

ÖZEL HUKUK

FRANSIZ BORÇLAR HUKUKU REFORMUNA İLİŞKİN ÖN TASARIYA (Avant-Projet de Réforme du droit des Obligations) GENEL BİR BAKIŞ

Ar. Gör. Başak Baysal*

Fransız Medeni Kanunu'nun iki yüzüncü yılının kutlandığı 2004 yılında, 19. yüzyıldaki kodifikasyon hareketlerini önemli ölçüde etkilemiş bu kanunun günümüzdeki etkileri çok tartışılmıştır¹. Bu çalışmalarda varılan belki de en önemli sonuç Fransız Medeni Kanunu'nun eski etkisini kaybettiği, Avrupa borçlar hukuku uyumlaştırma çalışmalarında bile yeterince etkili olmadığı olmuştur². 20. yüzyıldan itibaren *Code civil*'in 19. yüzyıldaki etkinliğini Alman BGB'ye terkettiğini söylemek yanlış bir tespit olmayacaktır³. BGB 2001 tarihli borçlar hukuku reformu, özellikle borçlar hukuku alanındaki uyumlaştırma çalışmalarında

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı; LLM Paris II; zbbaysal@istanbul.edu.tr.

1 Bu konuda başlıca çalışmalar: Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz et Litec, 2004; 1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, Paris, 2004; Claude Witz (Hrsg.) Le Bicentenaire du Code civil-200 Jahre Code civil, Saarbrücker Kolloquium zum 50-jährigen Bestehen des CJFA, Nomos, Baden-Baden, 2006.

2 Tallon, Denis; "L'avenir du code en présence des projets d'unification européenne du droit civil" in Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, Paris, 2004, s. 997-1009 (s. 1001/1002); Ranieri, Filippo; "L'influence du Code civil sur les codifications du 19e siècle: essor et déclin d'un modèle européen", in Le Bicentenaire du Code civil-200 Jahre Code civil, Saarbrücker Kolloquium zum 50-jährigen Bestehen des CJFA, Nomos, Baden-Baden, 2006, s. 55-67 (s. 55/56); Rémy, Philippe; "Ouverture", in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, Paris, 2003, s.3-18, (4/5).

3 Ranieri, s. 64; Fransız Medeni Kanununu model olarak seçmiş İtalya ve İspanya'da bile Alman öğretisinin etkisini yadsımak mümkün değildir. Rémy, s. 5.

Alman hukukunun etkisini daha da arttırmıştır. Bunun dışında, giderek etkisini Kıta Avrupası'nda da gösteren *common law* da hesaba katılırsa tarihsel etkisi asla yadsınamayacak olan *Code civil*'in üçüncü kitabının borçlar hukuku ile ilgili üçüncü kısmında köklü değişiklikler yapmanın zamanının geldiği, uluslararası etkisini kaybetmekte olan *Code civil*'e eski etkisinin tekrar kazandırılması gereği öğretilerde haklı olarak vurgulanmıştır⁴.

2004 yılındaki bu yoğun tartışmalar sürmekte olan çalışmaları hızlandırmış ve borçlar hukuku reform tasarısı çalışmaları bu değişim atmosferi içerisinde tamamlanmıştır⁵. İki yüzüncü yılında Fransız Medeni Kanunu'nda önemli değişikliklerin gerçekleşeceğinin işareti böylelikle verilmiştir⁶.

Ünlü Fransız hukukçu Prof. Dr. Pierre Catala'nın başkanlığında (*Catala tasarısı*), alanlarında uzman, sayıları kırkı bulan Fransa'nın en önemli hukukçuları tarafından hazırlanan ve 22 Eylül 2005 tarihinde Fransız Adalet Bakanlığı'na gönderilen borçlar hukuku ve zamanaşımı hukuku ön tasarısı Fransız Medeni Kanunu'nun üçüncü kitabının borçlar hukuku ile ilgili üçüncü kısmında (*des contrats ou des obligations conventionnelles en général*) önemli değişiklikler getirmiştir⁷.

Ön tasarı özellikle yargıdaki ve öğretildeki gelişmeleri dikkate almıştır. Bu tasarıda çok önemli değişiklikler ve yenilikler mevcuttur. Ön tasarıdaki bu yeniliklerin detaylı incelenmesi bir makalenin kapsamını fazlasıyla aşacağından, çalışmada belli başlı değişikliklere işaret etmekle yetinilecek, özellikle sözleşmenin kurulması ve ifası aşamasındaki köklü değişikliklerin üzerinde durulacaktır. Fransa'da bile bu ön tasarı ile ilgili henüz fazla yayın yapılmamıştır. Bu nedenle çalışma, tarihsel kökenleri ve

⁴ Tallon, (*L'avenir du code*), s. 1002. Catala, Pierre; "Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats", JCP éd. G I 170, s. 1739-1742 (s.1740).

⁵ Öntasarı öncesinde Borçlar Hukukunda reforma ihtiyaç olup olmadığına ilişkin önemli bir çalışma için bkz. Revue des contrats-Débats, "Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil?", RDC 08/2004, s. 1145 vd.

⁶ Oysa ki *Code civil*'in yüzüncü yılında yenilenmesine ilişkin tartışmalarda genel bir yeniliğin gerekmediği vurgulanıyordu. Planiol, Marcel; "Inutilité d'une révision générale du code civil" in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, T. II, Paris, 1904, s.956-963.

⁷ Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministère de la Justice, 22 septembre 2005. <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf> (çevrimiçi, 29.11.2006).

*Code Napoléon*⁸'u takip eden ülke hukuklarının sayısı da dikkate alındığında, Kıta Avrupası'nın ve dünyanın en önemli *Code*'larından, *Code civil*'deki bu önemli değişiklik ihtimalini kısaca değerlendirmek ve önemli değişiklikleri belirtmekten öte bir amaç ve iddia taşımamaktadır. Çalışmanın taşıdığı bir diğer amaç da, Türk hukukunda da Borçlar Kanunu tasarısı tartışmalarının güncel olduğu bir döneme denk gelen Fransız ön tasarısının bilimsel kaynak olarak dikkate alınabilecek içeriğe ve yönetime ilişkin bazı yönlerini araştırmaktır⁹. Fransız Borçlar Hukuku'nun tüm eleştirilere rağmen genel borçlar teorisindeki yeri ve önemi yadsınamaz. İfa ve ifa etmeme ile ilgili mevcut klasik kuralların izini yeni borçlar hukuku uyumlaştırma çalışmalarında bulmak yine de mümkündür. Bu nedenle bu denli önemli bir sistemin bir reformla dinamik hale getirilmesi sadece Fransız hukuku açısından değil, hukuk alanında sınırların uluslararası ticari ilişkilerin gelişmesine paralel olarak silikleştiği günümüzde, tüm hukuk sistemleri açısından önem teşkil etmektedir.

I. Fransız Borçlar Hukukunun Kilit Kavramı: Sözleşme

A. Genel Olarak

Fransız borçlar hukukunun temel ilkelerinde köklü bir değişikliğe gidilmemiştir: Sözleşme taraf iradelerinin somutlaştığı hukuki araçtır ve taraflar arasında kanun hükmündedir¹⁰, hakim her ne kadar sözleşmeye müdahale yönünde daha geniş imkanlara kavuşturulsa da yine de taraf iradelerinin "hizmetinde-

⁸ *Code Napoléon* ifadesi çoğu zaman *Code civil* ifadesi yerine kullanılır. Bu çoğunlukla Fransız Medeni Kanununun tarihsel kökenine işaret etme amacı taşır. *Code civil*, *Napoléon*'un zaferlerinden bile daha fazla önem verdiği ve sonsuza kadar onu yaşatacağına inandığı ve hazırlanış çalışmalarının bazılarında bizzat bulunduğu eseridir. Teknik anlamda *Code Napoléon* ifadesi ise ya Fransız Medeni Kanununun ilk halini ifade etmek için ya da kabul edilişinden bu yana değişmemiş olan maddeleri ifade etmek için kullanılır.

⁹ Benzer amaç taşıyan, Alman ifa engelleri hukuku ile ilgili detaylı bir çalışma için bkz. Serozan, Rona; "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFM, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 231-248.

¹⁰ Fransız Medeni Kanununun ünlü 1134. maddesi hiç değiştirilmeden korunmuştur. Öyle ki, madde numaraları genel olarak değiştirilmiş olsa da bu maddenin madde numarasının bile değiştirilmemesi için özen gösterilmiştir. Fenouillet, Dominique, "Les effets du contrat entre les parties: Ni révolution, ni conservation, mais "entre-deux" perfectible", *Revue des Contrats*, 2006/1, s. 67.

dir"¹¹. Bununla birlikte 140 yeni maddeden bahsedilmektedir¹². Bu maddelere bakıldığında ön tasarrın öğreti ve içtihatındaki gelişmeler doğrultusunda hazırlandığı rahatlıkla söylenebilir. Bunun dışında son yıllardaki hukuk uyumlaştırmaları çalışmaları da dikkate alınmış ancak Fransız hukukunun kendine özgü yapısı korunmuştur.

Sözleşme Fransız borçlar hukukunun kilit kavramıdır. Fransız Medeni Kanunu'nun borçlar hukuku ile ilgili olan üçüncü kitabının üçüncü bölümünün ilk maddesi (m. 1101) sözleşmenin tanımıyla başlar. Ön tasarıda da sözleşme merkez kavram olmakla birlikte, öğreti ve içtihatı kabul edilen hukuki işlem ve hukuki olgu kavramları yerinde bir kararla başa alınmıştır.

Sözleşme ile ilgili bölümde, sözleşmenin tanımı ve türleri ile ilgili maddelerden hemen sonra gelen, sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkin bölümde değişiklikler vardır¹³. Fransız Medeni Kanunu'nda sözleşmenin kurulması ile ilgili bir hükme rastlanmaz¹⁴. Bu eksiklik ön tasarı ile geniş ölçüde tamamlanmıştır¹⁵. Ön tasarı öncesinde öğreti, Fransız Medeni Kanunu'nda sözleşme taraflarının irade beyanları arasındaki uygunluğa ilişkin hükümlerin yok denecek kadar az olduğuna, sözleşmenin kurulması ile ilgili hiçbir hükmün bulunmadığına dikkat çekmiştir¹⁶. Ön tasarı ile bu eleştiri büyük ölçüde giderilmiştir.

B. Geleneksel ayırım: Hukuki işlem- hukuki olgu ayırımı

Ön tasarrın 1101 ile 1101-2 maddeleri arasında borçların kaynakları genel olarak belirtilmiştir. Bu yerinde bir değişikliktir. Borçların kaynakları (*les obligations*) Fransız Medeni Kanunu'nda üç ayrı bölümde ayrı ayrı başlıklarda düzenlenmiştir

¹¹ Fenouillet, s. 68.

¹² Catala, Pierre, "Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations", Dalloz, 2006, Chronique, s. 535-538 (s. 536).

¹³ Catala, Pierre, "La genèse et le dessein du projet", Revue des Contrats, 2006/1, s.14

¹⁴ Terré, François/ Simler, Philippe/ Lequette, Yves; Droit Civil, Les obligations, 9e éd., Paris, 2005, N. 90 vd. Fransız Medeni Kanunu, sözleşme kurma iradelerinin niteliğini bu iradelerin karşılıklı olarak değişiminden daha önemli görmüştür. İrade kavramının tanımına ve iradenin nasıl ulaştırılması gereğine kanunda yer verilmesine gerek görülmemiştir.

¹⁵ Delebecque, Philippe/ Mazeaud, Denis; Exposé des motifs, Formation du contrat, (art. 1104 à 1107), s. 16 vd.

¹⁶ Rémy-Corlay, Pauline; "L'existence du consentement", in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, Paris, 2003, s.29-51 (s.29).

ve ilk bölüm "sözleşme"ye ilişkin hükümlerle başlamaktadır. Borçların kaynaklarının bir çatı altında toplanarak aynı bölümde düzenlenmiş olması ve en başında da hukuki işleme ve borçların kaynaklarına ilişkin hükümlerin yer alması önemli bir değişiklik¹⁷. Sözleşmenin, hukuki işlemin bir türü olduğu bu sistematikte daha iyi vurgulanmakla beraber, Fransız sözleşme hukuku geleneğine uygun olarak sözleşme yine de ön tasarının merkezinde yer almaktadır¹⁸.

Fransız hukukunda öğretilde yapılan klasik ayrıma uygun olarak, borçların kaynakları bakımından yapılan hukuki işlem (*acte juridique*) ve hukuki olgu (*fait juridique*) ayrımı ön tasarının başlangıç hükümlerinde yerini almıştır¹⁹. Fransız hukukunda hukuki işlem, hukuki sonuç doğurmak üzere yapılan irade beyanıdır, hukuk düzeni bu irade beyanına sonuç bağlar²⁰. Hukuki işlem dışında kalan borç ilişkisinin kaynakları, Fransız hukukunda çoğunlukla "hukuki olgu" çatısı altında incelenir²¹. Hukuki olgu, hukuk düzeninin tarafların iradesinden bağımsız olarak hukuki bir sonuç bağladığı herhangi bir olgudur; bu, hukuki olgunun her zaman iradi olmayan bir davranış sonucu meydana geldiği anlamına gelmez. Bir olgu iradi olarak gerçekleştirilmiş olsa da, bağlanan hukuki sonucun tarafların iradesinin dışında gerçekleşmiş olması yeterlidir, belirleyici olan budur. Hukuki işlemde ise bu işlemin sonucunu ve kapsamını tarafların irade beyanları belirler²². Örneğin bir kişiye bilinçli olarak zarar veren kişi bunu istemiştir, ancak bu zararı tazmin etmeye ilişkin bir iradesi yoktur, hukuk düzeni onu bunu yapmaya mecbur tutar. Bu olasılıkta zarar verici davranışa maruz kalan mağdur taraf, kaynağını hukuki bir olguda bulan bir borcun alacaklısı durumundadır²³. Hukuki olguların sınırlı sayıda bir dökümünü vermek mümkün değildir; çok çeşitli hukuki olayları kapsaya-

17 Cornu, Gérard; Exposé des motifs, Source des obligations, Définitions, (art. 1101 à 1103), <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf>, s. 14.

18 Catala, "La genèse", s. 14.; Cornu, s. 14.

19 Flour, Jacques/ Aubert, Jean-Luc/Savaux, Eric; Droit Civil, Les Obligations, 1. Acte Juridique, 2. Fait Juridique, 11e éd., Paris, 2004-2005; Terré/ Simler/ Lequette, N. 5; Catala, "Bref aperçu", s.536.

20 Flour/ Aubert, (*acte juridique*), N. 55.

21 Carbonnier, Jean; Droit civil, les obligations, t.4, 22e éd., 2000, N. 10; Flour/ Aubert, (*acte juridique*), N. 60.

22 Aubert, Jean-Luc; Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 9e éd., Paris, 2002, N. 215 vd. ;Flour/ Aubert, (*acte juridique*), N. 60.

23 Terré/ Simler/ Lequette, N. 5. Türk hukukunda hukuki olgu, hukuki fiil, hukuki işlem kavramları için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, (forma halinde), § 9.

bilecek olan bu kavram doğum, ölüm gibi, doğal olayları kapsadığı gibi, bir kimsenin diğerine zarar verdiğinde bu zararı tazmin etmesi veya bir kişinin yokluğunda onun işlerinin yürütülmesi gibi olayları da kapsayabilir²⁴. Bu nedenle Fransız hukukunda, *Code civil*'den yola çıkılarak hukuki olgular iki ana başlıkla sınırlı olarak değerlendirilmiştir: Sözleşme benzerleri (*quasi-contrats*) ve sorumluluk hukuku (*responsabilité civile*)²⁵. Sözleşme benzerlerinde, haksız yere sahip olunmuş bir avantaj, sorumluluk hukukunda da haksız yere verilmiş bir zarar söz konusudur²⁶. Fransız Medeni Kanunu, sözleşme benzerlerinin tanımını verdikten sonra (Cc. m. 1371), sadece iki sözleşme benzerini düzenler: Vekâletsiz iş görme (*la gestion d'affaires*/m. 1372- 1375) ve sebepsiz ödenmiş şeyin iadesi (*le paiement de l'indu*/ m. 1376-1381). Bugün, öğreti ve Fransız Yüksek Mahkemesi bu iki düzenlemeyi bir sebepsiz zenginleşme hukuku çerçevesinde genel olarak değerlendirmek hususunda görüş birliği içindedir²⁷.

Fransız Medeni Kanunu'nda ise hukuki işlem ve hukuki olguya ilişkin genel düzenlemelere rastlanmaz. Öğreti ve içtihatları bu gelişmeleri dikkate alan ön tasarının başlangıç bölümünün (*chapitre préliminaire*) başlığı borçların kaynaklarıdır (m. 1101, 1101-2). Ön tasarının 1101'inci maddesinde, geleneksel ayrıma uygun olarak, borçların kaynağı hukuki işlemler veya hukuki olgular olarak ikiye ayrılmıştır. Hukuki işlemin türleri de ön tasarıda ayrıntılı olarak belirtilmiştir (m. 1101-1). Hukuki olguya ilişkin 1101-2. maddeye göre ise, hukuki olgu, kanunun hukuki sonuç bağladığı olaylar ve hareketlerdir; başkasına hakkı olmadığı halde bir yarar sağlayan bir fiil, sözleşme benzeri sayılır; bir başkasında haksız olarak zarar verici bir fiili gerçekleştiren onu tazmin etmeye mecburdur. Ön tasarının borçlar hukukuna ilişkin bölümünde, öğreti ve içtihat takip edilerek borçların kaynakları hukuki işlem ve hukuki olgu ayrımına uygun olarak üç alt bölümde yer almıştır (m. 1101-1 ve m.1101-2): Sözleşme ve diğer hukuki işlemler, sözleşme benzerleri (*la gestion d'affaires, le paiement de l'indu, l'enrichissement sans cause*), sorumluluk

24 Aubert, (*Introduction*), N. 216.

25 Flour/ Aubert, (*fait juridique*), N.1.

26 Sorumluluk hukuku ifadesi haksız fiil ve haksız fiil benzerlerini (*les délits et quasi-délits*) kapsayacak şekilde kullanılır. Sözleşmenin ifa edilmemesi veya kötü ifası sonucu doğan zararın karşılanmasına ilişkin ise sözleşmesel sorumluluk ifadesi (*responsabilité contractuelle*) kullanılmaktadır.

Terré/ Simler/ Lequette, N. 673.

27 Terré/ Simler/ Lequette, N. 1062-1066.

hukuku. Ön tasarı, hukuki işlem ve hukuki olgu ayrımı temelinde şekillenmiştir. Bu nedenle ön tasarının en başında hukuki işlem ve hukuki olguya ilişkin giriş düzenlemelerinin bulunması, sistematik açıdan da yerindedir.

C. Sözleşmenin kurulması ve sözleşme görüşmeleri

Fransız Medeni Kanunu'nda sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerin yer almaması, Fransız hukukunda sözleşmenin kurulması aşamasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının aranmadığı anlamına hiç bir zaman gelmemiştir²⁸. İcap ve kabule ilişkin hükümler ön tasarıdan da önce öğreti tarafından verilen tanımlar ile paraleldir. Buna rağmen kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle, icabın serbestçe geri alınmasıyla ve özellikle de sözleşmenin kuruluş anıyla ilgili tartışmaların varlığı açısından tasarıda icap ve kabulün açıkça düzenlenmesi yerinde olmuştur²⁹. Ön tasarıda sözleşmenin kurulması anı ile ilgili olarak kabul beyanının icapçıya varması anı esas alınmıştır (m. 1107- *varma teorisi, théorie de réception*)³⁰.

Sözleşmenin kurulması aşamasından önceki dönemi düzenleyen 1104 ile 1104-2 arasındaki maddelerde sözleşme öncesi görüşmeler ve bu görüşmelerin kötü niyetle kesilmesinin sorumluluk kaynağı olacağı (m.1104/II) düzenlenmiştir. Sözleşme öncesi görüşmelerde tarafların sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradelerinde özgür oldukları ilkesi benimsenmiş, ancak dürüstlük kuralına yine de vurgu yapılmıştır. Sözleşme görüşmelerinin dürüstlük kuralına uygun bir şekilde sürdürülmesi gereği kabul edilmiştir.

Bilgilendirme borcu da (*obligation de renseignement*) ön tasarıнын önemli yeniliklerinden biridir (m.1110)³¹. Bu hükme göre, sözleşme taraflarından biri diğer taraf için esaslı önemi haiz bir durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu hususta karşı tarafı bilgilendirmekle yükümlüdür. Ancak bu borç sadece sözleşme tarafı bu bilgiye ulaşma imkansızlığı içerisinde ise veya sözleşmenin türü ve tarafların özellikleri dikkate alındığında diğer tarafa bu hususta güvenmekte haklı ise doğar. Bu borca aykırılık,

²⁸ Rémy-Corlay, s.30; Malaurie, Philippe/Aynès, Laurent/Stoffel-Munck, Philippe; Les obligations, 2e éd., Paris, 2005, N.465 vd.

²⁹ Rémy-Corlay, s.31.

³⁰ Fages, Bertrand, "Autour de l'objet et de la cause", Revue des Contrats, 2006/1, s.18. Öğretide de hakim görüş bu yöndedir, varma teorisi tarafları, kabul haberinin icapçının egemenlik alanına girmesini sözleşmenin kurulması için yeterli görmüşlerdir. Terré/ Simler/ Lequette, N. 169.

³¹ Catala, "Bref aperçu", s.537.

bilgilendirme borçlusunun sorumluluğuna yol açar (m. 1110-1)³². Bununla birlikte, sorumluluğun doğması için, bu borcun alacaklısının, bilgilendirme borçlusunun bu durumu bildiği veya bilmesi gerektiğini ispatlaması gerekir.

D. Sözleşme kurma iradesinin varlığı ve geçerliliği

Önemli değişiklikler, taraf iradelerinin varlığı (*l'existence du consentement*), geçerliliği ve niteliği (*la qualité du consentement*) alanında getirilmiştir (m. 1109 – 1115-1). Uzun zamandır Fransız hukukunda kabul edilmesine rağmen genel bir hükümlerle düzenlenmeyen, sözleşmenin geçerliliği için aranan sözleşmenin kurulması esnasında akıl sağlığının yerinde olması şartına 1109'uncu madde ile yer verilmiştir. Hemen arkasından da sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşılabilmesi durumunda rızadan bahsedilemeyeceği (1109-1), bu durumun sonucunun da iptal edilebilirlik (*nullité relative*) olduğu düzenlenmiştir (1109-2). Bu düzenleme, (1109-1) Fransız hukukunda hata teorisi altında incelenen, "sözleşmenin kurulmasını engelleyen hata" (*erreur obstacle*) olarak anılan durumdur; bu durum "sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan hata"dan (*erreur nullité*) farklıdır³³. Türk hukukunda da kabul edilen, hata ihtimalinin değerlendirildiği bu duruma "iki aşama teorisi" denmektedir; birinci aşamada irade beyanları yorumlanarak, sözleşmenin kurulup kurulmadığı araştırılır, hata karşı tarafça güven ilkesi çerçevesinde biliniyor veya bilinebiliyor sayılıyor ise hata hükümlerinin uygulanmasına gerek yoktur (*erreur obstacle*); zira ya sözleşme hata edenin gerçek iradesine göre kurulur ya da hiç kurulmaz; ikinci aşamaya geçilmesi ancak karşı tarafça bilinmeyen veya bilinmeyen hatalarda söz konusudur (*erreur nullité*)³⁴. Tasarıda, *erreur obstacle*'in yaptırımını olarak iptal edilebilirliğin tercih edilmesi eleştirilmiştir, varolmayan bir sözleşmenin iptal edilebilirliği mantıken mümkün görülmemiştir³⁵.

³² Türk hukukunda da, alacaklıyı aydınlatma ve uyarma ile ilgili "davranış yükümüne" aykırılık culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açar. Serozan, Rona; İfa, İfa engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. bası, 2006, § 19, N.1 vd.

³³ Terré/ Simler/ Lequette, N. 210.

³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, § 36, N. 3, dn. 7.

³⁵ Stoffel-Munck, Philippe; "Autour du consentement et de la violence économique", *Revue des Contrats*, 2006/1, s.45-60 (s. 48). Gerekçede bu yaptırımın tüm irade bozuklukları halleri için öngörülen yaptırımların uyumlaştırılması için bu şekilde getirildiği, sözleşmenin yokluğu yaptırımının modern butlan anlayışı içinde yerinin olmadığına da altı çizilerek belirtilmiştir. Lequette, Yves/Loiseau, Grégoire/Serinet, Yves-Marie;

Bunun dışında genel bir döküm vermek gerekirse, irade bozuklukları ile ilgili (özellikle hata ve hile ile ilgili) düzenlemeler oldukça geliştirilmiştir (m. 1111-1113-3). Önemli bir değişiklik de, gabin düzenlemesinin tehdit ile ilgili düzenlemenin içerisinde yer almasıdır. Bu durumun gabin olarak değil, son yıllarda çok tartışılan bir kavram olan ekonomik tehdit (*la violence économique*) olarak düzenlenmesi tasarının en ilginç yönlerinden³⁶. Ön Tasarının 1114-3'üncü maddesine göre: "Taraflardan birinin gereklilik veya bağımlılık durumu içerisinde iken sözleşme kurması durumunda karşı taraf bu müzayaka durumunu sömürerek sözleşmede kendine açıkça aşırı bir menfaat sağlıyor ise yine tehdit söz konusudur. Müzayaka durumu hal ve şartların bütünü, özellikle bu durumda olan kişinin zayıflığı, taraflar arasındaki geçmişteki ilişki veya ekonomik dengesizlik dikkate alınarak değerlendirilir". Fransız Medeni Kanunu'nda gabine ilişkin 1118'inci madde hükmünün uygulama alanı oldukça dar, istisnai bir hüküm olması karşısında, ön tasarıda yer alan bu düzenlemenin önemli bir değişiklik olduğu söylenebilecektir.

Bu değişikliklerin dışında, ön tasarının önemli noktaları şu şekilde belirtilebilir: Ehliyete ilişkin önemli bir değişikliğe gidilmemiştir ancak temsil ile ilgili hükümler oldukça geliştirilmiştir (m.1119-1120-2)³⁷. Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin Fransız hukukunun merkezi ve çok tartışmalı kavramlarından olan *sebepe* (*cause, causa*) geçerlilik unsuru olarak yerini korumuştur (m. 1108). Fransız hukukunu takip etmiş olan İtalyan ve İspanyol Medeni Kanunlarında da yerini bulan *sebepe* kavramı birçok ülke hukukuna yabancısıdır³⁸. Ön tasarıda bu unsurun korunup korunmayacağına ilişkin tartışmalar olmuş, ancak sonuç olarak Fransız hukukunun bu önemli ve karakteristik öğesinin sözleşmenin geçerlilik şartlarından biri olarak korunmasında karar kılınmıştır³⁹.

Exposé des motifs, Validité du contrat- Consentement, (art. 1108 à 1115-1), s. 20. Sözleşmenin yokluğu kavramı ile ilgili tartışmalar için bkz. Terré/ Simler/ Lequette, N.88.

³⁶ Stoffel-Munck, s. 52.

³⁷ Catala, "Bref aperçu", s.537.

³⁸ Rampelberg, René-Marie; "Le contrat et sa cause: aperçus historique et comparatif sur un couple controversé", in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, Paris, 2003, s.19-27, (19/20).

³⁹ Ghestin, Jacques; Exposé des motifs, Validité-Cause (art. 1124 à 1127-6), s. 25 vd. PECL'de *sebepe* kavramının yer almadığı Fransız öğretisinde de vurgulanmıştır, Rampelberg, s. 27.

II. İfa etmemeye ilişkin değişiklikler

A. Genel Olarak

Ön tasarının üçüncü bölümü sözleşmenin doğurduğu sonuçlara ilişkindir (*effets des conventions*). İfa ve ifa etmeme (dördüncü ve beşinci Ayırım) bu bölümlerde düzenlenmiştir. Özellikle ifa etmeme konusunda en önemli değişiklikler şu şekilde sıralanabilir⁴⁰: Yapma borcunun ifa edilmemesi sonucu olarak aynen ifanın getirilmesi, ödemezlik definin açıkça getirilmesi, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönme imkanının tanınması, sözleşmeden dönmenin geriye etkili olması ilkesinin genel ilke olmaktan çıkarılması, tasfiye ilişkileri ile ilgili detaylı bir bölümün ön tasarıda yer alması (Altıncı Ayırım). Bunun dışında sözleşmesel sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun birleştirilmesi ve sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin yeniden müzakere yükümünün ön tasarıda açıkça düzenlenmesi de ifa ve ifa etmemeye ilişkin önemli yeniliklerdir.

B. Fransız hukukunda sözleşmeye aykırılık kavramı

Ön tasarının 1158. maddesi Fransız borçlar hukukunun önemli bir özelliğini ortaya koyar. Bu madde de, daha önce kabul edildiği gibi, ifa etmemeyi ve sonuçlarını tek bir çatı altında toplar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde, alacaklı aynen ifada ısrar edebilir, sözleşmeden dönebilir veya tazminat talep edebilir. Fransız hukukunda İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak somut sözleşmeye aykırılık türleri yoktur, sözleşmenin ifa edilmemesi sözleşmesel sorumluluğa yol açan genel bir kavramdır⁴¹. Fransız Medeni Kanununda kusurlu/kusursuz, başlangıçtaki/sonraki imkansızlık, temerrüt, ayıplı ifa gibi sözleşmeye aykırılık türleri ayrı ayrı düzenlenmemiştir ve sözleşmeye aykırılığın yaptırımını da genel bir yaptırım olarak tazminattır (Cc. 1146/1147). Borçlunun kusurlu olup olmaması da sorumluluktan kurtulması açısından önemli değildir⁴². Sorumlu-

⁴⁰ Ancel, Pascal; "Quelques observations sur la structure des sections relatives à l'exécution et à l'inexécution des contrats", *Revue des Contrats*, 2006/1, s.105-112 (s. 105). Kanundaki ifa etmeme kuralları ve eleştirisi için bkz. Tallon, Denis; "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation", *RTD civ.* 1994, 223. Faure - Abbad, Marianne; "La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant - projet Catala", *Dalloz*, 2007, *Chronique*, s. 165-173.

⁴¹ karşı. Atamer, Yeşim; Uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin birleşmiş milletler antlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları, İstanbul, 2005, s. 282 vd.

⁴² Tallon, Denis; "Le droit français de l'inexécution du contrat confronté aux instruments d'unification", in *Il contratto inadempito*, (ed. Letizia Vacca), G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, s. 379-382. (382).

luk ya hiç doğmamıştır, zira borçlunun sonuca ulaşma borcu yoktur (*obligation de moyens*) ya da borçluya isnad edilemeyen bir dış etken nedeniyle borçlu sorumluluktan kurtulur (mücbir sebep, Cc. 1148)⁴³. Ön tasarıda da bu hususta bir değişikliğe gidilmemiştir (m. 1157/1158).

C. Yapma borcunun aynen ifası ve ödemezlik defi

Yapma borçlarının ifa edilmemesi sonucu alacaklının aynen ifada ısrar hakkı önemli bir değişikliktir. Fransız hukukunda borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, alacaklı ifanın gerçekleşmesini talep etse de, Cc md. 1142 ilke olarak yapma borçlarında aynen ifa talebini tanımamaktadır, yalnız parasal tazminat yaptırımını mümkündür⁴⁴. Ancak öğretilerde ve yargı kararlarında, paranın alacaklıya istediğine ulaşma imkanı verdiği düşüncesine dayanan Cc m. 1142 eleştirilmiştir⁴⁵. Ön tasarını hazırlayanlar bu gelişmeleri dikkate almış ve ön tasarıнын 1154'üncü maddesinde ilke olarak yapma borçlarının ifa edilmemesi halinde ilk sonuç olarak aynen ifada ısrar edilmesini kabul etmiştir. Bu Cc m. 1142'de kabul edilen ilkenin tersine çevrildiği anlamına gelir⁴⁶. Yapma borçlarında aynen ifada ısrar edilmesinin kişisel özgürlüklere aykırı olduğu endişesi de, ön tasarıнын 1154'üncü maddesinin ikinci fıkraya hükmüne yansımıştır. Bu hükme göre aynen ifası talep edilen edimin yoğun kişisel bir karakter taşıması durumunda aynen ifada ısrar edilemeyecektir (*caractère éminent personnel*). Aynen ifanın mümkün olmaması durumunda tazminat talep edilir.

Ön tasarıнын 1157'nci maddesinde ödemezlik defi (*exception d'inexécution*) düzenlenmiştir. Fransız hukukunda ödemezlik define ilişkin genel bir düzenleme yoktur⁴⁷ ancak öğretide ve yargı kararlarında kabul edilmektedir⁴⁸. Ön tasarıнын 1157'nci maddesi bu nedenle öğretide ve yargı kararlarınca kabul edilen öde-

43 Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 951 vd.

44 karş. TMK m. 600/III, Serozan, (İfa), § 17, N. 6.

45 Terré/ Simler/ Lequette, N. 594; Tek satıcılık sözleşmesindeki münhasırlık şartına aykırılıkta Fransız yüksek mahkemesi aynen ifanın istenememesi ilkesini uygulamayarak, 1142. maddeye istisna tanımıştır. Bu borcun borçlusunu tazminata değil aynen ifaya mahkum etmiştir, Colmar, 18.10.1974, JCP 1973 II 17479, note Burst.

46 Rochfeld, Judith; "Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat: la subjectivation du droit de l'exécution", Revue des Contrats, 2006/1, s. 113-128, (s.115).

47 Rochfeld, Judith; Exposé des motifs, Inexécution des obligations, (art. 1157 à 1160-1), s.42.

48 Terré/ Simler/ Lequette, N.632.

mezlik defini yasalaştırmış olmaktadır. Bu hükme göre karşılıklı sözleşmelerde bir taraf borcunu ifa etmemişse, diğer taraf da kendi borcunu ifadan kaçınabilir. İfa etmeme mücbir sebepten veya diğer bir haklı sebepten kaynaklandığı durumlarda da ifa etmeme sürekli değil ise yine ödemezlik definden faydalanmak mümkündür (m. 1157/II).

D. Tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönme

Fransız hukukunda, birçok ülke hukukundan ve uluslararası mekanizmadan farklı olarak, karşılıklı sözleşmelerde borcun ifa edilmemesi halinde sözleşmeden dönme imkanı ancak hakim bu yönde vereceği bir kararla mümkündür, sözleşmenin sona erdirilmesi hakimin yetkisi dahilinde bir sonuçtur⁴⁹. Sözleşmeden dönme mekanizması Fransız hukukunda, her karşılıklı sözleşmede var olan zımni bir bozucu şart varsayımına dayanır. Sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğunda bu mekanizma devreye girer. Sadece sözleşmeye esaslı aykırılık halinde bozucu şart gerçekleşir. Ancak bozucu şart varsayımına rağmen sözleşmeden dönme hakimden talep edilecek bir haktır. Dolayısıyla tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönmek Fransız hukukunda mümkün değildir (Cc m. 1184).

Ön tasarı bu konuda da önemli bir yenilik getirmiştir. Ön tasarinın 1158'inci maddesinin birinci fıkrası (sadece karşılıklı sözleşmelerde değil, tüm sözleşmeler için de geçerli olmak üzere) borcun ifa edilmemesi durumunda tek taraflı olarak sözleşmeden dönme imkanını getirmiştir (*résolution unilatérale*). 1158'inci maddenin birinci fıkrasına göre her sözleşmede, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, alacaklı borcun ifa edilmesini talep edebileceği gibi, sözleşmeden dönebilir veya zararının tazminini talep edebilir, son halde tazminat ifaya veya dönmeye eklenir. Ancak sözleşmeden dönmenin alacaklı tarafından hakimden talep edilmesi imkanı da (*résolution judiciaire*) ön tasarıda korunarak alacaklıya bu yönde seçim şansı tanınmıştır⁵⁰. 1158'inci maddenin ikinci fıkrasına göre, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen taraf, borçluyu temerrüde düşürerek makul bir süre içerisinde borcun ifa edilmemesi halinde sözleşmeden tek taraflı irade beyanı ile dönebileceği gibi, bunu hakimden de talep edebilir. Ön tasarı mahkeme dışı yoldan sözleşmeden dönme imkanını kabul ederek hem Avrupa'daki diğer ülke hu-

⁴⁹ Tallon, (*l'inexécution du contrat*), s. 385.

⁵⁰ Rochfeld, "*Remarques*", s. 118; karşı. Hollanda MK m. 6.267.

kukları ile hem de hukuk uyumlaştırması çalışmaları ile paralellik sağlamıştır. 1158'inci maddenin üçüncü fıkrası tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönülmesi haline ilişkindir. Bu hükme göre: “İfa etmeme halinin devam etmesi durumunda, alacaklı borçluya sözleşmeden döndüğünü ve bunun gerekçelerini bildirir. Bu bildirim karşı tarafa ulaşması ile sözleşmeden dönme sonuç doğurur”.

Ön tasarı sözleşmeden dönme için ifa etmemenin esaslı olması şartını da aramamaktadır; borçlunun kusurlu olup olmaması veya sözleşmeye aykırılığın esaslı olup olmaması da bu noktada önemli değildir⁵¹. Ön tasarı, esaslı olmayan sözleşme ihlallerinde dönme hakkı tanımayan CISG⁵²'den, PECL⁵³ ve PICC⁵⁴'den bu hususta ayrılır.

Ön tasarı, BGB § 323'deki gibi sözleşmenin ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri arasında ayrıma gidilmeden iki halde de borçluya ifa için makul süre verilerek sözleşmeden dönme imkanını tanımıştır⁵⁵. CISG, PECL ve PICC'de süre vermek suretiyle sözleşmeden dönme olanağı sadece edimini ifa etmemiş borçluya karşı tanınmıştır⁵⁶.

Fransız hukukunda, karşılıklı sözleşmeden dönme yaptırımını Türk/İsviçre hukuklarından farklı olarak borçlu temerrüdüne veya ayıplı ifaya özgü bir yaptırım değildir, genel bir yaptırımdır⁵⁷. Ön tasarıda sadece karşılıklı sözleşmelerin değil, tüm sözleşmelerin ifa edilmemesinin genel yaptırımını olarak sözleşmeden dönme öngörülmüştür. Ancak ön tasarı sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını önce borçlunun temerrüde düşürülmesine bağlamıştır. Temerrüde düşürülen borçluya makul bir ek süre verilir ve bu süre içerisinde ifa gerçekleşmez ise sözleşmeden dönülür. Ön tasarıdan önce öğretide, borçlu temerrüdünün sözleşmeden dönmenin şartlarından olup olmadığı tartışmalıydı⁵⁸. Sözleşmeden dönmenin mahkemeden talep edilen bir hak olması dolayısıyla davanın açılmasıyla borçlunun temerrüde düşürüleceği kabul edilmekteydi. Sözleşmeden dönme hakkının

51 Fauvarque-Cosson, Bénédicte; “La réforme du droit français des contrats: perspective comparative”, Revue des contrats, RDC 2006-1, 147-166 (s. 156/157).

52 Convention on the International Sale of Goods.

53 The Principles of European Contract Law.

54 Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

55 Fauvarque-Cosson, s.157.

56 Atamer, (CISG), s. 396.

57 karşı BGB § 323/324, bkz. Serozan, (Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku), s. 238.

58 Terré/Simler/Lequette, N.1084.

sözleşme hükmü ile taraflara tanındığı hallerde ise aksi sözleşmede belirtilmedikçe sözleşmeden dönebilmek için önce borçlunun temerrüde düşürülmesi aranıyordu. Dava dışında kullanıldığında hakim ifa edilmemeyi denetleyemediği için bunun gerekliliğine vurgu yapılıyordu⁵⁹. Bu nedenle ön tasarıda tek taraflı dönmenin kabul edilmesiyle borçlunun temerrüde düşürülmüş olma şartının aranması geçmişteki öğretisi ve yargı kararları ile uyumludur. Borçlu temerrüdünün buradaki işlevi ifa etmeme olgusunu tespit etmektir.

Yürürlükteki Fransız Medeni Kanunu'na göre sözleşmeden dönme, "bozucu şart" varsayımına da uygun olarak geriye etkili sonuç doğurur. Ön tasarıda ise sözleşmeden dönmenin ilke olarak ileriye etkili sonuç doğuracağı ve "feshi" olarak nitelendirileceği belirtilmiş, sadece ani edimli sözleşme ilişkilerinde buna bir istisna getirilerek bunlarda sözleşmeden dönmenin geriye etkisi kabul edilmiştir (*la résolution vaut résiliation*, m. 1160-1). Ön tasarıda sürekli ve dönemli edimlerde sözleşmenin feshini genel bir kurala bağlaması oldukça yerinde olmuştur⁶⁰.

Sözleşmeden dönmenin geriye etkili sonuç doğurması veya sözleşmenin iptal edilmesi ile ortaya çıkan tasfiye sorunları da, altıncı ayırımında detaylı olarak çözüme bağlanmıştır (m. 1161-1164-6). Fransız Medeni Kanunu'nda tasfiye ilişkilerini düzenleyen genel hükümler mevcut değildir. Bu nedenle bu hükümler kuşkusuz ön tasarıda getirdiği çok önemli yeniliklerdir. Tasfiye ilişkilerine ilişkin tam on dokuz hüküm getirilmiştir. Ön tasarıda tasfiye ilişkileri sözleşmeden dönmenin veya sözleşmenin iptalinin doğrudan devamı gibi görülmüştür⁶¹. Ön tasarıda sözleşme kurallarının tasfiye ilişkilerine de uygulanması eğilimi göze çarpar⁶². Sözleşmeden dönme veya sözleşmenin iptali sonucu tasfiye kendiliğinden (*de plein droit*) sonuç doğurur (m. 1162). Sözleşmeden dönme veya sözleşmenin iptali sonucu doğan tasfiye borcu için de sözleşmeden doğan ifa edilmeyen borca bağlı teminatlar geçerlidir (m.1162-1). Sözleşmeye özgü zamanaşımı süresi de yürürlükte kalır (m. 1162-1/III). Edimin iadesi herhangi bir

⁵⁹ Terré/Simler/Lequette, N.1084.

⁶⁰ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı sürekli edimli sözleşmelerin feshini sadece aşırı ifa güçlüğü halinin bir sonucu olarak düzenlemiştir (m.137).

⁶¹ Ancel, s.107.

⁶² Bu eğilim Türk Hukukunda da yaygınlaşmaktadır. Bu konuda bkz. Serozan, Rona; "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için armağan, Ankara, 2004, s. 195-207. Serozan, Rona; Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 63 vd.

nedenle gerçekleştirilmediğinde, kural olarak edimin yerini kendiliğinden kaim değeri alır (m. 1163-5). Edimin iadesi gerçekleştirilemediğinde ve kaim değer de söz konusu olmadığında ise hakim edimin, kararını verdiği gündeki değerinin iadesine karar verir (m. 1163-6). Bu düzenlemeler sözleşmeden dönmeye ilişkin yeni ve modern anlayışa uygundur. Türk hukukunda da savunulan bu yeni anlayış sayesinde tasfiye ilişkisinde de sözleşmeye ilişkin teminat, zamanaşımı, hasar düzeni yürürlükte kalmaktadır. Tasfiye ilişkilerinde yetersiz kalan haksız zenginleşme hükümleri bu şekilde aşılabılır. Sözleşmeden dönme ile birlikte istenilebilecek tazminatın da tam tazminat olduğu açıkça bir düzenlenmiştir, bu husus tazminatın dönmeye eşlik edebileceğini açıkça düzenleyen ön tasarının 1158. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir⁶³. Ayrıca ön tasarının 1162. maddesinin ikinci fıkrasında, sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zararın tazmin edileceğini açık kurala bağlamıştır (*tous les dommages et intérêts*). Fransız hukukundaki bu gelişmelerden de bilimsel kaynak olarak faydalanılabilir⁶⁴.

E. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması: Yeniden müzakere yükümü

Fransız özel hukukunda son yıllarda emprevizyon teorisinin kabul edilmesi yönünde öğretideki görüşlerin artmasının ve uluslararası ticaretteki uyumlaştırma çalışmalarında uyarlamaya yer verilmesinin de katkısıyla içtihatta bazı açılımların varlığı göze çarpmaktaydı⁶⁵. Bu açılımlardan en önemlisi Fransız Yüksek Mahkemesinin yakın zamanda açıkça kabul ettiği sözleşmelerde “yeniden müzakere borcunun” varlığıdır.

1992 yılında, *Huard* davasında, benzin istasyonu işletmecisi açısından, yakıt sağlayıcısı ile akdettiği uzun süreli sözleşme ilişkisinde, petrol fiyatları karşısında sözleşmenin ifası aşırı güçleşmiştir; Yüksek Mahkeme bu olasılıkta, dürüstlük kuralından doğan tarafların sözleşmeyi yeni koşullara uyarlama borcu olduğuna karar vermiştir⁶⁶. Bu gelişmeye rağmen tarafların anlaş-

⁶³ Serozan, Rona; “BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engel-leri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, HPD, Mayıs 2006, s. 38-51, (s. 48).

⁶⁴ Serozan, (İfa), § 17 N. 18, dn. 23.

⁶⁵ Tallon, (*l'inexécution du contrat*), s. 381.

⁶⁶ Cass.com. 3.11.1992, RTD civ. 1993, s. 124, obs. Jacques Mestre; JCP éd. E 1993 II 22164, note Virassamy; D. 1995, Somm. s. 85, obs. D. Ferrier. Fages, Bertrand; “*Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando*”, D. 2003, s. 2386-2390,

maması durumunda hakimin sözleşmeyi tarafların iradesine rağmen uyarlayabilmesi Fransız içtihatında mümkün görünmektedir⁶⁷. Fransız hukukunda uzun zamandır tartışılan “sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi yükümü” ön tasarıda üç madde ile düzenlenmiştir. Ön tasarrın 1135-1, 1135-2 ve 1135-3'üncü maddelerine göre sürekli borç ilişkilerinde karşılıklı edimler arasındaki dengenin taraflardan biri için sözleşmenin anlamını yitireceği ölçüde bir değişikliğe uğraması durumunda, sözleşmenin tarafları, anlaşmalarında değişiklik yapmak için müzakerede bulunacakları hususunda anlaşabilirler; böyle bir anlaşma yoksa sözleşmeden beklenen faydayı kaybeden taraf mahkemedен yeniden müzakereye girişilmesine hükmedilmesini talep edebilir; müzakereler kanunda belirtilen şekilde yürümez veya kötü niyetli bir şekilde kesilirse her iki taraf da sözleşmeyi sona erdirebilir.

Bu maddeler incelendiğinde, bu düzenlemenin, sözleşme taraflarını sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye yönlendirme amacı taşıdığı rahatlıkla söylenebilir⁶⁸. Öğretide bu maddelere rağmen, hakimin sözleşmeye müdahalesinin ve emprevizyon teorisinin ön tasarıda da kabul edilmediği belirtilmiştir⁶⁹. Özellikle ön tasarrın 1135-1'inci maddesi tarafların sözleşmelerine *hardship* klozları koymalarının gerekliliğine işaret eder niteliktedir. Bu klozların yokluğu halinde taraflar hakimin gözetiminde sözleşmelerini yeniden gözden geçirmelidirler. Hakim hiçbir şekilde sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayamaz, sadece yeniden müzakerelere girişilmesine hükmeder. Müzakerelerin kötü niyetli bir şekilde kesilmesi ise her iki tarafa sözleşmeyi feshetme hakkı vermektedir. Müzakerelerin kötü niyetle kesilmesi halinde tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Ghozi, sözleşmeyi ayakta tutmayı arzulayan tarafı fedakarlıkta bulunmaya iten bir sistem kuran bu düzenlemelerin yerinde olduğu görüşündedir⁷⁰. Ön tasarı bu maddelerle hakimin sözleşmeyi uyarlaması imkanını tanımadığı gibi, müzakerelerin başarıya ulaşmaması durumunda da sözleşmelerin uyarlanması imkanını tanımamaktadır. Gerçekten de bu maddeler hakime söz-

(s.2388). Cass. com. 24. 11. 1998, RTD civ. 1999, s. 98, obs. Jacques Mestre.; JCP éd. E 1999, s. 1242, obs. Jamin.

67 Fages, s. 2389.

68 Fauvarque-Cosson, s. 161.

69 Fauvarque-Cosson, s.165 vd.; Ghozi, Alain; Exposé des motifs, Effets des conventions, Interprétation, Qualification, (art. 1134 à 1143), s. 35/36.

70 Ghozi, s. 36; k.g. Fauvarque-Cosson, s.162.

leşmeyi doğrudan uyarılama yetkisi vermemektedir. Ön tasarının genel gerekçesinde *Catala* açıkça ön tasarının bu hususta PECL'den ayrıldığına işaret eder⁷¹. Oysa ki, son yıllarda durum değişiklikleri karşısında sözleşmenin yeniden müzakeresini düzenleyen PICC (6.2.3.) ve PECL (6:111)'de yeniden müzakerelerin başarıya ulaşmaması durumunda mahkemeye sözleşmeyi uyarlaması yetkisi açıkça tanınmıştır. Bu maddelerin sözleşme hukukunun uyumlaştırması çalışmaları karşısındaki durumunu da değerlendiren *Lando* bu hükümlerin PICC ve PECL karşısında çok daha dar olduğunu, hakimin uyarılama imkanının sınırlı olduğunu, bu noktada Fransız geleneğinin Avrupa'daki diğer ülkelerin aksine devam ettiğini vurgulamış ve hakime olan bu güvensizliği eleştirmiştir⁷². Ancak Fransız hukukunda bunun nedeni hakime duyulan güvensizlikten çok, devrim geleneğinden gelen Fransız hukukunda taraf iradelerine verilen önemdir; ne de olsa, Fransız hukukçularına göre, tarafların kendilerini ilgilendiren hususlarda, yine kendileri tarafından varılacak çözümlerden daha iyisi olamaz⁷³.

F. Sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğun birleştirilmesi

Ön tasarıda getirilen önemli bir yenilik sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun birleştirilmesidir. Fransız hukukunda da, İsviçre-Türk hukuklarında olduğu gibi sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu arasında ilişki uzun zamandır tartışılmaktadır⁷⁴. Sözleşmenin ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi durumunda, borçlu ifa etmemeden ya da ifanın gecikmesinden doğan zararı, ona atfedilebilecek bir kusur olmadığını ispat edemedikçe tazmin etmekle yükümlüdür (Cc. 1147)⁷⁵. Sözleşmesel sorumluluğun bağımsız bir sorumluluk

⁷¹ Catala, Pierre, "Présentation générale de l'avant-projet", s. 6.

⁷² Lando, Ole; "L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences", *Revue des contrats*, RDC 2006-1, s. 167 vd. (s.173);

⁷³ Fauvarque-Cosson, s.164.

⁷⁴ Jourdain, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, 5e éd., Paris, 2000, s.33-43; Chabas, François; "Cent ans de responsabilité civile", *Gaz. Pal.*, 2000, s. 2-32; Rémy, Philippe.; "La 'responsabilité contractuelle', histoire d'un faux concept", *RTDciv.*, 1997, s. 323 vd.; Tunc, André/Viney, Geneviève; "L'évolution du droit français de la responsabilité civile", *Rev. dr. com.*, 1992, 123 vd.

⁷⁵ Şunu da belirtmek gerekir ki, Fransız hukukunda, İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda aynen ifa yerine tazminat talep edilebilmesi sadece karşılıklı sözleşmelere veya ifa imkan-

olarak varlığı tartışılmıştır⁷⁶. Fransız hukukunda, sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında şu farklar bulunmaktadır⁷⁷: Sözleşmesel sorumlulukta zararın tazmini öngörülebilir zararlarla sınırlanmıştır (Cc. m. 1150), haksız fiil sorumluluğunda böyle bir sınırlama yoktur; ispat yükü haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırı fiille zarara uğradığını iddia eden kişiye düşer, sözleşmesel sorumlulukta ise ispat yükü zarar vereene aittir; zamanaşımı süreleri farklıdır (haksız fiil sorumluluğunda 10 yıl, sözleşmesel sorumlulukta kural olarak 30 yıl). Fransız hukukunda, hakim görüş, sözleşmenin ifa edilmemesinden zarar gören tarafın sözleşmesel sorumluluk yerinde haksız fiil sorumluluğuna dayanmasını kabul etmemektedir⁷⁸.

Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluğun ön tasarıda tek bir sorumluluk rejimi altında birleştirilip birleştirilmeyeceği tartışılmıştır, bu hususta tasarıyı hazırlayanlar da, öğretilerde olduğu gibi ikiye bölünmüşlerdir⁷⁹. Fransız hukukunda sözleşmesel sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk arasında birliğin sağlanması görüşü karşısında sözleşmesel sorumluluk ile ilgili kuralların sözleşmenin ifa edilmemesi ile ilgili başlık altında ayrı olarak düzenlenmesi görüşü yer almaktadır. Ön tasarı ilk görüş doğrultusunda kaleme alınmıştır⁸⁰. Ancak başlangıç hükümlerinde sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki ilişki belirlenmiştir (m.1340-1342). Sorumluluk hukukunda bu şekilde bir birlik sağlanmış, gerektiğinde sözleşmesel sorumluluk ile ilgili özel hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerin detaylı incelenmesi ise bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşmaktadır. Kısaca işeret etmek gerekirse haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasındaki ilişki ön tasarıda bu şekilde net bir çözüme kavuşturulmuştur.

Fransız borçlar hukukuna ilgi son yıllarda azalmıştır, bunun nedenleri çeşitlidir. Ancak Fransız borçlar hukukunun, genel borçlar hukuku teorisine katkısı hiçbir zaman yadsınamaz. Ön tasarı öncesinde de, Fransız borçlar hukuku bize karşılaştırmalı

sızlığına özgü bir yaptırım değil, sözleşmenin ifa edilmemesinin genel bir sonucudur (Cc. m. 1146/1147). Serozan, (İfa), § 17, N. 9.

76 Jourdain, s. 34.

77 Terré/ Simler/ Lequette, N.870 ; Jourdain, s. 35.

78 Terré/ Simler/ Lequette, N.875/876.

79 Viney, Geneviève; Exposé des motifs, de la responsabilité civile, (art. 1340 à 1386), s.142.

80 Ancel, s.109/110.

hukuk alanında çok önemli veriler sunmaktaydı. Hem Fransa'daki hem de karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri takip eden, bunları karşılaştırıp ülkenin şartlarına en uygun çözümü araştıran ön tasarının hazırlayıcıları öğreti ve içtihatındaki gelişmeleri de her aşamada dikkate almışlardır.

Fransız borçlar hukukunda bir reformu amaçlayan ön tasarının getirdiği önemli yeniliklerin dışında belki de en önemli özelliği, yürürlüğe girmeden önce tartışmaya açılması ve yasalaşması için acele edilmemesidir⁸¹. Ön tasarımı uzman bir komisyon hazırlamış ve hazırladıktan sonra tartışılması için kamuoyuna sunmuşlardır. Bu sayede getirilmek istenen yeniliklerin yerindeliği tartışılabilir ve uygulamada doğurabileceği muhtemel sakıncaların ön tasarının yürürlüğe girmeden önünde geçilmeye çalışılacaktır. Bu Fransız hukukçularının Borçlar Hukuku gibi önemli bir alanda yapılacak köklü bir değişikliğe ilişkin hassasiyetlerinin de bir göstergesidir. Türk Borçlar Kanunu'nun değiştirilmesinin gündemede olduğu şu günlerde Fransız ön tasarısının hem içerik yönünden hem de yöntem bakımından faydalanılabilecek bir bilimsel kaynak niteliği taşıdığı kuşkusuzdur.

⁸¹ Ön tasarının tartışılmasına yönelik tasarımı hazırlayan komisyon özel bir çaba göstermektedir. Bu yönde bir çalışma için bkz. "Réforme du droit des obligations et de la prescription: parlons-en", D. 2005, s. 2961.