

ÖDEMENİN OLANAKSIZ DURUMA GELMESİ

Ass. Hüseyin YILDIZ

Borçluya yüklenemeyen durumlar yüzünden borcun ödenmesi olanaksızlaşırsa borç sona erer.

Karşılıklı borçlanmayı kapsayan sözleşmelerde borcundan böylece kurtulan borçlu, almış olduğu şeyleri, nedensiz edinim kuralları uyarınca, geri vermekle yükümlü ve kendisine henüz ödenmemiş bulunan alacağı isteme hakkından yoksun olur.

Yasa veya sözleşme ile, borcun ödenmesinden önce meydana gelen zararın da alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bundan ayrılır.

BORÇLAR YASASI MD. 117

I — GENEL SUNUŞ

Ödemenin (1) Olanaksız duruma gelmesi konusu Borçlar Yasasının (2) «Borçların Sona Ermesi» bölümü içinde 117. Madde ile düzenlenmiştir. BY. 117. Madde borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirmeyen ve sonradan ortaya çıkan nedenlerden ötürü, borcun yerine getirilmesinin olanaksızlaşmasını düzenlemektedir. Borcun yerine getirilmesinin olanaksızlaşması durumu, sözleşmenin doğu-

-
- (1) İfa kavramının karşılığı olarak yerine göre «Ödeme» veya «Yerine Getirme» sözcükleri kullanılacaktır.
 - (2) Borçlar Kanunu yerine Borçlar Yasasını BY kullanmak eğilimindeyiz.

sundan, yani yapılışından sonra meydana gelmiştir. Ayrıca olanaksızlık durumunun meydana gelişinin, borçlunun herhangi bir kusura dayanmaması gerekmektedir. Bu anlamda BY 117. Madde ile 20 ve 96. Maddeler arasında bir yakınlık vardır denilebilir.

İncelememizin konusu BY. 117. Maddesi olması nedeniyle, adı geçen maddenin, Borçlar Yasasının bütünlüğü içinde gerçek konumunu somut olarak ortaya koymakta yarar vardır kanısındayız. Gerçekten, BY. 20. maddede olanaksızlık durumunu açıkça belirtilmektedir. Ancak BY. 20. madde «Sözleşmenin konusu» başlığı altında düzenlenmiş olup, nelerin herhangi bir sözleşmeye konu olmayacağını ortaya koymaktadır. O zaman, bu madde de, hukuken geçerli sayılmayan bir konu üzerine herhangi bir sözleşmenin yapıldığı sonucuna varmaktayız. Bu durumda sözleşme yasanın emredici kuralıyla çelişmektedir. Çünkü, yasanın açıkça yasakladığı bir konu üzerine, sözleşme yapılmaktadır. Sözleşmenin dayanağı olan konu yasaca geçerli sayılmadığından ve konusuz sözleşme de olmayacağına göre, sözleşmenin doğmadan bozukluğunu, yokluğunu veya öldüğünü görmekteyiz.

BY 20. Madde aynen şöyle demektedir. «Bir sözleşmenin konusu olanaksız veya tüzeye veya ahlâka aykırı olursa, o sözleşme bozuktur.

Bu bozukluğun, sözleşmenin sadece kimi bölümlerinde olması sözleşmenin tümünün bozulmasını gerektirmeyip, yalnız o bölümler bozular; fakat onlar olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu kesinlikle kabul edilebilirse, sözleşmenin tümü bozuk sayılır.»

Maddeden anlaşıldığı gibi, tam olanaksızlık halinde, sözleşme tümüyle doğmamış sayılmaktadır. Eksik olanaksızlık durumunda, sözleşme eksiklik derecesinde doğmamış kabul edilmektedir.

Eksik olanaksızlık durumunda, sözleşmenin özü, yani onusuz artık sözleşmenin yapılamayacağı yargısına kesinlikle varılıyorsa sözleşme tümüyle doğmamış sayılır.

Bu kısa açıklamamızdan anlaşıldığı gibi BY. 20. Maddede söz konusu edilen olanaksızlık, yani sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olan bir olanaksızlıktır. Belirttiğimiz gibi, bu olanaksızlık sözleşmenin doğumunu engellemektedir.

Ödemenin Olanaksız Duruma Gelmesi

Oysa ki, BY. 117. Maddedeki olanaksızlık, sözleşmenin doğuşundan sonra meydana gelmektedir. Bu tür olanaksızlığı ileride ayrıntılarıyla inceleyeceğimizden, şimdi BY. 117. madde ile 96. madde arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya çalışalım.

BY. 96. madde «Borçların Ödenmemesinin Sonuçları» başlığı altında yer alıp, ödenmeme durumunda borçlunun sorumluluğunu düzenlemektedir. Borçlu, ödemediği borcun tümünün veya geriye kalan kısmının meydana getirdiği zararın ödencesiyle yükümlüdür. Bu yükümlülükten kendisinin kusursuzluğunu tanıtlamakla kurtulur.

BY. 96. Madde, borçlunun ödence yükümlülüğünü aşağıdaki gibi düzenlemiştir. «Alacaklı, alacağının tümünü veya bir bölümünü alamazsa, borçu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini tanıtlamadıkça, bundan doğan zararın ödencesiyle yükümlüdür.» Kusursuzluğu borçlu tanıtlamak durumundadır. Olanaksızlık borçlunun kusurundan ötürü meydana gelmişse, BY. 96. Madde kapsamına girer. Borcun tamamen veya kısmen yerine getirilmesiyle meydana gelen zararın ödencesiyle borçlu yükümlü tutulmaktadır. Eğer borçlu, ödemedeki olanaksızlığın kendi kusurundan meydana gelmediğini tanıtlarsa, mevcut durum BY. 117. madde kapsamına gireceğinden, bu konuyu incelememizin sonuç bölümünde yapacağımız değerlendirmede ele almayı daha yararlı bulmaktayız.

117. Maddenin BY. içindeki yerini somutlandırdıktan sonra Ödemenin olanaksız duruma gelmesini ayrıntılarıyla incelemeye çalışacağız. İncelememizle ilgili bulunması nedeniyle olağanüstü durumlar (İmprevisio. İmpossibility) konusuna yönelen, belirgin düşünsel yaklaşımları özlüce aktarmaya çalışacağız. Ayrıca son olarak konumuzun genel bir eleştirisinin yapılmasına çalışılacaktır.

II — ÖDEMENİN OLANAKSIZ DURUMA GELMESİ

Genel anlamda, borcun sona ermesi ile, o borcun tümüyle, diğer bir deyimle, asılları ve eklentileriyle birlikte ortadan kalkması ve borç ilişkisinin bütünüyle son bulması ifade edilmektedir. İşte, borcu sona erdiren nedenlerden birisi de olanaksızlıktır. Taraflar ara-

sında sözleşme yapılmadan önce, veya yapılma anında herhangi bir olanaksızlık söz konusu değildir. Bu durumda, borç yasaya uygun bir biçimde doğuyor demektir. Eğer, sözleşmenin yapıldığı anda, ilerde borcun yerine getirilmesini engelleyen kesin bir olanaksızlık varsa, bu denli olanaksızlıklar BY. 20. Maddenin kapsamına girer. Sözleşme yasal biçime uygun olarak doğduktan sonra bile, borcun yerine getirilmesi, çeşitli nedenlerle olanaksızlaşabilir. Bu olanaksızlık, dolaylı veya dolaysız borçlunun, kusurundan ötürü meydana gelmişse, o zaman, duruma BY. 96. Madde uygulanır.

Birincisinde sözleşme, tam veya eksik olanaksızlık derecesine göre ya, tümüyle veya kimi bölümleriyle doğmamış kabul edilecektir. Sözleşme, olanaksızlık oranında, bozuk yani doğmamış sayılacağından, borcun yerine getirilmesinden kuşkusuz söz edilmeyecektir. Sözleşme, olanaksızlık oranında, bozuk yeni doğmamış sayılacağından, borcun yerine getirilmesinden kuşkusuz söz edilmeyecektir. Ortada bir borç yok iken. «Borcun yerine getirilmesi» diye bir sorun elbette düşünülemez.

İkinci durumda ise, yasal anlamda geçerli bir sözleşme doğmaktadır. Ancak, bu doğuştan sonra, çeşitli olanaksızlıklar borcun yerine getirilmesini engellemektedir. Bu olanaksızlıklarla, borçlunun kusurlu davranışları arasında bir ilişki vardır. Belki borçlunun bu tür davranışları olmasaydı, ödemenin yapılması mümkün olacaktı. Borçlu sözleşme uyarınca, gerekli olan esas ödmeden kurtulmakla beraber, borcun yerine getirilmemesinden doğan tüm zararın ödenmesini karşı tarafa vermekle yükümlüdür.

Sözleşme geçerli olarak meydana gelmekte, fakat sonradan ortaya çıkan bu olanaksızlıklar ödemeyi kesinlikle engellemektedir. Ancak, sonradan ortaya çıkan bu olanaksızlıklar, borçlunun kusurlu davranışlarına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, borçlunun bütün özeni ve hiçbir davranışı, bu olanaksızlıkların sahneye çıkmasını engellemeyecekti. Bu kesin engeller, bağımsız olarak, borçlunun kontrolü ve davranış sahası dışında oluşmaktadırlar. İşte incelememizin esası bu tür olanaksızlıkları BY. 117. maddenin özüne ve kapsamına uygun bir biçimde değerlendirmektedir.

I— Anlam ve Kapsamı

Daha önce belirttiğimiz gibi, yerine getirmeyi engelleyen olanaksızlıklar, borçlunun davranışlarından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadırlar. Sözleşmenin doğuşundan sonra ve borçlunun kusuruna dayanmaksızın ödemeyi engelleyen bu denli olanaksızlıklara ilişkin örnekler çeşitlidir .

Resmimizi yapması için, ünlü bir ressamla sözleşme yaptığımızı düşünelim. Bir kaza sonucu sözleşmede taraf olan ressamın, gözlerini kaybetmesi durumunda, bize karşı yapmakla yükümlü bulunduğu resim yapma borcundan kurtulacağı açıktır. (3) Savaşta bombardıman sonucu, bir fabrikanın artık üretim yapamayacak biçimde yıkımı, işçilerde fabrika yönetimi arasındaki sözleşmelerini sona erdirir. Borç konusu taşınmazın; deprem, toprak kayması veya diğer doğal nedenlerle yok olması, o taşınmaza ilişkin borçlunun borcu yerine getirme sorumluluğunu ortadan kaldırır.

Emanetçiye verilen bir malın, bütün dikkat ve özene rağmen, elinde olmayan nedenlerle, örneğin; yangın veya su basması sonucu yok olması, emanetçiyi o malı sahibine geri verme yükümlülüğünden kurtarır. Olağanüstü durumu meydana getiren nedenler çeşitlidir siyasal, ekonomik, sosyal nedenler olabileceği gibi doğal nedenler de olabilir. Konut yapması amacıyla, satmayı yükümlendiğiniz arsa, devletce beklemediğiniz bir anda kamulaştırılırsa, arsayı satma yükümlülüğünüz ortadan kalkar (4). Prof. BİNATLI'nın bir yararlı kararına konu olmuş, şu örneği gerçekten ilginçtir. Bir yüklenici, bir firmaya Hacı Sakir türünde, sabunu temin etmeyi üzerine almıştır. Ancak Hacı Sakir Fabrikası üretimi durdurduğundan, bu sabunu mevcut piyasadan temin etme olanağı kalmamıştır. Firma aynı nitelikte başka sabun almayı kabul etmemiştir.

Fabrikanın üretimi durdurmasının, yüklenicinin davranışları ile hiçbir bağıntısı yoktur. Bu durumda yüklenici adı geçen sabun türünü temin etme borcundan kurtulabilir. Olanaksızlıkların sınırları

(3) SAYMEN; Ferit H., ELBİR; Halid K., *Türk Borçlar Hukuku* Umumi Hükümler Filiz Kitabevi İstanbul 1958 s. 870

(4) BİNATLI; Yusuf Z. *Türk Borçlar Hukuku* Genel Hükümler E.I.T.I.A. Yayını, Başnur Matbaası, Ankara, 1970, s. 310

landırılarak sayılması elbette mümkün değildir. Borçlunun kusuruna dayanmaksızın, borcun yerine getirilmesini kesin olarak engelleyen bütün siyasal ekonomik sosyal ve doğal nedenler sözkonusu ettiğimiz olanaksızlıkların kapsamını meydana getirir.

2— Koşulları

BY. 117. maddenin öngördüğü olanaksızlıkların zorunlu öğelerini açıkça saptamak gerekir.

Bu zorunlu öğeleri saptamada yazarlar aynı düşünmemekle beraber, ortaya koydukları öğeleri, genişçe yorumlayarak aynı amaca ulaştıkları inancındayız.

a) Edimin yerine getirilmesinin kesinlikle olanaksız olması:

Edimin yerine getirilmesinin güçleşmesi BY. 117. maddenin kapsamı dışında kalır. Başlıkta kullandığımız «kesinlikle» sözcüğü mutlaktır. Burda yerine getirilmesini tamamen engellemesi sözkonusudur. Eksik olanaksızlık edimin bir kısmının yerine getirilmesini gerektirecektir.

SAYMEN— Elbir (5) edimin yerine getirilmesini engelleyen olanaksızlığın Objektif olması gereğini belirtmektedirler. Bu görüşe uyumlu örnek olarak da, danıştayın toplama kamplarına gönderilmeyi objektif olanaksızlığın sayması yanında subjektif özellik taşıyan korkunun BY. 117. madde anlamında olanaksızlık olarak kabul etmeyişidir. Bunun yanında, (6) Yargıtay, zamanında başvurulduğu halde bankaca akreditifin geç açılmış olması ve hammadde sıkıntısı nedeniyle malın yabancı ülkeden geç yola çıkarılmış olması olanaksızlık olarak kabul edilmiştir. Yukarıda değindiğimiz gibi SAYMEN—ELBİR olanaksızlığın objektif olma zorunluğunu ileri sürerler. BY. 20. Maddedeki olanaksızlığın objektif olduğu tartışma götürmez. Oysa, bütün özen ve dikkate rağmen borçlunun teslim etmekle yükümlü bulunduğu malın çalınması halinde, bu teslim yükümlülüğünden kurtulmasında sözkonusu olan olanaksızlık

(5) SAYMEN-ELBİR, op. cit. s. 871

(6) SAYMEN; Ferit H., ELBİR; Halid K., ERMAN; Sahir., Külliyyat C. 1 No: 607
İsmail Akgün matbaası 1950-1960 — İstanbul

subjektif niteliktedir. Biz bu konuda SAYMEN—ELBİR'in BY. 20. Maddeden esinlenerek ileri sürdükleri objektif olanaksızlık görüşünü yadırgamaktayız. Olanaksızlığın koşul veya öğelerinin objektif olarak varlığı olanaksızlığın kendisinin objektif olmasından farklıdır. Bu nedenle (7) Sayın TUNÇOMAĞ'ın borçlunun kusuru olmasının olanaksızlığın objektif olması yanında, subjektif de olabileceği eğilimindeki düşüncesine katılmaktayız. Objektif olma zorunluğu aranır, BY. 117. Maddenin kapsamı hayli daralmış olurdu.

b) Olanaksızlıktan borçlunun sorumlu bulunmaması:

Kuşkusuz, doğan olanaksızlıktan, borçlu sorumlu ise BY. 96. madde uygulanır.

Borçlu kusurunu kendisine yüklenemeyeceğini tanıtlarsa BY. 117. madde kapsamına girer. Olanaksızlığın doğmaması için borçlunun elinden gelen tüm çabayı harcama ve buna rağmen olanaksızlığın doğumunu engelleyemediği kanıtlanmaz. Olanaksızlıktan alacaklının sorumlu bulunması halinde BY. 117. madde (8) uygulanmaz.

Bu durumda borçlu, ödemede bulunmuş gibi kabul edildiğinden alacaklıdan karşı edimi istemeye yetkilidir. Ancak borçlunun ödemeyi geciktirmekle kazandığı fazlalığı, alacaklıdan isteyeceği edimden düşmesi gerekir.

Borçlu ödemede direnme durumunda ise olanaksızlıktan sorumlu bulunmasa bile, geçmiş günler faizini ödemek durumundadır. (9).

c) Olanaksızlığın sözleşmenin doğuşundan sonra meydana gelmesi:

Sözleşmenin yapıldığından önce veya yapıldığı anda olanaksızlık mevcut ise bu durumun, BY. 20. maddece düzenlendiğini daha önce belirtmiştik. Bu zorunluğu (10) SAYMEN—ELBİR daha açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Sonraki olanaksızlıkta bir parça bor-

(7) TUNÇOMAĞ! Kenan, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*, I. cilt, 2. baskı İ.Ü.H.F. Yayını Fakülte matbaası İstanbul 1965, s. 450

(8) TUNÇOMAĞ, op. cit, s. 451

(9) «Ödeme»de veya «Yerine Getirme»de direnmeyi «Temerrüt» kavramının karşılığı olarak kullandık.

(10) SAYMEN—ELBİR, op. cit. s. 870

cun yerine getirilmesi veya ödenmesi sözkonusudur. Bu parça, borcun tümü veya bir kısmı olabilir. Tüm veya parça halinde bir borcun yerine getirilmesinin sözkonusu olabilmesi için, elbette daha önceden geçerli bir sözleşmenin yapılmış olması zorunlu olmaktadır. Olanaksızlık mutlak olmayıp da, borcun yerine getirilmesini çok güçleştiriyorsa, bu durumdan doğan kuramsal hukuk sorununa «Olağanüstü Durumlar bölümünde değineceğiz.

d) Olanaksızlığın Ödemeyi tamamen engellemesi

Gerçi bu kesin engelleme ögesini yukarıda açıklamaya çalıştığımız birinci koşula dahil etmek mümkündür. Hatta o koşulu inceleyen eksik olanaksızlık halinde ortaya çıkacak duruma da kısaca değinmekle yetinmiştik. Böyle ayrı bir öge olarak incelemekte ki amacımız, eksik olanaksızlık halinde yerine getirmelerin tümüyle sona ermediğini açık seçik bir biçimde ortaya koymaktır. Eksik olanaksızlıktan geriye kaldığı kadarıyla sözleşmenin öngördüğü borç ilişkisi devam eder. Borçlu geriye kalan kısmı yerine getirmek zorundadır. Alacaklı da bu kısmı yerine getirmeyi kabul etmek durumunda olup, bunun karşılığı olan kendi edimini de karşı tarafa ödemek zorundadır. Eğer yerine getirme geçici olarak olanaksızlaşmışsa yerine getirilme isteminde bulunulamaz. Olanaksızlığın devam süresi belli olmayıp, hiç olmazsa belli bir süre sonra sona erme şansı yoksa, borcun sona erdiğini kabul etmek gerekir.

TUNÇOMAĞ'ın (11) aşağıda vereceğimiz örneği açıklamamızı pekiştireceği inancındayız. Bir hekimle sizi ameliyat etmesi konusunda anlaşıyorsunuz. Ancak ameliyata başladıktan sonra, kalb durumunuz veya genel sağlık haliniz ameliyatın yapılmasını tehlikeli veya sakıncalı olacağını gösteriyorsa hekim ameliyatı yapmaktan vazgeçecektir. Bu vazgeçmenin nedeni vücudunuzun bu ameliyata dayanamayacak özellikte oluşudur. Olanaksızlık hekimin kusurundan ötürü meydana gelmemiştir. Ameliyat yapılmadı diye hekim herhangi bir ücrete hak kazanmayacaktır diyemeyiz. Hekim, tam ücreti değil ama, harcadığı emeğin karşılığını isteme yetkisine sahiptir.

(11) TUNÇOMAĞ, op. cit. s. 451

e) Olanaksızlıktan ötürü kaybolan edimin yerine bir değer geçmemiş olması:

Borç konusu şeyin borsada kayıtlı bir mal olduğunu düşünelim. Verilmek istenen malın yok olması halinde, alacaklı çok doğal olarak aynı maldan olmak koşuluyla ödemeyi kabul edecektir. Misli mallarda borç konusu malların, borçlunun kusuru olmadan yok olması BY. 117. madde anlamında bir olanaksızlık meydana getirmez.

Kişiyeye özel edimlerde, borç konusu mal, o kişinin emek veya kafa gücünün eseri olması nedenleriyle, yükümlünün kusuru olmadan yok oluşu halinde olanaksızlık mevcut demektir. Hem misli mallar hem de kişiyeye özgü mallarda, BY. 117. madde uyarınca ortaya çıkacak olanaksızlığın koşullarını belirleyerek, kesin bir sınır çizmek hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Olanaksızlığın varlığı veya yokluğu, sözleşmeye, günün koşullarıyla, piyasanın durumuna bağlıdır. Yargıtay (12) HGK nun aşağıdaki kararı şu anda incelemekte olduğumuz konuyu daha da aydınlatacaktır.

«Sebzenin belirli yöre ürünü olması konusunda bir anlaşma bulunmadığı takdirde, başka bir yöreden temini mümkün olduğu sürece, borçlu olanaksızlık savında bulunamaz.»

3 — Olanaksızlığın sonuçları

BY. 117. maddenin birinci cümlesi aynen şöyledir. «Borçluya yüklenmeyen durumlar yüzünden, borcun ödenmesi olanaksızlaşır sa borç sona erer.» Bu cümleden anlaşıldığı gibi yukarıda sunmaya çalıştığımız öğelerin varlığı halinde ve tam olanaksızlıkla tüm borç ilişkilerinin, BY. 117. maddenin birinci kuralı uyarınca sona ereceği açıkça görülmektedir. Eksik olanaksızlık halinde borcun tümüyle sona ermeyeceğini belirtmeye gerek yoktur. Ancak eksik olanaksızlık durumunda taraflar önceden anlaşarak borcun sona ereceğini kabul edebilirler. Ayrıca bu sonuca sözleşmenin özelliğinden borç konusu malın bölünebilir olmamasından veya edimin şu anda sayamayacağımız diğer niteliklerine dayanarak varılabilir. Böyle hallerde borç ilişkisi tümüyle sona erecektir.

(12) SAYMEN—ERMAN—ELBİR, op. cit. C. 3 No: 443

Borcun sona ermesi aşağıdaki sonuçları meydana getirir.

Borçlu kendisine karşı yapılmamış olan edimin yerine getirilmesini isteme hakkını kaybeder. Borçluya karşı, bir edim yerine getirilmişse olanaksızlıkla birlikte, yani yükümlü bulunduğu borcun sona ermesiyle aldığı geri vermek zorundadır. Bu geri verme borcunun yasal dayanağı «Nedensiz zenginleşmedir.» Borç hiç ödenmeden, karşı taraf edimini yerine getirmiştir. Ancak ortaya çıkacak olanaksızlıkla alacaklının yerine getirmeyi isteme hakkı yok olmuştur. O zaman borçlunun mal varlığında nedensiz bir fazlaşma olmuştur. Alacaklı bu durumda aralarındaki sözleşmeye dayanarak değil de, «Nedensiz zenginleşme» kurallarına dayanarak verdiklerini geri isteyebilecektir. Hiçbir şey vermeden ve yükümlülük altına girmeden bir şeye sahip olan kişinin, yani borçlunun aldığı geri vermesi elbette doğaldır.

Bu açıklamayı bitirmeden önce, SAYMEN-ELBİR'in çok anlamlı bulduğumuz bir yorumunu sunmanın çok yararlı olacağını sanmaktayız (13). Olanaksızlığı meydana getiren olayın borçluya başka taraftan bir yarar sağlaması mümkündür. Yazarlar bu durumda borç konusunun yerine yeni bir edimin geçeceğini ve böylece asıl edimin tamamen sona ermediği ve fakat edimin değiştiği savında bulunurlar. Gerçi borçlar yasasında konuya ilişkin açık bir kural olmamakla beraber bu sonuca varmanın BY. 117. maddenin anlam ve amacına uygun düşeceği görüşündedirler. BY. 117. madde olanaksızlık durumunda borçluyu korumaya yönelmiştir. Fakat borçlu eğer bu olanaksızlıktan bir yarar sağlamışsa bu yararın alacaklıya aktarılması maddenin özüne uygundur. Örneğin; sadece bir parça borcun yerine getirilmesi olanaksızlaşmışsa alacaklı bu parça yerine başka bir şey isteyebilmelidir. Borç konusu sigortalı malın yok olması halinde alacaklı borçlusundan sigorta bedelini isteme hakkına sahip olmalıdır.

a) Genel Kural

BY. 117. madde birinci cümle uygulanacak genel kuralı ifade etmektedir. Borçlar olanaksızlık nedeniyle yerine getirilemiyorsa

(13) SAYMEN—ELBİR, op. cit. s. 873

bütün sonuçlarıyla birlikte son bulurlar. İki taraflı sözleşmelerde borçların her ikisi de olanaksızlık yüzünden yerine getirilmemişse, gene bir anlamda BY. 117. maddenin birinci cümlesi kapsamına girer. Yargıtay (14) hükümetçe kamulaştırılan bir fabrikada çalışan işçilerin işverenin sözleşmeyi bozmasından ötürü ödence istemlerini kabul etmemiştir. Çünkü işverenin sözleşmenin devamını sağlaması olanaksızlaşmıştır. Şimdi iki taraflı sözleşmelerde borçlardan yalnız birisinin olanaksızlaşması durumunu inceleyelim.

b) İki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin kural.

BY. 117. maddenin ikinci kuralı bu durumu düzenlemektedir. «Karşılıklı borçlanmayı kapsayan sözleşmelerde borcundan böylece kurtulan borçlu almış olduğu şeyleri nedensiz edinim kuralları uyarınca geri vermekle yükümlü ve kendisine henüz ödenmemiş bulunan alacağı isteme hakkından yoksun olur.» Bu kuralın uygulanması da iki olasılığa göre değişmektedir.

Birinci olasılık karşı tarafın kendisine düşen edimi yerine getirmiş olmasıdır. Bir yıllığına kiralanmış olan bir otomobilin kirası peşin ödenmiştir. Ancak otomobil ilk günlerde kaza sonucu bir kamyonla çarpışmadan kullanılamaz hale gelmiştir. Yazar yazacağı eserin telif hakkını peşin almıştır. Ancak eseri yazmadan ölmüştür. (14) Bu durumda her ikisi de borcu yerine getirme sorumluluğundan kurtulmuşlardır.

Ama almış olduklarını nedensiz edinim kuralları uyarınca geri vereceklerdir. Eğer bu borçlular iyi niyet sahibi kişilerse nedensiz edinimden kazandıklarından sadece ellerinde kalanını geri vermek durumundadırlar. Fakat olanaksız hale gelen edimin yerini bir ödence veya bir sigorta bedeli gibi yeni bir edimin alması halinde alacaklı bunlar üzerinden geri verilmenin yapılmasını isteyebilir.

İkinci olasılıkta karşı tarafın kendisine düşen edimi yerine getirilmesi istenemez. Çünkü, karşılıklı yükümlülükleri gerektiren sözleşmelerde, edimin yerine getirilmesini isteme hakkını BY. 81. madde düzenlemiştir. «Karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşmenin yerine getirilmesini isteyen tarafın sözleşmenin gereklerine veya niteliğine göre bir süreden yararlanma hakkı olmadıkça kendi

(14) SAYMEN—ELBİR, op. cit. s. 873

borcunu ödemiş veya ödemeyi önermiş olması gerekir.» Tam olanaksızlık durumunda BY. 81. maddenin uygulanacağı açıktır. Edimi olanaksızlığa uğramış borçlu ne borcunu ödemiş ne de ödeme önerisinde bulunacak durumdadır. Eksik olanaksızlık durumu mevcut ise ödeme bu oranda yerine getirilmiş olacaktır. (15)

4 — Genel kurala uymayan durumlar.

BY. 117. maddenin bu duruma ilişkin kuralı şudur. «Yasa veya sözleşme ile borcun ödenmesinden önce meydana gelen zararın da alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar bundan ayrıktır.» Şimdi bu iki hali inceleyelim.

Yasadan doğan ayrık durum :

BY. sında bu duruma ilişkin bir çok kural vardır. Ancak bunlardan en belirgin olanı BY. 183. de yer alanıdır. Adı geçen maddenin birinci cümlesi aynen şöyledir. «Durumun gereğinden veya özel koşullardan doğan ayrıklar dışında, satılan nesnenin yararı ve zararı sözleşmenin yapılmış olduğu andan başlayarak alıcıya geçer.»

Bir satım sözleşmesi yapılıyor. Fakat satım konusu mal borçlunun kusuru olmaksızın tesliminden önce herhangi bir nedenle yok olmaktadır. Görüldüğü gibi teslim olanaksızlaşıyor. Kusursuz olanaksızlık mevcut olmasına rağmen borç, BY. 117. madde anlamında sona ermiyor. Çünkü, BY. 183 birinci cümle uyarınca mal sahibi alacaklıdan kendisine yönelen edimin yerine getirilmesini isteme hakkına sahiptir. Buradaki ilişkide BY. 117. maddenin öğeleri mevcut olmasına rağmen adı geçen madde uygulanmayıp BY. 183. madde uygulanmış olacaktır. Ancak bu ayrık durumların yasaca açıkça belirlenmesi gerekir. Sonuç olarak bu hallerde, BY. 117. madde, yerini yasaca belirtilen özel kurala bırakmaktadır (16).

(15) SAYMEN—ERMAN—ELBİR C. 9 No: 291

(16) REİSOĞLU; Safa, *Borçlar Hukuku* Özel Borç Münasebetleri Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını cilt 1. Başnur Matbaası 1969 Ankara s. 58

Ödemenin Olanaksız Duruma Gelmesi

Sözleşmeden doğan ayrık durumlar :

Taraflar yapacakları sözleşmede borçlunun kusuruna dayanmaksızın yerine getirmenin olanaksızlaşması halinde, alacaklının borcunu buna rağmen yerine getireceğini veya kendi edimini geri istemeyeceğini kararlaştırabilirler. Örneğin; yayın sözleşmesinde yazarın peşin olarak aldığı telif hakkını eseri yazmasının olanaksızlaşması halinde bile, telif hakkının geri verilmeyeceğini kabul edebilirler. Peşin ödenen kira bedelinin, kiracının kullanma olanaksızlığına rağmen geri verilmeyeceğini kararlaştırabilirler. Görülüyor ki BY. 117. maddenin aradığı koşullar mevcut olmasına rağmen taraflar aynı maddenin son cümlesinin verdiği yetkiye dayanarak aralarındaki sözleşme ile BY. 117. maddenin genel kurallarının uygulanmasını engelleyebilmektedirler.

III — OLAĞANÜSTÜ DURUMLAR

(İmprevisio, İmpossibility)

Hemen belirtmek isteriz ki hukuk yayınlarımızda bu konuya ilişkin bilgi son derece sınırlıdır. Kamu hukukunda bu konu daha ayrıntılı bir biçimde incelenmektedir. Esasen bu sınırlılık biraz da konunun özel hukuk sahasına yeni girmesiyle ilgilidir. SAYMEN - ELBİR'in konuya ilişkin görüşlerine özlüce aktarmaktan öteye gidemeyeceğimizi üzülerek belirtmek isteriz.

Olaylar borcun yerine getirilmesini olanaksızlaştırmamasına rağmen ödemeyi borçlu için yıkım sayılacak kadar güçleştirirse, borçlunun hayli ağırlaşan durumuna yardımcı olacak bir hukukî kuralın dayanacağı temel, bu kesimde tartışma konusu yapılacaktır. Sorun teknik anlamda borçlunun bu hallerde sözleşmeyi değiştirme isteminde bulunup bulunamayacağına dönüşmektedir. Burda iki temel hukuk ilkeleriyle karşılaşmaktayız. Birincisi toplumda güven ve devamlılığın esası olan «Akde Vefa» dır. İkincisi de, hiçbir kusuru olmadan olağanüstü durumlar nedeniyle durumu son derece kötüleşen borçluya yardım edilmesini gerektiren «Hakkaniyet» ilkesidir.

1 — Anlamı ve Koşulları

Yazarlarımızın çoğu Fransızca kökenli «Emprevizyon» sözcüğünü olağanüstü durum yerine kullanmaktadırlar. Oysa kamu hukukunda yaygınlıkla «Olağanüstü Durum» kavramı kullanılmaktadır (17).

Ekonomik, sosyal, siyasal, doğal, hukukî ve diğer nedenler toplumun tüm kesimlerini etkileyerek borçlunun durumunu sözleşmenin yapılmış olduğu ana kıyasla son derece ağırlaştırmış olabilir.

Ödeme olanaksızlaşmıyor ama, hayli güçleşiyor. Düşünsel kuramlara geçmeden önce hangi koşulların varlığında bir olağanüstü durumdan sözedebileceğimizi saptamaya çalışalım.

SAYMEN-ELBİR'e göre bu koşulları şöyle özetleyebiliriz. Olay kişi iradesinin dışında bir özellikte olacaktır. Olayın sözleşmenin yapılışı anında öngörülmesi mümkün olmamalıdır. Ayrıca edimler arasındaki dengesizlikte olay arasında bir ilişkinin bulunması zorunludur. Gerçi her sözleşmede bir risk olasılığı vardır. Ancak burada sözünü ettiğimiz olağanüstü durum bu riskin çok çok üstündedir. Bu olayın meydana gelişi ile borçlu veya alacaklının kusurlu davranışları arasında bir bağıntı olmamalıdır. Edimler arasında büyük bir dengesizliğin varlığı yanında, tarafların önceden anlaşarak olağanüstü durum savında bulunmayacaklarını sözleşmede belirtmemeleri gerekir. Bu koşulların varlığında bile borcun ödenmesi olanaksız değildir. Ancak yerine getirme son derece güçleşmiştir.

Şimdi soruna yönelen düşünsel yaklaşımları sunmaya çalışalım.

2 — Düşünsel yaklaşımlar (18) :

Kimi kuramlar soruna çözüm getirmek amacıyla tarafların iradelerini yorumlamaktan hareket ederler.

(17) TANDOĞAN; Halûk, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını cilt I. Başnur Matbaası 1969 Ankara s. 58

(18) Özel Hukukta genellikle «Mücbir sebep» kavramı kullanılmaktadır.

(18) SAYMEN—ELBİR, op. cit. s. 877-884

Ödemenin Olanaksız Duruma Gelmesi

Kimi kuramlar da hukukî bir dayanak ararken mevcut yasa kurallarını değerlendirerek sonuca varmak eğilimindedirler.

a) Subjektif kuramlar :

İrade kuramları diye adlandırılabilen bu görüşleri kısaca şöyle özetleyebiliriz.

aa) Sözleşmenin yapılışında koşulların değişmeyeceğine dayanan görüş: Taraflar günün koşullarını gözönünde bulundurarak sözleşme yapmışlardır. Dolaylı olarak durumun değişmeyeceği konusunda anlaşmışlardır. Bu nedenle koşullarda esaslı bir değişiklik halinde taraflardan biri sözleşmenin bozulmasını isteyebilir sonucuna varmaktadırlar. Çünkü, değişmeme varsayımı taraflarca kabul edildiğine göre değişme durumu sözleşmenin bozulmasına hukuksal dayanak olmaktadır. Bu görüşün doğruluğu kabul edilirse çok esnek olan değişme kıstası ile toplumda güven ve devamlılığın her zaman tehlikede olacağı açıkça görülmektedir.

bb) Tasarım kuramı;

Bu görüşe göre taraflar sözleşme yaparlarken ilerde meydana gelecek yeni durumları görememişlerdir. Sözleşmenin doğuşundan sonraki yeni durum tarafların başlangıçtaki öngörümüne uymamaktadır. Bağit tarafların öngörülerine dayandığına göre bu öngörülerdeki sakatlık, sözleşmenin bozulmasını gerektirir. Kanımızca bu görüş sözleşmeye yönelen güveni ve bağlanan ciddiyeti tamamen yitirmektedir.

c) Sözleşmede boşluk kuramı :

Taraflar sözleşme yaparken sonradan meydana gelen durumu hesaba katmamışlardır. Değişen durum ile sözleşmede bir boşluk meydana gelmiştir. Yargıç yetkisine dayanarak bu boşluğu doldurmalıdır. Bu durumda tüm sözleşmelerin devamlı olarak yedek hukuk kurallarıyla beslenmesi gerekir dersek aşırı bir ifade kullanmış olmadığımızı sanmaktayız.

b) Objektif kuramlar :

Bu görüşlerin savunucuları, tarafların iradesini esas almayıp mevcut yasa kurallarının değerlendirilmesi noktasından hareket etmektedirler.

aa) Olanaksızlık kuramı :

Borcun yerine getirilmesini güçleştiren olağanüstü durumun tam olanaksızlık gibi kabul edilerek ona ilişkin yasa kurallarının uygulanması eğilimini ifade etmektedir. Bu görüşü kabul etmek zor olmakla beraber hayli ılımlı olduğunu da belirtmek isteriz.

bb) Aşırı yararlanma kuramı :

Sözleşme yapılırken edimler arasında aşırı dengesizlik olmadığı halde olağanüstü durumla aşırı dengesizlik meydana gelmiştir. Bu nedenle edimler arasındaki aşırı dengesizliğe ilişkin kuralların olağanüstü durumun varlığı esnasında uygulanması gerekir.

Ancak böyle düşünülürse, iradeyi sakatlayan veya yanılığa yönelten durumlara ilişkin tüm kuralların uygulanması gibi aşırı bir sonuca varmış oluruz.

Kıyas, nedensiz edinim ve ahlâki olmamaklık kuramlarını sadece belirterek çok anlamlı bulduğumuz, iyiniyet görüşüne değinmeyi daha yararlı bulmaktayız.

cc) İyiniyet kuramı :

Akde Vefa sözleşmeye bağlı ve saygılı olmayı gerektirir. Olağanüstü durum nedeniyle sözleşmenin bozulmasına esas alınacak esnek dayanaklar her toplum için son derece önemli olan, Akde Vefa duygusunu zayıflatacaktır. Ancak toplumun bu duygusunu özenle korumaya çalışırken olağanüstü durumların etkisiyle borçlu dediğimiz birçok insanın ekonomik anlamda ezilmesine göz yummakta toplumdaki «Hakkaniyet» duygusunun insaf ölçülerini aşmasına yol açacaktır.

Ödemenin Olanaksız Duruma Gelmesi

Bu açıklama bizi objektif iyiniyet kurallarına yöneltmektedir. Gerçekten Türk ve İsviçre hukukunda olağanüstü durumlar nedeniyle ortaya çıkan boşluk genel iyiniyet kurallarıyla doldurulmaya çalışılmaktadır.

Ayrıca, yargıcın hakemliği altında, olağanüstü durumlar sonucu Akde Vefa duygusuyla Hakkaniyet duygusu arasında meydana gelen boşluğu dolduracak en anlamlı aracın iyiniyet olacağı tartışma götürmez.

IV. SONUÇ

Özünde olsa, BY. 117. maddenin kapsadığı kusursuz sonraki olanaksızlığı, tüm boyutlarıyla incelenmiş bulunuyoruz. Çalışmamın, konuya yönelik, bizde sağlanmış olduğu duyarlılıktan güç alarak, bir kaç soruna ilişkin kişisel yargımızı belirtmeden geçemeyeceğiz.

Birincisi, BY. 117. madde ile BY. 96. madde arasında mevcut olan bağıntıyla ilgilidir. Kimi yazarlar, zıt kavram yoluyla 117. maddenin 96. maddenin özünden oluşturulabileceği görüşündedirler. Bundan ötürü 117. maddenin olmaması, bir boşluk yaratmayacağı kanısındadırlar. Esasen yasa koyucu, 96. maddenin özünde bulunan bu kuralı, sadece tekrar etmiştir. Bizce, toplumlar çok yönlü oldukça, o toplumlarda, yoğunlaşan tüm ilişkilerde, çelişki ve risk oranıortalama bir insan için artış göstermektedir. Siyasal, ekonomik, sosyal ve doğal bunalımlara sahne olan bugünün toplumunda, hukukî anlamda olanaksızlıklar ve olağanüstü durumlar azımsanmayacak derecede yaygındır. Bu yaygın hukukî durumun, düzenlenmesinin, yorum ve mevcut bir hukuk kuralınının zıt kavram aracılığı ile sağlanması yeterli olmayacaktır.

İkinci olarakta, olanaksızlığın karşı tarafa bildirilmesi sorudur. Gene, kimi yazarlar, olanaksızlıkla birlikte borçlunun sorumluluğu diye bir durumun söz konusu olmayacağı kanısındadırlar. Borç olanaksızlığın doğuşu ile birlikte, tümüyle sona erdiğine göre borçlu diye bir kişinin artık sahnede kalmadığı görüşünü ileri sürmektedirler. BY. 117. maddede, karşı tarafa bildirmeden söz edilmemektedir.

Biz, yukardaki görüşü hayli katı bulduğumuzu, hemen belirtelim. Olanaksızlığı bildirme konusunda, açık kural olmamakla beraber borcundan kurtulan borçlunun, bu sorumluluğunun genel iyiniyet prensiplerinden gelebileceği görüşünde olan yazarlara katılmak elbette mümkün değildir.

Son olarak SAYMEN-ELBİR'in olağanüstü durumlara ilişkin çalışmalarına değinmek istiyoruz. Objektif kuramlar kesiminde yer alan «iyiniyet» görüşü dışında, diğer tüm görüşlerin somut anlamda olağanüstü durumlarla bağıntısı son derece zayıftır. Belki tek tek; bu görüşler tüm özel hukuk için bir anlam taşıyabilirler. Ancak, ayrıntılar derecesinde, teknik ve somut olan olağanüstü durumlarla, bu düşünsel yaklaşımların arasında bir bağıntı bulmak gerçekten güçtür. Özel hukukun dayandığı temel ilkelerin değerlendirilmesinde bu görüşlerin yarar getireceği elbette mümkündür. Ayrıca olağanüstü durumların düzenlenmesinde hukukumuzda bir boşluk yoktur denilebilir. Türk ve İsviçre hukukunda bu boşluk çoktandır genel iyiniyet kurallarıyla doldurulmaktadır. Bizce bu düşünsel yaklaşımların yeri, özel hukukun dayandığı temel hukuk prensiplerinin tartışılabileceği bir yerdir.

Bu nedenle adı geçen yaklaşımların, olağanüstü durumların ayrıntılar düzeyinde ve somut olarak incelendiği bir kesimde, ele alınmasını yadırgamaktayız.