

ALMAN HUKUKUNDA BORCUN İFASINDA AŞIRI GÜÇLÜK (MUAMELENİN TEMELİ) İLE İLGİLİ OBJEKTİF GÖRÜŞLER

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ

I — KONUYA GİRİŞ.

1) Mes'elenin açıklanması. Modern hukuk düzenlerinden bazıları, kişilere sözleşmeler yoluyla hayat ilişkilerini düzenlemek imkânını tanımışlardır. Bu hukuk düzenlerinde hukukî sonuçlar, kişiler irade beyanlarında bu sonuçların doğmasını istedikleri için meydana gelirler. O halde bu düzenlerde sözleşme kişilerin isteklerine kanunî biçim sağlayan araçtan başka bir şey değildir. Ancak bununla sözleşme hükümlerinin, bu düzenlerde bile, sadece kişilerce istenenlerden ibaret bulunduğunu söylemek istemiyoruz. Çünkü önce hukuka, ahlâka aykırılık ve imkânsızlık kavramları kişilerin diledikleri sözleşmeleri yapabilmelerine sed çekmiştir. Sonra açık olmıyan veya boşluk taşıyan sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması gereklidir. Bu yorum ve tamamlama işi, teo-ride baskın fikre göre, objektif açıdan yapılmalı; yani aynı şartlar içindeki makul ve dürüst kimselerin bu irade beyanına verecekleri anlam esas alınmalıdır¹. Böyle hareket edildiği zamanda, sözleşmeye, kişilerin gerçek iradeleri dışında kalan bazı hususların da gireceğinde kuşku yoktur. Demek oluyor ki, sözleşme doğumu ve hükümleri yönünden çeşitli unsurların birleşimidir ve bunlardan bir kısmı tarafların iradesine dayanırlarken, diğerleri bu iradeden bağımsızdırlar. İşte kişilerin aralarındaki borç ilişkilerine biçim vermekte kullandıkları bu sözleşmeler, tamamen belirli fiili ilişiklere dayanırlar. Elbetteki bu fiili ilişikler ifa zamanına kadar ay-

1) Bk. *Kenan Tunçomağ*, Borçlar Hukuku dersleri, cilt I: Genel Hükümler, 2. baskı, İstanbul 1965 183/187; *Oftinger*, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58, 196.

nen devam etmezler. Hatta iş adamları çoğu zaman bu ilişkilerde meydana gelecek değişiklikleri hesaba katarak sözleşme yaparlar. Ancak onların hesaba kattıkları, olayların tabii gidişine uyan değişikliklerdir. Eğer meydana gelen değişiklikler çok önemli ve olağanüstü bir nitelik taşıyorlarsa, durum değişir. Çünkü bu ölçüdeki fiili değişiklikler, borçlunun ifa için yükleneceği giderlerin, hesaplamakta haklı bulunduğu miktarın, çok üstüne çıkmasına veya borçlu ediminin alacaklı yönünden değerini veya amacını kaybetmesine sebebiyet verirler. Acaba dayandığı fiili ilişkilerdeki çok önemli değişiklikler sonucu temelleri çöken bu sözleşmelere taraflar bağlı kalmakta devam edecekler midir? Etmeli midirler?

Bu sorunun cevabı temel alınan hukuk ilkesine göre değişik olacaktır. Gerçekten, meselâ, Özel Hukukun temel ilkelerinden biri «sözleşmeye bağlılık - pacta sunt servanda»dır. Bu esas, hukukî hayatta güveni sağlar. Çünkü kişiler yaptıkları sözleşmelerden önceden tesbit ettikleri konu çerçevesinde ifa edileceklerine güvenmek ihtiyacındadır. Eğer sözleşmeye bağlılık esasından hareket edeceksek, fiili ilişkiler sonradan önemli derecede değişmiş olsalar da, tarafların sözleşmeyi aynen ifa zorunda bulduklarını kabul gerekecektir. Fakat bu esasın yanı başında «sözleşme adaleti» adını taşıyan bir başka esas daha vardır. Sözleşme adaleti esası, sözleşmeyle kurulmuş edimler arasında başlangıçta mevcut bulunan dengenin sonuna kadar korunmasını, sözleşmeyi sürekli olarak yeni olaylara uydurmayı ifade eder. Acaba ne zaman sözleşmeye bağlılık esasına, adalet esasına dayanmak suretiyle bir istisna koymak gerekli olacaktır? İşte, bu soruya Alman Doktrininde bazı yazarlarca verilmiş cevap, bu kısa incelememizin konusu olacaktır.

İncelediğimiz konunun, bir memleketin hukukî ve iktisadî düzeniyle yakından ilgisi vardır. Gerçekten bu mes'ele şu iki tip hukuk düzeninde asla ortaya çıkmaz. Bunlardan birincisi; tam (liberal ve) ferdiyetçi hukuk düzenidir. Bu düzenin hâkim bulunduğu memleketlerde fert esastır ve fert kendi iradesiyle tıpkı kanun gibi hukuk yaratabilmekte, dilediği sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbest bulunmaktadır. İşte bu memleketlerde sonraki değişiklikler sebebi ile ve taraflardan birinin iradesine rağmen sözleşmenin değiştirilmesi mümkün değildir. Çünkü sözleşme iki tarafın belli bir konu üzerinde anlaşmaları ile meydana gelir. Oysa Yargıca sözleşmeyi değiştirebilme yetkisi tanıdığımız andan itibaren, sözleşme

yeni bir konu tarafların iradelerinin ifadesi olmayan başka bir konuya sahip olacaktır. Bunun, ferdiyetçi görüşe dayanan sözleşme kavramı ile bağdaşamayacağı meydandadır². Diğer taraftan, bütün siyasî ve iktisadî iktidar devlet elinde toplandığı, ferdi faaliyetin yerini genel bir plâna bıraktığı ve plânın uygulanmasının devlet eliyle sağlandığı hukuk düzenlerinde de (burada incelediğimiz anlamda) sözleşmenin değiştirilmesi mes'elesi ortaya çıkmaz. Çünkü bu tür hukuk düzenleri hukuk yaratma vasıtası olarak sözleşmeye ikinci sırada ve sadece planı tamamlayıcı ve müşahhaslaştırıcı bir önem tanımışlardır. Bu hukuk düzenlerinde ancak toplum iktisadî yönünden önemsiz bazı alanlarda fertlere sözleşme serbestisi tanınmıştır. Genellikle, doğu blokuna giren memleketlerde durum budur³. Şu halde, sözleşmenin değiştirilmesi mes'elesi ancak bu iki zıt kutup arasında yer alan hukuk düzenlerinde ortaya çıkabilecektir. Bu hukuk düzenleride daha çok liberal veya kapitalist adını verdiğimiz memleketlerdeki hukuk düzenlerinin bazı yönlerden sınırlanması sonucunda meydana gelmişlerdir. Çünkü bu gün artık XIX. yüzyıl anlamında tam bir kapitalist devlet kalmamış olup, bu devletlerin hemen hepsi sözleşme hürriyetini az veya çok ölçüde sınırlamak mecburiyetinde kalmışlardır. Bu sınırlama ise, sözleşme serbestisini tamamen ortadan kaldırmak yerine, sözleşmenin iktisaden zayıf durumdaki tarafını korumak amacıyla, yargıcın sözleşmeye karışmasını sağlamak suretinde yapılmıştır⁴. Yalnız hemen belirtelimki incelediğimiz mes'elenin nazarî yönden ortaya çıkması mümkün memleketlerden bazıları, bu konuyu kanunen düzenlemiş buldukları için, o memleketlerde bu mes'ele münakaşa konusu olmaktan çıkmıştır. Gerçekten, 1928 tarihli Macar Medeni Kanunu, 1050; 1934 tarihli Polonya Borçlar Kanunu 269; 1940 tarihli Yunan Medeni Kanunu 386; 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanunu 1467/1469; 1948 tarihli Mısır Medeni Kanunu 14. maddeleri ile, söz-

L. *Dikoff* Die Abänderung von Verträgen durch den Richter, Festschrift für J. W. *Hedemann*, jena 1938, 180/184; L. *Raiser*, Vertragsfreiheit heute, *Juristen Zeitung*, Tübingen 1958. 1/2; Niboyet, *Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit*, II: La révision des contrats par le juge Paris 1937.

3) *Raiser*, 2/3; R. *Reinhard*, Die Vereinigung subjektif und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, Festschrift für W. Schmidt-Rimpler, s. 129.

4) *Raiser*, 3.

leşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti esasları arasında bir denge kurmaya çalışmışlardır⁵.

2. *Terim*. Türk Hukukunda incelediğimiz konuyu ifade için ortaya atılmış terimler birden çoktur. Bunlardan başlıcaları emprevizyon, beklenmezlik, beklenmiyen hal, evvelden tahmin edilemiyen hal, fevkalâde hal, derpiş olunamayan hal, mukavelenin hâkim tarafından tâdil veya feshi ve clausula rebus sic stantibus'dur. İlk altı terim incelediğimiz kavramı değilde, bu kavramın unsurlarından sadece bir tanesini (önceden görülmezliği) belirtme yüzünden yetersizdirler. Üstelik emprevizyon teriminin yabancı dilden olması gibi bir mahzuru daha vardır. Bu mahzur «clausula rebus sic stantibus» terimi için de vardır. Sonra kısaca «clausula» terimi aslında Borçlar Hukukuna yabancı bir terimdir; zira bu terimin asıl ortaya çıktığı ve uygulandığı alan, Devletler Özel Hukukudur. Mukavelenin hâkim tarafından tâdil veya feshi ise, bir terim olmaktan çok, bir izah olduğu için elverişsizdir. Almanyada incelediğimiz konuyu göstermek üzere kullanılan terim, çoklukla, muamelenin temeli veya sözleşmenin temelidir. Mes'elemizin muamelenin temelinden hareketle çözülebilmesi mümkün olduğu için bize göre de, bu terimi kullanmak fazla yanlış olmaz. Ancak bu terim aşırı güçlük terimi kadar açık ve aydınlatıcı değildir. Gerçekten aşırı güçlük terimi, yukarıdaki terimlerin çoğunda gördüğümüz gibi, mes'elemizi doğuran olayların özelliğini bir tarafa bırakarak doğrudan doğruya bu olayların doğurduğu sonuca işaret etmektedir. Sonra bu terim, konumuzla imkânsızlık arasındaki farkı açık bir şekilde belirtmektedir. Gerçekten imkânsızlıkta borcun ifasında karşılaşılan engeli yenmek insan gücünün dışında olduğu halde, aşırı, güçlükte engeli yenmek mümkün; fakat borçludan istenemeyecek derecede ağırdır, aşırıdır. Bu yüzden, bir aşırı güçlük teriminin yukarıda andıklarımız içerisinde en isabetlisi olduğu düşüncesindeyiz.

II — ALMAN HUKUKUNDA MUAMELENİN TEMELİ GÖRÜŞÜ.

1) Genel olarak. Borcun ifasında aşırı güçlük mes'elesi, Birinci Dünya Savaşı ve onu izleyen enflâsyondan sonra alman mahkeme kararlarında ve sonradan bilimsel araştırmalarında m u a m e -

5) *Kegel*, Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftsleben auf Verträge gesetzlich zu regeln und in Welchem Sinn, (in Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. I, 101/102).

lenin temeli terimiyle anılmağa başlanmış ve bir süre sonra bu terim, *clausula rebus sic stantibus* teriminin yerini almıştır. Çünkü alman hukukçuları arasında bu mes'elenin ancak muamelenin temelinden hareketle çözülebileceği kanaati yerleşmiştir. Ve bu görüşü ortaya atanda tanınmış Alman hukukçularından Oertmann olmuştur. Fakat Oertmann'ın bu görüşü de kısa bir zaman sonra kuvvetle eleştirilmiş ve ondan, sonuçta aynı, fakat ifade, dayanak ve diğer müesseselerden ayırmada farklı bir çok görüşler üretilmiştir. Muamelenin temeli adı altında toplanabilen bütün bu görüşleri üç kısma ayırmak mümkündür. Birinci kısımda yer alan görüşler, muamelenin temelini subjektif bir açıdan inceleyenler; yani tarafların sözleşmeyi yaptıkları sırada sahip oldukları bazı tasavvurları esas alırlar. İkinci kısma girenler, aynı kavramı objektif açıdan; yani sözleşmenin taraflarca bir anlam taşıyabilmesi için var olması ve devamı objektif yönden gerekli hal ve durumlardan hareket ederler. Nihayet üçüncü kısımda yer alan karma görüşler ise, subjektif ve objektif unsurları birlikte gözönünde tutmak suretiyle muamelenin temelini tarif ve tesbite çalışırlar⁶. Maafih bu ayırmanında kesin olmadığını önemle belirtmemiz yerinde olur. Çünkü bazı müelliflerin objektif görüşler içine soktukları belli bir görüşü, diğerlerinin subjektif görüşler arasına koydukları görülmüştür. Aşağıda biz bunlardan sadece muamelenin temeliyle ilgili objektif görüşler üzerinde duracağız.

2) Muamelenin temeli ile ilgili objektif görüşler.

a) Kaufmann'ın varlık amacı görüşü.

aa — Açıklanması. Birinci Dünya savaşının patlamasından az önce, olayların zorlamasıyla şart «*clausula*» görüşü tekrar kendinden söz ettirmeğe başladı. Meselâ, bu görüşü yeniden ele alanlardan Erich Kaufmann, tenkidleri de gözönünde tutarak bu görüşe yeniden ve Windscheid'in psikolojik temelinden farklı bir temel vermeğe çalıştı. Ona görede, bir hukuki muamele ile yüklenilmiş borç bir şarta bağlıdır; hatta taraflardan hiç birinin iti-

6) *Staudinger/Weber*, Recht der Schuldverhaeltnisse, 11. aufl. Teil 1 b, Berlin 1961 s. 242 N. E. 31 ve E 33; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhaeltnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958, II; § 41. II; 4; *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963, 184/185.

bari iradesinde (empirischen Willen) yer almamış olsa da, borç yine bir şartla yüklenilmiştir. Çünkü bir muamelenin yükümlülüğünü tayinde esas olan, bu itibari irade değil, ona kıyasla çok daha şumullü bulunan etki iradesi (Wirkungswille) dir. Bu etki iradesi, irade beyanından çıkarılabilen ve bu yüzden irade beyanını yapana izafe edilebilen bütün herşeye yöneltilmiştir⁷. Değişik bir söyleyişle, belli bir sözleşme, meselâ bir alım satım veya kira sözleşmesi yapan kimsenin etki iradesi, zarurî olarak bu sözleşme nev'inin niteliğine, onun temel hukukî yapısına (rechtlichen Grundgedanken) veya varlık amacına (Wesenszweck) uyan her şeye yöneltilmiş demektir. O halde, Kaufmann'a göre, taraflardan her birinin hukukî muamele ile üzerine aldığı borç, sınırını, borç altına giren tarafa, belli bir sözleşme çeşidinin varlık amacından (mahiyetinden) çıkan etki iradesine dayanarak karine olarak yüklenilecek şeyde bulur. Bu yüzden durumlardaki değişiklik yüzünden sözleşmenin var oluş sebebi (hikmeti vücudu) tehlikeye girdiği, meselâ edimle karşı - edim arasındaki denge yıkıldığı takdirde, bu değişiklikleri gözönünde tutmak gerekir⁸. Demek ki Kaufmann durumların sonradan değişmesi yüzünden sözleşmenin varlık amacı tehlikeye düştüğü, meselâ edimle karşı - edim arasındaki denge bozulduğu takdirde, borçludan borcunu ifası istenmiyeceği fikrindedir. Ona göre, bu durumda söz konusu sözleşme çeşidinin mahiyetinden çıkan etki iradesine dayanılarak tesbit edilecek sınır aşılmış olur.

Kaufmann'ın bu görüşü irade beyanlarının yorumlanmasından kuvvet almaktadır. Yalnız Kaufmann'ın irade beyanlarının yorumlanması mes'elesini çok objektif olarak ele aldığı ve bu sayede sözleşmenin konusunu objektif adalet düşünceleri ile tayin, dolayısıyla tamamlama imkânını bulduğu gözden uzak bulundurulmamalıdır⁹.

bb) Tenkidi. Kaufmann'ın eserinin ağırlık noktası Kamu Hukukundadır. Bu yüzden, onun ortaya attığı görüşün Özel Hukuk yönünden taşıdığı önem bu iki hukuk dalı arasındaki ayrılık yüzünden uzun zaman özel hukukçuların ve mahkemelerin gözünden kaç-

7) E. Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911 107; Larenz, GG, 12/13; Staudinger/Weber § 242, N. E 75

8) Kaufmann, 110 vd.; Larenz, GG, 13

9) Walter Schmiedt Rimpler, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift für Nipperdey, Berlin 1955, 23.

miştir. Hatta bu gözden kaçmada müellifin eserine seçtiği mütevazi başlığın da etkisi olduğu söylenmiştir¹⁰. Maamafih önce, irade beyanlarının yorumu yolu ile, taraflarca istenilmemiş bulunan hukukî hükümlerin veya hukukî hükümlerin modalitelerinin tesbit edilebileceği herkesçe kabul edilmemiştir¹¹. Fakat bunu kabul edenler bile, yorum yolu ile şartın (clausula'nın) sözleşmenin konusu yapılmak istenmesi halinde «tamamlayıcı yorum» (ergänzende Auslegung) sınırlarının aşılması olacağını ve bu aşmadan bazı sakıncalar doğabileceğini söylerler. Üstelik, aynı müelliflere göre, yorum münferit ve belirli bir sözleşme mes'elesi iken, şartta (clausula'da) her sözleşmenin mâhiyetinde yer alan (immanentes) bir mes'ele söz konusudur ve bu özelliği yüzünden, sonuncu mes'ele ancak sözleşmenin yapısından hareket suretiyle çözülebilir. Nihayet yine onlara göre, Kaufmann'ın görüşü ve genellikle yoruma dayanan bütün görüşler, sadece sözleşmeye alınmış bir unsurun kararlaştırılmış bir hükmü etkileyebileceğini iddia ve bu yüzden yorumu en geniş surette yayarak şart'ı (clausula'yı) sözleşmenin konusu şeklinde damgalamayı isterler. Oysa aslında şartta (clausula'da) belli sebepler yüzünden, kararlaştırılmamış bir unsurun hukukî hükümler üzerinde etki yapması söz konusudur¹².

b) *Krückmann'ın şeyin tabiatında gizli ihtirazî kayıt görüşü*¹³.

a) Açıklanması. *Krückmann*, tıpkı *Kaufmann* gibi, kendi görüşünü, *Windscheid*'in tasavvur görüşünü tamamlamak ve düzeltmek suretiyle meydana getirmiştir. *Krückmann*'a göre, tasavvur bir açıklanmamış fiilî ihtirazî kayıt (unterlassener aktueller Vorbehalt)dir. Bu yüzden, tasavvur tarafın başlangıçtaki irade beyanında var olamaz. İşte taraf tasavvurunu sonradan öne sürmekle, hukukî muamelenin yapılması sırasında bir şart halinde koymayı ihmal ettiği şeyi tamamlamak istemektedir. Taraf, şeyin

10) *Walter Schmiedt Rimpler*, 43 N. 6; *Larenz*, GG, 13. Sonuncu müellif *Kaufmann*'dan geniş ölçüde faydalanmıştır.

11) Bk. *Kegel*, 148 - 149 vd.

12) *Walter Schmiedt Rimpler*, 23 - 24.

13) *Krückmann*, şart (clausula) görüşünün bu gün de yürürlükte olduğunu göstermek üzere çeşitli yazılar kaleme almıştır Meselâ bk. *Clausula rebus sic stantibus*, *Kriegsklausel*, *Streikklausel* - Arch. ZPr. 116 (Sonderausdruck 1918) ve Arch. ZPr. 128, 157; 131, 1.

(durumun) kendisinin kabul ettiğinden, var farzettiğinden başka surette olduğunu ancak daha sonra farkettiği için, burada yeni bir irade «tipik taraf iradesi» (typischer Parteiwille) ortaya çıkmaktadır. Bu yeni irade aslında «tamamen görünmez veya gizli» (rein virtuell oder potentiel) bir irade yani «şeyin mahiyetinden çıkan irade»dir. Bu yüzden, K r ü c k m a n n'a göre, bir fiilî ihtirazî kaydın yapılmadığı her yerde, bir zımnî ihtirazî kayıt söz konusudur. Bu ihtirazî kayıt her sözleşmede yer alan anlamın, «mantıken şeyin mahiyetinde olma»nın (logischen Immanenz), «tipik taraf iradesi»nin (typischer Parteiwille) yüzeye çıkmasıdır ve bu, sözleşmenin konusu içinde yer alır. Beklenmezlik (Nichtzumutbarkeit) mes'elesi de, bir tarafın sonraki yeni iradeye dayanmaya izinli olup olmamasına göre çözümlenmelidir. Fiilî bir gelişmenin bir sözleşmeyi anlamsız, amaçsız ve konusuz hale getirmesi, belli bir olayda beklenmezliğin kabulünü haklı gösterir¹⁴.

K r ü c k m a n n'a göre, işte durumda önceden görülmemeyen bir değişiklik sonucu sözleşme anlamsız, amaçsız veya konusuz bir hale gelmişse, bu sözleşme fesholunabilir.

bb) Tenkidi. Bizzat K r ü c k m a n n dahi, ortaya attığı bu «şeyin mahiyetinden çıkan irade» de zarurî olarak bir fiksiyonun söz konusu olduğunu kabul etmiştir¹⁵. Fakat taraf beyanlarının sözleşmenin «iç mantığı» ile çatışması halinde, tarafların iradesi yerine tipik iradeyi koymayı haklı gösteren bir sebebi kendisi de göstermemiştir; bu zımnî iradeyi mantıkî surette açıklayamamıştır¹⁶. Diğer taraftan, K r ü c k m a n n'ın temel düşüncesinin doğru olması, yani durumda önceden görülmesi imkânsız bir değişme sonucu sözleşmenin anlamsız, amaçsız veya konusuz kalması durumunda onun feshi gerektiğini bildirmesinin fazla bir önemi yoktur. Asıl önemli olan, bu temel düşüncenin münferit olaylara uygulanabilmesidir. Oysa K r ü c k m a n n ne zaman durumun değişmesi sonucu sözleşmenin, anlamsız ve amaçsız hale düşeceği sorusuna inandırıcı bir cevap verememiştir. Maamafih K r ü c k m a n n'ın şart (clausula) mes'elesi üzerinde yazdığı muhtelif yazılar, mes'elemize faz-

14) *Staudinger/Weber*, § 242, N.E 59; *Larenz*, GG, 13; *Krückmann*; *Clausula rebus sic stantibus Kriegsklausel Streikklausel*, 151 - 152 vd.; *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, Arch. ZPr. 131, 1 - 13.

15) *Krückmann*, *Irrtum, veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage*, *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 1933, 486.

16) *Staudinger/Weber*, § 242, N. E 59.

la bir aydınlık getirmemiş olmasına karşılık, aynı yazılar AMK. tarafından kabul edilmemiş olmasına rağmen, şartın (clausula'nın) tatbikatta daima uygulandığını isbat etmiştir¹⁷.

c) *K e g e l'in tehlikeyi veya zararı taşıma (paylaşma) görüşü.*

aa) Açıklanması. *K e g e l'e* göre, muamelenin temeli mes'elelerinde söz konusu olan «tehlikeyi veya zararı taşıma» (Gefahr - oder Schadenstragung) dır ve eğer geleceğe bakılıyorsa bu ihtimallerden birincisi; geçmişe bakılıyorsa, ikincisi gerçekleşir. Buradaki zarar, taraflardan hiç birinin kusuruna dayanmayan, kısaca «kazadan doğan zarar» dır. Kaide olarak, her iki taraf da kendi alanında doğan kaza zararını bizzat yüklenmek zorundadır. Sözleşme hukukunda taraflar ve yardımcı olarak da, tamamlayıcı hukuk kaideleri tehlikeyi veya aynı anlamda olmak üzere, zararı kimin taşıyacağını tayin ederler¹⁸. Objektif yönden zararı taşıyan taraf, bu suretle sözleşmeyle izlediği amacı kaybetmiş, kaçırmış olur. Meselâ, düşündüğünden çok fedakârlığa katlanmak zorunda kalmışsa, borçlu ve eğer düşündüğünden daha az elde etmişse, alacaklı amacına, sözleşmeyle ulaşmak istediği sonuca ulaşamamış olur. Karşılıklı sözleşmelerin yapısı, zararı taşıyan kimseye borçlu ise, düşündüğünden fazla ifada bulunmak (meselâ, onun edim tehlikesini taşıması halinde görüldüğü gibi); alacaklı ise, düşündüğünden azla yetinmek (meselâ onun semen - fiyat - tehlikesini yüklenmesi hâlinde görüldüğü gibi) veya bir taraf her iki vasfı da üzerinde toplamışsa, borçlu sıfatıyla yükten kurtulmak (entlasten) ve alacaklı sıfatıyla yük altına girmek suretiyle zararı dağıtmak imkânını verir. Sözleşme yapmak bazı şeyleri önceden görebilmek, tahmin edebilmektir. Bu yüzden kaide olarak sözleşmenin her iki tarafı da kendi tehlikesini bizzat taşımak zorundadır¹⁹.

Fakat, *K e g e l'e* göre, kazadan doğan tehlikenin, kısaca «genel tehlike», «toplumu tehdit edici tehlike» (Gemeingefahr) adı verilebilecek olan özel bir çeşidi vardır ki, esas itibariyle, taraflardan

17) *Larenz*, GG, 13 - 14; *Staudinger/Weber*, § 242; N. E 59.

18) *Kegel G.*: Empfiehlt es sich den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln? (Verhandlungen des 40. deutschen Juristentages, Tübingen 1953, 199 - 200).

19) *Kegel*, 200.

hiç biri diğerinden bunu üzerine almasını bekleyemez. Çünkü genel tehlike bir çoklarına insafsızca ve ayırma yapmadan isabet eder. Bu genel tehlike su basması, yer sarsıntısı gibi tabii felâketler vasıtasıyla veya savaş, askerî, malî ve iktisadî tedbirler gibi devletin fiilleriyle meydana çıkar. Hatta bugün aldığı tedbirlerle Devletin yarattığı tehlike, tabii felâketlerin ortaya çıkardığından çok daha büyüktür ve muamelenin temeli mes'elesi, işte özellikle devletin fertleri içine soktuğu bu çevrede kendini göstermektedir. Bu tip zararların «tarafkların hâkimiyet alanı dışında» kaldığı söylenebilir. Fakat bu pek doğru değildir. Zira aslında zararı yaratan olay onların hâkimiyet alanı dışında, fakat etkisi, bu alan içindedir. Sonra tarafların hâkimiyet alanı dışında bulunan bazı olaylar vardır ki, bunların zararını taraflardan biri çekmek zorundadır; meselâ rüzgâr, fırtına gibi. Maamafih sonuncuları tarafların alanı içinde kabul etmek alışkanlığı bulunduğu için, yukarki ifadenin kullanılması mahzurlu sayılmayabilir²⁰.

Yalnız, «tarafkların hâkimiyet alanı dışındaki» zararlar dediğimiz zaman, bununla sadece hukuk politikasıyla ilgili bir değer hükümü vermiş olduğumuzu unutmamalıyız. Çünkü belli olay gruplarını hukuk politikası yönünden tamamen başka bir surette düzenlemek de mümkündür. Meselâ, hâkimiyet alanı içinde doğan zararlar, yani terim yerinde ise, «muamelenin küçük temeli» hallerinde zarara uğrayana yardım edilebileceği gibi; asıl muamelenin temeli, yani «muamelenin büyük temeli» hallerinde bu yardım güçleştirilebilir. İşte sözleşme temelinin çökmesinden söz edebilmek için önce, ortada genel tehlike suretinde vasıflandırabileceğimiz ve taraflardan birinin hâkimiyet alanı dışında (veya pek önemliyse, hâkimiyet alanı içinde) meydana gelen bir olay bulunmalıdır. Sonra bu olay sonucu, sözleşmenin taraflarından biri önemli bir zarara uğramalıdır. Fakat zararın önemliliğini tesbit, her zaman kolay değildir. Bunun için zarar meydana gelmeden önceki durum gözönünde tutulmak gerekir. Eğer bu konuda rakamla bir destek göstermek istenecek olursa, yüzde yirmi beş sayısı verilebilir. Çünkü bu sayıya, Fransız Fevkalâde Kira Kanununda (französische Mietnotrecht) ve Alman Sözleşmeye Yardım Kanununun (deutsche Vertraghilfegesetz) 3. paragrafının I ve II fıkralarında rastlamak mümkündür²¹. Daha

20) *Kegel*, 201.

21) *Kegel*, 202.

sonra, zarara uğrayan bunu önceden tahmin edebilecek durumda olmamalıdır. Eğer o, ortaya çıkan durumu önceden görür veya görmek zorunda bulunur yahut da geçmişle ilgili bir durum söz konusu olduğu için onu bilir veya bilmek zorunda olursa, kendisine yardım edilmez. Konumuz yönünden bir durumu önceden görmek zorunda olmak ancak, zararın doğması ihtimalinin çok büyük olması yüzünden, zarara uğrayanın yerinde bulunan makul bir kimsenin sözleşmeyi yapmaktan kaçınacak olduğu takdirde, kabul edilebilir²². Nihayet bu konuda aranacak sonuncu şart, zarara uğrayan tarafın (borçlu veya alacaklı) temerrüdünde bulunmaması; onun, sözleşmenin temelini çökmüş bulunmasına rağmen, ahlâken ifa zorunda olmaması ve belli bir ölçüde olmak üzere, korunmaya lâyık bulunmasıdır²³.

Kegele'ye göre, muamelenin temelini çökmesine bağlanacak hüküm, onun dayandığı ana düşünceden çıkarılabilir. Gerçekten de eğer kanuna veya sözleşmeye göre mutaden tehlikeyi yüklenmiş bulunan kimseye, genel bir tehlikeden, özellikle tabii bir felâket veya devlet fiilinden (tecavüzünden) doğan ve önceden görülemeyen ağır zararı da yüklemek adalete aykırı ise, aynı zararı sözleşmenin diğer tarafına yüklemek ondan daha az adaletsiz değildir. Bu yüzden, zararı taraflar arasında bölüştürmek en doğrusudur. Bu bölüştürme yapılırken durumun bütün özellikleri gözönünde bulundurulmak şartıyla bir oran tayin edilmelidir. Maamafih yukarıda açıkladığımız ana düşünce, kaide olarak, zararın yarı yarıya bölüştürülmesini gerektirir. İstisnaî bazı hallerde, meselâ karşı taraf muamelenin temeli olayı ile önemli ölçüde zarara uğramış olsa da, birbirine bağlı zararlarda (konnexen Schâden) veya tarafların iktisadî durumları arasında büyük fark bulunması hallerinde, Kegele zararın bölüştürülmesi gerekmediği fikrindedir²⁴.

Zararın ne suretle bölüştürüleceği mes'elesine gelince, bu konuda çeşitli yollar vardır. Fakat hareket noktası, zararı, iki taraf arasında imkân ölçüsünde az hissedilir kılmak olmalıdır. Meselâ, iki taraflı bir sözleşmede zarara uğrayan alacaklının malı henüz de

22) *Kegele*, 203.

23) *Kegele*, 203; *Kegele/Rupp/Siegiwart*, 111 vd.

24) *Kegele*, 204 - 205. Alman Yargıtayı da 29.3.1961, 12.7.1961 ve 29.9.1961 günlü kararlarında özel bir durumun farklı muameleyi gerektirmediği yerlerde zararın yarı yarıya bölüştürüleceğini kabul etmiştir. Bk. *Lindenmeier/Möhrling*, § 242 (Bb), N. 40 - 41.

gerlendirebilecek durumda olmasına karşılık borçlu böyle bir durumda değilse, bu takdirde, alacaklıya tanınacak kısmî bir tazminat hakkı ile sözleşmenin devamına karar verilebilir. Bunun tamamen aksi halde, alacaklıya kısmî tazminat ödemeye mahkûm etmek ve onun yanında sözleşmeyi de feshetmek en doğrusudur; zaten bu sonuncu çözüm Sözleşmeye Yardım Kanununda da kabul edilmiştir. Eğer karşı taraf sözleşmenin feshiyle istisnaî olarak hiçbir zarara uğramamışsa, meselâ o malı başka bir surette elden çıkarabilecek durumdaysa, bu yoldan gidilmesi tavsiye olunabilir ²⁵.

K e g e l görüşünü AMK. nun objektif hüsnüniyeti düzenleyen 242. paragrafına dayandırmış ve ayrıca Almanyada 1942 tarihinde çıkartılmış bulunan «Sözleşmeye Yardım Kanunu»ndan (Vertragshilfegesetz) geniş ölçüde faydalanmıştır ²⁶.

bb) Tenkidi. *K e g e l*'in görüşü çeşitli yönlerden tenkide uğramıştır. Önce, genel tehlike hallerine bağlanıp kalması tenkid edilmiştir. Çünkü muamelenin temeli mes'elesi sadece sözü edilen hallerde değil, fakat normal zamanlarda da kendini gösterebilir. Meselâ, taç giyme merasimini seyretmek için yapılmış kira sözleşmeleri, hesap temeli üzerindeki yanılma halleri, tamamen belli bir amaç için yapılmış kira ve istisna sözleşmelerinde amacın kaybolması hallerinde, gördüğümüz budur. Bütün bu hallerde taraflardan birinin genel felâket şeklindeki bir olay sonucu bir zarara uğraması değil de, tam aksine, bir zamanlar akdedilmiş bir sözleşmenin anlamını kaybetmeksizin varlığını devam ettirememesi söz konusudur ²⁷.

Sonra genel tehlike sebebiyle ortaya çıkan mes'eleleri çözmek için, sadece muamelenin temelinin gözönünde bulundurulması yetişmez. Bunun için muamelenin temelinin özel bir kanunla (meselâ, Sözleşmeye Yardım Kanunu ile) tamamlanması gerekir ²⁸.

Diğer taraftan, *K e g e l*'in muamelenin temelinin çökmesi halinde zararın taraflar arasında yarı yarıya bölüştürülmesi teklifi de tenkide uğramıştır. Gerçi *K e g e l*'in sunduğu çözümün bazı hallerde adalete uygun düşebileceği kabul edilmiş ise de, bunun bütün

25) *Kegel*, 205.

26) *Larenz*, GG, 182.

27) *Larenz*, GG, 182, *Staudinger/Weber*, § 242; N.E 79.

28) *Larenz*, GG, 182.

hallere uygulanmasının doğru olmadığı, bazan başka çeşit bir bölüş, meselâ borçlunun tamamen borçtan kurtarılması veya borcun tamamından sorumlu tutulması yahut da genel olarak para dışında kalan bazı tedbirler alınmasının daha doğru görünebileceği iddia edilmiştir. Zaten 1945 yılından sonra çıkarılmış bütün kanunlar, tenkidçilere göre, zararın yarı yarıya bölüştürülmesinden başka bir yol tutmuşlardır. Çünkü burada sadece tarafların iktisadî durumları değil de, fakat aynı zamanda onların zararı doğuran olay karşısındaki münasebetleri, içtimaî durumları ve muamelenin çeşidi de önemli bir rol oynar. Eğer kaideye bütün bu haller için birer istisna konulacak olursa, kaide bütün değerini kaybetmiş olur²⁹.

d) *Larenz'in muamelenin sübjektif ve objektif temeli görüşü*³⁰.

aa) Açıklanması. *Larenz'in* «muamelenin temeli ve sözleşmenin ifası» adlı eserinin birinci baskısında ve diğer kitap ve makalelerinde açıkladığı fikre göre, muamelenin temeli terimi iki ayrı anlamda kullanılabilir. Bu terimle önce, «muamelenin sübjektif temeli» (subjektive Grundlage des Geschäfts), kastedilir ve bu, tarafların sözleşmeyi kurarken dayandıkları ve her ikisinin de, hiç değilse mâkul şekilde düşünüldüğü takdirde, etkisi altında hareket ettikleri bazı tasavvurlara işaret eder. Bu tasavvurlar, şimdiki zamanda (hâlen) var olan veya gelecekte ortaya çıkması beklenen bir duruma ait olabilir; yalnız bunun belirli bir tasavvur veya durum olması gereklidir. Yoksa sadece sözleşmenin yapıldığı sırada mev-

29) *Sieweking*, Referat in Verhandlungen des 40. deutschen Juristentages, Tübingen 1953, 139; *Larenz*, Referat in Verhandlungen des 40. deutschen Juristentages, Tübingen 1953, 1341; *Larenz*, GG; 182.

30) *Larenz* görüşünü ilk defa 1951 yılında yayınladığı «Muamelenin Temeli ve Sözleşmenin İfası» (Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung) adlı kitabında etraflı surette açıklamış; sonra bu görüşünü kitabının 1957 de yayınladığı ikinci ve nihayet 1963 de çıkardığı üçüncü basısında bazı yönlerden değiştirmiştir. Ayrıca aynı müellif muamelenin temeli konusunu gündem olarak alan 40. alman hukukçuları gününde (1953) bir tebliğ verdiği gibi, muhtelif dergilerde yayınlanan müteaddit yazılarında da aynı konu üzerinde durmuştur. Bugün alman hukukunda muamelenin temeli konusunda en yeni ve etraflı bilgi, müellifin az önce adını andığımız eserinin üçüncü baskısında bulunmaktadır. Müellifin diğer makale ve kitapları için bk. *Staudinger/Weber*, § 242, s. 987.

cut durumların sonradan değişikliğe uğramasının beklenmemesi yetiştirmez. Diğer taraftan, tasavvur her iki taraf için de, yanlışlığını bilmeleri halinde, sözleşmeyi ya hiç veya şimdiki biçimde yapmayacaklarını kabul ettirecek önemde olmalıdır. Şu halde, tasavvurun yalnız taraflardan birinin iradesinin teşekkülünde kesin bir rol oynaması, hatta bundan karşı taraf bilgi sahibi olsa da, yeter sayılmaz; zira taraflardan her biri, kaide olarak, tasavvurlarının yanlışlığından doğacak tehlikeyi bizzat taşımak zorundadır. Larenz, muamelenin sübjektif temeline örnek olarak şunları göstermiştir: tarafların esas aldıkları bir hesap temeli üzerinde yanılmaları, meselâ onların kur 320 olduğu halde 230 sanarak, 231 üzerinden bir alım - satım sözleşmesi yapmaları (AMK. § 779); sözleşmelerini üzerine dayandırdıkları bir olayın gerçekleşmesini boşa beklemeleleri (irrigie Erwartung); ilerde ifa edilecek edimlerin tayininde başrolü oynayan durumların devam edeceğini boşa beklemeleleri gibi³¹. Müellif, eserinin ikinci ve üçüncü basılarında da muamelenin sübjektif temelinden söz etmekle beraber³², bu konuda biraz aşağıda dokunacağımız önemli değişiklikler yapmıştır.

Diğer taraftan, Larenz'e göre, aynı terimle «muamelenin objektif temeli»ne de (objektive Geschäftsgrundlage) işaret edilir ve o zaman bu terimle sözleşmenin - tarafların istekleri yönünde - anlamı olan bir anlaşma niteliğini sürdürebilmesi için, varlığı veya devamı objektif yönden zarurî olan her durum kastedilir. Tarafların bu durumdan bilgi sahibi olmalarının veya olmamalarının bir önemi yoktur. Hatta çoğu zaman taraflar bu durumların sözleşmenin ifası yönünden taşıdıkları önemi bilmezler; onlar üzerinde düşünmezler bile. Burada artık tarafların ortaklaşa yanılmalarından söz edilemez; zira yanılma (hata), gerçek duruma veya işlerin fiilî cereyanına uymadığı sonradan anlaşılan herhangi bir tasavvurun varlığını şart kılar. Tarafların hiçbir belirli tasavvur sahibi olmadıkları yerde ise, yanılmadan söz açılmaz. O halde burada söz konusu olan eski adıyla «clausula rebus sic stantibus», yeni adıyla «muamelenin temeli» dir. Demek oluyor ki, L a r e n z'e göre, mua-

31) Larenz, GG, 31 vd.; 34 vd.; 66 vd.; GG 2, 51. Aynı fikir: *Enneccerus/Nipperdey*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1960; § 177, III, 3.

32) Larenz GG 3, 20 vd.; 170 vd.; 184.

melenin temeli terimini ancak objektif anlamda aldığımız takdirde, incelediğimiz konuya işaret etmiş oluyoruz³³.

Muamelenin objektif temeli başlıca iki halde, yani «dengenin bozulması» (Äquivalenzstörung) ve «amacın erişilemez olması» Zweckvereitelung) hallerinde çökmüş kabul edilmelidir. Dengenin bozulmasından, ancak durumda önceden görülmesi mümkün olmayan bir değişiklik sonucu karşılıklı edimler arasında «ağır nisbetsizlik» (grobes Missverhältnis) meydana geldiği takdirde bahsedilir. Böyle bir hal para değerinin düşmesi veya düşürülmesi (Währungsverfall), bir kanunun değiştirilmesi yahut siyasî olaylar gibi bazı sebeplerle ortaya çıkar. Ancak işlerden anlayan birinin gözünde, taraflardan birinin edimi, diğerinin karşılığını teşkil etmeyecek derecede düşük görüldüğü takdirde, edimler arasındaki nisbetsizlik «ağır» (grob) telâkki edilmelidir³⁴. Buna karşılık, amacın erişilemez olmasından ancak sözleşmede herhangi bir surette açıklanmış ve her iki tarafça kabul edilmiş sözleşmenin temel amacı (wesentliche Vertragszweck) geçici değil, fakat sürekli şekilde erişilemez olduğu takdirde söz edilebilir. Buna örnek olarak belli bir amaca erişmek için bir yer kiralanması, fakat kiralayanın yeri kiracıya teslim etmeye hazır olmasına rağmen, idarî makamların koymuş olduğu yasak, istenilen imtiyazın verilmemesi veya benzer sebepler yüzünden amacın erişilemez olması gösterilebilir. Buna karşılık, bir tarafın, meselâ bir malı alan veya ismarlayanın, sözleşmenin objektif amacı olmamış sübjektif amacının kaybolmuş olması veya kiracının şahsında bulunan bir sebep yüzünden kiralandandan faydalanamaması hallerinde, amacın kaybolmasından sözedilemez; bu durumlarda zararı taraflardan her biri bizzat çekmelidir³⁵.

Maamafih muamelenin temelinin çökmesinden sözedebilmek için, sadece edimler arasındaki dengenin bozulması veya sözleşmenin temel amacının erişilmez olması da yetişmez. Bunların yanında şu şartların da bir araya gelmesi zarurîdir: bunlar, zararın önceden görülemez mahiyette olması; muamelenin, borsa muamelelerinden olmaması (zira bunlarda rizikoyu zarara uğrayan üzerine almıştır); zararın, zarara uğrayanın hâkimiyet alanında ve şahsın-

33) *Larenz*, 240; *Larenz*, GG 1, 172; GG 2, 185; GG 3, 185; *Enneccerus/Nipperdey*, § 177, V.

34) *Larenz*, 241; GG 3, 91.

35) *Larenz*, 241.

da bulunmayan bir sebepten doğması; zarara uğrayanın (alacaklı veya borçlu) temerrüt halinde bulunmaması ve nihayet, sözleşmenin tamamen ifa edilmemiş olmasıdır; (eğer muamelenin temeli daha başlangıçtan beri zaten yoksa veya amacının ancak gelecekte gerçekleşmesi gerekmele beraber o anda sakatlanmışsa, muamele- nin temelinin çöktüğü yine de öne sürülebilir) ³⁶.

L a r e n z muamelenin temelini çökmesi olayına bağladığı hükümlerde de aynı ayırmayı yapmış, yani muamelenin subjektif temelini çökmesi haline, objektif temelini çökmesi halinden farklı hükümler bağlamıştır. Ancak yazarın bu iki çeşit muamele- nin temeli konusunda yaptığı ayırmada olduğu kadar, onlara bağ- ladığı hükümlerde de zamanla ve özellikle yapılmış tenkidleri de gözönünde bulundurarak, önemli bazı değişiklikler yapmıştır. Ger- çekten biraz aşağıda göreceğimiz gibi, eserinin birinci basımında et- raflı olarak yaptığı muamelenin subjektif ve objektif temeli ayırı- mını, L a r e n z, eserinin ikinci ve üçüncü basımında terketmiş gibi- dir ³⁷. Sonra müellif eserinin birinci basımında, muamelenin subjek- tif temelini çökmesi halleriyle muamelenin objektif temelini çök- mesi hallerinde uygulanacak hükümleri birbirinden ayırmıştır. Bu cümleden olmak üzere, muamelenin subjektif temelini çökmesi halinde L a r e n z AMK. § 779'u kıyasen uygulayarak ya söz- leşmenin tamamını (meselâ, merasimin geri bırakılması halinde pen- cere kiralama sözleşmesini) veya, eğer sadece bir hüküm üzerinde yanılınmışsa, sözleşmenin o hükmünü hükümsüz saymıştır ³⁸. Buna karşılık, muamelenin objektif temelini çökmesinde, edimler arasın- daki dengenin bozulmasını, sözleşmenin temel amacının kaybolmasın- dan ayırmıştır. Birinci hal için edimin ifa edilmiş olup olmamasına göre değişik hükümler koymuştur. Edim daha önce ifa edilmişse, zarara uğrayanın, karşı taraftan edimini münasip bir miktara yük- seltmesini isteme ve bu isteğinin reddedilmesi üzerine de AMK. nun 813/I paragrafına göre bir sebepsiz zenginleşme alacağı öne sürebil- me hakkını kabul etmiştir. Eğer karşı taraf gerek geçmiş, gerekse gelecek zaman için edimini yükseltmeyi reddetmişse, zarara uğrayan sözleşmenin feshini ihbar etmeye ve geçmiş için de bir sebepsiz zen- ginleşme alacağı istemeğe hak kazanır ³⁹. Yok eğer edim henüz ifa

36) *Larenz*, GG 3, 185.

37) Bk. N. 42.

38) *Larenz*, GG, 143, 153; *Soergel/Siebert*, I; § 242; N. 237.

39) *Larenz*, GG, 147 - 148.

edilmemişse, bu takdirde zarara uğrayan karşı taraftan edimini münasip miktara yükseltmesini istemek ve bu yapıncaya kadar kıyasen § 320 ye dayanmak suretiyle, kendi edimini ifadan kaçınmak hakkına sahiptir. Şayet karşı taraf edimini münasip miktara yükseltmeyi reddederse, zarara uğrayan sözleşmeden dönmeğe veya sözleşmenin feshini ihbar etmeğe yetkilidir ⁴⁰.

L a r e n z eserinin ikinci ve üçüncü baskılarında fikrini değiştirmiş ve muamelenin temelini hükümlerini sübjektif ve objektif olarak ikiye ayırmak suretiyle incelemeyi doğru bulmamıştır ⁴¹. Fakat müellif bu ayırmanın tamamen terkedilmesini de isabetli görmüştür. Çünkü bu ayırım sayesinde olayları tanımanın kolaylaşacağını, ve muamelenin sübjektif temelini söz konusu olduğu yerde, artık muamelenin objektif temelini çöküp çökmediğini aramağa yer olmadığını iddia etmiştir. Hatta L a r e n z'e göre, bu ayırmanın maddî hukuk yönünden de bir faydası yok değildir, şöyle ki, eğer muamelenin sübjektif temelini (meselâ, kıymetli evrak kurunun 200 olduğuna dair ortaklaşa tasavvurun) doğru olmadığı sabit olmuşsa, artık gerçek durum, meselâ 250 olan gerçek kur, karşısında edim ve karşı edim arasında ağır bir nisbetsizlik bulunup bulunmadığını aramağa yer yoktur. Oysa muamelenin objektif temelini söz konusu olduğu yerde, daha sıkı davranmak ve her denge bozulmasını veya amacın kaybolmasını sözleşmeden dönmek için yeter bir sebep saymamak gerekir; zira ancak taraflardan her birinin makul surette taşıdığı rizikoyu geniş surette aşan ve zarara uğrayan tarafın yararlarının sözleşmede, hiç değilse büyük kısmı itibariyle, korunmuş görmesini imkânsız kılan hallerde muamelelerin objektif temelini çöktüğü kabul edilebilir ⁴². Buna karşılık, L a r e n z'e göre, muamelenin temelini çökmesinin hükümleri incelenirken bu ayırmayı yapmanın bir faydası yoktur; zira bir muamelelerin sübjektif temelini çöktüğü birçok hallerde aynı muamelenin objektif temeli de zaten çökmüştür ⁴³. Şu halde muamelenin temelini hükümlerinde başka bir yoldan gitmek, her şeyden önce, her

40) *Larenz*, GG, 149 - 152.

41) Maamafih yazar, (Lehrbuch des Schuldrechts, 6. Auflage 1963, 240 - 242) adlı eserinde muamelenin temeli kavramını sübjektif ve objektif kısımlarına ayırmak suretiyle incelemiş ve bu ayırımı terketmediğini gösteren bir ifade kullanmıştır.

42) *Larenz*, GG 2, 170 - 172; GG 3, 170 - 172.

43) Aşağıda göreceğimiz gibi, yapılan şiddetli tenkidler karşısında *Larenz* ilk fikrini bu yolda değiştirmek zorunda kalmıştır, bk. N. 51.

iki tarafın da haklı menfaatleri karşısında, başka bir konuyla da olsa, sözleşmeyle kurulmuş ilişiyi muhafaza etmenin doğru olup olmadığı sorusunu cevaplandırmak gerekir. Eğer sözleşmenin iki taraflı amacı (beiderseitige Vertragszweck) tamamen ulaşılmaz olmuş veya sözleşme anlamının tümünü kaybetmişse, onun muhafaza edilmesi peşinen reddolunmalıdır; meselâ amacın kaybolması ve pencere kiralanması hallerinde görüldüğü gibi. Bu gibi hallerde, genel olarak, sadece sözleşmenin sona erdirilmesi, yani fesih veya sürekli ilişkilerde, zarara uğrayan tarafından sözleşmenin feshinin ihbarı söz konusu olabilir. Fakat muamelenin çöktüğünden her iki tarafın da bir şüphesi bulunmadığı ve bu yüzden, hal ve duruma göre, bir beyana ihtiyaç bulunmadığı hallerde, hukukî sonuç, böyle bir beyanda bulunulmadan da meydana gelir⁴⁴. *Larenz*, aynı şekilde hesap temelinde karşılıklı yanılma ve diğer benzer hallerde de sözleşmenin gerçek duruma uydurulmasını kaide olarak reddetmiştir; zira aksi halde, alıcı meselâ, kur'u 230 dan yaptıkları sözleşmeyi gerçek miktar olan 320 den yapmak zorunda bırakılacak ve böylelikle taraf iradesine aykırı hareket edilmiş olacaktı. Bu yüzden *Larenz*'e göre, sözünü ettiğimiz hallerde alıcıya sözleşmeyi ortaya çıkmış bulunan gerçek fiyat üzerinden ifa etmek veya feshetmek konusunda bir seçim hakkı tanımak ve satıcıyı da, ancak alıcının sözleşmeyi değişik temel üzerinden ifa etmek hakkını kullanmadığı takdirde sözleşmeyi feshe yetkili kılmak doğru olur. Buna karşılık, eğer tarafların yanlış tasavvuru sözleşmenin yapı- lıp yapılmamasına değil de, mükellefiyetin yüksekliğine, ödeme süresine veya sözleşmenin münferit bir hükmüne temel hizmeti görmüşse, bu takdirde sözleşmenin muhafaza olunması daha âdil olur⁴⁵. Diğer taraftan, edimler arasındaki dengenin sonradan ağır şekilde bozulması halinde ise, şöyle hareket olunmalıdır. Eğer taraflardan biri henüz edimini ifa etmemişse, zarara uğrayan, karşı tarafın edimini münasip miktarda yükseltmeye razı olduğunu bildirmediği takdirde, sözleşmeden dönmeye yetkilidir. Şayet zarara uğrayan edimini ifa etmiş ve fakat değerini kaybetmeden önce, karşı edimi almamışsa, o zaman kaide olarak, karşı edimin münasip miktarda yükseltilmesini istemek, yani bir «denkleştirme talebi» (Ausgleichsanspruch) öne sürmek hakkına sahiptir. Adî kira, hâsılat kirası gibi sürekli borç ilişkilerinde karşı edimin yükseltilmesi

44) *Larenz*, GG², 172 - 173; GG³, 172 - 173.

45) *Larenz*, GG², 173 - 174; GG³, 173 - 174.

ancak sonraya etkili olmak (istikbalde hüküm doğurmak) üzere istenebilir; zira bu suretle karşı taraf da borcunun çevresinin değişmesine itirazla feshi ihbar hakkını kullanabilme imkânı elde etmiş olur. Nihayet hizmet ve istisna (eser) sözleşmelerinde amaç sonradan kaybolduğu (imkânsızlaştığı) takdirde, sözleşmenin amacı niteliğini kazanmış olan amacın erişilmez hale gelmesi yüzünden sözleşmeyi feshetmeğe veya feshi ihbar etmeğe yetkili olan taraf, karşı tarafın sözleşmenin ifası maksadıyla yapmış olduğu ve duruma göre yapmakta haklı bulunduğu giderlerini, kaide olarak, ödemeğe mecburdur. Şüphesiz bazı özel durumlar münferit bir olayda değişik surette hareket etmeyi haklı gösterebilir ⁴⁵.

L a r e n z, görüşünü «objektif hüsnüniyet» yani «şeyin mahiyetinde gizli sözleşme adaleti» (immanente Vertragsgerechtigkeit) esasına ve bunun icaplarından olan «dürüst düşünce tarzı»na (redliche denkweise) dayamıştır. Ona göre, kişiler «ferdî serbestî» esasına dayanarak kendi aralarında uygulanacak kaideyi serbestçe tayin edebilirler; yalnız onların tayin ve tesbit ettikleri bu kaide de aynı zamanda bir yüksek ahlâk kaidesine, yani meşhur «sözleşme adaleti» esasına uygun olmak zorundadır. Aksi halde, hukuk düzeni onlar tarafından konulmuş böyle bir kaideye hukukî himaye sağlamaz. Bu yüzden ki, kişilerin yaptıkları bu anlaşmalar kanuna ve ahlâka uygun olmak, objektif hüsnüniyet kaidesine göre yorumlanmak gerektiği gibi; aynı zamanda bu anlaşmalarda, menfaatleri denkleştirici adalet'in (ausgleichende Gerechtigkeit) de yer alması gerekmektedir. Denkleştirici adalet ise, sözleşme ile taraflardan her birine kendi menfaatini korunmuş gösterecek bir denge sağlanmasını emreder, yani bir kimsenin, kendi amacının da aynı suretle korunmasını temin etmeksizin, bir diğerrinin keyfine tâbi olmasını, sadece onun amacına hizmet etmesini yasak eder ⁴⁶. Bu esas ise, *L a r e n z*'e göre, maddî hukuk yönünden ifadesini AMK. nun 157 ve 242. paragraflarında bulur. Çünkü sözleşmenin lâfzına değil de, anlamına bağlanarak hükümler bulmak, sözleşmenin yorumlanmasına çok yaklaşan bir ameliyedir. Fakat bu ameliye sözleşmenin lâfzını açıklamayı veya tamamlamayı değil de, tam aksine düzeltmeyi amaç edindiği için yorumu aşar da. Fakat taraflar, sözleşmenin anlamına veya sözleşmede hâkim denkleştirici adalet fikrine göre gözönünde bulundurulması gerekli bir hal için hiçbir hüküm koy-

45) *Larenz*, GG 2, 175 - 178; GG 3, 175 - 178.

46) *Larenz*, GG 2 ve GG 3, 160 - 162.

mamışlarsa, sözleşmenin burada da bir boşluk gösterdiği kabul edilmelidir⁴⁷. Bu boşluk, tamamlayıcı değil de, fakat «sözleşmenin düzeltici yorumu» (korrigierende Vertragsauslegung) şeklinde nitelendirilebilecek bir zihni ameliye ile doldurulmalıdır. Burada lâfız düzeltilmekte, sözleşmenin anlamı ise görünür hale getirilmekte, yani yorumlanmaktadır. Bu yüzden bu ameliye, sadece AMK'nun 242. paragrafına dayandırılmayıp (zira bunun yapılması burada sırf hakkaniyet düşüncesi - einen reinen Billigkeitsentscheidung - bulunduğu şeklinde yanlış bir telakkinin doğmasına yardım etmiştir), tam aksine 157. ve 242. paragraflara birlikte dayandırılmalıdır. Çünkü bu iki paragraf gerek sözleşmenin yorumlanmasını, ve hatta boşluğunun doldurulmasını, gerek onun hukuk düzeni tarafından tamamlayıcı şekilde düzenlenmesini sözleşmede yer alan «denkleştirici sözleşme adaleti» esasına tâbi (bağlı) tutmaktadır⁴⁸.

bb) Tenkidi. L a r e n z'in görüşü pek çok kimseler tarafından ve şiddetle tenkid edilmiştir. Önce L a r e n z'in muamelenin temelini, muamelenin sübjektif ve objektif temeli şeklinde, ikiye ayırmasına bir çok kimseler itiraz etmişlerdir. Çünkü bu ayırım tarafların yanlış bir şey tasavvur etmiş veya doğruyu hiç tasavvur etmemiş olmaları olayını esas alır ve birinci halde muamelenin sübjektif; ikinci halde ise, muamelenin objektif temelini söz konusu olduğunu iddia eder. Oysa bu ölçü oldukça karışık ve yetersizdir; zira, meselâ, tarafların barışın devam edeceğini tasavvur etmeleri veya savaşın patlayacağını hiç düşünmemiş olmaları tamamen tesadüfî olduktan başka, bunlardan hangisinin söz konusu olduğunu fiilen tesbit imkânsızdır da. Üstelik tarafların yanlış bir şeyi tasavvur etmeleri halini, onların doğruyu tasavvur etmemiş olmalarından farklı bir hükme bağlamayı haklı gösterecek bir sebep de yoktur⁴⁹. Sonra muamelenin bu iki nevi temeli arasında kesin bir sınır çekmek de kolay değildir; meselâ L a r e n z'in muamelenin objektif temeli içinde mütalaa ettiği, taç giyme merasimini seyretmek için pencere kiralanması olayı, pekalâ muamelenin sübjektif temeli hali olarak kabul edilebilir; zira tarafların kira sözleşmesini

47) Aynı fikir, *Merz*, 495 a.

48) *Larenz*, GG 2 ve GG 3, 166.

49) *Kegel*, 62; *H. Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960, 83; *Staudinger/Weber*, § 242, N. E 70; *Walter Schmiedt Rimppler*, 20; *Esser*, Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei *Larenz*, JZ 1958, 115. N. 103.

yaparken gelecekteki olay, yani taç giyme merasiminin yapılacağı hakkında yanlış bir tasavvurda buldukları iddia edilebilir. Nihayet amaca erişmenin imkânsızlığı yüzünden muamelenin objektif temeli de, muamelenin sübjektif temeli hallerine oldukça yakındır. Çünkü aslında psikolojik yönden bir tarafın sâikinden başka birşey olmayan amaç, anlaşma ile, sözleşmenin amacı niteliğini kazanmaktadır⁵⁰. Şu halde iki nevi muamelenin temeli değil de, belki de sübjektif ve objektif unsurlardan meydana gelen bir tek muamelenin temeli vardır⁵¹.

Bundan başka, L a r e n z'in eserinin birinci baskısında, muamelenin sübjektif temelini çöktüğü hal için hükümsüzlük (Unwirksamkeit, butlan) müeyyidesini kabul etmesi de haklı olarak tenkid edilmiştir. Çünkü bu takdirde üçüncü kişilerin de butlanı öne sürebilmesi mahzuru ortaya çıkacağından başka, muamelenin temeli iddiasını ortaya atmağa yetkili bulunan taraf, istese de, sözleşmeyi muteber saydıramıyacaktır. Bu haklı tenkidi gözönünde bulunduran L a r e n z, eserinin ikinci ve üçüncü baskılarında fikrini değiştirmiş ve sözleşme ilişkisinin çözülebilmesi için, kaide olarak, zarara uğrayanın fesih beyanında bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁵².

Nihayet L a r e n z'in AMK. nun 242. paragrafı ile aynı kanunun 157. paragrafı arasında bir ilgi kurarak, ve sonra da her sözleşmenin denkleştirici adalet esasını sakladığını belirterek, ortaya attığı hükümleri «sözleşmenin düzeltici yorumu»na dayandırması da tenkide uğramıştır. Çünkü bu suretle eski «şart» (clausula) görüşünde olduğu gibi, bir fiksiyon ortaya atıldığı; gerçekte düzeltici değil de, sadece «sözleşmenin tamamlayıcı yorumu»nun (ergänzende Vertragsauslegung) söz konusu olduğu ve incelediğimiz konuda ise böyle bir yorum için hiçbir dayanak noktası bulunmadığı; zaten sözleşmeye dayanarak yorum imkânlarının bulunduğu yerde muamelenin temeli mes'elesinden söz edilemeyeceği meydandadır⁵³. Üstelik yorum ile taraflarca istenilmemiş hukukî sonuçların tesbit olunabileceği kabul edilse bile, muamelenin temelini yorumdan faydalanarak sözleşmenin konusu haline getirilmesiyle yorumun sınır-

50) Brox, 83.

51) Staudinger/Werner (Weber?) § 242, N. E 70 (990); Esser, 115; E. Lehmann, allg. Teil, 14. Auflage, Berlin 1963; § 35 A VII

52) Brox, 84; Esser, 115; Enneccerus/Lehmann, II, § 41; II (180).

53) Bk. Esser, 115.

larının aşılmış ve böylelikle yorum müessesesine kabulü imkânsız bir genişlik verilmiş olacağı meydandadır. Diğer taraftan, yorum münferit ve belli bazı sözleşmeleri ilgilendiren bir mes'ele iken, muamelenin temelinde, her bir sözleşmenin mahiyetinde gizlenmiş bir mes'ele söz konusudur ve bu özelliği yüzünden mes'elemiz ancak sözleşmenin yapısına dayanarak çözülebilir. Fakat ve özellikle yorumda ancak sözleşmenin içinde yer alan bir unsur kararlaştırılmış hükmü etkileyebilir ve bu yüzden, muamelenin temeli yorumun pek fazla genişletilmesiyle sözleşmenin konusu içine sokulabilir, oysa, belli sebepler yüzünden muamelenin temeli mes'elesinde sözleşmede kararlaştırılmamış bir unsurun hukukî hükümleri etkilemesi söz konusudur⁵⁴.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ

54) *Walter Schmiedt Rimpler*, 23 - 24 ve yukarda N. 13'e bk.