
SORU:

- Mücbir sebep ile umulmadık hal arasında ne fark var?
- Günümüzdeki salgın hastalık, hangi sözleşmeler için mücbir sebep, hangi sözleşmeler için umulmadık hal, uygulamayı gerektirir.
- Üçüncü köprü için ödenmesi gereken geçiş garantisi için hazine avukatı olsa idin nasıl bir çözüm önerirdin.

BU ÇALIŞMA,
AV. ENDER DEDEAĞAÇ
TARAFINDAN HAZIRLANAN SORULAR
ÖNCÜLÜĞÜNDE OLUŞTURULMUŞTUR.

1. MÜCBİR SEBEP – BEKLENMEYEN HAL

Hukukumuzda, mücbir sebebin kanuni bir tanımı yapılmamış, şartları Yargıtay içtihatları ve doktrindeki görüşler doğrultusunda belirlenmiştir. Ayrıca taraflar, sözleşmede bazı durumları da mücbir sebep olarak sayabilirler. Sözleşmede yer almayan bir durumun mücbir sebep olabilmesi için

- kaçınılmaz
- karşı konulamaz
- öngörülemez
- taraflardan hiçbirinin sorumluluğunu gerektirmeyecek nitelikte olması yani hiçbir tarafın zararın meydana gelmesinde kusurunun olmaması gerekmektedir.

Şartlar, ancak bir arada buldukları takdirde bir olayın mücbir sebep olarak nitelenmesine imkân verir.

Yargıtay'ın “mücbir sebep” yorumlaması, her bir sözleşmenin niteliğine göre değişebilmektedir. Yargıtay içtihatları göz önüne alındığında, mücbir sebebin varlığının her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirildiği ve genellikle -özellikle tacirler açısından- dar yorumlandığı söylenebilir. Yine mücbir sebep oluşturduğu iddia edilen olayın ülke genelinde etkili olup olmadığı, benzer hukuki ilişkilere etkisi ve tarafların tacir olup olmadığı gibi kriterlerin de değerlendirdiği ilgili Yargıtay kararlarından anlaşılmaktadır. Örneğin, pek çok sözleşmede doğal afetler mücbir sebep olarak kabul görülürken, yüksek özen düzeyinin arandığı sözleşmelerde veya doğal afetin kendisinin teminat altına alındığı sigorta sözleşmeleri gibi sözleşmelerde “mücbir sebep / beklenmeyen hal” kavramının daha dar yorumlandığı görülmektedir. Mücbir sebep kabul edilebilecek durumların sözleşmede sınırlı olarak sayıldığı hallerde borçlunun kural olarak bu haller dışında kalan olaylar için sözleşmede düzenlemiş mücbir sebeplerin hukuki etkilerinden yararlanamayacağı doktrinde kabul edilmekte ise de TBK md.112 altında yer alan “kusursuz sorumluluk” prensibinden de faydalanmanın mümkün olduğu da ileri sürülebilmektedir. Bu nedenle, sözleşmede açıkça mücbir sebep hallerinin düzenlenmediği veya düzenlense dahi sözleşmede öngörülemeyen bir

mücbir sebebin olduğu durumlarda, dürüstlük kuralı ve kusursuz sorumluluk ilkeleri çerçevesinde sözleşme dengesi yeniden değerlendirilmelidir.¹

Mücbir sebepte olayın nedeni bilindiği halde önlenmesi olanağı yoktur. Mücbir sebep teşkil eden haller, insanların elindeki araçlarla karşı koyamayacağı ve çoğunlukla da doğadan kaynaklanan olaylardır.² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 02/05/2014 tarih ve 2014/13893 E. – 2014/19777 K. sayılı kararında da mücbir sebep, hukukta bir sorumluluğun yerine getirilmesini veya bir hakkın veya hukuksal imkânın veya kanuni bir avantajın kullanılmasını veya talep edilmesini, kısmen veya tamamen, geçici veya daimi surette engelleyen, bu niteliği dolayısıyla sorumluluğu kaldıran veya yerine getirilmesini, süresini geciktiren veya sorumluluğun niteliğini değiştiren, bir hakkın veya hukuksal imkânın veya kanuni bir avantajın kullanılmasına ilişkin sürelerin yeniden tanınmasını, sürelerin uzatılmasını veya eski hale iade edilmesini gerekli ve zorunlu kılan, kişinin önceden beklemediği, öngöremeyeceği ve tahmin edemeyeceği, beklese ve tahmin etse bile, kişilerin alabilecekleri her türlü tedbirlere rağmen meydana gelmesini engelleyemeyeceği, kişilerin tedbir alma ve ihmalde bulunmama yükümlülüklerini aşan nitelikte ve ağırlıkta olan, dıştan gelen, olağanüstü, olağan dışı ve devamlı olanın dışında gerçekleşen nitelikte bir olay, olgu veya durumu olarak tanımlanmıştır.

Gerek hukuki sorumluluk ve gerek hakkın kullanılması gibi hallerde mücbir sebep, sorumluluğu kaldırıcı, sorumluluğu ileri bir tarihe atıcı sonuçlar ortaya çıkarabileceği gibi çeşitli hallerde de sürelerin durmasının kabulü, yeni ek süreler tanınması veya başlangıçtaki sürenin hiç işlemediğinin kabulü, eski hale iade gibi hukuki çözümler de üretilmiştir.

Borçlar Hukukunda mücbir sebep, beklenmeyen hal veya fevkalade hal olarak adlandırılan durumlar, kişilerin sorumluluğunu kaldıran hallerdendir. İdare Hukukunda da idarenin faaliyetinin dışında gelişen öngörülemez ve önlenemeyen hadiseler olarak tanımlanan mücbir sebepler, idarenin sorumluluğunu kaldıran haller arasında sayılır. Bu hadiselerde idarenin eylemi-işlemi ile zarar arasında illiyet bağı kurulamayacağı için idarenin sorumlu olmayacağı kabul edilir. Ancak idarenin gücünün artması ve teknolojik gelişmelerle idarenin sorumluluğunu kaldıran mücbir sebepler gün geçtikçe sınırlanmaktadır.³ Mücbir sebep kavramının sorumluluk alanında doğuracağı sonuçlar açısından özel hukuk ile idare hukuku arasında bir farklılık bulunmamaktadır. İdare ister hizmet kusurundan, ister kusursuz sorumluluktan sorumlu olsun, mücbir sebep varsa sorumluluk ortadan kalkacaktır (bkz. İdare Hukuku, İdarenin Sorumluluğu, Prof. Dr. Ender Ethem Atay).

¹ COVID-19 Salgını ve Sözleşmesel İlişkiler, Hergüner Bilgen Özeke Avukatlık Ortaklığı, <https://www.theworldlawgroup.com/writable/documents/news/25.03.2020-Hukukta-g%C3%BCndem-COVID-19un-S%C3%B6zle%C5%9Fmesel-Y%C3%BCk%C3%BCml%C3%BCl%C3%BCklere-Etkisi-Client-alert-The-effects-of-COVID-19-on-Contractual-Liability.pdf>

²İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep, Ar. Gör. Çınar Can Evren, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 1, syf 263 vd.

³Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı, Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ISSN 2146-0590, ss. 1520-1538 • DOI: 10.33433/maruhad.667551, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/909407>

Beklenmeyen hal ise sözleşme ilişkisinde borçlunun irade ve davranışından bağımsız olarak borçlunun borcunu ihlal etmesine kaçınılmaz biçimde neden olan olaydır. Beklenmeyen haller de önlenemeyen olaylar olmakla birlikte bu gibi durumlarda olayın nedeninin bilinmemesi zararı doğuran asıl nedendir. Neden önceden bilinmiş olsa, alınacak tedbirlerle olay ve neden olduğu zarar ortadan kaldırılabilecektir. Bu nedenle, umulmayan hal, nedeni belli olmayan kusur olarak da adlandırılmıştır (Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Esin Yüksel, İkinci Kitap, Ankara 1976, s. 135).⁴ İdare hukuku açısından bakıldığında ise beklenmeyen halde öngörülemez ve önlenemez bir durum bulunmakla birlikte bunların bir kamu hizmetinin işleyişine bağlı olması gerekmektedir. Dolayısıyla burada bilinmeyen ve önlenemeyen bir kamu hizmetindeki eksiklik söz konusudur. Zarara doğrudan idare sebebiyet vermemiş olsa da zarar, idarenin sahibi olduğu bir şey veya etkinlikten kaynaklandığından beklenmeyen hal, kusursuz sorumluluğu etkilemeyecektir.

Beklenmeyen hal kuramının uygulanması için, sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan şartların önemli ölçüde değişmesi aranır. Beklenmeyen hal teorisi, Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi kuramı olarak genişletilmiş olup sözleşmenin temelinin teşkil eden, karşılıklı edimler arasındaki dengenin taraflardan biri için artık çekilmez biçimde bozulduğu hallerde, işlem temelinin çökmesi söz konusudur (Burcuoğlu Haluk, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, Filiz Kitabevi, 1995, s. 9). Beklenmeyen hal kavramı hem mücbir sebebi hem de dar anlamda beklenmedik hali kapsar. Mücbir sebep aslında nitelikli bir beklenmeyen haldir. Beklenmeyen hal mücbir sebepten daha geniştir. Beklenmeyen halde nisbi kaçınılmazlık yani borçlunun aynı şartlardaki makul bir kişinin göstereceği özeni göstermesi ve tedbirleri almasına rağmen olayın sözleşmenin ihlaline yol açması söz konusudur. Ancak mücbir sebep bakımından mutlak bir kaçınılmazlık aranmakla bu dıştan kaynaklanır.⁵ Yine İdare hukuku açısından bakıldığında mücbir sebep ve zarara uğrayanın kusuru hallerinde idarenin her türlü sorumluluğu tamamen ortadan kalkacak iken beklenmeyen hal ve 3. kişinin kusurlu davranışının söz konusu olduğu hallerde sadece idarenin hizmet kusuru sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10.maddesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller şöyle düzenlenmiştir: a) Doğal afetler. b) Kanuni grev. **C) Genel Salgın Hastalık.** d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı. e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller. 10.madde, idarenin yukarıda sayılan halleri mücbir sebep olarak kabul etmesi için ayrıca şu şartları da aramaktadır: a) Yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, b) Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, c) Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması.

Yaşamın, düzen içerisinde devamını sağlamakla yükümlü olan idarece bu düzeni bozacak nitelikteki afetlerin neden olacağı zararlı sonuçları engellemeye yönelik önlemler alınması ve afetin yaşanmasından sonra durumun en az zararlarla atlatılmasını sağlayacak faaliyetlere derhal

⁴İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep, Ar. Gör. Çınar Can Evren, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 1, syf 263 vd.

⁵Korona Virüs Salgınının Sözleşmelere Etkisi, İfa İmkânsızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarlama, Av. Dr. R. Tamer Pekdiğer, Av. İrem Toprakaya Babalık, 03.04.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salgininin-sozlesmelere-etkisi-ifa-imkansizligi-ifa-guclugu-ve-uyarlama/>

girişilmesi, idarenin temel görevlerindedir. Bu nedenle meydana gelen olayları hemen mücbir sebep olarak değerlendirilmemesi ve ilk önce idarenin alması gereken önlemleri alıp almadığının tespiti yapılmalıdır.⁶

Tipik mücbir sebep hali olan deprem, Danıştay tarafından mücbir sebep olarak nitelenmekte ise de sadece mücbir sebebin varlığının tespitiyle yetinilmemekte, meydana gelen zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının kesilip kesilmediği de ayrıca incelenmektedir. Sivas İdare Mahkemesinin 14.12.1993 tarih ve 1993/1081 K. sayılı kararının Danıştay 10. Dairesi tarafından bozulması üzerine yapılan inceleme sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun verdiği bir kararda da, depremin mücbir sebep sayılacak bir doğa olayı olduğu kabul edilmiş fakat sorumluluğun ortadan kalkması için zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının olmaması gerektiği ifade edilmiştir.⁷

MÜCBİR SEBEP NEDENİYLE		
İfa İmkânsızlığı	İfanın Gecikmesi	Gereği Gibi İfa Etmeme
Mücbir sebep kabul edilen bir neden sonucunda ifa imkansız hale gelirse edimin borçlusu tazminat ödemeksizin borcundan kurtulur. Bununla birlikte 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. Yani TBK md. 136'da yer alan düzenleme gündeme gelir ve borç sona ermiş kabul edilir ve sözleşme ihlalden söz edilemez.	İfanın mücbir sebepler sonucunda gecikmesi doktrinde geçici imkânsızlık olarak da adlandırılmaktadır. Borçlu borcunu ifa etmemekle temerrüde düşer ve TBK md. 118 gereği Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla mücbir sebep nedeniyle gecikme, temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından borçlunun kurtulmasını sağlar. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise alacaklı aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyemeyecektir. Alacaklı sözleşmeden dönme hakkını borçlunun kusuru olmasa da kullanabilecektir fakat bu durumda kusura bağlı olan menfi zararın tazminini borçludan talep	TBK md. 112 uyarınca borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacaktır. Bu halde alacaklı sözleşmeye aykırı ifayı reddedip borçluyu temerrüde düşürebileceği gibi TBK md. 112'de yer alan tazminat talep etme hakkını saklı tutarak ifayı kabul de edebilecektir. Mücbir sebep nedeniyle edimini gereği gibi ifa edemeyen borçlu alacaklının ifayı reddettiği durumda temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından sorumlu tutulamayacaktır. Yine alacaklı ifayı kabul etmekle birlikte TBK md. 112'den doğan tazminat hakkı borçlunun kusursuzluğunu ispat edememiş olması şartına bağlı olduğundan mücbir sebep halinde borçlu

⁶İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep, Ar. Gör. Çınar Can Evren, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 1, syf 263 vd.

⁷ Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı, Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, syf. 1520 vd.

	edemeyecektir. Aynı şekilde, ifasına başlanmış olan sürekli borç ilişkilerinde, TBK 126 uyarınca, borçlunun kusurundan bağımsız olarak sözleşmeyi feshetme imkânına sahip olan alacaklı, anılan hüküm çerçevesinde zararının tazminini de isteyemeyecektir. ⁸	tazminat yükümlülüğünden kurtulacaktır.
--	--	---

2. COVID-19 MÜCBİR SEBEP Mİ BEKLENMEDİK HAL Mİ?

Geldiğimiz noktada Covid-19'un Türkiye'de mücbir sebep oluşturabileceği yönünde herhangi bir resmi beyan, ilan ya da duyuru mevcut olmadığı gibi bu yönde bir Yargıtay kararı da bulunmamaktadır. Bununla birlikte daha önce Yargıtay kararlarına konu olan domuz gribi, kuş gribi gibi başkaca salgın hastalıklar dikkate alındığında corona virüsün dünya çapında diğerlerine oranla öngörülemeyen bir hızla yayıldığını kabul edilmektedir. Bu nedenle, özellikle Çin, Amerika, Güney Kore ve İtalya gibi salgından büyük ölçüde etkilenen ülkelerle ticari ilişkiler içinde olan firmalar ve şahıslar açısından mücbir sebep olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir.⁹

Covid 19 salgınının Türk hukukunda mücbir sebep oluşturabilecek objektif kriterleri taşıdığı görülmekle beraber bunun mücbir sebep hali olarak sayılabilmesi için ayrıca sözleşmedeki edimin de yerine getirilmesini imkânsız hale getiren bir durum oluşturarak sübjektif koşulu da sağlamalıdır. Bu kapsamda, Türk hukukunda corona salgınının mücbir sebep olarak değerlendirilmesinde, sübjektif koşul tespiti yapılırken, sözleşmede yer alan düzenlemeler, sözleşmenin tarafları, taraflar arasındaki ticari ilişki, yabancılık unsuru, edimlerin niteliği gibi unsurlar dikkatli şekilde ele alınarak değerlendirme yapılmalı, corona virüs salgınının her koşulda mücbir sebep yaratacağı sonucuna varılmamalıdır.¹⁰

Mücbir sebep sayılacak haller sözleşmede sınırlı olarak belirtilmiş ise bu durumda “salgın hastalık” ibaresinin varlığı aranacaktır. Eğer bir sözleşmede, mücbir sebep halleri tek tek sayılmış fakat salgın ya da bulaşıcı hastalık mücbir sebep hali olarak belirtilmemiş ise Covid-19'un o sözleşme bakımından mücbir sebep sayılmama ihtimali vardır. Uygulamada yapılan sözleşmelerde sayılan mücbir sebep hallerinin sonuna “ve benzeri” gibi ifadeler eklenerek bu haller genellikle sınırlı sayıda tutulmamaktadır. Yine mücbir sebep maddesinde sayılı hallerin örnekleyici olduğu maddenin lafzından anlaşılıyorsa, salgın ya da bulaşıcı hastalıklar mücbir sebep hali olarak belirtilmese de Covid-19 mücbir sebep hali olarak kabul edilebilecektir.

⁸ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları, Yrd. Doç. Dr. Ş. Barış Özçelik, TBB Dergisi 2016 (123), syf. 303 vd, <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2016-123-1563>

⁹ <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/koronavirusun-sozlesmelere-etkisi-ve-mucbir-sebep>

¹⁰ Sözleşmeler Hukukunda Korona Virüsü Bir Mücbir Sebep Hali Midir? Mücbir Sebep Sayılması Durumunda Sonuçları Ne Olacaktır, <http://www.kasaroglu.av.tr/tr/sozlesmeler-hukukunda-korona-virusu-bir-mucbir-sebep-hali-midir>

Dünya Sağlık Örgütü'nün 12.03.2020 tarihli kararı ile Covid – 19'un pandemi yani küresel bir salgın olduğu ilan edilmesi, corona virüsün öngörülemez ve öngörülmesi beklenemeyecek bir olay olduğunu ve dolayısıyla bu salgının mücbir sebep olgularını desteklediğini ortaya koymaktadır. Buna ek olarak, gerek Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Cumhurbaşkanlığı gerek Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı tarafından alınan karar dahilinde halkın zorunlu olmadıkça sokağa çıkmaması gerektiği, yargılamada söz konusu işlem sürelerin ertelendiği, birden çok ülke vatandaşlarının ülkeye giriş çıkışının kapatıldığı ve yine Türkiye sınırları içerisinde seyahat yasaklarının da alındığı bilinmektedir. Bütün bunlar dikkate alındığında, Türkiye ve diğer dünya ülkelerinin olağanüstü önlemler olarak Covid-19 salgınına sona erdirmeye çalışması mücbir sebep olgularını desteklemektedir.¹¹

Sözleşmenin tüm hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi, salgın hastalığın mücbir sebep teşkil edip etmeyeceğinin sözleşmenin amacına ve konusuna göre yorumlanması gerekmektedir. Sözleşmede mücbir sebep hükmüne yer verilmemesi ihtimalinde, yukarıda da yer verildiği üzere sözleşmenin genel ilkelere göre - *TBK md. 117 borçlunun temerrüdü, TBK md. 136 ifa imkansızlığı, TBK md. 138 ifa güçlüğü* - sona erdirilmesi söz konusu olacaktır.

Covid-19 salgını nedeniyle, faaliyetleri Bakanlık kararı ile durdurulan işyerleri veya tedarik ve dağıtım kanallarında aksamalar, işgücü kaybı, ithalat ve ihracat engeli gibi kararlar nedeniyle faaliyetlerine ara vermek zorunda kalan işletmeler yönünden mücbir sebebin varlığını kabul etmek mümkündür. Salgının özellikle kira sözleşmeleri gibi sürekli edimli açısından da geçici imkansızlığa yol açma ihtimali yüksektir. Bununla birlikte hammadde yokluğu, işgücü kaybı gibi üretim ve satışı etkileyen ve covid-19 salgının mücbir sebep olarak kabul edilmediği durumlarda somut olayın özelliklerine göre bunun beklenmeyen hal kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür.

02.04.2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 2020/5sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi uyarınca, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (istisnaları dahil) ile bu Kanundan istisna edilen düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilen ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerde, COVID-19 salgını nedeniyle sözleşme konusu işin yerine getirilmesinin geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen imkânsız hale geldiğine ilişkin başvurular, yükleniciler tarafından bu durumun belgelendirilmesi suretiyle sözleşmenin tarafı olan idareye yapılacaktır. İdarelerce bu başvurular; 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10 uncu maddesi ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenecek ve karar alınmadan önce idarelerce Hazine ve Maliye Bakanlığının değerlendirmesi alınacaktır. İdarelerce yapılan değerlendirme sonucunda; ortaya çıkan durumun yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi şartlarının birlikte

¹¹ COVID-19 Pandemi'nin Sözleşmeler Hukuku Üzerindeki Etkisi Av. Dilara Nihal Tunç, <https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200331-Guden-COVID-19-Pandemi%E2%80%99nin-So%CC%88zles%CC%A7meler-Hukuku-U%CC%88zerinde-Etkisi-.pdf>

gerçekleştiginin tespit edilmesi üzerine süre uzatımı verilmesine veya sözleşmenin feshine karar verilebilecektir.

3. KÖPRÜ YAPMA DEVRETME GARANTİ VERME / YAP-İŞLET-DEVRET NEDİR?

Yap – İşlet – Devret modeli bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olmakla birlikte aynı zamanda özel kişilerin de maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanabilecekleri bir finansman modelidir. Bu yöntem, yatırımcıların mali kaynak sıkıntısı içinde bulunan özel kişiye ait bir taşınmaz üzerinde tesis kurması, bu tesisi belli bir süre işletmesi ve kararlaştırılan süre sonunda devretmesi için uygulanan bir yöntemdir.13/06/1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap – İşlet – Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında 3996 sayılı Kanun ile bu usule ilişkin yasal çerçeve genişletilerek, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet ve görev alanı içinde olup da İLERİ TEKNOLOJİ VE YÜKSEK MADDİ KAYNAK gerektiren pek çok yatırım ve hizmetin bu usulle yaptırılması ve işletilmesi amaçlanmıştır.¹²

3996 sayılı Kanuna göre Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında idare ile sermaye şirketleri veya yabancı şirketler arasında yapılır. Kanununun 9. maddesi uyarınca bu Kanuna göre sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.

Türk sermaye şirketi ya da yabancı şirketin yapım ve işletmesini üstleneceği yatırım ve hizmetin süresinin belirlenmesinde, yatırım bedelinin ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin maliyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınacak ve sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olmayacaktır.¹³

İdare ile özel hukuk kişisi arasında yapılacak sözleşmenin taraflarca bütün konu, şart ve bedelde karşılıklı anlaşmaya varılarak imzalanacak hale gelmesi yani hazırlık aşaması, ihale aşaması ve ihalenin sözleşmeye bağlanması aşaması olmak üzere üç aşamada gerçekleşir.¹⁴

¹²İdare Hukuku, Prof. Dr. Metin Günay, 10. Baskı 2013, syf. 355 vd

¹³İdare Hukuku, Prof. Dr. Metin Günay, 10. Baskı 2013, syf. 355 vd.

¹⁴Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789920>

İdare, sözleşmeyi yaparken uygun nitelikli kişiyi ve en uygun bedeli bulabilmek için idarenin ihalede açıklık, serbest rekabet ile uygun bedelin bulunması ilkelerine uyma zorunluluğu vardır.

4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği ve bu doğrultuda 3996 sayılı Kanunda 4493 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine konu olabilecek hizmetlerin hemen hemen tümüne yakınının özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Bu gibi kamu hizmetlerinin özel kişilere göndürülmesine ilişkin sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilince, bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların da adli yargı mercilerince çözümleneceği doğal olup bu gibi sözleşmelere tahkim yolunun konulması da mümkün kılınmıştır.

Söz konusu kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri sayıldığında taraflar eşit konumda olmakta ve sözleşmede yapılacak değişiklikler ancak tarafların iradelerinin karşılıklı uyumu sonucu gündeme gelebilmektedir. Bu halde İdare, sözleşme konusu olan kamu hizmetini yeni koşul ve durumlara uyarlayamayacak ve sözleşmede tek yanlı değişiklikler yapamayacaktır.

3996 sayılı Kanunun “**garantiler**” başlıklı 11. Maddesinde “*yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, sözleşme hükümleri gereği malî yükümlülük altına giren kamu kurum ve kuruluşları ile fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Cumhurbaşkanlığı yetkilidir*” hükmü yer almaktadır.

Yatırım bedelinin idare veya hizmetten yararlananlarca ödenmesinin mümkün olduğu Yap-İşlet-Devret projelerinde, sözleşme tarafı merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, işletme süresi içinde taahhüt ettikleri garanti kapsamında doğabilecek ödeme yükümlülükleri bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlamalara tabi olmadan idare bütçelerinden ödeneceği de yine kanunun 8. maddesinde belirtilmiştir.

4. MÜCBİR SEBEP DURUMUNDA VERİLEN GARANTİ NE OLUR?

Borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık halinde sözleşme riskinin olumsuz sonuçlarının hangi tarafa yükleneceği sözleşme ile kararlaştırılmışsa sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sözleşme hükümleri uygulanır. Bununla birlikte sözleşmede sözleşme taraflarından biri açıkça mücbir sebepten sorumlu tutulmadıkça, mücbir sebebin neden olduğu imkansızlıktan her iki

taraf da sorumlu tutulmayacaktır. Ancak borçlunun mücbir sebepten doğan imkansızlığa dair sorumluluğu sözleşme ile açıkça veya zımnen üstlenmesi halinde, hiçbir kusuru olmamasına rağmen, sözleşme hükmü gereği, imkansızlık nedeniyle alacaklının zararını karşılamak zorunda kalacaktır.

Covid- 19 nedeniyle akdedilen sözleşmelerin ifasında güçlük yaşanmakta, bazı sözleşmelerin ise ifasının imkansızlaştığı görülmektedir. Sözleşmenin kurulduğu andaki hal ve şartların, salgın hastalık gibi beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle değiştiği durumlarda edim dengesi bozulabilir ve edimlerin aynen ifasının talep edilmesi sözleşmeye bağlılık ilkesinin sağladığı işlem güvenliği, hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilir. Bu gibi hallerde ifa imkânsızlığı nedeniyle borç ilişkisinin sona ermesi veya ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ihtimali gündeme gelebilecektir.¹⁵

Salgının etkisinin ne zaman sona ereceği bilinmemekle birlikte, karantina, sokağa çıkma yasağı, ülkeler arası seyahat yasağı gibi süreçlerin geçici olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla tüm koşullar göz önüne alınarak her somut olay için dürüstlük kuralı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalı ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde TBK md. 136, bu hükmün uygulanmadığı hallerde temerrüt hükümlerine göre sözleşmeden dönme veya TBK m. 138 uyarınca sözleşmenin sona erdirilmesi / aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlanması gibi diğer seçenekler değerlendirilmelidir.

Geçici imkansızlık kural olarak borcu sona erdirmemekle birlikte geç ifa nedeniyle kusursuz borçlu temerrüdü gündeme gelebilmektedir. Özellikle para borcunun ifasında imkansızlık söz konusu olmayacağı için geç ifa söz konusu olabilmektedir. Korona virüs salgınının geçici imkansızlığa yol açtığı düşünülen durumlarda kesin vadeli işlemler yönünden bir ayırımı gidilmesi gerekebilecektir. Kesin vadeli işlemlerde borcun vade tarihinde ifa edilememesi edimin sürekli imkansızlığına yol açar. Geçici imkansızlığın ne zaman sona ereceği belli olmadığı veya sözleşmedeki vadede borcun ifa edilmemesi halinde ifanın ekonomik değerinin kalmadığı hallerde, her ne kadar ifa aşırı güçleşmiş olsa bile ifa imkansızlığı sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir.¹⁶

TBK md. 136 hükmü gereği borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer. Taraflardan birinin yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyen bir mücbir sebebin varlığı halinde, ifanın imkânsızlığına ilişkin hükümler uygulanır. Bu durumda, TBK md. 136/2 uyarınca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, imkansızlık nedeniyle borcu sona eren taraf, henüz kendisine ifa edilmemiş edimi isteme hakkını kaybedeceği gibi karşı taraftan yapılmış ifa var ise bunu sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olacaktır. İfa imkansızlığının edimin bir kısmına yönelik olması halinde ise TBK md. 137’de belirtildiği üzere sadece imkansızlaşan kısım bakımından karşılıklı olarak sorumluluktan kurtulma gündeme gelecektir.

¹⁵Korona Virüs Salgınının Sözleşmelere Etkisi, İfa İmkânsızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarlama, Av. Dr. R. Tamer Pekdiğer, Av. İrem Toprakaya Babalık, 03.04.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salgininin-sozlesmelere-etkisi-ifa-imbkansizligi-ifa-guclugu-ve-uyarlama/>

¹⁶10 Soruda Covid-19’un Sözleşmelere Etkisi, Tılegal Avukatlık Bürosu

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12/11/2015 tarih ve 2015/3197 E. – 2015/11946 K. sayılı kararında da yer verildiği üzere doktrin ve Yargıtay uygulamasında imkansızlık, ortaya çıkış nedenine göre bazı ayrımlara tabi tutulmaktadır. Eğer ifa imkansızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil aynı sözleşmeyi yapacak herkes için söz konusu ise buna "*objektif imkansızlık*", yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da "*sübjektif imkansızlık*" denilmektedir. İmkansızlık sözleşmeden sonra ve taraflardan birinin kusurundan kaynaklanmışsa bu durum "*kusurlu imkansızlık*" ve fakat tarafların kusuru olmadan meydana gelmişse "*kusursuz imkansızlık*" olarak adlandırılır. İmkansızlık borcu sona erdiren nedenlerden biridir. Borcun ifasının imkansız hale gelmesi, mücbir sebepten, bir başka ifade ile önlenemez nedenden kaynaklanabilir. Genelde dış kuvvetlerin sonucu olan, borçlunun işletmesiyle bağlantılı bulunmayan, önceden görülemeyen, kaçınılmaz ve mutlak bir şekilde borcun ifasını engelleyen olay olarak doktrinde tanımını bulan mücbir sebebin varlığı, borçlu yönünden borcu ortadan kaldıran nedenler arasındadır.

III. Aşırı ifa gücü

TBK MADDE 138- Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme 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.

Yargıtay kararlarında da yer aldığı üzere, ahde vefa ilkesine göre; sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine bağlı kalınmalıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartların olağanüstü değişimiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. Buna göre akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse, artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır.

Emprevizyon ilkesi uyarınca, sözleşme taraflarınca üstlenilen edimlerin daha sonra öngörülemeyen derecede koşulların değişerek taraflardan biri aleyhine edimler arası dengeyi temelden bozması üzerine yargıcın sözleşmeye müdahalesi istenebilir. Ancak, sözleşmenin esaslı unsurlarının değiştirilmesi sonucunu doğurucu uyarılama istenemez. Ayrıca taraflarca temel alınan ölçütlere bağlı kalınarak, bu ölçütlerin bileşenlerinden birinin veya bir kaçının uyarılama koşulları varsa değişen duruma uygun kılınması yönünde davanın dinlenilebilir olacağı da kabul edilmektedir.¹⁷ Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçlendirmesi durumunda "*İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ*" gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun

¹⁷ Yargıtay HGK 19.02.1997 tarih ve 1996/11-762 E. ve 1997/77 K. sayılı kararı

tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar.¹⁸

Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken, önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasını talep etmek TMK md. 2/2 hükmü kapsamında hakkın kötüye kullanılması anlamını taşıyabilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır. Durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar, bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur.¹⁹

Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır. Uyarlama daima yardımcı bir çözüm olarak düşünülmelidir. Sözleşmeye yazılan özel hükümler yorumlanıp tarafların sağladığı hak ve yararlar, değerlendirilmeli, ekonomik değişikliklerin etkileri, satılanın nitelikleri gibi, somut olayın özelliği ile belirlenecek tüm objektif ve subjektif hal ve koşullar kıymetlendirilmeli, uyarlama yapılması kanâatına kavuşulursa, sözleşmedeki intibak boşluğu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları ışığında yasa boşluğunda olduğu gibi, yetki kullanılarak doğrudan kendisinin yaratıp takdir ettiği bir kuralla hâkim tarafından doldurulmalıdır.²⁰

Uyarlamanın Şartları ve Şekli²¹:

1. Sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan şartların sonradan önemli ölçüde değişmiş olması gerekir.
2. Şartlarda meydana gelen bu değişikliklerin öngörülemez bir nitelik taşıması gerekir. Bazı şartlar öngörülmüş olsa dahi etkileri tam olarak öngörülemez olabilir.
3. Şartlardaki değişikliğin edim – karşı edim dengesini açıkça ve aşırı bir biçimde bozmuş olması gerekmekte, bunun ayrıca borçlunun mahvına neden olması gerekmemektedir.
4. Kanunda veya sözleşmede uyarlanmaya engel teşkil edecek bir düzenlemenin bulunmaması gerekir.
5. Borçlunun edimini henüz yerine getirmemiş veya aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutarak yerine getirmiş olması gerekir.

Uyarlama, sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Şartların değişikliğinden etkilenen tarafın edim güçlüğü azaltılması ya da karşı tarafın edim yükümlülüğünün arttırılması şeklinde olabilir. Sözleşme süresinin uzatılması da içerik

¹⁸ Yargıtay HGK 07.07.2003 tarih ve 2003/13-332 E. – 2003/340 K. sayılı karar

¹⁹ Yargıtay 13. HD. 15.10.1998 tarih ve 1998/5829 E. – 1998/7843 K. sayılı karar

²⁰ Yargıtay 13. HD. 06.04.1995 tarih ve 1995/145 E. – 1995/3339 K. sayılı karar

²¹ AÜHF 2015-2016 Borçlar Hukuku - Vedat Buz ders anlatımından alınan notlar

değişikliği olarak ortaya çıkan uyarlama şeklidir. Ayrıca dönme veya fesih de sözleşmenin sona ermesi biçiminde bir uyarlamadır.

TBK md. 138'e göre 2 türlü uyarlama vardır.

1. Yenilik doğuran dava
2. Yenilik doğuran hak

- SALGININ ETKİSİNİN NE ZAMAN SONA ERECEĞİ BİLİNMEMEKLE BİRLİKTE, KARANTİNA VB SÜREÇLERİNİN GEÇİCİ OLDUĞU BİLİNMEKTEDİR. COVID-19, SÖZLEŞME TARAFLARININ EDİMİNİ İMKÂNSIZLAŞTIRMİYORSA DA İFA EDİLMESİNİ GÜÇLEŞTİRMEKTEDİR. DOLAYISIYLA SALGINI KÖPRÜ GEÇİŞİNE İLİŞKİN VERİLEN GARANTİDE İMKÂNSIZLIK OLARAK DEĞERLENDİRMEK, BU DURUMU İFA GÜÇLÜĞÜ OLARAK KABUL ETMEK GEREKTİĞİ KANAATİNDEYİM. BU NEDENLE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ ÇEKEN TARAF SÖZLEŞMENİN YENİ KOŞULLARA UYARLANMASINI TALEP ETMELİ GEREKİRSE DAVA YOLUNA BAŞVURMALIDIR.
- YÜZDE 10 KULLANILAN YOL VE KÖPRÜLERE YÜZDE 100 ÜZERİNDEN GARANTİLİ GEÇİŞ ÜCRETİ ÖDENMEMELİDİR. DEVLETİN, PARA VE KREDİ, SERMAYE, MAL VE HİZMET PİYASALARININ DÜZENLİ İŞLEMELERİNİ SAĞLAMAK VE BÖYLECE TÜKETİCİYİ KORUYUCU TEDBİRLER ALMAK GİBİ ANAYASAL YÜKÜMLÜLÜĞÜ DE BULUNDUĞU DA DİKKATE ALINARAK TARAFLAR ARALARINDAKİ SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI SAĞLANMALI EN AZINDAN BU SÜREÇ BİTENE KADAR GEÇİŞ İÇİN GARANTİ EDİLEN DEĞERE ULAŞILMASA DA YİNE ELDE EDİLEN GELİRLER TARAFİTA AİT OLMAKLA VERİLEN GARANTİNİN HÜKÜM İFADE ETMEMESİNDE KARAR KILINMALIDIR. BU SÜRECİN TELAFİSİ İÇİN GEREKİRSE HÜKÜM İFADE ETMEMESİNE KARAR VERİLEN SÜRE (SALGININ DEVAM ETTİĞİ SÜRE) SÖZLEŞMENİN BİTİŞ TARİHİNE EKLENEREK TELAFİ SAĞLANMALIDIR.
- FAKAT SÖZLEŞME SÜRESİ 49 YIL OLARAK BELİRLENMİŞ VE BU SÜRENİN MÜCBİR SEBEPLER VE İDARENİN SEBEP OLDUĞU HALLER DÂHİL HİÇBİR ŞEKİLDE TOPLAM 49 YILI GEÇEMEYECEĞİ KARARLAŞTIRILMIŞ İSE SALGININ DEVAM ETTİĞİ SÜRENİN EKLENMESİ ŞANSI OLMAYACAKTIR. BU DURUMDA 49 YILSONUNDA DEVLET TARAFINDAN ELDE EDİLECEK OLAN GELİRİN SALGININ DEVAM ETTİĞİ SÜRE KADARININ SÖZLEŞME TARAFİTA VERİLECEĞİ KARARLAŞTIRILABİLİR.
- AYRICA YENİ KOŞULLARA UYARLANMASINI İSTEMENİN MÜMKÜN OLMADIĞI DÜŞÜNÜLÜRSE BU DURUMDA TBK UYARINCA SÖZLEŞMEDEN DÖNME / FESİH HAKKI GÜNDEME GELEBİLECEKTİR.