

# ÇEVİRİ

# EMPREVİZYON, HARDSHIP VE İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ: PACTA SUNT SERVANDA VE ALMAN-FRANSIZ HUKUKİ İLİŞKİLERİNDE SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASINA GİDEN YOLLAR\*

Dr. Eleanor Cashin-Ritaine\*\*

Çev.: Ar. Gör. Başak Baysal\*\*\*

9 Mayıs 2001 tarihli Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasa Tasarısı § 313 RegE'de (§ 313 BGB olarak yasalaşmıştır) İşlem Temelinin Çökmesine ilişkin şimdiye kadar olan içtihatı toparlayıp, kurallaştırmıştır. Daha önce de § 242 BGB çatısı altında içtihat<sup>1</sup> ve öğreti<sup>2</sup>, işlem temelinin yokluğu veya çökmesi durumunda taraflara sözleşmelerini uyarlama talebinde bulunma hakkı tanıyordu. İşlem temelinden anlaşılan ise "sözleşmenin asıl içeriğine dahil olmamakla birlikte sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan ve işlem iradesinin dayanağı olan belirli koşulların varlığına veya gelecekte ortaya çıkmalarına ilişkin ortak tasavvurlar"dır<sup>3</sup>. Bu içtihata göre, sözleşmenin kurulmasından son-

---

\* Bu makale "Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2001"de "Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage: Pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr" adı altında yayınlanmış olup, çeviriye esas teşkil eden metin çeviriden önce İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası için bizzat yazarı tarafından gözden geçirilip güncellenmiştir. Esas metindeki Fransızca ifadelerin, Almanca ifadelerden farklılık taşıdığı durumlarda, bu ifadelerin Türkçe çevirileri, ayrı dipnotlarda, çevirmen notu (ç.n.) olarak belirtilmiştir.

\*\* İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdiresi ve Bilimsel Bölüm Başkanı; Doçent, Metz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, DEA Paris II.

1 BGHZ 128, 230; BGHZ 120; 10, 23; BGH NJW 1984, 1746, 1747.

2 Kaynakça için bkz. özellikle P. Jung, Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen, Nomos Verlag 1995.

ra edimler arası dengesizlik söz konusu olursa (*Äquivalenzstörung*), edimin ifası aşırı derecede güçleşirse (*Leistungserschwer-nisse*) veya edimler ile izlenen amaç anlamsızlaşırsa (*Zweckstö-rungen*) sözleşmelerin uyarlanması söz konusu olabiliyordu. Yasa tasarısının metni bugüne kadarki içtihatla birebir örtüşmemekle birlikte § 313 BGB'nin bu tutarlı içtihatı yasalaştırmak amacını taşıdığı kabul edilmektedir.

§ 313 BGB karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında il-ginç perspektifler sunmaktadır. 19. yüzyılın ortalarından beri Fransız içtihatı "*imprévision*" adı altında değerlendirilen problem hususunda bölünmüş durumdadır<sup>4</sup>. Fransız Yargıtayı Canal de Craaponne kararında (6.3.1876)<sup>5</sup>, hakkaniyet ne kadar gerektirir-se gerektirsin, mahkemenin sözleşmeyi değişmiş, yeni durumlara uyarlayamacağına karar vermiştir. Buna karşılık Conseil d'Etat (Danıştay), Gaz de Bordeaux (30.3.1916)<sup>6</sup> kararında sözleşmele-rin uyarlanmasına belirli durumlarda izin vermiş ve bu suretle Bordeaux'daki gaz dağıtımının Compagnie Générale de Gaz'ın if-las etmesi tehlikesi nedeniyle kesintiye uğramasını engellemiştir. Bu içtihat ikiliği günümüze kadar ayakta kalmıştır: Edimlerin ağırlaşmasından dolayı, sözleşmenin uyarlanması gereğini Fran-sız Yargıtayı hala kabul etmemektedir. Yüzlerce yıllık bu içtihadın varlığını sürdürüp sürdüremeyeceği, bir süredir fazlasıyla şüphe-li bir sorudur.

<sup>3</sup> RGZ 103, 328, 332; BGHZ 89, 226, 231.

<sup>4</sup> Kaynakça: Bkz. özellikle D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 Hazi-ran 2005, n° 129, p. 4 ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit ci-vil, Les effets du contrat*, 2e éd. 1994, no: 263, p. 310; D.-M. Philippe, *Chan-gement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant 1986, préface M. Fontaine; P. Voirin, *De l'imprévision dans les rap-ports de droit privé*, th. Nancy 1922; *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, sous la direction de R. Rodière et D. Tallon, Pédone 1986; J.-M. Mousseron, *La gestion des ris-ques par le contrat*, RTDciv. 1988, s. 481; I. de Lamberterie, *Incidences des changements de circonstances sur les contrats de longue durée*, Rapport français, in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat d'aujourd'hui: compara-isons franco-anglaises*, LGDJ 1987, s. 217.

<sup>5</sup> Cass. civ., 6 Mart 1876= D. 1876, 1, 193, note Giboulot = Les grands ar-rêts de la jurisprudence civile, tome 2, 11<sup>e</sup> éd. 2000 no: 163.: "Ne kadar adilane görünürse görünsün, hiç bir halde, taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmeyi zaman ve durumlar dikkate alınarak değiştirmek ve sözleşme taraflarınca özgürce kararlaştırılmış hükümlerin yerine yenilerine karar vermek mahkemenin yetkisinde değildir".

<sup>6</sup> CE 30 Mart 1916 D. 1916, 3, 25= S. 1916, 3, 17= Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12<sup>e</sup> éd., no: 49.

Fransız içtihadı son yıllarda, sözleşmeye ekonomik ve sosyal bir anlam yükleyen işlem temeli (*économie du contrat*) kavramını keşfetmiştir. Temeli ve şartları doktrinde hala çok tartışmalı olan<sup>7</sup> bu kavram son dönem içtihatında sözleşmenin esaslı bir unsuru haline gelmiş bile görünmektedir ve hem sözleşmenin yorumlanmasında (*conception subjective*), hem de edimlerin kontrol edilmesinde (*conception objective*) bir araç olarak kullanılmaktadır. Buna ek olarak, son yıllarda içtihat, sözleşmelerin, özellikle de tüketici ve kredi ilişkilerinin olabildiğince adil hale getirilmesi için büyük çaba harcamıştır.

Uluslararası düzlemde de, Unidroit ilkeleri (Hardship ile ilgili m. 6.2.1- 6.2.3), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin (1998)<sup>8</sup> 6:111'inci (*Change of circumstances*) maddesi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 79. maddesi ile 1.7.1964 tarihli Milletlerarası Satıma İlişkin Yeknesak Kanununun (ULIS) 74. maddesi, işlem temelinin çökmesi ve buna bağlı olarak sözleşmenin uyarlanması ihtimalini farklı bir yönden düzenlemektedir. Görünen odur ki, tüm bu nedenlerden dolayı, Fransız içtihadında da sözleşmelerin uyarlanması yakın zamanda nihayet mümkün olacaktır.

İfa engelleri alanında Alman-Fransız karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında sıklıkla şu saptamada bulunmaktadır: Fransız hukuku temelden değişen durumlar söz konusu olduğunda, sözleşmenin ilk halinde ısrar ederken, Alman hukuku bu hallerde sözleşmelerin uyarlanmasını kabul etmektedir<sup>9</sup>. Ancak Fransız kültürünü biraz bile tanıyanlar, Fransız hukukçuların *Charles-Louis Montesquieu*'nün halefleri olduğunu bilirler. "*Esprit des*

<sup>7</sup> A. Zelcevic-Duhamel, *La notion d'économie du contrat en droit privé*, JCP éd. G, 2001, I, 300; J. Moury, *Une embarrassante notion: l'économie du contrat*, D. 2000, chr. 382.

<sup>8</sup> Kaynakça: D. Tallon, *Les principes pour le droit européen du contrat: quelles perspectives pour la pratique*, Def. 2000, Art. 37182; Cl. Witz, *Plaidoyer pour un Code européen des obligations*, D. 2000, Chr. s. 79.; P. Rémy-Corlay, D. Fenouillet, *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz 2003; C. Prieto (sous la dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen des contrats*, PUAM 2003; Ch. Jamin, D. Mazeaud (sous la dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica 2004.

<sup>9</sup> D.-M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant 1986, préface M. Fontaine; Klopp, *Evolution comparée de la notion d'imprévision en droit allemand et en droit français*, th. Paris dactyl., 1969.

lois”nın yazarına göre “*la lettre et l’esprit*”, kanunların lafzı ve ruhu birbirlerinden çok farklı olabilir. Biz de çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde böyle bir ruhun sözleşmeler hukukunda da kendini gösterdiğini kanıtlamaya çalışacağız. İlk olarak sözleşmelerin değişmezliği prensibinin aldatıcı görünümünü ifşa edeceğiz (I) daha sonra da daha pragmatik bir gerçek olan, sözleşmeleri uyarılmanın gerekliliğine değineceğiz (II).

## I. Aldatıcı bir görünüm: Sözleşmelerin değişmezliği ilkesi

Bir ilkeyi öne süren bunun istisnalarına da cevaz vermelidir. Bu kural sözleşme hukuku açısından da geçerlidir: Sözleşmelerin değişmezliği ilkesi, ilkesel olarak kabul edildiği zaman (1), bunu bazı durumlarda yumuşatan ve hafifleten yöntemlerin de var olması gerekir (2).

### 1. Sözleşmelerin değişmezliği prensibi

Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesinin ilk paragrafı<sup>10</sup> sözleşmeye kanun gücü tanır: Hukuk güvenliği ve toplum düzenini<sup>11</sup> korumak nedeniyle ne tarafların ne de hakimin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme hakkı vardır<sup>12</sup>. Elbette, sözleşmelerin uyarlanması taraflar (hardship klozları)<sup>13</sup> ve hatta kanun koyucu (ör: Kira hukuku)<sup>14</sup> tarafından öngörülebilir ve buna imkan tanı- nabilir. Ferdiyet, irade özerkliği, *Pacta sunt servanda*<sup>15</sup> ve hukuk

<sup>10</sup> Md.1134 f. I C.civ: « *Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir* ».

<sup>11</sup> Ch. Jamin, op. cit., Droit et patrimoine 1998, no: 58, s. 51.

<sup>12</sup> G. Paisant, Introduction au colloque de Chambéry, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat, Dr. et patrimoine 1998, s. 42.

<sup>13</sup> Farklı çeşitleri var: Para klozu, ilk tercih edilecek müşteri klozu, rakip teklif klozu, hardship klozu, mücbir sebep klozu. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 11<sup>e</sup> éd. 2000, s. 123, no: 163; G. Rouhette, La révision conventionnelle du contrat, RID comp. 1986, s. 269; Ch. Jarrosson, Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, avant-propos J. Mestre, PUAM 1990, s. 141; Ch. Jamin, op. cit. s. 47; özellikle J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 285, s. 332. Ayrıca bkz. Cass. com., 31 Mayıs 1988: Bull. civ. IV, no: 189, s. 132; RTDciv. 1989, s. 71, obs. Mestre.

<sup>14</sup> Bkz. Fr. MK md. 1769-1773 arası maddeler (hasılat kirası): Ürünün yarıdan fazlası zarar görürse, çiftçi kira bedelinde bir indirim talep edebilir; Jamin, op. cit., s. 47.

<sup>15</sup> H. Lecuyer, Redéfinir la force obligatoire du contrat? In Les Petites Affiches 6 Mayıs 1998, s. 44.

güveligi Fransız sözleşme hukukunun temel sütunlarıdır<sup>16</sup>. *Pacta sunt servanda* ve sözleşmenin devamlılığı ilkeleri, sözleşme kavramının iradeci bakış açısından somuta uyarlanmış halidir<sup>17</sup>; bu bakış açısı irade özerkliği ilkesine (*principe d'autonomie de la volonté*) dayanır<sup>18</sup>. Sözleşme özgürlüğünü temel alarak, sözleşmenin tarafları, serbest ve sorumlu bireyler olarak, karşılıklı edimlerini ve bunların dengesini kurarlar<sup>19</sup>. Bu irade açıklamasına ahlaki gerekler nedeniyle saygı duyulmalıdır.

Alman medeni hukukunda §§ 241 ve 305 BGB benzer roller oynamaktadır. Borç ilişkisi gereğince alacaklı borçlusundan yapma veya yapmama şeklindeki bir edimin ifasını talep edebilir. Bir borç ilişkisinin içeriğinde değişiklik yapılması için taraflar arasında bir sözleşmenin bulunması şarttır. Tek taraflı olarak sözleşmesel yükümlülükten caymak mümkün değildir.

Açık gibi görünen bu kurala rağmen, sözleşmenin koşullarındaki değişiklik hem Fransız hem Alman hukuklarında dikkate alınmaktadır. Geniş kapsamlı yükümlülükler yaratan ve bu suretle edimlerin ifa süresini uzatan sürekli borç ilişkilerindeki (örneğin art arda teslimli satım sözleşmelerindeki<sup>20</sup>) artış, daha fazla hukuki güvenlik ihtiyacını da beraberinde getirmiştir.

“Bir öngörü işlemi” (*acte de prévision*)<sup>21</sup> olan sözleşmelerin istikrarı sözleşmenin esaslı niteliklerindedir: Tarafların arasındaki güvenin temelini oluşturur ve sözleşmeye sosyal faydasını sağ-

16 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 266, s. 313.

17 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 269, s. 316'da yazarlar «irade özerkliği dogmasından esinlenen sözleşmenin iradeci bir algılanmasından» bahsederler; J.-M. Mousseron, «Responsable mais pas coupable» - La gestion des risques d'inexécution du contrat, Mél. Ch. Mouly, Litec 1998, t. 2, s. 141, s. 145, no: 10: «Tarafların iradesi, ilişkinin adaleti üzerine kurulmuştur. Sorun, bir kurala dayanarak, sözleşmenin geçerliliği için - doğumu ve devamı açısından- ideal bir denge yaratmak veya yeniden kurma sorunu değildir; taraflarca istenen ve yine onlarca belirlenen sınırlar ve şartlar dahilinde bir dengeye ulaşma sorunudur».

18 C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, s. 357, no: 1.

19 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 266, s. 314; Ch. Jamin, op. cit. s. 52: «Taraflar, ifası belli bir süreye yayılan bir sözleşmeyi kurarlarken özgür degillerdir, zira ilişkilerini çevreleyen dış ortamı ve karşı tarafın davranışındaki olası değişiklikleri dikkate alamazlar.»

20 Ancak § 314 BGB'deki sürekli sözleşme ilişkisi anlamında değil.

21 H. Lecuyer, Le contrat, acte de prévision, in Mél. François Terré, 1999, s. 643.

lar<sup>22</sup>. Ancak bu istikrar bazen istenmeyen sonuçlar da doğurabilir, işte tam bu noktada sözleşmenin acilen uyarlanması gereği ortaya çıkar.

Fransız hukuku, kural olarak sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının karşısında yer alır görünmektedir. Öğreti<sup>23</sup> de, uygulama<sup>24</sup> da sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması düşüncesini reddetmektedirler. Bunun için çeşitli nedenler öne sürülmektedir.

İlk neden olarak, tarafların yükümlülüklerinden kurtulmak için hileli yoldan çeşitli yöntemlere başvuracakları korkusu akla gelir<sup>25</sup>.

İkinci olarak, öğreti, hakimlerin sözleşmeleri uyarlamasının keyfi sonuçlara yol açma tehlikesini öne sürmüştür (*arbitraire du juge*)<sup>26</sup>.

Üçüncü olarak, uyarlama sayesinde taraflardan birinin çöküşü engellense dahi, hakimin, kararının doğruluğunu küresel ekonomik duruma göre denetleyebilecek durumda olmadığı söylenmiştir<sup>27</sup>. Sadece kanun koyucu, uyarlamanın gerçek ekonomik sonuçlarını kavrayabilecek konumdadır. Bu nedenle, gerekli olduğunda, sözleşmelerin kanun yoluyla uyarlanması kanun koyucuya düşer<sup>28</sup>. Buna karşılık Fransız Medeni Kanunu'nda uyarlama-

22 C. Thibierge-Guelfucci, op.cit., RTD civ. 1997, s. 357, s. 366, no: 11.

23 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 263, s. 310 vd.; C. Thibierge-Guelfucci, op.cit., RTD civ. 1997, s. 357; buna karşılık P.-Y. Gautier, obs. sous CE 31 Temmuz 1996= RTDciv. 1997, s. 444.

24 Karş. supra.

25 G. Ripert, Le droit de ne pas payer ses dettes, D.H. 1936, chr. 57.

26 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 269, s. 317: «Medeni Kanun'un 1134. maddesi eski rejimdeki meclis hareketine bir tepkidir: Tanrı bizi meclisin adaletinden korusun. Tarafların kanunu, hakime dayatılmalı, ve onun görevi sadece bu kanunun uygulanmasını garanti altına almakla sınırlı kalmalıdır. 1134. madde böylelikle, hakimin keyfilikliğini engellemek için, onun sözleşmeye her türlü müdahalesini yasaklayan bir yetki kuralıdır »; karş. Niboyet, (aktaran J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., s. 360): «hakimin sözleşmeyi yeniden kurabileceği gün, artık bir sözleşmeden değil, var olan borcun yerini alan kanuni bir borçtan bahsedilir»; buna karşılık, D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?, Mél. F. Terré, 1999, s. 603, s. 626-629, özellikle no: 27.

27 J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 9<sup>e</sup> éd. 2000, no: 410, s. 297.

28 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 274, s. 319'da bir çok kanundan bahseder. Özellikle, 1. Dünya Savaşı'ndan sonra: la loi Faillot (21 Ocak

ya imkan tanıyan çeşitli maddelere rastlamak mümkündür (ör: Fr. MK m. 833-1<sup>29</sup> ve m. 900-2<sup>30</sup>).

*Catherine Thibierge-Guelfucci*<sup>31</sup>, sözleşmelerin istikrarının, sözleşmelerin dokunulmazlığı (*principe d'intangibilité du contrat*) ile bir tutulmaması gerektiğini belirtmiştir: Her şeye rağmen, sözleşmede belli bir esnekliğin var olması zorunludur. Ayrıca sözleşme güvenliği tek öncelik olarak ele alınmamalı, daha çok sözleşme adaleti (*justice contractuelle*) ile birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, daha yüksek gerekler emrettiğinde sözleşmenin uyarlanması gündeme gelmelidir<sup>32</sup>. *Thibierge-Guelfucci* bunun için üç önemli sözleşme ilkesinin yeniden değerlendirilmesini önermektedir<sup>33</sup>.

İlk olarak *pacta sunt servanda* ilkesi gelmektedir. İlkenin elbette ahlaki ve dini temelleri vardır – sözleşmenin tarafı verdiği sözle birlikte ilk olarak Tanrıya karşı yükümlülük altına girer- ancak yükümlülüğü yaratan durumlarda temelden bir değişiklik olursa yine de söze aykırı bir davranıştan bahsedilebilecek midir? Aquinolu Thomas, sözleşenlerden birinin, koşullardaki değişiklikten sonra sözünü yerine getirmemesini, sözleşmeye sadakatsizlik olarak değerlendirmemiştir<sup>34</sup>. Denkleştirici adalet (*justice commu-*

1918), her ne kadar bu kanun uyarlamadan bahsetmiyor olsa da, borçların askıya alınması ve sözleşmeden dönme hakkını tanıyordu. Kira hukukunda da birçok yasa sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına müsaade ediyordu (9 Mart 1918 tarihli kanun; 6 Temmuz 1925 tarihli kanun).

29 Fr. MK m. 833-1: «*Fark borçlusunun, borcunu ifa etme zamanı geldiğinde, ekonomik durumlardaki değişiklik sonucu, elindeki değerlerde paylaşmadan bu yana dörtte bir oranından daha fazla bir artış ve azalma meydana geldiği takdirde, onun kalan borcu bu oran dahilinde artırılır veya düşürülür.*

*Bununla beraber taraflar bu miktarın değişmeyeceğini kararlaştırabilirler.*»

30 Fr. MK m. 900-2: «*Durum değişiklikleri sonucu, bağışlama veya vasiyet yoluyla yüklenen koşullar veya yüklemelerin yerine getirilmesi (bunlara uyulması) vasiyet alacaklısı veya bağışlanan için olağanüstü derecede ağırlaşır ve ya ciddi anlamda zarar verici hale gelirse, vasiyet alacaklısı veya bağışlanan bu koşulların ve yüklemelerin gözden geçirilmesini hakimden talep edebilir.*»

31 *C. Thibierge-Guelfucci*, op.cit., RTDciv. 1997, s. 357, s. 366, no: 11; ayrıca *D. Mazeaud*, op. cit. in *Mél. Terré*, s. 631, no : 29.

32 *Ch. Jamin*, op. cit., *Droit et patrimoine* 1998, no: 58, s. 49: « bir ilkeyi yıkmak için rakip başka bir ilkeye sahip olmak gerekir.»

33 *C. Thibierge-Guelfucci*, op.cit., RTDciv. 1997, s. 357, s. 367, no: 12.

34 *Ph. Stoffel-Munck*, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain*, préf. R. Bout, PUAM 1994; *F. Chabas*, *Introduction au droit, Leçons de droit civil*, Montchrestien 12<sup>e</sup> éd. 2000, s. 407: Borçlu, sözleşmeyi mevcut durumları göz önüne alarak kurmuştur: Alacaklı, onu söz verdiğiinden daha fazlasını vermeye zorlayamaz.



tative) olarak bilinen bu anlayışa göre, ne zaman taraflardan biri temelde öngörülenden daha fazla bir şey vermek durumunda kalıp, buna denk düşen karşı edimi alamazsa, sözleşmelerin uyarlanması mümkün olmalıdır<sup>35</sup>.

İkinci olarak, taraflar yükümlülük altına girerken, bunu sadece irade açıklamaları aracılığı ile yapmazlar, aynı zamanda objektif hukuk düzeni onlara bu imkanı tanıdığı için yükümlülük altına girerler<sup>36</sup>. Objektif hukuk düzeni, sözleşme adaleti, sözleşmelerin faydalı ve adil (*utile et juste*)<sup>37</sup> olması gibi, sözleşmelerin istikrarından başka bir amaç izlediği zaman, sözleşmelerin uyarlanması mümkün hale gelir<sup>38</sup>.

Üçüncü olarak sözleşme aynı zamanda ticari ilişkilerin de bir aracıdır: Sözleşme, iki taraf için de somut ve karşılıklı bir fayda içermelidir, aksi takdirde mübadele aracı olma işlevini yerine getiremeyecektir. *Christophe Jamin*'e göre<sup>39</sup>, sözleşmelerin uyarlanması mümkün olmakla beraber, sadece sözleşmenin masrafları sözleşmeyi sarsacak, yok edecek kadar artarsa, özellikle de borçlunun aczi durumunda, sözleşme uyarlanmalıdır. Buna ek olarak yazara göre, sözleşme bir "öngörü işlemi" olarak ele alındığında da bile, tüm durumların önceden görülebilmesi mümkün değildir: Bu nedenle "*imprévision*" sözleşme hukukunun bir parçası haline gelmelidir.

Her ne kadar tüm bu gerekçeler çok mantıklı görünse de, şimdiye kadar içtihatla bir değişiklik için yeterince ikna edici olma-

<sup>35</sup> *J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 266, s. 313; no : 298, s. 346; J. Carbonnier, in Le droit contemporain du contrat, PUF 1987, özellikle s. 35: «ahde vefa kuralının temelinde, hayal kırıklığına uğratılmaması gereken alacaklının beklentisi yatar. Bağlantılı olarak, borçlunun sorumluluğu, alacaklının beklentileri ve akla uygun olarak bekleyebilecekleri ile sınırlıdır. »*

<sup>36</sup> *H. Kelsen, La théorie juridique de la convention, Archives de la philosophie du droit, 1940, s. 33, no: 13: «anlaşma (...) üst derece bir normun, taraflara alt derece bir normu yaratma (onun yerine) yetkisi verdiği ölçüde zorunludur.»*

<sup>37</sup> *J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 266, s. 314; no: 314, s. 358: «sözleşmenin adil olma şartıyla zorlayıcı gücü vardır zira yararlıdır. (...) Burada söz konusu olan yarar, sosyal yararadır, kişisel yarar değil, kişisel yarar da edimlerin dengesizliği sonucu kaçınılmaz olarak sarsılır.»; *J. Ghestin, L'utile et le juste, D. 1982, s. 1.**

<sup>38</sup> *C. Thibierge-Guelfucci, op.cit., RTDciv. 1997, s. 357, s. 367, no: 12.*

<sup>39</sup> *Ch. Jamin, Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code Civil, Droit et patrimoine 1998, no: 58, s. 46, s. 53.*

mıştır: Kamu hukuku dışında (*imprévision*)<sup>40</sup>, sözleşmenin değişen ekonomik koşullara uyarlanması mümkün gözükmemektedir.

Buna karşılık Alman yargısının farklı bir yol izlediğini görürüz. Dürüstlük kuralı ilkesel temelinde, yargı kararları yirmili yılların başından beri<sup>41</sup>, işlem temelinin çökmesi kavramı ile sözleşmelerin uyarlanmasını mümkün kılmaktadır. PECL (change of circumstances)<sup>42</sup> ve Unidroit ilkeleri (hardship) gibi uluslararası hukuk mekanizmalarına baktığımız zaman da, değişen koşullar sonucu, taraflardan biri için edim yükü zorlaştığı veya aşırı derecede pahalılaştığı zaman sözleşmelerin uyarlanmasına imkan tanındığını görmekteyiz. Bu mekanizmaların birbirine ne ölçüde benzerlik gösterdiği ve hangi noktalarda birbirinden ayrıldığına ise aşağıda değinmemiz gerekecektir.

Her bir metinde kullanılan terimlere bakıldığında, görünüşte birbirinden farklı dört ayrı hukuki kavramın kullanıldığı dikkat çeker: Emprevizyon, hardship, change of circumstances, Wegfall der Geschäftsgrundlage. Her dört halde de sözleşmelerin uyarlanması söz konusudur, o halde bu hukuki kavramlardan ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır.

Sözleşmenin uyarlanması edimin tek bir defada ifa edilmediği sürekli borç ilişkilerinde gündeme gelir (*Contrat à exécution échelonnée, Sukzessivlieferungsverträge*). Sarsılmış edim borcunun mutlaka para borcu olması gerekmez. Sözleşmenin uyarlanması için bir dizi şartın daha oluşması gerekir.

İlk olarak sözleşmenin kurulması esnasında dikkate alınan ekonomik durumlar ışığında borçlanılan edimlere bakmak gerekir. Bu anlamda, § 313 BGB “sözleşmenin temeli haline gelmiş durumlar”dan bahseder. Ne PECL ne de Unidroit ilkelerinde bu şart bulunmaktadır; ancak bu metinlerde de, sözleşmenin kurulması esnasında önceden görülmeyecek nitelikte durumların varlığı şartı aranmıştır. *A contrario* anlamından yola çıkarak, burada

<sup>40</sup> Laubadère, Venezia, Gaudement, *Traité de droit administratif*, 13<sup>e</sup> éd. 1994, s. 734, no: 1072 vd. ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 283, s. 331.

<sup>41</sup> Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage*, 1921.

<sup>42</sup> Ole Lando, *Performance and Remedies in the Law of Contracts*, in Hartkamp et alii, *Towards a European Civil Code*, 1994, s. 203 ; *La documentation française*, *Les principes du droit européen du contrat*, 1998, s. 1026.

söz konusu olan durumların, sorumluluk sahibi taraflarca dikkate alınmış olması gerekecek durumlar olduğu sonucuna varılır. Değişen durumların taraflarca önceden görülemezliği şartı § 313 BGB'de de zımnen aranmıştır: "Sözleşme taraflarının ortaya çıkan değişikliğin mümkün olduğunu önceden görmüş olmaları veya önceden görebilecek durumda olmuş bulunmaları hali için herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır". Fransız hukuku ise "imprévision" teorisini zaten bu önceden görülemezlik şartı üzerine kurmuştur<sup>43</sup>. Bu şart durumların değişmesi ve bunun sonuçlarının kapsamı ile ilgilidir. Burada soru olarak yine şu sorulabilir: Önceden görülemezlik sadece objektif (genel) bir değerlendirmeye mi tabi olmalıdır yoksa sübjektif (sözleşme taraflarınca) olarak da değerlendirilebilir mi? Çözüm açıktır: Edim ve karşı edim arasındaki dengesizlik genel (objektif) olarak önceden görülemez nitelikte olmalıdır<sup>44</sup>.

Önceden görülebilirliğin (görülemezliğin) bu şartının önemli bir sonucu vardır: Durumlardaki değişiklik olağanüstü nitelikte olmalıdır, zira aksi takdirde taraflar bu değişikliği hesaba katabilecek durumda sayılırlar. Böylelikle imkansızlık ve mücbir sebep (*force majeure*) kurumlarıyla da sınır belirlenmiş olmaktadır<sup>45</sup>. Bu gibi hallerde, sözleşmenin uyarlanması değil, sözleşmenin ortadan kalkması gündeme gelir. Bu durum BM-Satım hukukunda özellikle 79. maddede düzenlenmiştir<sup>46</sup>, bu halde de sözleşmenin uyarlanması olasılığı yoktur.

İkinci olarak, değişikliğin, ekonomik, politik, sosyal ilişkilerden kaynaklanması veya döviz kurlarına ilişkin olması gerekmektedir. Alman hukukunda büyük ve küçük işlem temeli ayırımı ya-

43 J. Ghestin, *Ch. Jamin, M. Billiau*, op. cit., no: 297, s. 343.

44 J. Ghestin, *Ch. Jamin, M. Billiau*, op. cit., no: 298, s. 345 : «Sözleşmenin aynen bağlı kalınması veya yeniden gözden geçirilmesi sorununu doğuran, sonradan ortaya çıkan edimler arası objektif ekonomik dengesizliktir, yoksa, yeni ve önceden görülemeyen bir durumun ortaya çıkışı değil.»

45 J. Ghestin, *Ch. Jamin, M. Billiau*, op. cit., no: 294, s. 339 : «Sonuçları bakımından emprevizyon mücbir sebepten ayrılır, zira mücbir sebep sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurmaz, sadece sözleşmenin askıya alınması veya sona ermesi sonucunu doğurur.»; Contra, *Ph. Kahn*, *Force majeure et contrats de longue durée*, JDI 1975, s. 467, s. 478.

46 J. Hannold, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention*, Kluwer 1989, s. 423; *Reithmann/Martiny*, *Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Otto Schmidt Verlag 1999, s. 243.

pıldığı gibi, objektif ve sübjektif işlem temeli ayırımı da yapılmaktadır<sup>47</sup>. Bu ayırmalara, incelediğimiz diğer hukuk sistemlerinde rastlanılmaz. Fransız hukukunda<sup>48</sup> ise, durum değişiklikleri, *ekonomik* koşullardaki değişiklikle sınırlıdır. Buna karşılık Principles of European Contract Law ve Unidroit Principles daha geniş bir yaklaşım benimsemişlerdir: Burada durumlardaki herhangi bir değişiklik (*events veya circumstances*), bu durumların niteliğinden bağımsız olarak yeterlidir. Ancak maddelerde de belirtildiği gibi, her somut olayda, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olabilmesi için, bu durum değişikliklerinin ekonomik dengeye doğrudan etki etmiş olması aranır ve bunun dışında da elbette bu değişikliğe taraflardan biri sebep olmamalıdır<sup>49</sup>.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir konu da şudur: Başlangıçtaki durumlar sözleşme ile ne kadar ilgili olmak zorundadır? Bu hususta da iki görüş vardır. "İşlem temeli" kavramının kapsamından anlaşılması gereken, sözleşmenin içeriğine dahil olmayan dış objektif unsurlar mıdır (ör: politik olgular) yoksa daha ziyade tarafların sübjektif tasavvurları gibi iç unsurlar mıdır (ör: sözleşme ile izlenen amaç)? § 313 BGB'ye baktığımızda, cevap oldukça açık görünmektedir: Dış unsurlar, durumlar (I. Fıkra) kadar, içsel tasavvurlar da (II. Fıkra) işlem temeli oluşturabilirler. Bu son hal özellikle, Alman hukukunun kendine özgü bir yönüdür: Tarafların yanlış veya sonradan değişmiş sübjektif tasavvurları da sözleşmenin uyarlanması imkanı verebilir. Fransız hukuku ve diğer uluslararası mekanizmalara baktığımızda ise bu kadar ileri gidilmediğini görürüz. Özellikle Fransız hukukunda sübjektif tasavvurlar sadece sözleşmenin geçerlilik şartları olarak dikkate alınır ve yoklukları sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açar.

Üçüncü olarak, başlangıçtaki edimler arası dengenin (*équilibre initial*) bozulmuş olması gerekir: Edimler, koşulların değişmesi sonucu bir taraf için zorlaşmış olmalıdır. Edimler arası dengenin bu şekilde bozulması objektif veya sübjektif nitelikte olabilir. Bu noktada da Alman ve Fransız hukukları birbirinden farklıdır. § 313 BGB bu nedenle "tarafların ... sözleşmeyi hiç kurmayacak

47 Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl. 2001, § 242, Rdnr. 122.

48 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 263, s. 310 : « önceden görülemeyen ekonomik durumlar ».

49 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 300, s. 347, bkz. verilen örnek.

veya başka bir içerikle kuracak” olmalarından bahseder ve böylelikle sübjektif bir değerlendirme arar. Buna karşılık Fransız hukukunda, sadece, objektif ekonomik anlamda edimler arası denge dikkate alınır.

Dördüncü ve son olarak, Alman hukukunda, sözleşmenin devamı taraflardan biri için katlanılmaz hale gelmelidir. Doğrudan taraf kavramına göndermede bulunan bu sübjektif değerlendirme, edimin değerinin artmasından (Art. 6:111 European Principles: “*excessively onerous*”) veya edimler arası dengenin önemli ölçüde değişmesinden (Art.6.2.2 Unidroit Principle: “*fundamentally alters the equilibrium of the contract*”) bahseden ve tamamen objektif bir değerlendirme öngören uluslararası mekanizmalarla çelişir. Fransız hukukunda da bu şart aranmaz; Jacques Ghestin’in ifadesiyle, edimin uç derecede güçleşmiş veya bedelinin artmış olması gerekir<sup>50</sup>. Buna karşılık idare hukukuna bakıldığında, sözleşme “sarsıntısı”nın varlığı kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Tekrar etmek gerekirse, Fransız hukukunda, Alman hukukunun aksine saf objektif bir kriter benimsendiği söylenebilir.

Ara sonuç olarak şunlar söylenebilir: İncelediğimiz bu hukuki kurumlar –*imprévision*, *hardship*, *change of circumstances*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*- mutlaka kendi içlerinde benzerlik taşırlar, zira bu kurumların hepsi, sözleşme tarafları için, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme koşullarında meydana gelen değişikliğin hukuksal sonuçlarını düzenlerler ve bu kurumların üç unsuru ortaktır: Değişen durumların önceden görülemezliği, değişikliğin tarafların davranışlarından bağımsızlığı, edimlerin ifası imkansızlaşmadan edimler arası dengenin sarsılması. Ancak, buna rağmen bu hukuki kurumlar elbette ilkesel bakımdan farklılıklar da taşır. Özellikle Fransız içtihadı ifa sarsılmaları bakımından sadece edimler arası dengenin bozulması (*Äquivalenzstörung*) ve aşırı ifa güçlüğü (*Leistungsschwernisse*) (ekonomik şartların değişmesi) yani objektif nitelik taşıyan durumları, kabul etmektedir, amacın boşa çıkması (sübjektif değişiklikler) (*Zweckstörung*) durumunu ise kabul etmemektedir. Bu koşullarda sözleşmelerin uyarlanması –idare hukuku dışında- Fransız hukukunda mümkün değildir, en iyi ihtimalle belli olaylarda sözleşmelerin geçersizliği gündeme gelebilir.

<sup>50</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 263, s. 310.

<sup>51</sup> Laubadère, Venezia, Gaudement, Traité de droit administratif, 13<sup>e</sup> éd. 1994, s. 738, no: 1075

Ancak sözleşmelerin katı bir şekilde devamı Fransız hukukunda pratikte sorunlar doğurmaya başlamış, bu da Fransız içtihadında bir yumuşamaya gitme arayışlarına vesile olmuştur.

## 2. Prensibin yumuşatılması (Les palliatifs)

Fransız hukuk öğretisi, yıllardan beri sözleşme hukuku ilkelelerinin gözden geçirilmesinin gerekliliğini vurgulamaktadır<sup>52</sup>. Bunun yanında, yıllar içinde, sözleşme felsefesi, anlayışı da temelden değişikliğe uğramıştır. Fransız içtihadında, sözleşmenin uyarlanmasının gerektiği hallerde, üç farklı mekanizma kullanıldı: Sözleşmelerin yorumu, hukuki işlemin geçerlilik şartlarının yeni bir analizi ve son olarak da işlem temelinin keşfi (*économie du contrat*).

Sözleşmelerin yorumu, son yıllarda tekrar ele alınmış ve geliştirilmiş bir konudur; bu bağlamda, içtihat ve öğreti *Code Civil*'de var olan hükümleri yeni bir değerlendirmeye ele almaktadır, bu gelişim iki yönde olmuştur. İlk olarak Fr. MK m. 1134 yeni bir bakış açısıyla değerlendirilmektedir; bu madde, kuşkusuz ilk fıkrasında sözleşmelerin değişmezliği ilkesini düzenlemektedir, ancak yine aynı maddenin üçüncü fıkrası<sup>53</sup> sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun surette ifa edilmesi gerektiğini düzenlemektedir<sup>54</sup>. Fr. MK m. 1135, sadece sözleşmenin sarih olarak mutabakata varılmış konularının değil aynı zamanda aklın, örf ve adet hukukunun veya ahde vefa kuralının doğasından çıkan sonuçlarının da yükümlülüğün kapsamına girdiğini belirtir<sup>55</sup>.

Bu temelden yola çıkarak, içtihatda, sözleşmede açıkça yazılı

52 C. Thibierge-Guelfucci, op.cit., RTDciv. 1997, s. 357, no:1; L. Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTDciv. 1937, s. 1; D. Mazeaud, Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, Rapport de synthèse présenté au 94<sup>e</sup> Congrès des Notaires, Def. 1998, Art. 36874, s. 1137.

53 Fr. MK. m. 1134 f. 3: «(Anlaşmalar) iyi niyetle ifa edilmelidir».

54 Ch. Jamin, op. cit., Droit et patrimoine 1998, no: 58, s. 46, s. 49: «Nasıl ki ahde vefa ilkesi medeni kanun tartışılırken, iyi niyet ilkesinin garantisi olarak görülmüşse, günümüzde de iyi niyet ilkesi, ahde vefanın garantisi olarak ortaya çıkmıştır.»; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 308, s. 353.

55 Fr. MK m. 1135: «Anlaşmalar sadece açıkça belirtilen anlama göre değil, aynı zamanda hakkaniyetin, örf adetin ve kanunun borcun doğası gereği borca yüklediği anlamlara göre de borç doğurur.»; Ayrıca bkz. Unidroit Principles md. 1.7 ve European Principles m. 1:201 ve m. 1:202.

olmak zorunda olmayan bir dizi yükümlülük geliştirilmiştir (*forçage du contrat*)<sup>56</sup>. Bu şekilde, sözleşmeler yazılı olmayan bir çok ödev doğrultusunda tamamlanmaktadır, örneğin: bilgi verme yükümlülüğü, güven yükümlülüğü ve danışma yükümlülüğü<sup>57</sup>. Böylelikle, son yıllarda Fransız Medeni Kanunu ve genel sözleşme hukuku teorisi (*théorie générale du contrat*) esaslı bir şekilde gelişip, zenginleşmiştir. Buna rağmen, burada yine gerçek anlamda bir sözleşmelerin uyarlanmasından bahsedemeyiz, zira burada hakimin yine de sözleşme taraflarının iradesini yorumlaması söz konusudur (Fr. MK m. 1160<sup>58</sup>), hakimin tarafların iradesini yanlış yorumlamaya hakkı olmadığı gibi, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlüklerini de evleviyetle değiştiremez<sup>59</sup>. Yine de, sözleşmelerin yeniden müzakere edilmesine ilişkin bir nevi yükümlülük ortaya çıkmıştır: Fransız Yargıtayı kısa süre önce, sözleşmenin taraflarının ifa zorluklarını bertaraf etmek için işbirliği yapmak zorunda olduklarına karar vermek suretiyle bu yolu açmıştır<sup>60</sup>.

Ancak, Alman hukukunda olduğu gibi dürüstlük kuralı temelinde geliştirilen, sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin doğrudan bir ilke mevcut değildir. Bu açıdan, buna ilişkin içtihat oldukça zayıftır ve bunun da aslen iki nedeni vardır<sup>61</sup>: Uyarlama kural

<sup>56</sup> L. Leveneur, *Le forçage du contrat*, Droit et patrimoine 1998, no: 58, s. 69; C. Thibierge-Guelfucci, op.cit., RTDciv. 1997, s. 357, s. 368, no: 13.

<sup>57</sup> İçtihat, bu şekilde sözleşme bedelini değiştirme hakkını dahi kendisinde görmüştür. Karş. Cass. Com, 31 Mart 1992= RJDA 1992, no: 552, s. 447= RTDciv. 1992, s. 760, no: 5 obs. Mestre.

<sup>58</sup> Fr. MK m. 1160: «Sözleşmelerde açıkça yer almasa bile, örf ve adetten kaynaklanan hükümler sözleşmenin içeriğine dahil sayılmalıdır.»

<sup>59</sup> Rouen, 29 Kasım 1968: D. 1969, 146: «Her ne kadar md. 1160 sözleşmelere örf adetten olan hükümlerin dahil edilmesi gerektiğini ifade etse de, bu maddeye, sözleşme taraflarının sessiz kalması nedeniyle, tarafların hak ve borçlarını değiştirerek, sözleşmenin ekonomisini değiştirme amacı ve sonucu yüklenemez»; Com., 2 déc. 1947: Gaz. Pal. 1948, I, s. 36: «her ne kadar md. 1135 'e göre sözleşmelerin yorumu hakkaniyete, örf adete göre borca yüklenen anlamlara göre yapılırsa da, hakim bu maddeyi kullanarak, sözleşme taraflarından birini, açık ve belirgin şekilde, özgürce üstlendiği yükümlülüklerden kurtaramaz.»

<sup>60</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 Mart 2004= LPA, 28 Haziran 2004, N° 128, s. 18, obs. CH. Gavoty, O. Edwards; Cass. Com. 24 Kasım 1998= Rep. Def. 1999, s. 371 obs. D. Mazeaud= RTDciv. 1999, s. 98, obs. Mestre; Ayrıca bkz. Cass. soc., 25 Şubat 1992 (*Expovit*)= Bull. civ. V, no: 121, s. 74= D. 1992, s. 390 note Deffosse=D. 1992, somm. s. 294, note Lyon-Caen ve Cass. com., 3 Kasım 1992 (*Huard*)=Bull. civ. IV, no: 340, s. 242=JCP éd. G., 1993 II, 22164 note Virasamy= RTD civ. 1993, s. 124, no: 7, obs. Mestre.

<sup>61</sup> Ch. Jamin, op. cit., Droit et patrimoine 1998, no : 58, s. 46, s. 50.

olarak ticaret sözleşmelerine ilişkindir ve bu sözleşmelerdeki ihtilaflar sıklıkla hakem kararı yoluyla çözülmektedir. Buna ek olarak, bu sözleşmeler çoğunlukla esnek mali hükümler içeren çerçeve sözleşmelerden ibarettir, ki bu sayede uyarılama sorunlarının gündeme gelmesi kural olarak engellenebilir.

Fransız mahkemelerinin yorum ile ilgili uygulamasına ikinci bir örnek olarak, sözleşmenin kapsamında zımnen yer aldığı varsayılan *clausula rebus sic stantibus*<sup>62</sup> verilebilir. Burada da, sözleşme taraflarının, yalnızca sözleşme koşullarının aynı kalacağı şartıyla sözleşmeyi kurduğuna ilişkin varsayımlı iradelerinin bulunduğu kabul edilir. *Clausula*'nın meşruiyeti Fransız Medeni Kanunu'nun hakimin tarafların ortak iradesini araştırmasını öngören 1156. maddesine dayandırılabilir<sup>63</sup>. Buna karşılık, hakimin bunu yaparken tarafların iradesine aykırı hareket etmemesi, yorum kivesi altında, sözleşmenin içeriğini bozmaması zorunludur ("*dénaturation du contrat*"). Ayrıca bu ikinci teoriye, sözleşmenin zaten bir "öngörü işlemi" olarak, önceden görülemeyen durumlardan korunma amacıyla kullanıldığı<sup>64</sup> ve de böyle bir hükmün sözleşmede zaten bulunmadığı gerekçeleriyle karşı çıkılmaktadır.

Öğreti, ikinci bir uyarılama yolu olarak, sözleşmelerin geçerlilik şartlarının yeni bir analizini önermiştir. Fransız Medeni Kanunu'nun 1108. maddesi bu bağlamda dört unsur sayar: İşlem ehliyeti, sözleşme kurma iradesi, sözleşmenin sebebi (*causa*) ve sözleşmenin konusu (*capacité, consentement, cause, objet*). Burada işlem temelindeki bir değişiklik bağlamında ya işlem iradesi ya da işlem amacı (*causa*) etkilenecektir<sup>65</sup>. Fakat *causa* ve hataya ilişkin sorunlar (Fr. MK m. 1110) Fransız hukukuna göre sözleşmenin geçerlilik koşulları olup, ifa engellerinden sayılmazlar.

Hatanın varlığına ise sözleşmenin kurulması anındaki duru-

62 F. Chabas, Introduction au droit, Leçons de droit civil, Montchrestien 12 éd. 2000, s. 407: Borçlu, sözleşmeyi mevcut durumları göz önüne alarak kurmuştur: Alacaklı, onu söz verdiğiinden daha fazlasını vermeye zorlayamaz.

63 Fr. MK m. 1156: «Anlaşmalarda, metnin lafzı anlamıyla sınırlı kalmayıp, sözleşme taraflarının ortak iradesinin ne olduğunun araştırılması gerekir».

64 G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ 1949, s. 146-147.

65 Yeni bir kararında, Fransız Yargıtayı, ekonomik tehdit (*violence économique*) nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini kabul etmiştir: Cass. 1<sup>e</sup> civ., 30 Mayıs 2000: D. 2000, 879, note J.-P. Chazal und Cass. 1<sup>e</sup> civ., 3 Nisan 2002: D. 2002, 1860, note J.-P. Gridel.



ma göre karar verilir. İctihat sözleşmenin kurulmasından sonraki durumların da değerlendirilmesine izin verse de, hatanın varlığına sözleşmenin kurulması anındaki duruma göre karar verilmesi gerekir<sup>66</sup>. Bu bağlamda, salt saikte hatanın geçerlilik koşulu olarak dikkate alınması ancak kötü niyetli hile (*dol*) durumunda mümkündür. Sözleşmenin her iki tarafının da müşterek hatası halinde ise, bu hatanın ek bir koşul olarak, sözleşmenin objektif içeriğine dahil olmuş olması gerekir. Bu *causa remota* (sübjektif sebep), sözleşmenin amacının ahlaka ve hukuka aykırılığının değerlendirilmesinde rol oynar, bu amacın varlığının ve gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesinde değil<sup>67</sup>.

Sonuç olarak, sözleşmenin geçerlilik şartlarının sadece sözleşmelerin hükümsüzlüğü hukuki sonucunu doğuracağı, sözleşmelerin uyarlanması imkanının gündeme gelmeyeceği söylenebilir<sup>68</sup>.

Üçüncü ve son bir yol olarak, bu sefer sözleşme kavramının yeni bir analizi önerilmektedir: İşlem temelini keşfi (*économie du contrat*). İsim benzerliğine rağmen Alman işlem temeli kavramından farklı olan bu kavram, içtihat tarafından tanımlanmamıştır. Hukuk öğretisi bu kavramın altında üç şey anlamaktadır: Sözleşmeye anlam veren kanunlar bütünü ("*l'ensemble des lois qui régissent la structure du contrat*"\*), sözleşmenin kalbi ("*l'essentiel du contrat, le coeur de la convention, ce qui est nécessaire à la réalisation*\*\*") veya mali denge ("*équilibre financier*"). Sonuç olarak, "*économie du contrat*" kavramı Alman işlem temeli kavramı ile karşılaştırılabilir, zira bu kavram da sözleşmenin içeriğini tamamlamaya yöneliktir. Bununla birlikte, şimdiye kadarki içtihat, bu kavramı kullanarak sözleşmelerin uyarlanmasına izin vermemiştir; daha çok sözleşmelerdeki sözleşmelerin bütününe uygun düşmediği gerekçesiyle bazı maddelerin geçersizliğini bu kavrama dayanarak tespit etmiştir<sup>69</sup>. İstisnai olarak, bu bağlamda sözleşme bütünü olarak da geçersiz kılınabilir<sup>70</sup>. Buna karşılık, sözleşmelerin

66 Cass. 1<sup>e</sup> civ., 13 Aralık 1983: D. 1984, s. 340, note Aubert.

67 Bu değerlendirme de *causa proxima* (objektif sebep) rol oynar, karşı. Cass. com. 22 Ekim 1996 (*Chronopost*)= D. 1997, 121, note Seriaux= JCP 1997, II, 22881 note Cohen.

68 Contra; Cass. civ. 23 Haziran 1873= D. 1874, I, 332= S. 1873, I, 330.

\* Sözleşmenin yapısını etkileyen kanunlar bütünü (ç.n.).

\*\* Sözleşmenin özü, sözleşmenin kalbi, sözleşmenin kurulması için gerekli olan (ç.n.)

69 Cass. com. 15. Şubat 2000: RTDciv., 2000, s. 325, obs. Mestre: «bir hüküm sadece asıl borçla çeliştiği için (*Chronopost* davası) değil, sözleşmenin geri kalanı ile de tutarsızlaştığı zaman da katlanılmaz sayılabilir.»

70 Cass. 1<sup>e</sup> civ., 3 Temmuz 1996: D. 1997, s. 500; JCP 1997, I, 4015; RTD civ. 1996, s. 903.

sosyal yönden gelişmesi dikkate alındığında, gelecekte “*économie du contrat*” kavramının, sözleşmelerin uyarlanması bağlamında da kullanılacağı söylenilebilir.

Bu analizin sonucu olarak, Alman ve Fransız hukukunun iki farklı yöntem uyguladığını söyleyebiliriz. Alman hukuku objektif ve sübjektif unsurları ayırım gözetmeksizin uygulamakta, tarafları ve sözleşme amacını dikkate almaktadır. Fransız hukuku ise, saf objektif bir yöntemi takip etmektedir: Durumlardaki değişiklik, sözleşmenin amacından bağımsız olarak sadece objektif, ekonomik ölçütlere dayanır. Bu önemli fark, esasen, uyarlamanın temelinden kaynaklanır: Alman hukukunda bu temel dürüstlük kuralı iken, Fransız hukukunda denkleştirici adalet (*justice commutative*) anlayışıdır.

Öyleyse görünüş gerçekten de aldatıcıdır: Fransız hukukunda, hali hazırdaki sözleşmelerin uyarlanması hususu yer almamaktadır ancak buna rağmen son yıllarda klasik sözleşme teorisi güçlü bir şekilde sarsıntıya uğramıştır. Gerçeklik, bugün Fransız Medeni Kanunu'nun ilk yıllarından farklıdır, zira Fransız hakimleri de, sözleşmelerin uyarlanmasına giden pragmatik bir yoldadır.

## **II. Pragmatik bir gerçek: Sözleşmelerin uyarlanmasının gerekliliği (Une réalité pragmatique: la nécessaire adaptation du contrat)**

Sözleşme koşullarında önemli bir değişiklik meydana geldiğinde, sözleşmenin uyarlanması gereği de gündeme gelir. Bu uyarlama, birçok şekilde yapılabilir (1), ancak bunu yaparken elbette bazı sınırlara da uyulmalıdır (2).

### **1. Uyarlamanın gerçekleştirilmesi**

Fransız içtihadı son zamanlarda güç kazandı (Fr. MK m. 1244-1 f.I<sup>71</sup>, 1152<sup>72</sup>, Fransız Tüketicinin Korunması Kanunu m. 331-7

<sup>71</sup> Fr. MK m. 1244-1 f. I: «Bununla birlikte, borçlunun durumunu ve alacaklıının ihtiyaçlarını dikkate alarak, hakim, iki yıla sınırlı kalmak şartıyla, borçlanılan miktarı erteleyebilir veya taksitlendirebilir»; R.Viprey, Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé? D. Aff. 1997 no: 29 s. 918; D. Mazeaud, La réduction des obligations contractuelles, Droit et patrimoine no: 58, 1998, s. 58.

<sup>72</sup> Fr. MK m. 1152: «Eğer sözleşmede ifade gecikenin belli bir meblağı tazminat kapsamında ödeyeceği kararlaştırılmışsa, diğer taraf bundan daha az veya daha çok bir miktar talep edemez.  
Bununla birlikte, hakim, hatta re'sen, kararlaştırılmış bu cezayı, bu cezanın çok yüksek veya düşük olması durumunda, düşürebilir veya yükseltebilir. Bunun aksine yapılmış anlaşmalar hükümsüzdür.»

vd.) ve bazen de bu gücü bizzat elde etti (Fr. MK m. 1134 III ve m. 1135'de yer alan güven ilkesinin geniş yorumu yoluyla, karş. *infra*) ve böylece yeni sözleşme hukuku teorisinin gelişimine katkıda bulundu.

Alman hukukunun aksine Fransız özel hukukunda uyarılama, § 242 BGB'deki dürüstlük kuralı gibi bireysel ve iki tarafı ilgilendiren bir genel ilkeye değil (*principe général de bonne foi*), güçsüz tarafın korunmasına ilişkin hukuki bir sosyal politikaya dayanır<sup>73</sup>. Dürüstlük kuralı doğal olarak Fransız Yargıtayı tarafından da kullanılmakla birlikte, sözleşmelerin uyarlanması bağlamında bu ilkeye dayanılmamıştır<sup>74</sup>.

Bunun yanı sıra sözleşme kolektif ve sosyal bir yapı haline gelmiştir<sup>75</sup>: Dayanışma (*solidarité*)<sup>76</sup>, dürüstlük (*loyauté*)<sup>77</sup> ve kardeşlik (*fraternité*)<sup>78</sup> gibi yeni ilkeler sözleşme kavramına gir-

<sup>73</sup> Ch. Jamin, op. cit, s. 57; yazar «sözleşmesel dayanışma» dan (*solidarisme contractuel*) bahsetmiştir; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, op. cit., no: 314, s. 359: «Edimler arası ekonomik dengesizlik sonucu sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi veya feshi, sadece ortaya çıkan adaletsizlik sözleşmeyi gereksiz kılar ve sözleşmenin sosyal gereğinin ortadan kalması riskini doğurursa, kabul edilebilir.» Fakat karş. Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 Mart 2004= LPA, 28 Haziran 2004, N° 128, s. 18, obs. CH. Gavoty, O. Edwards.

<sup>74</sup> Cass.com. 3. Kasım 1992: Bull. civ. IV, no: 338, s. 241; JCP 1993 II, 22164; RTD civ. 1993, s. 124, obs. Mestre.

<sup>75</sup> D. Mazeaud (note sous Cass. Com. 24 Kasım 1998= Def. 1999, Art. 36953, s. 374), yazar burada «sözleşme hukukuna insancıl yaklaşımdan», «sözleşmesel görev bilincinden» (Mél. Terré s. 617, no: 13), «sözleşme etiğinden» ve de « tarafların bireysel çıkarlarına saygılı ancak tarafların ortak çıkarına ve de her bir tarafı etkileyebilecek zorluklara duyarlı bir sözleşmesel altruizmden» söz eder.

<sup>76</sup> Ch. Jamin, op. cit., s. 57; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 Haziran 1996= Rep. Def. 1996, 1007, obs. Mazeaud= RTD civ. 1997, s. 425, obs. Mestre: Borçlu, sözleşmeyi, alacaklının çıkarını en iyi şekilde koruyacak surette ifa etmelidir; D. Mazeaud, Solidarisme et réalisation du contrat, in Solidarisme contractuel, Economica, 2004, s. 57.

<sup>77</sup> Cass. com., 27 Şubat 1996= D. 1996, s. 518 note Malaurie = JCP éd. G, II, 22665 obs. Ghestin= RTD civ. 1997, s. 114, obs. Mestre; D. Mazeaud (op. cit. in Mél. Terré s. 617, no: 13) yazar bu kavramı üç açıdan ifade eder: «Şeffaflık, sadakat ve tutarlılık, canlılığı ile sözleşmeyi 'sosyalleşme alanına' dönüştüren dürüstlük ödevinin üç goncasıdır».

<sup>78</sup> C. Thibierge-Guelfucci, op.cit., RTDciv. 1997, s. 357, s. 368, no: 13: «üst buyruklar eşitlik, adalet, denge veya etkililiktir.»; G. Paisant, op. cit., Dr. et patrimoine 1998, no: 58, s. 44; D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?, Mél. F. Terré, 1999, s. 603; ayrıca Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ 1989; Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP 1988, I,

miştir ve böylelikle günümüzde kiracı, tüketici, kredi alıcısı daha fazla korunmaktadır. Bugün, sözleşmenin yararlı ve adil (*utile et juste*) olması önemlidir<sup>79</sup>.

Demek oluyor ki, Fransız hukukunda bugün, denkleştirici adaleti (*Aristoteles - justice commutative*) sağlamak amacıyla sözleşme uyarlanmalıdır. Bu gerekçe, uyarlamayı sağlayabilmek için idare hukukunda da ileri sürülmektedir. Burada da, denkleştirici adalet uyarlama yoluyla sağlanır ve bunun da ötesinde "kamu hizmetinin" devamlılığı (*continuité du service public*) ve bunun sonucu sosyal yararlılık garanti altına alınmış olur.

Fakat bu noktada üçüncü kişilerin haklarının ne ölçüde korunması gerektiği belirlenmiş değildir. O halde, uyarlamanın üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmesi halinde, bu uyarlamanın üçüncü kişiler açısından hukuki sonuç doğurmayacağı genel bir ilke olarak kabul edilebilir (*défaut d'opposabilité*).

Uyarlama birçok şekilde gerçekleşebilir. İlk planda, sözleşmenin değiştirilmesi (*révision*) gündeme gelir; zira bu yolla sözleşme hem sözleşmenin amacına hem de ekonomik ortama uyarlanmış olur. Buna ek olarak tazminata hükmedilmesi veya sözleşmeden dönme olanağı tanınması mümkündür. Uyarlamanın kabul edildiği noktada, tüm bu olasılıklar Fransız hukuku açısından da öngörülmüştür. Aynı şekilde, 1918 tarihli *Loi Faillot* çerçevesinde de, gerek *révision*<sup>(\*)</sup> gerekse sözleşmenin feshine veya tazminata hükmedilmesi mümkündür.

Sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesinin nasıl somutlaşacağı ise henüz aydınlatılmamış bir konudur. Her ne kadar § 313 BGB sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir talep hakkı verse de, bu uyarlamanın nasıl gerçekleşeceğini açıklamamaktadır. Bu noktada, uyarlamanın, tarafların mutabakata dayalı görüşmeleri-

---

3318; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 23 Ocak 1996: D. 1997, s. 571 note P. Soustelle= Rep. Def. 1996, s. 744, obs. Delebecque: bir sözleşme tarafı, sözleşmesel dayanışma adına (...) alacaklısını edimlerini faturalarken yaptığı yanlışlıktan haberdar etmeli; Cass. com., 28 Kasım 1998= Def. 1999, Art. 36953, s. 371 obs. Mazeaud.

<sup>79</sup> Daha 1907'de *Demogue* şu satırları yazmıştır (Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, RTDciv. 1907, s. 245, özellikle s. 246): «sözleşme kendi başına, uyulması, saygı duyulması gereken birşey değildir, sözleşmeye bu niteliği veren insan dayanışmasıdır»; bu fikir *Mazeaud* tarafından eleştirilmiştir, op. cit. in *Mél. Terré*, s. 623, no: 19.

(\*) Metinde sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi anlamında Fransızca olarak yer almaktadır (ç.n.).

ne bağı olduğu ve hakimın çok büyük bir rol oynamayacağı kabul edilmelidir. Sözleşmeden dönme, ancak uyarlamamanın mümkün olmadığı veya taraflardan birinden beklenemediği durumlarda gündeme gelmelidir. Tazminata hükmedilip edilemeyeceği sorusu, § 313 BGB tarafından açık bir şekilde cevaplanmamış olsa da, bu hususta borçlar hukukunun genel ilkelerinin uygulama alanı bulacağı anlaşılmaktadır.

Principles of European Contract Law da, Unidroit Principles da, sözleşme taraflarının sözleşmeyi yeniden müzakere etme zorunluluğunu öngörmüştür. Bu yeni müzakereler dürüstlük kuralı çerçevesinde sürdürülmeli ve de buna yanaşmayan sözleşme tarafı, bu durumdan sorumlu tutulmalıdır. Yeniden girişilen müzakerelerden sonuç alınmadığı takdirde, hakim sözleşmenin uyarlanmasına veya sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına hükmedebilir.

Bu noktada Alman hukuku, uluslararası mekanizmalarla ve Fransız hukukuyla farklılık gösterir: *Principles of European Contract Law*'da da, *Unidroit Principles*'da da, hakim sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına veya tazminata hükmedebilme yetkisi ile donatılmıştır. Fransız idare hukukunda da, uyarlama sadece hakimın kararı ile olur. Hakim, tazminata veya sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına da karar verebilir.

Bu hususta da, bir yöntem farkı mevcuttur: Alman hukukunda, sözleşmenin tarafları büyük bir özgürlüğe sahiptirler: Onlar da sözleşmeyi yeniden müzakere etmelidirler ancak bundan sonuç alınmadığı takdirde, taraflardan her birinin tek taraflı olarak sözleşmeden cayma hakkı vardır. Fransız hukukunda ise aksine, tarafların yeniden müzakerelere başlama zorunluluğu yoktur, taraflar isterlerse sadece hakimden sözleşmenin sona erdirilmesini de isteyebilirler. İki hukukta da, hakimın tazminata hükmedebilmesi mümkündür.

Her ne kadar uyarlama mağdur sözleşme tarafı için avantaj teşkil etse de, sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi kurumlarının uygulanmasını engellemektedir; bu nedenle de (hukuk güvenliği gerekçesiyle) bazı sınırların baki kalması gerekir.

## 2. Uyarlamamanın sınırları

Bu noktada ilk olarak teknik sınırlar gündeme gelir: Sözleşmesel veya kanuni risk paylaşımı. Uyarlama sorunu, aslında bir

risk paylaşımı sorunudur: Sözleşmede değişen koşulların riskine kim katlanmalıdır?

Sözleşme bu olasılık öngörülerek kurulmuşsa, tüm hukuki mekanizmalar benzer sonuçlar ortaya koymaktadır: Sözleşmeye sadık kalınmalı ve herhangi bir uyarlamaya gidilmemelidir. Ancak, sözleşme bu olasılığı öngörerek kurulmamışsa, başka bir analiz gerekir: *Res debitori pereunt* ilkesinde olduğu gibi, risk paylaşımı kanun tarafından öngörülmüş olabilir. Veya kanun hiçbir kesin çözüm öngörmemiştir, ancak koşullardaki değişiklik önceden görülebilir niteliktedir. Bu durumda, borçlu ihmalkarlığının cezasını çeker: Sorumludur ve riske katlanmalıdır.

İkinci olarak, ekonomik sınırlar gündeme gelir. *Christopher Jamin*'in<sup>80</sup> önerisine göre, sözleşme taraflarından birinin sigortalı olduğu<sup>81</sup> veya sözleşmenin, bu tarafın hukuki ilişkisinin küçük bir parçasını teşkil ettiği durumda uyarlama mümkün olmamalıdır. Bunun dışında yazar, uyarlamanın, en az mağdur olan sözleşme tarafının aleyhine uygulanmasını önermektedir ki, bu da bir çeşit dayanışmayı ifade eder. Fakat bu durumda dahi uyarlamaya gidilebilmesi için, sözleşme yoluyla ortaya çıkan zenginleşmenin, sözleşme koşullarındaki değişiklik yoluyla doğan zarardan yüksek olması gerektiğini savunur. Başka bir deyişle, alacaklı daha ucuz bir tedarik imkanı bulabilecek durumda ise uyarlamaya gidilememeli, daha çok ona, tazminat hakkı tanınarak veya tanınmayarak sözleşmeden dönme imkanının verilmesi ile yetinilmelidir.

Sonuç olarak Fransız hukukunda uyarlama veya sözleşmeden dönme yalnızca hakim kararı ile gerçekleşebilir. İdare hukukunda sözleşmeden doğan yükümlülük baki kalmakta, bununla beraber borçlu, sözleşmenin ekonomik dengesinin yeniden kurulması amacıyla tazminat talep edebilmektedir. Özel hukukta uyarlama sadece belli sınırlar dahilinde ve çok sıkı hakim kontrolü altında yapılmaktadır. İki hukuk karşılaştırıldığında, Alman hukukunda sözleşme taraflarının büyük bir özgürlüğe sahip olduğu söylenebilir: Hakim müdahalesi olmaksızın uyarlamaya gidilebilmekte, sözleşmeden tek taraflı olarak dönülebilmektedir.

İki hukukta uyarlama, gerek şartlar gerek sonuçlar bakımın-

80 *Ch. Jamin*, op.cit., s. 53.

81 Buna, «kendini sigorta ettirebilecek olması halini» de ekleyebiliriz.

dan büyük bir farklılık göstermektedir. Hukuk seçimi sorunu bu nedenle pratik açıdan büyük bir önem taşır. Bu alanda tarafların özerkliği hakim olduğundan ve hukuk seçimi de ya taraflarca doğrudan, ya da Alman-Fransız hukuk ilişkileri bağlamında Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 19.6.1980 tarihli Roma Antlaşması çerçevesinde belirlendiğinden, bu noktada başkaca bir açıklama gereksiz kalmaktadır. Yani, normalde ağırlıklı edimi yerine getirmesi gereken sözleşme tarafının ikametgahının bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Bu da bir alım-satım sözleşmesi çerçevesinde çoğunlukla satıcının hukuku olacaktır.

Yapılması gereken son bir yorum daha vardır: Alman hukukunun bu esnekliği, Alman-Fransız hukuki ilişkileri bağlamında büyük önem taşır. Uyarılama imkanlarındaki eksiklik nedeniyle, Fransız girişimci çöküşe sürüklenirken, Alman girişimci büyük bir özgürlüğün keyfini sürmektedir. Eğer, Avrupa'da bir hukuk uyumlaştırmasına gidilmek isteniyorsa, bu tür farklılıkların bertaraf edilmesi gerekir<sup>82</sup>. Alman yasa koyucu, § 313 BGB ile, işlem temelinin çökmesine ilişkin şimdiye kadarki içtihadı pekiştirirken, Fransız uygulaması sözleşmelerin uyarlanmasını ancak yeni yeni, büyük bir tereddüt içinde mümkün kılmaktadır. Fransız yasa koyucunun da on yıllarca beklemesi ise Avrupalı bir *ius commune* arayışı karşısında pek olası değildir.

---

<sup>82</sup> H. Smit, Seven Impertinent Proposals, Mél. Gavaldà, Dalloz 2001, s. 279, s. 282.