

COVID-19 (KORONAVİRÜS) VE MÜCBİR SEBEP

(SÖZLEŞMELERE ETKİSİ, CEZAI ŞART ve KAR MAHRUMİYETİ)

Sözleşme hukukunda egemen olan ve Türk Hukukunda kabul edilen kural, "*Sözleşmeye bağlılık - Ahde Vefa*" kuralıdır. Sözleşme şartları, taraflarca, mutlak suretle yerine getirilmelidir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke, hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır.

Aralık 2019'da Çin'de ortaya çıkan, Nisan 2020 itibariyle bütün ülkelerde rastlanmış olup tüm dünyaya hızla yayılmaya devam eden Covid-19 salgını, Dünya Sağlık Örgütü tarafından "pandemi" olarak ilan edilmiştir. Salgın hastalık neticesinde ortaya çıkan sorunların dünya ekonomisine etkisinin en aza indirilmesi amacıyla birçok önlem alınmaktadır. Salgın, her ne kadar tek başına ifa imkânsızlığına neden olacak bir olgu değilse de salgın nedeniyle alınan önlemler neticesinde bazı işyerlerinin kapatılmasına, seyahat yasağına, ihracat yasağına, bölgesel karantinaya, sokağa çıkma yasağına vs. karar verilmektedir. Ticari ve sosyal hayatı durma noktasına getiren salgın nedeniyle mücbir sebebin varlığı, şartları ve sonuçları incelenmesi gereken önemli bir konudur.

Makalede öncelikle "Mücbir Sebep" ve "Beklenmedik Hal" kavramlarının sözleşmelere etkisi irdelenecek, daha sonra Covid-19 salgınının cezai şarta ve kar mahrumiyetine etkisi bakımından olası sonuçları değerlendirilecektir.

MÜCBİR SEBEP VE BEKLENMEDİK HAL KAVRAMLARI

Mücbir sebep, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. Maddesinde şöyle sayılmıştır.

Mücbir sebepler

Madde 10- Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

- a) Doğal afetler.*
- b) Kanuni grev.*
- c) Genel salgın hastalık.*
- d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı.*
- e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.*

Devamla, "yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması" hüküm altına alınmıştır.

Diğer yandan Türk Borçlar Kanunu'nda mücbir sebebi tanımlayacak herhangi bir madde bulunmasa da beklenmeyen hale ilişkin olarak, Kanunun 136. Maddesiyle “*ifa imkânsızlığı*” 137. Maddesiyle “*kısmi ifa imkânsızlığı*” ve 138. Maddesiyle “*aşırı ifa güçlüğü*” düzenlenmiş olup işbu maddeler mücbir sebep hallerine kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca Yargıtay içtihatları ile birlikte, mücbir sebep koşulları ve çerçevesi belirli ölçülerle ortaya konmuştur.

YHGK, E. 2017/90 K. 2018/1259 T. 27.6.2018 “Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır”.

Bu bilgiler ışığında Mücbir sebep “bir borcun veya genel bir davranış yükümünün ihlâline neden olan, borçlunun işletme faaliyetiyle ilgisi olmayan (haricî), öngörülemez ve kaçınılamaz bir olay” olarak tanımlanabilir.

Beklenmedik hal, sözleşme ilişkisinde borçlunun irade ve davranışından bağımsız olarak borçlunun borcunu ihlal etmesine kaçınılmaz biçimde neden olan olaydır. Esasında her mücbir sebep beklenmeyen haldir; ancak her beklenmeyen hal mücbir sebep değildir. Mücbir sebepler kişiyle ilgisi olmaksızın, kaçınılmaz olarak meydana gelir. (Sel, Deprem, Salgın vs.) Doktrinde de “ve saire” denilerek mücbir sebep sınırlandırılmamaktadır. Diğer yandan işbu haller aynı zamanda beklenmedik haldir. Ek olarak beklenmedik haller kişinin faaliyetiyle ilgili olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin Petrol Piyasası oyuncusunun kusurundan doğmayan fakat jeolojik durumda veya pazarlama şartlarında meydana gelen olumsuz durumlar, önceden öngörülemeyen değişiklikler ile kamu kurumlarından kaynaklanan olumsuz durumlar beklenmedik hal sayılabilir.

COVID-19’UN MÜCBİR SEBEP VE BEKLENMEDİK HAL KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Covid-19 için öncelikle sözleşme ilişkisinde borcun ifasının er ya da geç ifa edilip edilmeyeceğini değerlendirmek gerekir. Genel anlamda, eğer bir borcun ifası sürekli olarak imkânsız hale geliyor ise mücbir sebepten, ifayı geçici olarak imkânsız hale getiriyor veya ifasını aşırı şekilde güçleştiriyorsa beklenmedik halden bahsedilmelidir.

Şunu özellikle vurgulamak gerekir. Kural olarak, hiçbir olay peşinen mücbir sebep olarak nitelenemez. Böyle bir nitelemenin yapılabilmesi için, sözleşmenin nevi, kuruluş tarihi, risk yapısı, olayın etkilerinin ne ölçüde bertaraf edilebilir olduğu ve hatta borçlunun kimliği (tacir olup olmama) gibi unsurların bilinmesi gerekir. Örneğin, Yargıtay sel halini mücbir sebep olayı kabul etmesine rağmen, dere yatağına kurulan bir antrepo bakımından bunun mücbir sebep teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

Mücbir sebep ve edimi etkilemesi arasındaki uygun illiyet bağı, borçlunun kusuru gibi sebepler her somut olayda mutlak değerlendirilmelidir. Örneğin idari bir karar neticesinde kapatılan bir işletme açısından nedensellik bağının varlığı kabul edilirken, Covid-19 salgını nedeni ile işleri ve gelirleri oldukça azalan bir

işletmenin doğrudan ifa imkânsızlığı iddiasında bulunması kabul görmeyebilir. Zira bu durumun sözleşme kapsamındaki her bir yükümlülüğe tartışılması ve ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Nihai amaç sözleşme taraflarının menfaatlerinin eşit olarak korunması olduğundan, bu olgunun yarattığı riskin sözleşme tarafları arasında eşit şekilde paylaştırılması önem teşkil etmektedir.

Covid-19 salgını çerçevesinde alınan önlemler, borçlunun kontrolü dışında geliştiğinden, ilke olarak, mücbir sebepten bahsedilebilir. Bununla birlikte, bu konuda bir sonuca varırken, alınan önlemlerin sözleşmenin kurulduğu tarihte öngörülebilir olup olmadığı, önlemlere rağmen borcu ifa etme olanağının bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır. Örneğin, söz konusu salgının ve önlemlerin öngörülebilir hale geldiği bir dönemde sözleşme yapan borçlu, sözleşmede aksine bir kayıt yer almadıkça, ifayı engelleyen olguların gerçekleşme riskini üstlenmiş kabul edilir. Aynı şekilde, söz konusu önlemlerin etkilerini ortadan kaldırmak veya azaltmak (örneğin borcu ifa edebilmek için alternatif yollar bulmak) imkanına sahip olduğu halde, bunu yapmayan borçlu da kusurlu ve dolayısıyla sorumlu olacaktır. Buna karşılık, salgın önlemlerinin öngörülemez ve önlenemez kabul edildiği durumlarda, borçlu sorumluluktan kurtulur.

MÜCBİR SEBEP SONUCU İFANIN İMKÂNSIZLAŞMASI

TBK MADDE 136- "(1) Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer. (2) 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. (3) Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür".

Bu imkânsızlık her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, borçlunun borcu aynen ifa yükümü sona erer. İfanın borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmesi ile borçlu, imkânsızlaşan edim nedeniyle doğacak tazminat yükümlülüğünden kurtulacaktır. Bu şekilde aynen ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulan borçlu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edimin ifasını talep edemeyeceği gibi, aldığı bir şey varsa, onu da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermek zorundadır.

MÜCBİR SEBEP SONUCU İFANIN KİSMİ İMKÂNSIZLAŞMASI

TBK MADDE 137- (1) "Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşır, borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer. (2) Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır."

Bir borcun kararlaştırılan zamanda ifasının önünde kesin bir engel olmakla birlikte, ifanın daha sonraki bir zamanda mümkün hale gelebilecek olması durumuna kısmi imkânsızlık denir. Kısmi imkânsızlık hallerinde, kural olarak TBK 112 ve 136 anlamında bir imkânsızlık değil, halen ifası mümkün bir edimin yerine getirilmesinde gecikme yani temerrüt söz konusudur. Sözü edilen hallerde, borcun sözleşmenin gerektirdiği zamanda ifa edilmesi belli bir olgu tarafından engellenmekle birlikte, zamanla bu engel ortadan kalkmakta ve borç ifa edilebilir hale gelmektedir. Bu ise, kural olarak, temerrüt hükümlerinin (TBK 117 vd.) uygulama alanına giren bir durumdur.

Gecikmenin borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple meydana gelmesi, borçlunun, temerrüdün yalnızca kusura bağlı sonuçlarından kurtulmasını sağlar. Bu bağlamda alacaklı gecikme nedeniyle uğradığı zararların tazminini isteyemeyeceği gibi (TBK 118) borçlu, beklenmedik halden doğacak zarardan da sorumlu tutulamaz (TBK 119). Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise alacaklı aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyemez. Sözleşmeden dönme hakkı borçlunun kusurunu gerektirmediğinden, alacaklı gerekli şartları yerine getirdikten sonra sözleşmeden dönebilir. Ancak kusura bağlı olan menfi zararının tazminini isteyemez (TBK 125/III). 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 talep edemez.

İFANIN İMKÂNSIZLAŞMAMASI ANCAK AŞIRI ÖLÇÜDE GÜÇLEŞMESİ

TKB MADDE 138 – (1) 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.

Aşırı ifa güçlüğü, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkan ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguların kendisinden ifasının istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştiren ve ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi olarak düzenlenen bir kurumdur. Aşırı ifa güçlüğü halinde borçlu, mahkemeden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebileceği gibi eğer yeni koşullara uyarlanması mümkün değilse borçlu sözleşmeden dönmeyi de talep edebilir. Bu hükmün uygulanabilmesi için belirli koşullar var olmalıdır. Öyle ki, taraflarca öngörülemeyen bir durumun oluşması, bu durumun borçludan kaynaklanmaması, gerçekleşen bu durum sonrasında ifanın dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak biçimde güçsüzleşmesi ve borçlunun, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması nedenleri ile borçlu, sözleşmenin yeniden uyarlanmasını talep edebilecektir.

COVID-19'UN CEZAI ŞARTA ETKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Cezai şart, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 158 ve 161. maddelerinde düzenlenmekte olup, asıl borca ilişkin olarak yapılan ek bir anlaşma niteliğindedir. Bu anlaşma ile borçlu, borca aykırı davranması halinde alacaklıya belirli bir edimin yerine getirileceğini taahhüt eder. Bu sebeplerden dolayı cezai şart temelini asıl borçtan alan fer'i nitelikli bir edim borcudur. Tüm bunların ışığında cezai şart borcu asıl borcun akıbetine bağlıdır. Bu noktada Covid-19 salgınının cezai şarta etkisi bakımından yapılacak olan değerlendirmenin yukarıda açıklandığı gibi ifa imkansızlığı ve aşırı ifa güçlüğü ile birlikte dikkate alınması gerekmektedir. Zira Borçlunun cezai şartın imkansızlığını öne sürebilmesi için, söz konusu imkansızlık durumunun kendisine yüklenemez olduğunun ispatı gerekmektedir. Bu noktada Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirler kapsamında verilen idari karar neticesinde işletmesi kapatılan bir tacirin sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olmayacağı açıktır. Aşırı ifa güçlüğü söz konusu olması halinde ise Covid-19 salgını neticesinde beklenmedik ve taraflara sorumluluk yükletilemeyecek küresel bir mücbir sebep söz konusu olmakta ve dolayısıyla borçlu tarafından bunun dürüstlük kuralına zeval gelmeyecek ölçüde ispatı halinde mahkemenin sözleşmenin yeniden düzenlenmesi talep edilebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, cezai şarta ilişkin olarak, TBK 182/II uyarınca da ifanın borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle imkânsız hale gelmesi durumunda, prensip olarak, kararlaştırılan cezaî şart talep edilemeyecektir. Ancak, sözleşmede, alacaklının sözü edilen durumda dahi cezaî şartın ifasını talep edebileceğinin kararlaştırılmış olması mümkündür. Böyle bir anlaşmanın varlığı halinde alacaklı, cezaî şartın ifasını talep edebilecektir (TBK 182/II)

Yukarıda açıklandığı gibi asıl borcun kaderine bağlı olan cezai koşulun ifa imkansızlığı ve ifa güçlüğü ayrımı yapılarak düzenlenmesi veya ortadan kalkması mümkün olabileceği gibi mücbir sebebin asıl borcu ve cezai şartı doğrudan ortadan kaldıracığını söylemek mümkün değildir. Zira mücbir sebebin varlığı objektif kriterlere göre belirlense dahi mücbir sebebin borcun ifası bakımından ifayı imkansız hale getirip getirmediği her olay bakımından kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu noktada mücbir sebebin varlığı halinde uygulanacak hüküm sözleşmede belirlenmedi ise mücbir sebebin etkisinin kalıcı olup olmadığının ve ifa bakımından hangi şartlarda etkileneceğinin mahkeme nezdinde veya taraflar arasında ayrı bir anlaşma yapılması durumunda değerlendirilmesi gerekecektir.

COVID-19'UN KAR MAHRUMİYETİ ÜZERİNE ETKİSİ

Kâr mahrumiyetinden borçlunun sorumlu tutulabilmesi için, borçlunun edimlerini gereği gibi yerine getirmemesi (geç veya kötü yerine getirmesi veya hiç yerine getirmemesi) gerekir. Başka bir anlatımla edimlerini gereği gibi yerine getirmemek bakımından borçlunun kusurunun aranması gerekir. Borç ilişkisi kurulduktan sonra ifa imkânsızlığı ortaya çıkmış ise bunun borçlunun kusurundan kaynaklanması gerekir. İfa imkânsızlığı tarafların kusurundan değil de önlenemez ve öngörülemeyen bir nedenden (mücbir sebep) kaynaklanmışsa, BK. md. 119 uyarınca kâr mahrumiyeti istenemeyecektir. Ancak yukarıda açıklanan nedenler ışığında söz konusu mücbir sebebin varlığı doğrudan kar mahrumiyeti alacağının, alacaklı tarafından istenemeyeceği sonucunu doğurmayacağı gibi, akdedilen sözleşmenin hükümleri ve yargı içtihatları bu bakımdan yol gösterici olacaktır.

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA TABİ SÖZLEŞMELER

Makalenin başında bahsedildiği üzere genel salgın hastalık 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10. maddesinde, kamu ihale sözleşmeleri açısından mücbir sebep sayılabileceği açıkça belirtilmiştir. Kanun mücbir sebebi genel bir sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak düzenlemiştir. Covid-19 salgını çerçevesinde alınan önlemler nedeniyle kamu ihale sözleşmesinden doğan borcunu ifa edemeyen yüklenicinin, borcun ifa edilememesinde kendisinin bir kusurunun bulunmaması, salgın çerçevesinde alınan önlemlerle borcun ifa edilememesi arasında uygun illiyet bağının bulunması; kendisi tarafından, borcun ifasını engelleyen durumun ortaya çıkmasını izleyen yirmi gün içinde idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve durumu belgelemesi de gerekmektedir. Bu şartlar dahilinde kamu ihale sözleşmesinde ifanın salgına karşı alınan önlemler nedeniyle sürekli olarak imkânsız hale gelmesi durumunda, yüklenici ve idare karşılıklı olarak edim yükümlülüklerinden kurtulurlar.

Covid-19 önlemleri ifanın gecikmesine yol açmışsa- ki daha çok rastlanacak durum budur-, idarenin yükleniciye süre uzatımı vermesi gerekir. Böylece yüklenici temerrüde düşmemiş olduğundan, idare sözleşmeyi sona erdiremeyeceği gibi, yüklenicinin herhangi bir tazminat veya gecikme cezası (cezaî şart) ödemesi de gerekmez.

Salgın önlemlerinden kaynaklanan sebeplerle borcun gereği gibi ifa edilemediği durumlarda, yükleniciye sözleşmeye aykırılığı giderebilmesi için süre uzatımı verilmesi gerekir.

Öte yandan, 1 Nisan 2020 tarih ve 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi'nde, ilgili idarelerce kamu ihale sözleşmesinin akıbeti konusunda karar alınmadan önce, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın değerlendirmesinin alınacağı öngörülmüştür.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200402-21.pdf>

Saygılarımızla,

Sayın Law & Consulting