

B) ÖZEL HUKUK

BORCUN İFASINDA AŞIRI GÜÇLÜK VE ALMAN YARGITAYI

Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ

I. GENEL OLARAK. Sonraki kusursuz imkânsızlık, borç ilişkisini amaçsız ve konusuz hale sokan en önemli bir hal ise de, biricik hal değildir. Oysa Alman Medenî Kanunu yalnız kusursuz sonraki imkânsızlığı genel bir hükme bağlamış; buna karşılık, onun dışında kalan haller için, münferit birkaç hükümden başka bir kaideye yer vermemiştir. Bu durumda Alman Yargıtayı Almanyada muamelenin temeli ve bazan da şart (clausula) terimi (1) ile anılan bu halleri önceleri karara bağlamakta tereddüt etmiş; hatta bazı kararlarında bunları açıkça reddetmiştir (2). Fakat sonradan, özellikle Birinci Dünya Savaşı sırasında ve ondan sonraki yıllarda bu mes'eyle geniş ölçüde karşılaşmaya başlayınca tutumunu değiştirmek zorunda kalmıştır. Aşağıda Alman Yargıtayının bu konu ile ilgili olmak üzere verdiği kararlardan başlıcaları üzerinde duracak ve Alman Yüksek Mahkemesinin İkinci Dünya Savaşından önceki ve sonraki devrede savunduğu fikirleri tesbite çalışacağız.

II. ALMAN YARGITAYININ İKİNCİ DÜNYA SAVAŞINDAN ÖNCEKİ DEVREDE DAYANDIĞI GÖRÜŞLER. Alman Yargıtayı İkinci Dünya Savaşına kadar uzanan devre içinde verdiği kararlarda başlıca iki görüşe, yani iktisadî imkânsızlık ve muamelenin temeli görüşlerine dayanmıştır. Buna karşılık, birçok kararlarında rastladığımız şart (clausula rebus sic stantibus) teriminin, meselâ sözleşmenin yorumlanmasına işaret etmek gibi, belirli ve ayrı bir anlamı yoktur. Çünkü Alman Yüksek Mahkemesinin şart (clausula) terimine yer veren kararlarında çözüme uğraştığı mes'ele, değişen durumlar sebebiyle sözleşmeye karışmanın ne derecelerde câiz olduğunu tesbitten ibarettir ve şart terimi bu mes'eyle işaret eden, onu gösteren bir ad veya

(1) Konumuzla ilgili türkçe terimler için, bk. K. Tunçomağ, Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük ile İle Objektif Görüşler, İHFM 1967, cilt XXXII, sy. 2, s. 887.

(2) Bk. RGZ (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) 21, 178.

alâmetten başka birşey değildir (3). Bu yüzden aşağıdaki açıklamalarımızı iki kısımda toplamış bulunuyoruz.

1. Alman Yargıtayının İktisadî İmkânsızlık Görüşünü Savunan Kararları.

a) *İktisadî imkânsızlığı kabul şekli.* Alman Yargıtayı Birinci Dünya Savaşı sırasında ortaya çıkan olağanüstü olaylar karşısında kalınca, ilk önce AMK. nun sonraki kusursuz imkânsızlığı düzenleyen hükmünden faydalanmağı düşündü. Bu amaçla da AMK. nun 275. pragrafında yer alan imkânsızlık hükmünü, geniş bir şekilde yorumlayarak, gerçekte sadece aşırı güçlüğü bulunduğ yerede de imkânsızlığı kabul etmeyi denedi (4). Maamafih bu iktisadî imkânsızlık görüşü Alman Yargıtayına tamamen yabancı da değildi. Çünkü adı geçen mahkeme bu fikri Birinci Dünya Savaşının başlamasından uzun yıllar önce verdiği bazı kararlarda da ortaya atmıştı. Nitekim edim konusunun değişmesi sebebiyle iktisadî imkânsızlık, yani aslında geçici olan bir imkânsızlığı (zeitweilige Unmöglichkeit) hukukî imkânsızlığa denk tutan ilk kararı 1898 tarihlidir. Çok önemli olan bu kararda dâvacı, dâvalıdan, yalnız onun değirmeninde işlenmesi mümkün olan ve belli aralıklarda teslimi gereken bir nevi un satın almış; bir süre sonra değirmen yanınca, dâvalı arta kalan 400 çuvallık un borcunu ifa edemeyeceğini bildirmiş; ve hemen tamire başlamakla beraber, değirmenini ancak 6 ay sonra işletmeye açabilmiştir. Alman Yüksek Mahkemesine göre, «... sürekli imkânsızlık, yalnız ortaya çıkan engelin bertaraf edilip edilemeyeceğinin belirsiz olması halinde yoktur. Fakat eğer teslimde zarurî bir gecikme sonucu edim konusu başka birşey olmuşsa, imkânsızlık hukukî anlamda sürekli sayılır. Hiç kuşkusuz, bu gibi durumlarda ifa sadece belli bir süre için imkânsızdır. Fakat zaman geçmesinin iktisadî önemi ve etkisi gözönüne getirilince, geçici imkânsızlığın, süreklisine eşit ...» tutulması gerektiği kolayca anlaşılır. Mahkeme, ayrıca, teslimde altı ay gecikildiğini; teslimin tatmin amacını güttüğü ihtiyacın bu arada uzun bir zamandan beri başka türlü giderildiğini; artık sözleşme amacının erişilmez olduğunu ve şimdi değişmiş piyasa durumu ve değişmiş tehlike ile birlikte başka bir mal söz konusu bulunduğunu belirttikten sonra, şu sonuca varmıştır: «...Bu durumda hâlâ tarafların birinden ifada

(3) Bk. *Kegel/Rupp/Zweigert*, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge, Berlin 1941, 98; *Tunçomağ*, agm., s. 887 vd.

(4) *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. München 1963, 51; *Heck*, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, 94/95.

bulunması ve diğerinden ifayı kabul etmesi istenecek olursa, her günkü iş hayatı güvensizlik ve huzursuzluk içine sokulmuş olacaktır. Edim konusu bizzat değişmiş ve sözleşmenin ifasına hizmet kabiliyetini kaybetmiştir...» (5).

İşte Alman Yargıtayı yukardaki kararında belirttiği (edim konusunun değişmesi yani, iktisadî imkânsızlık sebebiyle borçlunun borcundan kurtulması) kaidelerini, özellikle 1. Dünya Savaşı sırasında sözleşmelere, meselâ taşıma sözleşmesine, eser (istisna) sözleşmesine ve kiraya da yaydı. (6). Hatta sonraları, sadece geçici tabii imkânsızlığı değil, fakat ifade ortaya çıkan her haklı gecikmeyi de edimin değişmiş sayılması için yeter gördü ve dolayısıyla ifade bir gecikme olmadan da, edim konusunun değişmesini iktisadî imkânsızlık hali olarak kabul etti. Bundan başka, başlangıçtaki kararlarında her olayda dâvacıdan edim konusunun niçin ve nasıl değişmiş olduğunun isbatını ararken, bir süre sonra, bu konuda genel duruma veya Amerika Birleşik Devletlerinin Birinci Dünya Savaşına girmesi, 1918 Rus ihtilâli gibi belli bazı olaylara dayanmakla yetinli (7).

Diğer taraftan, Alman Yargıtayı olayların zoruyla bir adım daha ileri gitmiş ve ifanın borçludan beklenemez olduğu hallerde de iktisadî imkânsızlığı kabul etmiştir. Aslında Yüksek Mahkemenin beklenmezlik (Unzumutbarkeit) sebebiyle iktisadî imkânsızlığı ortaya atan ilk kararı da çok eski tarihlidir ve bu karar da tıpkı diğeri gibi, doğumunu bir değirmen yangınına borçludur. Alman Yargıtayı sözünü ettiğimiz bu kararında gizli bir usul ile pamuk çekirdeğini un haline getiren bir değirmenin, birine bu undan sattıktan sonra, fakat teslim süresi içinde yanması ve yangından önceki gece de aynı değirmenden başka bir alıcı için büyük bir posta un gönderilmesi olayını inceledikten sonra şu sonuca varmıştı : AMK. nun imkânsızlığı düzenleyen 279. paragrafı cins borçlarında (ne'ven muayyen borçlarda) imkânsızlığın kabulü için mutlaka bütün nev'in ortadan kalkmasını aramaz; zira imkânsızlık halini de dürüstlük (objektif hüsnüniyet) kaidelerini düzenleyen 242. paragraf sınırlamıştır. Bu yüzden, söz konusu neviden malların temininin âdil surette kimseden beklenemeyecek derecede güçleştiği hallerde 279. paragraf anlamında bir imkânsızlığın varlığı kabul edilmelidir. Hiç kuşkusuz, bu vesileyle 279. paragraftaki tehlikenin (hasarın) bölü-

(5) Bk. RGZ 42, 114 - 116.

(6) RGZ 99, 115; 98, 18; 99, 258 (Kegel/Rupp/Zweigert, 73 den). Ayrıca Larenz, GG³, 54 ve N. 3 - 5 deki kararlara da bk.

(7) Kegel/Rupp/Zweigert, 73/78; Kegel, 151.

nüş şeklinin tam tersine çevrilmesi de câiz değildir; yani borçlunun sadece biraz fazla güçlüklerle karşılaşmış olması yetiştirmez; tam tersine, şeyin temini alış-veriş hayatında imkânsızlığa eşit sayılan olağanüstü güçlüklerle bağlanmış olmalıdır. Bu yüzden, cins borcu (ne'ven muayyen borç) borçlusu, malı piyasadan sağlamak mümkün olduğu sürece ifa zorundadır. Fakat mal, tıpkı yangından önceki akşam gönderilmiş mal gibi, zaten başkasının eline geçmişse, bu mal borçluyu ilgilendirmez. Borçlu hiçbir halde satılmış maldan başka bir mal teslim zorunda değildir (8).

Bu karardaki ana düşünceye göre, iş adamı olarak borçludan yalnız ve yalnız iş hayatının sınırlarını aşmayan bir gayret ve çaba göstermesi beklenir. Alman Yargıtayı bu düşüncesini Birinci Dünya Savaşı sırasında ve onun ardından gelen yıllarda verdiği kararlarda da muhafaza etti ve hatta geliştirdi. Öyle ki, Yüksek Mahkeme borçlunun kararlaştırılmış mal yerine başka bir mal (Ersatzware) vermek veya kararlaştırılan malı imâl için olağanüstü giderler yapmak, meselâ külçe bakır yerine eski bakır kullanmak zorunda olmadığı; malın piyasadan kaybolmasıyla birlikte cinsi ile belirtilmiş eşya borçlusunun da borcundan kurtulacağını; buna karşılık, malı piyasada bulmak mümkün bulunduğu sürece, büyük tâcir ve fabrikatörlerin fiyat artışlarına katlanmak zorunda olduklarını belirtti (9). Maamafih fiyat artmalarının mutlak surette borçluya yüklenmesinin, özellikle para değerinin sürekli düşmesi halinde ortaya çıkardığı mahzur, zamanla, bu konuda da bir sınırlamanın kabulünü zarurî kıldı. Bu yüzden, Alman Yargıtayının bazı daireleri, bir iş yerini, elektrik ve buhar teminini de üzerine alarak kiralayanlara ve kamyon fabrikatörlerine, geçici olarak, varlığın çökmesi def'i'ni (die Einrede der Existenzvernichtung) kullanma yetkisini tanıdılar ve böylelikle sözleşmede kararlaştırılmış fiyata ifa halinde iktisaden çökecek olan borçluya yardım ettiler (10). Maamafih «iktisadî varlığın çökmesi def'i»ni bizzat Alman Yargıtayının bazı daireleri (11) ve birçok müellifler tenkit etmişlerdir (12). Bundan

(8) RGZ 57 116 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 81/82; *Kegel*, 151/152.

(9) RGZ 88, 172; 92, 322; 95, 41 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 85.

(10) RGZ 99, 258; RGZ 100, 134 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 88 - 89 ve aynı yönde verilmiş diğer bir karar, RGZ 101, 79.

(11) RGZ 101, 74 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 91 N. 1 den.

(12) (İktisadî) varlığın çökmesi defini *Locher* (Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, 93), *Titze* (Richtermacht und Vertragsinhalt, 19), *Larenz* (GG³, 55, N. 7) ve daha bir çokları tenkid etmişlerdir. Bunlardan *Locher*'e göre, borçluyu tehdit eden iktisadî çöküş, sadece «denklik münasebeti» nin (Äquivalenzverhältnis) bozulduğunu gösterecek bir emare olarak bakılabilir.

kısa bir süre sonra da Alman Yargıtayının ikinci dairesi, iki taraflı sözleşmelerde borçlunun, iktisadî ifa gücü ne olursa olsun, edimi karşılığında bir denk edim (Aquivalent) elde etmesi gerektiği fikrini ortaya attı; bu suretle, büyük fiyat artmalarında sözleşmede kararlaştırılmış fiyata bağlılık, reddedilmiş oldu. Adı geçen daire bu sonuca varmak için de iktisadî imkânsızlık fikrinden faydalanmıştır (13). Maamafih bu suretle muamelenin temeli görüşüne geçişin fikrî hazırlıkları da yapılmış oldu. Adı geçen görüşe geçiş ise, aynı dairenin kısa bir süre sonra, yani, 1922 de verdiği bir kararla gerçekleşti (14).

Alman Yargıtayı, iktisadî imkânsızlık görüşünün, başlangıçta, herhangi bir dayanak göstermeksizin, sadece kanundan çıktığını belirtmekle yetinmiştir. Elbette ki, az önce (N. 5 te) üzerinde durduğumuz karar, AMK. nun 275 vd., 323 vd. paragraflarını doğrudan doğruya uyguladığı için, bu konuda bir istisna teşkil etmektedir. Fakat 1918 yılından itibaren Alman Yargıtayının ikinci dairesi, edim konusunun değişmesi sebebiyle iktisadî imkânsızlığı, AMK. nun 157. ve 242. paragraflarına dayandırdı ve, kısa bir tereddütten sonra, diğer daireler de onu takip etiler (15). Bunun faydası şurada olmuştur. Yukarıda gördüğümüz gibi, edim konusunun değişmesi sebebiyle iktisadî imkânsızlık yanında, edimin (AMK. nun 157. ve 242. paragraflarına göre) borçludan beklenememesi sebebiyle iktisadî imkânsızlık kavramı da ortaya çıkmış oldu. Az önce andığımız kararların dayanağı olan 157. ve 242. paragrafların edim konusunun değişmesi sebebiyle iktisadî imkânsızlığa nakledilmesiyle, bu iktisadî imkânsızlık halleri de dogmatik olarak beklenmezlik sebebiyle iktisadî imkânsızlığın çevresine sokulmuş oldular. Maamafih bundan herhangi bir farklı tatbikî sonuç doğmuş da değildir (16).

b) *Alman Yargıtayının iktisadî imkânsızlığa bağladığı hükümler.* Alman Yargıtayı iktisadî imkânsızlık hallerinde uzun bir süre sadece sözleşmenin infisahına (Auflösung) cevaz vermiştir. Maamafih sözleşmenin infisahi konusunda bazı gelişmeler de olmadı denemez. Şöyle ki, Yüksek Mahkeme başlangıçta, iktisadî imkânsızlıktan, durumun değişmesi (ve özellikle savaş sebebiyle) borcun kendiliğinden sona ermesi (kendiliğinden borçtan kurtulma - auto-

(13) RGZ 103, 177 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 92; *Kegel*, 152 den.

(14) RGZ 103, 328 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 93 ve *Kegel*, 152 den.

(15) Bk. *Kegel/Rupp/Zweigert*, 79 ve N. 2 deki kararlar. Oysa 1953 tarihli bir karar, bunun daha sonraki bir kararla (RGZ 103, 328) yapıldığı görüşündedir. bk. *Lindenmaier/Möhring*, § 242 (Bb), N. 12.

(16) *Kegel/Rupp/Zweigert*, 79/80.

matische Befreiung) sonucunu çıkarmıştı. Hatta Yüksek Mahkeme, iktisadî imkânsızlık yüzünden ve kendiliğinden borçtan kurtulma fikrini, bazan kanunî imkânsızlık hükümlerine, genel olarak, dayanarak ve bazan da bu hükümleri hiç anmayarak savunmuştu. Sonraları, bazı kararlar borçlunun iradesiyle borçtan kurtulma veya kapalı olarak fesih söz etmeğe başlamışlardır. Nihayet iktisadî imkânsızlık halinde borçlunun yetkisinin, açıkca bir fesih (sürekli borç ilişkilerinde ise, feshi ihbar) hakkı olduğunu belirten kararlar çıkmıştır. Ancak bu gelişmenin de fazla büyütülmemesi doğru olur. Çünkü hemen bütün hallerde borçlu, daha dâvadan önce ifadan kaçınmak suretiyle fesih iradesini açıklamaktaydı (17).

Kendiliğinden borçtan kurtulma yerine, fesih veya feshi ihbarın geçmesinin faydası, belki, bu suretle durumların değişmesine rağmen ifada bulunmak isteyen borçluya bu yolu açık tutmak ve onun iradesine rağmen borçtan kurtulmasının önüne geçmektir. Yalnız bu da pek nazari bir faydadır; zira borçlu ifada bulunmak istediği sürece tarafların ihtilâfa düşmeleri ihtimali yok gibidir.

Fesih veya feshi ihbar, Alman Yargıtayı kararlarına göre, zamanında yapılmalı, yani burada dürüstlüğe (objektif hüsnüniyete) uyulmalıdır. Özellikle, borçlu alacaklının zararına olarak fesih faydalanmaya (spekulation yapmaya) izinli değildir. Şüphesiz Amerik Birleşik Devletlerinin savaşa katılması gibi büyük değişikliklerde, borçlu, durumun gelişmesini inceleme ve düşünme için belli bir zaman beklemeye yetkilidir; yeter ki, alacaklının, borçlunun fesih iradesini hemen açıklamasında haklı bir menfaati bulunmasın (18).

2. Alman Yargıtayının Muamelenin Temeli Görüşünü Savunan Kararları.

a) *Alman Yargıtayının muamelenin temelini kabul şekli.*

aa) Genel olarak. Alman Yüksek Mahkemesinin *Oertmann* anlamında muamelenin temeli görüşüne kararlarında ilk defa yer vermesi, 3 Şubat 1923 tarihli *Mark'ın Değerinin Düşürülmesi Hakkındaki Kanun* sebebiyle olmuştur. Mahkemenin bu kanun vesilesiyle verdiği karara göre, taraflar edim ve karşı-edim arasındaki dengenin devamını sözleşmeyi kurdukları sırada bir ön şart olarak kabul ederler ve eğer bu denge sonradan bozulursa, muamelenin temeli de çökmüş olur (19). Paranın değerinin yükseltilmesine dair

(17) *Kegel/Rupp/Zweigert*, 122/123.

(18) *Kegel/Rupp/Zweigert*, 123/124.

(19) *RGZ* 106, (1923), 7.

çıkarılan başka bir kanun sebebiyle, Alman Yargıtayı, bu sefer denkleştirme alacağı (Ausgleichsanspruch) terimiyle, muamelenin temeli görüşünü tekrar ele aldı. Bu kararda satıcı, taşınmazını, üzerindeki ipotekten temizlenmiş olarak satmayı taahhüd etmiş ve vaadine uygun olarak Markla ipotek borcunu ödemişti. Fakat sonra *Paranın Değerini Yükseltme Kanunu* (Aufwertungsgesetz) gereğince ipotek borcu da yükselince terkine rağmen borç aynı miktarda kalmış ve borcun yeniden tescili gerekmiştir. Bu durumda ipotegün tapudan kesin olarak silinebilmesi için, satıcının kâğıt Mark olarak aldığı satış bedelinin altın marka çevrildiğinde bulunacak miktarı önemli derecede aşan bir ödemede bulunması gerekmişti. Alman Yargıtayı diyor ki, «muamelenin temelini teşkil eden, kendisi üzerine anlaşmanın dayandığı ve karşılıklı edimlerin tayin olunduğu edim ve karşı-edim arasındaki denge çökmüştür. Bu yüzden, satıcıya, değeri yükseltilmiş ipotegi silmek için yapacağı gidere uygun bir miktarla katılmasını alıcıdan istemek hakkı tanınmalı ve alıcı bunu reddettiği sürece, satıcı ipotegün silinmesi borcunu ifadan kaçınmaya yetkili» olmalıdır. (20). Alman Yargıtayı böyle bir denkleştirme alacağı öne sürme hakkını, sonraları, taraflardan birinin çıkarılan herhangi bir kanun (meselâ, Kira Kanunu) (21) veya içtihadın değiştirilmesi yahut yabancı bir kanun (meselâ, Doların Değerinin Düşürülmesine dair Kanun) veya tamamen fiilî vakıalar ile yük altına sokulduğu diğer durumlarda da tanıdı (22).

Yukardaki kararların incelenmesinden çıkan sonuç, Alman Yüksek Mahkemesinin denkleştirme alacağını kabul için bazı şartlar aradığını göstermektedir. Bunlardan ilki, ortada mal alış-verişini (mübadelesini) konu edinen iki taraflı bir sözleşmenin bulunmasıdır. Bu itibarla, Yüksek Mahkeme para alış-verişini konu edinen bir taraflı kredi muameleleri (karz ve ikraz) için denkleştirme alacağı tanımamıştır. Çünkü muamelenin temelinin çökmesi vakiasının, ödünçte (karzda) görüldüğü gibi, edim ve geri-edim arasında değil de, edim ve karşı-edim arasındaki denklik ilişkisinin bozulmasıyla ortaya çıkması gerekir. Sonra, mahkeme bu karşılıklı sözleşmenin henüz ifa edilmemiş olması'nı da aramıştır. Şu halde, karşılıkla ifadan sonra ve meselâ, edim alacaklının elinde iken değerini kaybetmişse, bu halde alacaklıya denk-

(20) RGZ 112, 329 (1926) - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 101 den.

(21) RGZ 121, 142.

(22) RGZ 136, 34; 145, 51; 147, 286; 148, 33; 163, 324; RG. Seuff. Arch. 94, 94 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 101/102 den; *Soergel/Siebert*, § 242, N. 261.

leştirme alacağı tanınmaz. (23). Üçüncü şart, değişen durum yüzünden bir tarafın önemli bir zarar'a uğramış olmasıdır. Bu itibarla, uğranılan herhangi bir zarar denkleştirme alacağının tanınması için yeterli değildir. Nitekim Yüksek Mahkemenin bir kararında aynen şu cümleler yer almıştır: «... Alman Yargıtayının içtihadına göre AMK. nun 242. paragrafı gereğince bir denkleştirme alacağının tanınması, sözleşme hukukunda hâkim bulunan sözleşme güveni esasının, ancak tamamen özel durumlarda kabulü câiz ve büyük bir dikkatle uygulanması gereken bir istisnasıdır ve ancak sözleşmenin temelinin önemli bir şekilde sarsıldığı yerde haklı görülebilir ...» (24). Bundan başka, kararlarda önce, zararın yüksekliği hemen daima bir sayı ile ifade edilmiş; meselâ, bazan mutlak ve bazan da nisbî olarak (yani, değişiklik meydana gelmemiş olsaydı zarara uğrayanın elde edeceği miktarın yüksekliği veya yapacağı giderin eksikliğine göre) zararın miktarı tayin edilmiş ve sonra da denkleştirme alacağı tanınmış veya reddolunmuştur. Gerçekten, bazı kararlar yüzde beş ve yüzde onüç oranındaki değer azalmasını bir denkleştirme alacağı tanınması için yeter saymamış (25); buna karşılık, yüzde yirmiden yüzde otuza kadar değer düşmelerini söz konusu alacak yönünden yeter görmüşlerdir (26). Nihayet bazı kararlara göre, sözleşmenin zarara uğrayan tarafı daha sözleşmenin başlangıcında bir değer düşmesini hesap etmek zorunda idiyse, denkleştirme alacağı isteyeemez (27).

Diğer taraftan, Alman Yargıtayının kararları, denkleştirme alacağının kabulü için değil, fakat bu alacağın yüksekliğini tesbit yönünden iki tarafın karşılıklı iktisadî durumlarına da bakmak gerektiğine işaret etmişlerdir (28).

Bu konuyla ilgili sözlerimizi bitirmeden önce, denkleştirme alacağının, para değerinin yükseltilmesi kanunlarına dayanan mahkeme içtihadlarında gelişmiş bulunduğu; fakat Alman Yargıtayının bu alacağı sadece AMK. nun 242. paragrafına değil de, aynı

(23) *Kegel/Rupp/Zweigert*, 102/103; *Kegel*, 158.

(24) *RGZ* 141, 212 ve 218 - *Kegel* 159 ve *Kegel/Rupp/Zweigert*, 120/121 den.

(25) *RGZ* 141, 212 ve 147, 286 (291). *Larenz* (GG³, 87 de) yanlış olarak sonuncu kararın, yüzde onüç yüksekliğinde değer düşmesinin denkleştirme alacağı tanınması için yeter saydığını belirtmiştir.

(26) Bk. *Larenz*, GG³, 86. Fakat müellif bu kararların hangileri olduğunu göstermemiştir.

(27) *Larenz*, GG³, 87 ve N. 18 deki kararlar; *Kegel*, 160.

(28) *RGZ* 112, 329 ve 334 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 119; *Kegel*, 159.

zamanda bu hükmün özel bir uygulama halini meydana getiren muamelenin temeline de dayandırdığına önemle işaret etmeyi faydalı buluruz (29).

bb) Bakım sözleşmelerinde. Taraflar sözleşmenin konusunu tayin ederken, belli durumlardan hareket ederler ve o andaki durumun gelecekte de aşağı yukarı değişmeden devam edeceğini hesap ederler. Bu, özellikle bakım sözleşmelerinde (nafaka akitlerinde) böyledir. Hiç kuşkusuz, bakım sözleşmesinin tarafları da, gelecekteki bazı değişiklikler üzerinde dururlar. Fakat hiçbir zaman, bakım borçlusunun (nafaka mükellefinin) durumunun, kararlaştırılan ödemeler sebebiyle bizzat kendi bakımını tehlikeye sokacak derecede kötüleşebileceğini veya onun, meselâ malvarlığını tamamen kaybetme yüzünden, darlığa düşeceğini hesap etmezler. Kısacası, onlar bakım ediminin tesbitinde temel olan iktisadî ve şahsî durumların, ana hatlarıyla, gelecekte de aynı kalacağına inanırlar. Bu yüzden, Alman Yargıtayı bir kararında, şart (clausula) mes'elesinin mahiyetleri icabı bakım sözleşmelerinin bünyesinde yer aldığına işaret etmiştir (30).

1903 yılında verdiği bir kararda Alman Yargıtayı sözleşmede saklı tutulmamışsa, bakım borçlusu olan eşin, sonradan kendi bakımının tehlikeye girmesi halinde bile, AMK. nun 1597. paragrafına (şimdiki evlenme kanunu - Ehegesetz - § 59'a) dayanamayacağına hükmetmiştir (31). Fakat Yüksek Mahkeme enflasyon zamanında görüşünü değiştirmiş ve nafaka borçlusu olan boşanmış eşin bakım miktarı sözleşme ile ve ihtirazî kayıtsız tesbit edilmiş olsa bile, AMK. nun 1597. paragrafına dayanabileceğini kabul etmiştir (32). Hatta Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında, sözleşmede durum sonradan değişse bile bakım miktarının değiştirilemeyeceğine dair bir kaydın bulunmasına rağmen, eğer değişiklik bakım borçlusunun iktisadî varlığı tehlikeye düşmüşse, miktarın değiştirilebileceğini kabul etmiş ve bu yoldaki bir kaydın AMK, nun 242. paragrafına aykırı bulunduğunu bildirmiştir (33).

cc) İki taraflı saik yanılmasında. Saik yanılması halleri bir özellik taşırlar. Çünkü bunlarda sözleşmenin yapılmasından sonra durumda bir değişiklik meydana gelmeyip; bunun tam aksine, taraflar sözleşmeyi yaptıkları sırada mevcut bir durum hakkında yanlış

(29) *Kegel/Rupp/Zweigert*, 104.

(30) *Larenz*, GG³, 48/49.

(31) *RGZ* 56, 121 - *Larenz*, GG³, 49 dan.

(32) *RGZ* 106, 233; 110, 100 - *Larenz*, GG³, 49.

(33) RG.'in JW 1935, 2619; *RGZ* 163, 91; 164, 366; 166, 40 - *Larenz*, GG³, 50 den.

bir tasavvura sahiptirler. Meselâ, trampa, ödünç (karz) veya vekâlet sözleşmelerinde bir kıymetli evrakın kur'u üzerinde yanılma, bir tablo veya mücevher satışında tablounun ressamı veya mücevherlerin menşei hakkında yanılmada gördüğümüz budur. Eğer bu yanılmalar satıma konu olan şeyin durumuyla ilgili iseler, onlara bozukluğu (ayıbı) sağlama hükümleri (AMK. § 459) uygulanabilir. Fakat bunun dışında kalan hallerde, özellikle iki tarafça esas alınmış hesap temeli üzerindeki yanılmalara ne yukarki madde ve ne de beyanda yanılmayı düzenleyen AMK. § 119/II uygulanabilir. Bu durumda sözünü ettiğimiz halleri saikte yanılma oldukları için hukukî himayenin dışında bırakmak gerekmektedir. Fakat iki taraflı saikte yanılma hallerini hukukî himayenin dışında bırakmak da büyük bir haksızlık olacağı için, Alman Yargıtayı onları beyanda yanılma kavramı içine sokarak, § 119/I'e göre iptalleri yoluna girmişti (34). Meselâ, 1922 tarihli bir kararında, dâvacının, dâvalıya Moskova'da harp esaretinden memlekete dönebilmesi için 30.000 ruble ödünç vermesi ve ikisinin de o anda rublenin 25 Pfennig (kuruş) yaptığı tasavvurundan hareket etmeleri ve bu yüzden dâvalının dâvacıya 7500 Marklık bir borç senedi teslim etmesi; gerçekte o tarihte bir ruble sadece bir Pfennig değerinde olduğundan, dâvalının şimdi 7500 Mark yerine 300 Mark ödemek istemesi söz konusu idi. Alman Yüksek Mahkemesine göre, dâvalı ödünç aldığı paranın, ödünç günündeki Markın râyicine göre hesap edileceği tasavvurundan hareket ettiği ve dâvacı da bunu bildiği için burada bir saik yanılması değil de, beyanın konusunda yanılma vardır. Bu yüzden, dâvalı beyanını iptale yetkilidir (35). Aynı mahkeme, borsadaki kıymetli evrak kurları ve hesaplama temeli üzerindeki yanılmaları hükme bağlayan çeşitli kararlarında da aynı görüşü savunmuştur (36). Buna karşılık, O e r t m a n n'ın muamelenin temeli görüşünü kabul ettikten sonraki devreye rastlayan ve yukarıdaki ruble olayına çok benzeyen bir kararında, Alman Yargıtayı, hukukî durumu beyan yanılması olarak değil de, muamelenin temelinin çökmesi şeklinde nitelemiştir (37).

(34) *Larenz*, GG³, 22/23; *Kegel*, 158.

(35) *RGZ* 105, 406 (1922). Olayda bir beyan yanılması değil de iki taraflı saik yanılması söz konusu olduğu belirtilerek, bu karar şiddetle tenkid edilmiştir, bk. *Larenz* GG³, 23/26; *Tuhr*, JW 1923, 824; *Plum*, ArchZPr. 130, 230.

(36) *RGZ* 94, 65 (1918); 116, 15 (1927); 90, 268 (1917); 101, 107 (1920); 149, 235. Bu kararların metni ve etraflı tenkidi için bk. *Larenz*, GG³, 27/32.

(37) *RGZ*, 131, 92 (1930). *Larenz* ise, iki taraflı saik yanılması hallerini muamelenin sübjektif temeli şeklinde nitelemekte ve onları muamelenin objektif temeli halleri karşısına koymaktadır.

b) *Muamelenin temeline bağladığı hükümler.*

aa) Edimin yükseltilmesi (denkleştirme alacağı) ve fesih. Alman Yargıtayı, iktisadî imkânsızlıkla ilgili kararlarında gördüğümüz gibi, başlangıçta sözleşmenin olduğu gibi muhafazası veya infisahı (sonraları feshi yahut feshi ihbarı) şıklarından birini seçmekte, kısacası hep veya hiç esasından hareket etmekteydi. Çünkü Yüksek Mahkemenin o zamanki kanaatine, ortalama bir yoldan gitmeye, sözleşmenin tarafları arasında bir denkleştirme yapılmasına bizzat kanun engeldi (38). Fakat Birinci Dünya Savaşının ve savaş sonrasının baskısı ile mahkeme eski görüşünü bırakıp, yargıcın sözleşmeyi değiştirebilmesini kabul etti. Başlangıçta bazı kayıtlarla sınırladığı bu görüşünü (39), sonradan tarafların karşılıklı çıkarlarını gözönünde tutmak suretiyle edim ve karşı-edim arasında âdil bir denkleştirme yapılması, kısacası zararın bölünmesi şekline soktu (40). Bu sonuca varmak için önceleri, borçlunun alacaklıya edimini yükseltmesini teklif etmesini aramış ve ancak alacaklının bu teklifi reddetmesi üzerine borçluya sözleşmeyi fesih hakkı tanımıştı (41). Fakat sonradan edimi yükseltme ve denkleştirme alacaklarını kabul edince, sözleşmenin değiştirilmesini kaide, feshi ise, istisna haline getirmiş, yargıcın borçlu istememiş olsa da sözleşmeyi değiştirebilmesini kabul etmişti (42).

Alman Yargıtayının görüşüne göre, sözleşmenin fesholunması (veya infisahı) hukukî çekişmenin (ihtilâfın) dışında cereyan eder. Yargıç, ihtilâf halinde, burada sözleşmenin sona ermiş olduğunu tesbit eder. Oysa sözleşmenin değiştirilmesi, sözleşmeye yeni hak yaratıcı bir şekilde karışmayı ifade eder. Fakat Yüksek Mahkemenin bu görüşü, aşağıda belirttiğimiz gibi, itiraza uğramıştır (43).

bb) Durumun değiştiği itirazı. Alman Yargıtayı, bakım sözleşmelerinde, muamelenin temelini sarsmaya ve tarafların en üst amacını sakatlamaya elverişli değişikliklerin meydana gelmesi halinde zarara uğrayana, durumun değiştiği itirazı (Einwand der veränderten Umstände) yapmak ve böylelikle bakım na-

(38) Bk. RGZ 86, 397; 87, 349; 90, 374 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 125.

(39) RGZ 100, 129.

(40) *Kegel/Rupp/Zweigert*, 127 ve RGZ 168, 121 (126 - 128); 169, 249 (253) - *Kegel*, 160.

(41) RGZ 100, 129; 103, 328; 106, 7 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 128.

(42) RGZ 107, 151 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 129.

(43) Bk. *Kegel/Rupp/Zweigert*, 130/131; *Kegel*, 161 ve aşağıda N. 73 ün metni.

faka) miktarının yeni duruma uydurulmasını sağlamak yetkisini tanımıştı (44). Çünkü Yüksek Mahkemeye göre, nafaka sözleşmeleri tarafların arasında şahsî ilişkiler yaratırlar ve bu yüzden, değişen durumların bunlarda diğerlerinden (alış-veriş sözleşmelerinden) daha çok gözönünde tutulması gerekirdi. Fakat bakım sözleşmeleri de bunun dışında Alman Yargıtayı kararlarında özel bir yer tutmuşlardır (45).

cc) Hakkın yanlış kullanılması itirazı. Alman Yargıtayı, iki taraflı saik yanılması hallerinde zarara uğrayan tarafa, hakkın yanlış kullanılması itirazı (Einwand der unrichtigen Rechtsausübung) nı tanımıştır. Meselâ, bu itirazı Yüksek Mahkeme para değerinin yükseltildiği bilinmeden yapılan sulh sözleşmesinde, kıymetli evrak kuru üzerinde yanılarak yapılmış trampa, ödünç ve vekâlet sözleşmelerinde, ressamı üzerinde yanılarak yapılmış tablo satışlarında tanımıştır. Maamafih Alman Yargıtayı kararları, iki taraflı yanılma hallerine mumelenin temelini çökmesi içinde özel bir yer ayırmamışlardır (46).

III. ALMAN YARGITAYININ İKİNCİ DÜNYA SAVAŞINDAN SONRAKİ (47) DEVREDE DAYANDIĞI GÖRÜŞLER.

1. Genel olarak. İkinci Dünya Savaşından sonra Alman mahkemeleri çok olağanüstü bir durumla karşılaştılar. Milyonlarca insan evlerini, çalışma yerlerini isteyerek veya zorla terketmiş, mal-mülk ve paralarını kaybetmişlerdi. Kıymetli evrak ve devletin çıkardığı çeşitli senetlerin değerleri sıfıra düşmüştü. Alman Devletine karşı olan alacaklar, para değerinin yükseltilmesine dair kanunlarda istisna edildiklerinden, âdeta iptal edilmiş ve diğer alacaklar ise, onda bire indirilmiş durumda idiler. Fakat bütün mal varlığını ve işlet-

(44) RGZ 145, 119; 164, (369); 166, 40 - *Kegel/Rupp/Zweigert*, 106 ve *Kegel*, 158.

(45) Bk. *Kegel*, 158. Alman Yargıtayı başlangıçta burada sözleşmenin tamamlayıcı yorumu vasıtasıyla bir çözüm aramıştı, bk. *Kegel/Rupp/Zweigert*, 98, N. 4.

(46) *Kegel*, 158. Yukarki ve aynı mahiyetteki diğer kararlar için, bk. *Kegel/Rupp/Zweigert*, 104/105.

(47) İkinci Dünya Savaşından sonraki devre derken, 1946 yılından sonrasını kastediyoruz. Çünkü İmparatorluk Mahkemesi 1945 yılına kadar çalışmış; bu yılın Ekim ayında imzalanan sulh anlaşması ile yerini dört işgal bölgesinin her birinde kurulan Yüksek Mahkemelere bırakmış ve 1951 yılında Alman Yargıtayı «Federal Mahkeme» adı altında yeniden kurulmuş ve doğu kısmı dışında bütün Almanyanın en yüksek kaza organı olarak çalışmaya başlamıştır. Ayrıca, bk. N. 56.

mesini zapt, sökme ve istimlâk sonucu doğu bölgesinde kaybetmiş olanlar, devletin silâh siparişlerini yerine getirmek için yüksek krediler alıp da şimdi ellerinde Devlete karşı tahsili imkânsız senetlerden başka birşey bulunmayanlar veya banka alacakları ve kıymetli evrakları doğu işgal kuvvetlerine kurban gidenler, onda bire düşürülmüş borçları dahi ifa edecek durumda değillerdi. İşte bu ve benzeri durumları hükme bağlamak üzere elde bulunan hukukî vasıta, 30.11.1939 tarihli *Savaş Sebebiyle Yargıcın Sözleşmeye Yardım Etmesine dair Tüzük* (Verordnug über die Vertragshilfe des Richters aus Anlass des Krieges - VHVO) (48) idi. Fakat aslında yeterli olan bu tüzük, üstelik sözleşmeye yardımı da ancak, borçlunun yardım dilekçesinin başında, alacaklının alacağını kabul etmesi şartı ile bahsetmekteydi. Oysa, bazı borçluların fikrinde, sözleşmeye yardım yoluyla tecil (ifanın geri atılması) veya indirme isteyebilmek için, önce alacaklının alacağını kabul etmek gerekli değildir; zira sözleşmenin yapılmasına temel hizmeti gören durumların tamamen değişmesinden sonra artık borç sona ermiştir. Diğer taraftan, savaşta sonra, güney Almanya eyaletlerinden bazılarında (meselâ, Bremen'de) özel sözleşmeye yardım kanunları yayınlandığı gibi, Değişirme Kanunu (Umstellungsgesetz) 21. paragrafı ile, para sisteminde yapılan yenilik (Währungsreform) sebebiyle sözleşmeye yardımı kabul etmişti. Nihayet bütün bu hükümler ve benzerlerini 26.3.1952 tarihli *Sözleşmeye Yardım Kanunu*'nun (Vertragshilfegesetz - VHG) 21. paragrafı ortadan kaldırdı. Adı geçen Kanunun 1. paragrafına göre, 21.6.1948 yılından, yani, Para Sisteminin Yenilenmesi (Währungsreform) olayının başlangıç olarak aldığı tasfiye gününden) önce tesis edilmiş bütün borçlar, ancak iki tarafın karşılıklı durumları ve menfaatleri âdil bir şekilde tartıldıkta, borçludan vâdelerine uygun veya tam ifa beklenemeyecek olduğu takdirde ve nisbette, kazaî sözleşmeye yardımdan faydalanırlar (49). Fakat yargıcın sözleşmeye yardım dâvasındaki yetkisi sınırlıdır; meselâ, yargıç bir borcu sadece miktar itibariyle indirebilir veya ifa anını geriye atabilir; buna karşılık, borcu tamamen silmeğe veya yeni borçlar yaratmağa yetkili değildir. Sonra, borçlunun bu yoldan faydalanabilmesi için bir dilekçe vermesi ve bu dilekçede malvarlığı durumunu ve kazanç imkânlarını açıkça göstermesi, alacaklıyla mahkeme dışında anlaşmak için çaba harcadığını bildirmesi gerekir (§ 9). Ayrıca kanun dilekçe-

(48) Bu tüzüğün adı, amacını göstermekten uzaktır. Çünkü tüzüğün amacı sözleşmeye değil de, onun taraflarına yardım etmektir.

(49) *Larenz*, GG³, 109 ve 124.

ye bir alacaklı ve borçlular listesinin eklenmesini de istemiştir. Bunun üzerine yargıç duruşmada tarafların kendi aralarında anlaşmalarına çaba harcar (§ 14); eğer bunu başaramazsa, gerekçesini göstermek suretiyle ve yenilik (yeni hak) doğurucu bir kararlar aradaki çekişmeyi (ihtilâfı) bir karara bağlamak zorundadır (50).

Bugün Almanyada yargıçça sözleşmeye yardım (richterlicher Vertragshilfe) teriminden anlaşılan, bütünü ilgilendiren (yani, genel) olayların olağanüstü sonuçları üzerinde çıkan çekişmelerde menfaatleri âdil şekilde bağdaştırma ve gerektiğinde yenilik doğurucu bir karar verme için yargıçça sarfedilen faaliyettir (51). Diğer taraftan, yargıcın Sözleşmeye Yardım Kanununa dayanarak verdiği kararın yenilik doğurucu niteliği bizzat kanunda açıkça belirtilmiş olduğundan, bu konu hukukçular arasında çekişme yaratmamıştır. Oysa Alman Yargıtayının, sözleşmenin temelini çökmüş olmasına dayanan yargıç kararına yenilik doğurucu nitelik vermek istemesi doktrinde şiddetle tenkid edilmiş ve Yüksek Mahkeme, kısa bir süre sonra, görüşünü değiştirmek zorunda kalmıştı (52).

2. Muamelenin Temelini Kabul Şekli. İngiliz İşgal Bölgesi Yüksek Mahkemesinin 15.7.1948 yılında verdiği bir karar *ir a t o l a y ı* adıyla meşhur olmuştur. Bu karar adı geçen mahkemenin ve hatta Alman Yargıtayının sonraki kararlarına yön vermiş olduğu için, çok önemlidir. Kararın hükme bağladığı maddî olay kısaca şöyle cereyan etmiştir. Bir işletmenin alıcısı, satım sözleşmesinde satıcıya ve onun ölümünden sonra da karısına ödenmek üzere aylık bir irad vaad etmişti. Bu iradın, satıcı (veya karısının) geçimini sağlayacağı için, ömür boyunca devam edeceği sözleşmede açıkça belirtilmişti. İşletme savaş sırasında bombalanmış ve bizzat alıcı da doğuda kaybolmuştu. Onun yerine, kendisi tarafından vekil tayin edilmiş olan kardeşi bir dâva açarak, irad borcunun artık sona ermiş bulunduğunun tesbitini istemişti. Yüksek Mahkemeye göre, doktrin ve mahkeme içtihatları AMK. nun 242. paragrafından, tarafların veya hiç değilse bir tarafın karşı tarafça bilinen tasavvuruna göre, bir sözleşmenin üzerine dayandırıldığı temelde önemli değişiklik, belli bir olayda, ancak dürüstlük (objektif hüsnüniyet) kaidesi icabı mutlaka lüzumlu görüldüğü ölçüde

(50) *Larenz*, GG³, 124 - 125.

(51) *Duden/Rowedder*, Vertragshilfegesetz, 26; *Saage*, Vertragshilfegesetz 51 - *Larenz*, GG³, 124 den.

(52) Bk. aşağıda N. 73 ve 74'ün metni.

sözleşme üzerinde etki yapar. Fakat adı geçen mahkemenin kanaatine önemli olan, «... muamelenin temeli konusunda doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından ortaya atılmış çeşitli görüşler değildir; bunun tam aksine, sadece, sözleşmeye sıkıca bağlı kalmaktan doğacak sonuç, değişen durum sebebiyle, borçlu için beklenmez olduğu takdirde ve sürece, böyle bir itiraz kabul edilir». Mahkeme esas görüşünü bu şekilde açıkladıktan sonra, olayımız yönünden şu sonuca varmıştır: Olayda satıcının geçimini sağlamak üzere sâbit, değişmez bir aylık gelir elde etmek istediği meydanda ise de, alıcının böyle bir taahhüt altına girerken başlıca işletmeyi gözönünde tuttuğu ve bu hali satıcının da bildiği; oysa, işletmenin alıcının hâkimiyet alanı dışında kalan durumlar (mücbir sebep) yüzünden mahvolduğu anlaşıldığından, bu değişikliğin AMK. nun 242. paragrafı çevresi içinde sözleşmeyi etkileyeceği kabul edilmelidir (53). Aynı mahkemenin 31.3.1949 tarihli bir kararı da, sözleşmenin temeli konusunda doktrinde öne sürülmüş çeşitli görüşler yerine, belli (münferit) bir olayın bütün özelliklerinin tartışılmasına önem verilmek gerektiğini; ancak bu suretle her olayı, iktisadî ve hukukî hayatı kökünden sarsan durumlar içinde münferit olarak değerlendirmenin mümkün olacağını ve hatta istisnâî bazı hallerde bu olaylara, sözleşmeye bağlılık esasından ayrılmayı gerektirecek büyüklükte bir önem bahşedilebileceğini belirtmiştir (54). 7.7.1949 tarihli ve aynı yönde verilmiş başka bir kararında ise, Yüksek Mahkeme (borçlu tarafından) taşınamaz ve hak ve adaletle bağdaşamaz mahiyetteki sonuçlardan kaçınmak için zaruri olduğu takdirde, sözleşmeye bağlılık esasından ayrılmanın mümkün olacağını ifade etmiştir (55).

Alman Yargıtayı da (56), bu konuda İngiliz İşgal Bölgesi Yüksek Mahkemesinin izinden gitmiştir. Gerçekten de adı geçen mahkeme ilk kararlarından birinde, *muamelenin temeli, ancak*

(53) OGHZ (Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen) I, 62 - Larenz, GG³, 110/111.

(54) OGHZ I, 386 - Larenz, GG³, 111 den. Bu mahkemenin diğer bazı kararları için bk. Kegel, 206 - 209.

(55) OGHZ, 2, 202 - Larenz, GG³, 111.

(56) Alman Yargıtayı 1945 tarihine kadar İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht) adıyla anılmış ve 1951 den sonra da Federal Mahkeme (Bundesgerichtshof - BGH) adını almıştır. Maamafih biz sadeliği sağlamak amacıyla sadece (Alman Yargıtayı) terimini kullandık. Fakat bu terimin 1945 tarihinden öncesi söz konusu olduğunda (İmparatorluk Mahkemesi)ni ve 1951 den sonrası için (Federal Mahkeme)yi işaret ettiğini hatırlatırız, bk. N. 47. 1945 ile 1951 yılları arasında ise, her işgal bölgesinde kurulmuş Yüksek Mahkemeler onu görevini ifa etmişlerdi.

muamelenin amacı esas tutulduğunda sözleşmeye bağlı kalma objektif hüsnüniyet kaidesi icabı borçludan beklenemez olduğu takdirde, gözönünde tutulabilir» (57) demişti. Gerçi Yüksek Mahkeme bir çok kararlarında Oertmann'ın tarifini aynen veya anlam itibariyle zikretmiş; fakat kararların hiç birinde muamelenin sübjektif temelini şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmadan, sadece «beklenmezlik» unsurunun tesbitine önem vermiştir. Alman Yargıtayı silâhlanma kredisi (Rüstungskredite) adlı başka bir kararında da şunları söylemişti: «... Alman halkının ve iktisadiyatının uğradığı genel felâket, belli bir sözleşmede muamelenin temelini çöktüğünü kabule yalnız başına yeterli değildir. Çünkü devletin kefaleti altında devletin silâh siparişlerini ifa edebilmek için bankadan kredi alan bir teşebbüsün bütün iktisadî hayatın içinde bulunduğu tehlike durumundan bilgi sahibi olmadığı düşünülemez. Bu itibarla, olayda AMK. nun 242. paragrafının uygulanmasını gerektirecek seyrek istisnai durumlardan biri mevcut değildir...» (58). Rubengeld Fall adlı başka bir kararında ise, Yüksek Mahkeme, aynı prensipleri bir kere daha tekrar ettikten sonra, incelediği bu olayda muamelenin temelini çökmüş olduğunu kabul etmiştir. Adı geçen karara göre, mal varlığının kusursuz kaybedilmesi borçluyu mutlaka borcundan kurtarmaz; bu mal varlığı kaybının, kamulaştırma veya bombardıman gibi diğer türden savaş olayları sonucu meydana gelmiş olmasının da bir önemi yoktur. Ancak muamelenin amacı esas alındığında, sözleşmeye sıkıca bağlı kalma objektif hüsnüniyet icabı borçludan beklenemez olmuşsa, muamelenin temelini çökmüş olması - yani olayımızda şeker fabrikasının kamulaştırılması yüzünden dâvalının fakirleşmesi- Yargıca sözleşmeye karışma yetkisini verir. Bu yüzden, olayın incelenmesinden, borçlunun borcuna ilk şekli ile bağlı tutulmasının objektif hüsnüniyet ve binnetice adalet esaslarına açıkça aykırı düşeceği sonucu çıkarsa, bu takdirde «sözleşmeye bağlı kalma» esası geri çekilir ve onun yerini «hakkın câiz olmayan kullanılması» kaidesi alır (59). Kısacası, Alman Yargıtayına göre, bir olayda muamelenin temelini çöküp çökmediğini tesbit için objektif hüsnüniyet esas tutulmalı, sözleşmeye aynen bağlı kalma halinde doğacak sonucun hak ve adalet esasları ile bağdaşabilip

(57) BGHZ, 2, 188.

(58) BGHZ, 7, 238. Bu kararı tenkit ve aksi fikri savunan bir yazı için, bk. Larenz, GG³, 112/113.

(59) Lindenmaier/Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs BGB § 84, N. 21. Bu kararın tenkidi için, bk. Larenz, GG³, 115.

bağdaşamayacağı veya böyle bir durumda borçludan ifanın beklenbilip beklenemeyeceği noktası araştırılmalıdır (60). Bu yüzden adı geçen mahkemenin kararlarında «beklenmezlik» veya «hak ve adaletle asla bağdaşmayacak sonuç» sözlerine sık sık rastlamak mümkündür. Fakat Yüksek Mahkemenin bu görüşünü, hiç değilse bazı müellifler, şiddetle tenkit etmişlerdir. Bu müelliflere göre, beklenmezlik kıstası ile bu konuda bir sonuca ulaşmak imkânsızdır; zira bizzat bu kavramın çevresini tayin kolay değildir ve bu yüzden mahkemenin kararı (adalet düşüncesiyle verilmiş karar) sınırını aşamayacaktır. Buna engel olmak için, yani hukuki güven ve ferdi serbesti uğruna, Yüksek Mahkemenin beklenmezlik kavramının sınırını, imkân ölçüsünde, açık ve kesin olarak belirtmesi gerekirdi. Oysa Alman Yüksek Mahkemesi bunu yapamamıştır (61). Maamafih Alman Yargıtayının ortaya attığı bu beklenmezlik kavramını bu gün bir çok müellifler kabul etmişlerdir (62).

3. Muamelenin Temeline Bağladığı Hükümler. Muamelenin temelinin çökmesinin hükümleri konusunda da az önce dokunduğumuz irad olayı kararı yön göstermiştir. Gerçekten İngiliz İsgal Bölgesi Yüksek Mahkemesinin 15.7.1948 tarihli bu kararına göre, muamelenin temelini çökmüş olmasının hükümleri, objektif hüsnüniyete göre zaruri bulunan bazı müdahalelerdir. Bu müdahaleler, bazan borçtan tamamen kurtarma (fesih), bazan edimin indirilmesi veya ifa zamanının uzatılmasıdır (63). Alman Yargıtayının 15.6.1951 tarihli kararına göre de, muamelenin temelini çökmesi, mutlaka borçlunun borçtan tamamen kurtulması sonucunu doğurmaz; borçlunun kurtulması, ancak objektif hüsnüniyet gereğince zaruri bulunduğu; ifa borçludan beklenemez olduğu takdirde mümkündür. Bu itibarla, her olayda borçludan kısmî ifanın beklenbilip beklenemeyeceği hususu incelenmelidir (64). Alman Yargıtayı bir başka kararında fikrini daha açık olarak ifade etmiştir; buna göre, «... muamelenin temelini çökmesi, her zaman, borçlunun borçtan tamamen kurtulmasını gerektirmez; bu yüzden, her şeyden önce borç ilişkisinin (ifa zamanının uzatılması veya satış bedelinin indirilmesi suretiyle) değişen duruma uydurulabilip uydurula-

(60) Bk. 17/7/1958 ve 12/4/1960 - *Lindenmaier/Möhring*, BGB § 242, N. 27 ve 36. Aynı yönde ve fakat daha eski tarihli kararlar için, bk. *Larenz*, GG³, 111/117 ve *Kegel*, 206/222.

(61) *Larenz*, GG³, 123 vd. Ayrıca, bk. N. 71.

(62) Bk. *Enneccerus/Lehman*, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl. 1958, § 41, II 4.

(63) OGHZ 1, 62 - *Kegel*, 206/207 den.

(64) *Lindenmaier/Möhring*, BGB (Ba) § 242. N. 2.

mayacağı ve bu uydurmanın adaletin gereklerine uyup uymadığı-
nın araştırılması gerekir» (65). Aynı mahkemenin 16.1.1953 tarihli
bir kararı ise, şöyledir: «Muamelenin temeli daha başlangıçta bulun-
mamış; fakat bu eksiklik sonradan anlaşılmalı olsa da, söz konusu
mes'ele hukukî muamelenin hükümsüzlüğü değil de, tam aksine
AMK. nun 242 paragrafı içinde fiilî duruma uydurma mes'elesidir.
Bu uydurma bir değiştirme (Umgestaltung), özellikle müferit
alacakların indirilmesi veya sözleşmenin kısmen devamı ve kısmen
sona ermesi şeklinde yapılabilir; hatta bu halde objektif hüsnüni-
yete göre borçtan tamamen kurtulma dahi mümkündür» (66). Yük-
sek Mahkeme başka bir kararında ise, «Alman Yargıtayı Mahkeme
İçtihatları ve doktrinde, muamelenin temelinin çökmüş olması yü-
zünden sözleşmeden doğan borçların son bulmasının ancak en son-
ra söz konusu olacağı kabul edilmiştir. Sözleşmeye bağlılık esası,
muamelenin temelinin çökmesi halinde bile, imkân ölçüsünde aynen,
fakat gerektiğinde sözleşme konusunun değişen duruma uydurula-
rak muhafazasını gerektirir. Bu konuda esas olan, objektif hüsnüni-
yetin hangi değişiklikleri emrettiği ve sözleşmenin ifasının taraf-
lardan hâlâ beklenebilir beklenemediğidir. Ancak bu soruya menfi
cevap verildiği takdirde ve ölçüde borçluyu borcundan kurtarmak
haklı olur...» demiştir (67).

Muamelenin temelinin çökmesinin, ilk safta sözleşmenin yeni
şartlara uydurulması sonucunu doğurduğunu Alman Yargıtayı da-
ha sonraki kararlarında da tekrar tekrar belirtmiştir. Meselâ Yük-
sek Mahkemenin 13.10.1959 ve 14.10.1959 tarihli kararlarını bu
konuda örnek gösterebiliriz (68). Hatta Yüksek Mahkeme, konu-
muzla ilgili ve oldukça yeni bazı kararlarında, sözleşmenin yeni du-
ruma uydururulması esasının iki tatbiki örneğini de vermiştir. Bu
kararlara göre, *Yükün Taraflar Arasında Denkleştirilmesi Kanu-
nu*'nda (Lastenausgleichgesetzgebung) sözleşmenin yapıldığı anda
tahmin edilemeyen sonuçlarının taraflar arasında nasıl bölüneceği
konusunda uygulanacak genel bir ölçü yoktur. Bu yüzden, özel du-

(65) *Lindenmaier/Möhring*, BGB § 242, N. 2. Volkswagen olayındaki
karar da aynı mahiyettedir. bk. JS 52, 105.

(66) *Lindenmaier/Möhring*, BGB (Bb) N. 12. Bu kararın tenkidi için,
bk. Soergel/Siebert § 242, N. 260.

(67) *Lindenmaier/Möhring*, BGB (Bb) § 242, N. 13.

(68) *Lindenmaier/Möhring*, BGB § 242 (Bb) N. 18, 33, 34. Bu ve aşağıda
dokunduğumuz diğer kararlar Larenz'in kitabının 1963 tarihli basısında
yoktur.

(69) *Lindenmaier/Möhring*, BGB, § 242 (Bb), N. 41 ve orada gösteril-
miş diğer üç karara bakınız,

rumlar farklı bir hareketi gerektirmediği takdirde, kaide olarak, zarar ve kâr sözleşmenin tarafları arasında yarı yarıya bölünmelidir (69). Bu kararlarında Alman Yargıtayı Kegel tarafından savunulmuş görüşe âdeta katılmış gibidir (70).

Diğer taraftan, Alman Yargıtayının sözleşmenin yeni duruma uydurulması ve bunun şekli, veya sözleşmenin feshi konusunda da «beklenmezlik» kavramına dayandığını belirtmeliyiz. Çünkü Yüksek Mahkeme bir çok kararlarında bu noktayı zikretmekle beraber, bütün uğraşmalarına rağmen, beklenmezlik kavramına tam bir açıklık verememiştir (71).

Alman Yargıtayı muamelenin temelini çökmesi sebebiyle sözleşmenin değiştirilmesini, yargıcın sözleşmeye yenilik doğurucu bir şekilde karışması olarak nitelemiştir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme eski görüşünü ilk önce 23/10/1951 tarihli meşhur Volkswagen dâvası'nda açıklanmıştır. Daha sonraki iki kararında ise, aynı görüşü, AMK'nun 242 paragrafından çıkan yargıcın yeni hak yaratma yetkisi (kazaî inşa selâhiyeti - richterliches Gestaltungsbefugnis) veya AMK'nun 242 paragrafına dayanarak yargıcın sözleşmeyi yeniden kurması (richterliche Vertragsgestaltung) sözleriyle tekrar etmiştir (72). Şu halde Alman Yargıtayına göre, yargıç, ferdi serbesti esastan kuvvet alan bir sözleşmeyi, tarafların veya hiç değilse onlardan birinin iradesine rağmen değiştirilebilir ve mahiyeti itibariyle, muamelenin temelini çökmesine dayanan yargıç kararı ile Sözleşmeye Yardım Kanununa dayananı arasında bir fark yoktur; daha doğrusu, aradaki biricik fark muhakeme usulü yönündendir. Değişik bir söyleyişle, sözleşmeye yardım, AM.K'nun 242 paragrafında verilmiş çeşitli imkânlardan birinin özel bir kanunla ifadesinden başka bir şey değildir. Alman Yargıtayının kararlarına temel olan bu görüşü bazı müellifler de savunmuşlardır (73). Fakat Alman Hukukunda çoğunluk bu

(70) Bk. K. Tunçomağ, Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile ilgili objektif görüşler, *IHF* 1967, c. XXXII, sy 2/4, s. 892/896.

(71) *Larenz*, GG³, 117 ve Reichsgerichts Komm. § 242, N. 67 deki kararlara ve N. 61'e bk.

(72) İlk karar için, bk. JZ 52, 145 ve diğer iki karar için, bk. *Lindenmaier/Möhring* § 242 (Bb) N 12 ve *BGHZ* 9, 273 ve bu konuda 11/7/1958 tarihli bir karar için, bk. *Lindenmaier/Möhring*, § 242 (Bb) N. 27.

(73) *BGHZ* 15, 38; *Geyer*, SJZ 1948, 287 vd.; *Kegel*, 227 vd. ve JZ 1951, 405.

görüşün karşısındadır. Onlara göre, muamelenin temelini çökmesine ve sözleşmeye yardım kanununa dayanan kararlar tamamen farklı alanlara aittirler. Eğer bunun aksi doğru olsaydı, Sözleşmeye Yardım Kanununun birinci paragrafında, bu kanunun 12.6.1948 gününden önce tesis edilmiş borçlara hasrolunmasının hiç bir anlamı olmazdı. Zaten sözünü ettiğimiz kanunun gerekçesinde de kanun-koyucu, yeni kurulacak borç ilişkileri için sözleşmeye yardım yolunu açmayı istemediğini açıkça belirtilmiştir (74). Bundan, kanun-koyucunun, yargıcın adalet düşüncesiyle borç ilişkilerine karışmasını ancak olağanüstü hallerde ve özel kanunlar bulunduğu takdirde kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Oysa Alman Yargıtayının, kurulmuş borç ilişkilerini, ifanın beklenmezliği sebebiyle, sırf kendi takdirine göre yargıcın yeniden kurulabileceğine dair görüşü, sözleşmeye yardım kanununa tamamen aykırıdır. Şu halde, bu müelliflere göre, yargıcın AMK. nun 242. paragrafına dayanarak sözleşmeyi yeni durumlara uydurması, sözleşmeye yardımın aksine, sözleşmenin tarafları arasındaki hukukî ilişkisi yeniden yaratmaz da; sadece mevcut hukukî ilişkinin durumun değişmesiyle objektif hüsnüniyet esasına göre aldığı şekli tesbit ve ifade eder (75). Değişik bir söyleyişle, sözleşmeye yardım, itiraz olunmayan sözleşme konusunun yargıç tarafından özel durum gözönünde tutularak değiştirilmesini mümkün kılarken; 242 . paragraf sözleşmenin lâfzına değil, anlamına ve hukuk düzeninin (karşılıklı çıkarları) denkleştirme görevine uygun konusunu, temelli değişikliklere uydurmada görünür hale getirmektedir (76). Alman Yargıtayı bu tenkitlerin etkisiyle ve takriben bir yıl sonra görüşünü değiştirmiş; hatta 14.10.1959 günlü bir kararında Gegel ve Larenz'in az önce özetlediğimiz düşüncelerini aynen tekrar bile etmiştir (77).

IV. ALMAN YARGITAYI KARARLARINDAN ÇIKAN GENEL SONUÇ. Yukarda Alman Yargıtayının değişen durumların borç sözleşmeleri üzerindeki etkisi mes'elesini ne suretle ele aldığını,

(74) *Larenz*, GG³, 126/131. Ayrıca bak. *Duden/Rowedder* 36, *Saage*, 65; *Godin*, *Handelgesetzbuch Kommentar*, 2 Aufl. (1953), s. 346, N. 55 ve *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentags*, 2, B63/B64.

(75) *Larenz*, GG³, 131, 122; *Kegel*, JZ 1952, 158; *Kegel*; 161; *Rothe*, Arch, Ziv. Pra. 151, 39; *Esser*, JZ 1958, 114.

(76) *Scorgel/Siebert*, § 242, N. 257.

(77) *Lindenmaier/Möhring*, § 242 (Bb) N. 34. Eserinin Üçüncü basımını 1963 yılında yayınlayan *Larenz*'in bu karara yer vermemesi ve Alman Yüksek Mahkemesini hâlâ terkettiği görüşünden ötürü tenkit etmesi eseri için önemli bir eksikliklerdir.

buna bağladığı hükümleri ve görüşlerinde zamanla meydana gelmiş değişiklikleri ana çizgileriyle belirttik. Burada ise bu anlattıklarımızdan çıkarılması gerekli sonuçlar üzerinde kısaca duracağız.

1. **İkinci Dünya Savaşından Önceki Devrede.** Alman Yargıtayı Birinci Dünya savaşı ve onun ardından gelen yıllarda sözleşmenin, sürekli fiyat artmaları sonucu zararı uğrayan tarafına, önce iktisadî imkânsızlık kavramına dayanarak yardım etti. Başlangıçta sadece fiilî geçici imkânsızlık halleri için kabul ettiği bu kavramı, zamanla genişletti ve ifanın borçludan beklenmez olduğu hallere de yaydı. Aynı eyilimi iktisadî imkânsızlığa bağladığı hükümlerde de tesbit mümkündür. Gerçekten iktisadî imkânsızlığa, ilk zamanlardaki kararlarında sadece sözleşme bağının kendiliğinden kopması (infisahı) sonucunu bağlamışken; sonraları onun yerine, feshi (ve sürekli borç ilişkilerinde, feshi ihbarı) koydu. Alman Yargıtayının 1923 yılından itibaren verdiği kararlarda ise, muamelenin temeli terimine, hatta bazen Oertmann'ın adını zikreterek yer verdiğini görüyoruz. Bu kararlarda ana fikir «edim ve karşı edim arasında adil bir denkleştirme» sağlamak, kısa bir deyimle zararı, taraflar arasında bölüştürmektedir. Bu amaç ile de Yüksek Mahkeme alacaklıya borçludan edimini yükseltmesini isteme ve onun reddi üzerine sözleşmeyi fesih (veya feshi ihbar) etme hakkı tanımıştı. Fakat alacaklıya edimi yükseltme ve denkleştirme alacakları tanıdıktan sonra, Yüksek Mahkeme, bir adım daha atarak, sözleşmenin değiştirilmesini kaide, fesih veya feshi ihbarı istisna haline sokmuştu.

Yeri gelmişken şu noktanın belirtilmesini de zaruri bulmaktayız. Gerçi Alman Yargıtayı Oertmann'ın, muamelenin temeli formülüne bir çok kararlarında yer vermiştir. Fakat bu yer veriş görüşün her noktada ve tamamen Yüksek Mahkemece kabul edildiği anlamına gelmez. Çünkü, meselâ, zararın taraflar arasında bölüştürülmesi fikri, Oertmann'ın görüşünde yoktur. Sonra Oertmann'ın muamelenin temelini varlığını kabul için aradığı şartlar (yani, bir tarafın açıklanmış ve karşı tarafça itiraz olunmamış tasavvuru veya iki tarafın ortaklaşa tasavvuru) da Alman Yargıtayını fazla ilgilendirmemiştir. Hatta bu yüzden Oertmann'ın muamelenin temeli görüşünün kararlarda bir süs olarak anıldığı, bu adın bir örtüden öteye bir anlam taşımadığı söylenmiştir (78). Kanaatimizce bu sözler Oertmann'ın görüşünün Alman Yargıtayı üzerinde yaptığı etkiyi ifadeden çok uzaktır. Çünkü adıgeçen müellifin görüşü kararlarda bir süs olarak değil, bir temel düşünce olarak yer almıştır. Bazı

(78) *Kegel*, 161; *Larenz*, GG³, 112.

kararlarda ve zamanla artan bir ölçüde bu görüşten ayrılma, söylediklerimize aykırı düşmez; zira bir görüşün mahkeme kararlarında temel olarak kabulü, onun tamamen ve olduğu gibi alınmasını gerektirmez. Zaten ortaya atılan bir görüşün durmadan değişen olaylar karşısında kalan mahkemelerce aynen kabulü de madden imkânsızdır.

2. İkinci Dünya Savaşından Sonraki Devre. Alman Federal Mahkemesi de muamelenin temeli konusunda Alman İmparatorluk Mahkemesinin (79) izinden gitmiş; yani Alman Yargıtayının 1951 yılından sonra verdiği kararlar; esas itibariyle, daha önceki kararların aynı olmuştur. Şu farkla ki, Alman Yargıtayı, 1951 yılından sonraki kararlarında sözleşmeyi değişen durumlara uydurma düşüncesine daha fazla ve önemle yer vermiştir. Diğer taraftan, bu kararlarında Oertmann'ın muamelenin temeli görüşüne, aynen veya anlam itibariyle, sık sık yer verilmiştir. Maamafih bundan, Alman Yargıtayının bu devrede Oertmann'ın formülüne daha fazla bağlı kaldığı ve sadece muamelenin sübjektif temelini kabul ettiği sonucunu çıkarmak da doğru olmaz. Çünkü sözünü ettiğimiz kararlarda bile, Oertmann'ın formülü anıldıktan hemen sonra, bu formül yeni bir kayıt, yani beklenmezlik kaydı, ile sınırlanmıştır. Hatta Alman Yargıtayının gözünde önemli olan, muamelenin temeli kavramından çok, beklenmezlik kavramıdır diyebiliriz. Bu yüzden, bir çok hallerde Yüksek Mahkeme olayda Oertmann anlamında muamelenin temeli şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde hiç durmayıp, sadece münferid olayın taşıdığı özel durum sebebiyle, borçludan sözleşmenin ifasının beklenebilip beklenemeyeceği noktasını incelemekle yetinmiştir. Bu gözlem maddî olayın nitelenmesi için olduğu kadar, bu olaya bağlanacak hukukî sonuçlar yönünden de doğrudur. Gerçekten de Alman Yargıtayına göre, ifanın borçludan beklenebilip beklenemeyeceği esası gözönünde tutulmak suretiyle, sözleşmenin yeni durumlara uydurulması mes'elesi çözülmeli ve ancak bu mümkün olmadığı takdirde ve nisbette, borçluya sözleşmeye bağlılıktan kurtulma (fesih) yolu açılmalıdır.

(79) Bk. Yukarda N. 47, 56.