

**BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ
(TTK M. 18) BAĞLAMINDA COVID-19 PANDEMİSİNİN TACİRLERİN
SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ**

*Dr. Öğr. Üyesi Yaşar Can GÖKSOY**

I. GİRİŞ VE KONUNUN TANITILMASI

COVID-19 pandemisi küresel ekonomi ve ticaret alanında daha önce eşi benzeri görülmemiş büyüklükte bir krize yol açmıştır. Dünyanın her yerinde olduğu gibi ülkemiz ticaret hayatında da pandeminin olumsuz etkileri yoğun bir şekilde kendisini hissettirmiş ve hissettirmeye devam etmektedir. Bu çerçevede, pandemi sebebiyle ticari işletmelerin iş hacminde meydana gelen azalmanın sebep olduğu gelir kaybının sonucu olarak, tacirlerin ticari faaliyetleri kapsamında pandemiden önce akdettikleri sözleşmeler uyarınca üstlendikleri edimleri mevcut haliyle ifa etmeleri son derece zorlaşmıştır.

Dolayısıyla, pandeminin tacirlerin ticari faaliyetleri kapsamında akdettikleri sözleşmelerden doğan yükümlülükler üzerinde hukuki açıdan bir etkisi olup olmadığının irdelenmesi ve eğer varsa bunun hukuki dayanaklarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu çalışmanın temel amacı, COVID-19 pandemisinin tacirlerin ticari faaliyetleri kapsamında akdettikleri sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinin hukuki sonuçlarından tamamen ya da kısmen kurtulmalarını haklı kılan ya da onlara bu yükümlülüklerinin içerik ve şartlarında değişiklik yapılmasını talep hakkı tanıyan bir durum olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunun, TTK m. 18/2 hükmünde yer alan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bağlamında tartışılmasıdır.

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirler açısından borçların ifasında objektif ve ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü getirmektedir. Bu haliyle, basiretli iş adamı ölçütü bir “kusur ölçütü” niteliğini taşır ve tacirin ticari faaliyetlerinde

*Dokuz Eylül Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, dildencan@hotmail.com,
ORCID ID: 0000-0002-7408-0889.

ihmal şeklinde ortaya çıkan kusurunun tespitinde dikkate alınır¹. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün tacirler için getirdiği objektif ve ağırlaştırılmış özen ölçütünün gereği olarak, tacir olmayan kişiler açısından kusur sayılmayacak davranışların tacirler açısından kusur olarak değerlendirilmesi mümkündür². Bu çerçevede, mücbir sebep ve beklenmeyen hal sayılan hallerin de tacirler açısından daha dar bir kapsamda belirlenmesi gerekir.

Bu bağlamda, COVID-19 pandemisinin geçici ifa imkansızlığından³ kaynaklanan borçlu temerrüdü (TBK m. 117) ve borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi (TBK m. 112) durumlarında, borçlu tacirler açısından kusursuzluğun ispatlanması suretiyle tazminat borcundan kurtulmayı sağlayan bir mücbir sebep ya da beklenmeyen hal veya sözleşmenin mevcut şartlarda ifasını aşırı güçleştiren bir durumun ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını talep etme ya da sözleşme dönme hakkını veren “öngörülmez” bir olay olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olamayacağı hususlarının, tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü dikkate alınarak tartışılması gerekmektedir.

¹**Gümüş, Mustafa Alper:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 1221-1240, s. 1222, 1225.

²**Tandoğan, Haluk:** Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 419.

³Geçici ifa imkansızlığında, TBK m. 112 ya da 136 anlamında bir imkânsızlık değil, halen ifası mümkün olan bir borcun ifasında gecikme, yani temerrüt söz konusudur. Bu konuda bkz. **Özçelik, Ş. Barış:** Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, AÜHFD, C. 63, S.3, 2014, Ss. 569-622, s. 584.

II. SÖZLEŞME SONRASI GEÇİCİ İFA İMKANSIZLIĞINDAN KAYNAKLANAN BORÇLU TEMERRÜDÜ (TBK M. 117-118), BORCUN HIÇ YA DA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİ (TBK M. 112) VE SÜREKLİ İFA İMKANSIZLIĞI (TBK M. 136) HALLERİNDE BORÇLU TACİRİN TEMERRÜT YA DA İFA ETMEMENİN SONUÇLARINDAN KURTULMA İMKÂN LARI KAPSAMINDA COVID-19 PANDEMİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

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 olaydır⁴.

Diğer taraftan, beklenmeyen hal kavramı, sorumlu kişinin irade veya davranışından bağımsız olarak, herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle kaçınılmaz surette ihlal edilmesine neden olan olayları ifade etmektedir⁵. Beklenmeyen halde kaçınılmazlık kavramı sadece borçlu yönünden olup nispi bir nitelik taşıdığı halde, mücbir sebepteki kaçınılmazlık borçlu da dâhil herkes yönünden mutlak bir niteliktedir⁶.

Pandeminin, çok sayıda insanı etkileyen güçlü ve yoğun bir salgın hastalık olması bakımından “mücbir sebep” sayılması, buna karşılık, daha dar bir insan topluluğunu etkileyen ve bu anlamda nispi bir etkiye sahip olan bulaşıcı hastalıkları ifade eden epideminin ise “beklenmeyen hal” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu çerçevede, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilen COVID-19 salgınının “mücbir sebep” sayılması gerekir.

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda, sözleşmede bir mücbir sebep şartına yer verilmiş ise, buna göre değerlendirme yapılması gerekir. Uygulamada sözleşmelere konulan mücbir sebep şartında genellikle mücbir sebep sayılan hallerin örnekseyici olarak sayıldığı görülmektedir. Mücbir sebep şartında sayılan örnekler arasında, “salgın hastalık”, “pandemi”, “epidemi” ya da “bulaşıcı

⁴Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 582.

⁵Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s. 177, Tandoğan, s. 464.

⁶Bu hususta Yargıtay HGK’nın E. 2015/10-2682 – K. 2019/986 sayılı ve 1.10.2019 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com.

hastalık” gibi COVID-19 pandemisini doğrudan doğruya kapsayan bir ifade yer alabileceği gibi, pandemi nedeniyle getirilen yasal ve idari kısıtlamaları kapsayacak şekilde “*yetkili mercilerin kararları*”, “*idarenin tasarrufları*”, “*seyahat yasağı*”, “*sokağa çıkma yasağı*”, “*ithalat ve ihracat yasakları*” ya da “*karantina*” gibi ifadelere yer verilmesi de mümkündür⁷.

Diğer yandan, sözleşmede bir mücbir sebep şartının bulunmadığı yahut mücbir sebep şartında sayılan örnekler arasında COVID-19 pandemisi ya da sonuçlarını doğrudan veya dolaylı olarak kapsayan bir ifadenin bulunmadığı hallerde de COVID-19 pandemisinin mücbir sebep olarak nitelendirilmesi mümkündür. Mücbir sebep, illiyet bağını kesen bir sebep olduğundan, illiyet bağının yokluğunda sorumluluk doğması borçlar hukukunun temel ilkelerine göre mümkün değildir.

Yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmede bir mücbir sebep şartına yer verilmemiş olsa bile, mücbir sebebin varlığında borçlunun sorumluluktan kurtulması mümkündür. Bu kapsamda, COVID-19 pandemisi nedeniyle getirilen yasal ya da idari kısıtlamalar uygulamaya konulmasaydı bile, bulaşıcı virüsün tüm dünyada bıraktığı izler nedeniyle birçok ekonomik ve toplumsal faaliyetin yapılamayacağı dikkate alındığında, bizzat COVID-19 pandemisinin varlığının mücbir sebep niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. COVID-19 salgını, harici nitelikte kaçınılmaz bir olay olarak ülkemizde ve tüm dünyada ortaya çıktığı için, olağanüstü bir olay olarak nitelendirilmelidir⁸.

Bu konuda ilk olarak belirtmek gerekir ki, COVID-19 salgınının ülkemizde ve dünyada yarattığı etkilerin büyüklüğü dikkate alındığında, objektif olarak öngörülmezlik ve kaçınılmazlık nitelikleri mutlak olan bu mücbir sebep halinin, genel anlamda basiretli

⁷Benzer örnekler için bkz. **Özçelik, Ş. Barış** (Editör: Prof. Dr. Muhammet Özkes): Covid-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi, Covid-19 Salgını Hukuki Boyutu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, Ss. 283-293, s. 291.

⁸İsviçre hukuku açısından bkz. **Möller, Heinrich Andreas**: Die Behandlung von Vertragsverhältnissen und von Vereinsmitgliedschaften im «Shutdown»/«Lockdown», CaS 2020, Ss. 214-227, s. 216. Salgının, insandan insana bulaştığı, geniş bir coğrafi alana yayıldığı ve bu konuda alınan önlemler ticaret hayatında kısıtlamalar getirdiği için mücbir sebep sayılacağı konusunda şüphe olmadığı yönünde bkz. **Oğuz, Arzu**: COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi, Terazî Hukuk Dergisi, C. 15, S. 166, 2020, Ss. 1275-1285, s. 1284.

iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü öne sürülerek bertaraf edilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, basiretli iş adamı kriterinden hareketle, COVID-19 salgınının tacirler açısından mücbir sebep sayılamayacağı yönünde genel bir değerlendirme yapılamaz⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1925 yılında verdiği bir kararda (BGE 51 II 190), davalı taşıyıcı tarafından demiryoluyla Romanya'ya taşınması taahhüt edilen, ancak sözleşmenin yapılmasından sonra Romanya'nın 1916 yılında savaşa girmesi ile birlikte taşıma sırasında kaybolan yükten dolayı davalı taşıyıcının sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılmıştır. Federal Mahkemeye göre, Romanya'nın savaşa girişi beklenmeyen bir gelişme olmayıp, savaşa girme ihtimalinin çok öncesinden hesaba katılması mümkündür Ancak Federal Mahkeme buna ilaveten, söz konusu durumdan "*savaş ilanının meydana getirdiği olayların da öngörülebilir olduğu*" sonucunun çıkarılamayacağı ve dolayısıyla mücbir sebep savunmasının bu gerekçeyle reddedilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Çünkü savaşın çıkmasından sonra askeri operasyonların nerede ve nasıl gerçekleşeceğinin öngörülmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, savaş ilanından sonra Romanya'daki savaş alanında meydana gelen gelişmelerin öngörülebilir olmadığını kabul eden Federal Mahkeme, yükün konulduğu tren vagonunun kaybolmasının mücbir sebebe dayandığını kabul etmiş ve mücbir sebep konusunda bir hüküm içeren demiryolu taşımacılığına dair uluslararası anlaşmanın bu düzenlemesine istinaden davalı taşıyıcı aleyhine açılan tazminat davasını reddetmiştir.

Yukarıda belirtilen İsviçre Federal Mahkemesi kararında mücbir sebep kavramı hakkında ortaya konulan esasların COVID-19 pandemisine uygulanması durumunda, pandemi tehlikesinin genel olarak bilinmesinin "öngörülebilir" olmak açısından yeterli olmadığını ve öngörülebilirlik açısından pandeminin etkilerini hissettirmeye başlamış olması gerektiğini kabul etmek gerekir¹⁰. Bu çerçevede, ülkemizde ilk vakanın 10 Mart tarihini 11 Mart'a bağlayan gece açıklandığı ve Dünya Sağlık Örgütü'nün de 11 Mart 2020 tarihinde COVID-19 salgınını pandemi ilan ettiği dikkate alındığında, ülkemiz açısından COVID-19 salgınının 11 Mart 2020 tarihine kadar sözleşme tarafları açısından

⁹Aynı yönde bkz. **Sarıkaya, Sinan** (Editör: Prof. Dr. Muhammet Özkes): Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi, Covid-19 Salgını Hukuki Boyutu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, Ss. 629-645, s. 642.

¹⁰Möller, s. 217.

genel anlamda öngörülebilir olmadığını kabul etmek mümkündür¹¹. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünden hareketle, tacirler açısından farklı bir değerlendirme yapılması kanımızca mümkün değildir. Dolayısıyla, tacirler için de COVID-19 salgınının doğurduğu sonuçların 11 Mart 2020 tarihinde öngörülebilir hale geldiğini ve bu tarihten önce öngörülemez olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bu tarihten sonra sözleşme yapan tacirin, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı sürece, COVID-19 salgını ve salgın nedeniyle uygulanan yasal ya da idari kısıtlamaların riskini de üstlenmiş olduğu kabul edilmelidir¹².

Yukarıda belirtilen esaslara göre, tacir borçlunun COVID-19 salgınının kendisi açısından öngörülebilir hale geldiği tarihten önce akdettiği sözleşmelerden doğan borçlarının ifası COVID-19 salgını nedeniyle geçici olarak imkânsız hale gelmişse, TBK m. 117 uyarınca borçlu temerrüdü söz konusu olur, ancak gecikme borçlunun kusurundan kaynaklanmadığı için TBK m. 118 uyarınca tazminat yükümlülüğü doğmayacağı gibi, TBK m. 119 uyarınca borçlu beklenmeyen halden de sorumlu tutulamaz¹³. Diğer yandan, borçlu tacirin böyle bir sözleşmeyi hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinin, COVID-19 salgını ya da salgından dolayı uygulanan herhangi bir idari ya da yasal tedbirden kaynaklandığını ispatlaması durumunda, TBK m. 112 uyarınca kusursuzluk nedeniyle tazminat borcu söz konusu olmaz¹⁴.

Bu çerçevede, tacir borçlunun geçici ifa imkansızlığından kaynaklanan temerrüt hali ya da borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumu ile COVID-19 pandemisi arasında uygun illiyet bağı olduğunu ispatlaması gerekir. Para borçları dışında kalan borçlar bakımından, COVID-19 salgını nedeniyle uygulanan idari veya yasal kısıtlamaların (sokağa çıkma yasağı, seyahat yasağı, bazı işyerlerinin kapanması gibi) ya

¹¹Salgının ilk olarak ortaya çıktığı Çin’de devletin virüsün bulaşma riski konusunda dünya kamuoyunu yanıltıcı resmi açıklamalar yaptığı ileri sürüldüğü için, 2020 yılının Şubat ayında yapılan bir sözleşme açısından salgının bu denli hızlı yayılabileceğinin öngörülebilir olmadığı, buna karşılık 2020 yılı Mart ayının ortalarında salgın nedeniyle sokağa çıkma yasağı, seyahat kısıtlamaları ve ithalat-ihracat yasakları getirilebileceğinin öngörülebilir hale geldiği yönünde bkz. **Yücel, Özge:** COVID-19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 166, 2020, Ss. 1189-1202, s. 1198.

¹²Mücbir sebebin öngörülebilir hale gelmesinden sonra yapılan sözleşmelerde borçlunun durumu açısından genel olarak bkz. **Özçelik,** Covid-19 Salgını, s. 285.

¹³**Özçelik,** Covid-19 Salgını, s. 286.

¹⁴Örneğin borçlunun COVID-19 salgını nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan ifa yerinden başka bir yerde borcunu ifa etmesi durumunda, TBK m. 112 anlamında kusursuz olması nedeniyle tazminat borcu doğmayacaktır. Bkz. **Özçelik,** Covid-19 Salgını, s. 287

da COVID-19 salgını nedeniyle ticari işletmenin maruz kaldığı ekonomik kayıplardan kaynaklanan üretim ya da pazarlama aksaklıklarının, söz konusu borçların zamanında ya da gereği gibi ifasına engel teşkil ettiği ispatlanmalıdır. Ticari işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde COVID-19 pandemisi nedeniyle meydana gelen küçülmenin ticari işletme üzerinde yarattığı ekonomik etkilerin mücbir sebep olarak ileri sürülebilmesi için, bu durumların somut sektörel ve mali verilerle ortaya konulması ve temerrüt ya da ifa etmeme halleri ile COVID-19 pandemisi nedeniyle ortaya çıkan bu durumlar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu ispatlanmalıdır. Ayrıca, basiretli iş adamı kriterinin gereği olarak, tacirin COVID-19 salgınının ilgili sektörde yarattığı olumsuz etkilerden korunmak ya da bu etkileri hafifletmek amacıyla alabileceği tedbirler de dikkate alınmalıdır.

COVID-19 salgını ya da salgın nedeniyle alınan yasal ya da idari tedbirler nedeniyle, tacirin borcunu ifa etmemiş olmasında ya da borcun ifasında temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etmesi durumunda, aynen ifa ile birlikte talep edilen gecikme tazminatını ödemekten kurtulacağı gibi, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek talep edebileceği müspet zararları ya da sözleşmeden dönme durumunda talep edebileceği menfi zararları ödeme yükümlülüğü de olmayacaktır¹⁵.

Para borçlarının ifasında temerrüt durumunda, borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olmasa bile, borçlu temerrüdü meydana gelir ve TBK m. 120 uyarınca temerrüt faizi ödeme borcu doğar. Bu nedenle, para borcunun ifasında temerrüdün COVID-19 salgını nedeniyle meydana gelen mücbir sebepten ileri geldiği ispatlansa bile, borçlu TBK m. 120 hükmüne göre temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmayacaktır. Bunun aksinin, yani mücbir sebep durumunda temerrüt faizi ödenmeyeceğinin sözleşmede kararlaştırılması mümkündür¹⁶. Buna karşılık, TBK m. 122 uyarınca borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması durumunda temerrüt faizini aşan (aşkın) zararın istenmesi mümkün olmadığından, temerrüdün COVID-19 salgınından kaynaklandığı ispatlandığı takdirde, borçlunun aşkın zararı ödeme yükümlülüğü yoktur¹⁷.

¹⁵Yücel, s. 1195.

¹⁶Yücel, s. 1194.

¹⁷Yücel, s. 1194-1195.

Öte yandan, TBK m. 182/2 uyarınca, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple asıl borcun ifası sonradan imkânsız hâle gelmişse, cezai şartın ödenmesinin talep edilemeyeceği belirtilmiş olup, sonradan imkansızlık hali için öngörülen bu hükmün, borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen temerrüt veya hiç ya da gereği gibi ifa etmeme halleri için de geçerli olduğu kabul edilmek suretiyle, borca aykırılıkta borçlunun kusursuz olduğu hallerde cezai şart ödemekle yükümlü olmadığı görüşü doğrultusunda¹⁸, COVID-19 salgınından kaynaklanan mücbir sebep nedeniyle para borcunun ifasında temerrüde düşen borçlunun, sözleşme uyarınca gecikme durumunda ödenmesi kararlaştırılan cezai şartı da ödemekle yükümlü tutulamayacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra, COVID-19 salgınının ortaya çıkması nedeniyle devletin sözleşmenin ifasını engelleyecek bir yasal ya da idari tedbir alması durumunda ya da salgının yarattığı şartlardan dolayı sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmişse, kusursuz sonraki sürekli imkânsızlık haline ilişkin TBK m. 136 uygulanır ve borç sona erer¹⁹. Esasen COVID-19 pandemisi geçici nitelikte olduğundan, kural olarak sürekli ifa imkansızlığı meydana getirmez. Buna karşılık, sözleşmede kararlaştırılan ifa

¹⁸Cezai şart talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olmasının gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Cezai şart talep edilebilmesi için kusurun gerektiği görüşü için bkz. **Tunçomağ, Kenan**: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1963, s. 101 vd.; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N. 1616; **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 348; **Kılıçoğlu, Ahmet M**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 812. Borçlunun kusuruyla ya da kusuru olmaksızın borca aykırı davranması durumunda cezai şart talep edilebileceği görüşü için bkz. **Aksoy, Hüseyin Can**: Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S. 2, 2018, Ss. 999-1018, s. 1014-1015; **Cansel, Erol/Özel, Çağlar**: Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Özel Sayı, 2013, Ss. 713-733, s. 726; **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 1211. Bu çerçevede, borca aykırılıktan borçlunun kusuru olmasa bile sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü olduğu görüşünün kabulü durumunda, borçlunun COVID-19 pandemisinden kaynaklanan mücbir sebebi ileri sürerek cezai şartı ödemekten kurtulması da mümkün olamayacaktır.

¹⁹Oğuz, s. 1278

zamanının edimin içeriğine dahil olduğu ve bu zamanın geçmesinden sonra yapılacak işlemlerin artık sözleşmenin ifası olarak kabul edilemeyeceği mutlak kesin vadeli işlemlerde (belirli bir günde konser verilmesi ya da belirli bir günde belirli bir yerde olacak şekilde akdedilen yolcu taşıma sözleşmesi gibi) ya da sözleşmenin amacına ulaşmasının geçici bir engel nedeniyle şüpheli hale geldiği ve sözleşmenin herhangi bir tarafından bu engelin ortadan kalkmasına kadar sözleşme ile bağlı kalmasının beklenemeyeceği hallerde (sözleşmenin kurulmasından sonra teslimi taahhüt edilen malın ülke dışına ihracını engelleyen bir adli ya da idari kararın ortaya çıkması nedeniyle malın alıcıya tesliminin şüpheli hale gelmesi gibi), sürekli imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekir²⁰.

III. COVID-19 PANDEMİSİNİN TACİRİN AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ (TBK M. 138) NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN HAL VE ŞARTLARA UYARLANMASINI İSTEME YA DA SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

COVID-19 salgını nedeniyle alınan önlemler sonucunda sözleşmenin ifası tamamen engellenmiş olmamakla beraber aşırı derecede güçleşmiş ise, TBK m. 138 uyarınca borçlunun henüz ifa etmediği ya da aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutarak ifa ettiği edimler bakımından sözleşmenin uyarlanmasını mahkemeden talep etmesi ya da uyarlamanın mümkün olmadığı hallerde sözleşmeden dönmesi mümkündür²¹.

Yargıtay kararlarında, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün getirdiği objektif özen ölçüsünün gereği olarak, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerektiği belirtilerek, devalüasyon ilan edilmesi sonucunda Türk parasının yabancı paralar karşısında değer kaybetmesinin tacirler açısından

²⁰Özçelik, Hukuki İmkânsızlık, s. 584-585.

²¹Özçelik, Covid-19 Salgını, s. 287.

“öngörülmez” bir durum olmadığı ve tacirin bu gerekçeyle sözleşmenin uyarlanmasını talep edemeyeceği görüşü kabul görmektedir²².

Buna karşılık, COVID-19 salgınının ülkemizde ve dünyada ne kadar büyük ölçekte etkiler meydana getirdiği ve salgının çok kısa bir süre içerisinde olağanüstü gelişmelere yol açtığı dikkate alındığında, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne rağmen COVID-19 salgınının tacirler açısından “öngörülmez” bir olay olarak kabul edilmesinin gerektiği ve sadece basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülüğü gerekçe gösterilmek suretiyle, tacirin COVID-19 salgını nedeniyle meydana gelen aşırı ifa güçlüğünden dolayı TBK m. 138 hükmü uyarınca ileri sürebileceği sözleşmenin uyarlanması talebinin önüne geçilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, Yargıtay’ın devalüasyon nedeniyle yabancı paranın değerinde meydana gelen artışların basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün gereği olarak tacirler açısından “öngörülmez” bir olay olarak değerlendirilemeyeceği ve bu sebeple uyarılama talebine dayanak teşkil edemeyeceğine dair kararlarında benimsenen bu anlayışın, COVID-19 salgını nedeniyle ileri sürülen uyarılama taleplerine uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Diğer bir ifadeyle, COVID-19 salgını tacirler için de “öngörülmez” bir olay olarak kabul edilmeli ve TBK m. 138 hükmündeki şartlar mevcutsa sadece uyarılama

²² “ Yukarıdan beri açıklandığı gibi Türkiye’de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir. Nitekim kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten 1 ay sonra Kasım 2000 tarihli ve bundan kısa bir süre sonra da Şubat 2001 tarihli ekonomik kriz meydana gelmiştir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bir gerçektir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Kasım 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır.

TTK. 18/1. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır ... “(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2003/13-332 E. – 2003/340 K. sayılı ve 7.5.2003 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com).

talep eden borçlunun tacir sıfatına sahip olması uyarılama talebine engel teşkil etmemelidir.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2020 tarihli ve E. 1103 – K. 1008 sayılı kararında²³, restoran olarak faaliyet gösteren kiracı tarafından kira sözleşmesinin uyarlanması talebiyle açılan davada yerel mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin karara yönelik istinaf incelemesi kapsamında, COVID-19 salgınının TBK m. 138 anlamında bir olağanüstü durum olduğu ve kira sözleşmesinin uyarlanması talebine dayanak teşkil edebileceği vurgulanmıştır. Aslında kararda kira sözleşmesinin uyarlanması davasında ihtiyati tedbir verilip verilemeyeceği tartışılmış ise de COVID-19 salgını nedeniyle TBK m. 138 uyarınca uyarılama talep edilip edilemeyeceği ve bunun şartları hakkında esasa ilişkin önemli değerlendirmelere de yer verilmiştir. Kararda, tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne dair herhangi bir açıklama yer almamakla birlikte, uyarılama talep eden kiracının restoran işletmecisi olduğu ve sözleşmeye kira bedelinin aylık 23.000 TL. olduğu hususları karardan anlaşılacakla, muhtemelen tacir sıfatını haiz bir kiracının uyarılama talebi söz konusudur.

Aynı kararda, COVID-19 pandemisi nedeniyle uyarılama taleplerinde salgının etkilerinin sektörlere ve işin yapıldığı yere göre değerlendirilmesi gerektiğinin belirtilmiş olması da, kanımızca isabetlidir. Böylelikle, pandeminin etkilerinin ilgili sektöre ve coğrafi bölgeye göre değerlendirilmesi suretiyle, aşırı ifa güçlüğünün somut bir şekilde ortaya konulmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Diğer taraftan, karardan anlaşıldığı üzere, karara konu olan davada davacının COVID-19 salgını nedeniyle iş hacminde meydana gelen düşüşe dayalı olarak uyarılama talep ettiği görülmekle, bu yön itibariyle talebin yerinde bulunması da önemlidir.

COVID-19 salgını nedeniyle sözleşmenin TBK m. 138 uyarınca uyarlanması, sözleşmede yer alan cezai şartın da uyarlanması sonucunu doğurmamakla birlikte, mahkemeden asıl borçla birlikte cezai şartın uyarlanmasının talep edilmesi de mümkünür²⁴. Diğer yandan, sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faizi oranının yüksek

²³ Bu karar için bkz. www.e-uyar.com.

²⁴ Sarıkaya, s. 644.

olması durumunda, borçlunun temerrüt faizinin TBK m. 138 uyarınca değişen hal ve şartlara uyarlanmasını talep etmesi de olanaklıdır²⁵.

IV. TACİRİN COVID-19 PANDEMİSİNİ MÜCBİR SEBEP OLARAK İLERİ SÜRMESİ DURUMUNDA BASİRETİLİ İŞ ADAMI GİBİ HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ NEDENİYLE DOĞAN YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, sözleşmede açıkça öngörülen borçlar dışında bazı yan edim yükümlülüklerinin doğumuna da neden olur. Örneğin basiretli iş adamı gibi hareket etmenin gereği olarak, yerine göre sözleşmede öngörülmemiş olsa bile, satılan malı alıcıya göndermekle yükümlü olan satıcının malı sigorta ettirmesinin gerektiği söylenebilir²⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin belirli şartlar altında COVID-19 pandemisinin mücbir sebep olduğunu ileri sürmek suretiyle, temerrüt ya da ifa etmemenin hukuki sonuçlarından kurtulmasına ya da aşırı ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesine engel değildir. Buna karşılık, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne bağlı olarak, COVID-19 salgınının mücbir sebep olmasına dayanma tacir açısından bazı yan edim yükümlülüklerinin doğmasına neden olabilir. Bu yan edim yükümlülükleri, mücbir sebep savunmasını ileri süren tacirin dürüstlük kuralı gereği yerine getirmesi gereken yükümlülüklerdir.

Bu hususta, 1918-1920 yılları arasında yaşanan ve dünya tarihinin en büyük pandemisi olarak kabul edilen İspanyol gribi salgını döneminde ABD mahkemeleri tarafından verilen *Citrus Soap Co. v. Peet Bros. Manufacturing Co. (1918)* kararını²⁷ irdelemekte yarar vardır. Bu kararda, pandemi ışığında sözleşmede yer alan mücbir

²⁵Yücel, s. 1195.

²⁶Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2019, s. 154.

²⁷ Bu konuda bkz. <https://courtingthelaw.com/2020/08/08/commentary/force-majeure-during-covid-19-spanish-flu-sars-and-swine-flu/> (Erişim Tarihi: 16.10.2020).

sebeup şartının hukuki değerdendirilmesi yapılmıştır. Kasım 1918 tarihinde, Peet Bros firması Citrus Soap firmasından altı tondan fazla gliserin sipariş etmiştir. Citrus Soap gliserini taksitler halinde teslim etmeyi üstlenmiştir. Sözleşme uyarınca Citrus Soap'ın son varil gliserini 31 Aralık 1918 tarihinden önce teslimi gerekmektedir. Üç varil gliserin 31 Aralık tarihinden önce teslim edilmiştir. Buna karşılık, Kasım ve Aralık aylarında Citrus Soap'un fabrikasının bulunduğu San Diego şehrinde İspanyol gribinin baş göstermesi nedeniyle, şehirde beş gün süre ile karantina ilan edilmiş ve bu durum Citrus Soap'un üretiminde aksamalara neden olduğundan mallar bir hafta geç teslim edilmiştir.

Mahkeme Peet Bros'un sözleşmede yer alan mücbir sebep şartı gereğince tazminat talep edemeyeceğine karar vermiştir. İstinaf mahkemesi de bu kararı onamıştır. Kararda karantinanın, fabrikadaki üretim faaliyetlerini, sözleşmede yer alan mücbir sebep şartının uygulanmasını gerektirecek ölçüde etkilediği belirtilmiştir. Karantinadan birkaç gün sonra, Citrus Soap karantina nedeniyle gliserinin zamanında teslim edilmesinin mümkün olmayabileceğini Peet Bros'a yazılı olarak bildirmiştir. Mahkemeye göre, Citrus Soap muhtemel gecikme konusunda Peet Bros'a bilgi vermek ve gliserini son teslim tarihine mümkün olan en yakın sürede teslim etmek suretiyle iyi niyetli davranmıştır.

Bu kararda açıklanan esasların, TTK m. 18/II hükmünde yer alan tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü gereğince, günümüzde yaşanan COVID-19 salgını kapsamında Türk hukuku uyarınca da tacirler için benimsenmesi mümkündür. Bu kapsamda, COVID-19 salgını nedeniyle mücbir sebep iddiasında bulunan ve bu sebeple sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediğini ya da yerine getirmesinin son derece güçleştiğini ileri süren tacirin, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün gereği olarak, bu durumu ifa engelini ortaya çıkmasından sonra mümkün olan en kısa süre içinde karşı tarafa bildirme yükümlülüğünün olduğu ve bu yükümlülüğün zamanında yerine getirilmemesinden doğan zararlardan sorumlu olacağını söylemek mümkündür. Bu çerçevede, sözleşme sonrası kusursuz sürekli imkânsızlık haline ilişkin TBK m. 136/3 hükmünde yer alan; "Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür." düzenlemesinin, kusursuz geçici ifa imkansızlığı nedeniyle borçlu temerrüdü ve sözleşmenin hiç ya da

gereği gibi ifa edilmemesi halleri için de geçerli olduğunu kabul etmek mümkündür. Bu noktada, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü nedeniyle doğan yan edim yükümlülükleri kapsamında, mücbir sebebe dayanan temerrüt ya da ifa etmeme durumunun karşı tarafa mümkün olan en kısa zamanda bildirilmesinin gerektiği söylenebilir. Diğer yandan, söz konusu bildirimde, pandemiden kaynaklanan ifa engeli ortadan kalktığında borcun aynen ifa edileceğine dair niyetin açıklanması ve mümkünse temerrüt hallerinde borcun ne zaman ifa edilebileceğinin de belirtilmesinin, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünden doğan yan edim yükümlülükleri kapsamında gerektiği değerlendirilmesi de yapılabilir.