşırı ifa güçlüğü'nün ortadan kalktığı yönünde yanıltıcı bir izlenim yaratabilir; ancak kısa süre sonra yeni çatışma dalgaları ortaya çıkabilir.

Bu durum, aşırı ifa güçlüğü'nün değerlendirilmesinde zamansal bir boyutun dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Böyle bir yaklaşım yalnızca sözleşmenin kurulduğu andaki koşulları veya tek bir bozucu olayın meydana geldiği anı değil, ifa üzerindeki yükün zaman içinde nasıl geliştiğini de dikkate almalıdır. Bu dinamik gerçekliği hesaba katmayan bir aşırı ifa güçlüğü klozu veya sözleşmesel mekanizma ya etkilenen tarafı korumasız bırakacak ya da geçici güçlükler karşısında orantısız sonuçlar doğuracaktır.

Bu nedenle, çatışma riski taşıyan bölgelerde aşırı ifa güçlüğü, sabit bir kesinti anı olarak değil; riskin ve olumsuzlukların akışkan ve çoğu zaman parçalı şekilde yaşandığı bir süreç olarak düşünülmelidir. Bu durum, değişen risk ortamını yansıtacak şekilde periyodik olarak yeniden değerlendirmeye, esnek biçimde yeniden müzakereye ve orantılı hukuki çarelere imkân tanıyan sözleşme hükümlerini gerekli kılmaktadır.

E. Maymuncuk Anahtarı: Yeniden Müzakere

Yukarıda vurgulandığı üzere, gelecekte ortaya çıkabilecek risklerin sözleşme müzakereleri sırasında her zaman öngörülmesi ve düzenlenmesi mümkün değildir.⁵⁰ Bu durum; tarafların sürecin sonuna odaklanarak riskleri küçümsemesi (*end-game bias*), gereksiz iyimserlik veya özellikle karşı tarafın bir kamu otoritesi olduğu hâllerde karşı tarafın katı tutumu nedeniyle

⁴⁹ Aynı yöndeki başka bir görüş için bkz. **Philippe**, s. 551.

⁵⁰ **Norbert Horn**, “Neuverhandlungspflicht” Archiv für die civilistische Praxis, Yıl: 1981, Sayı: 181/4, s. 255 vd., s. 262.

ortaya çıkabilir. Bazı durumlarda ise, sözleşmenin kurulduğu anda gerçekten öngörülemez veya belirlenemez nitelikte durumlar söz konusu olabilir.

İşte bu tür durumlar için — hatta ayrıntılı planlamanın mümkün olduğu sözleşmeler bakımından dahi — bir maymuncuk anahtarı bulunmaktadır: yeniden müzakere yükümlülüğü.⁵¹ Bu yükümlülük, tarafların sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi gibi daha ağır sonuç doğuran yollara başvurmadan önce değişen koşullara tepki verebilmelerine imkân tanıyan usulî bir çerçeve sunmaktadır. Bu yaklaşım, yukarıda değinilen COVID-19 krizine ilişkin ELI İlkeleri ile tamamen uyumludur.⁵² Ayrıca bu yükümlülük, çeşitli önemli milletlerarası hukuk metinlerinde açıkça düzenlenmiştir.⁵³

Bu düzenlemelerin her birinde yeniden müzakere, uyarlama veya sona erdirme taleplerine başvurulmadan önce yerine getirilmesi gereken zorunlu bir aşama olarak kabul edilmektedir. Yeniden müzakere yükümlülüğü, yalnızca sözleşmesel ilişkinin devamını ve hakkaniyeti teşvik etmekle kalmamakta; aynı zamanda tarafları kendi çözümlerini geliştirmeye yönlendirerek taraf iradesine ve sözleşme özgürlüğüne de saygı göstermektedir.

Taraflar silahlı çatışma ihtimalinin farkında olsalar dahi, sözleşmenin kurulduğu anda önceki örnekte verilen “iki aylık” süre gibi belirli tolerans sürelerini somut olarak belirleyemeyebilirler. Bu gibi durumlarda yeniden müzakere yükümlülüğü daha da büyük önem kazanmaktadır. Bununla birlikte, yeniden müzakere yükümlülüğünün ihlal edilmesinin birtakım sonuçlara bağlanması da aynı ölçüde önemlidir.⁵⁴ Aksi hâlde söz konusu hüküm, bağlayıcı etkiden yoksun, yalnızca temenni niteliğinde bir düzenleme olma riski taşır.⁵⁵

Bu kapsamda hangi tür yaptırımların öngörülebileceği sorusu gündeme gelmektedir. Örneğin, yeniden müzakere yükümlülüğüne uymayan tarafın sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkını kaybetmesi, götürü tazminat ödemekle yükümlü tutulması veya karşı tarafın avukatlık ücretleri de dâhil olmak üzere tüm yargılama giderlerini üstlenmesi öngörülebilir.

Ele alınması gereken bir diğer mesele ise yeniden müzakere süreci devam ederken edimlerin ifasının sürdürülüp sürdürülmeyeceğidir. Sözleşmede bu konuda bir düzenleme bulunmaması hâlinde, mesele uygulanacak hukuka göre çözümlenecek ve bu durum farklı sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle, yeniden müzakereler devam ederken karşılıklı edimlerin

⁵¹ Bunun bir borç mu yoksa bir yükümlülük mü olarak nitelendirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, 373 ff. Bu makalede “borç” terimi bilinçli olarak kullanılmaktadır.

⁵² **Philippe**, 551.

⁵³ UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İlkeleri (PICC) m. 6.2.3, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL) m. 6:111, Draft Common Frame of Reference (DCFR) m. III.-1:110 ve Common European Sales Law (CESL) m. 89.

⁵⁴ **Horn**, 262.

⁵⁵ Bazen taraflar bu yaklaşımı bilinçli olarak tercih eder ve “taraflar azami gayret gösterecektir” gibi hükümlere sözleşmede yer verirler. Bu gibi hâllerde, yeniden müzakere yükümlülüğünün ihlalinin herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacağı zımnen kabul edilmiş olur.

askıya alınıp alınmayacağını veya ifaya devam edilip edilmeyeceğinin sözleşmede açıkça düzenlenmesi tavsiye edilmektedir.

Yeniden müzakere yükümlülüğünün sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olması hâlinde, bu tür bir yükümlülüğün yine de uygulanacak hukuk kapsamında — örneğin dürüstlük kuralı veya adil işlem ilkeleri aracılığıyla — zımnen doğup doğmayacağı sorusu kaçınılmaz olarak gündeme gelir. Bu durum taraflar bakımından ciddi bir hukuki belirsizlik yaratmaktadır.⁵⁶ Böyle bir yükümlülüğün kanun veya içtihat yoluyla doğduğu kabul edilse dahi, yükümlülüğün kapsamı, icra edilebilirliği ve ihlalinin sonuçları belirsizliğini koruyacaktır. Bu ise yeniden müzakere sürecinin etkisiz kalmasına veya yalnızca sembolik bir nitelik taşımasına yol açabilecektir.

Buna karşılık, yeniden müzakere yükümlülüğünün sözleşmesel olarak kararlaştırıldığı hâllerde, taraflar olağanüstü bir olayın varlığı durumunda dahi daha çözüm odaklı, etkin ve ticari bakımdan uygulanabilir bir mekanizmaya sahip olmaktadır. Bu durumda meselenin mahkeme veya hakem heyeti tarafından çözüme kavuşturulması yerine, esasen taraflardan başlangıçta kendilerinin kurmuş olduğu sözleşmesel dengeyi yeniden tesis etmeleri istenmektedir.

Üstelik bu denge esas itibarıyla ticari değerlendirmelerle ilgili olduğundan, projenin ekonomik mantığını en iyi bilen sözleşme taraflarından daha uygun bir denge kurucu düşünmek güçtür.⁵⁷ Bununla birlikte, sözleşmede yeniden müzakerelerin başarısız olması hâlinde tarafların uyarılma veya sözleşmenin sona erdirilmesi yollarına başvurma hakkını saklı tuttukları da açıkça belirtilmelidir. Bu hususun sözleşmede açıkça düzenlenmesi, başarısız kalan bir yeniden müzakerenin hukuki sonuçlarına ilişkin tereddütleri ortadan kaldıracak ve aşırı ifa güçlüğü rejiminin işlerliğini güvence altına alacaktır.

F. Yeniden Müzakerenin Zorlukları

Yeniden müzakere mekanizması, kendi içinde birtakım güçlükleri de barındırmaktadır.⁵⁸ Her şeyden önce, sürecin makul ve optimal süreyi aşacak şekilde uzaması hâlinde, zaten bozulmuş olan sözleşmesel denge daha da istikrarsız hâle gelebilir. Bu tür gecikmelerin ardından uyuşmazlığın yargısal veya tahkim yoluyla çözümlenmesi durumunda ise geç gelen adalet,

⁵⁶ İtalyan hukukunda yeniden müzakere konusunda kanundan doğan bir yükümlülük bulunmamaktadır. **Alpa**, *Effects of the Pandemic*, s. 566. Birçok AB üyesi devletin yeniden müzakere yükümlülüğünü kabul etmediği yönündeki görüş ile ilgili ulusal hukuk kuralları ve düzenlemeler için bkz. **C. Jerez/ M. Kubica/ A. Ruda**, “Force Majeure and Hardship in Corona Crisis”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 603 vd., s. 610-611. Alman hukukunda yeniden müzakere yükümlülüğünün varlığı tartışmalıdır. Bkz. **Hans Rösler**, “Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform”, *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS)*, 2003, s. 385 vd., s. 389, karş. **Palandt Otto**, *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, München 2007, § 313 BGB N. 41.

⁵⁷ **Jerez/Kubica/Ruda**, 621.

⁵⁸ İradi bir anlaşmaya varılmasının düşük bir ihtimal olduğu ve bunun gerçekçi bir beklenti olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Pedamon**, 119.

özellikle inşaat sektöründe, taraflar bakımından anlamını yitirebilir. Zira projenin tamamlanması yalnızca tarafların menfaatine değil, çoğu zaman onların ortak önceliğine de hizmet etmektedir.

Bu nedenle, taraflardan birinin artık uzlaşma sağlama yönünde herhangi bir teşviki kalmamışsa veya sürecin uzatılması taraflardan biri bakımından stratejik bir avantaj sağlıyorsa, yeniden müzakere mekanizması kötüye kullanılmaya açık hâle gelebilir. Bu risklere karşı korunabilmek amacıyla sözleşmesel süre sınırlarının öngörülmesi değerlendirilmelidir. Her ne kadar yeniden müzakere hükümlerinin kötüye kullanılması teorik olarak birçok kıta avrupası hukuk sisteminde kabul edilen dürüstlük kuralı çerçevesinde çözülebilecek olsa da kötü niyetli davranışın ispatı uygulamada ciddi delil sorunları yaratabilmektedir.

Bu durum, yeniden müzakere sürecine ilişkin sözleşmesel yapının belirli süreler ve sistematik usul adımları içermesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Ayrıca yeniden müzakere yükümlülüğünün yalnızca şekli bir davetten ibaret olmadığı, ciddi ve esaslı bir katılım yükümlülüğünü içerdiği de açıkça belirtilmelidir. Bu nedenle, yeniden müzakere sürecine ilişkin asgari standartlar ve temel ön koşullar doğrudan sözleşmede düzenlenmelidir.

Bununla birlikte, taraflardan birinin uzlaşma sağlama yönünde açıkça bir iradesinin bulunmadığı durumlarda, o tarafı yeniden müzakereye zorlamanın ne ölçüde faydalı olduğu da haklı olarak sorgulanabilir. Bu durum hem normatif hem de kültürel birtakım sorunları gündeme getirmektedir. Daha çekişmeci hukuk kültürlerinde — Türkiye'nin de buna örnek teşkil edebileceği söylenebilir — bu tür yükümlülükler çoğu zaman etkin şekilde uygulanmamakta ve nadiren anlamlı sonuçlar doğurmaktadır. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki, yeniden müzakere sürecinin içi boş bir formalite olarak ele alınması hâlinde, bu süreç mevcut uyuşmazlığı çözmek yerine daha da derinleştirebilir.

G. Hangi Sözleşme Klozları Uyarlamaya Konu Olabilir?

İlke olarak, yapılacak uyarlama, sözleşmenin niteliğiyle bağdaşmak kaydıyla, sözleşmenin herhangi bir hükmü için söz konusu olabilir. Bu kapsamda sözleşmenin süresi, bedeli, ek ödeme, ifa zamanı, temerrüdün sonuçları ve hatta ifa yerinin değiştirilmesi örnek olarak sayılabilir.

Sayılanlar arasında, bedele ve zamana ilişkin hükümler, aşırı ifa gücü hâllerinde en sık uyarlanan hükümlerdir. Buna karşılık, ifa yerinin değiştirilmesi satış sözleşmelerinde daha mümkün olabilirken, inşaat sözleşmelerinde bu genellikle pratik ve anlamlı değildir. Bir inşaat sahasının yerinin değiştirilmesi çoğu kez tasarım, zemin etüdü, statik planlama, malzemeler ve uygulama lojistiği bakımından köklü değişiklikler gerektirir. Başka bir ifadeyle, bu değişiklik yalnızca ifa yerine değil, sözleşmenin bizzat konusuna ilişkin bir değişiklik niteliği taşır. Böyle bir değişiklik teorik olarak mümkün olsa da uygulamada ancak istisnai hâllerde gerçekleştirilebilir.

Bununla birlikte, tarafların aşırı ifa güçlüğü hâlinde nelerin uyarlamaya konu olabileceğini veya olamayacağını açık sözleşme hükümleriyle önceden kararlaştırmaları da mümkündür.⁵⁹ Bu durum hem hukukî belirliliğe hem de riskin azaltılmasına katkı sağlayabilir; ayrıca kriz dönemlerinde taraflar arasındaki uyuşmazlık alanını daraltabilir. Bu doğrultuda taraflar, uyarlamanın kapsamına belirli sınırlamalar getirebilirler. Örneğin yalnızca bedelin veya yalnızca ifa zamanının uyarlanabileceğini kararlaştırabilirler. Bununla birlikte, ağır ve öngörülemez nitelikteki sarsıcı değişiklikler söz konusu olduğunda, genel ilke olarak, başlangıçta değişiklik dışında bırakılmış hükümlerin dahi uyarlanmasının talep edilmesi mümkündür.

Herhangi bir uyarlama imkânını açıkça dışlayan sözleşme hükümleri ise “olumsuz uyarlama kayıtları” olarak adlandırılır.⁶⁰ Bu tür kayıtlar bazı hukuk sistemlerinde geçerli kabul edilebilirse de, özellikle ifanın taraflardan birinin kontrolü dışındaki koşullar nedeniyle aşırı derecede güçleştiği hâllerde, hakkaniyet ve sözleşmesel denge bakımından önemli sorunlar doğurur.

Nitekim herhangi bir uyarlama imkânını kategorik olarak dışlayan geniş ve sınırsız kayıtların, temel hakları, özellikle MK m. 23 bağlamında kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle geçersiz sayılabileceği ikna edici biçimde ileri sürülmektedir.⁶¹ Ayrıca, bu tür kayıtlar da bizzat sözleşme hükmü niteliğinde olduğundan, yukarıda da belirtildiği üzere, kendileri uyarlamaya konu olabilir. Türk hukuku bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu görüşü benimsemiş; uyarlamayı dışlayan kayıtların dahi, belirli koşullar altında, uygulanmaya devam etmelerinin adaletsiz veya ölçüsüz sonuçlara yol açması hâlinde değiştirilebileceğini veya dikkate alınmayabileceğini kabul etmiştir.⁶² Buna karşılık, kapsamı açıkça belirleyen ve belirli riskleri açık biçimde taraflardan birine tahsis eden, bu suretle de söz konusu hususlar bakımından uyarlama imkânını dışlayan sözleşme hükümleri kural olarak geçerli kabul edilmelidir.

DEĞERLENDİRME

Sonuç olarak, çatışmalardan etkilenen bölgelerde inşaat projeleri üstlenen tarafların, sözleşmelerine çok aşamalı bir uyuşmazlık çözüm mekanizması eklemeleri şiddetle tavsiye edilir. Bu mekanizma, genel uyuşmazlık çözüm hükmünden ayrı olarak düzenlenebilir ve özel olarak olağanüstü hâl değişikliklerine, hatta yalnızca silahlı çatışma veya savaş durumlarına özgülenebilir.

Klasik uyuşmazlık çözüm hükümleri genellikle sözleşmenin ihlali veya sona erdirilmesi ihtimallerini düzenler. Oysa aşırı ifa güçlüğü hâllerinde sözleşmenin ifasına çoğu zaman devam edilmektedir. Bu ayrım kritiktir: sona erdirme için tasarlanmış mekanizmaların, amacın

⁵⁹ Brunner, 118.

⁶⁰ Baysal, 304.

⁶¹ Baysal, 305; Haluk Burcuoğlu, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, Filiz, İstanbul 1995, s. 12.

⁶² YHGK (Turkish Supreme Court), 15.10.2003, 2003/13-599, 2003/599.

sözleşmeyi ayakta tutmak olduğu durumlarda aynı işlevi görmesi beklenemez. Bu nedenle, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin mekanizmalar, uyuşmazlık çözüm kuralları çerçevesine bırakılmamalıdır. Zira çok aşamalı usuller, sözleşmenin sona erdirilmesinin artık yakın olduğu durumlarda nadiren elverişlidir ve hatta gereksiz gecikmelere yol açabilir. Ancak tam tersine, sözleşmenin uyarlanması söz konusu olduğunda, asıl anlamlı olan çok aşamalı usullerdir.

Unutulmaması gereken husus, temel amacın sözleşmeyi ayakta tutmak ve projenin tamamlanmasını kolaylaştırmak olduğudur; zira bu, her iki tarafın da ortak hedefidir. Bu amaçla, özellikle çatışma riskinin yüksek olduğu ortamlarda, yalnızca yedek hukuk kurallarına veya hâkim ya da hakem gibi dış üçüncü kişilerin gecikmeli müdahalesine yaslanmak yerine, sözleşme temelli iç mekanizmaların tasarlanması özellikle tavsiye edilir.

Bu çalışma, değişken koşulların, aktif çatışmanın veya sürekli istikrarsızlığın hâkim olduğu bölgelerde, geleneksel hukuk kurallarının inşaat sözleşmeleri için yeterli koruma sağlamadığını ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda, soyut ve öngörülemezlik temelli yedek kurallara dayanmak yerine, tarafların bizzat tasarlayıp üzerinde anlaştıkları esnek, aşamalı ve işlevsel amaca yönelik sözleşmesel çözümler tavsiye edilmektedir.

Çatışma bölgelerinde aşırı ifa güçlüğüne dayalı uyarlama taleplerinin uygulanabilirliğini sağlayabilmek için taraflar, sözleşmenin kuruluşu aşamasında:

- proje ortamına uyarlanmış ayrıntılı bir risk tahsis planı geliştirmeli,
- olağanüstü bir olayın varlığının belirlenmesine ilişkin ölçütleri, gerektiğinde bağımsız bir uzman veya tanınmış bir kurum aracılığıyla tanımlamalı,
- yeniden müzakere yükümlülüğüne gerçek bir anlam ve uygulanabilir sonuçlar kazandırmalı ve
- geçici aşırı ifa güçlüğü hâllerini karşılamak ve uyuşmazlıkların tırmanmasını asgariye indirmek amacıyla makul tolerans süreleri öngörmelidir.

Bu mekanizmalar sayesinde taraflar, yalnızca krizler ortaya çıktığında bunları daha iyi yönetebilecek duruma gelmekle kalmayacak; aynı zamanda sözleşmelerini daha proaktif biçimde yapılandırabilecek ve böylece yüksek riskli faaliyet ortamlarında hukukî belirliliği ve ticari dayanıklılığı artırabilecektir.

KAYNAKÇA

- Furrer, Andreas / Layr, Angelika / Wartmann, Jeremias**, “Impossibility, Force Majeure and COVID-19 under Swiss and Austrian Contract Laws”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 719 vd.
- Corbin, Arthur L. / Perillo, Joseph M. / Bender, Helen Hadjiyannakis**, *Corbin on Contracts*, St. Paul, Minn: West Pub Co, 1962.
- Richard, A. Posner/Andrew, M. Rosenfield**, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, 1977, 6/1, s. 83 vd.
- Baysal, Başak**, *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha, İstanbul 2020
- Botond, Köszegi**, “Behavioural Contract Theory”, *Journal of Economic Literature*, 52 (4): 1075–1118.
- Brunner, Christoph**, “Chapter 3: Rules on Force Majeure as Illustrated in Recent Case Law”: **Fabio Bortolotti/ Dorothy Udeme Ufot** (edt.), *ICC Dossier No. 17: Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Kluwer Law International, 2018
- Brunner, Christoph**, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration* International Arbitration Law Library, Volume 18, 2008, 118, <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn31525> (son erişim tarihi: 25.06.2026)
- Jerez, Carmen / Kubica, Maria / Ruda, Albert**, “Force Majeure and Hardship in Corona Crisis”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 603 vd
- Pedamon, Catherine**, “The New French Contract Law and Its Impact on Commercial Law: Good Faith, Unfair Terms and Hardship”: **Maren Heidemann/ Joseph Lee** (edt.), *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform*, Springer, 2018, s. 99 vd., s. 119.
- Philippe, Denis**, “Article 79 of the CISG, hardship, risk and renegotiation of the contract”: **Helmut Grothe/ Peter Mankowski** (edt.), *Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich 2022, s. 281 vd., s. 288-289.

- Philippe, Denis**, “The Impact of the Coronavirus Crisis on the Analysis and Drafting of Contract Clauses: Force Majeure, Hardship and Deferral of Obligations”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2021, s. 527 vd.
- Tallon, Denis**, “La re’vision du contrat pour impre’sivion au regard des enseignements re’cents du droit compare”, *Droit et vie des affaires’*, in *Etudes a` la me’moire d’Alain Sayag*, Litec, Paris 1997
- Baş Süzel, Ece / Kurtulan Güner, Gökçe**, “Covid-19 Yasalarının Bize Gösterdikleri: İmkansızlık ve Uyarlama Düzenlemeleri Ne Kadar Yerinde?": **Melda Sur/ Mine Kasapoğlu Turhan** (edt.), *COVID-19 ve Hukuk Sempozyumu, On İki Levha, İstanbul 202*”, s. 239 vd.
- Erdem, Ercüment**, “Chapter 5: Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause”: **Fabio Bortolotti/ Dorothy Udeme Ufot** (edt.), *ICC Dossier No. 17: Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Kluwer Law International, 2018, s. 123 vd.
- Alpa, Guido**, “Remarks on the Effects of the Pandemic on Long-Term Contracts”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 553.
- Alpa, Guido**, “Party Autonomy and Freedom of Contract Today”, *European Business Law Review*, Sayı 21-2, s. 119-141,
- Beale, Hugh / Twigg-Flesner, Christian**, “Covid-19 and English Contract Law, in *Coronavirus and the Law in Europe*”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 461 vd
- Burcuoğlu, Haluk**, *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama*, Filiz, İstanbul 1995
- Collins, Hugh**, *Regulating Contracts*, Oxford UP, 1999.
- MacQueen, Hector L.**, “Coronavirus Contract Law in Scotland”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021
- Pekcanitez, Hakan**, *Medeni Usul Hukuku Yetkin*, Ankara 2013

- Rösler, Hans**, “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, *European Review of Private Law*, 2007, Sayı 3, ss. 483-513
- Rösler, Hans**, “Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform”, *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS)*, 2003, s. 385 vd.
- Borghetti, Jean Sebastian**, “Non-Performance and the Change of Circumstances under French Law”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 509
- Tirole, Jean**, Bounded Rationality and Incomplete Contracts, <https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/boundedrationality.pdf> 2.
- Berger, Klaus Peter**, “Chapter 6: Force Majeure Clauses and their Relationship with the Applicable Law”: **Fabio Bortolotti/ Dorothy Udeme Ufot** (edt.), *ICC Dossier No. 17: Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Kluwer Law International, 2018, s. 137 vd.
- Schmidt-Kesel, Martin / Möllnitz, Christina**, “Particular Corona Contract Law in Germany”: **Ewoud Hondius/ Marta Santos Silva/ Andrea Nicolussi/ Pablo Salvador Coderch/ Christiana Wendehorst/ Fryderyk Zoll** (edt.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge 2021, s. 699 vd.
- Horn, Norbert**, “Neuverhandlungspflicht” *Archiv für die civilistische Praxis*, Yıl: 1981, Sayı: 181/4, s. 255 vd.
- Otto, Palandt**, *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, München 2007, § 313 BGB N. 41.