

Covid-19 Sürecinin Borçlar Kanunu ve TKHK Kapsamında İncelemesi

Stj. Av. Onur ALPTEKİN



Genç Hasta Baküs, 1593, Caravaggio, yağlı boya,
Borghese Gallery

Giriş :

2019 senesinin son aylarında Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkıp kısa sürede tüm dünyanın ortak kaygısı haline gelen Koronavirüs (Covid-19), kısa bir süre içinde Dünya Sağlık Örgütü'nce "pandemi" olarak ilan edildi. Gerek ülkelerin hastalığın yayılmasını engellemek için uyguladıkları birbirinden farklı kısıtlamalar, gerek insanların bu süreçte yaşadıkları maddi ve manevi zorluklar

nedeniyle insan ilişkileri ile

birlikte gündelik yaşam da sekteye uğramıştır. Buna paralel olarak hayatın birçok alanında kaçınılmaz şekilde yeni birçok hukuki uyuşmazlık da meydana gelmiştir.

Bu uyuşmazlıkların ülkemizdeki önemli başlıklarından birisi de, Borçlar Kanunu kapsamındaki sözleşmelerde yaşanmaktadır. Biz de bu yazımızda Covid-19 pandemisi nedeniyle bu kapsamında yaşanan uyuşmazlıklarda tekrar tekrar ele alınması gereken terimlerin detaylı bir incelemesini yapacağız.

1. Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal :

Türk hukukunda mücbir sebep genel olarak “öngörülemeyen, karşı konulamayan, sözleşme vasıtası ile taahhüt edilmiş bir borcun yerine getirilmesini tamamen veya kısmen imkansızlaştıran durum veya durumlar bütünü” şeklinde tanımlanabilir. Mücbir sebebin şartları Yargıtay içtihatları ile belirlenmiştir. Buna göre, mücbir sebep olarak nitelendirilebilecek olayın,

- a. kaçınılmaz
- b. karşı konulamaz
- c. öngörülemez
- d. taraflardan hiçbirinin sorumluluğunu gerektirmeyecek olması (hiçbir tarafın sözleşmeye aykırılık oluşmasında kusurunun olmaması) gerekir.

Günümüzde hâkim görüşe göre, doğa olayları, hukukî olaylar, insan kaynaklı, yani beşerî olay ve davranışlar, sosyal olaylar mücbir sebep teşkil edebilir.¹ Tüm dünyada ve bu arada ülkemizde de “*pandemik hastalık*” ilan edilen Covid-19 taraflar arasında akdedilen tüketici hizmet sözleşmesinin kurulması anında öngörülecek nitelikte olmayıp sözleşmesel borçların pandeminin beraberinde getirdiği şartlardan ayrı olarak düşünülmesi mümkün değildir. Bu sebepten ötürü pandemi mücbir sebep niteliği taşımaktadır.

Beklenmeyen hal ise; “*bir borcun borçlu tarafından kaçınılamayacak surette ihlaline sebep olan hadise*” olarak tanımlanabilir.² Bu kavram ayrıca borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen, sözleşme yapıldığı sırada öngörülemeyen ve

¹ Feyzioğlu, Borçlar Genel, s. 226; Göktürk, s. 1164; Birsen, s. 572; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 818; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1004; Gözübüyük, s. 90; Erzurumluoğlu, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 37; Akyazan, s. 298; Ayan, s. 285; Eren, Uygun İlliyyet Bağı, s. 177; Eren, Borçlar Genel, s. 583; İnan/Yücel, s. 612; Kaplan, s. 172; Altaş, İmkânsızlık, s. 51, 54; İnal, Borca Aykırılık, s. 698; Özçelik, Mücbir Sebep, s. 305 vd.

² Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 46; Favre, s. 197; Edis, s. 104.

kaçınılmaz bir şekilde borca aykırılığa neden olan olay biçiminde de açıklanmaktadır.³

Beklenmeyen hal ve mücbir sebep kavramları arasındaki temel fark, mücbir sebep olarak nitelendirilen olayların, beklenmeyen hale nazaran daha mutlak ve yoğun bir kaçınılmazlık teşkil etmeleridir.⁴ Bunun dışında umulmayan halin, mücbir sebebin aksine, mutlaka tarafların işletme ve faaliyetine yabancı bir dış olay olması da gerekmez.⁵ Ayrıca mücbir sebep niteliğindeki bir olayın ortaya çıkmasını yalnızca borçlunun değil, kimsenin engellemesi mümkün değildir.⁶ Her umulmayan hal mücbir sebep teşkil etmeyebilir, buna karşılık her mücbir sebep beklenmeyen haldir.⁷

Mücbir sebep mutlak değil, nisbi bir kavramdır.⁸ Bir olayın mücbir sebep olup olmadığı her olayın somut koşulları ışığında belirlenir. Bir durum, farklı olaylarda meydana geliş şekline ve sonuçlarına göre mücbir sebep veya beklenmeyen hal olarak nitelendirilebilir. Bir vakıanın önceden mutlaka mücbir sebep veya beklenmeyen hal olarak sınıflandırılması mümkün değildir.

Mücbir sebep bakımından vuku bulması ile birlikte taraflar arası sözleşmenin direkt sona erdiği, tarafların borçlarından kurtulduğu veya sözleşmenin askıya alındığı inancı yaygındır. Halbuki somut olayda bir vakıa her ne kadar ilk bakışta mücbir sebep izlenimi verse de mücbir sebep sonuçlarını doğurmayabilir.

2. Geçici ve Sürekli İfa İmkansızlığı nedir ?

Sözleşmenin kurulmasından sonra, mücbir sebep sürekli veya geçici nitelikte olmasına göre, borcun hiç ifa edilmemesine veya

³ Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006; s. 313.

⁴ Kılıçoğlu, s. 319; Eren, s. 582; Favre, s. 198; Özçelik, s. 306 vd.

⁵ Eren, s. 581; Reisoğlu, s. 313; Favre, s. 198.

⁶ Reisoğlu, s. 313

⁷ Reisoğlu, s. 313

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1004; Eren, Borçlar Genel, s. 583; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 521; Bingöl, s. 196, Antalya, Gökhan O.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2016, s. 228.

borçlunun temerrüdüne neden olur.⁹ Mücbir sebebin sürekli olduğu hâllerde borcun ifası imkânsızdır. Mücbir sebebin geçici olması ise kural olarak sadece borcun zamanında ifasını engeller. Bu hâlde, borçlu gecikmeden sorumlu olmasa da ifası hâlâ mümkün olan borcunu ifa etmekle yükümlüdür.¹⁰

Geçici imkânsızlık halinde ifayı engelleyen durum devamlı nitelikte değildir ve işbu engel ortadan kalktıktan sonra borç ifa edilebilir. Ancak ifa imkansızlığının ne zaman ortadan kalktığı taraflarca bilinmiyor ve tarafların veya taraflardan birisinin bu süreç içerisinde sözleşmeyle bağlı kalması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa sürekli imkânsızlık söz konusu olacaktır.

3. Sürekli İfa İmkansızlığının Sonuçları :

Sürekli ifa imkansızlığı durumunda TBK. madde 136 uygulama alanı bulur:

“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”

Eğer işbu sürekli imkânsızlık sözleşme kurulurken var ve taraflarca biliniyorsa sözleşme geçersizdir (TBK madde 27/1).

⁹ Thilo (Çev. Esen), s. 349

¹⁰ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1345, dn. 171; Akkanat, s. 17 vd.; Baysal, Uyarlama, N. 440.

4. Geçici ifa imkansızlığının sonuçları nelerdir?

Mücbir sebebin borcun ifasını geçici olarak imkansızlaştırması sonucunda borçlu prensip gereği temerrüde düşer, ancak mücbir sebebin oluşumunda borçlunun herhangi bir katkısı bulunmadığından borçlu, kusursuz şekilde mütemerrit olmuştur. Temerrüt söz konusu olduğundan dolayı TBK'nin temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacak ve alacaklının TBK. madde 125 kapsamında seçimli hakları doğacaktır. Madde 125'in lafzı şu şekildedir :

“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı;

a. Her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

b. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek,

a. borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir

b. veya sözleşmeden dönebilir.

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

Baskın görüşe göre borçlu temerrüde düştüğünde alacaklının aynen ifa talebi geçici ifa imkansızlığının son bulduğu ana kadar ertelenecektir. Ancak bu ertelemeyen dolay, kusursuz mütemerritten, aynen ifa ile birlikte normalde söz konusu olması gereken gecikmeye bağlı tazminat talep edilemeyecektir.

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması da yukarıda belirtildiği gibi mümkündür. Ancak sözleşmeden dönme hakkı kullanmadan önce TMK madde 2'ce öngörülen “dürüstlük kuralı”na uygun düşecek makul bir süre beklenilmelidir. Bunu **Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.04.2010 tarihli, E. 2010/15-193, K. 2010/235** sayılı kararından açıkça anlayabiliriz: “... geçici imkânsızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural “ahde vefa=söze sadakat” ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı

tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller, hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkânsızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine “akde tahammül süresi” denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir.”

Geçici olarak seyreden ifa imkansızlığı süreç içerisinde sürekli imkansızlık haline gelir veya geçici imkansızlık süresi alacaklı için tahammül edilemeyecek vaziyette veya sözleşmeden elde edilecek faydayı ortadan kaldırıyorsa, sözleşmeye TBK madde 136 hükümleri uygulanacak ve borç ilişkisi sona erecektir.

5. Aşırı İfa Güçlüğü :

Türk hukukundan sözleşme özgürlüğü prensip olarak, gerek Anayasa gerek TBK’da düzenlenmiştir. Tarafların bu serbesti kapsamında yazılı veya sözlü bir sözleşme yapmaları halinde, taraflardan sözleşmeye sadık kalmaları beklenir. Taraflar, şartlar ne kadar değişirse değişsin, sözleşmeye bağlı kalmaya özen göstermelidir. Bu esasa “ahde vefa” (pacta sunt servanda) ilkesi denir. Ne var ki değişim geçiren hal ve şartlar altında sözleşme taraflarının her zaman sözleşme ile bağlı kalmasını beklemek dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğurabilecek ve ahde vefa ilkesiyle sözleşmesel adalet kavramının çatışmasına neden olabilecektir. Bu nedenle bu hallerde sözleşmelerin değişen durumlara uyarlanmaları da esastır.

6098 sayılı TBK yürürlüğe girmesinden evvel, mevzuatımızda uyarlama kurumuna ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, taraflar arasındaki sözleşme koşullarının daha sonra önemli ölçüde değişmesi halinde değişen bu koşullar karşısında (Clausula Rebüs Sic Stantibus-beklenmeyen hal şartı- sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi bağlamında ve MK. 2. maddesinden de yararlanılmak suretiyle sözleşmenin yeniden düzenlenmesinin mümkün bulunduğu ve karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin bozularak "işlem temelinin çökmesi" halinde MK. 1, 2 ve 4. maddelerinden yararlanılması gerektiğine dair öğreti ve uygulamada yerleşik bir kabul mevcut iken; 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK’nın

138. maddesi ile bu husus yasal bir düzenlemeye de kavuşturulmuştur. (13.HD., 28.01.2014, 13413/2073)

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 28.01.2014 tarihli ve 2013/13413 E., 2014/2073 K. sayılı kararıyla uyarlama müessesesinin amacı ve şartları açısından temel hatları çizilebilir: *“Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Eş söyleyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile, borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Ancak bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (Clausula Rebus Sic Stantibus - beklenmeyen hal şartı- sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar. Bununla birlikte her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan "irade özgürlüğü" "sözleşme serbestisi" ve "sözleşmeye bağlılık" ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar. Sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai, tali (ikinci derecede) yardımcı nitelikte olup, ancak uyarlama kurumun şartlarının mevcudiyeti halinde anılan kurumun uygulanması gündeme gelebilecektir.”*

TBK. madde 138'in lafzı ise şu şekildedir :

“(1)Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır

(2) Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.”

TBK madde 138'e göre sözleşme taraflarından birinin hakime yapacağı başvuru üzerine talep doğrultusunda karar verilebilmesi için şartlar şu şekilde sıralanabilir¹¹ :

- 1. Sözleşme kurulduktan sonra, tarafların edimleri arasında denge borçludan sonuçları yüklenmesi istenmeyecek kadar büyük ölçüde bozulmuş olmalıdır. Yargıtay 4. Hukuk Genel Kurulunun 17.10.1980 tarihli 11-773/2310 sayılı kararına göre, denge büyük ölçüde bozulmuş değilse borç sözleşmeye göre ifa edilecektir.*
- 2. Edimlerin dengesindeki değişiklik sözleşme yapılırken öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen (savaş, salgın, devalüasyon vb.) olağanüstü bir durumdan ileri gelmelidir. Bu öngörülemezlik durumu emprevizyon olarak ifade edilebilir.*
- 3. Aşırı ifa güçlüğü yaratan olgu borçludan kaynaklanmamalıdır. Örneğin borcunu zamanında ifa etseydi olağanüstü şartlarla karşılaşamayacak olan borçlu temerrüde düştüğü zaman hakime uyarlama talebi ile başvuramamalı ve sözleşmeden dönememelidir.¹²*
- 4. Edimler henüz ifa edilmemiş olmalı veya borçlu ifa güçlüğünden kaynaklanan haklarını saklı tutarak ifada bulunulmuş olmalı.*

Bu şartların gerçekleşmesi üzerine uyarlama isteyen taraf bu talebini salt mahkeme kanalıyla ileri sürebilir. İşbu taraf, karşı tarafa mahkeme kanalı dışında beyanda bulunarak sözleşmenin uyarlanmasını isteyemez.

Uyarlama kurumunun işletilemeyeceği iki temel durum söz konusu olabilir :

- 1. Aşırı ifa güçlüğünü defedecek değişikliğin madden veya hukuken imkansız olması*
- 2. Aşırı ifa güçlüğünü giderecek uyarlama gerçekleştiğinde karşı tarafın oluşan değişikliğe katlanmasının beklenmeyecek hale gelmesi*

¹¹ JdT 1982 I 277

¹² Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Cilt I, Vedat Kitapçılık, 2017

Bu sebeplere bağılı olarak aşırı ifa güçlüğünün varlığına rağmen uyarılama mümkün değilse, sözleşmeden dönme (geriye etkili sona erme, ex tunc) değil sözleşmenin feshi (ileriye etkili sona erme, ex nunc) söz konusu olacaktır.¹³

6. Ayıplı Hizmet :

TKHK madde 13'te ayıplı hizmetin tanımı yapılmıştır :

“(1) Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.

(2) Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır.”

Tanımdan da görülebileceği gibi hizmetin belirlenen süre içerisinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olunması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmetler ayıplı hizmet olarak kabul edilecektir. TKHK madde 14'e göre sağlayıcı hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür. Bu bakımdan hizmetin hiç sunulmaması, eksik sunulması ve geç sunulması gibi haller de ayıplı hizmet kapsamında sayılabilecektir.¹⁴

Ayıplı hizmetin söz konusu olduğu hallerde TKHK alıcıya bazı seçimlik haklar vermiştir :

“(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.

¹³ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Cilt I, Vedat Kitapçılık, 2017, s.202

¹⁴ Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, Doç. Dr. Murat Aydoğdu, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, 2014

(2) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır.

(3) Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir.

(4) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.”

Maddenin birinci fıkrasında cevaz verildiği gibi, alıcı maddedeki seçimlik hakkını kullanırken TBK. madde 112 ve devamı hükümlerine göre tazminat talep edebilecektir.

alptekin & kaya
hukuk bürosu

Ekim 2020

Dikkat: Bu yazı genel bilgi vermekte olup; hukuki tavsiye verme amacı içermemektedir.