

İSLÂM HUKUKUNDA VE MODERN HUKUKTA İKİ TARAFDA DA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASININ İMKÂNİ

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Harun KIYLIK*

Özet: Toplum halinde yaşama zorunluluğu, insanların ihtiyaç duydukları hususlarda birbirlerinden yardım almak suretiyle hayatlarını idame ettirmelerini gerektirmiştir. Bu faaliyetin kendini hissettirdiği alanlardan biri de kişilerin kendilerine lazım olduğu halde başkalarının sahip olduğu şeyleri, kendine ait olanı vermek suretiyle elde ettikleri ticari hayattır. Önceleri basit değiş-tokuşlar şeklinde tezâhür eden bu faaliyet, yeni ihtiyaç ve gelişmeler doğrultusunda sözleşmeleri de kaçınılmaz kılmıştır. Sözleşmelere bağlayıcılık kazandırılarak da tarafların cayması engellenmiş ve böylece sözleşmenin daha sağlam bir zeminde icrası mümkün kılınmıştır. Fakat tarih boyunca muhtelif hukuk sistemleri tarafından alınan bu tedbir, sözleşmeden sonra meydana gelen bir takım olağanüstü hadiseler neticesinde yetersiz kalmıştır. Söz konusu bu hadiseler, taraflar arasında meydana gelecek tartışmalara zemin hazırlamış ve bu durum, hukuk sistemlerini bir takım çözüm arayışları içerisine girmeye zorlamıştır. Ne var ki her halükarda sözleşmenin bağlayıcılığı prensibine bağlı kalmayı tercih eden hukuk sistemleri olduğu gibi, bir takım metotlar geliştirmek suretiyle sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama arayışına giren hukuk sistemleri de olmuştur. Neticede Modern hukukta olduğu gibi İslâm Hukukunda da bir takım uygulamalar üzerinden sözleşmenin bağlayıcılığı ilkesinin katı bir biçimde uygulanması anlayışı aşılıp sözleşmenin her iki tarafının da menfaatini dengeleme yoluna gidilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Edim/Borç, Sözleşme, Fesih, Beklenmeyen Hal, Değişen Koşullar, Uyarlama.

The Possibility of Adaptation of Contracts That Are Borrowing On Both Sides to Changing Circumstances in Islamic Law and Modern Law

Abstract: The obligation to live in a society requires people to maintain their lives rescued by helping each other on the issues they need. One of the areas in which this activity feels itself is the commercial life that people acquire by giving their own things to others that they need. This activity, which manifests itself in the form of simple exchanges, has inevitably made contracts in the direction of new needs and developments. By binding the contracts, the parties are prevented from giving up and the contract is made to be made in a more reliable environment. But this precaution taken by various legal systems throughout history has been inadequate as a result of a number of exceptional circumstances that have taken place since the convention. These given circumstances have opened the door to the debate between the parties, and this situation has forced the law systems to find some solutions. But while some law systems prefer to adhere to the principle of binding the contract at any rate, there are also law systems that seek to adapt the contract to changing conditions by developing a number of methods. As a result, in Islamic Law, as in modern law, the understanding of the strict application of the contracting principle through a number of applications has been overcome and the interests of both sides of the contract have been balanced.

Keywords: Islamic Law, Action/Debt, Contract, Termination, Unexpected Situation, Changing Conditions, Adaptation.

* İğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, harunkiylk@gmail.com.

GİRİŞ

Yalnız başına hayatını idame ettiremeyen insan, gereksinimlerini karşılayabilmek için bir başkasına ihtiyaç duyar ve böylece toplum halinde yaşama zorunluluğu kendini gösterir. Bu zorunluluk, insanların birbirleri ile olan muâmelelerini sağlam zeminlerde ve istikrarlı bir tarzda kurmalarını kaçınılmaz kılmıştır. Dolayısıyla bu durum, tarih boyunca muâmelelerin sözleşmeler şeklinde ve bir bağlayıcılık zırhıyla korunma güvencesi altında icrasını beraberinde getirmiş ve böylece insanlar, güven içerisinde alış-veriş yapma fırsatını yakalayabilmiştir.

Özellikle de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde/akitlerde¹ tarafların yaptığı sözleşmelere bağlılıkları, muhtelif hukuk sistemleri tarafından farklı şekillerde ifade bulmuş ve bu şartlara bağlılığın sınırları tayin edilmiştir. Ne var ki sözleşme yapıldıktan sonra, fakat sözleşmenin kurulumu esnasında bilinmeyen, öngörülemeyen ve sözleşmenin sonucunu olumsuz etkileyen bir takım olaylara rağmen hala sözleşmenin bağlayıcılığı hususunda diretilecek mi, yoksa bu sözleşme yeni ve değişen koşullara uyarlanacak mıdır? İşte bu çalışma, sözleşmenin bağlayıcılık yönünü izah etmenin yanı sıra sözleşme kurulduktan sonra fakat henüz edimler ifa edilmeden önce meydana gelip kendine has yapısıyla “beklenmeyen hal” şeklinde ifade edilen kimi durumlardan dolayı sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının imkânını ele alacaktır. Bu doğrultuda tarihi seyri dikkate alınmak suretiyle meselenin İslâm Hukuku ile modern hukukta nasıl karşılık bulunduğu izah edilecektir.

1. SÖZLEŞMENİN BAĞLAYICILIĞI VE AHDE VEFA PRENSİBİ

Genel olarak hukuk sistemlerinin akdin bağlayıcılığını ve “akdin tarafların kanunu olduğu” ilkesini tanıdıkları söylenebilir. Zira akit, irâdî bir kaynaktır.² Dolayısıyla toplumu oluşturan fertler, neticesinde kimi edimler doğuran muhtelif hukukî bağlarla birbirine bağlıdır. Bunlardan biri de muâmelât hususunda borçlar hukukuna konu olan kimi satım sözleşmelerinde satıcı ve müşterinin karşılıklı edimleridir. Ki zaten bu edimler ve nasıl ifa edilecekleri kanun koyucu tarafından adalet prensibi etrafında tanzim edilmiştir.

1 Lüzüm/bağlayıcılık açısından bakıldığında akitler bir kaç açıdan tasnife tabi tutulmuştur. Bunlardan biri de taraflar için bağlayıcı olmakla birlikte karşılıklı rızâ ile feshi mümkün olan akitlerdir. Dolayısıyla burada iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerden kasıt, taraflar için bağlayıcı olmakla birlikte ikâle yapılabilen, yani karşılıklı anlaşma ile hükümsüz kılınabilen, feshi kâbil olan sözleşmelerdir. Örneğin satım ve kira akdi böyledir. Bkz., Hayreddin Karaman, “Akid”, *DİA*, İstanbul 1989, II, s. 252; Nuri Kahveci, *Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku*, Hikmetevi Yay., İstanbul 2015, s. 141. Sonradan meydana gelen değişikliklerden dolayı sözleşmenin şartlarının taraflardan biri için fahiş bir şekilde bozulması durumunda sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi, iki tarafı da borç altına sokan sözleşmelerde yani iki tarafı akitlerde söz konusudur. Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1971, s. 324.

2 Bkz. Karaman, “Akid”, *DİA*, II, s. 251-253; Kahveci, *Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku*, s. 111-114, 121; Vahy Faruk Lokman, *ez-Zurûfu'l-İstisnâiyye elleti tatrau ale'l-akd ba'de ibrahîm, dirâse mukârane*, Amman 1992, s. 2.

Sözleşmelerin bağlayıcılığı ile ilgili olarak akdin taraflar için adeta bir kanun mahiyetinde olduğunu ifade eden “*el-Akdu şerîatü'l-müteâkideyn*”³ ilkesinde zikri geçen “akit”, tarafların üzerinde ittifak ettiği şeyin uygulanmasında önceliği olan özel bir kanundur. Bu kaideye göre taraflar akitlerinin kuludur.⁴ Burada zikri geçen “şerîat” kavramı ise müşterek iradeleriyle akdin tarafları için bağlayıcılığı ifade eder. Dolayısıyla akdin tarafları bu akdi yok sayamayacakları gibi, ta'dîle,⁵ yani sözleşmeyi, oluşan yeni durumlara uyarlama yoluna da gidemezler. Akitlerin inşası hususunda bu prensibe büyük bir ehemmiyet ve geniş bir alan tanımak, edimler ve edimlerin sonuçları hususunda iradeyi yegâne kaynak haline getirmiştir.⁶ Yine bu kaide, toplumda akitlerin keyfi olarak bozulmasını önleme gibi bir fonksiyon icra ederken; sözleşmeye ihtiramın zaruri oluşunu da temsil eder. Dolayısıyla kişi irâdî olarak üstlendiği meşrû bir tasarrufun, özellikle de akdî bir edimin gereğini yapmakla yükümlüdür.⁷

İslâm Hukukunda da akitlerin bağlayıcılığının ön planda tutulduğunu söylemek mümkündür. Zira “*Ey iman edenler! Akitlerinizi yerine getirin.*”⁸ ayeti ile akitlerin yerine getirilmesini ve “*Ahdinize vefalı olun. Çünkü verilen söz sorumluluk gerektirir.*”⁹ ayeti ile de ahde vefayı emreden ifadeler bunu göstermektedir.¹⁰ Mezkûr ayetlerde, yapılan sözleşmelerin/akitlerin gereğinin yerine getirilmesi istenmektedir. Hukuk mantığı da bunu gerektirir. Aksi takdirde tarafların birbirine uygun iradelerini ortaya koymasının bir anlamı olmayacaktır. Akdin gereğinin yerine getirilmesi diğer hukuk sistemlerinde tarafları ilgilendiren akdî bir hüküm, yani dünyevî bir husus iken İslâm Hukukunda akdin gereğinin yerine getirilmesi uhrevî müeyyideler ile takviye edilmektedir.¹¹

3 Kabbâni, Muhammed Reşid, “Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûnî'l-vadî”, *Mecelletü'l-mecma'î'l-fikhi'l-İslâmî*, Cidde 1992, yıl, 2, sy. 2, s. 142; Zuhaylî, Vehbe b. Mustafa, *Nazariyyetu'z-zarûrati-şerîyye, mukârane mee'l-kânûnî'l-vad'î*, (4. Baskı), Beyrut 1985, s. 317; Bû Lihye Cemile, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie fi'l-kânûnî'l-medenî el-Cezâiri, dirâse mukârane, Câmiatu'l-Cezâyir, Ma'hedu'l-Hukuk ve'l-Ulûmî'l-İdâriyye*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Cezâyir 1983, s. 1.

4 Zuhaylî, Vehbe b. Mustafa, *el-Fikhu'l-İslâmî ve edilletühü*, I-X, (3. Baskı), Dârü'l-Fikr, Dimaşk ts., IV, s. 3231.

5 Ta'dîl, sözlükte tesviye etme, düzenleme, islah etme ve güçlendirme anlamına gelen ta'dîl, bir şeyin özünde değişikliğe gitme faaliyetidir. Bkz. Râzi, Zeynüddin Ebü Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr b. Abdulkadir, *Muhtârû's-sihâh*, (5. Baskı), (thk. Yûsuf Şeyh Muhammed), Mektebetü'l-asriyye, Beyrut 1999, s. 202. İstilahta ise beklenmeyen hallerde hâkimin, kendisine tanınan selâhiyet ile sözleşmeyi yeniden düzenlemesini ifade eder.

6 Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 7-8.

7 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 1-2.

8 Mâide, 5/1: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

9 İsrâ, 17/34: وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا

10 Nuri Kahveci, *İslâm Borçlar Hukukunda Tazminat*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 1997, s. 21, 153.

11 Bkz. Recep Özdemir, “İslâm Hukukunda Ticâret ve Borç İlişkilerinin Genel Yapısı”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, c. 15, sy. 1, 2015, s. 262.

Sözleşmeye bağlılık ilkesinden kasıt, sözleşme ve taahhütlere bağlılıktır. Bu husus, verilen sözün tutulması da denilen ahde vefa prensibinin bir gereğidir. Ahde vefa ilkesinin dayandığı esas, sözleşmenin tarafları açısından kanun hükmünde olmasıdır. Bundan dolayı sözleşme yapanlar bu sözleşmeye harfiyen uymak zorundadır. Sözleşme taraflarını birbirine kenetleyen hukukî bir zincir mesabesinde olan¹² ve sözleşme hukukuna hakim olan bu ilkeye göre sözleşmenin, yapıldığı andaki gibi aynen uygulanması gerekir.¹³ Hukukî işlemlerin sebat ve istikrarı için gerçekten de sözleşmeye bağlılık ilkesi hukukî güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturur. Ne var ki bu prensibin, özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırıldığı da vakidir.¹⁴

Akitler, tarafların kanunu olarak görülmüş olsa bile tarih boyunca akdin bağlayıcılığı ilkesi mutlak bırakılmamıştır. Yani mutlaka ve her durumda akitlerden kaynaklanan edimlerin ifa edilmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Örneğin beklenmeyen hal/emprevizyon¹⁵ ve mücbir sebep gibi istisnâî durumlar bu zorunluluğu ortadan kaldırmak için yeterli sebeplerdendir. Tarih boyunca farklı isim ve uygulamalar altında olsa bile bir nazariye olarak teşekkül eden ve son dönemlerde birçok hukuk sisteminde kanun maddesi halinde yasal bir zemine oturtulan ve kendine has bir takım şartları haiz olan “beklenmeyen hal nazariyesi”, taraflar arasında meydana gelebilecek nizâları giderme cihetiyle önemli bir fonksiyon icra eder. Her ne kadar tüm şartları üzerinde bir konsensüs sağlanamamış olsa bile bir olayın beklenmeyen hal olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle terâhî ifade eden yani vadeli olarak kurulan bir sözleşmeden sonra öngörülemeyen, karşı konulamayan, tarafların kusurlarından bağımsız ve en önemlisi, vuku bulduğu halde akdin ifasını imkânsız hale getirmeyip tarafların akdin gerektirmediği ek bir külfete katlanmak suretiyle hala devamını mümkün kılan olağanüstü bir olay olması gerekir.

12 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, I-II, İstanbul 1976, II, s. 469; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 319; Haluk Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama*, İstanbul 1995, s. 6-7.

13 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 318-319; Fahrettin Aral, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Genişletilmiş 8. Baskı, Yetkin Yay., Ankara 2010, s. 226; Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal*, s. 62-63, 91.

14 Aral, *Borçlar Hukuku*, s. 226.

15 Emprevizyon; önceden bilememek ve hesaba katamamak gibi anlamlara gelir. Beklenmeyen haller kavramı da kaynağını buradan alır. Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, s. 472. İdari ve özel hukukta geniş yansımaları olan bu problem batı hukukunda “*clausula rebus sic stantibus*”, “*cas de l'imprevision*”, “*systeme de cas de l'imprevision/beklenmeyen haller sistemi*”; Türk hukuk dilinde “*Emprevizyon Nazariyesi'ne karşılık olmak üzere “beklenmedik veya beklenmeyen haller”* yani “*Beklenmeyen Hal Nazariyesi*”; İslâm Hukukunda ise الظروف الطارئة “*ez-zurûfu't-târie*” veya الحوادث الطارئة “*el-havâdisu't-târie*” gibi muhtelif isimler ile hukuk literatürüne geçmiştir. Bkz., Senhûri, Abdurrezzâk Ahmed, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî, dirâse mukârane bi'l-fikhi'l-Ğarbî*, I-VI, Dâru'l-Meârif, Mısır 1968, VI, s. 20; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, s. 468; Abdullah Pulat Gözübüyük, *Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, Kazancı Yayınevi, (3. Baskı), Ankara 1977, s. 160, 167; Ali Bardakoğlu, “İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta Beklenmeyen Hal Nazariyesi”, *Erciyes Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 2, Kayseri 1985, s. 64; Mustafa Harun Kıyık, *İslâm Borçlar Hukukunda Doğal Afetlerin Akitlere Etkisi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2016, s. 21-22.

Beklenmeyen hal nazariyesi, mezkur şartlar dahilinde vadeli olarak kurulan veya daha genel bir ifadeyle, sözleşme yapıldıktan sonra fakat henüz edimler ifa edilmeden önce meydana gelebilecek böyle bir olaydan sonra akdi tamamen yok saymayıp akdin devamına imkân vermesinin yanı sıra meydana gelecek zarara taraflardan her ikisinin de katlanması yönünde bir çözüm arayışı içinde olması hasebiyle mühimdir.¹⁶ Borçlar hukuku doktrininde “kusursuz imkânsızlık” diye ifade edilen mücbir sebep ise kimi açılardan beklenmeyen hal nazariyesine benzediği için her iki konunun birbiriyle karıştırıldığı söylenebilir. Beklenmeyen hal nazariyesinden farklı olarak mücbir sebepte sözleşme yapıldıktan sonra fakat henüz edimler ifa edilmeden önce öngörülemeyen, karşı konulamayan, olağanüstü bir olayın tahakkukundan dolayı edimlerin ifasının imkânsız hale gelmesi söz konusudur. Yani meydana gelen böyle bir olaydan sonra artık sözleşmenin devamından bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla mücbir sebepte, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması da söz konusu olamayacaktır.¹⁷

Böyle durumlarda artık akdin taraflar için bir kanun olduğu ve tarafların edimlerini mutlak surette ifa etmeleri gerektiği söylenemez. Zira sözleşmeye sadakat prensibine sıkı sıkıya bağlı kalmak, adaletsizliğe sebep olacaktır.¹⁸ Dolayısıyla beklenmeyen hal ve mücbir sebep gibi nazariyeler bu kaidenin istisnalarını teşkil eder.¹⁹ Sözleşmenin bağlayıcılığı ile ilgili yukarıda verilen bilgilerden sonra, tarih boyunca muhtelif hukuk sistemlerinde bu ilke için istisna oluşturabilecek durumların kabul görüp görmediği ve beklenmeyen hallerden kaynaklanan yeni durumlar için hangi yöntemlerin geliştirildiği izah edilecektir.

2. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASI

“*Ahde vefa*” ilkesi ve “*el-akdu şeriatü'l-müteâkideyn*”²⁰ kaidesi, hukukî muamelelerde emniyet ve istikrarı sağlamak için her şeye rağmen borcun ifa edilmesini zorunlu kılarken, adalet ve hakkaniyet ilkeleri, öngörülemeyen durumların ortaya çıkarmış olduğu dengesizliği dikkate alarak akdin ta'dili ya da feshini gerekli kılar.²¹ Aslında bu iki prensibin tayininde tarafların rollerini de yadsınamamak gerekir. Zira beklenmeyen haller karşısında borçlu, sözleşmenin metnine değil de kendi borcu-

16 Daha fazla bilgi için bkz. Kıyılık, *Doğal Afetlerin Akitlere Etkisi*, s. 21-67.

17 Daha fazla bilgi için bkz. Kıyılık, *Doğal Afetlerin Akitlere Etkisi*, s. 68-121.

18 Hasan Erman, *İstisnâ Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*, Fakülteler Matbaası, Ankara 1970, s. 140; Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 10.

19 Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 10.

20 “*Akit, tarafların kanunudur.*” Bkz. Zuhayli, *Nazariyyetu'z-zarûrati'ş-şer'iyye*, s. 317.

21 Saffet Köse, “İslâm Hukukunun Modern Hukuka Katkıları Konusunda Bir Deneme”, *Makâlât*, 1991/1, (7-33), s. 17.

na bir sınır çizen adalet, iyi niyet²² gibi kaidelere bağlı kalınmasını ileri sürerken, alacaklı²³ her zaman ahde vefa prensibine riayet etmenin zorunluluğunu iddia eder. Böylece ahde vefa prensibi; adalet ve iyi niyet kaideleri ile çatışacaktır.²⁴

Beklenmeyen hal nazariyesi, kendisinden daha köklü olan sözleşmenin bağlayıcılığı ve ahde vefa prensibi ile çatıştığı için kabul görmesi ve günümüzdeki halini alması kolay olmamıştır. Fakat buna rağmen Beklenmeyen hal düşüncesinin yeni bir fikir olmadığını ifade etmek gerekir. Çoğu kanuni sistemin temelini kadim kanunlara dayanmasında olduğu gibi bu nazariye de köklü bir maziye sahip olup²⁵ farklı isim ve uygulamalar altında günümüze kadar gelmiştir. Burada beklenmeyen hallerden dolayı sözleşmenin oluşan yeni durumlara uyarlanması hususunda muhtelif hukuk sistemlerinin temayülleri zikredildikten sonra söz konusu uyarlama faaliyetine dair yöntemleri vermek daha uygun olacaktır.

2.1. Roma Hukuku'nda

Hukukçular, Roma hukukunda beklenmeyen hal nazariyesinin tanımlanıp tanımlanmadığı hususunda ihtilaf halindedir. Günümüzde kabul edildiği şekliyle yasal bir kurum olarak kabul edilmemiş olsa bile bu prensibin ilk defa Roma hukuku tarafından geliştirildiği ileri sürülmektedir. Özellikle Roma kanunlarına bakıldığında Justinyen, Paul, Africanus, Çiçeron ve Seneque gibi felsefecilere nispet edilen bazı ifadeler bunu göstermektedir.²⁶ Roma hukukunda benimsenen kimi prensiplerde de bunu görmek mümkündür. Örneğin satıcının teleflerden kaynaklanan sorumluluğu üstlenmesi prensibine göre satım akdinin kuruluşundan sonra ve mebi' müşteriye teslim edilmeden önce öngörülemeyen bir hadise mebi'in tamamen veya kısmen telefine veya değerinin azalmasına sebep olursa bu durumda müşteri, edi-

22 Beklenmeyen hal teorisinde taraflardan kaynaklanmayan olumsuz şartlar sonucunda ifanın, iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacak şekilde borçluyu ağır bir yük ve masraf altına sokmasından dolayı akit ta'dil edilmek veya feshedilmek suretiyle hakkaniyet ölçüleri muhafaza edilir. Senhûri, *Mesâdir*, VI, s. 16.

23 Bir tarafa borç yükleyen akıterden farklı olarak iki tarafa borç yükleyen akıterde bir birine bağlı iki edim bulunur. Söz konusu bu iki edim bakımından taraflar da sadece borçlu ve alacaklı olmayıp aynı zamanda her iki taraf da hem borçlu hem de alacaklıdır. Örneğin satım sözleşmelerinde satıcı, mebi'i teslim etme açısından borçlu; semeni alma yönüyle de alacaklıdır. Müşteri de semeni ödeme açısından borçlu; mebi'i teslim alma cihetiyle de alacaklı konumundadır. Bkz. Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, İstanbul 1976, s. 159.

24 Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, s. 167. Söz konusu çelişki ile birlikte Medeni Kanunun ikinci maddesinde de bu ilkeye sıkı sıkıya bağlılığın; adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir durum oluşturacağı ifade edilmiş ve bu husus kayıt altına alınmıştır. Bkz. Aral, *Borçlar Hukuku*, s. 226; Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal*, s. 5; Ayrıca bkz. BK. md. 19, 20, (TBK. md. 26, 27).

25 Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 41, 43.

26 Senhûri, Abdurrezzak Ahmed, *el-Vasît fi Şerhi'l-kânûni'l-Medenî el-Cedîd*, I-XII, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1968, I, s. 633; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 136; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 14-15; Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004, s. 9.

mi olan ücreti ödemekten kurtulur.²⁷ Yine Roma kanunlarına göre sellerden dolayı tarım ürünlerinin telef olması durumunda kiracı, ücretin azaltılmasını talep edebilir. Daha sonraki yıllarda ise ürünün bol olması durumunda kiralayan, kiracıdan önceki yıl meydana gelen teleften dolayı ödemediği miktarı talep edebilir.²⁸

2.2. Kilise Hukuku'nda

Hukukçular beklenmeyen hal nazariyesinin kilise kanunları tarafından tarif edilip adalet ilkesine dayandırıldığı hususunda ittifak etmişlerdir. Ne var ki bu prensibin kısaca "clausula rebus sic stantibus"²⁹ adı altında zımnî bir şart ile gündeme geldiği ifade edilmiştir. Buna göre taraflar akit anındaki şartlar devam ettiği müddetçe sözleşmeye bağlı kalacaklarına dair zımnî bir irade göstermiştir. Daha sonra şartların değişmesi durumunda borçluyu edimi ifaya zorlamak onu mağbûn hale getirir. Ğabn da bir nevi riba olduğundan sözleşmeye müdahale kaçınılmaz olur.³⁰

2.3. Avrupa'da

2.3.1. Fransa

Özel/medeni hukukta sıkı sıkıya ahde vefa prensibine bağlı kalıp her hâlükârda borçlunun üstlendiği edimi ifa etmesi gerektiğini şiddetle savunan Fransız hukuk sistemi, birinci dünya savaşının olumsuz etkileri münasebetiyle (1916'da) idare hukuku açısından iktisadi temeli sarsılan sözleşmelerin yeniden düzenlenebileceği yönünde karar almıştır.³¹ Fransız hukuk sisteminde "akdin, tarafların kanunu oluşu prensibi" ağır bastığı için beklenmeyen hal nazariyesi sönük kalmıştır. Zira bu nazariye hâkime, karşı tarafın rızası olmaksızın akdi ta'dîl yetkisi vermektedir. Buna rağmen beklenmeyen hali benimseme adına kimi adımlar atılmıştır.³²

Fransız Medeni Kanunu sadece mücbir sebep gibi durumlarda borçlunun sorumluluktan kurtulmasına imkân vermekteydi.³³ Beklenmeyen hal nazariyesini idari sözleşmelerde kabul edip³⁴ medeni kanunda kabul etmemelerinin birinci

27 Haseb el-Fezâri, *Eseru'z-zurûfi't-târie ale'l-iltizamî'l-akdi, fi'l-kânûni'l-mukâran*, I-II, İskenderiye 1979, I, s. 45.

28 Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 45.

29 Bu ifade, sözleşmenin geçerliliğinin, kurulduğu andaki şartlara bağlılığını ifade eden bir kayıttır. Bkz., Senhûri, *Vasit*, I, s. 633; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 136; Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus*, s. 9.

30 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 17, 154; Ali Ahmed Midhat, *Nazariyyetü'z-zurûfi'l-istisnâiyye, Dirâse Mukârane, Câmiatu Kâhire*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kâhire, ts, s. 375; Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus*, s. 9.

31 Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 137-138; Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, s. 173; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 42, 60; Ali, *Nazariyyetü'z-zurûfi'l-istisnâiyye*, s. 376.

32 Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 3231; Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 50.

33 Ali, *Nazariyyetü'z-zurûfi'l-istisnâiyye*, s. 376.

34 İdari sözleşmelerde müteahhit firmanın, beklenmeyen halin vukuunda idareden mali yardım isteyebileceği kabul edilmiştir. İfayı güçleştiren bu durumda idarenin kusuru bulunmadığı halde idarenin sağlayacağı bu

sebebi, idari sözleşmelerde kamu maslahatının gözetilmesi; ikinci sebebi ise idari yargının kanun maddeleriyle mukayyet olmamasıdır.³⁵ Fransız hukuk sistemi idari davalarda bu nazariyenin tatbik edilebilmesi için söz konusu olayın istisnâî, öngörülemez, tarafların iradesi dışında, fiziki bir zarar veren, akdin dengesini geçici³⁶ olarak bozacak türden olmasını şart koşmaktaydı.³⁷ Bu da 30 Mart 1916 tarihli içtihadıyla Fransız Danıştay'ının Birinci Dünya Savaşı'ndan kaynaklanan beklenmeyen hallerden dolayı idari sözleşmelerde değişiklik yapılabilmesine imkân tanınması ile mümkün olmuştur. Söz konusu mahkeme bu kararında Bordeaux Belediyesi'ne şehir için sabit bir fiyat üzerinden havagazı ve elektrik vermeyi taahhüt eden aydınlatma şirketi,³⁸ meydana gelen fiyat artışının idarenin karşıladığı fiyattan kat be kat fazla olduğunu görünce mahkemeye müracaat eder. İlk mahkeme akdin tarafların kanunu olduğunu, her ne kadar fiyatı artmış olsa bile piyasada hâlâ kömür bulunduğu için sözleşmenin imkânsızlaşmadığı gibi gerekçeler ileri sürerek bu talebi reddetmiş ve edimin ifa edilmesi yönünde karar almıştır. Böyle bir hükümden sonra karar mercii arasında çıkan tartışma neticesinde yeni bir ilke tayin edilmiştir. Buna göre öngörülemeyen, edimler arasındaki dengeyi fahiş bir şekilde bozup borçluyu ağır bir yük altına sokan durumlar söz konusu olduğunda borçluya idareden akdi makul bir seviyeye irca etmeyi talep etme hakkı verilmiştir. Buna göre düşman işgali sebebiyle kömür fiyatlarında meydana gelen beş kat artış göz önünde tutularak aydınlatma şirketinin sabit olan fiyatın arttırılmasına dair olan talebi kabul edilmiştir. Bu karar batıda beklenmeyen hal nazariyesinin ilk nüvesi olarak kabul edilmektedir.³⁹

2.3.2. Polonya, İtalya ve Yunanistan

İlkin idari hukuk alanında, kısmen de milletlerarası hukukta kendisini hissettiren beklenmeyen hal nazariyesi giderek özel borç münasebetlerini de kapsayacak şekilde yaygınlık kazanmıştır. Bu nazariyeyi genel bir madde ile ilk defa kanunlaştıran, 1932 yılında Polonya Borçlar Kanunu olmuştur.⁴⁰ Polonya BK. md. 269'te

mali destek, akdi bir tazminat olarak değil, belki kamu hizmetlerinin devamını gerekli kılan idari bir görev olarak değerlendirilmelidir. Bkz., Sıddık Sâmî Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I-III, (3. Baskı), İstanbul 1966, III, s. 1636-1637; Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, s. 174-175; Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 72.

35 Senhûri, *Vasît*, I, s. 640; Kabbânî, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 139; Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 51.

36 Geçici olma şartı aranır ki bu durum karşısında yapılacak icraatlar ile söz konusu zarar defedilebilsin. Şayet beklenmeyen halin ortadan kalkması imkânsızlaşırsa bu durumda mücbir sebepten bahsedilecektir. Bkz. Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 48.

37 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 45-46.

38 1913'te 28 Frank olan kömür fiyatı 1915'te birinci dünya savaşıdan sonra 73 Frank'a yükselmiştir.

39 Senhûri, *Mesâdir*, VI, s. 23; Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, s. 173; Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 67; Köse, *İslâm Hukukunun Katkıları*, s. 20; Kabbânî, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 139; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 42; Ali, *Nazariyyetu'z-zurûfi'l-istisnâiyye*, s. 376.

40 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 3.

“Şayet Avrupa savaşları, mahsulün tamamen helak olması veya bunların haricinde doğal âfetler gibi akdin taraflarının sözleşme esnasında öngöremedikleri istisnâî olaylar neticesinde edimin ifasında şiddetli zorluklar oluşur veya taraflar fahiş bir zarar tehdidi altında kalırsa, mahkeme bunu bir zaruret telakki ettiğinde, iyi niyet ilkelerini tatbik ederek ve tarafların maslahatları arasında dengeyi gözettikten sonra, akdin nasıl ifa edileceğini tayin edebilir veya borcun miktarını belirleyip sınırlandırabilir. Hatta akdin feshini bile hükmedebilir.” şeklinde yer alan hüküm kanunlaşmıştır.⁴¹

Polonya'dan sonra İtalya (1942'de) medeni kanununun 1467. maddesinde bu nazariyeye yer verilmiştir.⁴² Bu maddeye göre borçlu, ifası vade veya vadelere bölünmüş sözleşmenin feshini talep edebilecek ve karşı taraf da adalet gereği sözleşmenin şartlarının yeniden düzenlenmesini istemek suretiyle borçlunun fesih talebini savabilecektir. Görüldüğü üzere İtalya medeni kanununda problemin çözümü taraflara tevdi edilmiştir.⁴³ Yunan Medeni Kanunu ise 388. maddesi ile mahkemeye ağır yük teşkil eden edimi makul bir seviyeye irca etme veya akdi tamamen ya da kısmen feshetme yetkisi vermiştir. Bu karara göre taraflar haksız kazanç gereği birbirinden aldıklarını iade eder.⁴⁴ Hâkime geniş bir yetki tanıyan Polonya hukuk sistemine⁴⁵ göre beklenmeyen hal durumlarında hâkim, edimin nasıl ifa edileceğine dair bir ödeme planı tayin edebilir. Buna göre ödemelerin peşin değil de taksitler şeklinde yapılmasını sağlayabilir. Bununla birlikte tren yerine karayolu ile naklini öngörebilir. Ya da söz konusu durum ortadan kalkıncaya dek akdi askıya alabilir.⁴⁶ Bunun yanı sıra hâkim, edimin miktarını yeniden tayin de edebilir. Durumun mücbir sebep derecesine varıncasına edimin ağırlaştığını anladığında da taraflar arasında adaleti ve tarafların maslahatını sağlamak için sözleşmeyi feshedebilir.⁴⁷ İtalya medeni kanununa göre ise ağır yük altına giren borçlu sözleşmenin feshini talep edebilir. Karşı taraf ise adalete uygun bir şekilde akdin şartlarında ta'dile gidilmesi suretiyle söz konusu fesih talebini savabilir.⁴⁸

Görüldüğü gibi Polonya, İtalya ve Yunan kanunlarında söz konusu istisnâî olayların umumî olma şartı aranmamış, bilakis borçlunun ağır yük altına girmesine sebep olan beklenmedik her istisnâî olay, bu nazariyenin tatbiki için yeterli görülmüştür.

41 Senhûri, Vasît, I, s. 641; Kabbânî, Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie, s. 140; Fezâri, Eseru'z-zurûfi't-târie, I, s. 178; Köse, İslâm Hukukunun Katkıları, s. 20-21; Lokman, ez-Zurûfu'l-istisnâiyye, s. 49.

42 Bû Lihye, ez-Zurûfu't-târie, s. 3.

43 Senhûri, Vasît, I, s. 641; Kabbânî, Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie, s. 140; Lokman, ez-Zurûfu'l-istisnâiyye, s. 49.

44 Kabbânî, Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie, s. 141; Lokman, ez-Zurûfu'l-istisnâiyye, s. 49.

45 Polonya MK. md. 269. Bkz. Fâdıl Şâkir Naimî, Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie beyneş-şeria ve'l-kânûn, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bağdat 1969, s. 147.

46 Bû Lihye, ez-Zurûfu't-târie, s. 126-127.

47 Fezâri, Eseru'z-zurûfi't-târie, II, s. 689-690; Bû Lihye, ez-Zurûfu't-târie, s. 128; Lokman, ez-Zurûfu'l-istisnâiyye, s. 66.

48 Lokman, ez-Zurûfu'l-istisnâiyye, s. 66; Bû Lihye, ez-Zurûfu't-târie, s. 129-130.

2.3.3. İngiltere, İsviçre ve Almanya

Ahde vefa prensibine bağlı kalınması gerektiği hususunda katı bir muhafazakâr tutum sergileyen Fransız hukuk sistemine⁴⁹ karşın İngiliz, İsviçre ve Alman⁵⁰ hukuk sistemlerinde; zımnî inisâhi/bozucu şart ve işlem temeli gibi kimi teoriler ileri sürülerek ahde vefa prensibine sıkı sıkıya bağlılık yumuşatılmaya çalışılmıştır.⁵¹

Görüldüğü üzere batı hukuk sistemleri söz konusu durumlarda hâkime tanınan yetki hususunda farklı görüşler beyan etmişlerdir. Polonya ve Yunanistan'a göre hâkim akdi ta'dil etmek veya feshetme muhayyerliğine sahipken; İtalya hâkime ta'dil yetkisi vermekten kaçınır. Buna göre borçlu taraf akdin feshini talep ederken karşı taraf feshi bertaraf etmek için ta'dil talebinde bulunur. Bunun neticesinde hâkim fesih veya ta'dil kararı verir.⁵²

2.4. Türkiye'de⁵³

(Eski) Türk hukukunda beklenmeyen hallerden kaynaklanan aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen genel bir kural mevcut olmadığı⁵⁴ için ahde vefa ve akdin bağlayıcılığı prensibi, genel ve temel bir kural olarak kabul edilmiştir. Kural olarak doktrinde de bu nazariyeyi benimseme yönünde bir yaklaşım tarzı da söz konusu olmamıştır. Ne var ki istisna akdi ile ilgili olarak ifayı son derece ağırlaştırılan ve taraflarca öngörülemeyen birtakım beklenmeyen hallerin ortaya çıkması durumunda hâkime ta'dil veya fesih yetkisi veren (eski) Borçlar Kanununun⁵⁵ 365. maddesine kıyas edilip Medeni Kanunda yer alan iyi niyet kuralı⁵⁶ ile Borçlar Kanunundaki esaslı hata hükmü⁵⁷ de işletilerek beklenmeyen hale zayıf da olsa bir uygulama alanı tanınmış ve münferit meselelerde bu nazariyenin akdi ta'dil veya fesih için geçerli bir mazret olarak değerlendirilebileceği fikri ağırlık kazanmaya başlamıştır.⁵⁸ Tabi hâkim

49 Senhûri, *Vasît*, I, s. 634; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 137; Ali, *Nazariyyetü'z-urûfi'l-istisnâiyye*, s. 376.

50 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 73, 75.

51 Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus*, s. 8.

52 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 130.

53 Önemine binaen ilave edilen bu başlık ile Türk hukuk sistemi ve doktrininin ilgili konuya dair yaklaşımlarını yakından öğrenebilme imkânı hedeflenmiştir. Aksi takdirde Türkiye'nin bir İslâm ülkesi olup olmadığını vurgulama veya bunu ima etmek gibi bir niyet söz konusu değildir.

54 İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 156; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 319.

55 (Eski) Borçlar Kanunu (BK.), aynen İsviçre Borçlar Kanunu tercüme edilerek alınmış ve 22 Nisan 1926'da kabul edilmiştir. Ne var ki 11 Ocak 2011'de de (yeni) Türk Borçlar Kanununun (TBK.) kabulüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

56 MK. 3. (İyiniyet): "... asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz." *Türk Medeni Kanunu*, Kanun Metinleri Dizisi 7, Seçkin Yay., Ank. 2005, s. 11.

57 BK. md. 23, (TBK. md. 30): "Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz."

58 Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, s. 386-387, 470-471, 478-479; Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen*

bu durumda medeni kanunun kendisi için tayin ettiği yolu⁵⁹ takip etmekle birlikte adalet ve iyi niyet prensiplerini de esas almak suretiyle sözleşmeleri etkileyebilecek beklenmeyen hallere müdahale edebilmekteydi.⁶⁰ Türk hukuk ve doktrinini böyle bir arayış içine sokan durum, özellikle de ani ve aşırı fiyat hareketleri, malzeme ve işçi temininde doğan güçlükler, savaş, deprem, yangın ve genel grev gibi toplumu yakından ilgilendiren olayların yol açtığı yokluk ve sıkıntıların, çoğu zaman belli bir kamu hizmetini yüklenmiş müteahhitleri zor duruma sokmasıdır. Hal böyleyken Yargıtay'ın İsviçre hukuk sistemine temayülü, Danıştay'ın da Fransız doktrin ve tatbikatının etkisinde kalması gibi sebeplerden dolayı batı hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da bu nazariye ilk ve en geniş uygulamasını idare hukuku sahasında bulmuştur.⁶¹

(Eski) Borçlar kanunu beklenmeyen hallere çözüm sunma hususunda yetersiz kaldığı için⁶² hâkimin, bu gibi durumlarda şartları zorlamak suretiyle birtakım problemleri çözüme kavuşturması bir takım tereddütlerin kaynağını teşkil etmiştir. Fakat buradan, eski Borçlar Kanununun beklenmeyen hal nazariyesini hiç dikkate almadığı sonucu da çıkarılamaz. Nitekim borçlar kanununda olağanüstü felaket hallerinde veya tabii hadiselerden dolayı bir tarımsal taşınmazın her zamanki veriminin önemli ölçüde azalması halinde kiracıya kira parasından orantılı bir miktarının indirilmesini isteme hakkını veren madde⁶³ bunun örneklerinden biridir. Fakat doktrinindeki uygulamalardaki kavram kargaşası, aşırı güçlük hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı hususu üzerinde aşırı durulmasına sebep olmuştur.⁶⁴ Nihayet yeni Türk Borçlar Kanununun (TBK.) kabulü ile birlikte 138. maddede, aşırı ifa güçlüğü adı altında yeni bir düzenleme yapılmıştır.⁶⁵ Bu düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa⁶⁶) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen işlem temelinin çökmesine ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî

Haller, s. 143-145, 166; Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 71; Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal*, s. 5; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 319-320.

59 MK. 1. md.: "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir."

60 Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, s. 65-66, 71-72-73; Aral, *Borçlar Hukuku*, s. 226.

61 Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, s. 181; Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 72-73; Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal*, s. 5.

62 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 156; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 319.

63 "Fevkalade felaket hallerinde yahut tabii hadiselerden dolayı bir zirâi gayrimenkulün her vakitki hasılatı ehemmiyetli surette azalırsa müstecir kiradan mütenasip bir miktarının indirilmesini isteyebilir. Evvelce bu haktan feragat edilmiş olması, ancak kiranın tespiti sırasında bu gibi vakaların ihtimali nazara alınmış yahut husule gelen zarar bir sigorta ile telafi edilmiş ise muteber olur." BK. md. 282, (TBK. md. 363).

64 Dural, *Sonraki İmkânsızlık*, s. 62-63.

65 Eski borçlar kanununda bu düzenleme yer almamaktadır.

66 Hukuk sistemimiz bu hususta, diğer hukuk sistemlerinde katedilen gelişmeler ışığında katı bir şekilde ahde vefa prensibini uygulamaktan kaçınmıştır. Bkz. Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus*, s. 8.

Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, aşırı ifa güçlüğü hâlinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, maddede ve gerekçesinde belirtilen dört koşulun birlikte gerçekleşmesine⁶⁷ bağlanmıştır.⁶⁸

2.5. İslâm Ülkelerinde

Birinci dünya savaşının sonuna, yani 1918'e kadar çoğu İslâm ülkesi, Osmanlı İmparatorluğunun bir parçasıydı. Dolayısıyla Hanefî mezhebi esas alınmak suretiyle tanzim edilen "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*" tatbik edilmekteydi. Mecelle'de ise beklenmeyen hal nazariyesinin Hanefî mezhebinde kira sözleşmelerinin feshine sebep olan özürlü meselesine hasredildiği görülür.⁶⁹ Osmanlıya bağlı İslâm ülkeleri kendi özel kanunlarını oluşturuncaya kadar uzun süre medeni kanun hükmünde olan Mecelle'yi tatbik etmiştir. Bundan sonra da beklenmeyen hallere yönelik İslâm ülkelerinde kimi gelişmeler gözlenmiştir.⁷⁰ Zira 18. ve 19. asırda batıda hakim olan hürriyetçi ve ferdiyetçi düşünce tarzı, hukukî anlayışlar üzerinde etkisini göstermiş ve nihayetinde akit hürriyeti ve akdin bağlayıcılığı ilkesinde ısrar etmenin; adalet ve hakkaniyeti zedelediği görülünce katı olan bu tavır yumuşatılmış ve beklenmeyen hal nazariyesi zorunlu olarak kabul edilmiştir. Bu anlamda İslâm ülkeleri de kanunlarında bu anlayışa yer vermiştir.⁷¹ Söz konusu gelişmelerin gözlemlendiği bazı ülkeler şunlardır:

2.5.1. Mısır

Polonya ve İtalya'dan sonra bu nazariyeyi genel bir madde halinde ele alan modern kanunlaştırma faaliyetlerinin üçüncüsünün de Mısır'da gerçekleştiği söylenebilir.⁷² Fransız Medeni Kanunu'nu örnek aldığı için Mısır kanunlarında uzun süre

67 Muhteva ettiği dört koşulu ile birlikte Türk Borçlar Kanununda ilgili madde şöyledir: "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş 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." TBK. md. 138, (Bu maddenin BK'da karşılığı yoktur.)

68 Hacı Kara, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler", *TBB Dergisi*, 2013/107, s. 365.

69 Ali Himmet Berki, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, (Mecelle), Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1959, md. 443; Ali Haydar, Hâce Emin Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm fi Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, (1. Baskı), Dâru'l-Cil, yy., 1991, I, s. 486.

70 Kabbânî, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 141-142.

71 Köse, *İslâm Hukukunun Katkıları*, s. 21.

72 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 3.

beklenmeyen hal nazariyesine yer verilmemiş,⁷³ fakat sonraları (1949'da) yürürlüğe giren yeni Mısır Kanununda bu nazariye kabul edilmiştir.⁷⁴

Sancılı bir süreçten sonra Mısır Medeni Kanunu, kararlaştırılan 147. maddesinde iki fıkra halinde bu nazariyeyi medeni kanun alanındaki akitlere yansıtabilmiştir.⁷⁵ Birinci fıkrasına göre akit, sözleşmenin tarafları için kanun (*el-Akdu Şeriatu'l-Müteâkideyn*) olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla iyi niyet prensibi gereği ifa edilmelidir.⁷⁶ Buna göre sözleşmenin iptal ve ta'dili ancak tarafların rızası ve kanunun kararlaştırdığı sebepler ile mümkündür. İkinci fıkrasında da beklenmeyen hal, ilgili şartlar ve hâkimin ta'dilde bulunma yetkisine dair hüküm zikredilmiştir.⁷⁷ Bu fıkraya göre karşılıklı edimlerde öngörülemeyen, umumî, istisnâî bir hadise akdi imkânsız kılmasa dahi borçluyu fahiş bir zarar ile tehdit etmesi durumunda hâkim, taraflar arasındaki maslahatı muvâzene ettikten sonra ağır yük teşkil eden edimi makul bir seviyeye irca eder. Ayrıca bunun hilafına olan tüm ittifaklar da batıldır.⁷⁸ Bu madde ile Mısır, beklenmeyen hali sadece idari akitlere bağımlılıktan kurtarıp medeni akitleri de kapsayacak şekilde düzenlemiş ve böylece geleneksel medeni kaideleri uygulayan Fransız Medeni Kanunlarını aşmıştır.⁷⁹ Bununla birlikte Mısır MK. md. 346/2'de hâkime borçlunun durumunu da göz önünde bulundurup borcunu erteleme yetkisi de vermiştir.⁸⁰

2.5.2. Suriye, Irak, Libya, Kuveyt, Cezâyir ve Ürdün

1949 yılında Suriye, Mısır Medeni Kanununda kabul edildiği şekliyle aynen alıp medeni kanununun 148. maddesinde beklenmeyen hal nazariyesine yer vermiştir. Senhûri'nin (v. 1971) başkanlık ettiği heyetin aldığı kararlara istinaden 1951 yılında yeni Irak kanunu, 146/II. maddesinde beklenmeyen hal nazariyesini kabul etmiştir. Libya ise 1953'te Mısır Medeni Kanunu'ndan iktibas etmek suretiyle 147/II. maddesini buna göre oluşturmuştur. Dolayısıyla Mısır ve Suriye kanunlarındaki maddelerle uyumluluk arz eder. Kuveyt ise 1961'de ticaret kanununda, Irak kanununun 146. maddesine uyumlu bir tarzda kabul etmiştir.⁸¹ Cezâyir de 1975'te Mısır'dan

73 Senhûri, *Mesâdir*, VI, s. 22-23; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 58, 65; Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 69.

74 Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 69-70.

75 Bkz. Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 51; Ali, *Nazariyyetü'z-zurûfi'l-istisnâiyye*, s. 378-379.

76 Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 10.

77 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 1, 95; Ali, *Nazariyyetü'z-zurûfi'l-istisnâiyye*, s. 379; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 142, 150.

78 Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 142, 150; Ali, *Nazariyyetü'z-zurûfi'l-istisnâiyye*, s. 379.

79 Ali, *Nazariyyetü'z-zurûfi'l-istisnâiyye*, s. 379.

80 Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 70.

81 Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 142; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 95; Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 53.

istinbat etmek suretiyle 107. maddenin üçüncü fıkrasında bu ilkeye yer vermiştir.⁸² Genel olarak bakıldığında Suriye, Irak, Libya, Kuveyt, Cezâyir ve Ürdün'ün beklenmeyen hali Mısır Medeni Kanununda yer aldığı şekliyle ya aynen ya da benzeri ifadelerle alıp prensip olarak kabul ettikleri görülür.⁸³

2.5.3. Lübnan

Lübnan'da yargı, Fransız içtihatlarına uymak suretiyle beklenmeyen hal nazariyesini uygulamayı reddetmiş ve öngörülemeyen mücbir bir sebepten dolayı mutlak bir imkânsızlığa sebebiyet vermedikçe akdin ifasının taraflar için bağlayıcı olduğunu kararlaştırmıştır.⁸⁴

2.6. İslâm Hukukunda

Hukukun istikrarı ve hakların güvence altına alınması zorunluluğundan dolayı, akdin gereğinin yerine getirilmesi bütün hukuk sistemlerinin benimsediği ve titizlikle korunması yönünde tedbirler aldığı bir ilke olsa da iki tarafa da borç yükleyen akitlerde akdin yapıldığı zamanın şartları ile ifa zamanının şartlarında önceden kestirilemeyen ve beklenilmeyen birtakım ciddi değişiklikler,⁸⁵ sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılacaktır. Her ne kadar İslâm Hukukunda sözleşmeler tarafların şeriatı (kanunu) olarak görülmüş veya sözleşmede bulunan kişinin, akdinin kölesi olduğu gibi genel esaslar tayin edilerek hâkime tasarruf yetkisi tanınmamış olsa bile bu kaidenin beklenmeyen hallerde olduğu gibi kimi istisnaları zikredilmiştir. Örneğin İslâm Hukukunda “*vad'u'l-cevâih*”, “*icâre akdinin özürler sebebiyle feshi*”, “*nakitlerde değer değişikliği*” ve “*doğal âfetlerin sözleşmeler üzerindeki etkisi*” gibi konulara bakıldığında bu husus daha iyi anlaşılacaktır.

2.6.1. Vad'u'l-Cevâih

Sözlükte âfet, musîbet, şiddet, malı ve canı telef eden sebep, mânasına gelen جائحة *câiha'nın* çoğulu *cevâih*'tir.⁸⁶ Bu kavram, İslâm Hukukunda meyve ve sebzelere

82 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 3, 94.

83 Fezâri, *Eseru'z-zurûfi't-târie*, II, s. 694; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 95, 130-131; Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 70; Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 51.

84 Bkz., Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 142; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 92.

85 Köse, *İslâm Hukukunun Katkıları*, s. 17.

86 Ezherî, Muhammed b. Ahmed b. el-Herevî, *Tehzîbu'l-luğa*, I-VIII, (thk. Muhammed İvaz Mur'ib), Dâru İhyâit-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 2001, V, s. 88; Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Ali, *el-Misbâhu'l-münîr fi ğaribiş-Şerhi'l-Kebîr*, I-II, Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut, ts., I, s. 113; Ahmed Muhtar Abdulhamid Ömer, *Mu'cemu'l-luğati'l-Arabîyyeti'l-muâsıra*, I-IV, (1. Baskı), Âlemu'l-Kutub, yy., 2008, s. 417; Âsım Efendi, Ebu'l-

yani mahsullere kısmen veya tamamen zarar veren, önceden beklenmeyen/sezilemeyen ve önlenemeyen âfetleri ifade eder. Kendisi için yapılan geniş ve dar tarifler⁸⁷ bir tarafa bırakılacak olursa câiha, hukuk dilinde dolu, kuraklık, aşırı yağmur, çer kirge istilası ve zirâi hastalıklar gibi meyve ve sebzelere kısmen veya tamamen zarar veren, önceden sezilemez ve önüne geçilemez beklenmeyen olaylar, daha doğrusu doğal âfetlerdir.⁸⁸ Terkip olarak özel bir ıstılahı ifade eden “vad‘u’l-cevâih” kavramı ise doğal âfetlerden kaynaklanan zarar miktarının bedelden düşürülmesini ifade eder. Zira vad‘ kelimesinin sözlükteki karşılığı, bir şeyde indirim yapmak veya bir şeyi hesaptan düşürmektir.⁸⁹ Mâlikî ve Hanbelî hukukçular tarafından özel bir tarzda ele alınan bu mevzunun⁹⁰ özünü, dalında veya tarlada iken satılan, fakat müşteri tarafından henüz kaldırılmayan meyve ve sebzelerin âfete mâruz kalması halinde zararın kime ait olacağı, başka bir ifade ile müşterinin ödeyeceği bedelin, meydana gelen zarar oranında indirilip indirilmeyeceği hususu (vad‘u’l-cevâih) oluşturur. Kısaca ifade etmek gerekirse vad‘u’l-cevâih’i kabul edenlere göre satım sözleşmelerinde doğal âfetlerden kaynaklanan telefler, satıcının sorumluluğunda olup meydana gelen zarar müşterinin ödeyeceği ücretten düşürülmelidir.⁹¹ Sözleşme prensibine sıkı sıkı bağlı kalmadan doğal âfetlerden dolayı oluşan zarar oranınca müşterinin ödemesi gereken bedelden indirim yapılması, İslâm Hukukunda sözleşmenin oluşan yeni koşullara uyarlanması açısından güzel bir örnek teşkil eder.

Kemal Ahmed el-Mütercim, *el-Okyanûs-u’l-basit fi tercemeti’l-Kâmûsi’l-muhît, Kâmûs-u’l-Muhît Tercümesi*, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, (I-IV), (1. Baskı), İstanbul 2013, II, s. 1113.

- 87 Mâlikîler, hırsızların ve ordu birliklerinin verdiği zararlar gibi insan müdahalesinin söz konusu olduğu durumları da bu kapsamda değerlendirip bu kavrama geniş bir anlam yüklerken bu husus diğer mezheplerde gözlenmez. Bkz., Bâcî, Ebû’l-Velid Süleyman b. Halef b. Sa’d b. Eyyûb, *el-Muntekâ şerhu’l-Muvatta*, I-VII, (1. Baskı), Matbaatu’s-Saâde, yy., h. 1332, IV, s. 232; Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebî’l-Kasım b. Yûsuf el-Abderî el-Ğarnâtî, *et-Tâc ve’l-iklil li Muhtasari Halil*, I-VIII, (1. Baskı), Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1994, VI, s. 463-464; Hattâb er-Ruaynî, Şemsüddin Ebû Abillâh b. Muhammed b. Abdurrahman, *Mevâhibu’l-celil fi şerhi Muhtasari Halil*, I-VI, (3. Baskı), Dâru’l-Fikr, 1992, IV, s. 507.
- 88 Bkz. İbn Rüşd, Ebu’l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, *Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, I-IV, Dâru’l-Hadis, Kâhire 2004, III, s. 203; İbn Teymiyye, Takıyyüddin Ebu’l-Abbas Ahmed b. Halim, *Mecmû’l-fetâvâ*, I-XXXV, (thk. Abdurrahman b. Muhammed b. Kasım), Mecmeu’l-Melik Fahd, Medine 1995, XXX, s. 278; Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 79; Talip Türcan, “İslâm ve Türk Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Sorunu”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 1, 2003, (167-186), s. 183.
- 89 İbn Fâris, Ebû’l-Hüseyn Ahmed b. Zekerıyya el-Kazvini er-Râzî, *Mu’cemu Mekâyisi’l-Luğa*, I-VI, (2. Baskı), (thk. Abdüsselam Muhammed Harun), Dâru’l-Fikr, 1979, VI, s. 117; Feyyûmî, *Misbâhu’l-münir*, II, s. 662.
- 90 Detaylı bilgi için bkz., Kıyık, *Doğal Âfetlerin Aktilere Etkisi*, s. 122-157.
- 91 Sahnûn, Ebû Saïd Abdüsselâm b. Saïd b. Habib et-Tenûhî, *el-Müdevenetü’l-kübrâ*, I-IV, (1. Baskı), Dâru’l-Kütübü’l-İlmiyye, Beyrut 1994, III, s. 582; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî, *el-Muğni*, I-X, Mektebetü’l-Kâhire, 1968, III, s. 489, 498; IV, s. 81-82; Bâcî, *Muntekâ*, IV, s. 235; İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, III, s. 204; İbn Müflih, Ebû İshak Burhaneddin, *el-Mubdî fi şerhi’l-Muknî*, I-VIII, Beyrut 1997, IV, s. 166, 171; Merdâvî, Alâudin Ebu’l-Hasan Ali b. Süleyman, *el-İnsâf fi ma’rifeti’r-râcih mine’l-hilâf*, I-XII, (2. Baskı), Dâru İhyâ’i’l-Türâsi’l-Arabî, ts., V, s. 74.

2.6.2. İcâre Akdinin Özürler Sebebiyle Feshi

Terim olarak özür, Şeriatın gerektirdiği mananın ancak zâid bir zararı üstlenmek suretiyle gerçekleşeceği bir teazzür durumu;⁹² kişinin, akdin gereğini ancak akdin gerektirmediği zâid bir zarara katlanmak suretiyle yerine getirebilmesine sebep olan acziyet durumudur. Satım sözleşmelerinde müşterinin mebi'deki bir ayba muttali olması veya kiralanan şeyin ayında bir aybın meydana gelmesi böyledir.⁹³ Sözleşme devam ettirildiği takdirde âkide zarar verecek bu durum fesih olmaksızın da savılacak gibi değildir.⁹⁴ Buradan özürlerin, tarafları akdin gereğini yerine getirme hususunda kişiyi aciz bırakan, fakat akdi imkânsız kılmayan durumlar olduğu⁹⁵ anlaşılmaktadır. Hanefî hukukçuları tarafından kabul edilen “özür sebebiyle akdin feshedebileceği” anlayışın temelinde zarara uğramayı önleme düşüncesi vardır ve Hanefî hukukçular bunun üzerinde ısrarla durmaktadırlar. Zira kiracının bir özü ortaya çıkmışken kira akdine devam etmesinde ve dolayısıyla kira bedelini ödemesi hususunda ısrar etmek açıkça onun karşılıksız bir zararı üstlenmesini istemek demektir.⁹⁶

Kısaca ifade etmek gerekirse kira sözleşmelerinden kastedilen menfaat, kişinin beden veya mal bütünlüğüne zarar verecek bir özürle sağlanabiliyorsa, normal şartlarda istifadeyi engelleyen bu özürlerden dolayı sözleşme feshedilebilir.⁹⁷ Hanefî mezhebinde icâre akdini etkileyen bir durum olarak özür meselesinin aslı budur. İcâre akdinin feshi hususunda Hanefîler özrün neticesini ve bu durumu, kabzdan önce makudun aleyhin ayıplı hale gelmesine kıyas etmeyi esas almışlardır.⁹⁸ Buna göre icâre akdinde söz konusu olan menfaat kabzedilmemiştir. Bu anlamda icâredeki özür, kabzedilmeden önce mebi'de meydana gelen ayba benzer ve dolayısıyla feshedilir. Zira her ikisinde de ortak bir mana vardır ki o da akitte bulunan kişinin, akdin gerektirmediği bir zararı yüklenmek suretiyle akdin gereğini sürdür-

92 Cürçânî, Ali b. Muhammed b. Ali *ez-Zeyn eş-Şerif, et-Ta'rifât*, (1. Baskı), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1983, s. 148.

93 Aslında bu ifadeler bakıldığında Hanefî hukukçuların da ayıp'lar için özür kavramını kullandıkları görülür. Bu anlamda Hanefî mezhebinde her iki kavram arasında bir ayırmadan bahsedilse de bu ayırım netliği bir kez daha değerlendirilmeye ihtiyaç duymaktadır. Bkz. Serahsî, Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-Eimme, *el-Mesbât*, Dâru'l-Ma'rifet, I-XXX, Beyrut 1993, XVI, s. 2; Kâsânî, Alâeddün Ebî Bekir b. Mesud b. Ahmed, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi'ş-şerâi'*, I-VII, (2. Baskı), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1986, IV, s. 197; Zeylâi, Fahreddin Osman b. Ali, *Tebyinü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, I-VIII, (1. Baskı), (thk. Ahmed İzzu İnâye), (Şilbi Hâşiyesi ile birlikte), Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, Kâhire 1313/1893, V, s. 145; İbn Hümâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid, *Fethu'l-Kadîr*, I-X, Dâru'l-Fikr, ts., IX, s. 147; Dâmâd Efendi, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhzâde, *Mecmaü'l-enhur fi Şerhi Mültekâ'l-ebhur*, I-IV, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, yy., ts., II, s. 398-399, 502.

94 Zuhaylî, *Nazariyyetu'z-Zarûra*, s. 321; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 159.

95 Zeylâi, *Tebyin*, V, s. 145; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 159.

96 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, IV, s. 197; Köse, *İslâm Hukukununun Katkıları*, s. 19.

97 Bkz. İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz, *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, I-VI, (2. Baskı), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1992, VI, s. 80-81.

98 Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 128.

mesidir.⁹⁹ Hanefî hukukçuların icâre akdinde özel bir tarzda ele aldığı özür bahsi, bu günkü anlamıyla beklenmeyen hal nazariyesinin uygulama alanlarından birini oluşturması¹⁰⁰ hasebiyle önem arz eder. Zira İslâm Hukukunda bu örnek üzerinden de yine sözleşme prensibinin esas alınmayıp fesih ile olsa bile oluşan yeni koşullarda kira sözleşmelerine yeni bir boyut kazandırıldığı anlaşılır.

2.6.3. Nakitlerde Değer Değişikliği

Nakitlerde söz konusu olan değer kaybı ve artışları, özellikle Hanefî hukukçuların çözüm getirdiği meselelerdendir.¹⁰¹ Hanefîlerin bu hususu borçlunun omuzlarında ağır bir yük olarak gördüğünü ve dolayısıyla beklenmeyen bir hal olarak değerlendirdiğini söylemek mümkündür.¹⁰² Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki semen,¹⁰³ ta'yîn ile değil de kabz ile muayyen hale geldiği için aslolan semenin helak olmamasıdır. Kabzdan önce zimmette sabit olan şey muayyen olmadığı için helak olmaz. Fakat bazen dinar, dirhem¹⁰⁴ ve diğer paralar, tarafların sözleşme esnasında hesap edemeyecekleri şekilde değişikliğe, kesâda, inkitâa,¹⁰⁵ değer artışı ve kaybına uğrayabilir. Sözleşmenin bu durumdan nasıl etkileneceği hususu önem arz eder.

Hanefîlere göre semen, saf dirhem veya içindeki farklı karışımların oran olarak az olduğu dirhemlerden oluşup kesâda uğrarsa madeni itibariyle değerli olduğu için bu durum satım akdini batıl kılmayacağından müşteri mislini vermek durumunda-
dır. Aynı husus inkitâyâ uğraması, ucuz ve pahalı olması durumları için de söz konusudur.¹⁰⁶ Fakat semenin karışım oranının yüksek olduğu dirhem ya da fulûslardan¹⁰⁷

99 Zeylaî, *Tebyîn*, V, s. 146; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, IX, s. 147; Âdil Mübârek Metirât, *Ahkâmu'l-cevâih fi'l-fikhi'l-İslâmî ve silatuha bi nazariyyeyi'z-zarura ve'z-zurûfi't-târie*, Câmîati'l-Kâhire Külliyyeti'l-Ulûm, Kısmu'ş-Şerîati'l-İslâmî, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kâhire 2001, s. 130; Bukmâş, Muhammed, *Sultatu'l-kâdi fi ta'dili'l-akd fi'l-kânûni'l-medeni el-Cezâiri ve'l-fikhi'l-İslâmî*, Câmîati'l-Hâc li Hazar, Kısmu'l-Ulûmi'l-İslâmî, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Cezâyir 2012, s. 278.

100 Köse, *İslâm Hukukunun Katkıları*, s. 18.

101 Hatta İbn Âbidîn bu hususu "*Tenbihu'r-rukûd alâ mesâili'n-nukûd*" şeklinde özel bir başlık altında ele almıştır. Bkz. İbn Âbidîn, *Mecmûat-u Resâil-i İbn Âbidîn*, (I-II), yy., ts., II, s. 58-68.

102 Metirât, *Ahkâmu'l-cevâih*, s. 141.

103 Semen, satılan şeyin bahasıdır ki zimmete taalluk eden şeydir. Mecelle, md. 152. Mesela bir kimse bir kitabı yüz bin liraya satsa, bu yüz bin lira o kitabın semeni olur ve derhal verilmezse müşterinin zimmetine taalluk etmiş bir borç halini alır. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 5. (Baskı), Ensar Yay., İstanbul 2015, s. 501.

104 Gümüş sikkeler dirhem olarak adlandırılırken, bir miskal ağırlığında olan altın sikkeye dinar denir. Bkz., Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 104.

105 Para biriminin ülkenin tamamında uygulamadan kalkmasına kesâd; dövizcilerde olup pazarda bulunmayışına ise inkitâ denir. Bkz., İbn Âbidîn, *Mecmûat-u Resâil-i İbn Âbidîn*, II, s. 58; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, s. 268-269.

106 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, s. 268.

107 Fulûs: Altın ve gümüş dışında bakır gibi diğer madenlerden elde edilen paralardır. Bkz., Kal'aci, Muhammed Revvâs-Hamid Sadık Kuneybî, *Mu'cemu luğati'l-fukahâ*, (2. Baskı), Dârü'n-Nefâis, 1988, s. 350.

olması durumunda ise ihtilaf söz konusudur. Buna göre Ebû Hanîfe'ye (v. 150/767) göre sözleşme infisâh eder ve bu durumda müşterinin mebî'i (hâlâ mevcutsa) aynen geri vermesi gerekir. Aksi takdirde kıymetini veya mislini vermelidir. Mebî'in kabzedilmediği durumlarda ise zaten akit bir hüküm ifade etmeyecektir. Çünkü fulûslar kesâda uğramak suretiyle semen olmaktan çıkacaktır. Çünkü semeniyet özelliği insanlar tarafından kendisine yüklenmiştir. Dolayısıyla teâmülden kalktığına semen olma vasfını da yitirmiş olacaktır. Semen olmadan satım akdinden bahsedilemeyeceği için de zaruri olarak akit infisâh eder. Ebû Yûsuf (v. 182/798) ve İmam Muhammed'e (v. 189/805) göre ise akit batıl olmayacak, satıcı muhayyer olacaktır. Dilerse akdi fesheder, dilerse de fulûsun kıymetini alır. Çünkü fulûs zimmette sabittir. Zimmette sabit olanın da helak olması söz konusu değildir. Dolayısıyla kesâda uğraması bir helak değil de ayıp olarak değerlendirileceğinden muhayyerliği gerektirir.¹⁰⁸ Ne var ki Ebû Yûsuf fulûsun sözleşme esnasındaki kıymetini esas alırken İmam Muhammed kesâda uğradığı günkü kıymetini esas almıştır.¹⁰⁹ Fulûslar kesâda uğramaz da değer artışı veya kaybına uğrarsa ittifakla akit infisâh etmez. Satım akdi olduğu gibi devam edecek ve müşterinin de muhayyerliği söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla müşteri kıymeti esas almayacak; adet olarak mislini ödeyecektir. Zira değer artış ve kaybı semen olma vasfını ortadan kaldırmaz.¹¹⁰

Devlet başkanının, ülkesinde kullanılan kimi para birimlerine (dövizlere) sınır getiren bir kanun yayınlaması ya da kimi para birimlerinin değerini yükseltip kimilerinin düşürülmesi yönünde verdiği emirler, halk açısından öngörülemez bir nitelik taşımaktadır.¹¹¹ Bu durumlarda sözleşmenin tarafları hangi para birimini tayin etme hususunda ihtilafa düşecek olursa, tarafların zarar görmesini önleyecek orta bir yol bulmak gerekir ki İbn Âbidîn'in (v. 1252/1836) "es-sulh ale'l-evsat" şeklinde ifade ettiği bu çözüme göre satıcı ile müşteri veya borç veren ile borç alan için ilgili kanundan etkilenen para birimlerinin vasat olanı esas alınarak söz konusu zarar taraflar arasında dağıtılır.¹¹² İslâm Hukukunda bu gibi durumlarda taraflara sözleşme prensibinin dayatılmaması ve meydana gelen zararın bir şekilde taraflar arasında dağıtılması yönünde atılan bu adımlar da yine sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması açısından önemlidir.

108 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, V, s. 242; Zeylai, *Tebyîn*, IV, s. 142; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VII, s. 154; İbn Âbidîn, *Mecmûat-u Resâil-i İbn Âbidîn*, II, s. 59; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, s. 268, 270.

109 Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, V, s. 242; Zeylai, *Tebyîn*, IV, s. 142; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VII, s. 154; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, s. 268, 270.

110 Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, V, s. 242; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VII, s. 155-156.

111 Bukmâş, *Sultatu'l-kâdi fi ta'dilil'-akd*, s. 314.

112 İbn Âbidîn, *Mecmûat-u Resâil-i İbn Âbidîn*, II, s. 66-67.

2.6.4. Doğal Âfetlerin Satım Akdi Üzerindeki Etkisi

Sözleşme yapıldıktan sonra fakat edimler henüz ifa edilmeden önce meydana gelen doğal âfetlerin sözleşmeyi nasıl etkileyeceği hususu İslâm hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Bir doğal âfet türü olan câiha hususu klasik kaynaklarımızda özel bir tarzda ele alındığı için biz de önemine binaen yukarıda müstakil olarak zikrettik. Dolayısıyla bu başlık altında ayrıca izah edilmeyecektir.

İslâm hukukçuları, muhtelif akit türleri üzerinden sözleşmenin oluşan yeni koşullara uyarlanması hususuna temel teşkil edebilecek birçok örnek sunmuştur.¹¹³ Ne var ki çalışmanın sınırları ve amacı da göz önünde bulundurulacak olursa burada doğal âfetlerin sadece satım akdi üzerindeki etkisine yer vermek yeterli olacaktır.

Akdin kuruluşundan sonra doğal âfetler, kabzdan önce veya sonra meb'în kısmen veya tamamen yok olmasına sebep olur. Bu bağlamda İslâm hukukçuları, kabzdan sonra doğal âfetler neticesinde meydana gelen teleflerin tümünde akdin infisâhından bahsedilemeyeceği ve tüm zararın müşteriye ait olacağı kanaatinde dirler.¹¹⁴ Ne var ki sözleşmeden sonra, fakat kabzdan önce meydana gelen teleflerde mezhepler arasında birtakım farklılıklar gözlenmektedir. Örneğin kabzdan önce meydana gelen küllî teleflerde edimin ifası imkânsızlaşacağından; Hanefî ve Şâfîlere göre doğal âfetlerden dolayı satım sözleşmesi infisâh eder ve meydana gelecek zararlar müşteriye değil satıcıya ait olur. Satıcı bu durumda semeni önceden almışsa iade etmek durumundadır.¹¹⁵ Meydana gelen kısmî teleflerde ise Hanefî mezhebine göre miktar açısından meydana gelen eksikliklerde helak olan kısım kadar sözleşme infisâh eder ve bu oranda bedel indirimine gidilir. Bununla birlikte müşteri geriye kalan kısım hususunda muhayyerdir. Dilerse semendeki hissesi kadarını ödemek suretiyle alır, dilerse de vazgeçer almaz. Çünkü mukadderattaki her

113 Doğal âfetlerin diğer akitler üzerindeki etkisi için bkz., Kıyık, *Doğal Âfetlerin Akitlere Etkisi*, 196-261.

114 Bkz. Serahsî, *Mebûsât*, XIII, s. 10; Kâsânî, *Bedâi'ûs-sanâi'*, V, s. 238-241; İbn Kudâme, *Muğni*, IV, s. 84-85; Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddin Yahya b. Şeref, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*, I-XX, (Subkî ve Mutî'nin "et-Tekmilâ"si ile birlikte), Dâru'l-Fikr, ts., IX, s. 220; Buhûtî, Mansur b. Yunus b. Salahaddin İbn Hasen b. İdris, *Keşşâfû'l-Knâ' an Metni'l-İknâ'*, I-IV, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1982, III, s. 206; Zuhaylî, *el-fikhu'l-İslâmî*, V, s. 3376; *Mevsûatu'l-fikhi'l-İslâmî*, I, s. 56.

115 Serahsî, *Mebûsât*, XIII, s. 9, 131; Kâsânî, *Bedâi'ûs-sanâi'*, V, s. 238, 240; Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddin Yahya b. Şeref, *Ravzâtü't-tâlibin ve umdetü'l-müftîn*, I-XII, (3. Baskı), (thk. Züheyr eş-Şâviş), el-Mektebü'l-İslâmî, Beyrut 1991, III, s. 564; Hîsnî, Takiyyuddin Ebû Bekr b. Muhammed el-Hüseynî ed-Dimeşkî, *Kifâyetü'l-ahyâr fi halli gâyeti'l-ihtisâr*, (1. Baskı), Ali Abdulhamid Baltacı-Muhammed Vehbî Süleyman, Dâru'l-Hayr, Dimeşk 1991, s. 240; Şirbîni, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed el-Hatib, *Muğni'l-muhtâc ila ma'rifeti meâni elfâzi'l-Minhâc*, I-VI, (1. Baskı), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, II, s. 448, 457; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, s. 560, 566, V, s. 61; Kadri Paşa, *Mürşidu'l-hayrân ila ma'rifeti ahvâli'l-İnsân*, (2. Baskı), İfrinciye (Mısır) 1891, md. 366, s. 59; *Mecelle*, md. 293-294; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî*, V, s. 3376; *Mevsûatu'l-fikhi'l-İslâmî*, (*Mevsûatu Cemal Abdunnâsir el-Fikhiyye*), I-XX, Kâhire 1990, I, s. 54; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *Akdu'l-bey'*, (Mustafa Ahmed Zerkânın "el-Fikhu'l-İslâmî fi sevbihi'l-cedid" adlı dört ciltlik eserinin son cildi), (2. Baskı), Dâru'l-Kalem, Dimeşk 2012, s. 122.

miktardan semende karşılığı vardır.¹¹⁶ Şayet eksiklik miktar değil de vasıf açısından ise, vasıfların semende karşılığı olmadığı için satım sözleşmesi infisâh etmeyeceği gibi bedel indirimine de gidilmez.¹¹⁷

Mâlikî hukukçulara göre ise sahih olarak kurulan satım sözleşmelerinde muayyen olan mebfîde satıcının tevfiye¹¹⁸ hakkı söz konusu olur ya da mebfî âfetten emin oluncaya kadar mahsullerden olursa, doğal âfetler neticesinde meydana gelecek küllî teleflerde sözleşme infisâh edecek ve meydana gelen zarara satıcı katlanacaktır.¹¹⁹ Kısmî teleflerde ise doğal âfetlerden sonra geriye mebfî'nin yarısı veya fazlası kalmışsa giden kısım hesaptan düşürülür. Yarısından az olduğu durumlarda ise müşteri muhayyerdir.¹²⁰ Hanbelî mezhebinde ise keylî, veznî, adedî ve mezzû' olan şeylerin kabzdan önce doğal âfetlerden dolayı yok olması durumunda sözleşme infisâh edecek ve sorumluluk satıcıya ait olacaktır. Kabza ihtiyaç duyulan her şeyde durum böyledir. Kısmî teleflerde ise müşterinin hesabından düşürülmekle birlikte müşteriye muhayyerlik hakkı tanınır.¹²¹

Genel olarak ele alınacak olursa İslâm Hukukunda vad'u'l-cevâih, icâre akdinin özürler sebebiyle feshi, nakitlerde değer değişikliği ve sözleşme kurulduktan sonra fakat henüz kabzın gerçekleşmediği durumlarda meydana gelen doğal âfetlerden dolayı oluşan küllî ve kısmî telefler için ileri sürülen bedel indirimine gidilmesi ve muhayyerlik hakkının tanınması gibi çözümler aslında meydana gelen zarar yükünün dağıtılması ve dolayısıyla sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasından başka bir şey değildir. Söz konusu zarar yükünün dağıtılması kendini en çok nakitlerdeki değer değişikliğinde hissettirmektedir ki akdin ta'dîli hususuyla ilgili en bariz fikhî uygulamanın bu olduğu söylenebilir.¹²² Câiha'da yalnız bedel indirimin-

116 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, V, s. 239; Buhûtî, *Keşşâfü'l-knâ'*, III, s. 242; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, s. 277.

117 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, V, s. 238; *Mecelle*, md. 94.

118 "Tevfiye: Satılan malın ölçülmesi ve tartılması yükümlülüğüdür." Bkz. Haraşi, Ebû Abillâh Muhammed b. Abdullah, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, I-VIII, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts., V, s. 157; Desûkî, Ebû Muhammed b. Ahmed b. Arafê, *Hâşiyetü'l-Desûkî aleş-Şerhi'l-kebîr*, I-IV, (Derdîr'in "Şerhu'l-kebîr"i ile birlikte), Dâru'l-Fikr, yy., ts., III, s. 147; İliş, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed, *Minehu'l-Celîl şerhu Muhtasarı Halîl*, I-IX, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1989, V, s. 208.

119 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, III, s. 201; İbn Kudâme el-Makdisî, Ebû'l-Ferec Şemsuddin Abdurrahman b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu'l-kebîr alâ metni'l-Muknî'*, I-XII, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Basıma hazırlayan: Muhammed Reşid Rıza, yy., ts., IV, s. 116-117.

120 Sâvî, Ebû'l-Abbas Ahmed b. Muhammed el-Halvetî, *Bulğatu's-sâlik li akrabi'l-mesâlik el-mar'uf bi Hâşiyeti's-Sâvî aleş-Şerhi's-Sağîr*, I-IV, Dâru'l-Meârîf, yy., ts., III, s. 200-201.

121 Buhûtî, *Keşşâfü'l-Knâ'*, III, s. 242; Hattâbî, Ebû Süleyman Ahmed b. Muhammed b. İbrahim, *Meâlimü's-Sünen*, I-IV, (1. Baskı), Matbaatü İlmîyye, Halep 1932, III, s. 135; Vizâratü'l-evkâf veş-şu'ni'l-İslâmiyye, *el-Mevsûatu'l-fikhiyye el-Kuveytiyye*, XLV, 1-23 arası ciltler: (2. Baskı), Dârü's-Selâsil, Kuveyt, IX, s. 35; Muhammed Salih Müneccid, *el-Fikh ve'l-i'tibâr fi fâciati's-Seyli'l-Cerâr*, (1. Baskı), Cidde 2010, s. 64.

122 Bkz., Senhûrî, *Mesâdir*, VI, s. 95-96; Kabbânî, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 127, 129; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 19, 155; Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 126; Hayreddin Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, II, s. 406-410; Bukmâş, *Sultatu'l-Kâdî fi Ta'dîli'l-akd*, s. 275.

den, özürlerde ise sadece akdin feshinden bahsedilmişse de buradan hâkime ta'dil yetkisinin verilebileceğine dair bir işaret de söz konusudur.¹²³

İslâm hukukçuları adalet ve hakkaniyet ilkesi ile “*Zarar izale olunur.*”¹²⁴ kaidenin bir gereği olarak olağanüstü şartların doğurduğu olumsuzluklar sebebiyle akitlerin gereğinin yerine getirilmesi ve ahde vefa ilkesinin katı bir biçimde uygulanması anlayışını aşarak her iki tarafın menfaatini dengeleme yoluna gitmiş ve bunun tabii sonucu olarak bugünkü beklenmeyen hal nazariyesinin muhtevasında yer alacak birçok içtihat ortaya koymuşlardır.¹²⁵ İslâm Hukukunun beşerî münasebetlerde hakim kıldığı ilkelerden birinin de akit yapan tarafların birbirine zarar vermemesi olduğu görülür. Söz konusu zarar akdin kuruluşundaki eksiklik, aldatma ve kapalıktan kaynaklanıyorsa zaten akit geçersizdir.¹²⁶ Yok eğer sonradan ortaya çıkan beklenmedik bir hal bu zarara sebep olmuşsa, bu durumda sebepsiz zenginleşme ve hak edilmeyen zararı önlemek için hâkime akdi ta'dil veya fesih yetkisi tanınabilir.¹²⁷

Özellikle günümüz İslâm ülkelerindeki kanun¹²⁸ ve doktrinlerden hareketle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda uygulanan yöntemleri burada sunmakta fayda vardır.

3. SÖZLEŞMEYİ DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLAMA YÖNTEMLERİ

Aslında beklenmeyen haller ile ilgili hukuki düzenlemeler ve bunun sonucunda hâkime tevdi edilen, edimi ta'dil, yani yeni durumlara uyarlama veya makul seviyeye irca etme faaliyetleri, adalet prensibinin bir gereği olarak fonksiyon icra eder.¹²⁹ Çünkü bağlayıcılık arz eden sözleşmenin gücü, tüm muhataplar için bağlayıcılık arz eden şerî nasslardan daha fazla güçlü değildir. Tabiatı gereği teklifte meşakkat vardır. Fakat eğer her teklifte normal şekilde bulunan meşakkat sınırlarını aşacak olursa, o zaman bu meşakkat o teklifi ya hafifletecek ya da sakıt kılacaktır.¹³⁰

Böyle durumlarda hâkimin görevi sadece sözleşmeyi yorumlamak değil, bilakis aşağıda da ifade edeceğimiz kimi yöntemleri kullanarak ağır yük teşkil eden

123 Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 155; Zuhaylî, *Nazariyyetu'z-zarûra*, s. 317.

124 *Mecelle*, md. 20.

125 Köse, *İslâm Hukukununun Katkıları*, s. 18.

126 Örneğin hile, ğabn ve ğarar gibi irade bozuklukları böyledir. Detaylı bilgi için bkz., Kahveci, *Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku*, s. 124-129.

127 Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 94.

128 Mısır MK. 147/II; Suriye MK. 148; Irak MK. 146/II; Libya MK. 147/II; Cezâyir MK. 107/III.

129 Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 42.

130 *Mecelletü mecma'î'l-fikhi'l-İslâmî*, sy. 9, II, s. 477.

durumu makul bir seviyeye irca etmek ve böylece adaleti sağlamaktır.¹³¹ Dolayısıyla emprevizyonda ilk çare revizyondur, sözleşmeyi gözden geçirip yeniden düzenlemektir. Edimler üzerinde oynamakla durum kurtarılabilir gibi değilse, bu durumda son çare olarak yerine göre dönme ya da fesih yoluna başvurulur.¹³² Böylece beklenmeyen hal nazariyesi uygulama olanağı bulunduğu (hakim görüşe göre) öncelikle hâkime tanınan müdahale olanaklarından olan sözleşmeyi yeni koşullara uyarılama yolu denenir. Bu mümkün olmazsa sözleşmenin feshi yoluna gidilir.¹³³ Hâkimin sözleşmeyi yeni koşullara uyarılması ise şu üç şekilde olabilir: Ya borçlunun zararını hafifletmek için karşı tarafın edimini arttırır ya borçlu için ağır yük teşkil eden edimi azaltır ya da borçluya zarar vermemek şartıyla akdin ifasını belirli bir süre askıya alabilir. Kısacası böyle bir zarar ile karşı karşıya kalan taraflar yargıya müracaat ederek sözleşmenin yeniden düzenlenmesini talep ederler. Daha sonra hâkim, taraflar arasındaki maslahatı dengelemek suretiyle zaruri gördüğü şekilde bir düzenlemeye gider. Bunu yaparken de adalet prensibi gereği söz konusu zararı sadece taraflardan birine değil de her ikisine yükler¹³⁴ ya da sözleşme feshedilir.¹³⁵

Hâkimin ağır yük teşkil eden edimi makul bir seviyeye irca etme faaliyetinde asıl gaye, mümkün mertebe mevcut şartları ve tarafların maslahatını göz önünde bulundurarak edimin yeniden ifa edilebilirliğini sağlamaktır. Hâkim, kurulan sözleşmeyi oluşan yeni durumlara uyarılama faaliyetine geçmeden önce sözleşmeyi askıya almalıdır. Bu durum, hâkimin beklenmeyen olayın geçici olduğuna kanaat getirdiği durumlar için söz konusudur. Tabi burada en önemli husus, edimin ifasının fahiş bir zarar oluşturacağından emin olunmasıdır. Bu kanaat hasıl olunca hâkim, nizâya sebep olan olayın geçici mi yoksa sürekli mi olduğunu analiz eder. Buna göre gerekirse arızı olan durumdan dolayı muvakkaten akdi askıya alır. Yani beklenmeyen hal ortadan kalkıncaya kadar akdin ifasını geçici olarak durdurur ve ifayı belirli bir vakte erteler. Bu durum daha çok taahhüt türü akitlerde kendini hissettirir.¹³⁶ Örneğin, bir müteahhit birtakım binaları yapmayı taahhüt etmiş ve daha sonra bina yapımında kullanılan malzemelerin fiyatı istisnâî bir hadise sebebiyle fahiş bir şekilde yükselmişse, bu durumda müteahhit, fahiş bir zarar tehdidi altında olduğundan edimin ifasında aşırı bir şekilde zorlanacaktır. Eğer hâkim bu fiyat artışının ileride ithalata izin verileceği gibi geçici bir durum olacağına ve kısa bir

131 Bkz. Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 63, 65.

132 Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal*, s. 15.

133 Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal*, s. 14.

134 Bkz. Nezzâr, Ahmed İsa Uveydât, *Eseru'l-'üzr ve'l-câiha fi akdeyi'l-bey' ve'l-icâre ve ma yukâbiluha fi'l-kânûni'l-medenî*, yy., 2003, s. 22, 24; Metîrât, *Ahkâmu'l-cevâih*, s. 81.

135 Kabbânî, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 181-182.

136 Senhûrî, *Vasît*, I, s. 646, 647; Zuhaylî, *Nazariyyetu'z-zarûra*, s. 319; Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 63; Metîrât, *Ahkâmu'l-cevâih*, s. 82-85.

süre sonra ortadan kalkacağına kanaat getiriyorsa, söz konusu beklenmeyen durum ortadan kalkıncaya kadar akdin ifasını durdurur ki müteahhit aşırı bir şekilde zorlanmadan edimini normal durumlarda kolay bir şekilde yerine getirebilsin. Tabi burada edimin durdurulmasının, bina sahibine maddi bir zarar vermeme şartı ile sürülür.¹³⁷ Beklenmeyen olayın geçici olmadığına kanaat getirdiğinde ise hâkim duruma göre aşağıdaki uyarlama yöntemlerinden birini kullanır.

3.1. Karşı Edimi Arttırma

Bu yönteme göre ağır yük teşkil eden edim için karşı edimin arttırılması yoluna gidilir.¹³⁸ Bu husus da yine hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Ne var ki hâkime tanınan yetki mutlak takdir yetkisi olmayıp belirli şartlar tahakkuk ettiği zaman kendisine verilen ruhsatları ifade eder. Hâkime böyle bir sosyal misyon yükleyen modern kanunlar, zayıf tarafı korumaya çalışmaktadır. Hâkime tanınan takdir yetkisi gelişme ve esneklik açısından önemli bir etken olmakla birlikte teşri hususunda toplumu himaye etmenin açık bir göstergesidir. İslâm Hukukunun gayreti de bu yöndedir.¹³⁹ Bu anlamda hâkim, kendisine verilen yetkiyi heva ve hevesine göre değil, muayyen kanuni kaidelere uygun olarak kullanılmalıdır.¹⁴⁰ Buna göre hâkim, borçlu ile alacaklı arasındaki maslahatın karşı tarafın edimini arttırmada olduğuna kanaat getirirse bu yönde hüküm vermelidir.¹⁴¹ Fizibilitesi en yüksek olan yöntemin bu olduğu söylenebilir. Burada ağır yük teşkil eden edimin makul seviyeye irca edilmesi, borçlunun ediminin mukabili olan edimi arttırmaktır ki bu da zaten alacaklının edimidir. Çünkü ağır yük teşkil eden edim, borçlunun edimidir. Zira alacaklı öngörülemeyen bu artışın bir kısmını üstlenirken borçlu, öngörülebilir alışılmış artışları üstlenir. Örneğin bir benzin istasyonu sahibinin, yolcu taşıma şirketine litresi 20 dinardan bir miktar benzin ithal ettiğini düşünelim. Daha sonra ekonomik krizden dolayı fiyatlar yükselir ve litre fiyatı 150 dinara yükselirse bu durumda hâkim, şirketin ödeyeceği fiyatı arttırma yoluna gidebilir. Bu örnekte beklenmeyen halden önce ve sonraki fiyat farkının 130 dinar gibi fahiş bir miktar olduğu anlaşılmaktadır.¹⁴²

Hâkim ağır yük teşkil eden edimi makul seviyeye irca ederken, meydana gelen bu artışı taraflar arasında taksim etmez. Alışılmış ve normal kabul edilen artışlar söz konusu olduğunda da bunu sadece borçluya yüklemelidir.¹⁴³ Burada hâkim,

137 Kabbânî, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 150; Senhûri, *Vasît*, I, s. 647; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 137.

138 Lokman, *ez-Zurûfu'l-istisnâiyye*, s. 63.

139 Metirât, *Ahkâmu'l-cevâih*, s. 81-82; Bukmâş, *Sultatu'l-Kâdi fi Ta'dili'l-Akd*, s. 89-90.

140 Bukmâş, *Sultatu'l-kâdi fi ta'dili'l-akd*, s. 90.

141 Metirât, *Ahkâmu'l-cevâih*, s. 86.

142 Bukmâş, *Sultatu'l-kâdi fi ta'dili'l-akd*, s. 262.

143 Senhûri, *Vasît*, I, s. 647.

edimin yeni oluşan fahiş değer üzerinden ödenmesini de diretemez. Şayet böyle yaparsa tüm yükü taraflardan birine yüklemiş olur. Aynı zamanda hâkim, fiyatı arttırırken de diğer tarafa aynı şekilde bu fiyatı diretemez. Bilakis onu bu haliyle sözleşmeyi kabul etmek veya feshetmek üzere muhayyer bırakır. Feshi tercih ederse daha iyi olur. Şöyle ki meydana gelen beklenmeyen halin tüm yükü omuzlarından kalkmış olur.¹⁴⁴

Gerek ağır yük teşkil eden edimin azaltılması durumunda olsun gerekse de karşı edimin arttırılması durumunda olsun her iki durumu fiiliyata dökerken hâkimin gözetmesi gereken kriterler, karşılaşılabilecek zorluklar ve bu iki duruma terettüp eden neticeler açısından farklılık arz etmez. Şöyle ki her iki durumda da borçlunun omuzlarındaki yükün bir kısmı alacaklıya aktarılarak borçlunun yükü hafifletilir.¹⁴⁵

3.2. Ağır Yük Teşkil Eden Edimi Azaltma

Hâkim, ağır yük oluşturan edimi makul merteye eksiltebilir. Bu azaltma kemiyet ve keyfiyet açısından olabilir.¹⁴⁶ Örneğin tüccarın belirli bir fiyat ile bir miktar tahıl ithal edeceğine dair taahhütte bulunması ve sözleşme kurulduktan sonra tahıl fiyatlarının aşırı bir şekilde artması durumunda üzerinde anlaşılan miktarı azaltma şeklinde hükmedebilir. Bu durumda hâkim, tarafların maslahatının, söz konusu olan edimin azaltılması suretiyle gerçekleşeceğine kanaat etmiştir.¹⁴⁷ Bu yöntem; bir şeyin ithalatının yasaklanması, az üretilmesi veya başka bir sebepten dolayı pazarda az bulunmasından dolayı edime konu olan mebî'in fiyatının artması durumunda hâkimin sığınacağı bir yöntemdir. Bu anlamda hâkim, borçlunun üstlendiği edimin miktarını düşürebilir ki bu da edimi makul seviyeye irca edecek miktar ile olur. Böylelikle beklenmeyen olayların sebep olduğu fiyat artışları neticesinde oluşan ağır yük, sözleşmenin taraflarına dağıtılmış olur.¹⁴⁸

3.3. Edimin İfa Edilebilmesi İçin Yeni Vadeler Tanıma

Ürdün Medeni Kanununa bakıldığında¹⁴⁹ bir diğer metot göze çarpmaktadır ki o da hâkimin borçluya, eğer durum bunu gerektiriyorsa, daha önce akit kurulurken üzerinde ittifak edilmemiş yeni makul ödeme planları, vadeler belirlemesidir. Fa-

144 Senhûri, *Vasit*, I, s. 647; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 150-151; Bukmâş, *Sultatu'l-kâdi fi ta'dili'l-akd*, s. 263.

145 Bukmâş, *Sultatu'l-kâdi fi ta'dili'l-akd*, s. 264-265.

146 Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 134.

147 Senhûri, *Mesâdir*, VI, s. 27; Metîrât, *Ahkâmu'l-cevâih*, s. 85-86.

148 Senhûri, *Vasit*, I, s. 648; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 150-151; Bû Lihye, *ez-Zurûfu't-târie*, s. 134; Bukmâş, *Sultatu'l-kâdi fi ta'dili'l-akd*, s. 261.

149 Ürdün MK. 334/II.

kat böyle bir karar ancak alacaklıya fiziki bir zarar vermediği müddetçe alınabilir.¹⁵⁰ Aslında “Eğer borçlu darlık içindeyse, ona eli genişleyinceye kadar mühlet verin. Eğer bilerseniz, (borcu) sadaka olarak bağışlamanız, sizin için daha hayırlıdır.”¹⁵¹ ayetinde ifade edilen durum da bundan başkası değildir. Buna göre darda olan borçluya mali durumu düzelinceye kadar mühlet tanınır. Ve hatta ayetin devamında yeni bir çözüm yolu daha sunulmaktadır ki o da bu borcun bağışlanmasıdır.

4. SÖZLEŞMEYİ FESHETME

Genel olarak bakıldığında İslâm ülkelerinin¹⁵² hâkime fesih yetkisi değil, ta’dil yetkisi tanımak suretiyle diğer hukuk sistemlerinden ayrıldığı söylenebilir.¹⁵³ Ne var ki İslâm ülkelerindeki kimi hukukçular, kendi kanun metinlerinde değişikliğe gidilerek hâkime aynı zamanda fesih yetkisi de tanınması gerektiğini savunmuştur. Senhûrî gibi kimi hukukçulara göre¹⁵⁴ ise hâkimin ta’dilde bulunma yetkisi olsa bile borçlunun bu ta’dili kabul veya fesih talebinde bulunma muhayyerliği olmalıdır.¹⁵⁵ İslâm ülkeleri ile benzer görüş beyan edip beklenmeyen hallerde akdin feshedilmeyeceği kanaatinde bulunanlar, edimin ifasının bir şekilde mümkün kılınması ve mevzunun mücbir sebebe kaydırılmamasını savunmaktadır. Buna göre sözleşme feshedilmek suretiyle durum mücbir sebebe dönüşecektir. Halbuki beklenmeyen hal nazariyesinin asıl amacı, zorluk ve meşakkatlere rağmen sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifasını sağlamaktır. Fesihte ise bu amaç görülmemektedir.¹⁵⁶

İslâm ülkeleri haricinde Yunan MK.¹⁵⁷ ve Polonya BK.¹⁵⁸ gibi hâkime direkt fesih yetkisi tanıyan kanunların yanı sıra İtalya MK’da olduğu gibi bu yetki doğrudan değil de alacaklının talebine bağlı olarak birtakım gerekçeler ile hâkime tanınmıştır.¹⁵⁹ Ağır yük teşkil eden edimin makul bir seviyeye irca edilmesinden kasıt, borçlunun edimini ifa ederken karşılaştığı zorluktur. Borçlunun ediminin ta’dili için kanunun tayin ettiği yöntemler her durumda faydalı olmayabilir. Örneğin ağır yükün sorumluluğunu taraflara yaymak yerine akdi feshetmek daha avantajlı olabilir. Alacaklının hâkimin öngördüğü ta’dile zorlanamaması durumunda akdin feshi daha elverişli olur ve böylelikle beklenmeyen halin tüm neticeleri kendisinden uzaklaştı-

150 Lokman, *ez-Zurûfu’l-istisnâiyye*, s. 64-65.

151 Bakara, 2/280.

152 Mısır MK. 147/II; Suriye MK. 148; Irak MK. 146/II; Libya MK. 147/II; Cezâyir MK. 107/III.

153 Senhûrî, *Vasît*, I, s. 648; Lokman, *ez-Zurûfu’l-istisnâiyye*, s. 65.

154 Senhûrî, *Vasît*, I, s. 647.

155 Bû Lihye, *ez-Zurûfu’t-târie*, s. 131-132-133.

156 Ali, *Nazariyyetü’z-zurûfi’l-istisnâiyye*, s. 387.

157 Yunan MK. md. 388.

158 Polonya BK. md. 269.

159 İtalya MK. md. 1467.

rılmış olur.¹⁶⁰ Buna göre hâkim, değişen durum ve şartları göz önünde bulundurup takdir yetkisine dayanarak ya karşı edimin arttırılmasına karar vermek suretiyle bozulan dengeyi yeniden tesis eder ya da akdi fesheder.¹⁶¹

SONUÇ

Sözleşmenin taraflarını birbirine kenetleyen hukukî bir zincir mesabesinde olan ve sözleşme hukukuna hakim olan sözleşmenin bağlayıcılığı ilkesine göre sözleşmenin, yapıldığı andaki gibi aynen uygulanması gerekir. Ne var ki özellikle de iki tarafa borç yükleyen akitlerde akdin yapıldığı zamanın şartları ile ifa zamanının şartlarında önceden kestirilemeyen, beklenilmeyen ve tarafların kusurlarından bağımsız birtakım ciddi değişiklikler meydana gelmiş olabilir. Doktrinde “beklenmeyen hal nazariyesi” diye ifade bulan husus, edimin ifası esnasında bozulan söz konusu dengeleri onaran sistemin adıdır. Beklenmeyen hal meselesi çok eski dönemlerden beri farklı isimler ve uygulamalar şeklinde varlığını korumuş, önceleri bir nazariye olarak teşekkül etmiş fakat daha sonra birçok ülkenin kanun metinlerindeki yerini almıştır. Nihayetinde Fransa ve Lübnan gibi hukuk sistemleri, her halükarda sözleşmenin bağlayıcılığı prensibine bağlı kalmayı tercih ederken; bu iki ülke haricindeki Arap ülkeleri, Avrupa ve Türkiye hukuk sistemleri muhtelif metotlar geliştirmek suretiyle sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama arayışına girmiştir.

İslâm Hukukuna bakıldığında ise adalet ve hakkaniyet ilkesi ile zararın giderilmesine dair kaidelerin bir gereği olarak olağanüstü şartların doğurduğu olumsuzluklar sebebiyle her hâlükârda akitlerin gereğinin yerine getirilmesine dair ilkenin katı bir biçimde uygulanmasına dair anlayışın aşılarak taraflar arasındaki menfaatin dengelenmeye çalışıldığı görülecektir. Bunun neticesinde de beklenmeyen hal nazariyesi için temel teşkil edebilecek birçok içtihat ortaya konulmuştur. Örneğin vad'ü'l-cevâih, icâre akdinin özürler sebebiyle feshi, nakitlerde değer değişikliği ve sözleşme kurulduktan sonra fakat henüz kabzın gerçekleşmediği durumlarda meydana gelen doğal âfetlerden dolayı oluşan küllî ve kısmî telefler için ileri sürülen infisâh, bedel indirimi ve muhayyerlik hakkı tanıma şeklindeki çözümler, aslında meydana gelen zarar yükünün taraflar arasında dağıtılması ve dolayısıyla sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasından başka bir şey değildir.

Beklenmeyen hallerde hâkimin zarara sebebiyet verecek edimleri makul bir seviyeye irca etme faaliyetine bakıldığında ise buna dair yöntemlerin özellikle de

160 Senhûrî, *Vasit*, I, s. 648-649; Kabbâni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie*, s. 150-151.

161 Senhûrî, *Mesâdir*, VI, s. 27-28; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, s. 479; Bardakoğlu, *Beklenmeyen Hal*, s. 72; Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal*, s. 14.

Arap ülkelerinde daha net bir şekilde tayin edildiği görülecektir. Buna göre hâkim, taraflar arasındaki dengeyi sağlayabileceğine inandığı bir vasıta ile zarara sebebiyet verecek edimleri makul bir seviyeye irca eder. Bu vasıtalar beklenmeyen halin varlığına bağlı olarak değişkenlik arz eder. Bu hallerin ortadan kalkmasıyla durum önceki haline geri döner. Öncelikle hâkim, beklenmeyen durum geçinceye kadar mümkünse öncelikle sözleşmeyi askıya alır. Bunun mümkün olmadığı durumlarda ise karşı edimi arttırma, ağır yük teşkil eden edimi azaltma ya da edimin ifa edilebilmesi için yeni vadeler tanıma gibi bir takım ta'dîl metotlarından birini kullanarak edimin ifası esnasında bozulan dengeleri onarır. Böylece hâkim, söz konusu durumlarda sözleşmeyi yorumlamak suretiyle aslında sınırlı olan klasik ödevlerinden de sıyrılmış olacaktır.

Beklenmeyen hal hükümleri tatbik edilmek suretiyle aslında ahde vefa prensibi çiğnenmemekte, bilakis ahde vefa prensibinin uygulanabilmesi için sözleşmeye yeni ve farklı bir hüviyet kazandırılmaktadır. Zira meydana gelen durum taraflardan birinin fahiş bir zarar görmesine sebep olurken, diğer tarafa beklentisinin çok üzerinde haksız bir kazanç sağlayacaktır. İşte beklenmeyen hal neticesinde sözleşme yeni oluşan koşullar çerçevesinde yeniden düzenlenerek adaletsizlik ortadan kaldırılacak ve böylece ahde vefa, daha sıhhatli bir ortamda yeniden sağlanmış olacaktır.