

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

Dr. Eleanor Cashin-Ritaine*

çev. Başak Baysal**

9 Mayıs 2001 tarihli Borçlar Hukukunda Reform Yasa Tasarısı § 313RegE'de İşlem Temelinin Çökmesine ilişkin şimdiki kadar olan içtihatı toparlayıp, kurallaştırmıştır. Daha önce de BGB § 242 çatısı altında içtihat¹ ve öğreti², işlem temelinin yokluğu veya çökmesi durumunda taraflara sözleşmelerini uyarlama talebinde bulunma hakkı tanıyordu. İşlem temelinin anlaşılabilirliği ise “ sözleşmenin esas içeriğine dahil olmamakla birlikte sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan ve işlem iradesinin dayanağı olan belirli koşulların varlığına veya gelecekte ortaya çıkmalarına ilişkin ortak tasavvurlar”dır³. Bu içtihatla göre, sözleşmenin kurulmasından sonra edimler arası dengesizlik söz konusu olursa (Äquivalenzstörung), edimin ifası aşırı derecede güçleşirse (*Leistungserschwernisse*) veya edimler ile izlenen amaç anlamsızlaşırsa (*Zweckstörungen*) sözleşmelerin uyarlanması söz konusu olabiliyordu. Yasa tasarısının metni bugüne kadarki içtihatla birebir örtüşmemekle birlikte § 313 RegE bu tutarlı içtihatı yasalaştırmak amacıyla taşıdığı kabul edilmektedir. §313 RegE karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında ilginç perspektifler sunmaktadır. 19. yüzyılın ortalarından beri Fransız içtihatı “*imprévision*” adı altında değerlendirilen problem

* Bu makalenin orijinali, daha önce “ 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, orijinal metin çeviriden önce İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası için bizzat yazarı tarafından gözden geçirilip güncellenmiştir. Orijinal metindeki Fransızca ifadelerin, Almanca ifadelerden farklılık taşıdığı durumlarda, bu ifadelerin Türkçe çevirileri, ayrı dipnotlarda, çevirmen notu (ç.n.) olarak belirtilmiştir.

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

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, 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.

³ RGZ 103, 328, 332; BGHZ 89, 226, 231.

hususunda bölünmüş durumdadır⁴. Fransız Cour de Cassation' u (Yargıtay) Canal de Craponne kararında (6.3.1876)⁵, mahkemenin, hakkaniyet ne kadar gerektirirse gerektirsin sözleşmeyi değiştirmiş, yeni durumlara uyarlayamacağına karar vermiştir. Buna karşılık Conseil d'Etat (Danıştay), Gaz de Bordeaux (30.3.1916)⁶ kararında sözleşmelerin uyarlanmasına belirli durumlarda izin vermiş ve bu suretle Bordeaux'da ki gaz dağıtımının Compagnie générale de Gaz'ın iflas etmesi tehlikesi nedeniyle kesintiye uğramasını engellemiştir. Bu içtihat ikiliği günümüze kadar ayakta kalmıştır: Edimlerin ağırlaşmasından dolayı, sözleşmenin uyarlanması gereğini Cour de Cassation hala kabul etmemektedir. Yüzlerce yıllık bu içtihadın varlığını sürdürüp sürdüremeyeceği, bir süredir fazlasıyla şüpheli bir sorudur.

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 olan⁷ bu kavram son dönem içtihatlarda 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 md. 6.2.1- 6.2.3), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin (1998)⁸ 6:111'inci (*Change of circumstances*) maddesi, BM tekdüzen alım-satım hukuku'nun 79. maddesi ile 1.7.1964 tarihli EKG'nin 74. maddesi, işlem temelinin çökmesi ve buna bağlı olarak sözleşmenin uyarlanması ihtimalini farklı bir

⁴ Kaynakça: Bkz. özellikle D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, n° 129, p. 4 ; J. Ghestin, *Ch. Jamin, M. Billiau, Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2e éd. 1994, no: 263, p. 310; D.-M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant 1986, préface M. Fontaine; P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports 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 risques par le contrat*, RTDciv. 1988, p. 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: comparaisons franco-anglaises*, LGDJ 1987, p. 217.

⁵ Cass. civ., 6 mars 1876= D. 1876, 1, 193, note Giboulot = *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 11^e 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 klotzların yerine yenilerine karar vermek mahkemenin yetkisinde değildir ».

⁶ CE 30 mart 1916 D. 1916, 3, 25= S. 1916, 3, 17= *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12^e éd., no : 49.

⁷ 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.

⁸ 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. p. 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.

yönden düzenlemektedir. Görünen o ki, tüm bu nedenlerden dolayı, Fransız içtihatlarında 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 etmektedir⁹. Ancak Fransız kültürünü biraz bile tanıyanlar, Fransız hukukçuların *Charles-Louis Montesquieu*'nün halefleri olduğunu bilirler. "*Esprit des 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 aldattıcı görünümüne değineceğiz (I) daha sonra da daha pragmatik bir gerçek olan, sözleşmeleri uyarlanmanın gerekliliğine değineceğiz (II).

I. Aldattıcı 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 paragrafı¹⁰ sözleşmeye kanun gücü tanır: Hukuk güvenliği ve toplum düzenini¹¹ korumak nedeniyle ne tarafların ve ne de hakimin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme hakkı vardır¹². Elbete, sözleşmelerin uyarlanması taraflar (hardship klostarı)¹³ ve hatta kanun koyucu (ör: Kira hukuku)¹⁴ tarafından öngörülebilir ve buna imkan tanınabilir. Ferdîyet, irade özerkliği, *Pacta sunt servanda*¹⁵ ve

⁹ 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.

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

¹¹ Ch. Jamin, op. cit., *Droit et patrimoine* 1998, no : 58, p. 51.

¹² G. Paisant, *Introduction au colloque de Chambéry, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat*, Dr. et patrimoine 1998, p. 42.

¹³ 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^e éd. 2000, p. 123, no : 163 ; G. Rouhette, *La révision conventionnelle du contrat*, RID comp. 1986, p. 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, p. 141; Ch. Jamin, op. cit. p. 47 ; özellikle J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., no : 285, p. 332. Ayrıca bkz. Cass. com. , 31 mai 1988 : Bull. civ. IV, no : 189, p. 132; RTDciv. 1989, p. 71, obs. Mestre.

¹⁴ Bkz. C.civ.1769-1773 arası maddeler (hasılât kirası) : ürünün yarısından fazlası zarar görürse, çiftçi kira bedelinde bir indirim talep edebilir ; Jamin, op. cit., p. 47.

¹⁵ H. Lecuyer, *Redéfinir la force obligatoire du contrat?* In *Les Petites Affiches* 6 mai 1998, p. 44.

hukuk güvelliği fransız sözleşme hukukunun temel sütunlarıdır¹⁶. *Pacta sunt servanda* ve sözleşmenin devamlılığı ilkeleri sözleşme kavramının iradeci bakış açısından ele alınışının somutlaştırılmasıdır¹⁷; bu bakış açısı irade özerkliği ilkesine (*principe d'autonomie de la volonté*) dayanır¹⁸. Sözleşme özgürlüğü temelinde, sözleşmenin tarafları, serbest ve sorumlu bireyler olarak, karşılıklı edimlerini ve bunların dengesini kurarlar¹⁹. Bu irade açıklamasına ahlaki gerekler nedeniyle saygı duyulmalıdır.

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

Bu açık gibi görünen 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 ardarda teslimli satım sözleşmelerindeki²⁰) artış, daha fazla hukuki güvenlik ihtiyacını da beraberinde getirmiştir.

“Bir öngörü işlemi” (*acte de prévision*)²¹ olan sözleşmelerin istikrarı sözleşmenin esaslı niteliklerindedir: Tarafların arasındaki güvenin temelini oluşturur ve sözleşmeye sosyal faydasını sağlar²². 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. Öğreti²³ de, uygulama²⁴ 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 gelir²⁵.

¹⁶ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., no : 266, p. 313.

¹⁷ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., no : 269, p. 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, Mel. Ch. Mouly, Litec 1998, t. 2, p. 141, p. 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, p. 357, no : 1.

¹⁹ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., no : 266, p. 314 ; Ch. Jamin, op. cit. p. 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 RegE'deki sürekli sözleşme ilişkisi anlamında değil.

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

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

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

²⁴ Karş. supra.

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

Üçüncü olarak, uyarlama sayesinde taraflardan birinin çöküşü engellense dahi, hakimin, kararını ekonomik durumların global bir değerlendirmesi üzerine kuracak durumda olmadığı söylenmiştir²⁷. Sadece kanun koyucu, uyarlamanın gerçek ekonomik sonuçlarını kavrayabilecek konumdadır. Bu nedenle, gerekli olduğunda, sözleşmelerin kanun yoluyla uyarlanması kanun koyucuya düşer²⁸. Buna karşılık Code Civil’de uyarlamaya imkan tanıyan çeşitli maddelere rastlamak mümkündür (ör: md. 833-1²⁹, 900-2 CC.³⁰).

Buna karşılık, *Catherine Thibierge-Guelfucci*³¹, 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, eğer daha yüksek gerekler emrettiğinde sözleşmenin uyarlanması gündeme gelmelidir³². *Thibierge-Guelfucci* bunun için üç önemli sözleşme ilkesini yeniden değerlendirilmesini önermektedir³³.

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 hala söze aykırı

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

²⁶ J. Ghestin, *Ch. Jamin, M. Biliau*, op. cit., no: 269, p. 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 keyfilikini engellemek için, onun sözleşmeye her türlü müdahalesini yasaklayan bir yetki kuralıdır »; karşı. *Niboyet*, (aktaran J. Ghestin, *Ch. Jamin, M. Biliau*, op. cit., p. 360) : « hakim sözleşmeyi yeniden kurabilceği 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, p. 603, p. 626-629, özellikle no : 27.

²⁷ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 1. L’acte juridique, 9^e éd. 2000, no : 410, p. 297.

²⁸ J. Ghestin, *Ch. Jamin, M. Biliau*, op. cit., no: 274, p. 319’da bir çok kanundan bahseder. Özellikle, 1. Dünya Savaşı’ndan sonra : la *loi Faillot* (21 janvier 1918), her ne kadar bu kanun uyarlamadan bahsetmiyor olsa da, borçların ertelenmesi ve sözleşmeden dönme hakkını tanıyordu. Kira hukukunda da birçok yasa sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına müsaade ediyordu (loi du 9 mars 1918 ; loi du 6 juillet 1925).

²⁹ Md. 833-1 C. civ : « Miras borçlusu, borcunu ifa etme zamanı geldiğinde ekonomik durumlardaki değişiklik sonucu, miras payına düşen değerlerde paylaşmadan bu yana dörtte bir oranından daha fazla bir artış ve azalma olduğu takdirde, kalan borcu bu oran dahilinde arttırılır veya düşürülür . Bununla beraber taraflar bu miktarın değişmeyeceğini kararlaştırabilirler. »

³⁰ Md 900-2 C.civ. : « Vasiyet alacaklısı veya bağışlanan, durum değişiklikleri sonucu bağışlama veya vasiyet yoluyla yüklenen şartlar veya yükümlülüklerin ifası bu kişiler için olağanüstü derecede ağırlaşır veya ciddi anlama zarar verici hale gelirse, bu kişiler gözden bu şartlar ve yükümlülüklerin gözden geçirilmesini hakimden talep edebilirler. »

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

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

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

bir davranıştan bahsedilebilecek midir? Aquinolu Thomas dahi, sözleşenlerden birinin, koşullardaki değişiklikten sonra sözünü yerine getirmemesini, sözleşmeye sadakatsizlik olarak değerlendirmemiştir³⁴. Denkleştirici adalet (*justice commutative*) olarak bilinen bu anlayışa göre, her ne zaman taraflardan biri temelde öngörülenden daha fazla bir şey vermek durumunda kalıp, buna denk düşen karşı edimi alamazsa, sözleşmelerin uyarlanması mümkün olmalıdır³⁵.

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 girerler³⁶. Objektif hukuk düzeni, sözleşme adaleti, sözleşmelerin faydalı ve adil (*utile et juste*)³⁷ olması gibi, sözleşmelerin istikrarından başka bir amaç izlediği zaman, sözleşmelerin uyarlanması mümkün hale gelir³⁸.

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 göre³⁹, 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 içtihadı ikna etmeye yetmemişlerdir: Kamu hukuku dışında (*imprévision*)⁴⁰ sözleşmenin değişen ekonomik koşullara uyarlanması mümkün gözükmemektedir.

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^e éd. 2000, p. 407 : Borçlu, sözleşmeyi mevcut durumları göz önüne alarak kurmuştur : Alacaklı, onu söz verdiği için daha fazlasını vermeye zorlayamaz.

³⁵ *J. Ghestin*, *Ch. Jamin*, *M. Biliau*, op. cit., no : 266, p. 313 ; no : 298, p. 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. Korolar olarak : Borçlunun sorumluluğu, alacaklının beklentileri ve akla uygun olarak bekleyebilecekleri ile sınırlıdır. »

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

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

³⁸ *C. Thibierge-Guelfucci*, op.cit., RTDciv. 1997, p. 357, p. 367, no: 12.

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

⁴⁰ *Laubadère*, *Venezia*, *Gaudement*, Traité de droit administratif, 13^e éd. 1994, p. 734, no : 1072 vd. ; *J. Ghestin*, *Ch. Jamin*, *M. Biliau*, op. cit., no : 283, p. 331.

Alman yargı kararları ile karşılaştığımızda, alman yargısının farklı bir yol izlediğini görürüz. Dürüstlük kuralı ilkesel temelinde, yargı kararları yirmili yılların başından beri⁴¹, işlem temelinin çökmesi kavramı ile sözleşmelerin uyarlanmasını mümkün kılmaktadır. PECL (change of circumstances)⁴² ve Unidroit ilkeleri (hardship) gibi Uluslararası hukuk mekanizmalarına baktığımız zaman da, değişen koşullar sonucu, taraflardan biri için edim yükü zorlaştığı veya aşırı derece de pahalılaştığı zaman sözleşmelerin uyarlanmasına imkan tanındığını görmekteyiz. Bu hukuk mekanizmaları her ne kadar birbirlerine benzese de, sonuçları bakımından bazı farklılıklar içerdiğini de belirtmek gerekir.

Her bir metin de kullanılan terimlere bakıldığında, 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 successive*, Sukzessivlieferungsverträge). Sarsılmış edim borcunun mutlaka para borcu olması gerekmez. Sözleşmenin uyarlanması için bir dizi şartın daha toplanması gerekir.

İlk olarak sözleşmenin kurulması esnasında dikkate alınan ekonomik durumlar ışığında borçlanılan edimlere bakmak gerekir. Bu anlamda § 313 RegE “sözleşmenin temelini oluşturan durumlar”dan bahseder. Ne PECL ne de Unidroit ilkelerinde bu şart bulunmamaktadır; ancak bu metinlerde de, sözleşmenin kurulması esnasında önceden görülmeyecek nitelikte durumların varlığı şartı aranmıştır. *A contrario* anlamından yola çıkarak, sözleşmenin kurulması esnasında var olan durumların, tarafların sorumluluk alanına dahil olduğu sonucuna varılır. Değişen durumların taraflarca önceden görülemezliği şartı § 313 RegE’ce 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 “*imprévision*” teorisini zaten bu önceden görülemezlik şartı üzerine kurmuştur⁴³. 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 olmalı yoksa subjektif (sözleşme taraflarınca) olarak da değerlendirilebilir mi? Çözüm açıktır: Edim ve karşı edim

⁴¹ Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921.

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

⁴³ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., no: 297, p. 343.

arasındaki dengesizlik genel (objektif) olarak önceden görülemez nitelikte olmalıdır⁴⁴. Önceden görülebilirliğin (görülemezliğin) bu şartının önemli bir sonucu vardır: Durumlardaki değişiklik olağanüstü nitelikte olmalıdır, zira aksi takdirde taraflar bu değişikliği hesaba katabilecek durumdalardır. Böylelikle imkansızlık ve mücbir sebep (*force majeure*) kurumlarıyla da sınır belirlenmiş olmaktadır⁴⁵. Böyle durumlarda, sözleşmenin uyarlanması değil, sözleşmenin ortadan kalkması gündeme gelir. Bu durum BM-Satım hukukunda özellikle 79. maddede düzenlenmiştir⁴⁶, bu halde de sözleşmenin uyarlanması olasılığı yoktur. İkinci olarak, değişikliğin, ekonomik, politik, sosyal ilişkilerden kaynaklanması veya para değişikliği olması gerekmektedir. Alman hukukunda büyük ve küçük işlem temeli ayırımı yapıldığı gibi, objektif ve subjektif işlem temeli ayırımı da yapılmaktadır⁴⁷. Bu ayrımlara incelediğimiz diğer hukuk sistemlerinde rastlanılmaz. Fransız hukukunda⁴⁸ ise, durum değişiklikleri, ekonomik koşullardaki değişikliklerle sınırlıdır. Buna karşılık Principles of European Contract Law ve Unidroit Principles daha geniş bir Ansatz benimsemişlerdir: Burada yalnız durumlarda değişik (*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 olmamalıdır⁴⁹.

Bunların dışında akla şu soru gelir: başlangıçtaki durumlar sözleşme ile ne kadar bağlı 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 subjektif tasavvurları gibi iç unsurlar mıdır (ör: sözleşme ile izlenen amaç)? § 313 RegE’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 orjinal taraflarındandır: Tarafların yanlış veya sonradan değişmiş subjektif tasavvurları da sözleşmenin uyarlanması imkanı

⁴⁴ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., no: 298, p. 345 : « Sözleşmenin aynen kalmasının mı yoksa yeniden gözden geçirilmesi gerekip gerekmediği sorununu doğuran, sonradan ortaya çıkan edimler arası objektif ekonomik dengesizliktir, yoksa, yen i ve önceden görülemeyen bir durumun ortaya çıkışı değil. »

⁴⁵ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., no: 294, p. 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, p. 467, p. 478.

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

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

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

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

verebilir. Fransız hukuku ve diğer uluslararası mekanizmalara baktığımızda bu kadar ileri gidilmediğini görürüz. Özellikle Fransız hukukunda subjektif tasavvurlar sadece sözleşmenin geçerlilik şartları olarak dikkate alınır ve yoklukları sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açar.

Üçüncü olarak, başlangıçtaki edimler arası dengenin bozulmuş olması gerekir: Edimler, koşulların değişmesi sonucu bir taraf için zorlaşmış olmalıdır. Edimlerin arası dengenin bu şekilde bozulması objektif veya subjektif nitelikte olabilir. Bu noktada da alman ve fransız hukukları birbirinden farklıdır. § 313 RegE bu nedenle “ tarafların ... sözleşmeyi hiç veya başka bir içerikle kuracak (laridiyse)” olmalarından bahseder ve böylelikle subjektif bir analiz arar. Buna karşılık fransız hukukunda, sadece, objektif ekonomik anlamda edimler arası denge dikkate alınır.

Dördüncü olarak, alman hukukunda, sözleşmenin devamı taraflardan biri için katlanılmaz hale gelmelidir. Doğrudan taraf kavramına göndermede bulunan bu subjektif analiz, edimin değerinin artmasından, pahalılaşmasından bahseden (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 uluslararası mekanizmalarla çelişir. Fransız hukukunda da bu şart aranmaz; *Jacques Ghestin*'in formülüyle, uç derecede güçleşmiş veya değeri bakımından pahalılaşmış bir edimden bahsedilmelidir⁵⁰. Buna karşılık idare hukukuna (bunu sor) bakıldığında, sözleşme “sarsıntısı”nın varlığı kabul edilmektedir⁵¹. Yenilemek 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 sözleşme tarafları için, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen sözleşme koşullarındaki değişiklik sonuçlar bakımından benzer ve üç belli başlı unsur öne çıkar: Değişen durumların önceden görülemezliği, değişikliğin tarafların davranışlarından bağımsızlığı, edimlerin ifası imkansızlaşmaksızın edimler arası dengenin sarsılması. Ancak, buna rağmen bu hukuki kurumlar elbette ilkesel bakımdan farklılıklar da taşır. Özellikle fransız içtihatı 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 (subjektif değişiklikler) (*Zweckstörung*) durumunu ise kabul etmemektedir. Sözleşmeleri

⁵⁰ *J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau*, op. cit., no: 263, p. 310.

⁵¹ *Laubadère, Venezia, Gaudement*, *Traité de droit administratif*, 13^e éd. 1994, p. 738, no : 1075

uyarlanması –idare hukuku dışında- , Fransız hukukunda mümkün değildir, en iyi ihtimalle belli olaylarda sözleşmelerin geçersizliği gündeme gelebilir.

Sözleşmelerin katı bir şekilde devamı Fransız hukukunda pratikte sorunlar doğurmaya başladı, bu da Fransız içtihatında bir yumuşamaya gitme arayışlarına vesile oldu.

2. Presibin yumuşatılması (Les palliatifs)

Fransız hukuk öğretisi, yıllardan beri sözleşme hukuku ilkelerinin gözden geçirilmesinin gerekliliğini vurgulamaktadır⁵². Bunun yanında, yıllar içinde, sözleşme felsefesi, anlayışı da temelden değişikliğe uğradı. Fransız içtihatlarında, 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 yeniden gelişen bir konu, bu bağlamda, içtihat ve öğreti *Code Civil*'de var olan hükümlere yeni bir gözle bakmaktadır, bu da iki yönde olmuştur. İlk olarak C.civ. madde 1134 yeni bir bakış açısıyla değerlendirilmektedir; bu madde, kuşkusuz ilk fıkrasında sözleşmelerin değişmezliği ilkesini düzenlemektedir, ancak yine aynı maddenin 3. Fıkrası⁵³ sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun surette ifa edilmesi gerektiğini düzenlemektedir⁵⁴. Md. 1135 C.civ. sadece sözleşmenin sarih olarak mutabakata varılmış konularının değil aynı zamanda aklın, örf ve adet hukukunun veya ahde vefa kuralının doğasından çıkan sonuçlarının da yükümlülüğün kapsamını girdiğini belirtir⁵⁵.

Bu temelden yola çıkarak, içtihatlarda, sözleşmede açıkça yazılı olmak zorunda olmayan bir dizi yükümlülük geliştirildi (*forçage du contrat*)⁵⁶. Bu şekilde, sözleşmeler bir çok yazılı olmayan ödevler doğrultusunda tamamlanmaktadır, örneğin: Bilgi verme yükümlülüğü, güven yükümlülüğü ve danışma yükümlülüğü⁵⁷. Böylelikle, son yıllarda Code Civil 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

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

⁵³ Md. 1134 al.3 C.civ : « (Anlaşmalar) iyi niyetle ifa edilmelidir ».

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

⁵⁵ Art. 1135 C.civ. « Anlaşmalar sadece açıkça belirtilen anlama göre değil, aynı zamanda hakkaniyetin, örf adet ve kanunun borcun doğası gereği borca yüklediği anlamlara göre de borç doğurur, »

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

⁵⁷ Mahkeme, bu şekilde sözleşme bedelini değiştirme hakkını dahi kendisinde görmüştür. Karş. Cass. Com, 31 mars 1992= RJDA 1992, no : 552, p. 447= RTDciv. 1992, p. 760, no : 5 obd. Mestre.

yorumlaması söz konusudur (md. 1160 C.civ.⁵⁸), hakim tarafların iradesini yanlış yorumlamaya hakkı olmadığı gibi, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlüklerini de evleviyetle değiştiremez⁵⁹. Buna karşılık, sözleşmelerin yeniden müzakere edilmesine ilişkin bir nevi yükümlülük ortaya çıkmıştır: Cour de Cassation kısa süre önce, sözleşmenin taraflarının ifa zorluklarını bertaraf etmek için işbirliği yapmak zorunda olduklarına karar vermek suretiyle bu yolu açmıştır⁶⁰.

Ancak, dürüstlük kuralı temelinde geliştirilen, sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin alman hukukunda olduğu gibi doğrudan bir ilke mevcut değildir. Bu açıdan, buna ilişkin olan içtihatlar oldukça zayıftır ve bunun da aslen iki nedeni vardır⁶¹: Uyarlama kural 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 uyarlama sorunlarının gündeme gelmesi kural olarak engellenebilir.

Yorum ile ilgili Fransız mahkemelerinin uygulamasına ikinci bir örnek olarak, sözleşmenin kapsamında zımnen var olduğu varsayılan *clausula rebus sic stantibus*⁶² 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 hakim tarafların ortak iradesini araştırmasını öngören 1156. maddesine dayandırılabilir⁶³. Buna karşılık, hakim bunu yaparken tarafların iradesine aykırı hareket etmemesi, yorum kisvesi altında, sözleşmenin içeriğini bozmamalıdır ("*dénaturation du contrat*"). Ayrıca bu ikinci teoriye, sözleşmenin zaten bir "öngörü işlemi" olarak, önceden

⁵⁸ Md. 1160 C. civ. « Sözleşmelerde açıkça yer almasa bile, örf adetten olan hükümler sözleşmenin içeriğine dahil sayılmalıdır. »

⁵⁹ Rouen, 29 nov. 1968 : D. 1969, 146 : « Her ne kadar md. 1160 sözleşmelere örf adetten olan hükümlerin dahil edilmesi gerektiğini ifade etse de, bu madde amaç ve sonuç bakımından, sözleşme taraflarının sessiz kalması nedeniyle, tarafların asıl borç ve haklarını sözleşmeye yeni bir hüküm koyarak, sözleşmenin ekonomisini değiştirebilecek nitelikte değildir » ; Com., 2 déc. 1947 : Gaz. Pal. 1948, I, p. 36 : « her ne kadar md. 1135 'e göre sözleşmelerin yorumu hakkaniyete, örf adete göre borca yüklenen anlamlara göre yapılsa da, hakim bu maddeyi kullanarak, sözleşme taraflarından birini, açık ve belirgin şekilde, özgürce üstlendiği yükümlülüklerden kurtaramaz. »

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

⁶¹ Ch. Jamin, op. cit., Droit et patrimoine 1998, no : 58, p. 46, p. 50.

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

⁶³ Md. 1156 C.Civ « Anlaşmalarda, metnin lafzi anlamıyla sınırlı kalmayıp, sözleşme taraflarının ortak iradesinin ne olduğunun araştırılması gerekir ».

görülemeyen durumlardan korunma amacıyla kullanıldığı⁶⁴ ve de böyle bir hükmün sözleşmede zaten bulunmadığı gerekçeleriyle karşı çıkılmaktadır.

Öğreti, ikinci bir uyarılma yolu olarak, sözleşmelerin geçerlilik şartlarının yeni bir analizini önermiştir. C.civ.'in 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*) etkilenecektir⁶⁵. Fakat *causa* ve hataya ilişkin sorunlar (Fransız MK 1110) fransız hukukuna göre sözleşmenin geçerlilik koşulları olup, ifa engellerinden sayılmazlar.

Hatanın varlığına ise sözleşmenin kurulması anındaki duruma göre karar verilir; içtihatda da kabul edildiği üzere, hata hususunda dikkate alınacak durumlar, sözleşmenin kurulması esnasında var olan durumlardır⁶⁶. Bu bağlamda, salt saikte hatanın geçerlilik koşulu olarak dikkate alınması ancak hile ile aldatma (*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 değil⁶⁷.

Sonuç olarak, sözleşmenin geçerlilik şartlarının sadece sözleşmelerin hükümsüzlüğü hukuki sonucunu doğuracağı, sözleşmelerin uyarlanması imkanının gündeme gelmeyeceği söylenebilir⁶⁸.

Üçüncü ve son bir yol olarak, bu sefer sözleşme kavramının yeni bir analizi önerilmiş: İşlem temelini keşfi (*économie du contrat*). Alman işlem temeli kavramından farklı bir isim taşıyan bu kavram, içtihat tarafından tanımlanmamıştır. Hukuk öğretisi bu kavramı üç açıdan yaklaşmaktadır: 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 finansal eşitlik (“*équilibre financier*”). Sonuç olarak, “*économie du contrat*” kavramı alman işlem temeli kavramı ile karşılaştırılabilir, zira bu kavramda sözleşmenin içeriğini tamamlamaya yöneliktir. Bununla

⁶⁴ G. Ripert , La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd. LGDJ 1949, p. 146-147.

⁶⁵ In einer neueren Rechtsprechung, hat die Cour de cassation auch die Nichtigkeit wegen wirtschaftliche Gewalt (*violence économique*) ermöglicht : Cass. 1^e civ., 30 mai 2000 : D. 2000, 879, note J.-P. Chazal und Cass. 1^e civ., 3 avril 2002 : D. 2002, 1860, note J.-P. Gridel.

⁶⁶ Cass. 1^e civ., 13 déc.1983 : D. 1984, p.340, note Aubert.

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

⁶⁸ Contra ; Cass. civ. 23 juin 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.)

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 etmiştir⁶⁹. İstisnai olarak, bu bağlamda sözleşme bütün olarak da geçersiz kılınabilir⁷⁰. Buna karşılık, sözleşmelerin sosyal yönden gelişmesine 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 yaklaşım arasında fark gözetmemekte tarafları ve sözleşme amacını dikkate almaktadır. Fransız hukuku ise, saf objektif bir yöntemi takip etmektedir: Durumlardaki değişiklik, sözleşmenin amacından bağımsız olarak sadece objektif, ekonomik nitelik taşır. Bu asli fark, esasen, uyarlamanın temelinde yatar: Alman hukukunda bu temel dürüstlük kuralı iken, fransız hukukunda denkleştirici adalet (*justice commutative*) anlayışıdır.

Görünüşe aldanmamalıdır, zira gerçek şudur: Fransız hukukunda, hali hazırdaki sözleşmelerin uyarlanması hususu yer almamaktadır ancak buna rağmen son yıllarda klasik sözleşme teorisi güçlü bir şekilde sarsıntıya uğramıştır. Bundan dolayı gerçek bugün, Code Civil’in ilk yıllarından farklı değerlendirilmektedir, bu nedenle fransız hakimi 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, bir çok şekilde yapılabilir (1), ancak bunun yaparken elbette bazı sınırlara da uyulmalıdır (2).

1. Uyarlamanın gerçekleştirilmesi

Fransız içtihatı son zamanlarda güç kazandı (md. 1244-1 f.I⁷¹, 1152⁷² C.civ., Md. 331-7 C.cons. vd.) veya belki de bu gücü bizzat elde etti (C.civ. md. 1134 III ve md. 1135’de yer

⁶⁹ Cass. com. 15. fév. 2000 : RTDciv., 2000, p. 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^e civ., 3 juil. 1996 : D. 1997, p. 500 ; JCP 1997, I, 4015 ; RTD civ. 1996, p. 903.

⁷¹ Md. 1244-1 f.I C.civ. : « *Bununla birlikte, borçlunun durumu ve alacaklının ihtiyaçları dikkate alarak, hakim, iki yulla 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 p. 918; D. Mazeaud, *La réduction des obligations contractuelles*, Droit et patrimoine no: 58, 1998, p. 58.

alan güven ilkesinin geniş yorumu yoluyla, karş. *infra*) ve böylece yeni sözleşme hukuku teorisinin gelişimine katkıda bulundu.

Alman hukukunun aksine fransız özel hukukunda uyarlama, § 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 dayanır⁷³. Dürüstlük kuralı elbette fransız Cour de Cassation'u tarafından da kullanıldı ancak sözleşmelerin uyarlanması bağlamında bu ilkeye dayanılmadı⁷⁴. Bunun yanı sıra sözleşme kolektif ve sosyal bir görünümde gelişti⁷⁵: Yeni dayanışma (*solidarité*)⁷⁶, dürüstlük (*loyauté*)⁷⁷ ve kardeşlik (*fraternité*)⁷⁸ ilkeleri sözleşme kavramına girmiştir ve böylelikle günümüzde kiracı, tüketici, kredi alıcısı daha fazla korunmaktadır. Bugün, sözleşmenin yararlı ve adil (*utile et juste*) olması önemlidir⁷⁹.

Demek oluyor ki, fransız hukukunda bugün, denkleştirici adaleti (*Aristote-justice commutative*) sağlamak amacıyla sözleşme uyarlanmalıdır. Bu gerekçe, uyarlamayı sağlayabilmek için idare hukukunda da ileri sürülmektedir. Burada da, denkleştirici adalet,

⁷² Md. 1152 C.civ. : « 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. »

⁷³ Ch. Jamin, op. cit., p. 57 ; yazar « sözleşmesel dayanışma » dan (*solidarisme contractuel*) bahsetmiştir ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., no : 314, p. 359 : « Edimler arası ekonomik dengesizlik, sadece yarattığı adaletsizlik sözleşmeyi gereksiz kılar ve sözleşmenin sosyal gereğinin ortadan kalması riskini doğurursa sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi veya feshine imkan verir. » Jedoch Cass. 1^e civ., 16 mars 2004= LPA, 28 juin 2004, N^o 128, p. 18, obs. CH. Gavoty, O. Edwards ;

⁷⁴ Cass.com. 3. nov. 1992 : Bull. civ. IV, no : 338, p. 241 ; JCP 1993 II, 22164 ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. Mestre.

⁷⁵ D. Mazeaud (note sous Cass. Com. 24 nov. 1998= Def. 1999, Art. 36953, p. 374), yazar burada « sözleşme hukukuna insancıl yaklaşımdan », « sözleşmesel görev bilincinden » (Mél. Terré p. 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.

⁷⁶ Ch. Jamin, op. cit., p. 57 ; Cass. 1^e c.v., 11 juin 1996= Rep. Def. 1996, 1007, obs. Mazeaud= RTD civ. 1997, p. 425, obs. Mestre : Borçlu , sözleşmeyi, alacaklının çıkarımını en iyi şekilde koruyacak surette ifa etmelidir ; D. Mazeaud, Solidarisme et realisation du contrat, in Solidarisme contractuel, Economica, 2004, p. 57.

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

⁷⁸ C. Thibierge-Guelfucci, op.cit., RTDciv. 1997, p. 357, p. 368, no: 13 : « üst emperatifler eşitlik, adalet, denge veya etkililiktir. ; G. Paisant, op. cit., Dr. et patrimoine 1998, no : 58, p. 44 ; D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, Mél. F. Terré, 1999, p. 603 ; ve de 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, 3318 ; Cass. 1^e civ., 23 janv. 1996 : D. 1997, p. 571 note P. Soustelle= Rep. Def. 1996, p. 744, obs. Delebecque : bir sözleşme tarafı, sözleşmesel dayanışma adına (...) alacaklısını edimlerini faturalarken yaptığı yanlışlıktan haberdar etmeli ; Cass. com., 28 nov. 1998= Def. 1999, Art. 36953, p. 371 obs. Mazeaud.

⁷⁹ Daha 1907'de Demogue řu 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.

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, 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 geçerlidir. Aynı şekilde, 1918 tarihli *Loi Faillot* çerçevesinde de, gerek *révision* gerekse sözleşmenin feshine veya tazminata hükmedilmesi mümkündür.

Revizyon’un nasıl somutlaşacağı ise henüz aydınlatılmamış bir konudur. Her ne kadar § 313 RegE sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir talep hakkı verse de, bu uyarlamanın nasıl gerçekleşeceğini açıklamamaktadır. Bu noktada, uyarlamanın, tarafların mutabakata dayalı görüşmelerine bağlı olduğu ve hakimin çok büyük bir rol oynamayacağı kabul edilmelidir. Sözleşmeden dönme, ancak uyarlamanın mümkün olmadığı veya taraflardan birinden beklenemediği durumlarda gündeme gelmelidir. Tazminata hükmedilip edilemeyeceği sorusu, § 313 RegE tarafından açık bir şekilde cevaplanmamış olsa da, bu hususta genel borçlar hukuku ilkelerinin uygulama alanı bulacağı anlaşılmaktadır.

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

Bu noktada, Alman hukuku uluslararası mekanizmalarla ve Fransız hukukuyla çelişir: *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 hakimin 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 isterlerde sadece hakimden sözleşmenin sona erdirilmesini de isteyebilirler. İki hukukta da, hakimin tazminata hükmedebilmesi mümkündür.

Her ne kadar, uyarılma mağdur sözleşme tarafı için avantaj teşkil etse de, sözleşmeden dönmeden veya sözleşmenin feshinden kaçınılması gerekli haller vardır; bu nedenle (hukuki güvenlik gerekçesiyel) bazı gerekli sınırlar baki kalır.

2. Uyarılmanın sınırları

Bu noktada teknik bir sınır gündeme gelir: Sözleşmesel veya kanuni risk paylaşımı. Uyarılma sorunu, aslında bir risk paylaşımı sorunudur: Sözleşmede değişen koşulların riskine kim katlanmalıdır?

Sözleşme bu olasılık öngörülerek kurulmuşsa, tüm hukuki mekanizmalar benzer sonuçlar öngörmüştür: Sözleşmeye sadık kalınmalı, ve herhangi bir uyarılmaya gidilmemelidir. Ancak, sözleşme bu olasılığı öngörerek kurulmamışsa, başka bir analiz gerekir: *Res debitori pereunt* ilkesinde olduğu gibi, risk paylaşımı kanunca öngörülmüş olabilir. Veya kanun kesin hiçbir 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*'in⁸⁰ önerisine göre, sözleşme taraflarından birinin sigortalı olduğu⁸¹ veya sözleşmenin, bu tarafın hukuki ilişkisinin küçük bir parçasını teşkil ettiği durumda uyarılma mümkün olmamalıdır. Bunun dışında yazar, uyarılmanın, en az mağdur olan sözleşme tarafının aleyhine uygulanmasını önermektedir ki, bu da bir çeşit dayanışmayı ifade eder. Fakat bu durumda dahi uyarılmaya 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 uyarılmaya gidilememeli, daha çok ona, tazminat hakkı tanınarak veya tanınmayarak sözleşmeden dönme imkanının verilmesi ile yetinilmelidir.

Sonuç olarak Fransız hukukunda uyarılma 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 uyarılma sadece belli sınırlar dahilinde ve çok sıkı hakim kontrolü altında yapılmaktadır. İki hukuk karşılaştırıldığında, Alman hukukunda sözleşme

⁸⁰ *Ch. Jamin*, op.cit., p. 53.

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

taraflarının büyük bir özgürlüğe sahip olduğu söylenebilir: Hakim müdahalesi olmaksızın uyarlamaya gidilebilmekte, sözleşmeden tek taraflı olarak dönülebilmektedir.

İki hukukta uyarlama, gerek şartlar gerek sonuçlar bakımından 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 19.6.1980 tarihli, sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki Roma EWG üst sözleşmesi (EVÜ) 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. Uyarlama imkanlarındaki eksiklik nedeniyle, Fransız girişimci çöküşe sürüklenirken, Alman girişimci büyük bir özgürlüğün keyfini çıkarmaktadır. Eğer, Avrupa'da bir hukuk uyumlaştırmasına gidilmek isteniyorsa, bu tür farklılıkların bertaraf edilmesi gerekir⁸². Alman yasa koyucu, § 313 RegE ile, işlem temelini çökmesine ilişkin şimdiye kadarki içtihatı 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.

⁸² H. Smit, Seven Impertinent Proposals, Mél. Gavalda, Dalloz 2001, p. 279, p. 282.