

---

---

“LAESIO ENORMIS,, VE “CLAUSULA RE-  
BUS SIC STANTIBUS,, İLE BİR PARA BOR-  
CUNDA MÜCBİR SEBEP HAKKINDA NOT.

I.— *Laesio enormis*

Planiol ve Ripert'in "Traité pratique de droit civil français,, adlı eserlerinde (cilt VI, Borçlar, birinci kısım, s. 275, No. 210) verdikleri ve Esmein tarafından yapılmış tamamen umumî bir tarife göre, "gabin, bir şahsın bizzat icra eylediği bir hukukî muamele neticesinde uğradığı zarardır. Daha doğrusu, gabin, ivazlı akidlerde, temin olunan ivazın kıymetinden dun kıymette bir ivaz almak keyfiyetidir."

Kanun vaznı bu neticeye mâni olmak için müdahale ettiği zaman bu müdahaleyi esas itibarile ivazların, hiç değilse bir dereceye kadar, tarafların uyuşması ile taayyün ettikleri anda birbirine denk olmasını temin yolunda yapmaktadır. Sonraki değişmeler ivaza istihkakı olan tarafı müstefit kılar veya zarardide eder (bak. Fransız medenî kanunu madde 890, 1306 ve 1675, Alman medenî kanunu § 138, isviçre Borçlar Kanunu madde 21, Avusturya medenî kanunu § 934). Karşılıklı ivazlar yekdiğerinden tefrik edilmiş olduğu halde bunlardan biri arada geçen zaman zarfında ve yeni ve önceden görülemeyen vakıalar neticesinde aşikâr, hâd ve fevkalâde nisbetlerde kıymetini değiştirecek olursa buna karşı gabin hakkındaki kanunî hükümlerde değil, lâkin "emprevizyon,, nazariyesinde (bak Planiol, yukarıki eser. Cilt VI, s. 545 ve sonrakiler, No. 391 ve son.),

“clausula rebus sic stantibus,, kaidesinde, mücbir sebepte, taahhüt imkânsızlığında (bak. İsviçre Borçlar kanunu m. 119), aşikâr ve ifratkâr bir surette istismar keyfiyetinde ve nihayet hüsnü niyet kaidelerinde çare aranır.

Bir hukukî muamelenin mukaveledeki muahhar gabin sebebi ile fesholunup olunmayacağına hükmetmek için tatbik olunan kıstaslar muhtelif kanunlara göre değişmektedir. Faraza Alman medenî kanunu ( § 138 ) ve ona uyarak muaddel İsviçre borçlar kanunu (m. 21) şart edilen ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde, gabin davacının müzayakada bulunmasından, hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade edilerek vukua getirilmiş ise, birbirine benzer ifadeler ile, feshi kabul etmektedirler.

Başka kanunlar objektif bir kıstasa bağlanmayı tercih etmişlerdir: Bir tarafın diğerine verdiği şeyin kıymeti ile iktisap ettiği kıymeti arasında kanunun talep ettiği takribî muadelât (yarısı: Avusturya medenî kanunu § 934; on ikide yedisi: Fransız medenî kanunu m. 1674)<sup>1)</sup> dahi kalmadığı anda, âkitlerin şahsî vaziyetleri ne olursa olsun müeyyide kendini gösterir.

Bu muhtelif kanunlarca derpiş edilen kıymet, muayyen bir zamanda ve yerde umumiyetle cari olan fiat, eskilerin “ communis aestimatio „ suna tekâbül eden kıymet, yani “ müşterek kıymet „ yahut Avusturya Medenî Kanununda zikrolunan <sup>2)</sup> “ cari „ kıymet ( “der gemeine Wert,, ) tir.

Bu kanunun § 934 üne göre ivazlı bir akitte taraflardan birisi diğerinden verdiği yarısını, cari kıymet olarak, alamamışsa, bu suretle mutazarrır olan tarafın akdin feshini ve verilen şeylerin önceki halleri ile geri verilmesini istemeğe hakkı vardır. Kıymet veya daha doğrusu kıymet farkı akdin in'ikadı zamanına göre tayin olunur <sup>3)</sup>).

Gabini doğuran muamelenin butlanı mutlak değildir; dava edilen gabine uğrayana müşterek kıymet ile meşrut fiat arasındaki farkı vererek akdi muteber tutmak selâhiyeti mevcuttur <sup>4)</sup>).

1) Demek oluyor ki davacının muamelenin in'ikadına müteferri sübjektif unsurları nazarı kale almaksızın gabinin kanunda gösterilen nisbeti aşdığını isbat etmesi kâfidir. Davacı nisbetsizlikten (objektif unsur) başka diğer tarafın kendisini istismar (sübjektif unsur) ettiğini de isbat etmelidir.

2) A. von Thur, Borçlar kanunu umumî kısmı I s. 281, No. 1

3) Aynı hal sureti, Fransız Medenî Kanunu m. 1675.

4) Buna benzer hal sureti, Fransız Medenî Kanunu m. 1681: “... iktisap eden verdiği fiatı geri alarak aldığı şeyi iade, veya, fiat yekûnunun onda biri indirilmek şartile, hakikî fiatı tamamlayarak malı muhafaza etmek ihtiyarına maliktir.

Maalesef Borçlar kanununa göre vaziyet böyle değildir. Ya akid halile muteberdir, yahut ta mualleldir. Hâkim gabına uğrayanın verdiği ivazı endirerek yahut istismar eden tarafınıkini tezyit etmek suretile akdi değiştiremez (bak. Guhl, Das Schweiz. OR s. 35, § 7, son kısım; A. von Thur, Borçlar Kanunu umumî kısmı I s. 281, II).

\*  
\*  
\*

## II.— *Clausula rebus sic stantibus.*

İsviçre hukuku, diğer Avrupa hukukları gibi, mukaveleye sadakat prensibini vazetmiştir. Bu sadakat olmaksızın muamelelerde emniyet kalmaz. *Pacta sunt servanda; pactis standum est; jura vigilandibus scripta*: bu eski Roma kaideleri bugün hâlâ daha kıymetlerini muhafaza etmektedirler. Tarafların aralarında serbestçe husule getirdikleri akdi bağları hâkim ancak kat'î zaruret bulunduğu takdirde çözüme gitmelidir. Akid, tarafların kanunudur. Zamanımızda ne ilim ne de içtihad glosator Bartole'un istediği gibi, her akitte, pandektist Leyser'in şu: "omne pactum rebus sic stantibus intelligentum est," şeklindeki baltalayıcı ifadesi ile tavsif ettiği "clausula rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus," kaidesinin zımnen mevcut farzedilmesini kabul etmemektedir. Bartolistlerin ve muasır taraftarlarının teorilerini tetkik ederken, Paris hukuk fakültesi profesörlerinden Ripert "Medenî borçlarda ahlâk kaidesi," (2ci basım, Paris 1927, s. 150) adlı eserinde şunları yazıyor: „rebus sic stantibus,, şartı zımnen mevcut olamaz, zira bu şart mukavelenin ekonomik mahiyetine muhaliftir. Şayet şerait değişmiyecek olsa idi, birbirini takiben vukua gelecek müteaddit ifalar için bir tek mukavele yapmağa hacet kalmazdı.... Alacaklının derpiş ettiği şey, şeraitin değişeceği. Ve daha şimdiden bir seri muameleye girişmekle bu değişikliğin mahzurlarına karşı kendisini emniyette bulundurmaktadır,,. Profesör Esmein Planiol'un 1930 tarihli *Traité*, sinde (yukarda söylenen eser, cilt VI, s. 552) ilerdeki münasebetlerinin şartlarını önceden tesbit etmekle taraflardan herbirinin ürün ve iş piyasasının muhtemel temevvüçlerine karşı emin olmak istediklerine işaret ediyor. "Şayet hâkime, şerait ciddi surette değiştiği halde, mukaveleyi kaldırmak yahut ta değiştirmek selâhiyeti verilmiş bulunsa idi, previzyonun faydası ona en çok ihtiyaç hasil olduğu bir anda ortadan kalkmış olurdu. Taahhütlerini ulu orta telâkki etme-

mek ve onları yerine getirmek için icap eden vasıtaları temin etmek her kesin kendisine düşen bir iştir.,

Hamburg üniversitesi profesörlerinden Dr. Hans Reichel de Clausula'nın açıkca muarızlarından. "Vertragsruehtritt wegen veränderter Umstände,, (Berlin, 1933, s. 3) adlı tetkikinde şöyle yazıyor: "Mukaveleye sadakat olmaksızın muamelâta emniyet olamaz. Fertlerin mukaveleye sadakatsızlığı bir memleketin umumî ticaret muamelelerini ifsad edebilir. Bu hususu önceden derpiş etmiyen kimsenin rücu hakkından bir mükâfat gibi istifade etmesi doğru değildir., Mahaza - ki Andreas von Thur (Federel Borçlar Kanunu, umumî kısmı, fransızca tercümesi, 2 inci basım, 1934, s. 565) bu cihete işaret etmektedir - akdî sadakat prensibinin hududu hüsnüniyet yüksek prensibinde kâindir. "Şayet şerait borçlunun verdiği ivaza karşılık hiçbir mukabil ivaz almayacağı veya sadece tamamen hiç denecek bir ivaz alacağı derecede değişmiş ise, kendisine mukavele mucibince terettüp eden vecibeleri baki addetmek hüsnüniyete muhaliftir.,

Fransız mahkemeleri hâkimin her türlü müdahalesine kat'î surette aleyhdar kalmışlardır; tarafların muhtariyetine riayeti son had-dine vurdunyorlar. Medenî Kanununun 1895 inci maddesi bir karz muamelesi mevzubahs olduğu ve tasrih edilen kıymette bir değişiklik husule geldiği takdirde mukavelenin yeni baştan tetkikini tecviz etmemektedir. Tatbikat bu hal suretini tekmil para borçlarına teşmil eylemiştir (Planiol, yukarıki eser, s. 556 fasıl 30); Ripert diyor ki (söylenen eser, s. 110): "İvazlar arasındaki nisbetsizlik para değerinin genel düşüşünden doğmuşsa mukavelenin taraflar için kanun olmak vasfına halel gelmemelidir, zira bu halde borçlu hususî bir adaletsizliğin kurbanı olmayıp memleket ahalisinin müşterek bahtına tâbidir.,

Buna mukabil Alman Temyiz mahkemesi ve Federal mahkeme bu prensiplerin fazla mutlak olan katiyetini yumuşatmışlar ve hâkime borçluyu borcundan kurtarmak veya hakkaniyet ve ahlâk kaidesi behemehel icap ettirdiği takdirde vecibelerini yeni şartlara uydurmak vazî'esini yüklemişlerdir. (İtalyada ve İngilterede de vaziyet aynıdır; İtalyan icthadı hakkında bakınız, Radouant, "Kazara hadis olan vaziyet ve mücbir sebep,, , Paris 1920, s. 84 ve son; S. Serbesco, "Harbin mukavelelerin icrası üzerine tesisleri,, , Revue trimestrielle de droit civil, Paris 1917, cilt 16, s. 349 ve son.; "tesadüfün husule getitirdiği mahrumiyet,, e mütedair icthadı hakkında, bak. Lévy Ulmann, "İngiliz hukukunda mukavelenin imkân-

sızlık sebebi ile ifa edilmemesi,, Annales de droit commercial, 1921, s. 279, 12 1932, s. 41). Bilhassa Federal mahkeme, önceden tahmin edilmeyen hadiseler neticesinde, ivaz ile mukabil - ivaz arasındaki münasebeti borçlunun akdi şartların ifasına mecbur tutulamıyacağı, ve buna mukabil, alacaklıdan feragat etmesi istenilebileceği, kadar derin bir surette değiştiği halde, iki taraflı bir akdin feshine müsaade etmektedir. *Wädenswil Komünü - Schweizerische Südostbahn* davasında 12 temmuz 1933 tarihli yeni bir kararda (A T F 59 II s. 264 ve son., J. d. T 1934 s. 21), tarafların prensip itibarile şartın muhtemel değişmesinden doğan hasarları yüklenediklerine dair olan içtihadını bir kere daha teyid ediyor. Taraflar ancak şartın muayyen ivazın akdin in'ikadı sırasında olduğundan tamamen farklı bir mahiyet alacak şekilde değişmiş bulunduğu ve ifasının borçlunun harabisini mucib olacağı takdirdedir ki akdin feshini veya yeniden tatbikini talep edebilir<sup>6)</sup>.

Bu son şartın, yani borçlunun harabisini mucib olmak şartının dayandığı esas Reichel tarafından haklı olarak itiraza uğramıştır. (söylenen eser s. 15 Alman Temyiz mahkemesi, başlangıçta bu şartı aradığı halde sonra vazgeçmiştir. Filhakika bu şart, bir taraftan, hiç bir mukabil - ivaz almayacağı halde akdi taahhüdünü ifa için kâfi vasitalara malik bulunan varyetli borçluyu himayesiz bırakmakla çok uzağa gitmektedir. Diğer taraftan, ödemeye muktedir olmıyan borçlunun vaziyetini eyileştiriyor ve şayet "exceptio deficientis pecuniae,, def'inde bulunmuş olsa idi hâkimin reddedeceği şeyi "clausula,, kisvesi altında kendisine bahşediyor.

Demek oluyor ki eğer Borçlunun "harabi,,si bir tarafa bırakılacak olursa şu cihetler lüzumlu gibi telâkki olunabilir: istisnai ve önceden tahmin olunamayan hâdiseler sebeble akdin ifa şartlarının derin ve zarar husule getirici bir şekilde değişmesi<sup>7)</sup>, bir de tarafların müte-kabil ivazları arasındaki müvazenenin, borçlunun vecibelerinin ifasının alacaklı tarafından vâki aşikâr bir istismar teşkil edecek de-

<sup>6)</sup> 29 mayıs 1934 tarihli *Rogenmoser Tiefengrund* kararı ( A T F 60 II s. 205, J. d. T 1934 s. 627 ) bu prensiplerinin terki mânâsında tefsir olunmamalıdır; bu karar borçlar kanununun ancak icra hususlarında kabili tatbik olan 269 cu maddesinin tefsirine taalluk eder. Bir ispekülâsyon davasına dair olan bu karar haklı bir takım fesih sebeplerinin kabulü hususunda esasen çok ifratkâr hareket etmektedir.

<sup>7)</sup> Emprevizyon tarafların iradesinin üzerinde hiç bir tesiri haiz olmadığı şartlara âriz olabilir; burada mevzubahsolan ancak harici hâdiseler, taraflarca arzu edilmeyen, tekmil hesapları boşa çıkaran ve dayanılmıyacak bir surette mukavele ekonomisini altüst eden hâdiselerdir.

recede bozulması (bakınız Reichel, söylenen eser s. 19).

Şuna da işaret etmek gerektir ki, bilhassa ekonomik buhran ve para kıymeti temevvücleri sırasında, hâkim ancak son derece müdebbirane ve münhasaran istisnâî olarak müdahale etmelidir. Zira ekonomik müvazenenin istikrarsız oluşu tarafların tamamen hususî bir teyakkuz, ihtiyat ve iyi görüş ibraz etmelerini istilzam ettirmektedir. Âni ve ağır değişmeleri gözönünde bulundurmaları ve bunlara karşı tedbir almaları icab eder.

\*  
\*\*

### III.— *Bir para borcunda mücbir sebep.*

Bugün hâkim olup objektif adı verilen teoriye göre, ancak beklenmiyen, önceden tahmin olunamıyan, kendisini hariçten husule getiren gayri kabili mukavemet bir kuvvet sebebi ile objektif olarak önlenmesi imkânı bulunmayan ve ifayı imkânsız kılan hâdisedir ki bir mücbir sebep teşkil eder. Çok büyük dahi olsalar sadece ifade zorluklar bulunması kifayet etmez. (Bak. Colin ve Capitant, "Fransız Medenî Hukuku,, 6 ıncı basım, Cilt 2, s. 10 ve son). İtalyan müellif Giorgi (Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, yeni basım 1924, Cilt 2 s. 30) pek doğru olarak şöyle yazmaktadır: "L'importante è di non confondere l'impotenza con la difficoltà. Impotenza è ostacolo non sormontabile. Difficoltà, l'ostacolo che accrease anche enormemente l'incomodo del debitore, senza per altro riusciregli insormontabile. Ora è massima di dottrina e di giurisprudenza, che difficoltà non debba mai considerarsi come un fortuito,,<sup>5)</sup>. Keza müşkülât hiç bir suretle bir mücbir sebep gibi görülemez. Alman temyizinin koyduğu düstura göre (1921, cilt 101, s. 95), hiç olmazsa, borçlunun en büyük teyakkuzu göstermekle dahi tekmil ekonomik faaliyetini tehlikeye sokmaksızın ortadan kaldıramayacağı bir engel mevcut olmalıdır.

Malî borçlar için bu şartlara nadiren raslanmaktadır.

Bir para borcu - ortaya koymak gerektir ki - ferden muayyen bir şey borcu değildir, sadece nev'en muayyen bir şey borcudur.

<sup>5)</sup> Mühim olan, imkânsızlık ile müşkülâtı karıştırmamaktır. İmkânsızlık aşılması kabil olmayan bir engeldir. Müşkülât ise, borçluyu sıkıca bağlamakla beraber, onu tamamen âtil bırakacak kadar kuvvetli olmıyan bir engelden husule gelmektedir. Müşkülâtın hiç bir vakit kazara hâdis olan bir hâl gibi telâkki olunamayacağı hususu bir nazariyat ve içtihat prensipidir».

İmdi "genus perire non censetur,,. Borçlu, meşrut neviden eşya bulabildiği müddetçe, ifa vecibesi aşlamıyacak olan bir engel ile karşılaşmamış demektir. Bundan dolayıdır ki, umumiyetle kabul edilen prensip bir para borçlusunun "nakit noksanı,, itirazında bulunarak borcundan beri olmasını asla tecviz etmez: "exceptio deficientis pecuniae,, def'i hukukta tatbik olunamaz. "Allgemeine Teil des Deuschen Privatrechts,, in ve "Federal borçlar kanunu umumî kısmı,, nın şarihi A. von Thur bu son eserde sarîh olarak şöyle diyor (s. 496): "borçlu kendi kusuru neticesi olmaksızın müzayakada bulunmak sebeble dahi olsa, icab eden malî vasitalardan mahrumdur diye ifa hiçbir vakit imkânsız gibi telâkki olunamaz,, (aynı zamanda bakınız Radouant söylenen eser s. 44 ve son.).

Borcun vâdesinde bazı yabancı memleket paraları tedarik etmek hususunda imkânsızlık mevzuubahs ise, bunun önceden tahmin olunamayan bir hâdise olup olmadığı sorusu hatıra gelebilir. Para piyasasındaki inip çıkmaların ve karışıklıkların âni, mebzul ve şiddetli olduğu zamanımız gibi savaş sonrasının buhranlı devrelerinde ecnebi kambiyo sunun oldukça büyük ve hayli devamlı noksanlığı önceden tahmin edilebilen ve hattâ tahmin edilmesi icap eden bir hâdisedir. Uzun vâdeli borçlar tekabbül olunduğu ahvalde bu hâdiseye karşı koyabilmek için (faraza hususî şartlar derci suretile) vaziyetin nazarı itibara alınması lâzımdır.

Mahaza, bir ferdin Hükümdar olduğunu ileri sürerek ve mukavelede meşrut ecnebi kambiyo yu tedarik edememesinde tahmin olunmayan bir imkânsızlığın mevcudiyetini söyliyerek kendisini müdafaa etmesi tasavvur olunsa bile, bizzat Hükümdara böyle bir hakkın tanınmasına imkân yoktur. Filhakika, parasına hâkim olmakla, hariçle ticarete bulunmakla ve en büyük menabiden istifade etmekle akçelerini ürünlerini ve gelirlerini borçlarının tediyesi için lüzumlu olan ecnebi kambiyo yu tedarik zımında kullanması kendi elindedir. Bu muamelenin fedakârlık yapılmasını istilzam etmesi mümkündür, lâkin burada bir imkânsızlık değil ancak bir müşkülât vardır. Ve bu müşkülât nihayet yeni bir takım tediye şekillerini meşru gösterebilir, lâkin borçlunun beraatini intaç edemez. Keza, nasıl tediye olunabileceği meselesi üzerine tesir edebilirse de tediye icap edip etmediği ve ne miktar tediye olunması lâzım geldiği hususunda asla haizi ehemmiyet değildir.

Bundan başka, her defasında hakikaten haricî bir hâdise ve borçlunun teşebbüsünün istismarına yabancı bulunan bir sebep karşısında bulunulup bulunmadığı tedkik edilmelidir. Bilhassa Fransa

ve Almanyada ilim ve içtihat diğer bir şart daha aramaktadır (Silvio Giovanoli'nin "mücbir sebep ve kazara hâdis olan hâl,, adlı tezinde, Cenevre, 1933 ve "Zufallu höherer Gewalt in schw. Recht,, isimli tetkikinde muhtelif teorilerin mufassal izahına; Radouvan'tın "Kazara hâdis olan hâl ve mücbir sebep,, Paris 1920 eserine; A. von Thur'un söylenen eseri s. 519 a bakınız).

(Türkçeye çeviren:  
BÜLENT N. ESEN)

EMILE THILO