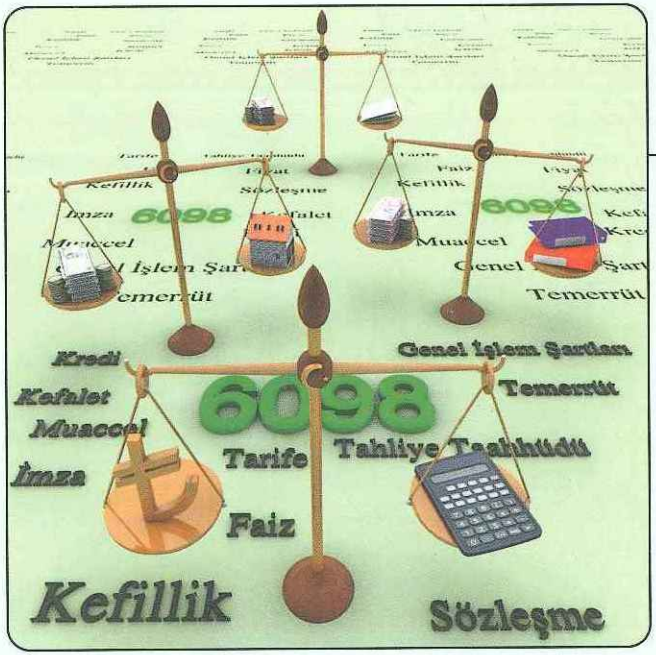
6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER



İSTANBUL TİCARET ODASI YAYINLARI

REHBER YAYINLAR

YAYIN NO: 2012-40



İSTANBUL
TİCARET
ODASI

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU

Yenilikler ve Değişiklikler

HAZIRLAYANLAR
Aksan Hukuk Bürosu
Dr. Kürşad Yağcı

YAYIN NO: 2012-40
İstanbul, 2012

Copyright © İTO (İstanbul Ticaret Odası)

Tüm haklar saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, yazarın ve İTO'nun önceden yazılı izni olmaksızın mekasnik olarak, fotokopi yoluyla veya herhangi bir şekilde çoğaltılamaz. Eserin bazı bölümleri veya paragrafları, sedece araştırma veya özel çalışmalar amacıyla, yazarın adı ve İTO belirtilmek suretiyle kullanılabilir.

ISBN: 978-605-137-197-9 (Basılı)
ISBN: 978-605-137-198-6 (Elektronik)

İTO ÇAĞRI MERKEZİ
Tel: (212) 444 0 486

İTO yayınları için ayrıntılı bilgi
Bilgi ve Doküman Yönetimi Şubesi
Dokümantasyon Servisi'nden alınabilir.

Tel : (212) 455 63 29
Faks : (212) 512 06 41
E-posta : ito.yayin@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

Odamız yayınlarına tam metin ve ücretsiz olarak internetten ulaşabilirsiniz.

YAYINA HAZIRLIK, BASKI, CİLT
İnter Basım, Yayın Ambalaj San. ve Tic. Ltd Şti.
Marmara Sanayi Sitesi R Blok No: 457 Küçükçekmece/İstanbul
Tel: (0212) 549 24 14 www.interbasim.com.tr

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU

Yenilikler ve Değişiklikler

İÇİNDEKİLER

Sunuş 7
Önsöz 9

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 13
A) Genel Hükümler 13
1. Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliği ile Bu Kapsamda "Genel İşlem Koşulları" 13
2. Haksız Fiil ve Kusursuz Sorumluluk ile Sebepsiz Zenginleşme 43
3. Borç İlişkisinin Hükümleri (İfa) 74
4. Borcun İfa Edilmemesinin Sonuçları 91
5. Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi 105
6. Borç İlişkilerindeki Özel Durumlar 124

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 147
B) Özel Hükümler
(Kanunda Özel Olarak Düzenlenen Sözleşme Tipleri Bakımından) 147
1. Kefalet Sözleşmesi 147
2. Hizmet Sözleşmesi ve 4857 Sayılı İş Kanunu ile Birlikte Tatbiki 190
3. Kira Sözleşmeleri 215
3.1. Kira Sözleşmelerinin Genel Hükümleri 215
3.2. Konut ve Çatılı İş Yeri Kiraları 239
3.3. Ürün (Hasılat) Kirası 261

4. Satış Sözleşmesi ve Türleri 263
5. Mal Değişim (Trampa) Sözleşmesi 305
6. Bağışlama Sözleşmesi 308
7. Eser (İstisna) Sözleşmesi 312
8. Yayım Sözleşmesi 322
9. Vekalet Sözleşmesi 327
10. Simsarlık Sözleşmesi 329
11. Komisyon Sözleşmesi 331
12. Saklama (Vedia) / Ardiyeciye Bırakma ve Bırakma (Konaklama Yeri, Ahır, Garaj, Otopark İşletenlere) Sözleşmeleri 334

SUNUŞ

Bilindiği üzere ülkemizde son yıllarda hukuk sistemimizin temel kanunları arasında yer alan kanunlar da dahil olmak üzere önemli mevzuat değişiklikleri olmaktadır. Bunlar arasında temel yasalarımızdan biri olan Borçlar Kanunu da yer almaktadır. 22/04/1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kaldırılarak 1 Temmuz 2012 tarihi itibari ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Yeni kanun ile uygulamada yargı kararları ile kabul görmüş olan bir kısım hususlar kanuni düzenlemeye kavuşmuş, uluslararası sözleşmeler ya da kaynak kabul edilen İsviçre, Almanya gibi ülkeler mevzuatına paralel düzenlemeler yapılmıştır. Elbette yeni kanuni düzenlemede yer alan esaslı değişikliklerin ticari yaşama, sözleşmesel ilişkilere, sorumluluğa ciddi etkileri olacaktır. Yeni kanundaki söz konusu esaslı değişikliklere dikkat çekmeyi, yapılan hukuki işlemlerde riskin en aza indirilmesi bakımından bir nebze yol gösterici olmayı amaçlayan bu çalışma ile üyelerimize bu alanda ışık tutmayı sağlamış olmayı umuyoruz.

Bu vesile ile yayınımızın üyelerimize faydalı olmasını diler, çalışmayı hazırlayan Aksan Hukuk Bürosu ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Dr. Kürşad Yağcı'ya teşekkür ederim.

Dr. Cengiz ERSUN
Genel Sekreter

ÖNSÖZ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda çoğunlukla genel yapının korunduğu, esaslı bir sistem değişikliğine gidilmediği, madde metinlerinde arılaştırma ve Türkçeleştirme yapıldığı görülmektedir.

Bununla birlikte esaslı değişiklik yapılan veya önceki kanunda yer verilmeyip ilk kez düzenlemeye kavuşturulan hükümler de yer almaktadır. Çalışmamızın odak noktası işte bu esasa dair yenilikler ve değişikliklerdir. Yeni Borçlar Kanunu'nun getirdiği bu değişiklikler ve yenilikler, soru-cevap yöntemi ile İstanbul Ticaret Odası üyelerinin bilgisine ve değerlendirmesine sunulmuştur. Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan düzenlemelerin çoğu iktibasa (kaynak ülke kanunlarında yapılan değişikliklerin mevcut kanunumuza yansıtılmasına) dayalıdır. İsviçre Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunu hükümlerinden bu anlamda çokça yararlanıldığı görülmektedir. Buna karşılık bazı hususlarda kaynak ülke kanunlarındaki düzenlemelerin benimsenmediği belirtilerek farklı düzenlemeye gidildiği ya da Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları doğrultusunda düzenlemeler yapıldığı da görülmektedir. Bazı hususlarda da uluslar arası sözleşmelerden ya da sözleşme ilkelerinden yararlanıldığı görülmektedir.

Çalışmanın kapsamından bahsetmeden önce özellikle belirtmek gerekir ki, en önemli değişiklikler ve yenilikler; "Genel İşlem Koşulları" düzenlemesine Türk Borçlar Kanununda ilk kez yer verilmesi, faiz ve temerrüt faizine ilişkin değişiklikler, yabancı para borçlarında temerrüt halinde alacaklıya tanınan imkanlarda yapılan değişiklikler, haksız fiillerde yeni getirilen tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenleme, taksitle satış ve ön ödemeli satış konularında yapılan çok detaylı radikal yenilikler, kefalet sözleşmesi ve kira sözleşmesi hükümle-

rindeki önemli farklar, yine İş Kanununda detaylı düzenlemiş olmasına rağmen ilginç bir şekilde oldukça detaylı bir düzenlemeye tabi tutulan hizmet sözleşmesi ve bunların alt türleri olarak sayılabilir. Buna karşılık bazı esasa dair değişikliklerde ise, zaten hukukçuların yorum yoluyla kabul ettiği ve fakat kanunda açıkça düzenlenmeyen hususların ya da Yargıtay uygulaması ile yerleşmiş ve kabul görmüş hususların kanun metnine dönüştürüldüğü görülmektedir. Bu tarz değişikler, bir yenilikten ziyade açıklığa kavuşturma tarzındadır.

Çalışmamızın ilk kısmı Borçlar Kanununun Genel Hükümlerindeki esaslı değişiklikler ve yenilikleri değerlendirmektedir.

Bu kapsamda;

- İlk olarak sözleşmelerin kurulması ve geçerliliği konularında yapılan yenilikler ve değişiklikler ele alınmıştır. Ismarlanmayan şeyin gönderilmesi, yazılı şeklin unsurları ve imza, özellikle Genel İşlem Koşulları, Aşırı Yararlanma (Gabin) vs bu başlık altındadır.

Çalışmamızın ikinci kısmında, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen özel sözleşme türlerine yer verilmiştir. Sözleşme türleri, Kanun'daki düzenleme sırası ile değil, iş hayatında sıkça uygulama bulan ve yeni Kanun ile önemli değişikliklere uğrayan sözleşmelere öncelik verilerek izah edilmiştir. Bu sözleşme türleri arasında;

- En kapsamlı değişiklik ve yeniliklerden birisi olan kefalet sözleşmesi ve buradaki bazı değişikliklerin gerçek kişilerce yapılan diğer şahsi teminat sözleşmelerine etkisi incelenmiştir. Ağırlaştırılmış şekil şartları, "Eşin rızası", "Kefaletten dönme", "Uygulama alanı" kenar başlıklı radikal nitelikli 603 üncü madde (kaynak İsviçre Borçlar Kanununda olmayan radikal bir değişiklik), müteselsil kefalet, defiler, takibi durdurma imkânı gibi hemen her konuda ciddi yenilik ve değişiklikler söz konusudur.

- Hizmet sözleşmesi ve alt türlerinde yapılan yenilikler ve değişiklikler incelenmiştir. Bu sözleşme türünde oldukça detaylı yenilikler ve değişiklikler söz konusudur.

- Kira sözleşmesinde yapılan değişiklikler ve yenilikler incelenmiştir. Kira sözleşmesinin genel hükümlerinde, konut ve çatılı iş yeri kiralarında, hasılat kirasında önemli değişiklikler ve yenilikler söz konusudur. Yine tacirler bakımından iş yeri kiralarında bazı hükümlerin yürürlüğü 8 yıl süre ile ertelenmiştir. Bu alandaki değişiklikler oldukça kapsamlıdır.

- Satış sözleşmesi ve türleri kapsamında yapılan değişiklikler ve yenilikler incelenmiştir. Özellikle yarar ve hasarın geçişindeki değişiklik, ayıptan doğan sorumluluk, satış isteme hakkı veren yenilik doğurucu haklar (önalım, alım geri alım hakları), taksitli satış ile ön ödemeli taksitle satış vs konuları ele alınmıştır.

- Kısmen değişikliklerin olduğu eser sözleşmesi, yayım sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi, komisyon sözleşmesi, saklama (vedia) ve ardiye sözleşmelerindeki değişikliklere yer verilmiştir.

- Mal değişim (trampa) sözleşmesi, bağışlama sözleşmesinde yapılan küçük değişiklikler de incelenmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği yenilik ve değişiklikleri kavramak adına İstanbul Ticaret Odası'nın sayın üyeleri için bir rehber çalışma olmasını diler, çalışmamızı yayınlayan İstanbul Ticaret Odası'na ve yayında emeği geçen tüm çalışanlara teşekkür ederiz.

Av. Muhammet Aksan & Dr. Kürşad Yağcı

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

A) Genel Hükümler

1. Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliği ile Bu Kapsamda "Genel İşlem Koşulları"

SORU 1. Aşağıda sözleşmenin kuruluşu ile ilgili değişiklikler ve yeniliklerle ilgili sorulara geçmeden önce, anlamayı kolaylaştırmak için hukuken bir sözleşmenin nasıl kurulduğunu izah eder misiniz? Bu bağlamda "öneri (icap)", "kabul", "öneriye çağrı (icaba davet)" gibi kavramlarla ne anlatılmak isteniyor?

Bir sözleşmenin kurulması için iki önemli unsur olan iki irade beyanı gerekir ki bunlar "öneri (icap)" ve "kabul" olarak adlandırılmaktadır. **Öneri**, bir sözleşme ile bağlanmak isteyen bir kişinin, bu sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren teklifini sözle, yazıyla (açık irade beyanıyla) ya da kanaat verici davranış yoluyla (örtülü irade beyanıyla) sözleşmenin karşı tarafına iletmesidir. **Kabul** ise, esaslı unsurları içeren bu irade beyanının yani önerinin, aynı mahiyette, kapsamda ve içerikte olmak üzere ister açık isterse örtülü olarak yapılacak bir uygun irade beyanı ile kabul edilmesidir. Sözleşmeyi kurmak için ilk teklife öneri, bu teklifin açık ya da örtülü olarak benimsenmesine ise kabul denir. Kabul, öneriye uygun olmalıdır. Çünkü sözleşme ancak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Örneğin, alıcının "Bu elimde tuttuğum yüzüğü 1.000-TL'ye (satım parası) bana satar mısın?" şeklindeki beyanı açık öneridir; satıcının "Evet" cevabı açık kabul; satıcının malı hiçbir şey söylemeksizin paketlemeye başlaması örtülü kabuldür.

Öneride sözleşme ile kesin olarak bağlanma arzusu vardır; o kadar ki karşı tarafın "peki" demesi ile sözleşme kurulur. Oysa öneriye çağrı (icaba davet) olarak adlandırılan irade beyanında henüz tam olarak bir bağlanma arzusu yoktur; aksine daha çok bir müzakereye girme arzusu ve iradesi söz konusudur. Örneğin, alıcının "takım elbise satın almak istiyorum" beyanı müzakere amacı taşıyan irade beyanıdır; satıcının "x marka (etkiketinde 1.000-TL yazan) takım elbise tam size göre, bence kaçırmayın!" beyanı bağlanma iradesi/öneridir; alıcının "peki" cevabı ise kabuldür.

SORU 2. Bilgisayar üzerinden sözleşme kurulabilir mi? Nasıl?

Sözleşmeler ya hazır bulunan kişiler arasında karşı karşıya bir iletişim mevcut iken ya da hazır olmayan kişiler arasında önerinin iletilmesi, karşı tarafa ulaşması, karşı tarafın bu öneriye cevabı bir araçla iletmesi ve bu cevabın (kabulün) öneride bulunana varması ile kurulur. Örneğin yüzyüze bir müzakere veya telefonda bir müzakere ile sözleşme kurulursa hazırlar arasında kurulmuş olur. Ancak mektupla, faksla sözleşmenin kurulması, hazır olmayanlar arasındadır.

İşte bu noktada bilgisayar yoluyla da irade beyanları nakledilebilir ve bu yolla sözleşme kurulabilir. Ancak bu durum, hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı gerçekleşecektir? Burada önemli olan tarafların aynı anda karşı karşıya bir iletişim içinde olup olmadıklarıdır. Yeni Türk Borçlar Kanunu (TBK) 4/2' maddesi ile telefonun yanı sıra teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak, "*bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri*"nin de, hazır olanlar arasında yapılmış sayılması öngörülmüştür. Ancak bu sonuç, önerenin sadece

"*doğrudan iletişim*" sağlayabilen araçlarla yaptığı, muhatabın da aynı anda içeriği öğrenebildiği öneriler bakımından geçerli kabul edilmiştir. Yoksa e-posta göndermek yoluyla kurulan bir sözleşmede doğrudan iletişim bulunmamaktadır ve bu adeta mektup yoluyla kurulan bir sözleşme gibi hazır olmayanlar arasındadır. Eskiden kanunda açık bir ifade bulunmamakla birlikte öğreti ve uygulamada bu sonuç yorum yoluyla kabul edilmekte idi; bu sebeple bu yenilik, esaslı bir yenilik sayılmaz.

SORU 3. Ismarlamadığımız halde adresimize gönderilen şeyler sözleşmenin kurulması bakımından bağlayıcılık teşkil eder mi? Bu şeylerin saklanılması veya geri gönderilmesi gerekir mi? Bu şeyleri kullanmamız halinde sözleşme ile bağlanmış olur muyuz?

818 sayılı eski Borçlar Kanununda (eBK) yer verilmeyen "Ismarlanmayan şeyin gönderilmesi" kenar başlıklı TBK 7.maddesi, 1 Temmuz 1991'de İsviçre Borçlar Kanununun 6a maddesi olarak yürürlüğe giren hükümden iktibas edilerek hazırlanan, yeni bir düzenlemedir.

Yeni TBK 7 ile getirilen düzenlemeye göre, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi, sözleşmeyi kurmak için gerekli ilk irade beyanı olan "öneri" sayılmayacak, hukuken öneri niteliği taşımayacaktır. İkinci olarak bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla da yükümlü olmayacaktır.

Gerekçede ifade edildiği üzere söz konusu hüküm ile "*böylece, bu tür taşınırları posta kutusunda veya kapısının önünde bulan ya da başka bir yolla alan kişilerin, bunları geri göndermemesi, saklamaması hatta kullanması sebebiyle, taraflar arasında örtülü*

irade açıklaması sonucunda bir sözleşme ilişkisinin doğmasının mümkün olmadığı" ifade edilmek istenmiştir. Bu hüküm aslında arzu ve talep etmediğimiz halde adreslerimize gönderilen mallar yoluyla sözleşmenin adeta bir emrivaki olarak kurulmasına sebep olunmasını engellemek için getirildi. Aslında zaten bir malın fiyatının belirtilmeden gönderilmiş olması, fiyat belirtilmediği için öneri (icap) sayılmaz; öyleyse bu yenilik fiyat belirtilse dahi mal göndermenin öneri sayılmasını engellemek içindir. Bu düzenleme eleştiriye uğramıştır. Şöyle ki, mal kendisine gönderilen kişi, bu malı almak istemesi halinde, mal gönderme "öneri" sayılmayacağı için gönderen firmanın örneğin fiyatı artırdığını söylemesi durumu ile karşı karşıya kalınabilecektir ve hukukçuların bu ihtimale karşı uygulamada çözüm üretmeleri gerekebilecektir.

SORU 4. Bir kişiye tarife, fiyat listesi ya da benzeri şeyler gönderilmesi halinde bunlar sözleşmenin kuruluşu bakımından bağlayıcı ilk irade beyanı olan "öneri" sayılır mı? Çünkü öneride bulunan, karşı tarafın kabulü ile borç altına girecek ve bu durum onun sorumluluğunu gerektirebilecektir. Yoksa bu davranışlar, bağlanma iradesi taşımayıp da sadece ve sadece müzakere etme amacı taşıyan icaba davet (öneriye çağrı) niteliğinde mi kabul edilmelidir?

818 sayılı eski Borçlar Kanunumuzda "*Tarife ve cari fiyat irsali icap (öneri) teşkil etmez*" hükmüne yer verilmiş idi. Buna karşılık Yeni Kanunumuzda tam aksi yönde bir düzenleme yapılarak, "*(...) tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır*" (TBK m.8/II) hükmüne yer verilmiştir. Gerekçeye göre "*ülkemizde giderek yoğunlaşan bir biçimde ticarî kuruluşların reklâm ve pazarlama*

faaliyetleri sırasında kişilerin posta kutularına varıncaya kadar sattıkları ürünlere veya sundukları hizmetlere ilişkin tarife, fiyat listesi ya da benzerlerini ulaştırdıkları görülmektedir. Bu tür belgeler kendilerine ulaşanlar, belgelerde yer alan ürünlerden veya hizmetlerden yararlanma amacıyla söz konusu ticari kuruluşlara başvurduklarında, belirtilen fiyatların veya niteliklerin değiştirildiği ya da belgede basım hatası olduğu gibi açıklamalarla karşılaşmaktadırlar. Bu olgunun göz önünde tutulması sonucunda, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, Tasarıda "aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça", bu tür belgelerdeki açıklamaların öneri sayılacağı kabul edilmiştir". Hukuk çevrelerinde ısmarlanmayan şeyin (fiyatıyla malın kendisinin) gönderilmesinin öneri sayılmayacağı şeklinde kanunda yeni hüküm ihdas edilmiş iken (TBK 7); malın kendisinin değil de tarifesinin, fiyat listesinin ya da benzerlerinin gönderilmesinin öneri addedilmesinin ilk bakışta tutarsızlık gibi göründüğü ifade olunmaktadır.

SORU 5. İlan yoluyla ödül vaadinde bulunanlar, vaadinden cayarsa ya da sonucun gerçekleşmesini engellerse, bu vaade güvenerek masraf yapanların başvuracağı hukuki imkanlar var mıdır? Ödül sözüne güvenerek masraf yapanlar birden çok kişi iseler, her birinin masrafı ayrı ayrı tazmin edilecek midir?

Sözgelimi, çok sevdiği evcil hayvanını kaybeden bir kimse gazeteye, televizyona ya da internete ilan vererek evcil hayvanını bulana 5.000-TL ödül vaad etmesi halinde ilan yoluyla ödül vaadi söz konusu olur. Eski 818 sayılı Borçlar Kanununda ödül sözü verenin, sadece sonucun gerçekleşmesinden eski cayması göz önünde tutulduğu hâlde, yeni Kanunumuzda ödül sözü verenin, cayması yanında, sonucun gerçekleşmesini engellemesi durumunda da,

bundan doğan zararları dürüstlük kuralları çerçevesinde kalınarak yapılan giderlerle sınırlı olmak üzere karşılamakla yükümlü olduğu kabul edilmiştir (TBK 9/II). Ayrıca, eski Kanundan farklı olarak ödül sözüne güvendiği için bazı giderler yapması sebebiyle zarar gören bir ya da birden çok kişinin isteyebileceği toplam tazminatın, söz verilen ödülün değerini aşamayacağı kanuni düzenlemede açıkça belirtilmiştir. Yeni düzenleme ile ödül vaadinde bulunanın, yapılan giderler için ekonomik yıkımına sebep olacak bir tazminat ödemekle karşı karşıya kalması kanunda açıkça düzenlenerek engellenmek istenmiştir.

SORU 6. Şekil şartı ne demektir? Geçerlilik ve ispat açısından şekil şartları farklı esaslara mı tabidir?

Borçlar Hukukunda prensip, bir sözleşmenin serbestçe yani yazılı, resmi vs hiçbir şarta tabi olmaksızın yapılabiliyor olmasıdır. (Şekil serbestisi). Ancak kanunda düzenlenen bazı sözleşmeler veya hukuki işlemler için şekil şartları getirilmiştir ki yeni TBK 12/2, c.1'de açıkça ifade olunduğu üzere "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir*". Zaten geçmişte de böyle kabul edilen bu yenilik esas açısından bir yenilik sayılmaz.

Kanunda eğer bir şekil şartı düzenlenmişse, açıkça bu şartın yalnızca ispat açısından getirilmiş olduğu ifade edilmedikçe prensip olarak bu şartın geçerlilik şartı olduğu kabul edilir. Yani bu şekle uyulmaz ise sözleşme geçersiz olur. Geçerlilik dışında bazen mevzuatta ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen şekil şartlarının birer "ispat şartı" olduğu ifade edilir. Bu şart yerine getirilmediğinde, sözleşme geçerli olmaktan çıkmaz ise de yargılamada kişi iddiasını ispat edememiş olur. Sözgelimi belirli bir miktarın üzerindeki alacaklar ancak yazılı delil ile ispat

edilebilir, tanık dinletilemez. Bu durumda yazılı bir sözleşme ya da senet gösterilmediğinde, sözleşme ilişkisi geçersiz olmaz ise de, karşı taraf kabul ve ikrar etmedikçe, alacak iddiası ispatlanamamış olur. Geçerlilik başka, ispat başkadır.

SORU 7. Yazılı şekle ya da resmi şekle tabi bir sözleşmenin değiştirilmesi için yine aynı şekle uyulması gerekir mi?

Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, yeni kanunda açıkça ifade edildiği üzere, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır (TBK 13/1). Böylece sözleşmeye ters düşmeyen, özellikle (ifa yeri ve zamanında değişiklik yapılmasında olduğu gibi) üstlenilen edimlerin kapsamını genişletmeyen, tamamlayıcı yan hükümler için yazılı şekle uyulması zorunluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir. Bu husus, açıkça düzenlenmemiş olsa da eskiden de bu şekilde yorumlandığından, esasa ilişkin bir yenilik değildir.

Bu kuralın, yazılı şekil dışında kalan diğer geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanması öngörülmüştür (TBK 13/2). Kanunda yazılı şekilden söz edildiğinde, bundan âdi yazılı şekil anlaşılır. Oysa âdi yazılı şekil dışında, resmî senet düzenleme ve imzaların noterce onaylanmasının zorunlu olduğu başka geçerlilik şekilleri de bulunmaktadır. Fıkraya göre, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekline tâbi sözleşmelerin değiştirilmesi hakkında da Kanunda öngörülen şekle uyulması zorunludur. Ancak, bu durumda da sözleşme ile çelişmeyen değişiklikler, tamamlayıcı yan hükümler niteliğinde ise, bu değişikliklerin gerçekleştirilmesi, kanunda öngörülen şekle uyulmasına bağlı olmayacaktır. Eskiden 13.maddedeki işbu ikinci fıkra hükmü bulunmasa da birinci fıkrada yukarıda açıkladığımız

kural, kıyas yoluyla resmi şekil şartları için de uygulanmakta olduğundan, yine esasa ilişkin bir değişiklik değildir.

SORU 8. Yazılı şekil şartı nasıl gerçekleştirilir? Kanunda ıslak imza yerine geçen ve yazılı şekil şartını gerçekleştiren başka yöntemler var mıdır? Faks ya da elektronik imza ile yapılan sözleşmeler şekil açısından geçerli olur mu?

Kanunumuzda ana ilke, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunmasının zorunlu olduğudur (TBK 14/1). Bir sözleşmenin altını, o sözleşme ile borç altına girenlerin imzalaması zorunluluğuna, maddenin ikinci fıkrasında istisnalar getirilmiştir. Eskiden de mevcut olan bu istisnaların kapsamı genişletilmiştir. "*İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur*" (TBK 15/1; eBK 14/1).

Öte yandan imzanın elle atılması zorunluluğuna getirilen istisnalardan biri TBK 15/1 (eBK 14/2) hükmünde düzenlenmiştir: "*İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır*".

Bu çerçevede yazılı şekil şartı bakımından imzanın yerini alacak başka yöntemler olabilir mi? 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, kanunda aksine bir hüküm yoksa, "*imzalı bir mektup ile aslı borç altına girenlerce imzalanmış bir telgrafnamenin*", yazılı şekil yerine geçmesi kabul edildiği hâlde, yeni Türk Borçlar Kanununun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, iletişim teknolojisinde ortaya çıkan yeni gelişmeler

göz önünde tutularak, bunlara "***teyit edilmiş olmaları kaydıyla, faks veya buna benzer iletişim araçları ile güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanabilen metinler***" de eklenmiş ve hükmün kapsamı genişletilmiştir. Ancak, söz konusu iletişim araçlarıyla gönderilen metinlerin yazılı şekil yerine geçmesi için, bunları alanlar tarafından teyit edilmiş olması şarttır. Güvenli elektronik imzayla gönderilen metinlerin ise, yazılı şekil yerine geçmesi için, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa uygun olarak gönderilmesi ve alanlar tarafından bilgisayar ortamında kaydedilerek saklanabilmesi gerekir.

Burada elektronik imzanın ifade edilmiş olması bir yenilik değildir; zira Elektronik İmza Kanununda (EİK) zaten aynı düzenleme vardı. Fakat faksla gönderilen imzalı metinlerin eBK 13/2 hükmüne kıyasen yazılı şekil şartını karşılayıp karşılamayacağı tartışmalıydı. Hükümde faks ve buna benzer iletişim araçları ifadesine yer verilmemiştir. Buradaki benzeri iletişim araçlarına, yazıyı veya resmi gönderen teknik aygıtların girebileceğini söyleyebiliriz.

Yeni TBK öncesinde mevcut olan EİK 5/1 gereğince "*Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur*" hükmü, yeni TBK 15/1, c.2 hükmünde "*Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur*" şeklinde tekrar edilmiştir; esas açısından bir yenilik değildir. Ancak EİK 5/2 hükmünde TBK 15 hükmünde yer verilmeyen bir istisna vardır. EİK 5/2 gereğince "*Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*" (Örneğin, bir taşınmazın devri tapuda resmi şekle tabidir. Evlenme sözleşmesi özel bir merasime tabidir. Teminat sözleşmelerinden olan kefalet ve gerçek kişi tarafından yapılan garanti sözleşmeleri için yeni TBK

döneminde el yazılı olarak kefil olunan/garanti edilen miktarın, tarihin ve teselsül söz konusu ise "müteselsil" ifadesinin yazılması bir şart olarak aranmıştır. EİK 5/2 gereğince elektronik imza bu sözleşmelerde geçerliliği sağlamaz.

Yeni 6100 sayılı Türk Ticaret Kanununda da "güvenli elektronik imza" başlıklı bir maddeye verilmiştir.

TTK 1526 gereğince; "(1) Poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz.

(2) Konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilir. Düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı, telgraf, teleks, faks ve elektronik diğer araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir, gönderilebilir.

(3) Ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, bu Kanunun zorunlu tuttuğu bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilir. Bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usulle elektronik ortamda düzenlenebilir. Zaman unsurunun belirlenmesi gereken ve tüzükte düzenlenen hâllerde güvenli elektronik imzaya eklenen zaman damgasının tarihi, diğer hâllerde merkezî veri tabanı sistemindeki tarih esas alınır.

(4) Şirket adına imza yetkisini haiz kişiler şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla imza atabilirler. Bu durumda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika

sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin ismiyle birlikte temsil ettiği tüzel kişinin de ismi yazılır. Bu husus tescil ve ilan edilir.

(5) Bu maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar 26 ncı maddede düzenlenen tüzükte gösterilir.

Özetle faks ya da elektronik imza ile gönderilen bir kabul mesajı, teyit edildiği anda yazılı şekil şartını gerçekleştirmiş olacak ve ıslak imzanın işlevini görmüş olacaktır. **Ancak bu "teyid"in ne kadar süre içerisinde bildirilmesi gerektiği ve aynı yöntemle yapılmasının mümkün olup olmayacağı ya da hangi yöntemlerle** yapılabileceği konuları açık bırakılmıştır. Sözgelimi teyit her türlü delille ispatlanabilecek midir? Teyidin süresi ve şekli açısından düzenleme açık bırakılmış olup hukuk öğretisi ve uygulamasında zaman içerisinde yorum gelişecektir.

SORU 9. Görme engelliler nasıl imza atacaklardır ve yazılı şekil şartını nasıl gerçekleştireceklerdir?

Yeni TBK'nın yasalaşmasından sonra 1 ay içinde değişen bir düzenlemedir. Yeni TBK 15/3 (Değişik fıkra: 13/2/2011-6111/213 md.) gereğince, "*Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir*".

Hukuk öğretisinde kötü ifade edilen bu hüküm tartışmalara yol açmıştır. Bu hüküm ile görme engelli tanık talep etmediğinde, işlemin geçerli kabul edileceğinin mi düzenlenmek istendiğinin, yoksa görme engellinin imzaladığı işlem uyarınca karşı taraf bir talepte bulunduğunda görme engellinin tanık bulunmamasına dayalı olarak geçersizliği mi ileri sürebileceğinin düzenlendiğinin açık

olmadığı ifade olunmaktadır. Yine tanık da ayrıca imza atacak mıdır, yoksa sadece metnin görme engellinin iradesine uygun olduğunu mu beyan edecektir? Bir görüşe göre, en az bir tanık tarafından bu sıfatla imzalanmayan metnin geçersizliğini görme engelli kişi her zaman ileri sürebilecek; fakat görme engelli olmayan karşı taraf bu geçersizliği ileri süremeyecektir. Aynı yöndeki diğer bir görüşe göre de hükmün görme engelliler lehine yorumlanması gerektiği, görme engelli kişi için tanıklık yapacak kişinin imzasının da alınmasının uygun olacağı, tanığın, görme engellinin imzaladığı metnin içeriğini bildiğine dair tanıklık etmesi gerektiği, tanığın bulunmaması halinde görme engellinin bunu ileri sürerek (iptal beyanı) imzaladığı metnin hüküm doğurmasına engel olabileceği ifade edilmektedir. Görme engellinin imza sırasında bu hakkından feragat etmesinin geçersiz sayılması gerektiği, aksi yöndeki yorumun, kanunun görme engelliyi koruma gayesi ile bağdaşmayacağı savunulmaktadır. Yine imzayı atan görme engelli, metnin kendi arzusuna uygun olduğu düşüncesi içinde bu imzayı atmış olduğuna dikkat çekilerek, bile bile arzusundan farklı şekilde kaleme alınmış metnin görme engelliye imzalatılması durumunda, o metnin imzayı atan görme engelliyi bağlamaması gerektiği savunulmaktadır.

SORU 10. Okuma yazma bilmeyen ya da elle imza atamayacak durumda olan kimseler, yazılı şekil şartına tabi bir sözleşme ile geçerli olarak nasıl bağlanabilirler?

İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler (TBK 16/1; eBK 15/1). Elle yapılan işaret veya mühür veya parmak sol elin başparmağı, yoksa diğer parmaklarından birinin izi (Noter.K 75/1) noter tarafından onaylanır (TBK 16/1;

Noter.K 93). Oysa yürürlükten kalkan eBK 15/c. l'de bunlardan sadece el işaretine yer verilmişti.

Noter.K 75/2, c. 2 gereğince imza atamayanlar, mühür kullandıklarında parmak da bastırmak zorundadırlar. TBK 16/1 bakımından ise böyle bir zorunluluk düzenlenmemiştir. eBK 15/c.1 gereğince eskiden resmi memur doğrudan imza atamayanın kabul iradesini resmi senede geçirebilmekte ve bu "resmi şahadetname" imza yerine geçmekteydi. Özellikle el işareti dahi yapamayacak durumda olanlar bakımından önem taşıyan bu usule TBK 16'da yer verilmediği görülmektedir.

Ekleyelim ki Yeni HMK 206/1 hükmü TBK 16/I'in geçerlilik için aradığı şekil şartından daha ağır bir **ispat şekli**ni aramaktadır: "*İmza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır*". Geçerlilik şekline uygun olarak yapılmış bir sözleşmenin delil niteliğine sahip olmamasının çelişkili bir durum yarattığı ifade edilmektedir. Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklıdır (TBK 16/2; eBK 15/c.2). Diğer bir ifade ile TBK 16/1'deki bu imkan, kambiyo senetleri açısından uygulanmamaktadır. Nitekim TTK 756 gereğince "**(1)** *Poliçe üzerindeki beyanların el ile imza edilmesi gerekir.* **(2)** *El ile atılan imza yerine, mekanik herhangi bir araç veya elle yapılan veya onaylanmış bir işaret veya resmî bir şahadetname kullanılamaz*". Bu hüküm TTK 778/1, (i) bendi uyarınca bonolar hakkında ve TTK 818/1, (s) bendi uyarınca çekler hakkında da uygulanır.

SORU 11. Tarafların kendi iradeleri bir sözleşmenin geçerliliğini yazılı şekle bağlamaları halinde de kanunda yasal

yazılı şekle ilişkin düzenlenen bu kurallar mı geçerli olacaktır?

Evet. Geçerlilik şartları kanundan kaynaklanmakla birlikte iradi olarak da geçerlilik şartı düzenlenmesi mümkündür. Bu durumda sözleşmenin geçerliliği, iradi olarak düzenlendiği şekle uygun yapılmasına bağlıdır. TBK 17 gereğince "*Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz (1). Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır (2)*". Açık hüküm olmasa da eBK döneminde de bu konu bu şekilde yorumlandığından, esasa ilişkin bir yenilik değildir.

SORU 12. Genel İşlem Koşulları (GİK) ne demektir? Yeni Türk Borçlar Kanununda ilk kez yer verilen Genel İşlem Koşulları daha önce Hukukumuzda yok muydu?

Kanuna göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken, ileride çok sayıdaki sözleşmelerde kullanma amacıyla taraflardan birinin tek başına önceden hazırlayıp diğer tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK 20/1, c.1). Alman Medeni Kanununun 305/I, 1 hükmünden yola çıkılarak yapılan daha başarılı bir tanıma göre ise Genel İşlem Koşulları, "*çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin (kullanan) diğer tarafa sözleşme (*kurulurken*) sunduğu sözleşme hükümleri*" olarak tanımlanmaktadır.

Yeni TBK'nın 20. Maddesinin gerekçesine göre: Aslında Borçlar Hukukunun temelini bireysel sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanununun 1 inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda

irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak, çağımızın sosyal ve ekonomik gelişimleri, kitlelere yönelik hizmet gereksinimini yaratmış ve bunlar için üretim zorunluluğu doğurmuştur. Buna bağlı olarak, bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan girişimciler, bireysel sözleşmenin kurulmasından önce **soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta, bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki hukukî işlemleri düzenlemektedirler. Önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için artık genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere, "tip sözleşme", "kitle sözleşme", "katılmalı sözleşme" ya da "formüler sözleşme" denilmektedir**. Kitlelere yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hatta çoğu zaman fiyat konusu bile tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, birey önüne konulan metin karşısında, sadece "evet" ya da "hayır" diyebilecek, buna karşılık, "evet, ama" seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve "evet, ama" deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır".

Eski Borçlar Kanunumuzda "genel işlem koşulları" düzenlenmemişti. Ancak bu, hukukumuzda, Genel İşlem Koşullarının olmadığı

anlamına gelmiyordu. Gerek öğretide, gerekse Yargıtay kararlarında; Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve Ticaret Kanunundaki bazı münferit hükümlerden yola çıkılarak koruma sağlanmaya çalışılıyordu. Daha çok emredici genel hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına ve dürüstlük kuralına dayanılmakta idi. Sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun yorumlanması (MK m.2) ilkesi ışığında Genel İşlem Koşullarının sınırlanması anlayışı, MK 2 çatısı altında Alman Hukukundaki ilkelerin, sınırlamaların öğretiye ve yargı kararlarına aktarılmasına sebep oluyordu: Sözleşme dengesi, kelepçeleme, sözleşmenin içeriğinin tek yanlı belirlenmesinin ancak belirli sınırlamalar dahilinde yapılabileceği, beklenmedik hükümler konulamaması gibi... Örneğin eski Ticaret K m.1266/II'de sigorta genel şartlarının zahmetsizce okunabilecek tarzda basılmış olması gerektiği düzenlenmekte ve aksi halde sigorta ettirenin zararına olan hükümler yerine kanun hükümlerinin geçeceği düzenlenmekte idi. Emredici genel hükümlere aykırılık yoluyla koruma sağlanan hükümler de vardı. Yine tekel konumundaki işletmelerin tekel konumunu kötüye kullanması, ya da tek taraflı GİK hükmünün diğer tarafın ekonomik yıkımına neden olması "ahlaka aykırılık sebebiyle butlan" hükmü ile koruma altına alınıyordu (eBK m.20/I) GİK'i imzalamak zorunda kalan tarafın, kısıtlı zaman içinde baskı altındaki psikolojik ortamda bu şartların anlam ve önemini bütünüyle kavrayamama durumuna düşecek olması karşısında gabinin (aşırı yararlanmanın) sübjektif unsuru olan tecrübesizlik koşulunun ve sömürülmenin gerçekleşmiş olduğu düşüncesi ile eBK 21'deki gabin hükümlerinin uygulanması düşüncesine de yol açmıştı. Nihayet Anayasa'da yer alan sosyal devlet ve eşitlik ilkelerinin, güçsüz, korunmaya muhtaç kişiyi güçlü taraf karşısında korumak üzere tedbirler alma ve sadece bir tarafın çıkarlarını koruyan tek yanlı kayıtları geçersiz kılma sonucunu doğurması gerektiği kabul edilmekte idi.

İkinci olarak 14.3.2003 tarihli 4822 sayılı Kanunla 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapılarak "Sözleşmelerdeki Haksız Şartlar" başlıklı maddede "haksız şart" tanımlandı: "*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır*"..

Tüm bu düzenlemeler kısmi koruma sağlıyordu, yukarıda sayılan münferit hükümlerin kapsamına girmeyen hallerde veya tüketici sözleşmesi olmayan sözleşmelerde tam bir kanuni koruma bulunmuyordu. Bunun üzerine yeni Türk Borçlar Kanununa 20-25. maddeler arasında hükümler yoluyla emredici düzenlemeler eklenmiştir. Böylece tüketici tacir ayrımı yapılmaksızın bütün tip sözleşmelere ya da formüler nitelikteki sözleşmelere Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddelerindeki Genel İşlem Koşullarına ilişkin emredici hükümler uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddelerinde düzenlenen GİK için hangi konudaki hükümlerin genel işlem koşulu sayılacağı yönünde bir liste verme yerine, her türden sözleşme hükmü, bu tanım kapsamına girdiği takdirde, genel işlem koşulu olarak kabul edilecek şekilde düzenleme yapılmıştır.

SORU 13. Bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı ya da yazı türü veya şeklinin farklı olması yahut da metinlerin özdeş olmaması; ya da metinin altına "bu sözleşme metninin okunduğu" ya da "müzakere edilerek imzalandığı" ifadelerinin el yazısı ile yazdırılıp imza ettirilmesi, bu hükümleri Genel İşlem Koşulu olmaktan çıkartır mı?

Genel işlem koşullarının, diğer tarafa sunuluş biçimi önemli değildir. Genel işlem koşulu olma açısından, bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü veya şekli, nitelendirmede önem taşımamaktadır (TBK 20/1,c.2). Madde gerekçesinde açıklandığı üzere bu düzenleme kapsamında, genel işlem koşullarının tamamının veya bir kısmının sözleşme metninde ya da ekinde değişik karakterlerle yazılmak suretiyle, bunların emredici yasal düzenleme kapsamı dışında bırakılması önlenmek istenmiştir".

Öte yandan aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez (TBK 20/2). Böylece sözleşme koşullarını dayatma konumunda olan tarafın, hazırladığı tip sözleşmelerde çağımızın teknolojik imkânlarından da yararlanarak, farklı yöntemler kullanarak, bunların tip sözleşme olmaktan çıktığını ve bu sözleşmelerin bireysel sözleşme olduğunu ileri sürmesi engellenmiştir. Kısacası, sözleşme metinlerindeki farklılıklar, birinci fıkradaki tanım kapsamında olmaları kaydıyla, sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu hükümlerine tabi olması bakımından önemsiz sayılmıştır.

Diğer bir konu da uygulamada birçok tip sözleşme metninde "sözleşmenin tüm hükümlerinin her birinin okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiği"ne ilişkin düzenlemeler yer almasıdır. Madde gerekçesinde açıklandığı üzere sözleşme sırasında imza ile birlikte ek düzenleme yapılarak, sözleşme metninin ve/veya GİK'in okunduğuna, anlaşıldığına ve bu yolla kabul edildiğine ilişkin açıklamaları içeren tutanaklar düzenlenmesi, çok sayfalı tip sözleşmelerde sayfalardan her birine katılanın yalnızca imza atması ya da bu türden açıklamalarla birlikte imza atması, hatta her maddenin ayrı

ayrı ya da bu tür açıklamalarla imzalanması da genel işlem koşullarına ilişkin emredici hükümleri dolanmaya yetmeyecektir. Çünkü yeni düzenleme ile böyle kayıtların tek başına GİK'e ilişkin emredici düzenlemenin uygulanmasını önleyemeyeceği emredici olarak hükme bağlanmıştır (TBK 20/3).

SORU 14. Genel İşlem Koşullarına dair sınırlandırma içeren bu hükümler, sadece özel kişiler için mi uygulanacaktır? Sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kurumlar ya da kamu tüzel kişileri, bundan müstesna mıdır?

"Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, **niteliklerine bakılmaksızın** uygulanır" (TBK 20/son). Genel işlem koşullarının tâbi olduğu emredici düzenleme açısından sözleşme ve koşullarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, uygulama farklılığı doğurmayacaktır, örneğin kamu kurum ve kuruluşları da yaptıkları özel hukuk sözleşmelerinde TBK 20-25 hükümlerine tabi olacaklardır.

SORU 15. Genel İşlem Koşulları kanun gereğince nasıl bir denetimden geçmekte ve geçerli olup olmadıklarına karar verilmektedir?

Genel İşlem Koşulları üçlü bir denetim aşamasından geçer. Bunlardan ilki genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dahil olup olmayacağına karar verilmesidir ki bu aşamaya "yürürlük denetimi denilir" (TBK 21-22). İkinci aşamada yürürlük denetiminden geçmek suretiyle "sözleşmenin içeriğine dahil olduğu" tespit edilen genel işlem koşulunun yorum yoluyla

denetlenmesine geçilir. Bu noktada yürürlükte olduğu kabul edilen Genel İşlem Koşullarının yoruma ihtiyaç gösterdiği hallerde düzenleyen aleyhine yorumlanması gibi yöntemlere başvurulur ki buna "yorum denetimi" adı verilir (TBK 23). Nihayet son aşamada bir genel işlem koşulunun geçerli olup olmadığı denetlenir ki buna "geçerlilik denetimi" adı verilir (TBK 25).

SORU 16. Genel işlem koşulu olmanın sonucu nedir? İşlem hemen geçersiz mi olmaktadır?

GİK olmanın hukuki sonucu hemen geçersizlik değildir. Yanızca bireysel sözleşmelerden farklı olarak GİK'e mahsus bazı geçersizlik sebepleri söz konusu olmaktadır: Bunlar da a) Yazılmamış sayılma, b) içerik denetimi sonucunda geçersiz kılınma c) düzenleyen aleyhine karşı taraf lehine yorum yapma şeklindedir.

SORU 17. GİK'in "yazılmamış sayılması" ne demektir? Hangi hallerde söz konusu olur?

Türk Borçlar Kanunu'nun birinci ve ikinci fıkralarında kullanılan "yazılmamış sayılır" şeklindeki ibareye, İsviçre Borçlar Kanunu ile Alman Medenî Kanununda yer verildiği görülmektedir. Bu yaptırım türü hukukumuza böylece ilk kez girmiş olmaktadır. Bu yaptırım türünün "yokluk" mu olduğu yoksa "kesin hükümsüzlük (butlan)" mü olduğu tartışmalıdır. Kural olarak yazılmamış sayılma, iki halde söz konusu olur:

a) Karşı tarafa açık ve özel bilgilendirme yapılarak onun kabulünün sağlanmamış olması: "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkânı

sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır" (TBK 21/1). Böylece bir sözleşmenin sağlıklı irade ile yapılmış olduğu kuralının tam aksi yönde bir karine kabul edilmektedir. Bunu ileri sürme bir süreye de tabi kılınmamış; karşı tarafın kendi menfaatine aykırı şartları kabul etmeyeceği yolunda bir karine kabul edilerek bunun her zaman ileri sürülmesine imkan verilmiştir. Eklemek gerekir ki bu karine ancak "karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşulları" için söz konusu olur ve yazılmamış sayılma olasılığı doğurur. O halde GİK'in karşı tarafın menfaatine aykırı olmadığının ispatına da kanımızca cevaz verilmelidir.

GİK'i sunan taraf, ya karşı tarafla müzakere edilerek sözleşmenin hazırlandığını ya da böyle olmasa bile karşı tarafın okuyup incelemesi değerlendirmesi için gerekli imkanların sunulduğunu ispat ederek karinenin aksini ispat edecektir.

b) Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı (sürpriz/ şaşırtıcı/beklenmedik) kayıtların yazılmamış sayılması:

Bir sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır (TBK 21/2). Gerekçede açıkça ifade edildiği üzere, TBK 20/1'deki karine ve aksini ispata imkan tanınmasından farklı olarak, **"bu nitelikteki genel işlem koşullarının, düzenleyence, bunlar hakkında açıkça bilgi verilip içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını engellemez".**

Amaç, GİK'i sunan tarafın, bu pozisyonu kullanarak o sözleşme ile bağdaşmayan sözleşmenin normal ve olağan amacıyla

ilgisiz hükümleri de karşı tarafa kabul ettirmek suretiyle menfaat sağlamasının engellenmesidir. Burada da yazılmamış sayılma, "karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşulları" için söz konusu olur.

Sürpriz şartların belirlenmesi yorum meselesidir. Haksız şartlar ile karıştırılmaması gerekir. Haksız şartlar (TBK 25), dürüstlük kuralına aykırı olarak GİK'e dercedilen orantısız ağırlıkta karşı tarafın aleyhindeki hükümlerdir. Ancak bunların GİK'te yer alması şaşırtıcı ya da beklenmedik değildir. Haksız şartın yaptırımı butlan iken, sürpriz şartın yaptırımı "yazılmamış sayılma" ne ise odur.

Maddenin gerekçesinde örneklendiği üzere uygulamada döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblâğın ödenebileceği genel işlem koşuluna sıkça rastlanmaktadır. Döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağan dışı sayılacağı için, bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da, carî hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yüklenimi olağan dışı bulunmuştur (BGE 49II185)". Bir kredi sözleşmesi metninde yer alan kredi verenin talebi halinde kredi alanın bazı alacaklarını kredi verene temlik edeceğine ilişkin hüküm de sürpriz şart niteliğindedir.

SORU 18. Yazılmamış sayılma halinde tip sözleşmede yazılmamış sayılan hükümler dışında kalan hükümlerin akıbeti ne olacaktır?

"Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur" (TBK 22/1). Bu sonuç, Hukukumuza yabancı değildir. Meselâ, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununun 1266 ncı maddesinin son fıkrasında, sigorta poliçelerinde okunamayan genel işlem koşulları yerine kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle, sözleşmelerin geçerli kalacağı esası benimsenmiş idi.

TBK 22/2 gereğince ise bir kısım hükümlerin yazılmamış sayılması halinde, GİK'i sunan taraf yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Oysa TBK 27/2 gereğince "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur". İşte TBK 22, c.2 ile bu ilkeye istisna getirilmektedir. Böylece sözleşmeyi düzenleyenin TBK 27/2 hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır.

SORU 19. Genel İşlem Koşulları arasında yoruma açık hükümler var ise sonuç ne olur?

Açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşulları, düzenleyenin aleyhine ve diğer tarafın lehine yorumlanır (TBK 23). "Bu esaslar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem koşullarının yorumlanması niteliğindedir. Nitekim, Roma hukukundan gelen "in dubio contra stipulatorem" (Sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır.

SORU 20. Uygulamada sıkça görülen GİK'i sunan tarafın tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme yetkisini kendisinde saklı tuttuğu hükümlerin akıbeti ne olacaktır?

Yeni getirilen düzenleme ile TBK 24 gereğince "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır". Genel işlem koşullarının, düzenleyen tarafından tek yanlı ve önceden hazırlanmış olması ve bunların TBK'nın 21 inci maddesindeki şartları taşıdığı için sözleşmenin kapsamına girmesi, bu sözleşmenin düzenleyen tarafından tek yanlı olarak değiştirebileceği anlamına gelmez. Sözleşmeyi tek yanlı, yani dilediği gibi değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yolu kapatılmış ve bu tür kayıtların yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür.

Tek yanlı değişiklik yapma yetkisi veren söz konusu hükmün GİK içinde olması gerekmez; ayrı bir sözleşmede kararlaştırılmış olsa dahi ya da değiştirme yetkisi asıl sözleşmenin yapılmasından daha sonra yapılmış olsa dahi geçersizliğe uğramaktan kurtulamayacaktır. Örneğin kredi veren Kuruma tek yanlı sözleşme faizini artıma yetkisi veren kayıtlar, GİK'i sunan tarafa tek taraflı borcun vadesini uzatma ya da alacağın vadesini kısaltma yetkisi veren kayıtlar, böyledir.

Maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere bu tür düzenlemeler de Hukukumuza yabancı değildir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6 ve 6/A maddelerinde de sözleşmedeki haksız şartlara ilişkin düzenlemeyle tüketicileri koruyucu nitelikte benzer

hükümlere yer verilmiştir. Aynı Kanunun tüketici kredisine ilişkin 10 uncu maddesinde, sözleşmede öngörülen kredi koşullarının sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Uygulamada, hemen hemen bütün tip sözleşmelerde, düzenleyenlere, böyle bir yetkinin verilmiş olduğu ve uyuşmazlık hâlinde bu düzenlemelere geçerlilik tanındığı göz önünde tutulduğunda, bu madde hükmünün önemi kendiliğinden anlaşılır.

Maddede söz konusu edilen kayıtlar, sadece düzenleyen lehine, diğer taraf aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarına ilişkindir. **Buna karşılık, diğer taraf lehine yapılacak değişikliklerin ya da yeni düzenlemelerin geçerli olduğu konusunda duraksama yoktur.**

SORU 21. GİK'te yer alan hükümler hangi hallerde "Haksız Şart" olarak nitelenmektedir ve bunun sonuçları neler olmaktadır?

"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz" (TBK 25). Bu hükümde genel işlem koşullarına ilişkin "içerik (ya da geçerlik) denetimi" düzenlenmektedir. Öğretide dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki GİK hükümleri "haksız şart" olarak isimlendirilmektedir.

Maddede yapılan düzenleme ile ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır. Burada salt "karşı tarafın menfaatine aykırı olma" değil; "dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde karşı tarafın

menfaatine aykırı olma" söz konusudur. Dürüstlük kuralına aykırı olmama, hakkın kullanılmasında ya da borcun ifasında değil sözleşme hükümlerinin konulmasında aranacaktır. Bu tür hükümlerin yaptırımı, kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Eklemek gerekir ki, GİK hükmü ahlaka aykırılık ya da kişilik haklarına aykırılık derecesinde bir düzeyde ise bu durumda ilgili hüküm TBK 27 gereğince kesin hükümsüz olacağından, TBK 25 gereğince içerik denetimine gerek kalmaz.

SORU 22. Kesin hükümsüzlüğe ilişkin hükümlerde esaslı bir değişiklik oldu mu?

TBK 26, 27 hükümlerinde eski 818 s BK 19, 20 hükümlerine nazaran esaslı bir değişiklik olmamıştır. 26. maddede düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşılmasının yaptırımı niteliğindeki 27. maddenin birinci fıkrasından, sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenebilmektedir. TBK 27'de, sözleşmenin kesin hükümsüzlük sebepleri ve sözleşmenin bazı hükümlerinin hükümsüz olması durumunda, kısmî hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı kuralı ile sözleşme özgürlüğü kuralının istisnası düzenlenmektedir.

SORU 23. Sözleşmenin bir tarafının karşı tarafın bilgisizliğini, tecrübesizliğini ve hiffetini (hafifliğini/düşüncesizliğini) sömürerek sözleşme yapmaya ittiği hallerde yani gabin (aşırı yararlanma) halinde sözleşmenin iptalinin söz konusu olduğu süreci düzenleyen hükümde ne gibi değişiklikler getirilmiştir?

"Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya

düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, **durumun özelliğine göre** ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini **ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini** isteyebilir" (TBK 28/1).

"Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini **öğrendiği**; zor durumda kalmada ise, bu durumun **ortadan kalktığı** tarihten başlayarak **bir yıl** ve **her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl** içinde kullanabilir" (TBK 28/2).

818 sayılı eski Borçlar Kanunundan farklı olarak maddenin birinci fıkrasında, aşırı yararlanma durumunda zarar görene, "sözleşmeyle bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini isteme" (iptal) yanında, **"sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme"** yani bir bakıma "uyarlama" hakkı da tanınmıştır. Öğretide, uyarlama esnasında orantısızlığın, düşük edimlerin artırılması kadar, yüksek edimlerin azaltılması şeklinde de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Ancak uyarlamayı talep hakkı tamamen keyfi değildir, zira "**durumun özelliğine göre**" yani kullanılmasına imkan varsa kullanılabilecektir. O halde yargı önünde karşı taraf durumun özelliğinin uyarlamayı haklı kılmayacağı yolunda itiraz ederse, sözleşmenin iptaline karar verilebilir. Uyarlama, edimlerin eşitlenmesi olarak da yorumlanamaz, diğer tarafın katlanmasının beklenebileceği ölçüye kadar orantısızlığın giderilmesi esastır.

818 sayılı Borçlar Kanununun 21 inci maddesinde öngörülen bir yıllık süre, eski kanunda sözleşmenin kurulduğu tarihten başlamakta iken, yeni BK düzenlemesine göre öğrenme veya zor durumun ortadan kalktığı tarihten başlayacaktır. Ayrıca yeni BK

ile zarar görenin sözleşmeyle bağlı olmama iradesini diğer tarafa açıklayabileceği beş yıllık azamî (mutlak) bir süre öngörülmüş ve bu sürenin başlangıcı, bütün durumlarda sözleşmenin kurulduğu tarih olarak benimsenmiştir. Buradaki süreler hak düşürücü sürelerdir.

SORU 24. Sözleşmenin yapılması sırasında bir tarafın iradesinin yanılma (hata), aldatma (hile) ya da (korkutma (ikrah) suretiyle bozulduğu haller söz konusu olabilir. Yeni Türk Borçlar Kanunu düzenlemesinde bu konularda değişiklik söz konusu mudur?

-Yanılma (hata hükümlerinde esaslı bir değişiklik ve yenilik söz konusu değildir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin karşılayan yeni 34. maddede sayılan hata halleri örnek kabilinden olup bu haller, maddede sayılan şekilde sınırlı olarak düzenlenmemiştir.

Maddenin gerekçesindeki açıklama şu şekildedir:

"*Maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde, sayılan esaslı yanılmada, yanılanın, sözleşmenin niteliğinde yanılması söz konusudur. Meselâ, (B)'nin evini satın almak isteyen (A)'nın, ona bu evi kiralamak istediğini açıklamasında olduğu gibi.*

Maddenin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinde öngörülen esaslı yanılma hâlinde ise, yanılan, sözleşmenin konusunda yanılmaktadır. Meselâ, (B)'nin otomobilini satın almak isteyen (A)'nın, sözleşme yapma iradesini onun deniz motorunu satın almak için açıklamasında olduğu gibi.

Maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde, yanılanın, sözleşme yapma iradesini gerçekte sözleşme yapmak istediği

kişiden başkasına açıklaması söz konusudur. Gerçekte (B) ile sözleşme yapmak isteyen (A)'nın, yanılarak, bu iradesini (C)'ye açıklamasında olduğu gibi.

Maddenin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde öngörülen esaslı yanılma hâlinde yanılan, sözleşmeyi yaparken belli bir kişiyi göz önünde tuttuğu hâlde, sözleşme yapma iradesini başka bir kişi için açıklamaktadır. Meselâ, belirli kişisel veya meslekî özellikleri olan (B) ile sözleşme yapmak isteyen (A)'nın, yanılarak, sözleşme yapma iradesini, bu özelliklerden yoksun olan ya da farklı özellikleri bulunmakla birlikte, aynı adı taşıyan (B) isimli başka bir kişiye açıklamasında olduğu gibi.

Maddenin birinci fıkrasının (5) numaralı bendinde ise, yanılanın, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklaması durumu düzenlenmiştir. Meselâ, yanılanın iradesini bin birim ürün yerine onbin birim ürün olarak açıklamasında olduğu gibi.

Sistematik yapısı ile metinde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur"

-TBK 32 (eBK 24/2) gereğince saikte yanılma ise, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma, esaslı sayılır. Aksi takdirde, saikte esaslı yanılma değil, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını engellemeyen, saikte âdi yanılma (âdi saik hatası) söz konusu olur. Maddede kullanılan "iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları" şeklindeki ibare, geniş

biçimde yorumlanmalı; iş hayatında sıkça karşılaşılan her türlü hukukî ilişkide geçerli olan dürüstlük kuralları anlaşılmalıdır.

-Yine TBK 35 hükmünde, önceden de öğretide aynı şekilde yorumlanmakla birlikte uygulamada karışıklığı önleyecek bir değişiklik söz konusu olduğu için kısmen yenilik diyebileceğimiz bir değişiklik vardır. TBK 35 inci maddesinin birinci fıkrasına göre yanılan, esaslı yanılmaya dayanarak sözleşmenin hükümsüz kalmasına sebep olursa, bunda kusurlu olması durumunda, kural olarak, diğer tarafın uğradığı olumsuz (menfi) zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı bildiği veya bilmesi gerektiği takdirde, yanılandan tazminat isteyemez. Maddenin ikinci fıkrasında ise, hâkimin, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, yanılanı diğer tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan olumsuz zararını aşabilmekle birlikte, **onun ifadan beklenen yararını, yani olumlu zararını aşmaması kaydıyla**, daha fazla tazminat ödemekle yükümlü kılacak bir tazminat kararı da verebileceği belirtilmiştir. Nitekim, uygulamada da durum bu yöndedir.

-Yine diğer bir irade bozukluğuna yol açan hal ise **korkutmadır**. TBK 38/1 hükmüne göre "Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır". Hükümde ikrah yerine korkutma ifadesinin tercih edilmesinin yanı sıra hükümde geçen tehdidin hedefi olan kişilerden söz edilirken, "**akrabaları**" yerine yeni düzenlemede "**yakınları**" olarak söz edilmesi, aslında şeklen bir yeniliktir. Zira eski Kanun döneminde de öğreti akraba ifadesini "yakın" olarak anlamakta idi.

SORU 25. Temsil ve yetkisiz temsile ilişkin eski Borçlar Kanununa nazaran değişiklikler söz konusu mudur?

-818 sayılı eski Borçlar Kanununun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında, yetkili temsilcinin "**diğer bir kimse nâmına**" yaptığı sözleşmeden doğan alacak ve borçların, "o kimseye intikal edeceği" öngörülmüş iken, yeni TBK 40/1 hükmünde burada doğrudan doğruya temsilin söz konusu olduğu göz önünde tutularak, yetkili temsilci tarafından "**bir başkası adına ve hesabına**" yapılan hukukî işlemin sonuçlarının, doğrudan doğruya temsil olunana ait olduğu belirtilmiştir. Eski BK döneminde de zaten hüküm bu manada yorumlandığından, ifadenin düzeltilmiş olması dışında esasa ilişkin değişiklik söz konusu değildir.

-TBK 47/2 gereğince "*Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir*". Burada tercih edilen "diğer zararlar" sözcükleri ile **üçüncü kişinin, kendisiyle hukukî işlem yapan yetkisiz temsilciden, ancak sözleşme geçerli olarak kurulmuş olsaydı istenebilecek olan olumlu zararlarının da, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, giderilmesini isteyebileceği kastedilmektedir**. Eski BK döneminde de zaten hüküm bu manada yorumlandığından, ifadenin düzeltilmiş olması dışında esasa ilişkin bir değişiklik söz konusu değildir.

2. Haksız Fiil ve Kusursuz Sorumluluk ile Sebepsiz Zenginleşme

SORU 1. Kusurlu olarak ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar verenlerin sorumlu olmaları için gerekli olan şartlarda ve ispat yükünde bir değişiklik söz konusu mudur?

TBK 49/1 gereğince, "***Kusurlu** ve **hukuka aykırı** bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür".* Yürürlükten kalkan eski eBK 41'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "**kasten veya ihmal sonucunda**", "**haksız bir surette**", diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahsın, o zararı tazmin etmek zorunda olduğu ifadesine yer verilmiş idi. Yeni düzenlemede, **kast ve ihmal kavramları açıkça kullanılmamış, bunun yerine kusur kavramı kullanılmıştır ki, nitekim kast ve ihmal, kusurun çeşitleridir.**

TBK 49/2 gereğince, "*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür (f.2)*".

Hükmü karşılayan eski Borçlar Kanunu'nun 41'inci maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, TBK 49/2 hükmünün başına "**Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile**" şeklinde bir ibare eklenmiştir.

Yine TBK 50 hükmünün önceki halinde yalnızca zararı ispat yükünden söz edilirken, yeni düzenleme "Zarar gören, zararını ve **zarar verenin kusurunu** ispat yükü altındadır" (TBK 50/1) şeklinde kaleme alınarak kusurun ispatına da yer verilmiştir. Önceki dönemde de aynı şekilde yorum yapıldığından esasa dair bir değişiklik yoktur.

SORU 2. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda tazminatın belirlenmesi nasıl olacaktır?

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun tazminatın belirlenmesine ilişkin düzenlenen 51.maddesine göre, "*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve **özellikle** kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler (1). Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür (2).*" Mülga

Borçlar Kanunun 43. maddesinde yer verilmediği halde, Yeni Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin 1. fıkrasında sorumlulukta ve tazminatın belirlenmesinde "*kusurun*" önem taşıdığı "*özellikle*" sözcüğünün kullanılması ile ifade edilmiştir.

SORU 3. Tazminatın indirilmesi mümkün müdür? Hangi hallerde tazminat indirilebilir?

Yeni Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde önceki Borçlar Kanunu'nun 44. maddesine karşılık gelecek biçimde ***"Tazminatın İndirilmesi"*** hüküm altına alınmıştır: "*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş, yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir (1). Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir (2)*" (TBK 52). Önceki düzenleme ile yeni düzenleme arasında esasa ilişkin bir fark yoktur. Zarar görenin zararı doğuran fiile razı olmuş olması veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş olması ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olması hallerinden birinin varlığında tazminatın indirilebileceği veya tamamen kaldırılabileceği hakimin takdirine bırakılmıştır. Adalet Komisyonu Raporu'na göre kanunun "*tazminatın indirilmesine ilişkin 52'nci maddesi gereğince, hafif kusurlu borçlunun ekonomik darlığa düşebileceği durumlarda, hakkaniyet onu gerektiriyorsa hâkim, tazminattan bir miktar indirebilecektir. Bir felâket telafi edilirken başka bir felâkete yol açılmamalıdır. Zarar görenin zarureti ile zarar verenin zarureti (darlığı) birleştiğinde hakkaniyet koşulu, indirimi önler. Ekonomik sıkıntıya (yoksullaşmaya) dayalı indirim hakkı, müteselsil*

borçlular yönünden kişisel def'i (savunma) oluşturabilir (Tasarı m.163). 52'nci maddenin ikinci fıkrası dışında, çokluğu (miktarın yüksekliğini) esas alan bir başka indirim hâli, özellikle bu bağlamda hakkaniyet sebebi ile indirim yoktur. Bu hükmün (m.52/II), insan zararlarında da (m.55/I) uygulanacağı tabiidir".

SORU 4. Tazminatın belirlenmesinde, ölüm ve bedensel zararlar gibi özel durumlar hakkında nasıl bir düzenleme getirilmektedir?

Haksız ve kusurlu bir biçimde verilen zarar, "ölüm ve bedensel zarar" ise tazminatın belirlenmesinde bir takım özel hükümler dikkate alınmalıdır. Yeni Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde **ölüm halinde** istenebilecek kalemler "**özellikle**" ibaresi ile; yani sınırlayıcı olmaksızın sayılmıştır. Söz konusu madde gereğince, ölüm halinde;

- Cenaze giderlerinin,
- Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpların,
- Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların

tazmin edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Eski Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme ile karşılaştırıldığında esasa dair bir değişiklik yoktur.

Bedensel zarar hali de, Yeni Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde;

- Tedavi giderleri,

- Kazanç kaybı,
- Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,
- Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar

olarak tek tek sayılmıştır. Eski Borçlar Kanunu'nda ise, bedensel zarara uğrayanın kısmen veya tamamen çalışma gücünün kaybedilmesinin yol açacağı kazanç kayıplarını, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarını ve kapsamı belirtmeksizin "**bütün masraflarını**" isteme hakkı tanınmış idi.

Eski Borçlar Kanunu'nda "bütün masraflar" deyimi kullanıldığı halde, Yeni Borçlar Kanunu'nda tüm masraflar deyimi kullanılmamakta zarar kalemleri tek tek sayılmaktadır. Buna karşılık bu sayımın sınırlayıcı (tahdidi) bir sayım değil; sınırlamadan örnekleme yolu ile (tadadi) olduğu madde metnindeki "**özellikle**" sözcüğü ile ifade edildiği için önceki düzenlemeye göre esaslı bir değişiklik olmadığı düşünülmektedir.

SORU 5. Yeni Borçlar Kanunu'nda eBK döneminde bulunmayan yeni bir madde ile düzenlenen "Destekten Yoksun Kalma Zararları" ile "Bedensel Zararlar" bakımından nasıl bir kural öngörülmüştür?

TBK 55 uyarınca, "*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır.* ***Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri*** *ile* ***ifa amacını taşımayan ödemeler****, bu tür zararların belirlenmesinde* ***gözetilemez****; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat,* ***miktar esas alınarak hakkaniyet***

düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz *(f.1). Bu Kanun hükümleri, her türlü* ***idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı*** *vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda[1] da uygulanır (f.2).*"

Yasa koyucu söz konusu madde ile destekten yoksun kalma ve iş göremezlik tazminatlarının takdir temelinden daha çok bağımsız bir yapı özelliği kazanmış metrik temele (tazminat metriğine) dayanmasını amaçlamış, bu zararların belirlenmesinde ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı yeni ve özel hükümler öngörmüştür.

Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malüllük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam-kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde, prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemeyecektir.

İnsan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ve ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur. Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir. Rücu

edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmamaktadır. Tazminata, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile yahut ifa amacı taşımayan diğer ödemelerle karşılanmayan zarar biçiminde bir yaklaşım, ne onun kaynağı ile ve ne de onun işlevi ile bağdaşmaz. Bu yönüyle sorumluluk (tazminat) hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasında bir mahiyet farkı bulunmaktadır. Öte yandan rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı olmadıktan başka, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi de yoktur. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemektedir.

İfa amacı taşımayan ödemeler, tazminattan indirilemeyecektir. Zarar veren yahut üçüncü kişi tarafından ödeme kastı dışında kalan saiklerle yapılan ödemeler (sözgelimi yardımlar ve benzerleri) denkleştirilemeyecektir.

Zarar görenin mamelekine yukarıda belirtilen türden dâhil olan ödemelere, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanınamaz. Tersine bir yaklaşım, sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmaz. Yasa koyucu bu tercihi ile farklı uygulamaları hak ekseninde bütünleştirmiştir.

Tasarının 49-52 hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan insan zararı kökenli tazminata, **hâkim, genel takdir hakkı (TMK m.4) yahut hakkaniyet (818 sayılı BK m.43) kurallarına dayanarak müdahale edemeyecektir. Tazminat, azlığından bahisle takdiren artırılamayacak ve çokluğundan bahisle takdiren indirilemeyecektir. Zarar görenin hafif kusuru ile müzayakaya düşmenin (yoksullaşmanın) bir arada**

gerçekleşmiş olması (Tasarının 52/II, 818 sayılı BK m.44) hâli ve Tasarının m.52/I hükmündeki özel hâller ile denkleştirme dışında, uygulamada adlandırıldığı şekliyle "çokluk indirimi/ hakkaniyet indirimi, yahut azlık artırımı/hakkaniyet artırımı" yolu kapatılmıştır. Yürürlükteki hukuka göre objektif veri ve ölçütler temelinde belirlenen tazminat (hakkı), iktisadi görünümü itibarıyla ayrıca bir mülkiyet hakkı karakterindedir. Bu yönüyle tazminat, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 1 Nolu Ek-Protokol'ün 1'inci maddesi kapsamında özel koruma görmektedir.

Bu maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen artırma veya azaltma yasağı, sorumluluk hukukunun öngördüğü hesaplama yöntemiyle ortaya çıkan miktarla ilgilidir. Başka deyimle, yöntemine göre belirlenen tazminatın çok az çıkması hâlinde artırılması ve çok yüksek çıkması hâlinde azaltılması durumuyla hâkimin bu yolla belirlenen miktara müdahale yetkisinin bulunmadığı vurgulanmaktadır. Bünyevi istidat, kaçınılmazlık, hatır taşıması gibi hesaplama yöntemiyle ilgili bulunmayan nedenler, hakkaniyet hukukunun gerekleri içinde elbette ki birer indirim nedenleridir. Düzenleme ile amaçlanan husus, yöntemince belirlenen tazminatın miktarı esas alınarak, azlığı yahut çokluğuna dayalı bir takdir hakkının bulunmadığı hususudur. Bilirkişi raporlarının sorumluluk davalarındaki delil işlevi diğer davalardakinden farklı değildir. Hâkim tazminat hesabında temel alınan varsayımları, yöntemleri ve hesap işlemini denetleyebilir. Ayrıca tazminat hesabına ilişkin bilirkişi raporu, diğer davalarda olduğu gibi sorumluluk davalarında da hâkimi bağlamaz.

SORU 6. Bedensel bütünlüğün zedelenmesi ve ölüm hâlinde manevî tazminat nasıl belirlenmektedir?

Yeni TBK m.56 gereğince, "Hâkim, bir kimsenin **bedensel bütünlüğünün zedelenmesi** durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene **uygun bir miktar** paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir (1). **Ağır bedensel zarar** veya ölüm hâlinde, **zarar görenin** veya ölenin **yakınlarına** da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir (2)".

Önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47'nci maddesinde ise hâkimin, bir kimsenin hukuka aykırı olarak "***cismanî zarara uğraması veya ölmesi durumunda***" zarar görene ya da ölenin ailesine "***adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebileceği***" öngörülmüş idi. Böylece TBK 56/1 yönünden esasa dair bir değişiklik yoktur.

Buna mukabil yeni düzenleme ile öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, hâkimin **sadece ölüm hâlinde değil, ağır bedensel zararlarda da zarar görenin** yakınlarına, manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceği kabul edilmiştir.

Ayrıca, eBK'da, ölüm hâlinde, "**ölenin ailesi**" yararına olmak üzere manevî tazminata karar verilebileceği öngörüldüğü hâlde, TBK 56/2'de "**ölenin yakınları**" yararına olmak üzere manevî tazminata karar verilebileceği belirtilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Ancak bu noktada uygulamada bir fark olmayacaktır. Zira aile kavramı önceki Kanunun uygulaması döneminde de akrabalığa ilişkin bir belirleme olarak kabul edilmiyor, "yakın" olarak (bir kimsenin ölümü ile gerçekten üzülmüş olan yani onunla samimi münasebetleri olan kimseler) kabul görüyordu.

SORU 7. Yeni TBK'nın 58.maddesinde düzenlenen kişilik haklarının zedelenmesi halinde uğranılan manevi zarara karşılık olmak üzere talep edilen manevi tazminat ile 56.maddesinde düzenlenen bedensel bütünlüğün zedelenmesi ve ölüm hâlinde istenen manevi tazminat arasında hangi bakımlardan farklılıklar bulunmaktadır ? Bu konuda bir yenilik söz konusu mudur?

TBK'nın 58. maddesinde "*kişilik hakkının zedelenmesi*" halinde uğradığı manevi zarara karşılık kişinin manevi tazminat adı altında bir miktar para talep edilebilmesi hüküm altına alınmıştır. eBK'nın "*hakimin manevi tazminatın miktarını tayin ederken **tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını** da dikkate alacağını*" düzenleyen 49/2 fıkrası Yeni TBK'da yer almamıştır. Zira hâkim tazminat miktarını belirlerken, "hâl ve mevkiin icabını / durumun gereğini"; yani **saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevî kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış ve herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı** görüldüğünden madde metninde yer almamıştır.

SORU 8. Haksız rekabet ne demektir? Türk Ticaret Kanunu'nda detaylı düzenlenmesine rağmen, Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenlenen bu kurum kimler için uygulanmaktadır? TBK'daki hükümde bir değişiklik olmuş mudur?

Rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile uygulamalar "haksız

rekabet" olarak ifade edilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere haksız rekabetten söz edilebilmesi için aldatıcı veya iyi niyet kurallarına aykırı davranışların bulunması gerekmektedir. TBK 57 gereğince, "***Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması,*** *ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir (1).* ***Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır(2)".***

Türk Hukuku'nda haksız rekabet, farklı iki kanun içinde; hem Türk Ticaret Kanunu'nda (m.54-63), hem de yeni Türk Borçlar Kanunu'nda (m.57) düzenlenmiştir. Haksız rekabet fiilinin tacir olmayanlar arasında gerçekleşmesi halinde Türk Borçlar Kanunu 57. maddesi hükmüne göre dava açılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu m. 57'ye göre haksız rekabetin gerçekleşebilmesi için gerçeğe aykırı haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması, yahut dürüstlük kaidelerine aykırı sair hareketler ile bu fiiller ve onlara maruz kalan kimsenin müşterilerinin azalması veya müşterilerini kaybetmek korkusuna maruz kalması gerekmektedir. Dürüstlük kaidelerine aykırı şekilde davranışlar nedeniyle müşterileri azalan veya azalma tehlikesine maruz kalan kimse, rekabetin men'i ve uğradığı zararın tazmini için dava açma hakkına sahiptir. Burada görüldüğü üzere haksız rekabetin varlığı halinde dava açabilmek için birtakım koşulların varlığı gerekir. Haksız rekabet sonucu müşterileri azalmayan, yahut müşterilerini kaybetme tehlikesine maruz kalmayan bir kimsenin Türk Borçlar Kanunu m. 57'den yararlanması ve haksız rekabet davalarını açabilmesi mümkün değildir.

Böylece ticari işlere ait haksız rekabet, ticari işlere ait olmayan haksız rekabet ayrımı eleştirilere rağmen mevzuatta yerini korumaktadır. Bunun sonucu olarak ticari işlerde ortaya çıkan haksız rekabet halleri TTK hükümlerine, adi işlerdeki haksız rekabet halleri ise TBK 57 hükmüne tabi olmaktadır.

Önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 48/f.1 maddesinde kullanılan "**yanlış ilanlar" şeklindeki ibare**, iletişim teknolojisinde meydana gelen gelişmeler göz önünde tutularak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda "**gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması**" şekline dönüştürülerek **hükmün kapsamı genişletilmiştir**. Borçlar Hukuku anlamında, haksız rekabet ile ilgili olarak kanun maddesi metninin günümüz Türkçe'sine uygun hale getirilmesi dışındaki tek değişiklik budur.

SORU 9. Bir kişinin birden fazla sebeple sorumlu olması halinde, zarar veren hangi sorumluluk sebebine göre sorumlu tutulacaktır?

"*V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu /1. Sebeplerin yarışması*" başlıklı yeni Türk Borçlar Kanunu 60. madde hükmüne göre "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa, **hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe**, zarar görene **en iyi giderim imkânı** sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*".

Yalnız bazı esaslar için bir sebebe diğer bazı esaslar için diğer sebebe dayanılmasına imkan yoktur. Öğretide, davacının davasını dayandırdığı esası belirlemiş olduğu hallerde, BK 60 hükmüne rağmen, hakimin daha elverişli gördüğü diğer esasa göre zararın tazminine karar veremeyeceği ifade edilmektedir. Buna göre davacı

dayandığı sebebi açıkça zikretmişse, BK 60 gereğince burada artık zarar görenin aksini istemiş olduğu hal var kabul edilerek davacı talebine göre karar verilmelidir. Sözgelimi hırsızın çalıp kendi eşyasının bütünleyici parçası yaptığı şeyi, mağdur olan eski malik haksız fiile göre veya sebepsiz zenginleşmeye göre geri isteyebilir. Eğer davacı açıkça haksız fiile dayanmışsa, sebepsiz zenginleşmeye göre karar verilmemeli; davacı sebep belirtmemiş, sadece iade/ tazminat istemiş ise hakim elverişli yolu kendi belirleyebilmelidir. Ancak davacının dayandığı esasın şartlarının gerçekleşmediği, buna karşılık diğer esasın şartlarının gerçekleştiği anlaşılır ise, hakimin hukuku re'sen uygulayacağı kuralı ve BK 60 gereğince, şartları mevcut olan diğer esasa göre karar verilebileceği yolunda bir görüşün savunulabileceği de ifade edilmiştir.

SORU 10. Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, bu kişiler nasıl sorumlu olacaklardır?

Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde müteselsil sorumluluk bahis konusu olur. Yeni Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumluluk "Dış İlişkide" ve "İç İlişkide" olmak üzere 61. ve 62. maddelerde hüküm altına alınmıştır.

TBK'nın 61. maddesi, "*Birden çok kişi **birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları** takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*" şeklinde olup eBK ile aynı düzenlemeyi içermektedir. eBK'da "*birden çok kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları hal*" için "***eksik teselsül***", "*birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri hal*" için

de "***tam teselsül***" şeklinde yapılan ayırım kaldırılmak suretiyle, eski Borçlar Kanunu'nun ikili teselsül sistemi terk edilmiş ve her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip, aynı hükümlere tâbi tutulmuştur.

Dış ilişkide, birlikte bir haksız fiil işleyenler, (azmettiren, fail, yardımcı fail vs.) sıfatlarına bakılmaksızın müteselsilsen zararın tamamındansorumludurlar. Ancak zararın tamamından sorumluluk, zararın tümünün mutlaka tazmin edileceği anlamına gelmez (Örneğin birlikte kusur indirim sebebidir, TBK 51,52). Müteselsil sorumlulardan birinin yaptığı ödeme oranında diğerleri de sorumluluktan kurtulur (TBK 166/2).

SORU 11. İç ilişkide, müteselsil sorumluların kendi aralarındaki rücu ilişkisi nasıl gerçekleşecektir? Önceki mevzuata göre ne gibi değişiklikler vardır ve bu uygulamaya nasıl yansıyacaktır?

Yeni Borçlar Kanunu'nun 62. maddesine göre, "*Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur (1).* "Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur (2)."

Madde metnine göre aynı zarardan sorumlu olan müteselsil borçlular arasında tazminatın paylaştırılmasında, bütün durum ve koşulların, özellikle onlardan **her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı** ve **yarattıkları tehlikenin yoğunluğu**nun (yani zarar vermeye elverişlilik (uygunluk) durumunun) göz önünde tutulması gerekmektedir.

Mülga Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin ikinci fıkrasında aynı zarardan değişik hukukî sebeplerle sorumlu olan kişilerin, birbirlerine hangi sıraya göre rücu edebilecekleri düzenlenmiştir. Ancak Yeni Borçlar Kanunu'nun 62. maddesinde, aynı zarara birlikte sebep olanlar veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu bulunanlar arasında, tazminatın nasıl ve hangi esaslara göre paylaştırılacağı; müteselsil sorumluların birbirlerine ne zaman ve hangi ölçüde başvurma hakkına sahip olacakları düzenlendiği için, rücu sırasına ilişkin ilgili hüküm[1] Yeni Borçlar Kanunu'nun 62. maddesine alınmamıştır. Bu durum kusursuz sorumluk esasına göre sorumlu olanların ödediği tazminat için kusur sorumlusuna rücu etmesi kuralının geçerli olup olmadığı noktasında tereddüt uyandırmıştır. Adam çalıştıranların sorumluluğu ile hayvan bulunduranların sorumluluğuna ilişkin TBK 66/4 ile 67/3 dikkate alınarak kanun koyucunun amacının mevcut prensipte değişiklik yapmak olmadığı kabul edilmelidir[2].

Ayrıca belirtelim ki, rücuda teselsül cereyan etmez; herkes kendisine düşen payı oranında sorumlu olur (TBK 167/2). Meğer ki rücu taraflar arasındaki farklı bir sözleşmeye ya da kanun hükmüne dayansın; bu halde o özel hükümler uygulanır (Örneğin TMK 468/3'te rücu farklı bir usule tabidir.).

Ekleyelim ki, Karayolları Trafik Kanunu, Türk Sivil Havacılık Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Sosyal Güvenlik Kanunu gibi birçok özel düzenleme söz konusu olup müteselsil sorumluluğa

1 Mülga 818 s BK m.51/2 şöyle idi: "*Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur*".

2 Nomer, s.152.

ilişkin farklı esaslar söz konusu olabilmektedir. Bu durumlarda özel hükümler uygulanır.

SORU 12. Yeni Borçlar Kanunu'nda hukuka aykırılığı kaldıran haller bakımından bir yenilik var mıdır?

TBK 63 hükmüne göre, "*Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz (1). Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz (2)*".

Bu hüküm önceki Borçlar Kanunu'nda yoktu. Ancak bu düzenleme bir yenilik sayılamaz; zira Türk Medeni Kanunu'nda aynı içerikte bir hüküm olduğundan, önceki dönemde de uygulama aynı şekilde idi. TBK 64 gereğince ise, "*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz (1). Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler (2). Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz (3)*".

SORU 13. Kusursuz sorumluluk nedir? Kusursuz sorumluluk halleri Yeni Borçlar Kanunu'nda nasıl düzenlenmektedir?

Sorumluluk hukukunda kural kusurlu davranıştan sorumluluktur. Kusurlu olmayan davranışla verilen zarardan kural olarak sorumluluk söz konusu olmaz. Ancak kanun bazı hallerde kusur olmasa bile, istisnaen zarara yol açan davranış ya da olgu nedeniyle sorumluluk öngörülür. (TBK'da yer alan adam çalıştıranın, hayvan bulunduranın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu böyledir).

Kusursuz sorumluluk, sorumluluk için kusurun (kastın, ağır ya da hafif ihmalin) şart olmadığı sorumluluk türüdür. Kusursuz sorumluluk halleri Yeni Borçlar Kanunu'nda "Hakkaniyet Sorumluluğu", "Özen Sorumluluğu", "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme" başlıkları altında gösterilmiştir. Bazen uygun nedensellik bağı olmak kaydıyla objektif özen yükümlülüğüne aykırılık, bazen yapılan faaliyet ya da işletilen araç ya da işletme sebebiyle yaratılan tehlike, bazen bir şeye sahip olmak kusura dayanmasa da sorumluluğa yol açmaktadır. Kusursuz sorumluluk, TBK dışında da birçok özel mevzuata konu olmuştur [Motorlu araç işletenlerin sorumluğu (KYTK), çevreyi kirletenin sorumluluğu (Çevre K.) gibi...]

SORU 14. Ayırt etme gücü olmayanlar (gayrimümeyyizler) verdikleri zararlardan sorumlu mudur?

Ayırt etme gücü olmayanların iradesi olmadığına göre, bu kişilerin kusurundan da söz edilemez. Ancak ayırt etme gücü olmayanların hukuka aykırı şekilde zarar vermeleri halinde, bazı koşullar varsa, bu kişiler kusursuz sorumluluğa tabi olmaktadırlar. Yeni Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi, "*Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.*" şeklinde olup

önceki Borçlar Kanunu'nun "Temyiz Kudretini Haiz Olmayanların Mesuliyeti" başlıklı 54. maddesini karşılayan yeni bir maddedir. Yeni düzenlemede bir fark olmayıp ayırt etme gücünden yoksun olanların (yani kusurlu olmaları söz konusu edilemeyecek kişilerin) hakkaniyet sorumluluğuna tâbi oldukları ifade edilmektedir.

Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği sırada verilen zararlardan sorumluluk ise, TBK 59'da şöyle düzenlenmiştir: "*Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur*". Ancak ekleyelim ki ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispatlasa bile, TBK 65 gereğince koşulları var ise, hakkaniyet esasına göre kusursuz sorumlu tutulabilir.

SORU 15. "Adam Çalıştıranların Sorumluluğu" konusunda Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda ne gibi değişiklikler söz konusudur?

Önceki Borçlar Kanunu'nun 55. maddesini karşılamakta olan Yeni Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi, "*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür (1). Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (2).* ***Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür*** *(3).* ***Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat***

sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir(4). şeklinde olup adam çalıştıranın başkalarına verdiği zararla ilgili olarak kusursuz sorumluluk halini düzenlemiştir.

Önemli değişikliklilerden biri, önceki Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan "*yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile, zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.*" şeklindeki hüküm, nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu göz önünde tutularak madde metnine alınmamıştır. Bu değişiklik üzerine şöyle bir tartışma söz konusu olmuştur: Kural olarak nedensellik bağını mağdur ispat etmek zorunda iken, BK m.55'te nedensellik bağının bulunmadığını ispat eden adam çalıştıran sorumluluktan kurtulabilmekte idi. Bu hüküm ile ispat yükünün adam çalıştıranda olduğu kuralı mevcut idi. Bu fıkra hükmü madde metninden çıkartılınca, acaba ispat yükü yer değiştirdi mi sorusu ortaya çıkmıştır. Bir görüş ispat yükünün yer değiştirmediği (objektif özen yükümlülüğüne aykırılık halinde zarar doğmuşsa nedenselliğin mevcut olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiği, aksini iddia eden adam çalıştıranın ispat etmesi gerektiği) yönünde iken, diğer görüş ispat yükünün yeni düzenleme ile birlikte yer değiştirdiğini savunmaktadır.

Üçüncü fıkra eski Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. İşbu fıkrada; sahibi olduğu işletmede adam çalıştıranın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat edemezse, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu durumda işletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıran, maddenin ikinci fıkrasından yararlanamayacaktır.

Maddenin son fıkrasında çalıştıranın, zararı vermiş olan çalışana rücu hakkı düzenlenmektedir. Eski Borçlar Kanunu'nda istihdam edenin zarar veren çalışana rücu hakkı olduğu düzenlenmiştir; ancak yeni Borçlar Kanunu'nda rücu hakkının kapsamı, zararı vermiş olan çalışanın bizzat sorumlu tutulacağı miktarla sınırlandırılmıştır.

SORU 16. "Hayvan Bulunduranların Kusursuz Sorumluluğu" konusunda ne gibi değişiklikler vardır?

Yeni TBK 67 hükmüne göre hayvan bulunduranın giderim yükümlülüğü şöyle düzenlenmiştir: "**Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi**, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür(1)". Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz (2). Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır (3).

TBK 68. maddeye göre ise, "Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir(1). Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır(2).

TBK 67/1'de, **bir hayvanın bakım ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi**nin, kural olarak hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Böylece, eski Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, "**hayvan bulundurma**" **kavramına açıklık** kazandırılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, bir olağan

sebep sorumluluğuna tâbi olan hayvan bulunduranın, objektif özen borcunu yerine getirdiğini ispat ettiği takdirde, sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 56'ncı maddesinin birinci fıkrasında, ayrı bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmiş görünen "yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile, zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur." şeklindeki hüküm, nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu göz önünde tutularak, madde metnine alınmamıştır. TBK 68 hükmünde ise esasa dair bir değişiklik yoktur.

SORU 17. Yeni TBK ile "Yapı Malikinin Kusursuz Sorumluluğu" hakkında getirilen yenilikler nelerdir?

Eski Borçlar Kanun'da "Yapı Malikinin Sorumluluğu" başlığı altında düzenlenen madde, Yeni Borçlar Kanunu'nun 69. ve 70. maddelerinde, "*Giderim Yükümlülüğü*" ve "*Zarar Tehlikesini Önleme*" kenar başlıkları ile ayrı ayrı düzenlenmektedir.

"Giderim Yükümlülüğü" kenar başlıklı 69. madde, "Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür (1). **İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar(2).** Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır (3)." şeklindedir. Maddede yapı malikinin, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğu ve bu sorumluluğun yaptırımı olan giderim yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Bir binanın ve diğer yapı eserlerinin malikinin sorumluluğu bakımından her iki Kanun arasında bir fark bulunmamaktadır.

Ancak maddenin ikinci fıkrası, eBK'da yer verilmeyen, yeni bir hüküm olup **intifa ve oturma hakkı sahiplerinin, sadece binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan** (yoksa yapımındaki bozukluklardan değil), malikle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmalarını hüküm altına almıştır.

"*Zarar Tehlikesini Önleme*" kenar başlıklı 70. madde, "Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir. (1). Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır (2)." şeklindedir. Düzenlemede eBK'ya göre bir değişiklik yoktur.

SORU 18. Eski Borçlar Kanunu'nda yer almayıp yeni Türk Borçlar Kanunu ile ilk kez ilkesel olarak bir düzenlemeye kavuşturulan tehlike sorumluluğu ne demektir? Hangi hallerde, kimler, nasıl sorumlu olurlar?

Eski Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan yeni bir maddedir. Yeni Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinde, "*Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur (1). Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda* ***benzeri*** *tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır (2). Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır (3).* ***Önemli ölçüde***

tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, *zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle* ***denkleştirilmesini*** *isteyebilirler (4).*" şeklinde düzenlenmiştir.

Maddede "*önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetleri*" ile ilgili olarak doğan zararlarda kusursuz sorumluluk halinin "genel ilkesi" düzenlenmiştir. Buradaki tehlike sorumluluğu kapsamına herhangi bir tehlikeli ürün ya da eşya değil; "tehlikeli olan işletme" girmektedir. Bu madde kapsamına işletme tanımına; ticari işletmelerin, esnaf işletmelerinin ve kamu tüzel kişilerine ait işletmelerin gireceği kabul edilmektedir. Ekleyelim ki her tehlike arz eden işletme değil; "önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme" söz konusu olmalıdır.

Maddenin ikinci fıkrasında söz konusu işletmelerin tarifi yapılmış; ayrıca herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletmenin de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme olacağı belirtilmiştir. İşbu maddeye göre, bir işletme ve tesisin hangi koşullarda "önemli ölçüde tehlike taşıyan bir işletme" olduğunun saptanmasında, işletmenin, ne tür bir işletme olduğu, neyi ürettiği veya yaydığı; işletilmede kullanılan araç ve gereç ile taşıdığı fiziksel ve kimyasal gücün ne olduğu; sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olup olmadığı, zararı doğuran etkenlerin, işletmenin veya tesisin kendisine özgü niteliğiyle ilişkili olup olmadığı değerlendirilmek gerekir. Örnek olarak; fabrikalar, yüksek gerilim hatları, baz istasyonları, petrol ve türevleri üretim ve depolama yerleri, benzin istasyonları, havai fişek ve patlayıcı madde üretim ve depolama yerleri, maden ocakları, siyanürle altın ve gümüş çıkarma

işletmeleri, demiryolları, hava araçları, motorlu araçlarla taşımalar, metro, teleferik, petrol ve doğalgaz boru hatları, askeri eğitim yerleri sayılabilir. Örneğin Petrol Kanunu uyarınca, petrol çıkarmadaki tehlike sorumluluğuna ilişkin özel düzenleme (Petrol K 86/b.2), bir başka aynı işletmesel tehlike taşıyan benzeri maddenin çıkarılması bakımından -özel düzenleme olmasa da- uygulanacaktır. Böylece kusursuz sorumluluk kıyasen genişletilebilir olmuştur.

Diğer yandan tehlike, işletmenin niteliğinden (fonksiyonundan) kaynaklanmalıdır. Patlayıcı madde imali böyledir. Ama mobilya imalathanesinde patlayıcı madde bulundurulmuş, ya da pazarlanmışsa tehlike sorumluluğu (TBK 71) söz konusu olmaz. Yine ürünlerin yol açtığı tehlike de, tehlikeli işletme ya da işletilmedeki tehlikeden farklıdır. İşletmenin üretip ortaya çıkardığı ürünler zarar doğurmaya yatkın olsalar bile, burada TBK 71 değil, "üreticinin sorumluluğu" alanında kalan farklı bir sorumluluk esası söz konusu olur.

Sorumlu tutulan kişiye gelince, işletme sahibinin mutlaka işletmenin tüm malvarlığı değerlerine sahip olması gerekmez. Öte yandan işletme sahibi yanında işletenin de sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İşletmeyi kira sözleşmesi, yönetim (management) sözleşmesi ile çalıştıran veya kayyım olarak atanan gerçek ya da tüzel kişiler işletendir. İşletmede hizmet ya da vekalet sözleşmesi ile çalışanlar ise, tehlike sorumluluğu ile sorumlu olmayacaktır.

Bu noktada cevaplandırılması gereken bir soru ise, işletme ile ilgili olarak ruhsat veya gerekli izin vs. alınması halinde tehlike sorumluluğu ortadan kalkar mı? Maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkeye göre, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arz eden

bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar.

Maddenin 3.fıkrasında "Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır" denilmiş olmakla, özel yasalarda, benzeri tehlikeler taşıyan işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse (Çevre Kanunu uyarınca çevreyi kirletenin sorumluluğu gibi) özel yasalardaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Maddenin 4.fıkrasında düzenlenen "Hukuken izin verilmiş ve kurallara uygun faaliyetlerden doğan zararlardan sorumluluk" meselesi oldukça tartışmalıdır. Öğretide çoğunlukla bu madde düzenlemesinde hata yapıldığı savunulmakta; önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin yasal izinleri almış olması halinde de, yine kusursuz sorumlu olacağı, ancak tüm tazminatı ödemekten sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Fıkrada geçen "uygun bedelle denkleştirme ifadesi" öğretide şu şekilde yorumlanmaktadır: Bir görüşe göre bu maddede "fedakarlıkların denkleştirilmesi ilkesine göre sorumluluk kastedilmiştir" denilmektedir. Bu görüş savunulursa yeni bir hukuka uygunluk nedeni yaratılmış olur. İkinci görüşe göre buradaki denkleştirme ifadesi "fedakarlıkları denkleştirme" manasında değil; yasal faaliyete rağmen haksız fiil sonucu zarara yol açan işletme sahibinin veya işletenin tazminat sorumluluğunun indirilmesi manasında yorumlanmalıdır. Pratik fark fedakarlıkların denkleştirilmesinde daha az bir sorumluluk miktarına hükmedilecek iken, denkleştirme tazminatın indirilmesi olarak değerlendirilirse, bu durumda daha az indirilmiş bir tazminat miktarına hükmedilebilecektir.

Ekleyelim ki eğer işletme yasal izinlere sahip olmaksızın işletilirken zarar doğarsa, işletme sahibi veya işleten bundan ötürü kusursuz da olsa (mesela ağır hasta iken veya başkaca önleyemeyeceği bir sebeple zarar doğmuş ise) sorumlu olacaktır ve ayrıca TBK 71/4 gereğince indirim de söz konusu olmayacaktır.

SORU 19. Haksız fiil hükümlerinde zarar görenin sorumluluğu ve rücu sorumluluğu açısından zamanaşımı süreleri nasıl düzenlenmiştir?

TBK 72 gereğince, "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak **iki yılın** ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak **on yılın** geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır (1). Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir(2)" şeklinde olup önceki Borçlar Kanunu'nun 60.maddesini karşılamaktadır. Her iki kanun maddesi arasındaki önemli fark, önceki Borçlar Kanunu'nda **bir** yıllık olan zamanaşımı süresinin **iki** yıla çıkarılmasıdır.

Rücu İstem başlıklı 73. madde; "Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (1). Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar (2)." şeklinde olup **eBK'da bu maddenin**

karşılığı yoktur. İşbu maddede rücu isteminin tâbi olduğu zamanaşımı süreleri ile bu sürelerin başlangıç anı düzenlenmektedir.

Rücu hakkı ile bir alacak veya tazminattan ortaklaşa ve zincirleme sorumlu olanlardan biri veya birkaçı, alacaklıya "tam ve eksiksiz" ödemede bulunmuşlarsa ve alacaklının hiçbir alacağı kalmamışsa, ödemeyi yapan sorumlu veya sorumlular, öteki sorumlulardan payları oranında istekte bulunma hakkını elde ederler. TBK'nın 62. maddesinde ise, müteselsil sorumlunun "iç ilişkide" kendisine düşen paydan fazla ödeme yapmış olması halinde rücu hakkının mevcut olduğu düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, kendisinden tazminat istenen kişinin, bu durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirim yükü altında olduğu; **bildirmezse** zamanaşımının, bu bildirimin **dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte** işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Bu durumda zamanaşımının başlangıç anı, maddenin birinci fıkrasında öngörülen tazminatın tamamının ödendiği tarih değil, bu bildirimin yapılması gereken tarih olacaktır.

SORU 20. Hâkimin tazminat hükmünü sonradan değiştirme yetkisini kararda saklı tutması mümkün müdür? Koşulları nelerdir?

eBK'nın 46/2 hükmünde kullanılan "***hükmün tefhimi tarihinden itibaren*** *iki sene zarfında, hâkimin, tetkik salâhiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır*" şeklindeki ibare, TBK 75. maddesinde "*hâkim,* ***kararın kesinleşmesinden başlayarak*** *iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, söz konusu iki yıllık sürenin, hükmün kesinleşmesine kadar geçecek süre içinde sona ermesi tehlikesi ortadan kaldırılmıştır.

Adalet Komisyonu Raporu'na göre, "*Hüküm, hareketin sonuç unsurunun "cismani zararın" belirginlik ve kesinlik kazanamadığı hâllere münhasırdır. Özellikle temadi eden ve sabitlik derecesine ulaşmamış cismani zarar hâli bu gruba girer. Bu durum, hareketin farklı zamanlarda, birden fazla sonuç doğurduğu hâllerle karıştırılmamalıdır. Sözgelimi, bir darbe sonunda doku zararı gören elde meydana gelen cismani sakatlıkta, birinci yıl bir parmağı, ikinci yıl eli, üçüncü yıl kolu kesilmiş olması durumunda her cerrahi müdahale ayrı bir sonuç oluşturup hareket unsuru tek olmasına karşın her sonucun (ameliyatın) meydana geldiği tarihte ayrı bir haksız fiilin var olduğu (olayımızda üç haksız fiil) açıktır. Zarar gören, talep yığılması içinde, talepleri yığma ya da müstakil dava yoluyla üç ayrı yahut bileşik dava ikame edebilecektir*".

SORU 21. Uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar gören, yargılamanın sonunu beklemek yerine geçici ödeme yapılmasını talep edebilir mi?

Yeni Borçlar Kanunu'nun 76. maddesinde, "geçici ödemeler" düzenlenmekte olup önceki Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, yeni bir maddedir. TBK'nun 76.maddesi; "*Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir (1). Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir* (2)" şeklindedir. Bu yeni düzenlemeyle, örneğin, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak

durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır. Hakimin işbu madde kapsamında zarar görene geçici ödeme yapılmasına karar verilebilmesi için; zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

SORU 22. Sebepsiz zenginleşme nedir? Bu konuda bir yenilik getirilmiş midir?

Sebepsiz zenginleşme en basit tanımıyla, bir kişinin haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmesi halidir. Sebepsiz zenginleşme, geri verme yükümlülüğü doğurur (TBK 77). Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur. Kendisini borçlu zannederek borçlusu olmadığı bir borcu ödeme, rüzgarın bir tarladaki samanı diğer tarlaya uçurup oradaki samanlarla karışmasına neden olması, ifa edilen bir borcun dayandığı sözleşmenin geçersiz olması ya da bağlı olduğu şartın gerçekleşmemesi veya sözleşmeden dönülmesi buna örnektir. Bu hallerde malı alan ya da emekten yararlanan kişinin, malvarlığı değerlerinde ortaya çıkan artışının (ya da pasifinin azalışının) haklı bir nedeni yoktur. Bu nedenle, sebepsiz şekilde zenginleştiği bu değeri iade etmek yükümlülüğündedir.

eBK'nın 61'inci maddesinde, "Haklı bir sebep olmaksızın **âharın zararına mal iktisap eden kimse**, onu iadeye mecburdur" denildiği hâlde, öğreti ve uygulamada ortaya çıkan yeni anlayışa

uygun olarak TBK'da "Haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya **emeğinden zenginleşen**, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür" şeklinde yeni düzenleme yapılmıştır.

eBK'da yer alan "başkasının zararına" kavramının metinden çıkarılması, artık "fakirleşmenin" bir koşul olarak aranıp aranmayacağı noktasında tartışmaya yol açmıştır. ***Bir görüşe*** göre, **önceki metinde geçen bu ifadeler yerine yeni kanunda *"zenginleşen"*** ve ***"hak sahibi"*** **ifadelerinin kullanılmış olmasından farklı bir sonuç çıkarılamaz. Zira, Yeni Kanun'da "zarar" ve "zarar gören" ifadelerinin kullanılmamasının sebebi, haksız fiilden farklı bir borç sebebi olan sebepsiz zenginleşme için bu kuruma özgü terimler kullanılmak istenmesidir. Yoksa fakirleşme şartının kaldırılması amaçlanmamıştır.**

Görüleceği üzere, madde metninden başkasının zararına ifadesi çıkartılırken, "emeğinden zenginleşme" ibaresi ise eklenmiştir. Bu ilave, esasa dair bir yenilik olmayıp önceki Kanun döneminde de yorum yoluyla emekten zenginleşme kabul edilmekte idi. Örneğin her ikisi de badanaya ihtiyaç gösteren evlerden 7 numaralı daireyi badana etmek üzere anlaşan boyacının, yanlışlıkla 8 numaralı dairenin duvarlarını badana etmesi halinde, 8 numaralı dairenin sahibi de boyacının emeğinden sebepsiz zenginleşmiştir.

TBK 78 hükmüne göre ise, "Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir (1). Zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez (2)". Bu iki fıkra önceki düzenleme ile aynı içerikte olup **önceki BK 62'de yer almayan yeni bir fıkra eklenmiştir: "***Borç olmadığı hâlde*

ödenmiş olan edimin geri istenmesine ilişkin diğer kanun hükümleri saklıdır" **(TBK 78/3)**.

Sebepsiz zenginleşmede iadenin kapsamını düzenleyen iyiniyetli ve kötüniyetli zenginleşenin iade borcunun kapsamı hakkındaki TBK 79 hükmü ile masraflara ilişkin 80. madde hükümlerinde esasa dair bir değişiklik yoktur.

Diğer bir yenilik, hukuka ve ahlaka aykırı amaçla verilen şeyin iadesi noktasındadır: TBK'nın 81. maddesinde, hukuka veya ahlâka aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeyin geri istenememesi düzenlenmektedir (TBK 81/c.1). Maddenin birinci cümlesi, 818 sayılı BK'nın 65. maddesinin birinci fıkrasını karşılamakta olup esasa dair bir hüküm değişikliği yoktur. Maddenin ikinci cümlesinde ise, önceki BK'da yer verilmeyen, yeni bir hüküm öngörülmektedir. Buna göre, **hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenememekle birlikte, bu konuda bir dava açılmışsa, davanın reddine karar veren hâkim, dava konusu şeyin davalıda bırakılmasını uygun görmezse, bunun Devlet'e mal edilmesine de karar verebilir**.

Son olarak sebepsiz zenginleşmede iade talebi için öngörülen zamanaşımı sürelerinde bazı değişiklikler olmuştur: TBK 82/1 gereğince, "*Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak **iki yılın** ve her hâlde **zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak** on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*". 818 sayılı önceki BK 66'dan farklı olarak **bir yıllık** alt zamanaşımı süresi **iki yıla** çıkarılmıştır. Bununla birlikte, aynı maddede sebepsiz zenginleşme talepleri için üst limit olan on yıllık üst zamanaşımı süresi korunmuştur. Ancak 10 yıllık üst (çerçeve) zamanaşımı

süresinin başlangıç zamanında farklılığa gidilerek; **zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren** uzun zamanaşımının işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. eBK'da ise, bu sürenin doğduğu tarihten itibaren, yani zenginleşme olayı ve zenginleşen kişinin öğrenilmesinden itibaren başlayacağı düzenlenmekteydi.

3. Borç İlişkisinin Hükümleri (İfa)

SORU 1. Sözleşmesel (akdi) faiz alanında yapılan değişiklikler nelerdir, bu değişiklikler nasıl uygulanacaktır?

Belli bir süre paradan mahrum kalmanın karşılığı ve medeni semeresi olarak basitçe tanımlanabilecek olan faiz, özellikle para borçlarında söz konusu olur. Faiz borcu ya sözleşme ile kararlaştırılır (akdi faiz) ya da doğrudan doğruya kanuna (kanuni faiz) dayanır.

Anapara faizi (kapital faiz), sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi bazen kanundan doğan anapara faizi de söz konusu olabilir. Sözgelimi (a), (b)'ye yıllık % 25 faiz ödemek kaydıyla ödünç para verdiğinde, sözleşmesel anapara faizi söz konusudur. Sözleşme ile kararlaştırılan anapara faizinin oranı sözleşme ile belirlenmiş olabileceği gibi, oran kararlaştırılmamışsa kanun tarafından da belirlenebilir (TBK m. 88/1) ki bu ikinci halde sözleşmesel anapara faiz oranının kanunla belirlenmesi söz konusudur. Kanuna dayanan anapara faizine örnek ise Türk Ticaret Kanunu m. 20, c.2 hükmüdür: "*Ayrıca, tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır*".

Temerrüt faizi (TBK m.120) ise anapara faizinden farklıdır. Temerrüt faizi para borçlarında temerrüt halinde söz konusu olur. Anapara faizi olsa da olmasa da temerrüt faizi, koşulları varsa

istenebilir. Temerrüt faizi kural olarak kanundan doğar; yani kararlaştırılmasa bile istenebilir. Buna mukabil kanundan doğan temerrüt faizinin oranı, sözleşme ile belirlenebileceği gibi; sözleşme ile oran belirlenmemişse kanuni temerrüt faizi oranları uygulanır (3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun).

Yeni TBK madde 88 hükmü anapara faizini düzenlemektedir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunundaki (eBK) düzenlemeden tamamen farklı yeni bir düzenleme yapılmıştır. TBK madde 88/1 hükmünde "anapara faizinin oranının sözleşme ile kararlaştırılmadığı hallerde uygulanmak üzere sözleşmesel anapara faizi oranının kanun tarafından belirlenmesi" söz konusudur: "***Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir***". *Böylece maddede* -ister sözleşme ile kararlaştırıldığı isterse kanunda öngörüldüğü için olsun- anapara faizi ödenmesi gereken hallerde bu oranı belirlemek üzere 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna gönderme yapılmıştır.

TBK 88/2 madde hükmünde ise "sözleşme ile kararlaştırılan anapara faizi oranına bir üst sınır" çekilmiştir: "***Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz***". Gerekçeye göre, emredici nitelikteki bu hükümle uygulamada sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında, borçluların korunması amaçlanmıştır. Öğretide ise faizin çok yüksek belirlendiği hallere ilişkin, aşırı yararlanma (gabin) veya ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık gibi hukuki imkânları kullanmak mümkün olmasına rağmen sözleşme serbestisinin bu şekilde sınırlandırılmasının doğru olmadığı görüşleri bulunmaktadır.

Kanunun faiz için öngördüğü azami sınırı aşan sözleşmeler, azami sınır üzerinden yapılmış sayılır (Türk Ticaret Kanunu 1530/1; 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu m.1466).

Ekleyelim ki, genel hüküm mahiyetinde olan TBK 88 hükmüne nazaran bu hükmü etkisiz kılan **özel hükümler var ise bu özel hükümler öncelikle uygulanır**:

- Tüketici işlemi niteliğindeki taksitle satışlar ile tüketici kredilerinde temerrüt faizi, akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçemez (4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/A; 10/2, f; 10A/1, 2).

- Banka ve kredi kartlarında, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, azami akdi faiz ile gecikme faizi oranlarını tespit etmeye yetkilidir. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundaki sınırlama, kredi kartları için uygulanmaz (Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 26.

- Aynı şekilde Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu, faktoring ve finansman şirketlerinin uygulayacakları faiz oranlarına sınırlama getirmeye yetkilidir (ÖPVİ-KHK m. 13/2; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 168/D-a)

- Ayrıca tüketim ödüncü TBK madde 387 hükmü ile şu şekilde düzenlenmiştir. "*Ticari olmayan tüketim ödüncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez (f.1). Ticari tüketim ödüncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir (f.2)*". TBK 388 gereğince ise "*Tüketim ödüncü sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır (f.1). Sözleşmede aksine bir hüküm*

yoksa, belirlenen faiz, yıllık olarak ödenir (f.2)".

- **TBK 88 hükmünün yalnızca adi işler için mi bir genel sınırlama getirdiği, yoksa ticari işler bakımından da bir sınırlama getirip getirmediği tartışmalıdır:** Türk Ticaret Kanunu m. 8/1 gereğince, "Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir." Madde **gerekçesinde** ticarî işlerde faiz oranının serbestçe tayin olunacağının, Türk Ticaret Kanununda temel bir ilke olarak yer aldığı, ancak bugün aynı ilkenin ticarî olmayan (âdi) işlere uygulanan faiz için de geçerli sayıldığı, ticarî işlerde temel bir kanun olarak Türk Ticaret Kanunu'nun konuyu düzenlemesi gereken yer olduğu, bu sebeple, bu hükmün 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda olduğu gibi ticarî işlere özgülendiği açıklanmıştır. **Öğretideki bazı görüşlere göre** TBK 88'deki sınırlama ticari işler için de geçerli olmalıdır; aksi halde TBK hükmünün uygulama alanı çok daralır ve kanun koyucunun ulaşmak istediği amacın çok dışında bir yorum yapılmış olur. Aksini savunan görüşe göre ise ne TBK madde 88/2, ne de temerrüt faizi bakımından 120/2 hükümlerindeki azami hadler ticari işler için uygulanamaz. Aksine yorum Türk Ticaret Kanunu m. 8 hükmüne aykırı olur.

Taraflar, faiz oranını belirlememişlerse, o takdirde faiz oranı nasıl belirlenir?

"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gerektiği halde, taraflar faiz miktarını sözleşme ile belirlememişlerse, o takdirde faiz miktarı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerine göre belirlenir. [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 6102 sayılı Türk *Ticaret Kanunu'nda da, bu hal için herhangi bir oran belirtilmemiş, ilgili mevzuata göndermede*

bulunulmuştur (TBK 88/1; Türk Ticaret Kanunu m. 9)

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un, 1 Mayıs 2005 tarihinde yürürlüğe girmek üzere değiştirilen 1. maddesi gereğince "kanuni faiz oranı *yıllık yüzde on ikidir.* Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir. Bakanlar Kurulu, bu oranı 1 Ocak 2006 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık *yüzde dokuza* indirmiştir".

Dikkat: TBK m. 88'deki akdi faize ilişkin sınırlama tüketici işlemlerinde de uygulanır mı?

Türk Ticaret Kanunu m. 8 serbestçe kararlaştırılacağını hükme bağladığı ticari işler bakımından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki sınırlamaları saklı tutmuştur. Bu hallerde TKHK' daki sınırlara uyulacaktır. TKHK'da ise bazı işlemler (taksitle satımlar) yönünden temerrüt faizine sınırlama getirilmiştir. Diğer bir deyişle akdi faize ilişkin bir sınırlama TKHK'da bulunmamaktadır. O nedenle akdi faiz hangi hükümlere tabi ise o Kanunu uygulamak gerekir. Tüketici işleminin tarafı satıcı ve sağlayıcı olduğuna göre tüketici için bu iş akdi faiz noktasında ticari iş niteliğindedir. O sebeple de akdi faize ilişkin kurallar da Türk Ticaret Kanunu tarafından belirlendiğine göre Türk Ticaret Kanunu m. 8 uygulanmak; yani oranın serbestçe belirlenmesi gerekir. Elbette yukarıdaki ticari işler hakkında da TBK madde 88 ve madde 120'deki sınırlamaların ticari işlere de uygulanacağı kabul edilirse, bu noktada aksine bir yorum yapılması da mümkün olabilir. Ancak TKHK'daki hükmün temerrüt faizini sınırladığını unutmamak gerekir.

Yıllara göre kanunî faiz oranı:	
4 Ekim 1926'dan 19 Aralık 1984'e kadar	% 5
19 Aralık 1984'ten 1 Ocak 1998'e kadar	%30
1 Ocak 1998'den 1 Ocak 2000'e kadar	% 50
1 Ocak 2000'den 1 Mayıs 2005'e kadar	reeskont oranı
Reeskont oranları	
1 Ocak 2000'den 1 Temmuz 2002'ye kadar	% 60
1 Temmuz 2002'den 1 Temmuz 2003'e kadar	% 55
1 Temmuz 2003'ten 1 Ocak 2004'e kadar	% 50
1 Ocak 2004'ten 1 Temmuz 2004'e kadar	% 43
1 Temmuz 2004'ten 1 Mayıs 2005'e kadar	% 38
1 Mayıs 2005'ten 1 Ocak 2006'ya kadar	% 12
1 Ocak 2006'dan itibaren	% 9

SORU 2. Yabancı para borçlarının faizi nasıl belirlenecektir?

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 4/a maddesi gereğince *"(Ek: 3678 - 14.11.1990)* ***Sözleşmede daha yüksek akdî veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde,*** *yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır"*. Bu oranlar Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın internet sitesinde ilan edilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Kamu Bankalarının "uygulayacaklarını bildirdikleri" en yüksek oranların değil; "fiilen uyguladıkları" en yüksek oranların hesaplamada baz alınması gerektiğidir.

SORU 3. Para borcunun ifa edilmemesinin bir sonucu olan temerrüt faizi bakımından ne gibi değişiklikler yapılmıştır?

TBK 120nci madde ile temerrüt faizine ilişkin eBK 103üncü maddeye nazaran esaslı değişiklik yapılmıştır.

- **Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa ve akdi faiz de söz konusu değil ise;**

TBK 120/1 gereğince; *"Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine (**3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin** Kanun **m.2'**ye) göre belirlenir".*

Faize ilişkin düzenlemeler yapan 3095 sayılı Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2/1inci maddesine göre, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece, geçmiş günler için 1inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. *Bahsi geçen birinci maddeye göre;*

"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde dokuz oranı üzerinden yapılır.

Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir".

- **Akdi faiz mevcut ise;**

Sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamış olsa bile kapital faiz kararlaştırılmış olabilir. İşte bu halde **TBK madde 120/3** gereğince, *"Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur".*

Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmış ise; **TBK 120/2** gereğince, *"Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen (3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m.2'ye göre belirlenen) yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz"*. Oysa eBK hükümlerine göre, taraflar temerrüt faizi oranını serbestçe belirleyebilmekteydi. Kararlaştırılan oranın aşırı derecede yüksek olması durumunda, hâkim faizi cezai şartta olduğu gibi takdir hakkını kullanarak veya kişilik haklarına aykırılık ya da ahlaka aykırılık gerekçeleriyle indirebilmekteydi.

Bazı tüketici sözleşmeleri bakımından ise TKHK hükümlerini değiştiren 6.3.2003 ve 4822 sayılı Kanun ile temerrüt faizi sözleşme faizinin % 30 fazlası ile sınırlanmıştır: Taksitle satış (m. 6/A), kampanyalı satışlar (m. 7), tüketici kredisi (m.10) ve kredi kartı (m. 10/A).

Ticari işlerde temerrüt faizi nasıl hesaplanmaktadır? Ticari işlerde temerrüt faizi oranı serbestçe kararlaştırılabileceği gibi, kararlaştırılmamış ise 3095 sayılı Kanun m.2 uygulanır; zira Türk Ticaret Kanunu m. 9 gereğince *"Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır"* hükmü mevcuttur

Faiz oranı sözleşme ile kararlaştırılmamış ise: *ticarî işlerde temerrüt faizi oranı* sözleşme ile kararlaştırılmamış ise kural olarak 3095 sayılı Kanunun 1inci maddesindeki esasa göre belirlenir (şimdilik % 9).

Fakat Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı,

yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur (3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 2/2).

Ayrıca *"temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz"* (3095 sayılı Kanun m.2/son).

Ekleyelim ki, **Türk Ticaret Kanunu m. 1530/7** gereğince, "*Bu madde hükümleri uyarınca alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hâllerde uygulanacak* ***faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her yıl ocak ayında ilan eder****. Faiz oranı, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda* ***öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olmalıdır***".

Türk Ticaret Kanunu m. 1530/6 gereğince "*Gecikme faizi ödenmeyeceğini veya ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğini, alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zarardan borçlunun sorumlu olmayacağını veya sınırlı bir şekilde sorumlu tutulabileceğini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik durumunda yedinci fıkra uygulanır*".

Faiz oranı sözleşme ile kararlaştırılmış ise; taraflar ticari işlerde 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun

m.2/1 veya 2/2'de belirtilen bu oranlardan daha yüksek veya daha düşük temerrüt faizi kararlaştırmış olabilir ki bu halde "kararlaştırılan oran" uygulanır.

TBK 120/2 hükmündeki temerrüt faizi için getirilen azami haddin, yalnızca adi işler için öngörüldüğü, ticari işler için ise faiz oranı, bu arada temerrüt faiz oranı da serbestçe belirleneceğinden (Türk Ticaret Kanunu m. 8), bu sınırlamanın ticari işler yönünden geçerli olmadığı görüşü baskındır.

- **Ticari işler bakımından TKHK'daki istisnai hükümlerin saklı olması**

Türk Ticaret Kanunu m. 8/3 gereğince, "*Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır*". Bu hükme aykırı olarak işletilen faiz yok hükmündedir. Buradaki yokluk terimini kesin hükümsüzlük olarak anlamak gerekir. Söz konusu istisnai hükümler; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6, 6A (taksitli satışlar), m. 7 (kampanyalı satışlar), m. 10/2, m. 10/A (tüketici kredisi).

- **Adi/ticari iş ayrımına bağlı olmaksızın özel hükümlerin varlığı halinde 3095 sayılı Kanunun değil ilgili özel hükümlerin uygulanması**

- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m.26/4 hükmü gereği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen ve gecikme faizi oranının, akdi faiz oranının %30'unu geçmeyeceği yönündeki azami sınır, kredi kartları için uygulanmaz.

-Kat mülkiyetinde gider ve avans payının tamamını ödemeyen kat maliki ödemede geciktiği günler için aylık % 5 hesabıyla gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür.

-Gününde ödenmeyen işçi ücretleri bakımından –tarafların bildirdikleri bankalar tarafından- mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır (İş Kanunu m.34/1). İşe iade davalarındaki boşta geçen süreye dair ücret ve diğer haklar için İş Kanunu m. 34 uygulanır iken, işe başlatmama tazminatına kanuni fazi uygulanır. Toplu iş sözleşmelerine dayanan eda davalarında temerrüt faizi bakımından özel hüküm bulunmaktadır (Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lovavt Kanunu m. 61).

-Ödenmemiş kamulaştırma alacaklarında mahkeme kararının kesinleşmesi dönemine kadar kanuni faiz, kesinleşmeden sonra için ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 46/4 uyarınca kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanacağı hakkında Yargıtay uygulaması bulunmaktadır.

-Abone olarak elektrik kullanan kişilerin temerrüdü halinde ilgili Yönetmelik'teki gecikme faizi uygulanır iken, kaçak olarak kullananlar yönünden kanuni faizin uygulanacağına dair Yargıtay uygulaması bulunmaktadır.

SORU 4. Faize faiz (mürekkep/bileşik faiz) yürütülebilir mi?

3095 sayılı Kanun m. 3 gereğince "*Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez (f.1)*".

3095 sayılı Kanuna göre "Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır (m.3 f.2)". Aslında ticari işlerde kural olarak bileşik faiz yürütülemez; ancak bu kuralın istisnası olan Türk Ticaret Kanunu m.8/2 hükmü gereğince "***Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı**, yalnız **cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş***

niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde *geçerlidir. Şu şartla ki, bu fıkra,* ***sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz****".*

Sözleşenleri tacir olan kişilerin ticari işi gereğince cari hesap tutuluyor ise ya da tüketim ödüncü borçlu taraf bakımından da ticari iş niteliğinde ise bu hallerde üç aydan az olmamak faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesine dair anlaşmalar geçerlidir. Türk Ticaret Kanunu m. 8/4 gereğince "*Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı olarak işletilen faiz yok hükmündedir*".

Buna karşılık, anapara faizine, temerrüt faizi yürütülür (TBK 121/1; eBK 104/1): "*Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür (f.1). Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, ceza koşulu hükümlerine tabi olur (f.2). Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez (f.3)*".

Fakat banka ve kredi kartı uygulamasından doğan borçlarda, temerrüt hali de dahil olmak üzere, bileşik faiz uygulanmaz (Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 20/3).

SORU 5. Borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse borç ne zaman ödenecektir?

TBK 91'de (eBK 75'te) borcun ifa zamanının ay olarak belirlendiği haller bakımından açıklık olmayan durumlar için yorum kuralları getirilmiştir. TBK 91/1 hükmünde önceki düzenlemeye nazaran değişiklik yoktur: "*Borcun ifası için bir ayın başlangıcı veya sonu belirlenmişse, bundan ayın birinci ve sonuncu günü; ayın ortası belirlenmişse, bundan da ayın onbeşinci günü anlaşılır".*

Yenilik TBK madde 91/2 hükmü ile olmuş ise de önceden de kabul gören bu düzenleme esasa dair yenilik sayılmaz: *"Borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse, bundan o ayın son günü anlaşılır"*.

SORU 6. Yabancı para borcunun ödenmesi ya da ödemede temerrüde düşülmesi bakımından bir değişiklik söz konusu mudur? Borçlu TL olarak ödeme yapabilir mi? Yaparsa hangi kur esas alınır? Borçlu temerrüde düşmüş ise TL bazında ödeme yapılabilir mi ya da bu hal söz konusu ise hangi kur esas alınacaktır?

Eski Borçlar Kanunu m. 83 hükmünü karşılayan TBK madde 99 hükmünde ülke parası dışında borcun ödenmesine ilişkin kurallara yer verilmektedir. TBK 99'un madde gerekçesinde ilginç bir şekilde *"Metinde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur"* ifadesine yer verilmiş ise de yapılan değişiklikler esasa dair olduğu yönünde yorumlar yapılmakta olup kanunun değiştirilmesi gerektiği ifade olunmaktadır. Zira önemli sonuç farklılıklarına yol açabilecek anlamlar çıkarmaya müsait bir kanun metni söz konusudur. Bu sebeple söz konusu hüküm eleştirilmekte ve tartışmalara yol açmaktadır:

- **Temerrüt olgusu söz konusu değil iken (normal ifa zamanında) yabancı para borcunun ifası:**

TBK madde 99/2 gereğince *"Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, **ödeme günündeki** rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir"*.

-Bu hüküm, yabancı para borcu söz konusu olan hallerde aynen ödeneceği (efektif olarak) kaydı yoksa –eski Kanunda da olduğu gibi- borçluya dilerse yabacı para üzerinden dilerse TL üzerinden ödeme yapma imkanı veren bir seçimlik hak tanımaktadır. Önceki düzenlemede şimdiki düzenlemeden farklı olarak borçlu dilerse yabancı para ile dilerse "vade" tarihindeki kur üzerinden ödeme yapabilir idi.

- **Normal ifa zamanının geçirilmiş olması ve/veya temerrüt halinde yabancı para borcunun ifası:**

Yeni TBK madde 99/3 hükmü ise yabancı para borcunda temerrüt olgusunu düzenlemektedir. Buna göre "*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, **borcun ödeme gününde** ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının **aynen** veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir*". eBK madde 83/son'da ise "*(Ek Fıkra: 3678 - 14.11.1990) Yabancı para borcunun **vadesinde ödenmemesi** halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiilî ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir*" şeklinde bir düzenleme vardı.

Bu madde hakkında öğretide farklı yorumlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre: TBK 99/3'te ödeme günü, vade günü ve fiili ödeme günü olarak üç sözcük kullanılmıştır. Bu durumda ödeme günü ne demektir? Vade midir? Fiili ödeme günü müdür? Eğer ödeme günü vade günü anlamında kullanılırsa hükümde bir değişiklik söz konusu değil demektir ki, bu da tüm yapılan övgülerin gitmesi demektir. Gerekçe de bunu desteklemektedir. İkinci anlam ise fiili ödeme gününün kastedilmiş olmasıdır. Bu durumda fiilen ödeme gününde

ödenmeyen bir borçtan mantıken söz edilemeyeceğine göre madde uygulanamaz hale gelecektir.

Buna karşılık öğretideki bir diğer görüş, "ödeme gününde = vadesinde" ödenmeme halinde, alacaklının isterse aynen isterse vade tarihindeki isterse de fiili ödeme günündeki kur üzerinden ödemeyi isteyebileceğini savunmaktadır. Vadesinde borcunu ödemeyip temerrüde düşen borçlunun ödeme yaptığı zamanda döviz kuru düşük ise döviz ile ödemeyi seçmesi, döviz kuru yüksek ise bu kere TL kurunu seçmesi karşısında alacaklı yalnızca işine gelen tarihi (vade veya fiili ödeme günü) seçebiliyordu, aynen ödeme isteyemiyordu. Artık temerrüt üzerine kullanılacak seçim hakkı tamamen alacaklıya geçmektedir. Oysa önceki düzenlemede çoğunluk tarafından temerrüt halinde paranın cinsini seçme hakkının alacaklıya geçmediği, aksine borçlu TL'yi seçerse alacaklının kur konusunda seçim yapabileceği savunulmuştu.

Kur ifadesi ile neyin kastedildiği konusunda ise; Bir görüşe göre efektif kur, diğer görüşe göre döviz kuru esas alınmalıdır. Başka bir görüş ise nakit ödemeler için efektif, nakit dışı ödemelerde döviz kurunun esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Alacaklının zarar etmemesi için satış kuru esas alınmalıdır.

SORU 7. Borçlu, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahip midir? Aksine anlaşma yapılabilir mi?

TBK 100/1, c.1 maddesi, "*Borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir*" hükmünü haiz olup karşılık gelen eski BK madde 84/1 hükmüne nazaran değişiklik yoktur. Ne var ki TBK'da farklı olarak yeni bir cümle eklenmiştir: "*Aksine anlaşma yapılamaz*".

Hükmün amacı, anapara ve faizler veya gider borcu muaccel ve ihtilafsız ise TBK madde 84/1 gereğince alacaklı yapılacak kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir. Ancak alacaklı buna rağmen kabul ederse, mahsubun alacaklı lehine olacak şekilde yapılması ve alacaklının menfaatleri korunmak istenmiştir. Eski düzenlemeden farklı olarak hüküm emredici olarak düzenlenmiştir.

SORU 8. Alacaklı temerrüdü ne demektir? Bu konuda yeni düzenlemede nasıl bir yenilik vardır?

Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur (TBK 106/1; eBK 90), ki buna "alacaklı temerrüdü" denilmektedir. Alacaklı temerrüdü halinde, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için duruma göre borç konusu şeyi tevdi ya da bazı mallar için satılıp bedelini tevdi yükümlülüğü söz konusu olmakta, yapma borçları bakımından ise sözleşemeden dönme imkanı tanınmaktadır (Bkz. TBK 107-111).

TBK 106/2 hükmü, 818 sayılı eski BK'da yer verilmeyen yeni bir düzenlemedir. Buna göre "*Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur*". Gerekçeye göre "*müteselsil borçlulardan birinin usulüne uygun bir ifa önerisi, haklı bir sebep olmaksızın alacaklı tarafından reddedilirse, diğer müteselsil borçluların da aynı edimi alacaklıya yeniden ifa önerisinde bulunmaktan kurtarılmaları amaçlanmıştır*".

Usulüne uygun borcun ifasını kabul etmek bir borç ise alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdü ile aynı zamanda da gerçekleşebilir

(örnek taşınır satımında TBK 232; hizmet sözleşmesinde işverme TBK 408) . Öte yandan "Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır (TBK 593/2). TBK 114/2 yollaması ile TBK 52/1 gereğince alacaklı temerrüdü neticesinde borç konusu şeyi muhafaza zorunluluğunda kalan borçlunun, eşyanın zarara uğraması yüzünden sorumluluğu söz konusu olduğunda, bu sorumluluğu daha az şiddetle takdir olunur.

SORU 9. Sözleşmesel sorumluluğa ilişkin olarak "borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi" şeklinde düzeltilen ifade ile eski kanun metnine nazaran bir değişiklik yapılmış mıdır?

TBK 112 gereğince "*Borç hiç veya gereği gibi ifa **edilmezse** borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*". eBK'nın 96ncı maddesinde "hiç veya gereği gibi ifa edilememe" şeklindeki ibare, geçmişte bu hükümde ifa imkansızlığı düzenlenip düzenlenmediği tartışmalarına yol açmıştı. Yeni metindeki "*hiç veya gereği gibi ifa **edilmezse***" şeklindeki düzeltme ile artık bu hükmün sözleşmesel aykırılıklar halinde uygulanacak temel norm olduğu vurgulanmış oldu.

Madde gerekçesinde açıklandığı üzere, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda, alacaklının ifaya olan menfaatinin (olumlu zararının) karşılanması amaçlanmıştır. Maddede borçlunun, "kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe" borca aykırılık nedeniyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Burada, borca aykırı davranış söz konusu olduğu için, 4721 sayılı Türk Medenî

Kanunu'nun 6 ncı maddesinde öngörülen genel ispat kuralından farklı olarak kusursuzluğunu ispat yükü, tazminat sorumluluğundan kurtulmak isteyen borçluya yükletilmiştir.

4. Borcun İfa Edilmemesinin Sonuçları

SORU 1. Sözleşmeye koyulan "hiçbir zarardan ya da kusurdan sorumlu olunmayacağı vs." şeklindeki sorumsuzluk kayıtları geçerli midir? Yeni Türk Borçlar Kanununda ne gibi değişiklikler yapılmıştır?

Sorumsuzluk anlaşmaları/kayıtları, borçlunun kendi fiil ve davranışlarından sorumsuzluğuna dair konulan kayıtlar (TBK m.115; eBK m.99) ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğuna dair yapılan anlaşma ve kayıtlar (TBK m.116/2,3; eBK m.100/2, 3) olarak iki gruba ayrılabilir. Bazen, tek bir anlaşmada ya da sorumsuzluk kaydında her iki tür de bir arada bulunabilir.

Ekleyelim ki; sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin emredici özel hükümler TBK m.115 ve m.116'ya nazaran öncelikle uygulanır: Taşıma işlerinde de her türlü sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir (Yeni Türk Ticaret Kanunu "TTK" m.854; Mülga TTK m.766).

1) Borçlunun kendi fiilleri için sorumsuzluk kayıtları:

a) TBK m.115/1 gereğince "*Borçlunun ağır kusurundan* (= kast veya ağır ihmalden) *sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*". Mülga eBK m.99/1 ile karşılaştırıldığında ifade düzeltmeleri dışında esasa dair bir değişiklik yoktur.

Ayıptan sorumluluk bakımından benzer bir düzenleme bulunmaktadır (TBK m.221; ayrıca bkz. m.225/11; krş. eBK m.196): **Sorum**suzluk anlaşmasının geçersizliği, sözleşmede yer alan diğer hususları geçersiz kılmaz. Hatta tarafların, anılan hükmün yer almaması halinde sözleşmeyi yapmayacak olmaları dahi sözleşmeyi tümüyle geçersiz kılmaz. Fakat, sorumluluk doğduktan sonra, her türlü kusuru kapsayacak şekilde sulh ve ibra anlaşması yapılabilir.

b) TBK m.115/1'in zıt anlamından çıkan sonuca göre, hafif kusur (hafif ihmal) halinde sorumlu olunmayacağına dair anlaşmalar ise geçerlidir. Ancak, bunun da iki istisnası vardır:

b.1) Birinci istisna: Yeni TBK m.115/2 gereğince; "*Borçlunun alacaklı ile **hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir** borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma **kesin olarak hükümsüzdür**". Bu düzenleme, sözleşmenin tamamının değil,* işçi aleyhine olan sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz olacağı şeklinde yorumlanmalıdır.

Mülga eBK m.99/2'de ise, sorumsuzluk kaydının "borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle" konulmasından değil; "**alacaklının borçlunun hizmetinde** olması"ndan söz edilmekte idi.

Mülga eBK m.99/2'ye nazaran TBK m.115/2'de yapılan esaslı değişiklik takdiri butlan yerine kesin hükümsüzlük getirilmiş olmasıdır.

b.2) İkinci istisna: TBK m.115/3 gereğince; "***Uzmanlığı gerektiren** bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan*

*anlaşma **kesin olarak hükümsüzdür***".

Mülga eBK m.99/2'ye nazaran TBK m.115/3 ile yapılan değişiklik; "kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir hizmetin, meslek veya sanatın" söz konusu olduğu hallerin yeni düzenlemede daraltılarak her türlü kanunun verdiği izinle çalışanların değil; aksine bunlardan "uzmanlığı gerektiren" hizmet, meslek veya sanat icra edenlerin (avukat, doktor, mühendis gibi diplomalı olanlar) bu fıkra kapsamında olmasıdır. Esasen, önceki dönemde de öğreti bu kuralı bu şekilde yorumlamaktaydı. Yine TBK m.115/2'ye paralel bir şekilde takdiri butlan yerine kesin hükümsüzlük getirilmiştir.

2) Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kayıtları:

Borçlu, çoğu kere işin niteliği elverdiği takdirde veya karşı tarafın rızası ile borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olabilir. İşte bu halde dahi borçlu, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m.116/1). Buna karşılık borçlu, sözleşme ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu kaldırmak isteyebilmektedir.

Kural: TBK m.116/2 gereğince; "*Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir*". Karşılık gelen mülga eBK m.100/2 hükmüne nazaran bir değişiklik yoktur.

İstisnalar:

a) TBK m.116/3 gereğince; "**Uzmanlığı gerektiren** bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma **kesin olarak hükümsüzdür**". Karşılık gelen Mülga eBK m.100/2 hükmünde yer almayan "uzmanlığı gerektirme" kaydına yeni metinde yer verilmiştir. Önceki dönemde de yorumla aynı sonuca ulaşılmasından dolayı esaslı değişiklik yoktur. Ancak, eBK m.100/3'te yer alan; "*alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatin icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile* ***ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir***" şeklindeki düzenleme ile hafif kusurdan sorumsuzluk kaydı geçerli kabul edilmekte iken; TBK m.115/3 hükmü, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaları ağır kusur ya da hafif kusur ayrımı yapmaksızın geçersiz saymıştır.

b) TBK m.115/2'ye göre, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç için yapılacak ***her türlü*** sorumsuzluk anlaşması kesin olarak hükümsüzdür. Buna göre, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borçlar için yapılacak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunmayacağına dair anılaşmalar da kesin olarak hükümsüzdür.

eBK m.100/3'te ise farklı bir düzenleme mevcut idi. Buna göre sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı anda, alacaklı borçlunun hizmetinde idiyse, sorumluluk en fazla hafif kusur için

kaldırabilmekteydi. Hükümet Tasarısında yer alan bu yöndeki hüküm, Adalet Komisyonu tarafından benimsenmemiş ve TBK m.115/2'ye konan yeni hüküm dikkate alınarak metinden çıkartılmıştır.

SORU 2. Borçlu temerrüdü ne demektir? Yeni Türk Borçlar Kanununda bu konuda esasa dair bir değişiklik mevcut mudur?

Bir borç, muaccel ve ifası mümkün olmasına rağmen yerine getirilmediği takdirde alacaklı, borçluyu edimini yerine getirmesi için ya uyarır ya da uyarmasına gerek yoktur. Nitekim borcun yerine getirileceği gün belirli ise (vade) bu halde borçlu temerrüdü kendiliğinden gerçekleşir. eBK m.101. hükmünü karşılayan bu durum TBK m.117/1 ve 2, c.1'de şöyle ifade edilmektedir: "*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer* (f.1). *Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, (...) bu günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur (f.2)*".

Ne var ki, TBK 117.maddenin 2.fıkrasına eski Borçlar Kanununda yer almayan yeni bir hüküm ilave edilmiştir: ***" (...) Haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır"***. Bu değişiklik esaslı bir yeniliktir.

Haksız fiile ilişkin düzenleme: 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir hüküm yer almamaktayken; yeni düzenlemeye göre haksız fiilde borçlu, fiilin işlendiği tarihte temerrüde düşmüş sayılacaktır. Buna rağmen doktrin ve yargı kararlarında, haksız fiilden doğan borçlarda temerrüdün haksız fiilin işlendiği tarihinden

itibaren gerçekleşmiş olacağı, tazminat alacaklısının haksız fiilden sorumlu tutulan borçluyu temerrüde düşürmek için ayrıca ihtar çekmesine gerek olmadığı kabul edilmekteydi. Aslına bakıldığında, bu durum haksız fiilden zarar görenleri koruma düşüncesiyle benimsenmiştir.

Öğretideki bir görüşe göre *tüm haksız fiil sorumluluklarında temerrüt için ihtar şartının aranmayacağı yolunda genel bir prensibin kabulü isabetli değildir. Özellikle sorumlu kişinin zararın doğumundan dahi habersiz olabileceği dikkate alındığında bu yöndeki genel bir kuralın menfaatler dengesine uygun düşmeyeceği açık bir şekilde anlaşılmaktadır.*

Sebepsiz zenginleşme yönünden: Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade alacaklarında temerrüdün gerçekleşmesi için ihtara gerek olup olmadığı konusunda açıkça doktrin ve Yargıtay kararları arasında birlik bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında sebepsiz zenginleşmenin konusunun para olduğu hallerde, temerrüt faizinin işlemeye başlaması için ayrıca ihtara gerek olmadığı, zenginleşme tarihinden itibaren faizin işlemeye başlayacağı görüşünü savunmakta iken; bazı durumlarda sebepsiz zenginleşmede temerrüt faizinin işlemeye başlaması için alacaklının borçluya ihtarda bulunması gerektiğini kabul etmiştir. Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117/2'nci maddesi bu konuya bir açıklık getirerek, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar bakımından borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için ihtar koşuluna gerek olmadığını hükme bağlamıştır. Ancak, bu kurala bir istisna getirmiştir. Şöyle ki; sebepsiz zenginleşen kişinin iyi niyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim koşulunu aranmıştır. Diğer bir ifadeyle, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni

göstermesine rağmen sebepsiz zenginleştiğinden haberdar olmayan iade borçlusu ancak kendisine ihtar çekilmek suretiyle temerrüde düşürülebilecektir. Buna karşılık iade borçlusu, haklı bir sebep olmaksızın malvarlığında bir artış meydana geldiğini biliyor veya içinde bulunduğu hal ve şartlara göre bilmesi gerekiyorsa kendisine bildirim yapılması şartı aranmaksızın temerrüt gerçekleşecektir. Kanunen de iyi niyetin varlığı asıl olduğundan, kendi malvarlığı aleyhine sebepsiz zenginleşen kişiden zenginleşme tarihinden itibaren temerrüt faizi isteyen iade alacaklısının, bunun için borçlunun kötüniyetli olduğunu ispatlaması gerekecektir.

TTK. m. 1530 hükmü ile getirilen düzenleme: Söz konusu madde de temerrüde ilişkindir ve ihtarsız temerrüt hallerine yer vermektedir. Özetle;

Sözleşmede bir ödeme tarihi veya süresi belirtilmişse, bu tarihte ihtara lüzum olmaksızın borçlu temerrüde düşmektedir. Bunun tek koşulu tedarik borcunun ifa edilmiş olması ve ödeme borçlusunun gecikmeden dolayı sorumlu tutulabilmesidir. Sözleşmede belirlenecek ödeme tarih veya süresi, faturanın, ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alınması ya da bunların muayene ve kabul usullerinin tamamlanmasından itibaren en çok 60 gün olabilir. İstisnai bazı hallerde daha uzun süre öngörülebilirse de, bu istisnai haller, alacaklının KOBİ, tarımsal ya da havyansal üretici; borçlunun ise büyük ölçekli işletme olduğu durumda söz konusu olmaz. TTK m.1530, f.5'te geçen "veya" ifadesini "ve" olarak algılamak gerekmektedir. Ödeme tarihi ya da süresi belirtilmemişse; faturanın alınmasından itibaren 30 gün; fatura alım tarihi belirsiz ya da fatura, mal veya hizmetin teslimden önce alınmışsa, mal veya hizmetin alınmasından itibaren 30 gün sonra temerrüt gerçekleşir.

Ekleyelim ki; TBK m.118'de kural olarak borçlu temerrüdü için kusur gerekmez. Temerrüdün bazı sonuçları için kusur aranır. (Götürü tazminat olarak kabul edilen temerrüt faizinin, kusur olmasa da talep edilmesi bir kenara bırakılacak olursa; gecikme tazminatı ya da munzam zarar tazmini ancak kusur mevcutsa talep edilebilir). İşte TTK m.1530/2'de, küçük ölçekteki tedarikçilere karşı büyük ölçekli işletmelerin temerrüdünün kusurlu olması haline ilişkin bir düzenleme yapılmıştır: "*Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen,* ***borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç****, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse,* ***ihtara gerek olmaksızın*** *temerrüde düşer*".

SORU 3. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin TBK'da nasıl bir düzenleme yapılmıştır? Bu bir yenilik midir?

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106 ve 108'inci maddeleri, ani edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünün hukuki sonuçlarını düzenlemekte olup söz konusu hükümler sürekli edimli sözleşmelerin niteliğine uygun düşmemektedir. Sürekli edimli sözleşmeler, belirli bir anda borçlunun tek bir davranışı ile ifa edilen ani edimli sözleşmelerden farklı özellikler taşır. Sürekli edimli sözleşmelerde, taraflardan en az birinin edim yükümlülüğü süreklidir ve ilgili tarafın zaman içinde devam eden aralıksız bir davranışını gerektirir. Bu asli edim yükümlülüğü, sözleşme devam ettiği müddetçe sürmekte ve alacaklının ifaya ilişkin menfaati her an gerçekleşmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 126'ıncı maddesine göre; *"İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun*

temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir." eBK döneminde böyle bir düzenleme mevcut değildi. Bu sebeple, sürekli borç ilişkileri bakımından örtülü boşluk olduğu kabul edilerek, öğreti ve uygulamada fesih kabul edilmekte idi.

Buna göre, ani edimli sözleşmelerde alacaklı, borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönerek menfi zararının giderilmesini isteyebilir. Buna karşılık, sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde alacaklı, TBK m.226 gereğince iki seçimlik hakka sahip olmaktadır; ya ifa ve gecikme tazminatı seçeneğini ya da sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilecektir. Buna göre sözleşmeyi fesheden alacaklı, kusuruyla temerrüde düşen borçludan uğradığı müspet zararın tazminin isteyebilecektir. Söz konusu zarar, sürekli borç ilişkisinin zamanından önce sona ermesi dolayısıyla alacaklının uğradığı menfaat kaybıdır. Örneğin, kiracının kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle sözleşmenin süresinden önce fesih ile kiraya veren tarafından sona erdirilmesi halinde, kalan süre için yeni kiracı bulunamaması halinde veya malın daha düşük bir bedelle kiralanmak zorunda kalınması halinde, aradaki fark kusurlu kiracıdan istenebilecektir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 126'ıncı maddesi, 123'üncü maddesinden bağımsız olarak yorumlanmamalıdır; eğer alacaklı sürekli borç ilişkisinde seçimlik hakkını kullanmak istiyorsa, sözleşmeden dönme için aranan koşul-

ları yerine getirmiş olmalıdır. Bu anlamda, süre vermeyi gereksiz kılan bir durum bulunmadığı sürece, borçluya ifa için uygun bir süre vermeli ve süre sonunda derhal bildirimde bulunulmalıdır.

Sürekli edimli sözleşmelerde sürekli **edimin ifasına henüz başlanmadan borçlu temerrüde düşmüşse**, dönme hakkının kullanılmasına herhangi bir engel bulunmamakta, alacaklı sözleşmeyi geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırıp uğradığı olumsuz menfi zararın giderilmesini isteyebilmektedir. Hatta doktrinde savunulan bir görüşe göre, ifasına başlanmış bir sürekli borç ilişkisinde borçlunun temerrüdü daha önce gerçekleşmiş sürekli edimleri alacaklı için faydasız hale getirmiş ise, diğer bir deyişle alacaklı, ifasında temerrüde düşülen sürekli edim olmasaydı, bu sözleşmeyi yapmayacak idiyse, dönme hakkının kullanılması suretiyle sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi mümkün olmalıdır.

Son olarak belirtelim ki, Kanunda özel hüküm bulunan ve olağanüstü feshi düzenleyen (haklı nedenle feshi) hükümlerin varlığı halinde [sözgelimi kira sözleşmesinde TBK m.306/2, 316, 331; ürün (hasılat) kirasında TBK m.369; hizmet sözleşmesinde TBK m.435; ortaklık (şirket) sözleşmesinde (TBK m.639/b.7)], artık ayrıca borçlu temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmenin şartlarının gerçekleştirilmiş olması gerekmemektedir. Bu hallerde ilgili özel hükümlerin şartlarının gerçekleştirilmiş olması yeterlidir.

SORU 4. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu, gerek - belirli vade söz konusu olduğu için – ihtar şartı aranmaksızın, gerekse ihtar yoluyla temerrüde düşürüldüğü takdirde, kanundan doğan seçimlik hakların kullanılması amacıyla ayrıca bir süre (mehil) vermek gerekli midir? Yoksa süreye gerek olmayan haller de söz konusu olabilir mi?

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir (TBK m.123). Buna karşılık bazen öyle olaylarla karşılaşılabilir ki, artık süre verilmesini gerektirmeyen durumlar söz konusu olur. İşte bu haller TBK m.124 hükmü ile düzenlenmiştir;

"*Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:*

1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa.

2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.

3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ***ifanın artık kabul edilmeyeceği*** *sözleşmeden anlaşılıyorsa".*

TBK m.124, 3.bentte kullanılan "ifanın artık kabul edilmeyeceği" şeklindeki ibare, eBK m.107, 3. bentte bulunmamakta idi. Yapılan bu değişikliğin gerekçesi hükme açıklık kazandırmak olup esasa dair bir değişiklik söz konusu değildir.

SORU 5. Kanuni halefiyet nedir? Hangi hallerde söz konusu olur?

Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin, ifası ölçüsünde alacaklının yerine geçerek onun borçluya karşı sahip olduğu haklara sahip olmasına kanuni halefiyet denilir. TBK m.127 gereğince; "*1. Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde, 2. Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu*

tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde...", üçüncü kişi alacaklının haklarına halef olur. eBK m.109'da yer almayıp TBK 127. maddeye 2. fıkra olarak eklenen hükme göre; "*Diğer halefiyet hâllerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır*". Bu esasa dair bir yenilik olmayıp özel nitelikteki kefalet hükümlerinin öncelikle uygulandığı eskiden de kabul edilmekte idi.

Halefiyet esası bazı durumlarda "kendi borcunu ödeyen" borçlunun rücu imkanını kuvvetlendirmek için de tanınmıştır. Örneğin, TBK m.85/3, 168/1 (müteselsil borçlulukta), TBK m.596 (kefalette). Ayrıca bkz. TBK m.62/son (haksız fiilde teselsül).

SORU 6. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme nasıl olur ve ne kadar süre ile bir sorumluluk söz konusudur?

TBK m.128 gereğince; "*Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*

Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir". Hükümde esaslı bir değişiklik yoktur. Yalnızca son fıkrada kullanılan "*taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.*" şeklindeki ibare yerine, maddenin amacına uygun olarak, "*üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.*" şeklindeki ibare kullanılmıştır.

Fiili üstlenen kişi, alacaklıya karşı bir üçüncü kişinin (çoğu kere aralarındaki herhangi bir sözleşme gereğince alacaklıya karşı bir borç altına giren kişinin) bu edimi yerine getireceğini taahhüt eder ve üçüncü kişinin söz konusu edimini yerine getirmemesinden

doğan zararı ödeme taahhüdünde bulunur. Üçüncü kişi sözleşmenin tarafı değildir. Yargıtay'ın 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da banka teminat mektupları, üçüncü kişinin edimini taahhüt (üçüncü kişinin fiilini üstlenme) olarak nitelendirilmiştir. Başkasının edimini borçlanma bir tür garanti sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi TBK'da düzenlenmemiştir. Garanti verenin bir ivaz elde etme amacı olmaksızın garanti alanı, bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile teşebbüsün tehlikesini bağımsız olarak üzerine aldığı sözleşmeye garanti sözleşmesi denir. Garanti sözleşmesi, garanti alanı bir işe girişmeye teşvik etmek amacıyla (saf garanti sözleşmesi) yapılabileceği gibi, alacaklıya karşı onun borçlusunun borcunu ifa etmemesi halinde doğacak zararı karşılamak üzere (teminat amaçlı garanti) olarak da yapılabilir ki uygulamada, banka teminat mektuplarının teminat amaçlı garanti veya üçüncü kişinin edimini taahhüt niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

SORU 7. Üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından TBK'da bir değişiklik söz konusu mudur?

TBK m.129 gereğince; "*Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir.*

Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ***ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez***".

818 sayılı Borçlar Kanununun 111'inci maddesinin son fık-

rasında kullanılan "alacaklının borçluyu ibraya hakkı kalmaz." şeklindeki ibare, "alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez." şeklinde yazılmıştır. Esasa dair bir değişiklik olmayıp eskiden de hüküm bu şekilde yorumlanmakta idi.

SORU 8. Sorumluluk sigortalarında çalışanlar için yaptırılan sigortanın tazminat ödemesi halinde bu ödemeyi çalıştıran kişi (sigorta ettiren) mahsup etme hakkına sahip midir?

TBK m.130/1 (eBK m.112) gereğince; "*Başkasını çalıştıran kişi, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur*".

Ancak kanuna yeni eklenen 2. ve 3. fıkralara göre; "*Ancak, çalışana ödenecek sigorta tazminatı, genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilir.*

Diğer hukuki sorumluluk sigortalarına ilişkin kanun hükümleri saklıdır".

TBK'nın 130'uncu maddesinin ikinci fıkrasına, eBK'nın 112'nci maddesinde yer almayan, çalışana ödenecek sigorta tazminatının genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilmesi hükmü konulmuştur. Böylece, borçlar hukukumuzda geçerli olan zarar görenin, zarar verici olay nedeniyle elde ettiği yararların, uğradığı zararlardan indirilmesini ifade eden denkleştirme (mahsup) ilkesi gözetilmiştir.

5. Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi

SORU 1. Asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi bakımından nasıl bir yenilik getirilmiştir?

Borç sona erince bağlı haklar da sona erer. Bu genel ilke çerçevesinde 818 sayılı mülga eBK 113'de, kefalet ve rehin ile sair fer'i haklar sayılmaktadır. TBK 131/1 hükmünde ise bunlara ek olarak faiz ve cezai şart da sayılmıştır.

TBK 131 gereğince "*Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, **faiz ve ceza koşulu** gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.*

*İşlemiş faizin ve **ceza koşulunun** ifasını isteme hakkı **sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle** saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve **ceza koşulu** istenebilir.*

Taşınmaz rehnine, kıymetli evraka ve konkordatoya ilişkin özel hükümler saklıdır".

eBK 113/2'den farklı olarak TBK 131/2'de "saklı tutma" koşuluna açıklık kazandırılmıştır. TBK 131/2 gereğince "asıl borcun ifasını kabul eden alacaklının, faizlerin yanı sıra " **ceza koşulunu**" da isteyebilmesi için, bu hakkını "**sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapacağı bir bildirimle**" saklı tutması veya durum ve koşullardan bunu saklı tuttuğunun anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Ceza koşulu bakımından zaten TBK 179/2 (eBK 158/2) hükmünde benzer düzenleme vardı.

SORU 2. İbra ne demektir? Yeni Kanunda nasıl bir düzenleme getirilmiştir?

Borç ifa edilmediği halde alacaklının borçluyu borcundan -kısmen veya tamamen- kurtarmasına ibra denilir.

TBK. m. 132 "*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir*".

Önceki Borçlar Kanunumuzda yer almayan bu hükümle İsviçre Borçlar Kanunu m. 115 ile paralel bir düzenleme getirilmiş ve ibranın şekle bağlı olmayacağı hüküm altına alınmıştır. İbra konusunda mevcut olan özel hükümler elbette öncelikle uygulanır. İşçilerin işverenden olan alacakları için düzenlenecek ibra sözleşmelerinin geçerliliği, özel şartlara bağlanmıştır:

TBK 420/2-4 gereğince "*İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür (f.2).*

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur (f.3).

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır (f.4)".

SORU 3. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde ne gibi sonuçlar ortaya çıkar? Bu konuda önceki kanun dönemine nazaran bir değişiklik var mıdır?

TBK 135 gereğince "*Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Ancak, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez.*

Birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürür.

Taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklıdır".

Madde Gerekçe'sine göre "818 sayılı Borçlar Kanununun 116 ncı maddesinin birinci fıkrası tek cümleden oluştuğu hâlde, Tasarıda aynı fıkraya, ikinci cümle olarak eklenen hüküm şöyledir: "Ancak, üçüncü kişilerin, alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez." Bu hükümle, birleşme sonucunda, borç sona ereceği için, üçüncü kişilerin birleşmeden önce mevcut olan haklarının kaybı önlenmek istenmiştir". 818 sayılı Borçlar Kanununun 116 ncı maddesinin ikinci fıkrasında(ki "Bu içtimaın zevaliyle borç avdet eder" şeklindeki ifade), Tasarıda "Birleşme, geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürür." şeklinde değiştirilerek, hükme açıklık kazandırılmıştır". Maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.

SORU 4. Borcun ifası imkânsızlaşırsa alacaklının ve borçlunun hukuki durumu ne olur? Bu konuda önceki kanun dönemine nazaran bir değişiklik var mıdır?

Konuya geçmeden önce belirtelim ki, borç eğer sözleşme kurulduğu sırada imkansızsa ifa imkansızlığından değil başlangıçta imkansızlıktan söz edilir. Bu halde konusu imkansız olan bir borca dair sözleşme geçersizdir (butlan; TBK 27). Taraflar karşılıklı olarak varsa birbirlerinden aldıklarını iade etmek durumundadır. Eğer taraflardan biri imkansızlığı bilerek sözleşmeyi yapmış ise karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararını tazmin eder (*Culpa in Contrahendo*). Aşağıda kuruluş sırasında ifası mümkün olmakla birlikte sonradan imkansızlaşan edimlerin hukuki akıbeti irdelenmektedir.

- **Borcun ifasının borçlunun sorumlu olduğu sebeplerle sonradan imkansızlaşması**

Borcun ifasının borçlunun kusuru ile imkansızlaşması halinde borçlu müspet (olumlu) zararın tazmini ile yükümlü olur. TBK 112 hükmü kusurlu ifa imkansızlığında da uygulanır, buna göre: ***"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür"***. Öğretide baskın görüş tarafından kusurlu ifa imkansızlığında, borcun sona ermediği, içeriği değişerek borcun yerini tazminat borcunun aldığı kabul edilmektedir. Hal böyle olunca da imkansızlaşan borca bağlı fer'i hakların (cezai şart, kefalet, rehin) devam ettiği ve asıl borca dair zamanaşımının kesilmeden işlemeye devam edeceği kabul edilmektedir. Azınlıkta kalan görüşe göre ise borç ister borçlunun kusuru yüzünden isterse kusuru olmaksızın imkansızlaşsın, fark etmeksizin borç sona erer.

Ancak kusuru olan borçlu tazminat ödemek zorunda kalır (TBK 112). Bu görüşe göre imkansızlaşan borca bağlı fer'i hakların da doğal olarak sona ermesi gerekir ise de, cezai şartın ve teminatların zaten aykırılık durumu için öngörüldüğü savunularak tazminat borcunu temin etmeye devam edecekleri ifade olunmaktadır. Zamanaşımı ise borç sona erip yeni bir tazminat borcu doğduğu için yeniden işlemeye başlayacaktır (10 yıl).

- **Borcun ifasının borçluya yükletilemeyen sebeplerle (kusursuz olarak) sonradan imkansızlaşması**

"Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer" (TBK 136/1; eBK 117/1). *"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır"* (TBK 136/2; eBK 117/2).

TBK. m. 136 hükmüne, Mülga BK. m. 117'de yer almayan bir üçüncü fıkra eklenmiştir. TBK 136/3 gereğince, "***Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür***". Madde gerekçesine göre bu düzenleme **dürüstlük kurallarının bir gereği olarak** yapılmıştır".

Borçlunun ifa imkânsızlığının bütün sonuçlarına değil, kendine yükletilen eylemleri yapmamasının sonuçlarına katlanması gerektiğine dikkat etmek gerekir. Alacaklı bildirim yapılmamasından kaynaklanan somut zararlarını ispat etmelidir.

- **Borcun ifası "kısmen" imkânsızlaşırsa, alacaklının ve borçlunun hukuki durumları ne olur? Bu konuda önceki kanun dönemine nazaran bir değişiklik var mıdır?**

Borcun ifası borçlunun sorumlu olduğu sebeplerle (kusurlu olarak) "kısmen" imkânsızlaşırsa;

Prensip olarak alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir (TBK 84). Hal böyle olunca o borcun bütün olarak ifası mümkün olmadığı gerekçesiyle tam imkansızlık hükümlerinin uygulanmasını isteyebilir. Ancak alacaklı bölünebilmesi kaydıyla, mümkün olan kısımın ifasını kabul ederek imkansızlaşan kısım için kusurlu olan borçludan tazminat istemeyi de seçebilir. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde de kısmi imkansızlık yüzünden alacaklı tam imkansızlık hükümlerine başvurabilir. Ancak o imkansızlaşmayan kısmı kabul etmiş de imkansızlaşan kısım için tazminat istemeyi seçmiş ise artık kendi karşı edimini ifa etmesi gerekir.

Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle (kusursuz olarak) "kısmen" imkânsızlaşırsa;

eBK döneminde borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşması halinde dürüstlük kuralının yardımı ile ve kanunun ruhu göz önünde bulundurularak kısmi geçersizlik hükümlerinden kıyasen yararlanılmakta idi. TBK. m. 137 hükmü ile önceki kanunda yer almayan yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir:

"*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmî ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça*

anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer" (TBK 137/f.1).

"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmî ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır" (TBK 137/f.2).

Buna göre karşı edimin bölünebilir olması kaydıyla alacaklının (karşı edim borçlusunun) da kısmî ifaya razı olduğu durumlarda borç ilişkisi sona ermez; diğer bir deyişle her iki edim de azalmış olarak ifa edilir.

Bu noktada önemli bir sorunun çözüme kavuşturulması gerekir:

Borçlu, kısmî imkânsızlığı öngörse idi bu sözleşmeyi yapmayacak (TBK m.137/f.1) idi ise, şayet karşılıklı edimler içeren bir sözleşme söz konusu ise ve fakat alacaklı kısmî ifaya razı olmuşsa (TBK 137/2) durum ne olacaktır? Alacaklı karşılıklı kısmî ifayı kabule mecbur tutulabilecek midir? **Öğretideki yoruma göre,** "şayet borçlu kısmi imkânsızlığı öngörseydi kesinlikle bu sözleşmeyi yapmayacak idi ise, karşılıklı edimler içeren sözleşmede karşı taraf kısmî ifayı kabul ettiğini ve kendi edimini de aynı oranda ifa edeceğini bildirse bile, tam imkânsızlık hükmü uygulanıp tüm borç ilişkisini sona ermiş sayılmalıdır. Şayet borçlunun kısmî imkânsızlığı öngörseydi sözleşmeyi yapmayacağı söylenemiyorsa, ancak bu takdirde, karşı edim borçlusu alacaklının kısmî ifaya razı olup olmamasına göre sözleşme kısmî edimlerle devam etmeli veya sona ermelidir".

SORU 5. Borcun ifası aşırı derecede güçleştiği hallerde borçlunun elinde hangi koşullar altında ne gibi imkanlar vardır?

Bu konuda önceki kanun dönemine nazaran yeni kanunda bir değişiklik var mıdır?

- **Genel Olarak**

818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen TBK 138.madde hükmü, "III. Aşırı ifa güçlüğü" kenar başlıklı yeni bir maddedir. TBK 138/1 uyarınca "*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen 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*". Bu hükmün yürürlüğe girmesinden önceki dönemde borçlunun isteği üzerine sözleşmenin değişen şartlara uydurulması veya borç ilişkisinin sona erdirilmesi dürüstlük kuralı (MK 2) yardımı ile sağlanabiliyordu.

Madde Gerekçesine göre bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, TBK 138'nci maddesinde belirtilen şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır:

1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.

2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.

3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Maddeye göre, uyarlamanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması hâlinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak fesih hakkını kullanır.

Eğer uyarlama talebi dava dışı yapılıp ifadan tamamen veya kısmen vazgeçilirse, daha sonra yargılama sırasında uyarlama koşullarının mevcut olmadığının tespit edilmesi halinde, uyarlama isteyen taraf borca aykırılıktan sorumlu tutulabilir.

Madde metninde uyarlama hakkı sadece borçluya tanınmış olmasına rağmen bu haktan alacaklı da yararlanabilir. Uyarlama edimin azaltılması ya da karşı edimin artırılması şeklinde ya da vadenin veya ifa tarzının değiştirilmesi şeklinde olabilir.

TBK 138 dışında da aşırı ifa güçlüğü hakkında özel hükümler saklıdır (Sözgelimi kirada TBK 331 (eBK 264); hasılat kirasında TBK 363, 369 (eBK 282, 286); hizmet sözleşmesinde TBK 435 (eBK 344); eser sözleşmesinde TBK 480/2 (eBK 365/2); adi ortaklıkta TBK 639/b. 7 eBK 535/b. 7).

- **Yabancı para borçlarında aşırı ifa güçlüğü bakımından:**

TBK 138/2 uyarınca "*Bu madde hükmü (birinci fıkra) yabancı para borçlarında da uygulanır*". Bu fıkra TBMM Genel Görüşmeleri sırasında önerge ile eklenmiş olup önergenin gerekçesine göre Tasarı ve Komisyon raporu gerekçeleri doğrultusunda hükmün ülke parası dışındaki borçlara da teşmili amaçlanmıştır.

SORU 6. Takas konusunda yeni kanunda bir değişiklik var mıdır?

TBK 144 gereğince, "*Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:*

1. Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.

2. Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.

3. Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar".

Yeni TBK m.144 hükmünü karşılayan eBK'nın 123 üncü maddesinin (3) numaralı bendinde, kamu hukuku tüzel kişilerinin borçlularının, bu tüzel kişilerden olan alacaklarını, ancak onların rızası ile takas edebileceklerine ilişkin hüküm varken, bu düzenlemenin yerinde olmadığı düşüncesiyle yeni Kanun metnine alınmamıştır.

SORU 7. Yeni Türk Borçlar Kanununda zamanaşımı süreleri hakkında eskiye nazaran ne gibi değişiklikler söz konusu olmuştur?

Zamanaşımı en basit tanımıyla, kanunda o alacak hakkı için öngörülen sürelerin geçmesi ile borçluya borcu ifadan kaçınma hakkı veren bir def'i olup alacağın talep edilebilirliğini engeller. Her ne kadar kanunda borcun sona erme nedenleri arasında düzenlenmiş olsa da zamanaşımı, borcun sona erme nedeni olmayıp yalnızca borçlunun ileri sürmesi halinde borcun ifasından kaçınma hakkı verir. Öyleyse zamanaşımın uğramış olan bir borç sona ermez; ancak borçlu tarafından zamanaşımı def'i ileri sürülür ise borçluya borcun ifasından kaçınma hakkı sağlar; şayet borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürmez ise borcu ifa etmekle yükümlü olmaktan kurtulamaz. Oysa hak düşürücü süre, zamanaşımından farklı olup, kural olarak alacak hakları için değil; yenilik doğuran haklar için söz konusu olur. Hak düşürücü süre dolduğunda o hak düşer (sakıt olur); oysa zamanaşımına uğrayan alacak hakkı düşmez, sadece def'i ileri sürülmesi halinde ifası talep edilemez hale gelir. Hak düşürücü süre kesilmez ve durmaz; oysa belirli koşulların varlığı halinde zamanaşımı süresi kesilerek yeniden işlemeye başlar: Örneğin hile nedeniyle sözleşmeyi iptal etmek 1 yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Genel alacak zamanaşımı süresi ise 10 yıldır. Alacaklı alacağını dava ederse veya borçlu borcunu ikrar ederse zamanaşımı kesilir ve 10 yıllık süre bu andan itibaren yeniden işlemeye başlar. Ancak ne dava açılması ne de borçlunun hile yaptığını ikrar etmesi 1 yıllık hak düşürücü süreyi kesen bir faktördür. Kural olarak kesilen zamanaşımı süresi ile yeni işlemeye başlayacak süre aynı ise de TBK 156/2 gereğince, borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre her zaman on yıldır. eBK'nın 125.maddesinde düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı yeni TBK m.146'da aynen korunmuştur.

Eski kanun 126 ve yeni kanunun 147 maddeleri beş yıllık zamanaşımı hallerini düzenler.

Yeni TBK 147 gereğince "*Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır:*

1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler.

2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri.

3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar.

4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar.

5. Vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar.

6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar".

Madde gerekçesine göre; Eski Borçlar Kanununun 126 ncı maddesinin (4) numaralı bendinde kullanılan "*müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş* ***ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle*** *açılacak davalar hariç olmak üzere, istisna akdinden doğan bütün davalar*" şeklindeki ibare de, Tasarının (6) numaralı bendinde "***Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.***" şekline dönüştürülmüştür. **Bu hüküm uyarınca,**

yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla (yani kasten ya da ağır ihmaliyle) hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda, eserin taşınır veya taşınmaz eser niteliğine bakılmaksızın, sözleşmeden doğan alacaklar, Tasarının 145 inci maddesinde öngörülen on yıllık genel zamanaşımına tâbi olacaktır.

TBK 147 ve 148 hükümleri dışında, bir alacağa ilişkin olarak başkaca hükümlerde özel düzenleme olduğu takdirde bu özel hükümlerdeki süreler uygulanır. Nitekim daha önce incelediğimiz;

- **Haksız fiil zamanaşımı süresi**

TBK m.72: *"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak **iki yılın** ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir."

Eski kanunda 1 yıl olarak düzenlenen zamanaşımı süresi, yetersiz bulunarak yeni kanunda 2 yıla çıkarılmıştır.

- **Birlikte sorumlulukta rücu isteminde zamanaşımı süresi**

Haksız fiilden doğan zararın birden fazla kişinin ortak kusuruyla meydana gelmiş olması mümkündür. Bu durumda zararın tazmininden birden fazla kişi müteselsilen sorumludur yani haksız fiilden zarar gören kişi bu alacağını zararı oluşturan kişilerin her

birinden talep etme hakkına haizdir. Böyle bir durumda yani zarar gören kişinin tüm alacağını borçlulardan birinden tahsil etmesi durumunda, kusur oranından fazla miktarda tazminat ödemek zorunda kalan borçlu, diğer borçlulara kusurları oranında tazminatı kendisine ödemesini talep edebilecektir.

818 sayılı eski kanunda rücu talebinin tabi olduğu herhangi bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Yeni kanunun 73. Maddesi rücu zamanaşımını şu şekilde düzenler;

"Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar."

Borçların zamanaşımına tabi olması, borçlunun bilmediği veya beklemediği ya da ispat vasıtalarına artık sahip olmadığı taleplerden korunmasına ilişkin menfaatine hizmet eden bir kurumdur. Bu nedenle müteselsil borçluların da kendi aleyhlerine yapılması muhtemel tazminat taleplerinin zamanaşımı sürelerini bilmeleri önemlidir.

Günlük hayatta başta trafik kazası olmak üzere sıklıkla karşılaşılan haksız fiil tazminatından doğan taleplerin yeni kanun ile öğrenme tarihinden itibaren 2 ve tazminatın tamamen ödenmesinden itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu hususuna dikkat edilmelidir.

İlgili maddenin ikinci fıkrası ile tazminatın ödenmesinin talep edildiği borçlu, diğer borçlulara bildirim yapmakla mükelleftir. Dolayısı ile herhangi bir haksız fiilden ötürü kendisinden tazminat talep edilen borçlunun, diğer borçlulara bildirimde bulunması hususunun ihmal edilmemesi zamanaşımı süresinin değerlendirilmesi bakımından önemlidir.

Rücu hakkının kullanılabilmesi için borçlunun alacaklıya "tam ve eksiksiz" ödemede bulunması gerekmektedir.

- **Sebepsiz zenginleşme zamanaşımı**

Haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşme olarak tanımlanan sebepsiz zenginleşme zamanaşımı, yeni kanunun 82. Maddesinde:

"Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak ***iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın*** *geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*

Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere eski kanunda öğrenme tarihinden itibaren1 ve her halde 10 yıl olan zamanaşımı süreleri, yeni kanunun 82. Maddesi ile 2 ve 10 yıl olarak değiştirilmiştir.

Bununla beraber yeni kanun yalnızca zamanaşımı süresini artırmakla kalmamış aynı zamanda sürenin başlangıç tarihini de yeniden düzenlemiştir. Eski kanunun 66. Maddesinde " Haksız

surette mal iktisabından dolayı ikame olunacak dâva, mutazarrır olan tarafın verdiğini istirdada hakkı olduğuna ıttılaı tarihinden itibaren bir sene müruriyle ve her halde **bu hakkın doğduğu tarihten itibaren on senenin müruriyle sakıt olur.**" Şeklindeki hüküm yeni yasanın 82. Maddesinde

"Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde **zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak** on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar." Şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

- **Ayıp sorumluluğu zamanaşımı**

Kanun hükmü uyarınca satıcı, alıcıya teslim edilen malın belirtilen niteliklere haiz olmaması, bozuk, eksik ya da niteliksiz olması, miktarca eksik olması ya da elverişsizliğinden, kullanım amacına uygun olmamasından ötürü sorumludur.

Yeni Borçlar Kanunu 219. Madde uyarınca *"Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılanda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.*

Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur."

Satıcının ayıba karşı sorumluluğu 818 sayılı eski kanunun 207. maddesinde 1 yıllık zamanaşımına tabi iken yeni kanunun 231. maddesi aşağıdaki düzenlemeyi öngörmektedir.

"Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak ***iki yıl*** *geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.*

Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ***ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.****"*

Eski kanunda satıcının ayıplı maldan ötürü sorumluluğu bir yıl olarak düzenlenmişken, yeni kanunda 2 yıla çıkarılarak 4077 sayılı **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4.maddesi 4.fıkrası** hükmüyle uyum sağlanması amaçlanmıştır.

Yeni kanun Tüketici Kanunu'na paralel zamanaşımı süreleri öngörmektedir. Bu nedenle ayıplı mal teslimi durumunda alıcının 2 yıllık dava hakkı bulunmaktadır. **Bununla beraber yeni kanunda yer alan düzenleme uyarınca malların ağır kusurlu olarak devredilmesi durumunda iki yıllık zamanaşımı süresinden faydalanamayacaktır. Kanunda bu durumda zamanaşımı süresinin ne olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır; ancak baskın görüş uyarınca ağır kusurlu satıcı için 10 yıllık genel zamanaşımının uygulanması söz konusu olacaktır.**

- **Taşınmaz satışında zamanaşımı**

Eski kanunun 125 ve yeni kanunun 146. Maddesi uyarınca taşınmaz satışlarına uygulanacak zamanaşımı genel zamanaşımı olan 10 yıldır.

Ancak kanunda "binanın ayıplı olması" durumu ayrıca düzen-

lenmiştir. Ayıplı yapıya örnek olarak inşasında yetersiz, kalitesiz malzeme kullanılmış yapılar gösterilebilir.

818 sayılı eBK 215/3.maddesine göre:

"Bir binanın ayıplı olmasından doğan ve güvenceye dayanan davalar, mülkiyetin devrinden (5) yıl geçmekle zamanaşımına uğrar."

Yeni TBK 244/3. Maddesinde ise;

"Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, ***mülkiyetin geçmesinden başlayarak (5) yılın ve satıcının ağır kusuru varsa (20) yılın geçmesiyle*** *zamanaşımına uğrar."* Şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

Görüldüğü üzere eski kanunda satıcının "ağır kusuru" durumu düzenlenmemiştir. Bu nedenle açılacak davalarda zamanaşımının ne kadar olacağına dair uygulamada "genel zamanaşımı" yani 10 yıllık süreler uygulanmaktaydı.

Yapılardaki kusurlar diğer malların aksine daha uzun sürede ortaya çıkabilmektedir ve hatta bunların meydana çıkması deprem, sel gibi doğal afetlerle meydana gelebilmektedir. Bu nedenle 10 yıllık genel zamanaşımından daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmesi ve tüketicilerin, alıcıların korunması amaçlanmıştır.

Buna göre deprem bölgesinde yer almasına rağmen ülkede bulunan binaların ağır kusurlu olarak ayıplı teslimde dahi 20 yıl geçmekle tüm talep hakları ortadan kalkacaktır.

Eski Kanun döneminde Yargıtay yaşanan deprem felaketleri nedeniyle verdiği kararlarında ise zamanaşımının hesaplanması

için, meydana gelen büyük depremlerde yıkılan binalar için, haksız fiil zamanaşımını esas almış ve teslim tarihini değil zararın meydana geldiği tarihi esas almıştır. Yargıtay bu kararlarında filden itibaren 10 yıl olan haksız fiil zamanaşımı süresini zararın gerçekleştiği anda fiilin tamamlanmış olacağı (zararın fiilin bir parçası olduğu) fikrinden hareketle zarardan itibaren hesaplamıştır.

- **Zamanaşımının durma sebepleri**

TBK 153 gereğince, "*Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur:*

1. Velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için.

2. Vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacakları için.

3. Evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için.

4. Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için.

5. Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece.

6. Alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece.

7. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece.

Zamanaşımını durduran sebeplerin ortadan kalktığı günün bitiminde zamanaşımı işlemeye başlar veya durmadan önce başlamış olan işlemesini sürdürür".

Maddenin birinci fıkrasına, 818 sayılı Borçlar Kanununun 132 nci maddesinde yer verilmeyen (7) numaralı bent eklenmiştir. Buna göre, alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi, ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı takdirde, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek süre içinde de zamanaşımı duracaktır. Zira, TBK'nun 135'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, borcun varlığını sürdüreceği kabul edilmiştir.

6. Borç İlişkilerindeki Özel Durumlar

SORU 1. Müteselsil borçluluk konusunda yeni kanunda ne gibi değişiklikler vardır? Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesinin, diğer borçlulara etkisi, önceki Kanun döneminde tartışmalı iken, yeni TBK döneminde bu sorun nasıl çözüme kavuşturulmuştur?

Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar (TBK m. 163).

Yeni TBK m. 164 gereğince, "*Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir*". eBK 143. maddede müteselsil borçluların alacaklıya karşı sadece def'ileri ileri süreceğini belirtmekte iken;

yeni TBK'da itirazları da ileri sürebileceğinin belirtilmesi, esasa dair bir yenilik sayılmaz; zira eskiden de bunun böyle olduğu kabul görmekte idi.

Yeni TBK m. 165 gereğince "***Kanun veya*** *sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz*".

TBK. m. 166/f. 3'te ibraya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir: "*Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır*".

Gerekçede doktrindeki tartışmaya son vermek için kanuni bir düzenleme yapıldığı belirtilmiştir. Böylece, borçlulardan biri ibra edilirse, diğerleri de ibra edilenin iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulmuş olurlar. Bu noktada ibra edilen borçlunun borcun tamamından kurtulacağına, fakat diğerlerinin sadece onun oranında borçlarında azalma olacağına dikkat etmek gerekir.

- Önceki Kanun döneminde

Dış ilişkide G Oteli uğradığı 50.000-TL kazanç kaybının tazmini için H Acentesinin fiilini taahhüt eden müteselsil borçlular C ve D'den D'yi ibra eder. Eskiden G otelinin, D'yi ibra etmesi iki açıdan ele alınabilirdi:

a) Eğer G oteli D'yi ibra etmesi ile aynı zamanda C'yi de borçtan kurtarmak istemiş ise C de borçtan kurtulur.

b) G oteli yalnızca D'yi borçtan kurtarmak istemişse mesele eBK döneminde tartışmalı idi. **Bir görüşe göre** ibraya rağmen alacaklı yine de dış ilişkide C'den alacağının tamamını alabilir ve

C iç ilişkide D'ye rücu edince D kendi payına kadar olan kısmı rücu eden C'ye ödemek zorunda kalır; sonra da ibraya rağmen ödeme yapmak zorunda kaldığı için kendisini ibra eden alacaklı G oteline müracaat edebilirdi,. **Diğer görüş ise** sadece D'nin ibrası halinde borç dış ilişkide bu oranda sona erer diyordu.

Böylece Yeni 6098 s TBK m. 166/3 hükmü bu sorunu ikinci görüş yönünde çözmüştür.

Yeni **TBK** m. **167** gereğince "***Aksi kararlaştırılmadıkça veya*** *borçlular arasındaki hukukî ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar.*

Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. ***Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında*** *rücu edebilir.*

Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler". Önceki Kanun metninden farklı olarak, birinci fıkraya "Aksi kararlaştırılmadıkça" ve ikinci fıkraya "ancak payı oranında" ifadelerinin eklenmesi esasa dair bir yenilik sayılmaz.

SORU 2. Müteselsil alacaklılık konusunda yeni kanunda esasa dair ne gibi değişiklikler söz konusudur?

TBK m. 169 gereğince "*Müteselsil alacaklılık, borçlunun, alacaklılardan her birine borcun tamamını isteme hakkını tanıdığı veya kanunun belirlediği durumlarda doğar (f.1).*

Borçlu, alacaklılardan birine yaptığı ifayla, bütün alacaklılara karşı borcundan kurtulmuş olur (f.2).

Alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye başvurmuş olduğu kendisine bildirilmedikçe, borçlu onlardan dilediği birine ifada bulunabilir (f.3).

Aksi kararlaştırılmadıkça veya alacaklılar arasındaki hukukî ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, alacaklılardan her birinin edim üzerindeki hakları eşittir.(f.4).

Kendisine düşen paydan fazlasını elde eden alacaklı, bu fazlalığı payını alamamış olan diğer alacaklılara ödemekle yükümlüdür (f.5)".

Maddenin dördüncü ve beşinci fıkraları hükmü önceki BK 146'da yer almamaktaydı. Dolayısıyla eklenen bu yeni fıkra hükümleri ile birlikte müteselsil borçluluğa paralel bir düzenleme yapılarak müteselsil alacaklılar arasındaki iç ilişkide düzenlemeye gidilmiştir. Önceki Kanun döneminde edimi elde eden alacaklıya karşı diğer alacaklılar, aksi kararlaştırılmadıkça, bir talep ileri sürememekte idiler. Bu düzenleme ile salt müteselsil alacaklılığa dayanarak bir talep imkanı söz konusu olmuştur.

SORU 3. Borcun ifasının şarta (koşula) bağlandığı haller ile ilgili yeni kanunda ne gibi değişiklikler ve yenilikler vardır?

**TBK m. 173 gereğince, "*Sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, bozucu koşula bağlanmış olur*" (f.1). Önceki kanunda yer almayan bu fıkra ile bozucu şartın Kanunda tanımı yapılmıştır.

"*Bozucu koşula bağlanmış sözleşmenin hükümleri, koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar*" (f.2). Eski hükümde "hüküm ifade etmeme" terimi yerine yeni metinde "ortadan kalkma" terimi

tercih edilmiştir.

"***Aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça*** *sona erme, geçmişe etkili olmaz*" (f.3).

Bozucu şartın sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmesi, "Aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça" söz konusu olacaktır. Burada özellikle sürekli borç ilişkilerinde bozucu şartın gerçekleşmesi halinde borç ilişkisinin belirli koşullarda geçmişe değil ancak ileriye etkili sonuç doğurması söz konusu olabilecektir.

TBK m. 175 gereğince; "*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır" (f.1).*

Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır"(f.2). eBK 154'ten farklı olarak maddeye eklenen bu ikinci fıkra ile dürüstlük kurallarına aykırılığın sadece koşulun gerçekleşmesinin engellenmesinde değil, koşulun gerçekleşmesinin sağlanmasında da söz konusu olabileceğinden hareket edilmiştir. Önceki dönemde de yorum yoluyla aynı sonuca varmak mümkün olduğundan esasa dair bir yenilik sayılmaz.

TBK m. 176'da- "*Bir koşul, hukuka veya ahlâka aykırı bir* ***yapma*** *veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı* ***hukukî işlem*** *kesin olarak hükümsüzdür*".

Hükümde geçen yapma ibaresinin "verme" eylemini de kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir. Kanunkoyucu bilerek "verme"yi hariç tutmak istememiştir.

Ayrıca eski metinde sadece "borcun geçersizliği" söz konusu iken yeni metinde "hukuki işlemin geçersizliği" şeklinde ifade düzeltilmiştir.

Eklemek gerekir ki şart geçersiz olduğunda TBK m. 27/2 gereğince bu şart olmasaydı sözleşmenin yapılıp yapılmayacağı değerlendirilerek sonuca varılmalıdır. Hukuka aykırı olmamakla birlikte anlamsız ve rahatsız edici şartlar (örneğin her sabah kendi kendine şarkı söyleme şartı gibi) ise kural olarak geçersizliğe yol açmaz.

SORU 4. Sözleşmeyi kurarken alınan bağlanma parası (pey akçesi; kaparo), cayma parası, ücret kesintisi ve cezai şart (ceza koşulu) konularında yeni kanunda esaslı değişiklikler/yenilikler söz konusu mudur?

- **Bağlanma Parası**

Bağlanma parası (pey akçesi; kaparo) bir sözleşmenin kurulduğuna delil teşkil etmek üzere verilen paradır. Cayma parası (cayma akçesi) ise bir sözleşme kurulduktan sonra taraflardan birinin ifa aşamasına geçilmeden bir miktar para ödeyerek sözleşmeden başkaca tazminat ödemeksizin kurtulmasına olanak veren bir imkandır.

Yeni TBK m. 177 gereğince- "*Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır (f.1).*

818 s.lı eski Borçlar Kanunu "eBK" m. 156/f. 2'de hilafına mahalli adet veya mukavele olmadıkça pey akçesini alan tarafın aldığı şeyi alacağına mahsup etmek zorunda olmadığına ilişkin

bir hüküm yer almaktaydı. Bu düzenleme uygulamaya yabancı bir düzenleme olduğu için doktrinde eleştirilmekteydi. Çünkü genellikle pey akçesini (kaparoyu) veren taraf, bunun borcuna mahsup edileceği düşüncesiyle hareket etmektedir. Ayrıca mahalli adetler de pey akçesinin (kaparonun) mahsubunu gerektirmektedir. Böylece örf ve adet, kanunun değişmesine yol açmıştır:

*Yeni TBK m. 177/2 gereğince, "**Aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülür**".* Eski hükümde benimsenen kural tam tersine çevrilmiştir.

- **Cayma Parası**

TBK m. 178 gereğince- Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığının iki katını geri verir.

- **İşçinin Ücretinde Kesinti**

Mülga BK 157 hükmünde düzenlenen **"ücret kesintisi"** hakkındaki madde işçinin korunması ilkesi gözetilerek, **Tasarı metnine alınmamıştır.**

- **Cezai Şart (Ceza Koşulu)**

Sözleşme ile borçlunun ifayı zamanında veya ifa yerinde yapmaması hali için ya da diğer sözleşmeye aykırılık halleri için "ceza" adı altında bir maddi karşılık (parasal tutar) ödemesi kaydı konulabilir. Buna cezai şart (ceza koşulu) denilir. Bir tür borcun ifasını teşvik maksatlı bir özel hukuk yaptırımıdır. Zarar söz konusu olmasa dahi ceza istenebilir. Bir de sözleşmeye hiçbir aykırılık olmasa bile dilediğinde dönme beyanında bulunarak serbestçe

sözleşmeden dönebilmek için bir miktar paranın ödenmesinin şart edildiği ceza türü vardır ki buna da dönme cezası adı verilmektedir.

TBK m. 182 gereğince- "*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*

Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. ***Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.***

Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir".

Yeni TBK 182.nci maddenin 2.fıkrasına bu hükmü karşılayan eBK m. 161/2'de yer almayan yeni bir cümle eklenmiştir. Böylece "(...) Ceza koşulunun geçersiz olmasının veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesinin, asıl borcun geçerliliğini etkilemeyeceği" kabul edilmiştir. Gerçekten, eBK'nın 161 inci maddesinin ikinci fıkrasında sadece asıl borcun geçersiz olması veya imkânsız hâle gelmesi durumu göz önünde tutulduğu hâlde, bağlı borç niteliğindeki ceza koşulunun geçersizliği veya imkânsız hâle gelmesinin göz önünde tutulmaması bir eksiklik olarak görülmüştür.

TBK ile diğer mevzuatta yer alan ceza koşuluna dair özel hükümler saklıdır. Ayrıca TBK m. 420 gereğince "*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*". Yine yeni bir hüküm olan TBK m. 260/2 gereğince taksitle satımda "*Satıcı, alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi yüzünden satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse, alıcıdan sadece*

ödenmeyen peşinat üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra, satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. ***Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz***". Diğer taraftan ön ödemeli satışlarda alıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 271 gereğince, "Satıcı, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeden dönerse, 260 ıncı maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır. Süresi bir yılı aşan sözleşmelerde satıcı, ancak 269 uncu maddenin ikinci fıkrasında öngörülen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının giderilmesini isteyebilir (f.2). *Bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alıcının malın devrini istemesi hâlinde satıcı, yasal anapara faizi ile birlikte, devir isteminden sonra malın değerinde oluşacak eksilmelerin giderilmesini isteyebilir.* ***Ceza koşulu öngörülmüşse miktarı, satış bedelinin yüzde onunu geçemez*** *(f.3)*". Yine yeni bir hüküm olan TBK m. 426 gereğince "*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez.* ***(Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar)***

SORU 5. Borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri konusunda önceki kanuna nazaran genel olarak ne gibi değişiklikler söz konusudur?

Bu bölümde eBK'da mevcut olan "alacağın temliki" (alacağın devri) ve "borcun nakli"ne (borcun üstlenilmesi'ne) ilişkin hükümlerin büyük ölçüde mevcut yapıları korunmakla birlikte bazı noktalarda önemli değişikliklere yer verildiği görülmektedir. Ayrıca

bu bölümde iki yeni hukuki kuruma da yer verildiği görülmekte olup bunlar; "Sözleşmenin devri" ve "Sözleşmeye katılma"dır.

SORU 6. Alacağın devri (temliki) bakımından yeni kanunda getirilen değişiklikler nelerdir?

Alacağın devri, bir alacağın alacaklı tarafından başka bir kimseye devredilmesi demektir. Alacaklı ile alacağı devralan kişi arasında yazılı şekil koşuluna uygun surette yapılması gereken bu sözleşmeye borçlunun rızası aranmaz. Alacağın devri, ödeme, tahsil ve teminat amaçlarıyla yapılabilir. Sözleşme haricinde, mirasta külli halefiyet gibi durumlarda kanun gereği veya mahkeme kararı ile de alacağın devri söz konusu olabilir. Devir işlemi için geçerli bir sözleşmenin varlığı şarttır, geçerli bir sözleşme olduğu müddetçe, bu sözleşmeden kaynaklanan ve ileride gerçekleşmesi beklenen alacaklar da devredilebilir. Mevcut ve geçerli bir kira sözleşmesinde kira alacağının devri mümkündür. Alacağın devri ile alacağa bağlı rüçhan hakları ve fer'i haklar da devralana geçer. Taraflar işlemiş faizin devralana geçmeyeceği hususunu ayrıca kararlaştırabilirler. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, tereddüt halinde işlemiş faizlerin de devredilmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Önemle belirtilmelidir ki, sözleşmenin kendisi veya sözleşmeye taraf olma sıfatı değil, münferit alacak devre konu teşkil edecektir. Zira sözleşmenin tarafının değişmesi için borçlunun da rızası aranmaktadır. Oysa alacağın devrinde, borçlunun rızası aranmaksızın alacaklı alacağını devredebilecektir. Borç ilişkisinin kaynağı olan sözleşmede, sözleşmenin veya taahhüt edilen edimin özelliğinde veya kanunda o borç ilişkisinden kaynaklanan alacağın devredilemeyeceğine ilişkin kayıt olduğu takdirde alacağın devri mümkün olmayacaktır.

Alacağın devri işleminin geçerliliği, yazılı şekil şartına bağlıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki yazılı şekil şartına bağlanan husus sadece devredenin beyanıdır; bununla birlikte, ivazlı devrin söz konusu olduğu durumlarda, devralanın da borç altına girmiş olması onun da imzasını gerektirmektedir. Alacak bir senede bağlanmış ise veya alacağın ispatına ilişkin belgeler mevcut ise alacağı devreden bu belgeleri devralana sunmakla yükümlüdür.

Alacağın devrinde devreden **alacaklının garanti sorumluluğu** bakımından yeni kanunda esaslı değişiklik yapılmıştır. **Yeni TBK'nun 191. maddesi uyarınca, alacağın ivaz karşılığında devredilmesi halinde devreden devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur. Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmiş ise, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığı veya borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacaktır.** Eski Borçlar Kanunu'nda ivazlı devir olduğu hallerde alacaklı –ayrıca taahhüt etmiş olmadıkça- borçlunun ödeme gücüne sahip olmamasından ötürü sorumlu tutulmamaktaydı. Alacağın başka bir borcun ifası yerine veya bir başka borcun ifasına yönelik devredilmesi de ivazlı devir kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak, ifaya yönelik devir söz konusu ise, aksine bir anlaşma olmadığı durumlarda alacağı devralanın borçludan elde ettiği veya gerekli özeni gösterseydi elde edeceği miktar alacağı devredenin borcuna mahsup edilir.

Yeni TBK 193 hükmü ile **sorumluluğun kapsamı** bakımından eklenen son bend ile kısmen bir yeniliğe gidildiği söylenebilir.

Alacağı devredenin garanti sorumluluğu kapsamına nelerin gireceği Türk Borçlar Kanunu'nun 193. maddesinde sayılmaktadır;

1) Devredenin devir karşılığı elde ettiği edim ve faizi,

2) Devir masrafları,

3) Alacağı devralanın borçluya karşı alacağı elde etmek için yaptığı, sonuçsuz kalan girişimlerin yol açtığı giderler,

4) Alacağı devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe alacağı devralanın uğradığı diğer zararlar.

Yeni ihdas olunan dördüncü bend hükmü ile; ilk üç bentte sayılan hallerin devredenin garanti sorumluluğunun sınırı mı yoksa genel olarak sorumluluğunun sınırı mı olduğu tartışmasına son verilmiş ve ilk üç bendin sadece garanti sorumluluğunun kapsamını belirlediği, kusurun bulunması halinde devredenin diğer zararlardan da sorumlu olacağı belirtilmiş ve bu bend yahut diğer zararlar bakımından kusur sorumluluğu esası öngörülmüştür. Böylece ilk üç bend bakımından sorumluluk için kusur şart değildir.

SORU 7. Borcun üstlenilmesi (borcun nakli) bakımından yeni kanunda getirilen değişiklikler nelerdir?

Borcun üstlenilmesi, borç ilişkisinden doğan münferit bir borcun üçüncü kişiye naklidir. Borcun üstlenilmesi hususunun borcun iç üstlenilmesi ve dış üstlenilmesi olmak üzere iki boyutu söz konusudur.

Borcun iç üstlenilmesi-diğer ifade ile borçtan kurtarma taahhüdü- borçlu ve üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme olup bu sözleşme ile üçüncü kişi borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt eder. Sözleşme ivazlı veya ivazsız olabilir. Borçlunun bu sözleşme ile borcundan kurtarılması, üçüncü kişinin borcu ifa etmesi ile veya alacaklı ile borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi

yapması ile gerçekleşir. Türk Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe, diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez."* hükmü ile işbu sözleşmeye ilişkin bir ödemezlik def'i düzenlenmiştir. Buna karşılık üçüncü kişinin taahhüdünü yerine getirmemesi ihtimali kapsamında, borçluya da borcundan kurtarılamadığı durum için üçüncü kişiden güvence istemesi ve borcu ödemek zorunda kaldığı takdirde uğradığı zararı tazmin ettirme imkanı öngörülmektedir.

Borcun dış üstlenilmesi, alacaklı ve borcu üstlenen arasında akdedilecek bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu sözleşme kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak sözleşmenin konusu bir taşınmaz üzerinde ayni hakkın kurulması veya devri ise, sözleşmenin resmi şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması ile borcu üstlenen borçlu sıfatını almış olur. Şahısla kaim olanlar haricindeki borca bağlı haklar bu değişiklikten etkilenmez. İşlemiş ve işleyecek faiz borçları yeni borçluya geçer. Borçlu ve alacaklı arasındaki iç ilişkiye ilişkin olmamak kaydıyla üstlenilen borca ait itiraz ve def'iler de yeni borçluya geçer. Dikkat edilmesi gerekir ki, sözleşmedeki bir borcun veya borçların nakli halinde, sözleşmenin tarafı değişmemekte; yalnızca borç yeni bir borçlu tarafından üstlenilmiş olmakta, üstlenilen borç bakımından kural olarak önceki borçlunun borcu sona ermekte ve fakat onun sözleşmenin tarafı olmaya bağlı olan diğer hak ve yükümlülükleri devam etmektedir.

Borcun üstlenilmesinde, borç için rehin veren ve kefil olan kişilerin sorumluluklarının devam edebilmesi için bu kişilerin rızası şarttır. Eski kanun döneminde bu rıza bir şekle tabi değildi.

Yeni TBK. m. 198/f. 2 uyarınca "*Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine **yazılı olarak** rıza göstermeleri hâlinde devam eder*". Borçlu, kendi borcu için güvence vermiş veya teminat göstermiş ise, onun ayrıca rızası aranmayacaktır.

SORU 8. Yeni TBK ile getirilen bir kurum olan Borca Katılma nedir?

TBK m. 201 gereğince, "*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, **katılan** ile **alacaklı** arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.*

*Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı **müteselsilen** sorumlu olurlar*".

Görüleceği üzere, borca katılma bir sözleşme ilişkisinden doğan bir veya birden fazla borcun ifasına katılmadır. Yoksa sözleşmeye taraf olarak girilmesinden yani sözleşmeye katılmadan farklıdır. Sözleşmeye katılan, katıldığı tarafın yanında yer almak üzere sözleşmeye taraf olur ve kural olarak katıldığı tarafın sözleşmeden doğan hak ve yetkilerine sahip olur. Oysa borca katılan, sözleşmenin tarafı haline gelmez ve bu sebeple taraf olmaya bağlı hak ve yetkileri kural olarak kullanamaz.

Bu noktada teminat amaçlı borca katılmaya dikkat edilmesi gerekir. Bu bir şahsi teminat sözleşmesi niteliğinde olacağından, TBK 603 hükmünün uygulama alanına girecektir. Bu hüküm, gerçek kişilerce yapılan diğer şahsi teminat sözleşmelerini, kefaletin şekil ve ehliyet koşullarına tabi tutmaktadır. Öyleyse TBK m. 603 gereğince, borca katılan eğer gerçek kişi ise, azami

sorumluluk miktarı, katılma sözleşmesi tarihi, müteselsil ifadeleri el yazısı ile yazılmalıdır. Yine gerçek kişiler bakımından eşin rızası da aranacaktır.

SORU 9. Malvarlığının veya İşletmenin Devri ile İşletmelerin Birleşmesi ya da Şekil Değiştirmesi bakımlarından yeni kanunda ne gibi değişiklikler söz konusudur?

- "**Malvarlığının veya işletmenin devralınması**" başlıklı TBK m. 202 gereğince:

"*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya* ***ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak*** *ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.*

Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.

Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir.

Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz*".*

Eski BK m.179 düzenlemesinde sadece ilandan bahsetmekte idi. Yeni metinde ticari işletmeler ile diğer işletmeler için ilanın nasıl yapılacağı açıklığa kavuşturulmuştur.

Yine hükümde yer alan son fıkra önceki kanunda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Buna göre, geçmiş döneme ait olası borçlar için işletmeyi devredenin, devralan ile birlikte müteselsil olarak sorumluluk üst süresinin işlemeye başlaması birinci fıkrada öngörülen bildirimlerin ve ilanların usulüne uygun olarak yapılmasına bağlıdır. Aksi halde fiilen bu ilanların ve bildirimlerin yapılması anına kadar süre işlemeye başlamayacaktır ve fiilen sorumluluk süresi uzamış olacaktır.

- **"İşletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi"** başlıklı TBK m. 203 gereğince:

"*Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması* ***ya da birinin diğerine katılması*** *yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler.*

Bir tek kişiye ait olup da, kollektif veya komandit ortaklık hâline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır".

Eski BK 180'de birleşmenin türleri arasında, bir işletmenin diğerine katılması şekline madde metninde yer verilmemiş idi.

SORU 10. Yeni TBK ile ihdas olunan "Sözleşmenin Devri" düzenlemesi ne demektir? Önceki Kanun dönemi bakımından ne kadar bir yeniliktir?

TBK m. 205/1 gereğince: "*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi* ***devralan*** *ile* ***devreden*** *ve* ***sözleşmede kalan*** *taraf arasında yapılan ve devredenin bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte*

bütün hak ve borçlarını *devralana geçiren bir anlaşmadır.*

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede ***kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan*** *veya* ***sonradan onaylanan*** *anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tâbidir.*

Sözleşmenin devrinin ***geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline*** *bağlıdır.*

Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır".

Görüleceği üzere, sözleşmenin devrinden **Devreden sözleşmenin tarafı olmaktan çıkmakta ve yerine yeni bir taraf girmektedir**. Böylece Devreden tarafın o sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri bütünüyle sona ermektedir. Buna karşılık sözleşmeyi **devralan taraf, Devredenin konumuna geçmektedir.** Bu yönüyle bir sözleşmedeki münferit bir alacağın devrinden, ya da münferit bir borcun naklinden farklı olup sözleşmenin devri o sözleşmeden doğan alacakların ve borçların tek tek devrine gerek bırakmaksızın tek bir sözleşme devri işlemi ile tüm alacak ve borçların ve hatta yenilik doğuran hakların bütünüyle Devralana geçmesini sağlamaktadır. Devreden, devralan ve karşı tarafın karşılıklı ve birbirine uygun rızaları ile işlemin doğumu mümkündür. Kanundaki bu düzenleme bir yedek hukuk kuralı niteliğinde olup kanuna aykırı düşmedikçe aksi düzenlemeler yapılması her zaman mümkündür.

Önceki kanun döneminde sözleşmenin devrine dair bir düzenleme yer almasa da sözleşme serbestisi prensibi içerisinde sözleşmenin devri işlemleri geçerli kabul edilmekte idi. Esasen Alman ve İsviçre Hukuklarında bu konuda bir düzenleme

bulunmamakta ise de İtalyan Medeni Kanununda düzenleme bulunmaktadır. Getirilen bu düzenlemenin aslında esasa dair bir yenilik olmadığı söylenebilir. Zira kanun, adeta tanım yapmakla yetinmiş ve başkaca bir düzenleme getirmemiştir.

Sözgelimi, sözleşmeden doğan borçlar için üçüncü kişilerce verilmiş rehin, kefalet gibi teminatlar olması halinde teminat verenlerin de rızalarının aranıp aranmayacağı aranacak ise bunun borcun üstlenilmesi hükümlerine kıyasen yazılı olması gerekip gerekmeyeceği hususunda bir düzenleme mevcut değildir. Yine ipoteğin varlığı halinde tapuda sözleşmenin devrinin beyanlar hanesine yazdırılması mümkün olacak mıdır? Zira Tapu Sicil Tüzüğünde alacağın devri halinde devrin beyanlar hanesine yazılabileceği düzenlenmiş ise de sözleşmenin devrinde bu konuda bir düzenleme yoktur.

Diğer taraftan işletmenin devrinden farklı olarak sözleşmeyi devredenin önceki döneme ait borçlardan sorumlu olacağı bir üst zaman süresi de düzenlenmemiştir. Bu durumda işletme devredildiğinde, işletmeye bağlı borçlardan iki yıl sorumlu olunacak iken, işletme devredilmeyip de sadece sözleşme devredilmiş ise; üçüncü kişi alacaklılara karşı Devreden sorumluluktan kurtulmuş mu sayılacak yoksa zamanaşımı süresince sorumlu kalmaya devam mı edecektir?

Sözleşmenin Devreden ve Devralan arasında imza edilmesi halinde; sözleşmede kalan diğer tarafın bu sözleşmeye önceden izin ya da sonradan icazetinin de mümkün olduğu TBK m. 205/2 tarafından düzenlenmiş ise de, kanunen resmi şekle tabi sözleşmelerde uygulamada bunun gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Örneğin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin devri halinde

sonradan karşı akit bu devre icazeti nasıl verecektir? Şekil şartı aranacak mıdır? Bu rızanın noterden mi verilmesi gerekecektir? Yine taşınmaz satış sözleşmesinin devri halinde, karşı akit tapuda nasıl icazet verecektir? Öğretide, bu noktada bir örtülü boşluk olduğu, kanunun uygulanmasını kolaylaştırıcı yorum tercih edilerek sözleşmede kalan tarafın icazetinin şekle tabi tutulmaması gerektiği, aksine bir yorum halinde kanun hükmünün uygulanmaz hale geleceği belirtilmektedir.

Eklemek gerekir ki, ifası ancak bir tarafın bazı şartlara sahip olmasına bağlı edim borçları söz konusu ise, sözleşmenin devri mümkün değildir. Örneğin bir avukatlık sözleşmesinin avukat tarafı, sözleşmeyi avukat olmayan bir kişiye devredemez. Aksi halde devir sözleşmesi geçersiz olur.

Devir sözleşmesinin geçersiz olduğu hallerde, devir gerçekleşmemiş olur; devredilmek istenen sözleşmenin tarafları değişmeksizin geçerli kalır, tarafların devretmek istedikleri asıl sözleşme ne ise, bundan doğan karşılıklı alacak ve hakları sürer ve borçlarının ifa edilmesi gerekir. Eğer geçersiz olan devir sözleşmesi uyarınca taraflar bir edim sağlamışsa (para almışsa) bunların sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince iadesi gerekir. Son olarak belirtelim ki, dönülmüş veya sonradan ifa imkansızlığına uğradığı için geçersiz hale gelmiş bir sözleşmenin devri hüküm doğurmaz. Ancak tahvil mümkün ise, devir anlaşması bu halde geçersizliğe uğramış veya dönülmüş sözleşmenin tasfiyesini düzenleyen bir anlaşma olarak ayakta tutulabilir. Sözleşmenin devri gerçekleşmiş ise, Devreden artık taraf sıfatına sahip olmayacağından sözleşmeyi tekrar devredemez.

Kanundaki sözleşmenin devrine ilişkin özel hükümler saklıdır. Örneğin yeni ihdas olunan bir hüküm olan TBK m. 323 gereğince

" *Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz.*

Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur.

İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur".

Yine yeni TBK m. 429 gereğince "*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.*

Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır".

SORU 11. Yeni TBK ile ihdas olunan "Sözleşmeye Katılma" düzenlemesi ne demektir? Önceki Kanun dönemi bakımından yenilik var mıdır?

Sözleşmeye katılma halinde ise, sözleşmenin devrinden farklı olarak, sözleşmenin dışındaki bir kişi, katılma anlaşması uyarınca taraf olmaktadır. Böylece kural olarak, sözleşmenin bir tarafındaki taraf oluşturan kişi sayısı artmaktadır. Önceki kanun döneminde kanunda düzenleme bulunmamakla birlikte, sözleşme özgürlüğü prensibi içerisinde borca katılma pekala mümkün idi. Yeni Kanun tanım ve temel unsurlarını düzenlemiş olmakla birlikte esasa

dair önemli bir yenilik getirmiş sayılmaz. Kanundaki sözleşmeye katılmaya ilişkin düzenleme, büyük ölçüde sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemeye paraleldir.

TBK m. 206 gereğince: "*Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye* ***taraflardan birinin yanında*** *yer almak üzere,* ***katılan*** *ile bu* ***sözleşmenin tarafları*** *arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.*

Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı ***müteselsilen*** *alacaklı ve borçlu olurlar.*

Sözleşmeye katılmanın ***geçerliliği****, katılma konusu* ***sözleşmenin şekline*** *bağlıdır*".

Sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemeden farklı olarak, karşı tarafın katılma sözleşmesine önceden izni ya da sonradan icazeti suretiyle katılma anlaşmasının onaylanmasına ilişkin bir fıkraya yer verilmemiştir. Bu sebeple öğretide, onaylama yöntemi ile sözleşmeye katılma anlaşması yapılamayacağını, katılma sözleşmesinin mutlaka üç tarafın da birlikte imzalanması ile geçerli olabileceğini savunulmaktadır. Katılan, katıldığı tarafın, taraf olmaya bağlı tüm haklarına ve borçlarına sahip olur; müteselsilen borçlu ve müteselsilen alacaklı olur. Bu durumda müteselsil borçlara dair TBK 162-168hükümleri ile müteselsil alacaklılığa dair TBK 169 hükmü uygulama alanı bulur.

Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar bakımından TBK m.206'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin sözleşmeden dönme hakkını veya katılan tarafın kendisine katılınan

taraf ile birlikte mi kullanmak zorunda olduğu yoksa ayrı ayrı mı kullanabilecekleri veya borçlu temerrüdünde ifadan vazgeçip ifa yerine tazminatı seçme yetkisi, seçimlik borçlarda seçim yetkisi, yedek edimi seçme yetkisi, vadeyi belirleme yetkisi vs yenlik doğuran hakların kim tarafından nasıl kullanılacağı belirsizdir. Öğretide savunulan bir görüşe göre, " *(...) bu gibi yenilik doğuran haklar bakımından eşya hukukundaki paylı mülkiyette paydaşların yönetim ve tasarrufuna ilişkin MK m.689-692 hükümlerinin kıyasen uygulanması ile sonuca varılabilir. Buna göre, örneğin, borçluya temerrüt ihtarın da bulunma gibi mutlak şekilde koruyucu bir işlemi taraf oluşturanlardan sadece biri bile yapabilmeli ve diğeri için de hüküm ifade etmeli (MK m.690'a kıyasen); ifadan vazgeçme ve sözleşmeden dönme yahut ifa yerine tazminatı seçme işlemleri taraf oluşturan kişilerin çoğunluğuyla (zaten iki kişilerse ikisinin de katılımıyla) yapılabilmeli (MK m.691'e kıyasen) ve seçimlik borçlarda edimi seçme, sözleşmeyi değiştirme veya yenileme, ikale yapma işlemlerini ise ancak tarafı oluşturanlar hep birlikte yapabilmelidirler (MK m.692'ye kıyasen).*"

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

B) Özel Hükümler

(Kanunda Özel Olarak Düzenlenen Sözleşme Tipleri Bakımından)

1. Kefalet Sözleşmesi

SORU 1. Kefalet sözleşmesi kimler arasında yapılır ve kefalet sözleşmesi ile kim nasıl bir borç altına girer? Bu borcun temel özellikleri nelerdir

Kişisel teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulur; borçlu bu sözleşmenin tarafı değildir. TBK 591.maddeye göre kefalet sözleşmesi ile kefil alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir. Kefilin borcu, borçlunun yerine getirmediği borcu yerine getirmek değil; borçlunun borcunu yerine getirmemesinden doğan zararları karşılamaktır. Borçlunun yerine getirmediği yani kefilin tekeffül ettiği borcun konusu ne olursa olsun (ödeme-yapma-yapmama), kefilin borcu daima para borcudur ve asıl borçlunun borcundan bağımsızdır.

Kefalet borcunun varlığı ve geçerliliği, asıl borç ilişkisinin varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Asıl borç geçersiz olursa ya da herhangi bir sebeple sona ererse kefalet borcu da kural olarak sona erer. Bu özellik; kefaletin kaderinin, asıl borcun kaderine bağlı olması anlamına gelmek üzere, **"kefaletin fer'i niteliği"** olarak adlandırılır. Diğer taraftan kefalet borcu **"ikincil (tali) bir borç olma niteliği"**ne sahiptir. Yani kefalet borcu, asıl borcun yerine getirilmemesi halinde söz konusu olur; istisnai haller hariç olmak üzere kural olarak asıl borçluya başvurmadıkça kefile başvurulamaz.

Kefalet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup yalnızca kefil borç altına girer. Bu özelliliği gereği kefalet hukukunda kefili koruyucu yorum ilkesi egemendir.

SORU 2. Kefalet sözleşmesinin genel olarak geçerlilik koşulları nelerdir?

- **Kefalete konu asıl borç mevcut ve geçerli olmalıdır**; bu fer'ilik ilkesinin bir sonucudur. Kefalet iradesi ile teminat altına alınmak istenen asıl borç ilişkisi, hiç kurulmamış ise ya da kurulmuş olmakla birlikte geçerli değilse, sözgelimi hukuka, ahlaka aykırı veya yerine getirilmesi imkânsız ise kefalet sözleşmesi de geçersiz olur.

- **Kefalet sözleşmesinin metninden hangi borç için kefil olunduğu anlaşılabilmelidir (belirlilk ilkesi)** "*A'nın doğmuş doğacak bütün borçlarına 100.000-TL'ye kadar kefilim*" tarzında ifadenin,doktrindebelirlilik koşulunu gerçekleştirmiş olmayacağı ifade olunmaktadır.

- Kefalete özgü ağırlaştırılmış yazılı şekil şartları (kefilin imzası dışında, kefil olunacak azami miktarın, müteselsil kefalet söz konusu ise müteselsil ifadesinin ya da bununla eş anlamlı olan diğer ifadenin **bizzat kefilin kendi el yazısı ile yazılmış olması şartı**) yerine getirilmiş olmalıdır.

- Kefilin sorumlu olacağı **azami miktar gösterilmiş olmalıdır**.

- Gerçek kişi kefil evli ise **eşinin rızası** gerekmektedir.

Kefilin tam fiil ehliyetine sahip bulunması gerekir: Yani kefil ergin (reşit), sezgin (mümeyyiz) ve kısıtlanmamış (hacredilmemiş)

olmalıdır. Kefalet sözleşmesi kuracak kişi tam ehliyetli değilse, bu sözleşmeyi kuramayacağı gibi, kanuni temsilcileri de (veli, vasi) onun adına kefalet sözleşmesi yapamaz.

SORU 3. Aynı kefalet sözleşmesi ve aynı azami miktarla sınırlı olmak üzere birden fazla borç kefalet altına alınabilir mi?

Kefalet sözleşmesinin metninde teminat alınan borçların tek tek gösterilmiş olması ya da belirlenebilir bir tarzda gösterilmek kaydıyla, birden fazla borç için kefalet altına girilebilir. Bu durumda belirlilik unsuruna aykırılık yoktur.

SORU 4. Gelecekte doğacak ya da geciktirici şarta bağlanmış bir borç için de kefalet mümkün müdür? Bu tarz kefaletler belirlilik ilkesine aykırılık oluşturabilir mi?

Gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir. Böyle bir kefalet sözleşmesi kurulmuş ve geçerli kabul edilmekle birlikte asıl borç doğunca ya da geciktirici şart gerçekleşinceye kadar kefalet sözleşmesinin hükümleri askıdadır.

Diğer yandan gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç ya da borçların kefalet sözleşmesi metninde gösterilmiş olması ya da belirlenebilir tarzda gösterilmiş olması gerekir (Belirlilik unsuru). "Borçlunun X Bankasına karşı herhangi bir ilişkiden doğan bütün borçlarına kefil olunması" şeklindeki bir hükmün belirsiz olduğundan geçerli olmayacağı hukuk doktrininde savunulmaktır.

SORU 5. Bankaların yaptığı Genel Kredi Sözleşmelerinden (GKS) doğan kredi borçlarına kefaletler geçerli midir? Borçlu

kredi borcunu ödedikten sonra aynı kredi hesabından yeniden kredi kullandığında kefilin bu yeni doğan borca da kefil olduğu kabul edilecek midir?

eBK döneminde de gündemde olan bu mesele, ileride yeri geldiğinde açıklayacağımız bazı değişiklikler dışında hala güncelliğini korumaktadır. Bu konuda Yargıtay tarafından da kabul edilen ve halen kabul gören genel eğilim şöyledir: bir çerçeve sözleşme tipi olan Genel Kredi sözleşmelerine kefalet, eğer cari hesaba verilen kefalet niteliğinde ise, bu tarzda düzenlenen kefalet sözleşmelerinin kural olarak geçerli oldukları kabul edilmektedir. Zira o cari hesap ilişkisindeki doğmuş ya da doğacak borçların; cari hesap ilişkisinde tabi olduğu bir üst limitin varlığı, doğmuş ya da ileride doğacak borçların hangi temel ilişkiden kaynaklandığı, ne borcu olduğu hususlarının GKS'lere eklenen kefalet sözleşmesi metninde doğrudan ya da GKS'ye gönderme yöntemiyle düzenlenmiş olması karşısında belirlilik unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Çoğunlukla kabul gören ve Yargıtay tarafından da benimsenen düşünceye göre, kefil çerçeve sözleşmeye kefil olduğu için, ilk kullanılan kredinin ödenmiş olması, çerçeve ilişki bütünüyle sona ermedikçe, kefalet sözleşmesinin sona ermesi ve böylece kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması sonucunu doğurmayacaktır.

SORU 6. Kefil asıl borcun geçersiz olması halinde dahi, bu geçersizlik sebebini bile bile sorumlu olmayı taahhüt edebilir mi? Edebilir ise bunun sonuçları neler olur? Kefaletle ilgili kanun hükümleri ile sorumluluğun söz konusu olduğu garanti sözleşmesi, hangi hallerde söz konusudur?

Kefaletin fer'i niteliğinin sonucu olarak kefalet sözleşmesinin mevcudiyeti ve geçerliliği, asıl borcun mevcudiyeti ve geçerliliğine bağlıdır. Asıl borç hükümsüz olduğunda kural olarak kefalet sözleşmesi de hükümsüz olur. Ancak elbette bir kimsenin iradesi asıl borcun geçerliliğinden bağımsız olarak kişisel teminat yükümlülüğü altına girmek ise, ortada artık bir kefalet sözleşmesinden ve kefil olma iradesinden değil, belki sorumluluk koşulları ve kapsamı kefalet sözleşmesine göre çok daha ağır olan garanti sözleşmesinden ve garanti veren olma iradesinden bahsedilebilir. Bu ayrı bir konudur.

Bunun yanı sıra kanunda, "kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumluluk" esasının uygulanacağı garanti sözleşmesi türü bir düzenleme bulunmaktadır. **Buna göre yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur.** Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır. Öyleyse kişisel teminat veren kişinin asıl borçlunun hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi ya da yasal temsilcinin izni gereken hallerde yasal temsilcinin (veli ya da vasinin) sınırlı ehliyetsize icazet vermemesi riskini üstlendiği haller bu kapsamdadır. Ne var ki kanunkoyucu, kefalet hükümlerinin daha koruyucu olması sebebiyle garanti sözleşmesinin bu türü ile geçerli olmayan bir borcun ifa edileceği tehlikesini üstüne alan kişiyi daha ağır şartlara tabi olan garanti sözleşmesi hükümlerine tabi olmaktan alıkoymak istemiştir. Çünkü teminat veren kişi, çoğu zaman garantinin bu türünde, kefaletten daha ağır koşullara tabi bir sözleşme yaptığının ve bunun risklerinin farkında değildir.

Ayrıca kefalet dışında kalan kişisel teminat sözleşmelerinin, gerçek kişi olan kişisel teminat verenler tarafından akdedilmesi halinde, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, bu sözleşmeler için de geçerlilik şartı oluşturacağı 6098 sayılı Kanunla getirilen yeni bir düzenlemedir.

SORU 7. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefalet sözleşmesinin şekil şartları, mülga 818 sayılı BK dönemine nazaran ne şekilde ağırlaştırılmıştır? Yeni Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra yapılacak kefalet sözleşmelerinde nelere dikkat edilmesi gerekir?

- Kefalet sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması gerekir. Borç altına giren kefilin imzası gerekli ve yeterlidir. Borç altına girmeyen sözleşmenin karşı tarafı olan alacaklının imzası ise bir geçerlilik koşulu değildir.

- Kefalet metninde borçlunun kim olduğunun gösterilmesi belirlilik unsuru açısından önemli olduğundan, borçlunun kim olduğu ismen gösterilmelidir.

- Ayrıca kefalet sözleşmesi metninde; kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin, müteselsil kefalet söz konusu ise, müteselsil ya da eş anlamlısı olan ifadenin **kefilin el yazısıyla** yer alması geçerlilik koşuludur (TBK m.583). Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 7.maddesinin 2.fıkrasına göre "Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur". Diğer bir deyişle sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa bile ticari borçlara kefalet söz konusu ise, bu müteselsildir.

Bu hükümden yola çıkan bir görüş, ticari borçlara kefaletin kanundan doğması sebebiyle el yazısı ile müteselsil kaydının yazılmasının bu durumda zorunlu olmaması gerektiğini; diğer görüş ise kefili koruma düşüncesinden hareketle yine de el yazısı ile yazılması gerektiğini savunmaktadır. Diğer tartışmalı bir konu da "açıkça el yazısı ile belirtilme şartı"nın, **hem gerçek hem de tüzel kişi kefiller için** geçerli olup olmayacağı noktasındadır. Bir görüşe göre kanun kefiller bakımından şekil şartlarını düzenlerken, gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı yapmış değildir. Her ikisi için de aynı şekil şartları geçerlidir. Diğer bir görüşe göre ise –ileride ayrıca incelemekte olduğumuz- TBK m.603 hükmü ile kefalete ilişkin şekil koşulları, diğer şahsi teminat sözleşmelerine (örneğin garanti sözleşmesine veya teminat amaçlı borç üstlenmeye de) uygulanacağı düzenlenir iken yalnızca gerçek kişilerin yaptığı diğer şahsi teminat sözleşmelerinden söz edilmiştir. O halde daha ağır sonuçları olan garanti sözleşmesini veya teminat amaçlı borç üstlenmeyi tüzel kişi tacir (örneğin bir Anonim Şirket) el yazılı şekil şartı ile yapmak zorunda olmayacak; buna karşılık aynı tüzel kişi kefalet yapmak istediğinde bu kere TBK m.583 gereğince el yazılı şekil şartlarına mı tabi tutulacaktır? Oysa garanti, kefaletten daha ağır bir sözleşme iken, garanti veren kefilden daha çok korunmak gerekmez mi? Bu sebeple kefalete ilişkin şekil şartlarını içeren TBK m.583 hükmünün, TBK m.603 hükmü ile birlikte yorumlanarak, TBK m.583 hükmündeki el yazılı şekil şartlarının yalnızca gerçek kişilerin yaptığı kefaletler için zorunluluk olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık kefili koruyucu yorumda olan ilk görüştekiler, TBK m.583 hükmünün emredici olduğunu ve gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı yapmadığını belirterek bu ikinci görüşe karşı çıkmaktadırlar. Durum zaman içinde yargı uygulamasında şekillenecek gibi gözükmektedir.

İhtiyaten TBK m.583 hükünde aranan koşullara uygun surette kefalet sözleşmelerinin düzenlenmesinde yarar vardır.

Azami sorumluluk miktarının kefilin el yazısı ile belirtilecek olması; boş bırakılan sorumluluk miktarı kısımlarının alacaklı tarafından anlaşmadan farklı olarak doldurulmasını, yine matbu olarak meblağın yer aldığı hallerde ise kefilin okumadan ve aldığı riskin bilincinde olmaksızın imza atmasının önüne geçmek içindir. Kefalet tarihinin sözleşmede kefilin el yazısıyla belirtilmesi zorunluluğunun nedenleri, karşı tarafın kefalet sözleşmesinin tarihi gerçekte olandan farklı bir tarih olarak göstermesinin önüne geçmek ve kefili korumaktadır. Böylece; *"sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olması"* kuralının işletilebilmesi, süreli kefalet ilişkilerinde, kefalet süresinin sona erme tarihinin belirlenmesi, kefalet sözleşmesinin evliyken yapılıp yapılmadığının tespit edilmesi güvence altına alınmış olmaktadır.

Ağırlaştırılmış yazılı şekil koşullarına uyulmaması halinde, gerçek birlikte kefalet hallinde sadece geçerlilik şartlarını gerçekleştirmeyen kefilin kefaleti geçersiz olmakla kalmayacak, diğer birlikte kefiller de TBK 587/3 hükmü ile getirilen yeni düzenleme ile kefalet borcundan kurtulacaktır. Bu düzenlemeye göre, alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, kefillerden birinin alacaklı tarafından kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda diğer kefil/kefiller, kefalet borcundan kurtulur.

SORU 8. Kefalet için verilen vekaletnamelerde (temsil yoluyla kefalet sözleşmesi kurulması halinde), kefil olma vaadi

taşıyan sözleşmelerde (ön sözleşmelerde) de aynı ağırlaştırılmış yazılı şekil koşulları aranacak mıdır?

TBK 583/2, c.1 gereğince "Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır". Temsil yoluyla yapılan kefalet sözleşmelerinde, özel temsil yetkisinin varlığı şarttır. Özel temsil yetkisini içeren belgede (vekaletnamede) ya da kefalet vaadi sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise, müteselsil ifadesinin ya da eş anlamlısı olan bir ifadenin **kefilin el yazısıyla** yer alması şarttır.

Keza vekaleten (temsilci sıfatıyla) kefalet sözleşmesinin imzalanacak olduğu hallerde, bu ağır şekil koşullarına uygun olarak düzenlenmiş olan bir vekaletname ile kefalet sözleşmesi imzalanıyor olsa dahi, söz konusu şekil koşullarının (kefalet tarihine, kefalet limitine ve müteselsil kefalet durumunda bu anlama gelecek ifadeye sözleşmede el yazısıyla yer verilmesi) vekaletnamede yer almış olması kafi görülmemeli, ayrıca temsilcinin imza edeceği kefalet sözleşmesi metninde de temsilci/vekil tarafından bu koşullar el yazılı olarak yerine getirilmelidir.

Bu noktada belirtelim ki yukarıda değindiğimiz kefaletin tüzel kişiler tarafından da el yazılı şekil ile yapılma zorunluluğu hakkındaki tartışma, burada açıkladığımız temsil yetkisi veya kefalet yapma vaadi açısından da söz konusu olacaktır.

Tartışmalı olan diğer bir konu da bir şirketin yönetim kurulu üyelerinin, şirket adına kefalet altına girebilmeleri için, burada belirttiğimiz TBK m.583/2, c.1 gereğince- bütün yönetim kurulu

ortaklarının imzaladığı ve bütün el yazılı şekil koşullarını içeren bir temsil yetki belgesi almalarının gerekip gerekmediğidir. Bir şirketin her bir Yönetim Kurulu üyesi tarafından temsil edilmesi, TBK'da düzenlenen temsil hükümlerinden farklı olup Türk Ticaret Kanunu uyarınca yapılır ve burada özel düzenlemeler vardır. Burada Borçlar Hukukuku anlamında teknik bir temsil yoktur. Zira Yönetim Kurulu bir şirketin organıdır ve Yönetim Kurulu temsilen değil; bizzat organ sıfatıyla yani şirketin bizzat kendisi olarak işlem yapar. Gerek ana sözleşmede gerekse kanunda şirket yönetim kurulu üyelerinin yetkileri düzenlenmiştir. Yönetim Kurulu üyelerinin bazılarına şirket adına kefalet sözleşmesi imza etme yetkisi verilmiş olabilir; bu duurmda temsil yetkisi verilmiş olmaz; adeta yönetim roganının kendi içinde bir iş bölümü söz konusudur. Bundan yola çıkılarak bu özel düzenlemeler gereğince kefalet için ayrı bir temsil yetkisi düzenlenmesine gerek olmadığı sonucuna varmak gerekir.

Aynı tartışma tacir yardımcıları (ticari mümessiller (temsilciler), ticari vekiller ve diğer ticaret yardımcıları) için de söz konusudur. Tacir yardımcılarının yetkileri kural olarak Türk Borçlar Kanununda düzenlenmektedir (TBK m.547 vd). Tacir yardımcılarına ilişkin temsil kuralları, Türk Borçlar Kanunun genel hükümlerinde düzenlenen adi temsil kurallarına göre özel hüküm niteliğinde olup öncelikle uygulanırlar. Ancak Yönetim Kurulundan farklı olarak tacir yardımcıları, borçlar hukuku anlamında teknik olarak birer temsilcidirler. Kefalet sözleşmesinde temsil yetkisi verilmesini düzenleyen ve kefaletin yazılı şekil şartlarına tabi tutan TBK m.583/2, c.1 hükmü, tacir yardımcılarının temsil yetkileri bakımından da uygulanacak mıdır? Tacir yardımcıları, teknik anlamda temsilci niteliğinde olduklarından, kefalet akdetmek için temsil yetki belgesinde (vekaletnamede) aranan özel yetki, kefalet

limitinin ve kefalet tarihinin, müteselsil kaydının temsil olunan şirketin yetkili organının veya temsil olunan bir gerçek kişi ise tacirin el yazısı ile temsil belgesinde gösterilmesi zorunluluğu, tacir yardımcıları için de söz konusu olacaktır. Elbette yukarıda TBK 603 hükmünün yorumu, ya da ticari işlerde teselsül karinesi gereği teselsül yazılı olmasa bile kanundan doğacağı hususlarında izah ettiğimiz tartışmalar aynen burası için de geçerlidir. Ancak ihtiyaten temsil belgelerinde bu koşulların yerine getirilmesinde fayda vardır.

SORU 9. Uygulamada kefalet sözleşmesinin ya da temsil belgesinin (vekâletnamenin) noterlerce düzenlenmesi halinde resmi şekil şartı yerine getirilmiş olacağına göre, acaba ayrıca ağırlaştırılmış el yazılı şekil şartlarına gerek kalmayacağı kabul edilebilir mi?

Uygulamada ticari temsilcilerin şirketi ilzama yetkili olarak kefalet senedi düzenlerken bu sorunla karşılaştıkları görülmektedir. Yukarıda 8. soruda aktardığımız tartışmada, ticari yardımcıların da TBK m.583/2, c.1 gereğince el yazılı şekle tabi olarak temsil yetkisine sahip olmaları gerektiği sonucuna varılır ise, bu kere bu belgenin uygulamada noterler tarafından düzenlendiği düşünülecek olursa, noterin onaylama şeklindeki hazırlayacağı bu belgeye el yazılı şekil koşulları uyarınca yazılması gerekenlerin aranıp aranmayacağı, yoksa noterin resmi şekil olarak düzenlediği bu belgedeki, resmi şeklin, özellikli adi yazılı şekil şartı olan kefalet şeklinden daha mı üstün tutulması gerektiği sorunu ile karşılaşılmaktadır. Bu husus hukuk çevrelerinde çokça tartışılmakta, lehte ve aleyhte görüşler beyan edilmektedir. Çoğunluk tarafından kefilin (veya vekilinin) el yazısı ile yazması gereken hususlarda resmi şeklin bu özellikli şeklin yerini almayacağı, zira el yazısının geçerlilik şartı olduğu

ileri sürülmüştür; başka bir deyişle noterde düzenlenen kefalet sözleşmeleri veya kefalet ile ilgili vekaletnameler için bir istisna öngörülmemiştir. Azınlıkta olan karşı görüşe göre ise resmi şeklin evleviyetle ağırlaştırılmış adi yazılı şeklin yerini alacağı ifade olunmuştur.

Kanaatimizce **ihtiyaten** ağırlaştırılmış adi yazılı şekil şartları, resmi kefalet sözleşmesi ya da vekaletname metninde de bizzat kefil tarafından kendi el yazısı ile tatbik edilmelidir (resmi belgenin düzenleme ya da onama şeklinde olması fark etmeksizin).

SORU 10. Müşterek temsil durumunda (örneğin bir şirket adına şirketi temsil eden çift imzanın gerektiği hallerde) müşterek temsilcilerin her birinin el yazısı ile yazılması gereken ifadeleri ayrı ayrı yazması gerekecek midir?

Öğretide, temsilcilerden birisi tarafından el yazısı ile yazılması gereken ifadelerin yazılmasının yeterli olacağı, diğer temsilcilerin de ayrı ayrı el yazıları ile söz konusu ifadeleri yazmalarının gerekli olmayacağı düşüncesi ifade edilmektedir. Buna rağmen, **ihtiyaten**, imkân nispetinde tüm temsilcilerin el yazısı ile yazılması zorunlu olan ifadeleri yazmaları daha isabetli olur.

SORU 11. Kefalet sözleşmesinde taraflar sonradan değişiklik yapabilirler mi? Bu değişiklikler hangi şekil şartlarına tabi olur?

Taraflar elbette karşılıklı anlaşma ile mevcut kefalet sözleşmesi hükümlerinde değişikliğe gidebilirler. Bu değişiklik, ya kefilin sorumluluğunun mevcut hale nazaran daha ağırlaştırılması ya da daha hafifletilmesi tarzında olabilir.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.

Buna karşılık kefilin sorumluluğunu hafifleten değişiklikler bakımından TBK 583/2, c.2 hükmü ile tarafların, **yazılı şekle uyarak** kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla **sınırlandırmayı** kararlaştırabilecekleri düzenlemesi getirilmiştir.

Hukuk çevrelerinde, bu hüküm yoluyla kefilin sorumluluğunu azaltan ve bir nevi kısmi ibra niteliği taşıyan değişikliklerin de şekil şartına tabi tutulması eleştirilmiştir. Zira, TBK m.13'de sorumluluğun hafifletilmesi niteliğindeki değişikliklerin şekil şartına tabi olmaması ilkesi benimsenmiş; TBK m.132'de de ibranın şekle tabi olmadığı düzenlenmiştir. Aynı sonucun kefalet için de benimsenmesi gerekir. Ne var ki TBK m.583/3 hükmünün emredici düzenlemesi karşısında aksi de savunulabilir. Bu sebeple **ihtiyaten** kefalet sözleşmesinde yapılacak sorumluluğu azaltan değişikliklerin de yine aynı ağır el yazılı şekil şartlarına tabi olarak yapılması tavsiye olunabilir.

SORU 12. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami meblağdan (üst limitten) ne anlamak gerekir? Bunun mutlaka kefaletnamede yer alması şart mıdır, yoksa asıl borç ilişkisinin düzenlendiği sözleşmeye atıfta bulunulması yeterli midir? Azami meblağın rakamsal olarak gösterilmesi şart mıdır, yoksa hesaplanabilir olması yeterli midir?

Kefilin sorumlu olacağı azami meblağ (üst limit) ile kast olunan husus, asıl borçlunun borcunun anapara ve fer'ilerinin (faiz, temerrüt faizi, dava masrafları vs) miktarı ne olursa olsun, kefilin

sözleşmede gösterilen en üst miktar dışında başkaca bir miktarı ödemek yükümlülüğünden kurtulmasıdır. Kefalet limiti sadece anapara için değil, fer'ileri için de üst limittir ve fer'iler üst limiti aşsa dahi kefil üst limite kadar sorumlu olur.

6098 sayılı yeni TBK döneminde getirilen yeni düzenleme ile artık kefilin sorumlu olacağı azami meblağın mutlaka kefalet sözleşmesi metninde yer alması ve kefilin el yazısı ile yazılmış olması şartı arandığından azami meblağın tayini için başka bir belgeye atıf yapılmasının önü tamamen kapatılmıştır. Bu kurala uyulmaması halinde kefalet sözleşmesi geçersiz olur.

Yine kefalet sözleşmesinde el yazılı olarak yer alacak azami meblağın rakamsal olarak gösterilmesi zorunlu mudur, değil midir tartışması ise eski kanun döneminde olduğu gibi yeni kanun döneminde de devam edecektir. "Asıl borcun iki katına kadar kefilim" şeklindeki bir dolaylı anlatım da geçerlilik için yeterli olacak ve azami meblağ gösterilmiş kabul edilecek midir? Kaynak İsviçre Kanunu mutlaka rakamsal olarak yazılmasını aramaktadır. Kefili koruyucu eğilimin sonucu olarak bizde de hukuk uygulamasında hakim olan görüş, azami meblağın rakamsal olarak gösterilmesinin gerektiği yönündedir. Ne var ki kanunda bu konuda yeterli açıklıkta bir düzenleme yapılmamış olması karşısında aksi de savunulabilir. Kanımızca kefalet üst limiti sözleşme metninde kefilin el yazısı ile **rakamsal olarak gösterilmiş** olmalıdır.

SORU 13. Kefalet limitinin yabancı para borcu ile gösterilmesi geçerli midir?

Hukuk çevrelerinde yabancı para kurlarında yaşanan dalgalanmalar nedeniyle kefilin mağdur olabileceği düşüncesi içerisinde

yabancı para ile kefalet limitinin gösterilmesi bakımından bir sınırlamaya gidilmemesi eleştirilmekle birlikte, kanunda genel olarak kefalet üst limitinin yabancı para ile gösterilmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Devalüasyon dönemlerinde işlem temelinin çökmesi ve uyarlama talepli davalar ise zamanın şartlarına göre değerlendirilecek hâkimin takdir alanında bulunan ayrı bir konudur.

SORU 14. Kefalet sözleşmesinde hangi hallerde eşin rızası aranır ve bu rıza hangi anda nasıl verilmiş olmalıdır? Bu rızanın kapsamı nedir? Kefalet sözleşmesinin sonradan değiştirildiği hallerde de eşin yine rızası gerekecek midir? Eşin rıza vermemesi halinde diğer eş ne yapabilir?

Eşlerden biri **mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça**, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir. Bu rızanın sözleşmenin kurulmasından **önce ya da en geç kurulması anında** verilmiş olması şarttır. Bu hüküm evli olan gerçek kişilerin kendi nam ve hesaplarına kefil oldukları ya da kendi kişisel malvarlıklarını kefalet yükümlülüğü altına sokacakları haller için söz konusu olur. Tüzel kişilerin temsilcileri tarafından yapılan kefalet sözleşmeleri tüzel kişi nam ve hesabına yapıldığı takdirde, temsilcilerin (ilzama yetkili kişilerin) eşlerinin rızası aranmaz. Eşin rızası aranan hallerde eşin rızasının bulunmamasının sonucu askıda hükümsüzlük değil, kesin hükümsüzlüktür, sonradan verilecek rıza kefaleti geçerli hale getirmez. Eşin rızasının yazılı olarak verilmesi zorunlu ise de kanunda el yazılı olarak verilmesi noktasında bir zorunluluk yüklenmemiştir.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete

dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez. Müteselsil kefalet söz konusu ise, kefilin eşinin rızasının kapsamı içerisinde bu hususa yer verilmesi ya da bu tür tartışmaların tümden önüne geçebilmek için rıza beyanının kefalet sözleşmesi üzerine alınması isabetli olacaktır. Aksi takdirde, verilen rızanın adi kefalete ilişkin olduğu gibi uyuşmazlıklarla karşılaşılabilir.

Rızası aranan eşin fiil ehliyetine sahip olmaması halinde durumun ne olacağı tereddüt uyandırmaktadır. Ehliyetsiz eş yerine yasal temsilcisi (vasisi) tarafından rızanın verilip verilemeyeceği, söz konusu rızanın verilmesinin, mahkemeler tarafından "kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanımı" olarak yorumlanıp yorumlanmaması durumuna bağlı olacaktır. Eşin makul bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması halinde kefil olmak isteyen kişinin, hakimin müdahalesini isteme imkanının olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre hakkın kötüye kullanıldığı hallerde buna cevaz verilmelidir. Diğer görüşe göre kefalet sözleşmesi imzalanmasına rıza gösterip göstermeme tamamen eşin takdirinde bir husus olduğundan kefil olmak isteyen eşin bu noktada mahkemeye başvurma imkanı bulunduğu kabul edilemez.

SORU 15. Eşin rızasını arayan kanun hükmünün aksine sözleşme yapılarak eşlerin rızasının aranması şartı sözleşme yoluyla bertaraf edilebilir mi? Eşlerin tabi oldukları mal rejimlerinin eşin rızası bakımından bir önemi var mıdır?

Bu düzenleme emredici nitelikte bulunduğundan, aksinin taraflar arasında kararlaştırılabilmesi mümkün bulunmamaktadır. Önceden bu haktan feragat edebilmek de mümkün değildir. Herhangi bir ayrım yapılmamış olduğundan, eşlerin seçmiş oldukları mal

rejimi söz konusu rızanın alınması bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır.

SORU 16. Kefalet sözleşmesinin türleri nelerdir?

Genel olarak kefalet sözleşmesinin türlerini; adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet (adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet), açığa (zarara) kefalet, kefile kefalet ve rücua kefalet olarak sayabiliriz.

SORU 17. Adi Kefalet nedir ve özellikleri nelerdir?

İkincil olma özelliğinin ikinci derecede güçlü olduğu kefalet türü **adi kefalet**tir. Adi kefalette kural olarak asıl borçlu takip edilmedikçe ve varsa borcu temin için kefaletten önce ya da kefalet sırasında alınan rehinler paraya çevrilmedikçe kefil takip edilemez.

Adi kefalette alacaklı ancak şu hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir, yani kefilin önce borçlunun takip edilmesi manasına gelen tartışma ya da peşin dava def'ini ileri sürme hakkı olmaz. Eski dönemde de var olan;

1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması
2. Borçlunun iflasına karar verilmiş olması
3. Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi hallerinin yanı sıra, yeni kanun ile eklenen
4. Borçluya konkordato mehili verilmesi
5. Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın önemli ölçüde güçleşmesi.

Diğer taraftan alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir (Rehinin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir). Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehili verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.

Borçlar Kanunu sistemimizde asıl olan kefalet türü "adi kefalet"tir. Buna karşılık müteselsil kefalet ya sözleşme ile açıkça kararlaştırılmalıdır ya da özel bir kanun hükmü gereğince (örneğin TTK m.7: İki veya daha fazla kimse, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari mahiyeti haiz bir iş dolayısiyle diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen mesul sayılırlar.) söz konusu olur.

SORU 18. Açığa (Zarara) Kefalet nedir ve özellikleri nelerdir?

Yeni Türk Borçlar Kanununda düzenlemeye kavuşan **açığa (zarara) kefalet**, adı üzerinde sadece "borçluya yapılan takip sonucunda açık kaldığı kesinleşen kısım" kişisel teminat altına alınmaktadır.

Bu türde, kefaletin ikincil (tali) olma özelliği en üst seviyededir.

Açığa kefil, kural olarak, ancak borçlu takip edilip de takip kesin aciz belgesi alınması ile sonuçlandığında takip edilebilir.

Başka deyişle kefilin kefaleti borcun tamamına ilişkin olmayıp sadece alacaklının asıl borçluyu takip sonunda elde edemediği kısmına ilişkindir.

Adi kefalette de önce borçlunun takip edilmesi (tartışma def'i)

ya da önce rehinin paraya çevrilmesi def'ileri söz konusu olmakla birlikte, adi kefaletten farklı olarak doğrudan açığa kefile başvurulabilen haller daha kısıtlıdır. Buna göre;

- sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa,
- borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya
- borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında,

doğrudan doğruya kefile başvurulabilir.

SORU 19. Müteselsil (Zincirleme) Kefalet nedir ve özellikleri nelerdir?

Müteselsil (zincirleme) kefalette alacaklı, kural olarak hem borçluyu hem de kefili borcun tamamı için takip edebilmektedir. Ancak 6098 sayılı TBK ile getirilen yeni düzenleme, 818 sayılı BK'dan önemli ölçüde farklılık arz etmektedir. Müteselsil kefalet, yeni düzenlemede adi kefalete yaklaştırılmıştır. Mülga BK döneminde mevcut olan asıl borçluya başvurmadan ve mevcut rehinleri paraya çevirmeden müteselsil kefile doğrudan başvurabilme imkanı tanıyan düzenleme, kefalet sözleşmelerinin ikincillik (talilik) niteliğini zedelediği yönünde eleştirilmekteydi.

Buradan yola çıkılmak suretiyle ilk olarak 6098 sayılı TBK m.586/1 hükmü ile eski düzenlemeden farklı olarak alacaklının "**borçluya başvurmadan ve taşınmaz rehini varsa önce rehini paraya çevirmek zorunda olmadan**" müteselsil kefili takip edebilmesi için iki ihtimalden biri gerçekleşmiş olmalıdır: **1. ihtimalde borçlunun ifada gecikmiş olması ve borçluya karşı sonuçsuz kalan bir ihtarda bulunulmuş olması gerekir.** Burada

borcun muaccel olmasından daha öte ifanın geciktirilmesi söz konusudur. Ancak temerrüt koşullarının gerçekleşmiş olması ise şart değildir; yalnızca ifa gecikmiş olmalıdır. Buradaki ihtarın, temerrüt ihtarının şartlarına sahip olması gerekmez. İhtarın temerrüt ihtarı katında olması şart değildir. Borçluya gönderilen ihtarda herhangi bir mehil verilmesine de gerek yoktur. Ancak borçlu ile birlikte müteselsil kefile karşı birlikte icra takibinde bulunulup ödeme emri tebliğ ettirilmesi halinde ihtar koşulunun gerçekleşeceği belirtilmektedir. **2. ihtimalde borçlunun ödeme güçsüzlüğü içerisinde olması gerekir.** Borçlu ödeme güçsüzlüğü içinde ise, borçlunun ifada gecikmesi ya da ihtara gerek kalmaz.

Yine TBK 586/2'de ise alacağın, "**teslime bağlı taşınır rehini veya alacak rehini ile güvenceye alınmış olması" halleri bakımından** rehinin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamayacağı kural olarak düzenlenmiştir. Kuralın 3 istisnası vardır: **(1) Alacağın rehinin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi (2) Borçlunun iflas etmesi (3)Konkordato mehili verilmesi**

SORU 20. Birlikte Kefalet nedir, türleri ve özellikleri nelerdir?

Birlikte Kefalet; birden fazla kefilin bir borca birlikte kefil olması sırasında birbirinden haberdar olarak kefil olmaları hali bakımından "gerçek olan birlikte kefalet" ya da birbirinden bağımsız olarak kefil olmaları bakımından "gerçek olmayan birlikte kefalet" olarak ikiye ayrılır.

SORU 21. Gerçek Olan Birlikte Kefaletin türleri ve özellikleri nelerdir?

Gerçek olan birlikte kefalet kendi içinde adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet olarak gruplanabilir.

Adi birlikte kefalette; birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur(TBK m.587/1) Kefile kefalet aşağıda izah edilecektir.

Müteselsil birlikte kefalette; borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, mülga BK döneminde birlikte müteselsil kefil alacaklıya karşı, diğer kefillerin durumuna bakılmaksızın borcun tamamından sorumlu tutulmakta idi. Oysa yeni TBK ile bu duruma bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye'de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girişilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya ayni güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir(TBK m.587/2 c.1.3.) Buna göre, müteselsil birlikte kefiller hakkında Türkiye'de takip yapılabilmesi mümkün iken alacaklı bunlardan bir ya da bir kaçı hakkında takibe girişmez ise yahut diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş ya da ayni teminat göstermiş olmaları hallerinde, kendisine başvurulan kefil, kendi payından fazlasını ödemeyi reddedebilir. Mülga 818 Sayılı BK gereğince ödemede bulunan birlikte müteselsil kefilin diğer kefillere rücu edebilmesi ancak kendi payını aşan bir ödemede bulunmuş olması halinde mümkün idi. Yeni getirilen düzenleme ile bu zorunluluk kaldırıldı. Yeni Kanun döneminde kendi payından daha düşük ödemede bulunan birlikte müteselsil kefile de aksine

anlaşma olmadığı müddetçe diğer kefillere rücu edebilme imkanı getirilmiştir. Bu hak, borçluya rücudan önce de kullanılabilir. (TBK m.587/2 c.4.5))

SORU 22. Gerçek Olmayan Birlikte Kefaletin özellikleri nelerdir?

Gerçek olmayan birlikte kefalette, birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için birden fazla kefil kefalet borcu altına girmektedir. Böylelikle kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil, aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir(TBK m.587/son

Meselâ, kefil olunan asıl borç 150 lira ise ve bu borca da birbirinden bağımsız olarak, (K1) 200 lira için, (K2) 50 lira için ve (K3) de 50 lira için kefil olmuşsa, toplam kefalet miktarı 300 lira olmaktadır. (K1) 150 liranın tamamını ödediğinde, diğer kefillere olan rücu hakkının hesaplanmasında, önce kefil olduğu miktarın toplam kefalet miktarına oranı 2/3 olarak bulunacak ve (K1)'in asıl borçtan sorumluluğu, bu orana denk düşen 100 lira olacaktır. Bu durumda, (K1) fazladan ödediği 50 lira için, yine aynı hesaplamayla bulunacak 1/6 oranında, yani 25'er lira için diğer kefillerin her birine (K2 ve K3'e) rücu edebilecektir.

SORU 23. Gerçek birlikte kefalet hallerinde, kendisinin dışında da başka kefillerin olduğuna güvenerek ve bu inançla imza atan kefil, bu güveni ve inancı boşa çıkınca sorumluluktan kurtulma imkanına sahip olabilir mi?

Bunun için üç temel koşulun gerçekleşmesi gerekir. İlk şart olarak kefil, aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu

veya olacağını varsayarak kefalet borcu altına girmiş olmalıdır. İkinci şart olarak alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyor olmalıdır. Üçüncü şart olarak; ihtimal-1, birden fazla kişinin kefil olacağına dair varsayım sonradan gerçekleşmemelidir veya ihtimal-2, birlikte kefillerden biri alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılmalıdır ya da ihtimal-3, birlikte kefillerden birinin kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmelidir. Bu haller söz konusu olduğunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.

SORU 24. Kefile kefalet ve rücua kefalet nedir ve özellikleri nelerdir?

Kefile kefalet ise alacaklı ile kefile kefil olan kişi arasında akdedilir. Kefile kefil; alacaklıya, kefilin borcu için güvence vermektedir; daha açık deyişle alacaklının, öncelikle kefile başvurması sonuç alamazsa kefile kefile başvurması gerekmektedir. Kefile kefil, asıl kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur.

Rücua kefalet ise kefil ile rücua kefil olan kişi arasında akdedilir. Rücua kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefildir. Yani rücua kefil, kefile karşı asıl borçlunun ödeme gücünü taahhüt eder. Böylelikle alacaklıya ödemede bulunan kefil, önce asıl borçluya rücu edecek; bir şey elde edemediği takdirde de rücua kefile başvurabilecektir.

SORU 25. Kefilin sorumluluğunun kapsamı nelerdir? Bu konuda 6098 sayılı TBK ile hangi yenilikler getirilmiştir?

TBK madde 589/1 hükmüne göre kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur. Aksi söz-

leşmede kararlaştırılmamışsa kefilin sorumluluğunun kapsamına, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakiler girmektedir:

1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları.

2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile (6098 sayılı TBK ile yeni eklenen hüküm gereğince) ayrıca gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar.

3. İşlemiş bir yıllık akdi faiz ve (6098 sayılı TBK ile yeni eklenen hüküm gereğince) ayrıca işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.

Ekleyelim ki kefil, elbette kendi temerrüdünün sonuçlarından ayrıca sorumlu olur. Kefilin kendi kefalet borcunu ifa bakımından temerrüde düşmesi halinde kefilin sorumlu oluğu toplam miktar, kefalet limitini aşabilir. Zira kefilin kendi temerrüdünün sonuçları, onun kefalet limiti kapsamında kalmak şartıyla sorumlu tutulabileceği alacak kalemleri arasında, doğal olarak, yer almaz.

SORU 26. Kefil, borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından önceki borçlarından da sorumlu mudur?

6098 sayılı TBK 589/3 ile yeni eklenen düzenlemeye göre sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Bu sebeple kefilin, kefalet sözleşmesinin kurulmasından

önceki borçlarından sorumlu tutulabilmesi, ancak bu hususun açıkça sözleşmede kararlaştırılabilmesi ile mümkündür.

SORU 27. Kefalet sözleşmesine kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin hükümler konulabilir mi?

TBK ile yeni eklenen 589/son hükmünde iki husus düzenlenmektedir. İlk olarak, kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Yukarıda asıl borç ilişkisinin hükümsüz olması nedeniyle fer'ilik niteliği gereğince kefalet sözleşmesinin de geçersiz olacağını belirtmiştik.

Ancak buradaki durum farklı olup burada kastedilen mesele, kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüzleşmesinin doğuracağı olumsuz (menfi) zararları kişisel olarak tekeffül etmesidir. Kanun kefalet sözleşmesi bağlamında buna cevaz vermemiştir.

İkinci olarak söz konusu hükümde, kefilin;

- asıl borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemiş olmasına ilişkin ifaya ekli cezai şarttan yahut da

- borcun gereği gibi yerine getirilmemiş olmasına ilişkin ifa yerine (seçimlik) cezai şarttan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar yapılamayacağı;

- kefilin borçlunun ödeyeceği cezai şarttan sorumlu tutulacağı;

şeklindeki anlaşmaların kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.

SORU 28. Kefilin alacaklıya karşı ödemeden kaçınmak için ileri sürebileceği itirazlar ve def'iler nelerdir?

İtirazlar, hiç ileri sürülmese bile mahkemece kendiliğinden dikkate alınabilen savunmalar iken; def'iler ancak ileri sürüldüğünde nazara alınan savunma imkanlarıdır. Kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan itirazlara ve def'ilere sahip olabileceği gibi, bizzat asıl borç ilişkisinden kaynaklanıp da borçluya ait olan itiraz ve def'ileri de kullanabilir. Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan itirazlara göre kefil, kefalet sözleşmesinin kurulmadığını veya sözleşmenin şekle aykırılık, irade sakatlığı vs bir sebeple hükümsüz olduğunu ileri sürebilir. Kefalet sözleşmesinden doğan def'ilere göre kefil, tartışma def'i (önce borçlunun takip edilmesi def'i), varsa önce rehinin paraya çevrilmesi def'i ya da birlikte kefalette yalnızca kendi payı oranında sorumlu olduğu hallerde bölme def'i, hatta ayni güvence gösterdiği hallerde takibin durdurulması def'i gibi savunmaları ileri sürebilir.

Kefil, aynı zamanda asıl borç ilişkisinden doğan ve borçluya ait olan savunmaları da ileri sürebilir. Sözgelimi asıl borç ilişkisinin şekle aykırılık, irade sakatlığı, kanuna aykırılık vs bir sebeple hükümsüz olduğu ya da zamanaşımı def'i, ödemezlik def'i gibi def'ileri ileri sürebilir. Kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek ve isteyerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır. Ki bu son halde bir nev'i kefalet hükümlerine tabi olan garanti sözleşmesinin söz konusu olduğundan söz etmiş idik. Yanılma veya ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olan bir borca durumu bilerek kefil olunması halinde kefilin sorumlu tutulabileceği gerek eBK.'da gerekse yeni TBK'da kabul görmüş iken; kumar ve bahis

borçlarına olan kefaletlerde ise yeni Kanun aksi bir çözüme imza atmıştır. Buna göre kefil, borcun bu niteliğini bilerek kefil olmuş olsa dahi, asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu dava edilemezlik def'inden yine de yararlanabilecektir. Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder. (TBK m.591/3)

SORU 29. Kefil, kendisine başvurma şartları mevcut olduğunda her zaman için takip edilebilir mi?

Ya da kefil hakkında ne zaman takibe başlanabilir?

Kefilin şartları mevcut olan ve başlamış bir takibi durdurabilmesi mümkün müdür?

Asıl borç muaccel hale gelmiş olsa bile kefilin borcu muaccel olmadıkça kefile karşı takip yapılamaz.

Hatta borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.

Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, aynı bildirimin kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar.

Bu noktada ticari borçlara kefaleti düzenleyen TTK m.7/f.1, c.2 hükmünü de dikkate almka gerekir. Buna göre "*Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez*".

Bütün kefalet türlerinde kefil, ayni güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir (Takibin durdurulması def'i).

Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.(TBK m.590/4)

SORU 30. Kefalet sözleşmesine "Kefilin, kefalet sözleşmesi gereğince sahip olduğu savunma haklarından önceden vazgeçtiği (feragat ettiği)" yolunda koyulan kayıt ve hükümler geçerli midir? Kefil, önceden kendisine tanınan yasal savunma imkanlarını kullanmaktan feragat edebilir mi?

Bilineceği üzere, özellikle finans kurumları tarafından hazırlanan kefaletnamelerde, kefilin savunma haklarını kullanması sözleşmelere eklenen hükümlerde bertaraf edilmekte ve kefil oldukça güç bir konuma getirilmiş olmaktaydı.

Oysa yeni getirilen TBK 582/3 ile bu husus emredici bir düzenleme ile hükme bağlanmış ve artık bu konudaki tartışmalara son verilmiştir.

Buna göre "Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez." Bu düzenleme gereğince kefil, kural olarak kanun gereğince kendisine tanınan def'i haklarından sözleşme yapılırken vazgeçemez, vazgeçse dahi feragati kanun gereği geçersiz olur.

Buna karşılık, Kanunda, aksinin taraflar arasında kararlaştırılabileceği belirtilen istisnai durumlarda ise kefil kendisine tanınan def'i haklarından önceden vazgeçebilir.

Böylece Bankacılık uygulamasında belirsiz süreli kefalet sözleşmelerinin sona erdirilmesi bakımından kefil mülga hükümde kendisine tanınan imkanlardan sözleşmenin imzalanması aşamasında vazgeçebilmekte iken, artık yeni TBK 601 gereğince sahip olduğu haklardan önceden vazgeçemeyecektir.

SORU 31. Alacaklının kefile karşı yükümlülükleri var mıdır? Alacaklı mevcut rehin, rüçhan hakkı vs güvenceleri korumak ve azaltmamak mecburiyeti altında mıdır? Alacaklı, ödemede bulunan kefile karşı elindeki senetleri teslim etmek zorunda mıdır? Bunların yerine getirilmemesi halinde sonuçlar neler olur?

a. Alacaklının özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre, alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltmamakla yükümlüdür. Aksi halde alacaklı, zararın daha az olduğunu ispat etmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır. Eski Kanun dönemindeki kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra üçüncü kişiler tarafından verilen rehinlerin de kefile devredilmek zorunda olup olmadığına yönelik tartışma sona ermiştir; buna göre alacaklının kefile devretmek durumunda olduğu teminatlar, kefalet sözleşmesinin imzalanması sırasında var olanlar ile kefaletten sonra alınmış olmakla birlikte, alacağın özel güvencesini oluşturmak üzere asıl borçludan alınmış

bulunan rehinlerdir. Diğer yandan çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefilden isteyemez.

b. Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıraca önce geldikleri ölçüde saklıdır. Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yukarıda a ve b bendlerinde zikredilen yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.

c. Alacaklının kefile bildirim ve bilgi verme yükümlülükleri bulunmaktadır. 818 sayılı BK döneminde yer almayan TBK 594/1 gereğince, asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.

Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması

için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir. Konkordato, hükme yeni Kanun döneminde eklenmiştir.

Alacaklı, c bendinde zikrettiğimiz bu gereklerden birini yerine getirmezse, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder.

Bu düzenlemeden kefalet konusundaki işlem hacmi yüksek olan Bankaların etkileneceği, kefile karşı başvurma imkânını kaybetmek istemeyen Bankaların maddede belirtilen yükümlülükleri yerine getirebilmek için sürekli bir izleme ve ihbar sistemi kurmak zorunda kalacakları değerlendirilmektedir.

SORU 32. Kefil ne zaman ödeme yapabilir? Birden fazla kefil olduğunda kefillerden biri kendi payını ödemek isterse alacaklı kabul etmek zorunda mıdır? Borç muaccel olmadan öne de kefil ödeme yapabilir mi?

TBK m.593 hükmüne göre borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır.

Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.

Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından

önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.

SORU 33. Kefil, hangi hallerde asıl borçludan teminat verilmesini ve borçtan kurtarılmasını isteyebilir?

TBK m.595 hükmüne göre kefil, şu durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir:

1. Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklere, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa.

2. Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya (6098 s TBK ile yeni eklenen düzenleme gereğince) yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse.

3. Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa.

SORU 34. Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, asıl borçluya nasıl rücu eder? Kefalet ile birlikte rehin olan hallerde rücu hakkının akıbeti ne olmaktadır? Rücu hakkı için zamanaşımı süresi ne zaman işlemeye başlar? Hangi hallerde kefilin rücu hakkı bulunmamaktadır?

Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir. TBK 592'ye paralel olarak, alacaklıya ödemede bulunan kefilin rücu hakkını kullanırken başvurabileceği teminatların, kefalet

sözleşmesinin imzalanması sırasında var olan rehinler ile daha sonra verilmiş olmakla birlikte asıl borçlu tarafından ve özellikle bu alacak için verilen rehin hakları olduğu belirtilmiştir. Kefilin kısmi bir ödemede bulunması halinde, alacağın güvencesini teşkil eden rehinlerin akıbetinin ne olacağı hususunda 818 Sayılı BK'da konu hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. 6098 s TBK 596/2 ile getirilen yeni düzenlemeye göre kısmi ödeme halinde kefilin yaptığı ödeme oranında alacaklının rehin hakkına halef olacağı kabul edilmiş, ancak alacaklının rehin konusu üzerinde kalan alacak hakkının, kefilin rehin hakkı üzerinde halefiyet nedeniyle sahip olduğu haktan daha üstün olacağı benimsenmiştir. Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır. Borcun rehin veren tarafından ödenmiş olması durumunda, rehin verenin kefile müracaat hakkının olup olmayacağı eski Kanun döneminde düzenlenmemiş idi. TBK 596/4 ile getirilen yeni düzenlemeye göre asıl kural, alacaklıya ödemede bulunan rehin verenin kefile başvuramamasıdır. Ancak bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır: rücu konusunda kefil ile rehin maliki arasında bir anlaşma yapılmış olması veya rehinin kefaletten sonra üçüncü kişi tarafından verilmiş olması. Bu durumlardan biri söz konusu olduğunda, alacaklıya ödemede bulunan rehin veren, kefile karşı rücu imkanına sahip olacaktır. Ancak rehin veren aynı zamanda kefillerden birisi ise maddede belirtilen "üçüncü şahıs olma" koşulu yerine gelmemiş olacağından, rehin veren kefil, yapmış olduğu ödemenin elbette tamamı için diğer kefillere başvuramaz. Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar. Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına

sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.

SORU 35. Ödemede bulunan kefil, borçluya ödemeyi bildirmeli midir? Bildirmezse ne olur?

Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır. Kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifada bulunursa, rücu hakkını kaybeder. Kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır. Maddenin son fıkrasında, eski 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, kefilin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklı tutulmuştur. Bu farklılığın sebebi, kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirme yükünü ihmal ettiği için, asıl borçlu tarafından aynı borcun ikinci kez ifa edilmesi sonucunda sebepsiz zenginleşen alacaklıya karşı, ödediği miktarı geri istemekle karşı karşıya bırakılması gereken kişinin asıl borçlu değil, kefil olduğunun kabul edilmesidir.

SORU 36. Kefalet sözleşmesi hangi hallerde sona erer?

1- Kanunda öngörülen sona erme halleri TBK m.598:

a) "Hangi sebeple olursa olsun, **asıl borç sona erince**, kefil de borcundan kurtulur" (TBK 598/1). Bu durum "fer'ilik ilkesi"nin bir sonucudur. Maddenin diğer fıkraları ise, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni hükümlerden oluşmaktadır.

b) Maddenin ikinci fıkrasında, **borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi** durumunda, alacaklı için kefaletten doğan özel yararların saklı kalacağı belirtilmiştir. Meselâ, borçlu kefilin ölümüyle

onun tek mirasçısı olmuşsa, bu durumda kefil ve asıl borçlu sıfatları aynı kişide birleştiğinden, kefalet borcu sona erecektir. Ancak, kefile kefalet söz konusu olduğunda, böyle bir sona ermenin mutlak olarak kabul edilmesi hâlinde, kefile kefalet de sona ereceği ve bu durum alacaklıyı kefile kefalet güvencesinden yoksun bırakacağı için, fıkrada, alacaklının kefaletten doğan özel yararlarının saklı kalacağı hükme bağlanmış ve kefalet borcu sona ermemiş gibi, kefile kefalet borcunun varlığını sürdüreceği kabul edilmiştir.

c) Kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren azami 10 yıllık sürenin dolması ile (Sözleşmede bir süre ister kararlaştırılmış olsun ister olmasın). Aşağıda detaylı olarak incelemekteyiz.

2- Kefalet Sözleşmesinden Dönme ile (TBK m.599).

3- Kefalet Sözleşmesinin süreli yapılması halinde, sürenin dolması ile TBK 600 gereğince süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.

4- Kefalet Sözleşmesinin bir süre konulmaksızın yapılması halinde, kefilin borçluyu takip hususunda alacaklıya yapacağı ihbarların sonuçsuz kalması halinde.

SORU 37. Kefalet Hukukunda yapılan en radikal değişiklik ve yeniliklerden birisi olan kefalet sözleşmesinin azami süreye tabi kılınması şartı, yeni dönemde yapılacak olan kefalet sözleşmeleri bakımından hani esaslara tabi olacaktır?

Bu düzenleme bir kanundan doğan kendiliğinden sona erme halidir. Aksi yönde anlaşma yapılsa bile söz konusu kural, emredici olduğundan, taraf iradesine bakılmaksızın azami sürenin dolmuş olmasına otomatik sona erdirme etkisi tanımaktadır. TBK

598/3 gereğince, bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında, kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefilin ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebileceği kabul edilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabileceği öngörülmüştür.

- Yeni düzenleme gereğince getirilen emredici süre sınırlaması, **sadece gerçek kişi kefiller** içindir; tüzel kişiler bakımından kefaletin 10 yıldan fazla bir süre için kararlaştırılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

- Kefalet türleri bakımından Kanunda herhangi bir ayrım yapılmamış olduğundan, her türlü kefalet için mevcut kural geçerlidir.

- Gerçek kişiler için aynı kefalet sözleşmesi on yıldan fazla süreli olamaz; yoksa tafralar TBK 598/4 gereğince sonradan imzalanacak yeni kefalet sözleşmeleriyle kefalet durumunun genel olarak 10 yıldan fazla sürmesini sağlayabilirler.

- Gerçek kişiler ile 10 yıldan fazla bir süreli kefalet sözleşmesi yapılmış olsa dahi bu durum, kefalet sözleşmesinin bütünüyle geçersizliği sonucunu doğurmaz; böyle bir durumun varlığı halinde, alacaklı ancak 10 yıllık süre içerisinde kefili takip edebilecek, 10 yıl geçmesiyle kefilin sorumluluğu sözleşmedeki aksi hükme rağmen sona ermiş olacaktır (zorunlu kısmi hükümsüzlük kuralı).

Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir. Bu durum "mevcut kefalet sözleşmesinin süresinin uzatılması hali" içindir. Yoksa taraflar bir araya gelerek her zaman için aynı veya farklı şartlarda on yıllık yeni kefalet sözleşmeleri yapabilirler.

SORU 38. Kefilin tek taraflı olarak kefalet sözleşmesinden dönmesi mümkün müdür?

818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, "Kefaletten dönme" 6098 sayılı TBK 599 hükmü ile getirilen yeni bir düzenlemedir.

Buna göre, "Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir" (TBK 599/1).

O halde kefaletten dönme için şartlar şunlardır:

a) Gelecekte doğacak bir borca kefalet söz konusu olmalıdır. Başka bir deyişle borç henüz doğmamış ya da kefilin tekeffül ettiği risk henüz gerçekleşmemiş olmalıdır. Asıl borç muaccel olduktan sonra kefil, ancak alacaklının muvafakati ile kefaletten kurtulabilir.

b) Borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmış olmalıdır.

c) Kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunmalıdır.

Bu şartları gerçekleştiren kefil, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefaletin süreli ya da süresiz olmasının bu hakkın kullanılmasında bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, dönme hakkını kullanan kefil, **alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı olumsuz (menfi) zararlar** var ise bunları da gidermekle yükümlü olacaktır.

SORU 39. Süreli kefalette kefilin kefalet borcu nasıl sona ermektedir?

Kefaletten kaynaklanan sorumluluğun sözleşmeyle belirli bir süre için sınırlandırılması halinde, süreli kefalet söz konusu olur. Süreli bir kefalette önemli olan kefalet sözleşmesinin süreli olmasıdır; yoksa, asıl borcun süreli olması kefaletin de süreli olduğu anlamına gelmez. Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur (TBK 600).

eBK 494.maddesinde, sözleşmeyle belirlenen sürenin sona ermesi durumunda alacaklının **takip eden bir ay içerisinde** icraya ya da mahkemeye başvurması gerektiği, bu gerekliliği yerine getirmez ya da yerine getirir de takibata uzun bir süre ara verirse, kefilin artık sorumluluktan kurtulacağı belirtilmekte idi. Böylece mülga düzenleme, sözleşmedeki süre sona ermesine rağmen alacaklıya 1 aylık ek bir süre vererek alacaklının menfaatini korunmakta idi.

Nitekim Kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenleme de benzer yöndedir. Yeni 6098 sayılı TBK 600 hükmü, aksine bir düzenlemeye imza atarak sürenin bitmesiyle otomatik olarak kefalet borcunun sona ereceği sonucunu hükme bağlamıştır.

Maddenin gerekçesine göre "*Kefalet sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve kefil bu sözleşmeyle karşı bir edim elde etmeksizin borç altına girmektedir. Bu durumda karşıt iki menfaatten kefilinkinin korunmasının yeğlenmesi gerektiğinden madde bu şekilde düzenlenmiştir.*"

SORU 40. Süreli olmayan kefalette kefilin kefalet borcu nasıl sona ermektedir?

6098 s TBK m.601/1 gereğince, "Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir".

Böylece eski Borçlar Kanununun 494 üncü maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmiştir.

Buna göre, adi kefalette kefil borcun muaccel olması kaydıyla her zaman için alacaklıdan asıl borçluyu bir ay içerisinde takip etmesini, rehinleri paraya çevirmesini, takiplere ara vermeksizin devam etmesini isteme hakkına sahip bulunmaktadır. Alacaklı bu isteme rağmen gereğini yerine getirmez ise kefil artık borcundan kurtulmuş olacaktır.

Müteselsil kefalette ise kefilin bu imkanı kullanabilmesinin ancak "kanunun uygun gördüğü hallerde" söz konusu olabileceği düzenlenmiştir. "Kanunun uygun gördüğü haller" ile TBK 586/2'de düzenlenen aynı alacak için verilmiş teslim şartına bağlı menkul rehninin ya da alacak rehninin mevcut olduğu hallerin kast edildiği

değerlendirilmektedir. Bu haller var ise müteselsil kefil alacaklıdan ancak bunlar için takip başlatılmasını isteyebilecektir.

BK 601/2 gereğince, "Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirimi yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir".

Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur (TBK 601/3).

SORU 41. Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefilin kefalet borcu nasıl sona ermektedir?

Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir (TBK 602).

SORU 42. Bir kişisel teminat sözleşmesi olan Kefalet sözleşmesi bakımından getirilen ağır geçerlilik koşullarının gerçek kişiler açısından diğer kişisel teminat sözleşmeleri bakımından da uygulanacağı ifade edilmektedir. Kefalet Dışındaki Diğer Kişisel Teminat Sözleşmeleri nelerdir ve bunların geçerli olarak yapılmaları nasıl mümkün olacaktır?

Borcun ifasının teminatı; ipotek, menkul rehini gibi ayni teminatlar verilerek gerçekleştirilebileceği gibi; kefalet, banka teminat mektubu veya garanti sözleşmesi ya da üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde bir kimsenin şahsi olarak tekeffül etmesi ile de gerçekleştirilebilir. İşte Kanunkoyucu şahsi teminat türleri bakımından İsviçre Kanunkoyucusunun da önüne geçen radikal bir değişikliğe imza atmaktadır.

Buna göre kefalet için getirilen bazı ağır şartlar, artık kefalet dışındaki (garanti sözleşmesi, borca katılma, kredi emri vs) haller için de uygulanacaktır. Türk Ticaret Kanununda düzenlenen kambiyo hukukuna özür bir kişisel teminat sözleşmesi olan olan aval vermenin de TBK 603 şartlarına tabi olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TBK 603 kişisel teminat sözleşmeleri bakımından bir istisnaya yer vermemiştir; o nedenle aval de bu şartlara tabidir. Diğer görüşe göre kişisel teminat niteliği taşımasına rağmen "aval verme" halinin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü avalin şartları özel kanun olan TTK'da belirlenmiştir. 6098 sayılı Kanunla getirilen yeni bir düzenleme olan TBK 603 hükmü, kefalet dışında kalan kişisel teminat sözleşmelerinin, **gerçek kişi olan kişisel teminat verenler tarafından akdedilmesi halinde**, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, bu sözleşmeler için de geçerlilik şartı oluşturacağını emredici olarak düzenleme altına almıştır.

Hükmün gerekçesine göre, "*Madde, kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefili koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır*"

SORU 43. Yeni Kanun ile getirilen kefalet hükümleri hangi andan itibaren geçerli olacaktır? Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden önce yapılmış bulunan kefalet sözleşmelerinin akıbeti ne olacaktır? Özellikle Bankaların alacaklı olduğu Genel Kredi Sözleşmelerine verilen Kefaletlerin akıbeti ne olacaktır?

Yürürlük Kanunu hükümleri gereğince kural olarak her bir sözleşme kendi yapıldığı dönemde geçerli olan kanunun şartlarına tabidir. Öyle ise eski mevzuat döneminde yapılmış bulunan kefalet sözleşmeleri, aynen geçerlidir. Sözgelimi, eşin rızasının alınmamış olması ya da kefilin sorumlu olduğu azami miktarın ve/veya müteselsilen kefil olduğunun el yazısı ile gösterilmemiş olması, sözleşmelerin geçerliliğini etkilemeyecektir. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı"nın konuya ilişkin 11.maddesinde *"Türk Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesine ilişkin 581 ila 603 üncü maddelerinin kefili koruyucu nitelikteki hükümleri Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kefalet sözleşmelerine de uygulanır"* şeklinde bir hüküm ilave edilmek istenmiş idi ise de, Komisyon çalışmaları sırasında Anayasa Mahkemesinin içtihatlar yoluyla ortaya koyduğu ilkelere aykırı düşeceğinden bu düzenleme metinden çıkartılmıştır. Zira *"bir sözleşmenin yapıldığı tarihte mevcut olmayan bir yasa hükmünün daha sonra geriye yürür şekilde bu sözleşmeden doğan bir ihtilafta uygulanmasının öngörülmesi, hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır"* (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2008 tarih ve 2005/128 E. – 2008/54 K. Sayılı kararı). Buna karşılık kefili koruyucu hükümlerin kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edilecek olursa yeni kanunun geriye yürümesi söz konusu olabilecektir. Bu konu tartışmalı olup, bir görüş kefalete dair hükümleri kamu düzeninden görmez iken, diğer görüş kamu düzeninden görmemektedir.

Bununla birlikte, istisnaen yeni kanunun doğrudan uygulanacağı haller de söz konusu olabilir: Buna göre, örneğin azami on yıldan daha uzun süreli kefalet sözleşmesi yapılamayacağı, aksi halde en çok 10 yıla kadar geçerli sayılacağı kuralı, eski mevzuat döneminde

yapılmış süresiz veya 10 yıldan uzun süreli sözleşmeler için de uygulanacaktır.

Diğer taraftan, gelecekte doğacak borca kefalet hallerinde; ezcümle bankaların alacaklı olduğu genel kredi sözleşmelerinde veya başkaca çerçeve sözleşmelere kefalet hallerinde; sözleşme 6098 Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce imzalanmış olsa dahi, mevcut kefalet sözleşmesinin teminatını oluşturduğu borcun doğumu yani "kredi kullandırma işlemi", kanunun yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşmişse, artık uyuşmazlığa yeni kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilir mi? Burada eski kanun döneminde yapılan çerçeve sözleşmeye (Kredi açma sözleşmesine) kefalet sözleşemsi söz konusudr. Dolayısı ile bu çerçeve sözleşem kapsamında alınan tek tek kredilerin her biri teminat kapsamında olup, kefaletin tarihi de eski kanun dönemidir. O nedenle tek tek kredielrin yeni kanun döneminde alınmış olması, genel çerçeve sözleşmeye geçmişte kefalet veridiği fgerçeğini değiştirmeyecektir. Ancak eğer kefili koruyucu hükümler, kamu düzeninden görülür ise, bu ihtimalde bu soruya olumlu cevap verilebilir. . Çünkü henüz riskin doğmadığı dönemde alacaklı banka, kredi kullandırma işlemini gerçekleştirmeden önce yeni kanun hükümlerine uygun bir kefalet alabilme imkanına sahiptir. Ayrıca eski kanun döneminde kurulmuş bir kefalet sözleşmesi bakımından da TBK 599'da öngörülen şartlar var ise, kefilin tek taraflı olarak kefalet sözleşmesinden dönebileceğini kabul etmek gerekir. İşte tüm bu hallerde mevcut kefalet sözleşmelerinin yeni Kanun şartlarına uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

2. Hizmet Sözleşmesi ve 4857 Sayılı İş Kanunu ile Birlikte Tatbiki

SORU 1. 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne ilişkin hükümleri ile 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri arasındaki ilişki nasıl değerlendirilmelidir?

4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan kişiler bakımından işçi ve işveren ilişkileri Borçlar Kanunundaki hükümlere göre belirlenmektedir. 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından ise İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, **İş Hukukunun kendine özgü niteliğine uygun düştüğü ölçüde** genel kanun nitelindeki Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir deyişle; Borçlar Kanunu, İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler için doğrudan Tatbik edilirken İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de **boşluk doldurucu** işleve sahiptir. Bu nedenle TBK hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler sadece İş Kanunu kapsamı dışında kalanlar işçiler için değil, tüm işçi ve işverenler için önemli arz etmektedir.

TBK, hizmet ilişkisine yönelik olarak mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'na nazaran daha ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. Hatta bu hükümler ile **"genel kanun" olma özelliğinden de uzaklaşmış olduğu söylenebilir. Bu nedenle yeni Borçlar Kanunun yayınlanması ile birlikte,** "genel kanun" olma niteliğinden uzaklaşan bir Borçlar Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'na nasıl tatbik edileceği hususu önemli bir tartışma konusu olmuştur. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden sonra da bu tartışmalar bitmemiş olup konunun, uygulamada yargı kararları ile şekilleneceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun özel kanun niteliğini koruması, bu bağlamda aslen onun uygulama alanı

bulacağı; TBK'nın ise "genel kanun" olarak, yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi **"İş Hukuku'nun niteliğine uygun düştüğü ölçüde boşluk doldurucu"** işlevde olması gerektiği; İş Kanunu ile Borçlar Kanunu'nun çatışması halinde ise salt son kanun olmasından dolayı TBK'nın uygulanacağını söylemenin doğru olmadığı doktrinde yaygın olarak savunulan bir görüştür.

SORU 2. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hizmet Sözleşmesi" ne ilişkin hükümlerinin uygulama yönünden kapsamı nedir?

Hizmet Sözleşmesine ilişkin olarak TBK'da yer alan hükümler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan kişiler ve işler için işçi ve işveren ilişkilerine doğrudan tatbik edilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan kişiler ve işler bu kanunun 4 ile 10. Maddelerinde gösterilmiştir:

4857 sayılı İş Kanunu m.4:

"Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;

a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,

b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,

c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,

d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,

e) Ev hizmetlerinde,

f) İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında,

g) Sporcular hakkında,

h) Rehabilite edilenler hakkında,

ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde.

Şu kadar ki;

a) Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri,

b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler,

c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler,

d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri,

e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri,

f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler,

Bu Kanun hükümlerine tabidir."

4857 sayılı İş Kanunu m.10:

"Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir.

Bu Kanunun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6 ncı maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır."

SORU 3. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hizmet Sözleşmesi" ne ilişkin hükümler kapsamında düzenlenen ve fakat 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almayan hususlar nelerdir?

1. Sözleşmenin geçersizliği (m. 394),

2. İşçinin işverene karşı sorumluluğu (m.400),

3. Özen ve sadakat borcu –sır saklama borcu (m. 396),

4. İşçinin kişiliğinin korunması (m. 417),

5. Ücret türleri ("İşin sonucundan pay alma" kenar başlığıyla m.403, "Aracılık ücreti" kenar başlığıyla m. 404, "ikramiye" kenar başlığıyla m. 405),

6. Ücretten kesinti ve mahsup (Ücreti korunması kenar başlığıyla m. 407 ile "Ücret alacağının haczi, devri ve rehnedilmesi kenar başlığıyla m.410)

7. hizmet sözleşmesinin devri (m.429),

8. rekabet yasağı (m.444),

9. cezai şart ve ibra (m.420),

10. işverenin temerrüdü (m.408)

TBK'daki bu düzenlemeler daha evvel Yargıtay kararları ile zaten hizmet ilişkilerine tatbik edilmekte idi. Yeni Borçlar Kanunu düzenlemesi ile uygulama yasal dayanağına kavuşmuştur.

SORU 4. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nuna göre "hizmet sözleşmesi" nin yasal unsurları nelerdir ?

TBK'nın 393 ncü maddesinde hizmet sözleşmesi, işçinin işverene **bağımlı olarak** belirli veya belirli olmayan süreyle **iş görme**yi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre **ücret** ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Hizmet sözleşmesine ilişkin bu yasal tanımdan da görüleceği üzere, işçinin iş görme ve işverenin de ücret ödeme borcuna ilave olarak **iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur olan bağımlılık unsuruna tanımda yer verilmiştir**.

SORU 5. 6098 sayılı Türk Borçlar kanunu'nda hizmet sözleşmesinin kuruluşu açısından özel bir şekil şartı öngörülmüş müdür ?

TBK'nın 394 ncü maddesinde "*Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı değildir. Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır*" denilmek suretiyle **kural olarak hizmet sözleşmelerinin belirli bir şekilde yapılma zorunluluğunun bulunmadığı düzenlenmiştir**.

SORU 6. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'n tabi belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulmasında objektif nedene ihtiyaç var mıdır ?

TBK'da eski kanundan farklı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ayrıca düzenlenmiş fakat kanunda belirli süreli iş sözleşmesinin tanımına yer verilmeyerek bazı esaslarda düzenlemeye gidilmiştir.

Kanunun 430 ncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"..esaslı bir sebebin varlığı halinde üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir"* şeklindeki düzenlemesi dikkate alındığında belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında esaslı bir nedene ihtiyaç olmadığı, ancak bu sözleşmenin yenilenmesi halinde esaslı bir neden olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca belirtelim ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda esaslı nedenden ne anlaşılması gerektiği konusunda bir düzenleme bulunmadığı için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11 nci maddesindeki düzenleme bu hüküm açısından yol gösterici olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu m.11: *"İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.*

Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.

Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar."

Görüldüğü üzere 11. madde, işin süresinin belirli olması veya süresi belli olmasa da belli bir işin tamamlanması amaçlı veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulları, belirli sureli iş akdi yapılması için gerekli koşullar olarak saymaktadır.

SORU 7. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na tabi hizmet sözleşmelerinde deneme süresi kaydına yer verilebilir mi?

TBK'da düzenlenen bir diğer hizmet sözleşmesi türü, 4857 Sayılı İş Kanunu'na paralel olarak düzenlenmiş olan deneme süreli hizmet sözleşmesidir. Kanunun 433 ncü maddesinde yer alan düzenleme uyarınca taraflar hizmet sözleşmesine iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresi koyabilirler. Deneme süresi konulmuş ise taraflar bu süre içinde ayrıca bir ihbar süresine gerek kalmaksızın iş sözleşmesini feshedebilirler.

SORU 8. İşçinin hizmet sözleşmesinden doğan borçları nelerdir ?

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 395 ile 400 ncü maddeleri arasında işçinin borçları düzenlenmiştir. Buna göre işçinin hizmet sözleşmesinden doğan borçları

1. Bizzat çalışma borcu :

Kanunun 395 nci maddesinde yer alan bu borç uyarınca, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.

2. Özen ve sadakat borcu :

Kanunun 396 ncı maddesinde "özen ve sadakat borcu" birlikte düzenlenmiştir. Buna göre, işçi yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.

Özen borcunun kapsamı ve borcun ihlaline bağlanan yaptırım: Maddenin ikinci fıkrasında yer alan *"İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür"*

şeklindeki düzenleme ile işçinin özen borcu somutlaştırılmıştır. İşçinin özen borcuna aykırılığın yaptırımı ile özen borcunun derecesi kanunun 400 ncü maddesinde düzenlenmiştir: Buna göre; "İşçi işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sor*umluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur".*

*Görüleceği üzere, kanun i*şçinin işverene kusuru ile verdiği her türlü zarardan, kural olarak sorumlu olmasını kabul etmiştir. Bu yasal düzenleme, işçinin işverene hafif ihmalle verdiği zarardan dahi sorumlu tutulması sonucunu doğurabilecektir. Buna karşılık sorumluluk belirlenirken

i. İşin tehlikeli olup olmaması,

ii. Uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi,

iii. İşçinin işveren tarafından bilinen ve bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri

dikkate alınacaktır.

Sadakat Borcunun Kapsamı (Rekabet Etmeme ve Sır Saklama)

TBK, önce genel olarak sadakat borcunu düzenledikten sonra sadakat borcunun kapsamına giren ve uygulamada önem taşıyan birçok durumu özel olarak düzenlemiş, böylece bu borca pozitif dayanak kazandırmış bulunmaktadır. Buna göre işçi;

i. hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve

özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.

ii. iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz.

iii. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.

3. Teslim ve hesap verme borcu

İşçinin ilk defa TBK'da yer verilen bir diğer borcu da Kanunun 397 nci maddesinde düzenlenen teslim ve hesap verme borcudur. Buna göre,

"İşçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. İşçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür."

Bu hükümle, işçinin hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri işverene teslim etmekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu borç esasında, olumlu sadakat borcunun bir tezahürüdür.

4. Fazla çalışma borcu

TBK'nın 398 nci maddesi ile işçiye fazla çalışma yapma yükümlülüğü yüklenmektedir. Kanununa göre, **normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi,**

karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.

İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından ise 04.2004 tarih ve 25425 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği' nin Fazla Çalışma Yaptırılacak İşçinin Onayı başlıklı 9. maddesi "Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır" hükmünü amirdir. Bu bağlamda İş Kanunu'na tabi işçiler yönünden işverenlerin, sözleşmedeki hükmün yanı sıra, yönetmelik hükümleri gereği fazla çalışma yapacak işçilerden her yıl başında onay alma yükümlülüğü bulunmaktadır.

5. Düzenlemelere ve talimata uyma borcu

TBK'nın 399 ncu maddesine göre, işçiler işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemelerine ve özel talimatlarına dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır.

SORU 9. İşverenin hizmet sözleşmesinden doğan borçları nelerdir ?

1. Ücret ödeme borcu (md.401)

2. İş araç ve gereçleri ile malzeme sağlama borcu (md.413)

3. İşin görülmesi için gerekli giderleri karşılama borcu (md. 414,md.415)

4. İşçinin kişiliğini koruma borcu (md.417)

5. İş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu (md.417)

SORU 10. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ücret türleri nelerdir ?

TBK'da "işin sonucundan pay alma", "aracılık ücreti" ve "ikramiye" olmak üzere üç ayrı ücret türü düzenlenmiştir.

i. **İşin sonucundan pay alma (md. 403/1) :** Sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesinin kararlaştırıldığı ücret türüdür

ii. Aracılık ücreti (md. 404/1) : İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence ödeneceği kararlaştırılan ücret türüdür. Aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin bu ücret türünü istem hakkı doğar.

iii. İkramiye (md.405)

Genel kural, Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerin, 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olması halinde İş Kanunu'na tabi işçiler yönünden de uygulanacağını belirtmiş idik. Bu çerçevede, aracılık ücreti gibi 4857 Sayılı İş Kanunu'nda olmayan ücret türlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi hizmet ilişkileri yönünden de tatbiki mümkün olabilecek, bu konudaki tatbikat, çalışma hayatı içinde gelişecektir.

SORU 11. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda ücretin ödenme süresi ne şekilde düzenlenmiştir ?

TBK'nın 406/f.1 maddesi uyarınca aksine adet olmadıkça işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Bu hükmün de ortaya koyduğu üzere,

işçi ancak iş görme edimini ifa ettikten sonra ücrete hak kazanabilir.

Taraflar arasında daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmamışsa veya aksine adet yoksa **Aracılık ücreti** de her ayın sonunda ödenir (Borçlar Kanunu md.406/f.2)

İşin sonucundan pay alma şeklindeki ücret türünde ise üretilenden pay verilmesi halinde ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kardan pay verilmesi kararlaştırılan hallerde ise payın hesap dönemini izleyen en geç üç ay içerisinde belirlenerek ödenmesi gerekmektedir (TBKmd. 406/f.3)

SORU 12. İşveren işçisine avans vermek zorunda mıdır?

Türk Borçlar Kanunu'nun 406 ncı maddesinin son fıkrasında işverenin, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması halinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. **Avans ödenmesine ilişkin bu düzenleme İş Kanunu'na tabi işçiler açısından da uygulanabilecek mahiyettedir.**

SORU 13. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na tabi hizmet sözleşmelerinde işçinin her türlü istihkakının Bankaya yatırılması zorunlu mudur?

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Ücretin korunması" kenar başlıklı 407 nci maddesinde İş Kanunu'nda olduğu gibi vergi mükellefiyet türü, işletme büyüklüğü, işçi sayısı, yerleşik il ve benzeri unsurlar dikkate alınarak işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının; bankaya yatırılması zorunluluğunun getirilebileceği esası benimsenmiştir. Bu konudaki yetki, Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müste-

şarlığından Sorumlu Devlet Bakanlığı'ndadır.

SORU 14. İşçinin ücretinin haczi, devri ve rehnedilmesi yönünden yasal bir sınırlama mevcut mudur?

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 410 ncu maddesi mucibince işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Ayrıca maddenin 3 ncü fıkrasında gelecekteki ücret alacaklarının devrine veya rehnine ilişkin sözleşmelerin ve/veya sözleşmesel kayıtların geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

SORU 15. İşveren, işçiden olan alacağı ile işçiye karşı olan ücret borcunu takas edebilir mi ? Takas edebilir ise takas hakkının kulanım şartları nelerdir ?

6098 sayılı Borçlar kanununda işverenin işçiden olan alacağına karşı takas hakkı tanınmış olmakla birlikte bu hakka esaslı sınırlamalar getirilmiştir. Kanunu'nun 407/f.2 maddesi uyarınca; **işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar işçinin rızasına gerek kalmaksızın ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir.** Bu bağlamda, işverenin işçinin rızası hilafına takas hakkını kullanabilmesi için işçinin kasten zarar verdiğinin yargı kararı ile sabit olması şarttır.

SORU 16. İşçinin ücretinin işveren lehine kullanılacağına ilişkin sözleşmesel kayıtlar geçerli midir?

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 407/f.3 maddesi uyarınca ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.

Örneğin, iş sözleşmelerine ücretin bir kısmı ile işverenin ürettiği ürünlerin satın alınacağına ilişkin kayıtlar konulamaz.

SORU 17. 6098 sayılı Borçlar Kanunu uyarınca hangi hallerde işçi çalışmadığı halde ücrete hak kazanır?

Bilindiği üzere, hizmet sözleşmesi tam karşılıklı sözleşmelerdendir. Yani işçi iş görme edimini yerine getirir, işveren de buna karşı ücret öder. Fakat 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda bazı durumlarda çalışmasa dahi işçinin ücretine hak kazanacağı düzenlenmiştir. **Bu hallerden ilki, işverenin işçinin iş görme edimini yerine getirmesini kusuru ile kabul etmemesi, bir başka deyişle işçinin çalışmaya hazır olmasına rağmen işverenin ona iş vermemesidir.** Kanunun "**işverenin temerrüdü**" kenar başlıklı 408 nci maddesinde düzenlenen bu durumda işveren, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Kanunun madde gerekçesinde, işverenin işin görülmesini kusuruyla engellemesine örnek olarak, işverenin o işin yapılmasından vazgeçmesi, işçinin yerine başkasını çalıştırması gibi durumlar verilmiştir.

İşçinin çalışmadığı halde ücrete hak kazanacağı diğer bir hal ise 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 409 ncu maddesinde "**işçinin çalışmayı durdurması halinde**" kenar başlığıyla 409 ncu maddede düzenlenmiştir. **Buna göre, uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.** Madde metni pek çok belirsiz ifadeyi içermektedir. Gerçekten, öncelikle "uzun süreli" hizmet

sözleşmesinden söz edebilmek için bu sözleşmenin ne kadar uzun süreli olması gerektiğine dair hiçbir düzenleme yoktur.

Muvazzaf askerlik, 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından işçiye, kıdem tazminatına hak kazanmak suretiyle iş sözleşmesini sona erdirme hakkı tanıyan bir haldir. Nitekim bu suretle iş sözleşmesini sona erdirmiş işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder.

Hukuk çevrelerinde ağırlıklı görüş, zaten 4857 Sayılı İş Kanunu'nda askerlik hususu çeşitli güvenceler ile düzenlenmiş bulunduğundan Borçlar Kanunu'nun bu konudaki düzenlemesinin, 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi bir işçi bakımından da uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir. Kaldı ki İş Kanunu'na gore hizmet sözleşmesinin ana unsurları arasında "iş görme ve karşılığında ücret ödeme" vardır. İş görme eylemi olmadan çalışılmış sayılacak olan haller ise İş Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde (yıllık ücretli izin gibi) sayılmış olup bunlar arasında muvazzaf askerlik yoktur. Askerlik ile ilgili bir güvence teşkil edecek düzenleme de ayrıca yapılmış olduğundan işçinin, bunun yanı sıra Borçlar Kanunun'ndaki düzenleme gereği askerlik döneminde "hakkaniyete uygun bir ödeme" talep hakkı olmayacağı görüşü hakimdir.

SORU 18. Hizmet sözleşmelerinde yer alan sadece işçi aleyhine tek taraflı cezai şart hükümleri geçerli midir ?

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420/f.1 maddesi uyarınca hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.

SORU 19. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda öngörülen ibranamenin geçerlilik şartları nelerdir ?

İbra borcu sonu erdiren tek taraflı bir hukuki işlem olup 6098 sayılı Borçlar kanununun yürürlük tarihine kadar mevzuatımızda ibraname ve/veya ibra sözleşmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakta ve konu daha çok Yargıtay kararları ile şekillenmekte idi. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420 nci maddesi ile ibraname açık bir yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Söz konusu hükümde ibra sözleşmesinin geçerlilik şartları belirtilmiş olup

- **İbranın sözleşme şeklinde ve yazılı olarak yapılması,** (İşçi ile işveren arasında imza altına alınacak olan çift taraflı bir sözleşme şeklinde tanzim edilmesi)
- **İbra tarihinin iş sözleşmesinin sona ermesinden başlayarak bir aylık süre sonrasına ilişin olması,** (ibranamenin tarihi ile iş sözleşmesinin sona erdiği tarih arasında en az bir aylık sürenin bulunması)
- **ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi,**
- **ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılmış olması**

hususları ibra sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak sayılmıştır.

Kanunda bu unsurları taşımayan ibra sözleşmelerinin veya ibranamenin kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.

Dolayısıyla 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından bugüne kadar "işçi lehine yorum" ilkesi çerçevesinde değerlendirilen ibraname ve geçerlilik koşulları bakımından, bundan sonra Borçlar Kanunu'nun bu düzenlemesi tatbik edilecektir. Söz konusu geçersiz ibranamelerde işverenin bir kısım ödeme yaptığını gösteren kayıtlar ancak, o kısmın ödenmiş olduğunu gösteren belge (makbuz) mahiyetinde kabul edilebilecektir. Yani işçinin bakıye alacağı devam edecektir.

SORU 20. 6098 sayıl Borçlar Kanunu'na tabi hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerin hafta tatili izni kaç gündür ?

6098 sayılı Borçlar Kanunu işçilerin tatil ve dinlenme haklarını ayrıca düzenlenmiştir. Bu bağlamda Kanunun 421 nci maddesi uyarınca; işveren, işçiye her hafta kural olarak Pazar günü veya durum ve koşullar buna imkan vermezse bir tam günü tatil vermekle yükümlüdür.

SORU 21. 6098 sayıl Borçlar Kanunu'na tabi hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde işçi, bildirim süresi içerisinde iş arama izni kullanabilecek midir ? Kullanabilecek ise bu süre günde kaç saattir ?

TBK'nın 421/f.2 maddesinde belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin işveren tarafından fesih halinde, bildirim süresi içerisinde ve ücretinde bir kesinti olmaksızın işçiye günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemeden de açıkça görüleceği üzere, işçinin iş arama izni talebinde haklı görülmesi için

- Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması
- İş sözleşmesinin işveren tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmiş olması

gerekmektedir .

SORU 22. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na tabi hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri kaç gündür ?

TBK'nın 442 nci maddesi uyarınca; işveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda **en az iki hafta** ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de **en az üç hafta** ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.

SORU 23. Yıllık ücretli izin süresi en fazla kaça bölünmek suretiyle işçiye kullandırılabilir ?

TBK'nın 422 nci maddesinde; yıllık ücretli izinlerin, ancak **tarafların anlaşmasıyla** ikiye bölünerek de kullanılabileceği açıkça düzenlenmiştir.

SORU 24. İşveren yıllık ücretli izin süresinde indirim yapabilir mi ?

TBK'nın 423 ncü maddesinin 1 nci fıkrasına göre; işçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir. Bu fıkra mucibince, bir hizmet yılı içinde bir aydan uzun süreyle iş görme borcunu ifa edemeyen işçinin işe devam edemediği her tam ay karşılığında yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirilebilmesi

için işçinin işe devamsızlığının işçinin kusuruna dayanan bir halden kaynaklanıyor olması gerekmektedir.

Buna karşılık, maddenin ikinci fıkrası uyarınca; işçinin iş görme edimini yerine getirmeme nedeni, kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı bir sebepse ve işçi bu sebeplerle bir hizmet yılı içinde en çok 3 ay süreyle iş görme edimini yerine getirememişse işveren böyle bir durumda işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. Bunun gibi, işveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle iş görme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz.

SORU 25. İşçinin rızası hilafına hizmet sözleşmesi bir başka işverene devredilebilir mi ?

TBK'nın 429 ncu maddesi uyarınca; hizmet sözleşmesi ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Bu bağlamda, kanun devir işleminin geçerliliği açısından işçinin yazılı rızasını esaslı unsur olarak kabul etmiştir.

SORU 26. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenen rekabet yasağına ilişkin hükümler çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli kabul edilmesi noktasında aranan şartlar nelerdir ?

TBK'nın 444 ncü maddesi uyarınca, rekabet yasağı kayıtları, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkanı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

Rekabet yasağı, **işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek** biçimde **yer, zaman ve işlerin türü** bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve **süresi özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.**

Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı hükümleri, kıyasen 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından da Yargıtay'ın koymuş olduğu sınırlar ve ilkeler çerçevesinde tatbik edilmekte idi. Dolayısıyla 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı hükümleri de aynı şekilde 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından uygulanmaya devam edecektir.

SORU 27. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na tabi belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin fesih bildirim süreleri nedir ?

TBK'nın 431 nci maddesine göre taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır. 432 nci maddeye göre ise belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Hizmet sözleşmesi; bildirimin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak hizmet süresi,

- 1 yıla kadar sürmüş olan işçi için 2 hafta sonra,
- 1 yıldan 5 yıla kadar sürmüş işçi için 4 hafta sonra,
- 5 yıldan fazla sürmüş işçi için 6 hafta sonra, sona erer.

SORU 28. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na tabi belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshi açısından öngörülen yasal bildirim sürelerinde taraflar sözleşme ile değişiklik yapabilir mi ?

Borçlar Kanunu'nun 432 nci maddesinin ikinci fıkrasında kanunda öngörülen sürelerin taraflarca kısaltılanamayacağı ancak sözleşme ile arttırılabileceği açıkça ifade edildiğinden kanunun fesih bildirim sürelerine ilişkin düzenlemelerin nisbi emredici nitelikte olduğunu söylememiz mümkündür. Yani işçi aleyhine değiştirilemez.

SORU 29. Belirsiz süreli hizmet sözleşmesinde fesih bildirim süreleri işçi ve işveren açısından farklı düzenlenmiş ise hangi süre esas alınacaktır ?

TBK'nın 432 nci maddesi fesih bildirim sürelerinin sözleşmeyle arttırılabileceğini düzenlemiş olduğundan hizmet sözleşmelerinde kanunda öngörülen sürelerden farklı ihbar süreleri kararlaştırılabilir. Bu tür durumlarda, madde 432/f.3 sözleşmeyle arttırılan fesih bildirim sürelerinin her iki taraf için de aynı olması gerektiğini düzenledikten sonra farklılık halinde uzun olan fesih bildirim süresinin uygulanacağı hükmünü havidir.

SORU 30. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda işverenin fesih hakkını kötüye kullanması bir yaptırıma bağlanmış mıdır ?

4857 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesi (işe iade davası) modeli kabul edilmiş, ancak iş güvencesi kapsamına girmeyen (işe iade davası açamayacak) işçiler bakımından kötü niyet tazminatı müessesesi ihdas edilmiştir. Bu çerçevede işe iade davası açma koşullarını taşımayan işçi, iddiasını ispat ile yükümlü olmak kaydıyla, işvereninden kötü niyet talep edebilmektedir. İşe iade davası açabilecek işçinin ise ayrıca bir kötü niyet tazminatı talep etme hakkı yoktur.

Buna karşılık 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda işçileri kötü niyetli fesihlere karşı koruyan bir düzenleme mevcut değildi.

Eskisinde mevcut olmayan kötü niyet tazminatının yeni kanunda düzenlendiğini görüyoruz.

Borçlar Kanunu'nun "**Feshe karşı koruma**" kenar başlıklı 434 ncü maddesine göre hizmet sözleşmesi işverence kötü niyetli olarak sona erdirilirse, işveren işçiye fesih bildirimine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır.

Bu durumda, 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi olmakla birlikte iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek (işe iade davası açabilecek) işçilerin, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda kapsam dışı bırakılmış oldukları kötü niyet tazminatını Borçlar Kanunu'na dayalı olarak talep edip edemeyecekleri sorusu akla gelebilecektir. Öğretideki genel görüş, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun feshe karşı koruma güvencesinden yararlanan işçilerin, Borçlar Kanunu'nun feshe karşı güvence hükümlerinden ve ek tazminat imkanlarından yararlanamayacağı yönündedir.

SORU 31. 6098 sayılı Borçlar Kanunu uyarınca hizmet sözleşmesinin işverence derhal feshine olanak tanıyan haklı fesih nedenleri nelerdir ?

TBK'nın 435 nci maddesi hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkindir.

Bahse konu maddenin ikinci fıkrasında yer alan ***"sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır"*** şeklindeki düzenlemeden de görüleceği üzere kanunda hangi hallerin fesih için haklı neden teşkil edeceği tek tek sayılmamış, bunun yerine dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi fesheden taraftan hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen tüm hallerin

haklı neden teşkil edeceği düzenlenmiştir.

SORU 32. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından tek taraflı feshine (işverenin haksız feshi) bağlanan sonuçlar nelerdir?

TBK'nın 438 nci maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından derhal feshedilmesi halinde işçinin bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak talep edebileceği düzenlenmiştir.

Bu uygulama, 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki "ihbar tazminatı" müessesesinin Borçlar Kanunu'ndaki görünümüdür.

Örneğin, işyerindeki kıdemi 6 yıl olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın feshi halinde işçi 6 haftalık ücreti tutarında tazminata hak kazanabilecektir.

Ayrıca, aynı maddenin son fıkrasında hakimin bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, 6 aya kadar ücret tutarında bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.

SORU 33. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından feshine (işverenin haksız feshi) bağlanan yaptırımlar 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerine tatbik edilebilir mi ?

Öğretideki genel görüş 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın feshine bağlanan yaptırımlar ayrıca düzenlenmiş olduğundan özel kanun- genel kanun ilişkisi gereğince 6098 sayılı Kanunda yer alan

bu hükümlerin 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerine tatikinin doğru olmayacağı yönündedir. Ağırlıklı olan bu görüşe göre İş Kanunu'nun işçi yönünden iş güvenliği sistemi üzerine yapılanmış olması karşısında buna ilave olarak bir de TBK'daki ilave olanakların tatbik edilmesi kabul edilmemelidir; konunun Yargıtay uygulamaları ile şekillenmesi söz konusu olacaktır.

SORU 34. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından tek taraflı olarak feshine (işverenin haksız feshi) bağlanan sonuçlar nelerdir?

Borçlar Kanunu'nun 438 nci maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin sözleşme süresine uyulmaksızın haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi halinde işçinin fesih tarihi itibariyle bakiye aylara ilişkin ücret alacaklarının toplamını tazminat olarak talep edebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, aynı maddenin son fıkrasında hakimin bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, 6 aya kadar ücret tutarında bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.

SORU 35. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından feshine (işverenin haksız feshi) bağlanan yaptırımlar 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerine tatbik edilebilir mi ?

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11 nci maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılmış olmakla birlikte belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu bağlamda, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin

hususlar açısından boşluk bulunan durumlarda 6098 sayılı Borçlar kanunu'nun ilgili maddeleri doğrudan tatbik edilebilecektir.

SORU 36. 4857 Sayılı İş Kanuna tabi iş ilişkisinin işçinin ölümü ile sona ermesi halinde kıdem tazminatı ölen işçinin hak sahiplerine ödenmektedir. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından bu yönde bir uygulama var mıdır?

TBK ile bu konudaki boşluk, kıdem tazminatı ile değil de hak sahiplerine yapılacak belirli bir tutardaki "ödeme" ile doldurulmuştur. Zira **Kanunun 440. maddesinde, iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle kendiliğinden sona ereceği, İşverenin ise işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlü olacağı hüküm altına alınmıştır.**

SORU 37. İşverenin ölümünün iş sözleşmesine etkisi nedir?

818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu'na göre iş sahibi öldüğü takdirde iş sözleşmesi de sona ermekte idi. 6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu'nun 441. maddesi ise mülga yasadan farklı bir sistem getirerek İşverenin ölümü halinde yerini mirasçılarının alacağını hükme bağlamıştır.

SORU 38. İşyerinde ikramiye uygulamasının olduğu durumlarda, ikramiye döneminden önce iş ilişkisi sona eren işçiye ikramiye ödemesi ne şekilde yapılacaktır?

Prim ve/veya ikramiye uygulamasının olduğu işyerlerinde, 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından da sıkça

gündeme gelen bir sorundur. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na kadar bu konu, yasa ile düzenlenmediği için Yargıtay kararları ile çözülmeye çalışılmıştır. Nitekim 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 405. maddesi, konuyla ilgili olarak Yargıtay kararları ile parallel bir düzenleme getirmiş ve hizmet sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermesi halinde ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümünün işçiye ödeneceği (çalışılan sure ile orantılı ödeme) hüküm altına alınmıştır.

3. Kira Sözleşmeleri

3.1. Kira Sözleşmelerinin Genel Hükümleri

SORU 1. Kira sözleşmelerine ilişkin olarak getirilen yeniliklerin ve değişiklerin boyutu nedir?

6098 sayılı TBK en esaslı değişiklerin olduğu bölümlerden birisi de kira sözleşmeleridir. Kira Sözleşmelerine ilişkin hükümleri üç açıdan ele alabiliriz;

- bütün kira sözleşmelerini kapsayan genel hükümler,
- konut ve çatılı işyeri kiraları için düzenlenmiş olan özel hükümler ve
- son olarak ürün kirası (hasılat kirası) hakkındaki hükümler

Bunların değerlendirilmesine geçmeden önce belirtelim ki, 6101 sayılı "Türk Borçlar Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun" 10.maddesi ile **6570 sayılı "Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun" yürürlükten kaldırılmış ve TBK'da 339. madde ile "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" başlıklı yeni bir hüküm getirilmiştir.** Böylece daha önce ayrı bir

kanunda düzenlenmiş olan konut ve çatılı iş yeri kiraları hakkındaki hükümler, Türk Borçlar Kanunu bünyesine alınmıştır.

SORU 2. Kira sözleşmesinin esaslı unsurları (taraflara yüklediği asli edimler) nelerdir?

Yeni kanunda, kira sözleşmesi, bütün kira türlerini kapsayacak şekilde tanımlanmıştır: "*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte* ***ondan yararlanılmasını*** *kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*" (TBK m.299). Böylece, eBK 248 inci maddesindeki tanımdan farklı olarak, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasıyla birlikte, ondan yararlanılmasını da kiracıya bırakmayı üstlenebileceği belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, kullandırmayla birlikte yararlandırmanın da kiraya verenin borçlarından birini oluşturabileceği açıkça kabul edilmiştir.

SORU 3. Kira sözleşmesi genel olarak bir süreye tabi midir?

"*Kira sözleşmesi, belirli ve belirli olmayan bir süre için yapılabilir/. Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli sürelidir; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır*" (TBK 300). Belirli olmayan süreli sözleşme ile tarafların kira sözleşmesinin sona ermesi için belirli bir zaman (tarih veya ay, yıl gibi) kararlaştırmamış oldukları durumlar anlatılmak istenir. Söz konusu hüküm yeni bir düzenleme olmakla birlikte, önceki kanun döneminde de uygulamada aynı durum geçerli idi.

Bu noktada aşağıda ayrıca ele alınacak olan konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından yeni düzenlenen TBK 347 hükmünün bu kurala istisna teşkil ettiğini hatırlatmakla yetinelim: "*Konut ve*

çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. /Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildirimiyle sözleşmeyi sona erdirebilirler".

SORU 4. Kiraya veren, kiraladığı yeri kiracıya nasıl teslim etmek zorundadır?

Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz (TBK m.301). Maddeye göre, konut ve çatılı işyeri kiralarında, kiraya verenin teslim borcuna ilişkin hükümlerinde, hiçbir durumda, diğer kira sözleşmelerinde ise genel işlem koşulları yoluyla (TBK m.20-25) kiracı aleyhine düzenleme yapılamayacaktır. Şu halde konut ve çatılı işyeri kiraları dışında kalan kira sözleşmelerinde elverişli bulundurma borcunun aksine düzenleme, bu düzenleme genel işlem koşulu niteliğinde değil ise geçerli olacaktır; söz konusu kanundaki düzenlemenin aksi yönde olan sözleşme kaydı genel işlem koşulu niteliğinde düzenlenmişse, bu düzenleme hükümsüz olacak; sözleşmenin kalan hükümleri ise geçerli olmaya devam edecektir.

SORU 5. Kiralananla ilgili zorunlu sigorta, vergi ve benzeri yükümlülüklere kim katlanmak zorundadır?

"*Kiralananla ilgili zorunlu sigorta, vergi ve benzeri yükümlülüklere, **aksi kararlaştırılmamış** veya kanunda öngörülmemiş ise, kiraya veren katlanmakla yükümlüdür*" (TBK m.302). Önceki BK m.258/1'den farklı olarak, hükme "aksi kararlaştırılmamış veya kanunda öngörülmemiş ise" şeklindeki ibare eklenmiştir. Böylece, hükmün emredici nitelikte olmadığı belirtilmiştir. İsviçre'de de, iktibas edilen kaynak hükmün emredici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir.

SORU 6. Kiraya veren, yan giderlere katlanmakla yükümlü müdür?

"*Kiraya veren, kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere, kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılan yan giderlere katlanmakla yükümlüdür*" (TBK m.303).

Tasarı aşamasında metinde yer alan "sözleşmede aksi öngörülmemişse" ibaresi, Kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, Adalet Komisyonu tarafından madde metninden çıkarılmıştır: Gerekçeye göre aksinin kararlaştırılmasına izin verilmesi halinde uygulamada, çoğu olayda kiraya veren bu borçlarını sözleşme ile kiracıya devretme yoluna gidecektir. Kira sözleşmelerinin yapılışının genellikle matbu olması ve kiraya verenlerin istediklerini sözleşmeye yazıp kiracıya imzalatmaları, kiracıların çoğu zaman çaresizlikten bu sözleşmelerin içeriğine itiraz edememeleri sebebiyle imzaladıkları bu sözleşmeden dolayı mağdur olacakları göz önünü alınarak, bu mağduriyete meydan verilmemesi amaçlanmıştır.

Bu hüküm ile "çatı akması, dış-boya" gibi yapı inşaatına (kiralananın önemli onarımına) ait yükümlülüklerin, hiçbir şekilde kiracıya yüklenmeyeceği düzenlenmiş olmaktadır. Çünkü kiralananı kullanıma hazır olarak teslim etmek ve sözleşme boyunca bu durumda bulundurmak, kiralayanın asli borcudur. Öyle ki bu borca aykırılık, özel yaptırıma bağlanmıştır. Kira hükümlerinin temel ruhu, zayıf konumdaki kiracıyı korumaktır. Kiralananın özenle kullanımı, hasara uğratıcı eylemlerden kaçınma, oturulan iç mekânın da boyanması ve temizliği gibi yükümlülükler, sözleşmenin tabiatı gereği kiracıya aittir. Nitekim TBK m.317 gereğince "*Kiracı, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödemekle yükümlüdür. Bu konuda yerel âdete de bakılır*".

Ekleyelim ki, TBK m.341'de, konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından, "kullanma giderleri" başlığı altında, kiracının borcu olarak bir düzenleme söz konusudur. Böylece ısıtma, aydınlatma, su gibi kullanma giderlerinin, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça veya aksine bir örf adet söz konusu değil ise, kural olarak kiracı tarafından ödeneceği hükme bağlanmıştır.

SORU 7. Kiralananın "teslim anındaki ayıplarından" ve "teslim anından sonra ortaya çıkan ayıplarından" kiraya verenin sorumluluğu yeni Kanunda nasıl düzenlenmiştir? Bu konudaki yenilikler nelerdir?

I. Teslim Anındaki Ayıplardan Sorumluluk:

"*Kiralananın önemli ayıplarla teslimi hâlinde kiracı, borçlunun temerrüdüne veya kiraya verenin kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir.*

Kiralananın önemli olmayan ayıplarla teslîminde ise kiracı, kiralananda sonradan ortaya çıkan ayıplardan dolayı kiraya verenin sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir" (TBK m.304).

Eski Kanunda, kiracının önemli ayıplarda sözleşmeyi fesih veya kiradan indirim haklarından birini seçebileceği düzenlenmişti. (eBK m.249/2). Önemli olmayan ayıplar zikredilmemişti.

Yeni düzenlemede, kiralananın teslimi sırasında taşıdığı ayıplar bakımından **önemli ayıp - önemli olmayan ayıp ayırımı yapılmış; önemli ayıplardan, kiracının, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde de kiraya vereni sorumlu tutabileceği kabul edilmiştir.** Gerçekten, kira sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğurduğu için, kiraya verenin kiralananın sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ayıplarından da sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu durumda, kiraya veren kiralananı teslim borcunu ifada temerrüde düşebilir. Çünkü kiraya verenin kiralananı teslim borcu bir defalık (ani) edim niteliğinde değildir. Bu sebeple, maddenin birinci fıkrasında, **kiracının duruma göre, TBK m.305 vd maddelerinde düzenlenen ayıptan sorumluluğa veya TBK m.123 ilâ 126 ıncı maddelerinde düzenlenen temerrüde ilişkin hükümlerden yararlanabileceği kabul edilmiştir. Her iki durumda da, kiracı sözleşme ilişkisini ortadan kaldırma hakkına sahiptir.** Ancak, kiracı bu hakkını kiraya verenin ayıptan sorumluluğuna dayanarak kullanırsa, sözleşmenin feshi; borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere dayanarak kullandığı takdirde, sözleşmeden dönme söz konusu olacaktır (Gerekçe'den).

II. Teslim Anından Sonra Ortaya Çıkan Ayıplarından Sorumluluk:

Kiralananın sonradan ayıplı hâle gelmesinden sorumluluk halinde, kiracının kiraya verene karşı sahip olacağı seçimlik haklar, genel olarak TBK m.305 hükmünde düzenlenmiştir: " *Kiralanan sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, kiraya verenden* ***ayıpların giderilmesini*** *veya* ***kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını*** *ya da* ***zararının giderilmesini*** *isteyebilir. Ancak, zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez (f.1).* ***Önemli ayıp durumunda*** *kiracının* ***sözleşmeyi fesih*** *hakkı saklıdır (f.2)*".

Maddenin birinci fıkrasında, kiralananın sonradan, yani kiracının egemenlik alanında bulunduğu sırada, kendisine yüklenemeyen bir sebeple ayıplı hâle gelmesi durumunda, kiracıya ayıpların giderilmesini (bunların ortadan kaldırılması amacıyla onarım) veya kira bedelinden indirim yapılmasını ya da zararın giderilmesini isteme biçiminde üç seçimlik hak tanınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, ayıbın önemli olması durumunda, maddenin birinci fıkrasında sayılan seçimlik haklara ek olarak, dördüncü bir seçimlik hak niteliğinde olmak üzere, kiracının sözleşmeyi fesih hakkının saklı olduğu belirtilmiştir.

Bu genel düzenlemeden sonra, hükümde yer alan seçimlik hakların detayları aşağıdaki maddelerde düzenlenmiştir:

- **Ayıbın Giderilmesini İsteme Ve Fesih**

"*Kiracı, kiraya verenden kiralanandaki ayıbın uygun bir sürede giderilmesini isteyebilir; bu sürede ayıp giderilmezse kiracı,* ***ayıbı kiraya veren hesabına gidertebilir ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirebilir*** *veya kiralananın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir"* (TBK m.306/1). Böylece, önceki

kanunda yer verilmeyen bir hükümle bu uygun süre içinde ayıp giderilmezse, kiracıya, bir yargı kararına gerek olmaksızın, bunu kiraya veren hesabına gidertme ve bundan doğan alacağını, kira bedelinden indirme hakkı tanınmıştır.

"Ayıbın, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi hâlinde kiracı, sözleşmeyi feshedebilir" (TBK m.306/2).

"Kiraya veren, kiralanandaki ayıbı gidermek yerine, uygun bir süre içinde ayıpsız benzeriyle değiştirebilir" (TBK m.306/3). Maddenin, 818 sayılı Borçlar Kanununun 250 nci maddesinde yer verilmeyen üçüncü fıkrasında, kiraya verene, kiralanandaki ayıbı giderme yerine, onu ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı tanınmıştır.

Kiracının maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen değiştirme hakkını kullanabilmesi için, kiralananın mislî eşya (mal) niteliği taşıması gerektiğinde bir duraksama yoktur.

Kiraya veren, kiracıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek, onun seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir" (TBK m.306/4). Maddenin dördüncü fıkrası, eBK'nın 250 nci maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkrada yapılan düzenleme ile kiraya verene, kiracıya kira konusu malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek onun seçimlik haklarını kullanmasını önleme olanağı sağlanmıştır.

- **Kira Bedelinin İndirilmesi**

"*Kiracı, kiralananın kullanımını etkileyen ayıpların varlığı*

hâlinde, bu ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesinden ayıbın giderilmesine kadar geçen süre için, kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını isteyebilir" (TBK m.307). Önceki Kanun döneminde kira bedelinin indirilmesi ayrı bir hak olarak düzenlenmiş; ayıbın giderilmesi anına kadar geçecek süre için bir indirim hakkı düzenlenmemişti (eBK m.250).

- **Zararın Giderimi**

"*Kiraya veren, kusuru olmadığını ispat etmedikçe, kiralananın ayıplı olmasından doğan zararları kiracıya ödemekle yükümlü*dür" (TBK m.308).

SORU 8. Kiralanan taşınır veya taşınmaz eşyanın el değiştirmesi veya kiralanan taşınır ya da taşınmaz eşya üzerinde sonradan bir sınırlı ayni hak kurulması halinde kiracının durumu ne olacaktır? Bu konularda bir yenilik var mıdır?

- **Kiralananın El Değiştirmesi**

"*Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur*" (TBK m.310/1). Maddenin birinci fıkrasında, Eski Borçlar Kanununun 254 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarından farklı olarak kiracıyı yeni malik karşısında korumak amacıyla, kiracının kiracılık hakkını yeni malike karşı da ileri sürebileceği ve yeni malikin kiralananı edindiği anda, kanun gereği, kira sözleşmesinin tarafı olacağı kabul edilmiştir.

- **Kiralananda Sonradan Bir Sınırlı Ayni Hak Kurulması**

Önceki kanunda yer verilmeyen yeni düzenlemeye göre sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde

kiracının hakkını etkileyen bir ayni hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır (TBK m.311). Meselâ, üçüncü kişi, bu koşullar altında kiralananda intifa hakkı sahibi olmuşsa, kiralananın el değiştirmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, kiraya veren sıfatını kazanacaktır.

SORU 9. Taşınmaz kiralarında kira sözleşmesi tapuya şerh edilebilir mi? Edilirse bunun hukuki yararı ve sonucu ne olur?

Taşınmaz kiralarında, sözleşmeyle kiracının kiracılık hakkının tapu siciline şerhi kararlaştırılabilir (TBK m.312). Kanunda kiralananın el değiştirmesinden ya da sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü kişinin, kiralanan üzerinde sınırlı aynî hak sahibi olmasından, kira sözleşmesinin etkilenmeyeceği ve varlığını sürdüreceği esasına yukarıda değinmiş idik (TBK m.310, 311). Ancak önceki kanunda metinde yer almakla birlikte, yeni düzenlemeye alınmasa da MK m.1009 gereğince söz konusu olan şerhin etkisi ile bu şerhe dayanan kiracı, yeni malikin, TBK 351. maddesi uyarınca, konut veya işyeri gereksinimini ileri sürerek kira sözleşmesini sona erdirme hakkını kullanmasına engel olabilecektir. Yine kiracılık hakkının tapu siciline şerhi, kiraya verenin, TBK 350. maddesinde öngörülen yeniden inşa ve imar gibi sebeplerle kira sözleşmesini sona erdirmesini önleyici bir etkiye sahiptir.

SORU 10.Kira bedelinde ifa zamanı konusunda getirilen değişiklikler nelerdir?

Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür (TBK m.314). Sözleşmede ifa

zamanı kararlaştırılmamışsa, uygulamada genellikle, kira bedelinin aylık olarak ödendiği göz önünde tutularak, altı ay ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde, kira bedelinin altı ayda bir ödeneceğine ilişkin önceki kanundaki düzenleme (eBK 257) yeni düzenlemeye alınmamıştır.

SORU 11. Kiracının temerrüdü (kira parasını ödememesi) ile ilgili kurallarda yapılan değişiklikler nelerdir?

TBK m.315/f.1 gereğince, kiracı, kiralananın teslimininden sonra, muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya **yazılı olarak bir süre verip** bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. Ancak, eski Borçlar Kanununun 260 ıncı maddesinden farklı olarak yapılacak bildirimin yazılı olması aranmıştır.

Eski Borçlar Kanununun 260 ıncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen süreler, TBK m.315/f.2'de, "*Kiracıya verilecek süre **en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralarında ise en az otuz gündür**. Bu süre, kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı **tarihi izleyen günden** itibaren işlemeye başlar.*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihin yasal sürelerin hesabında göz önünde tutulmayacağına ilişkin olarak fıkrada yapılan düzenleme, uygulamanın da benimsediği görüşe uygun hâle getirilmiştir. **Öte yandan, kira bedeli borcunun ödenmesinde temerrüt ile yan gider borcunun ödenmesinde temerrüt arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır.** Böylece, öğreti ve uygulamada, kiracı tarafından yan giderlerin ödenmesinde temerrüde bağlı sonuçlar bakımından ortaya çıkan duraksamaların giderilmesi amaçlanmıştır.

SORU 12. Kiracının kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu bakımından yapılan değişiklikler nelerdir?

"*Kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür*" (TBK 316/1). Önceki Kanunda bu yüküm sadece bina içinde oturanlar bakımından düzenlenmiş olup başka binalardaki komşuları kapsamamaktaydı (eBK m.256/1). Kiracının kiralananı sözleşmeye uygun olarak önemle kullanma yükümünün yanında, kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlü tutulmuştur.

"*Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda kiraya veren,* ***konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek****, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda* ***yazılı bir ihtarda*** *bulunur.* ***Diğer kira ilişkilerinde ise****, kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda* ***bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir***" (TBK m.316/2).

Önceki Kanunda kiracıya yapılan ihtara rağmen bu yükümlülüğünü sürekli şekilde ihlal eder yahut kiralananı kötü kullanarak kiraya verene daimi bir zarar verirse, kiraya verene zararını tazminle birlikte sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştı. Yeni Kanunda kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda kiraya verenin, konut ve çatılı işyeri kirasında **en az 30 gün** süre vererek aykırılığın giderilmesini, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceğini **yazılı ihtarla** belirterek, diğer kiralarda ise önceden bir ihtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebileceğini düzenlenmiştir.

Önceki kanunda yer almayan yeni düzenlemeye göre "***Konut ve çatılı işyeri kirasında,*** *kiracının kiralanana* ***kasten ağır bir zarar*** *vermesi, kiracıya verilecek* ***sürenin yararsız olacağının anlaşılması*** *veya kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranışının* ***kiraya veren veya aynı taşınmazda oturan kişiler ile komşular bakımından çekilmez olması*** *durumlarında kiraya veren,* ***yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir***" (TBK m.316/3).

SORU 13. Ayıpları kiraya verene bildirme borcu ile ayıpların giderilmesine ve kiralananın gösterilmesine katlanma borcu yeni kanunda nasıl düzenlenmiştir?

Kiracı, kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bundan doğan zarardan sorumludur (TBK 318).

TBK m.319 gereğince; kiracı, kiralananın ayıplarının giderilmesine ya da zararların önlenmesine yönelik çalışmalara katlanmakla yükümlüdür (f.1). Kiracı, bakım, satış ya da sonraki kiralama için zorunlu olduğu ölçüde, kiraya verenin ve onun belirlediği üçüncü kişinin kiralananı gezip görmesine izin vermekle yükümlüdür (f.2). Kiraya veren, çalışmaları ve kiralananın gezilip görüleceğini uygun bir süre önce kiracıya bildirmek ve bunların yapıldığı sırada kiracının yararlarını göz önünde tutmak zorundadır (f.3). Kiracının kira bedelinin indirilmesine ve zararının giderilmesine ilişkin hakları saklıdır (f.4)

SORU 14. Kiraya veren tarafından kiralananda yenilik yapılması konusunda yeni kanunda getirilen yenilikler nelerdir?

"*Kiraya veren, kiralananda,* ***kira sözleşmesinin feshini gerektirmeyen ve kiracıdan katlanması beklenebilecek*** *olan* ***yenilik*** *ve*

***değişiklikler** yapabilir*" (TBK m.320/1). Önceki Borçlar Kanununda "zaruri tamirattan" söz ediliyorken, yeni maddede "yenilik ve değişiklik" ibaresi kullanılarak hükmün kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca "zaruri" kriterinin yerini "kira sözleşmesinin feshini gerektirmeyecek düzeyde olma ve kiracıdan katlanması beklenebilecek düzeyde olma" kriteri almıştır. Kiraya verenin, kiralananın durumunu iyileştirme yetkisi, kiralananın değerinin korunmasının gerektirdiği çalışmaların yapılması için kullanılabileceği gibi, kiralananın değerinin artırılması için de kullanılabilir. İlk durum için "yenilik", ikinci durum için "değişiklik" terimleri kullanılmıştır. Kiraya verenin kiralananda yenilik ve değişiklik yapma yetkisini kullanması şu iki koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır:

1. Kiraya verenin bu yetkisini kullanmasının kira sözleşmesinin sona ermesini gerektirmemesi;

2. Bu iyileştirme ve değişiklik girişiminin, kiracıdan katlanması beklenebilecek nitelikte olması.

Kiracıdan katlanması beklenmeyecek düzeydeki yenilik ve değişikliklerde ise kiraya veren, bu yetkisini, TBK m.350/b.2'de öngörülen gereksinim, yeniden imar ve ihya koşulları çerçevesinde, kira sözleşmesini ancak dava yoluyla sona erdirerek kullanabilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre: "*Bu yenilik ve değişikliklerin yapılması sırasında kiraya veren, kiracının **menfaatlerini gözetmekle** yükümlüdür. Kiracının, kira bedelinin indirilmesine* (TBK m.307) *ve zararının giderilmesine* (TBK m.308) *ilişkin hakları saklıdır*" (TBK m.320/2). eBK m.251'in aksine yeni maddede "hakkına halel gelmemek" şartının yerini, "kiracının menfaatini gözetme" yükümlülüğü almıştır.

SORU 15. Kiracı tarafından kiralananda yenilik yapılması konusunda yeni kanunda getirilen yenilikler nelerdir?

Önceki Kanunda karşılığı bulunmayan, yeni TBK m.321 gereğince: "*Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasıyla kiralananda yenilik ve değişiklikler yapabilir.*

Yenilik ve değişikliklere rıza gösteren kiraya veren, yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, kiralananın eski durumuyla geri verilmesini isteyemez.

Kiracı, aksine yazılı bir anlaşma yoksa, kiraya verenin rızasıyla yaptığı yenilik ve değişiklikler sebebiyle kiralananda ortaya çıkan değer artışının karşılığını isteyemez".

TBK 321/1 ve 2 gereğince, kiracının kiralananı sözleşme sonunda, ne durumda teslim almışsa, o durumda geri verme borcuna ilişkin TBK m.334 üncü maddesinin bir istisnasına yer verilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde, kiracının, kiralananda yenilik ve değişiklikler yapabilmesi için kiraya verenin yazılı rızasını alması koşulu aranmış ve bu rızayı alan kiracının, aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, kiralananı eski durumuyla geri verme sorumluluğundan kurtulacağı esası benimsenmiştir.

Tasarı halinde iken aksi yönde düzenlenmekle birlikte sonradan Adalet Komisyonu tarafından değiştirilen Maddenin üçüncü fıkrasının gerekçesi şöyledir: "Kiralanandaki önemli yapı değişikliğinin tâbi olacağı hukuki rejimin kira sözleşmesindeki özel bir hükümle yahut konuya özgü bir sözleşmeyle belirlenmesi asıldır. Sözleşenler, bu konudaki hukuku serbestçe kurabileceklerdir". Ancak bu konuda herhangi bir sözleşmenin yahut sözleşme şartının olmaması hâlinde, kira hukukunun yedek hukuk kuralı olarak

üçüncü fıkradaki kural uygulanacaktır.

SORU 16. Alt kira ve kullanım hakkının devri konularında yeni kanunda bir değişiklik söz konusu mudur?

Kiracı, **kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla**, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebilir. Önceki kanundan farklı olarak madde hükmüne "kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşulu" eklenmiştir (TBK m.322/1). Kullanım hakkının devrinde, kira sözleşmesinin taraflarında bir değişiklik olmamakta ve kiracı kira sözleşmesinin kendisine sağladığı kiralananı kullanma alacağını kısmen veya tamamen başkasına devretmektedir. Bu devrin, alacağın devri hükümlerine tâbi olduğu konusunda bir duraksama yoktur.

Kiracı, **konut ve çatılı işyeri kiralarında**, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez (TBK m.322/2). Bu hüküm yürürlükten kalkan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) m.12 ile paraleldir.

Alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir (TBK m.322/3). Bu hüküm eBK m.259 ile paraleldir.

SORU 17. Kira ilişkisinin devri konusunda yeni kanunda ne gibi yenilikler söz konusudur?

Kiracı kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça kira ilişkisini

başkasına devredemeyecek; fakat kiraya veren işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamayacaktır (TBK m.323/1). Bu hüküm tüm kiralar bakımından getirilmiştir. Maddenin devamında, kiraya verenin yazılı rızayla kira ilişkisi kendisine devredilen kişinin kira sözleşmesinde kiracının yerine geçeceği ve devreden kiracının kiraya verene karşı borçlarından kurtulacağı (m.323/2); ancak işyeri kiralarında devreden kiracının kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla 2 yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı (m.323/3) düzenlenmiştir. ***(Bu hükmün yürürlüğe girmesi tacir kişiler veya tüzel kişilerin kiracı olduğu işyeri kiralarında, 6353 SK m.53 ile TBK'nun yürürlük tarihi olan, 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl ertelenmiştir.*** *Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddede belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde eski Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır).*

SORU 18. Kiracı, kiralananı Kullanmasa bile kira ödemekle yükümlü müdür? Bir indirim yapılmasını isteyebilir mi?

Kullanıma elverişli bulundurulduğu sürece kiralanan, kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanılmasa veya sınırlı olarak kullanılsa bile kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Bu durumda, kiraya verenin yapmaktan kurtulduğu giderler kira bedelinden indirilir (TBK m.324). Önceki Kanunun karşılık gelen hükmünde (eBK m.252), kiraya verenin kira bedelinden, ayrıca "kiralananı diğer surette kullanmasından elde ettiği menfaatleri" de düşeceği düzenlenmişti.(m.252/2). Yeni düzenlemeye alınmayınca bunların da kira bedelinden düşülüp düşülemeyeceği tereddüt uyandırmıştır. Bu konuda doktrinde bir görüş, kiracının sözleşmenin

bitmesinden önce kiralananı iadesini düzenleyen TBK m.325/2 hükmünün ikinci fıkrasında bu kalemin de talep edilebileceği hükmü yer aldığından, kiracının iade etmemekle birlikte kullanmadığı halleri düzenleyen TBK 324 hükmü bakımından da 325/2'nin kıyasen uygulanabileceği savunulmuştur.

Önceki Borçlar Kanununun 252 nci maddesinin, aynı Kanunun 264 üncü madde hükmünün saklı olduğuna ilişkin son fıkrası, yeni düzenlemeye alınmamıştır. Bunun sebebi, saklı tutulan durumun, TBK m. 331'de olağanüstü fesih yollarından birini oluşturan "önemli sebeplerle fesih" olarak düzenlenmiş olmasıdır. Böylece, kiracının kiralananı kullanamaması TBK m. 331 hükmünde tanımlanan önemli sebeplerden birine dayanmadığı takdirde, TBK m.324 hükmü (kira bedelinden indirim) uygulama alanı bulacaktır.

SORU 19. Kiralananın sözleşmenin bitiminden önce kiracı tarafından iade edilmesi halinde, kiracı kalan kira bedellerini ödemekle yükümlü müdür? Bunun bir sınırı var mıdır?

Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer (TBK m.325/1).

Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür (TBK m.325/2).

Böylece, bir yandan, kendisine teslim edilmiş kiralananı kullanmayan ve ondan yararlanmayan kiracının sorumluluğunun devam edeceği öngörülmüş, diğer yandan kiracıya, kiralananı geri vermek suretiyle, sözleşmeden doğan sorumluluğunu makul bir süre ile sınırlama olanağı sağlanmıştır. Bu düzenlemeyle, kiracının korunması gereği ilkesi terk edilmemekle birlikte, kiraya verenin menfaatleri de korunmuştur. Nitekim, Yargıtayın yerleşmiş içtihadında da, kiraya verenin, bu durumda, bilirkişi mütalâası göz önünde tutularak belirlenecek olan, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için, kiracıdan tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir. ***Bu hükmün yürürlüğe girmesi tacir kişiler veya tüzel kişilerin kiracı olduğu işyeri kiralarında, TBK'nun yürürlük tarihi olan 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl ertelenmiştir.***

SORU 20. Kiracının ve kiraya verenin "takas" hakkından feragat ettiğine dair sözleşme kayıtları geçerli midir?

Kural olarak TBK m.145 gereğince takas hakkından önceden feragat etmek mümkün ise de, kira sözleşmeleri bakımından bu kurala bir istisna getirilmiştir.

Kiracı ve kiraya veren, kira sözleşmesinden doğan alacaklarını takas etme hakkından önceden feragat edemezler (TBK m.326). Bu düzenlemenin eski kanunda karşılığı yoktur, yeni bir hükümdür.

SORU 21. Kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerde bir sözleşme nasıl sona erdirilebilmektedir? Bu kurallar konut ve çatılı iş yeri kiralarında da uygulanmakta mıdır?

- **Belirli Süreli Sözleşmenin Sürenin Geçmesi İle Sona Ermesi**

Açık veya örtülü biçimde bir süre belirlenmişse, kira sözleşmesi bu sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Taraflar, bu durumda, açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (TBK m.327).

- **Belirsiz Süreli Kira Sözleşmelerinde Fesih Bildirimi İle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi**

o Genel Olarak

TBK m.328 gereğince, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflardan her biri, daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilir. Fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınır (f.1). Sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa, bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur (f.2).

o Belirsiz süreli taşınmaz ve taşınır yapı (başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar) kiralarında fesih bildirimi

Taraflardan her biri, bir taşınmaza veya taşınır bir yapıya ilişkin kira sözleşmesini yerel âdette belirlenen kira döneminin sonu için veya böyle bir âdetin bulunmaması durumunda, altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir (TBK m.329). Önceki Kanunun 262.maddesinin 1. ve 2. bentlerinde kiralananın niteliğine göre öngörülen süre farklılıkları kaldırılmıştır.

o Belirsiz süreli taşınır kiralarında fesih bildirimi

Taşınır kiralarında kural olarak eski kanundaki (eBK m.262/3) gibi, taraflardan her biri sözleşmeyi 3 gün önceden bildirimde bulunarak her zaman feshedebilir (TBK m.330/1). Bu imkana ek olarak, yeni ihdas edilen TBK m.330/2 hükmüne göre, kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan bir taşınırın kiracısı, kira sözleşmesini 3 aylık kira dönemi sonu için en az 1 ay önceden yapacağı bir fesih bildirimiyle sona erdirebilecektir.

Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında taşınır ve taşınmaz yapılara ilişkin bu kurallar uygulanır mı? Konut ve çatılı iş yeri kiralarında süre kararlaştırılmış ise sürenin sona ermesi; belirli olmayan süreli olarak bir kira sözleşmesi yapılmışsa feshi ihbar kira sözleşmesinin sona erdirilmesi için yeterli değildir; bu konuda özel hükümler sevk edilmiştir. Ancak özel bazı koşullar gerçekleştiğinde (ihtiyaç, imar, iki haklı ihtar hallerinde, yenileme başladıktan sonra 10 yıllık uzama süresinin sonunda) kiraya veren kiracıyı çıkarabilmektedir. Kiracı sürenin sona ermesi ile ya da süre belirsiz ise özel hükümdeki sürelere uyarak kendisi sözleşmeyi sona erdirebilir.

Elbette aşağıda inceleyeceğimiz temerrüt (ödememe), kötü ifa vs nedenlerle olağanüstü fesihe ilişkin genel hükümlere göre kiraya veren sözleşmeyi fesih hakları saklıdır.

SORU 22. Kira sözleşmesinin Olağanüstü Fesih yoluyla yani süresinden önce sona erdirilmesi mümkün müdür?

- **Önemli Sebeplerin Varlığı Halinde Olağanüstü Fesih**

Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar.(TBK m.331).

Önceki Kanunda, "tam bir tazminat verme" ve "kira 1 yıl veya daha uzun süreli ise tazminat 6 aylık kira karşılığından az olamaz" hükümleri vardı. (eBK m.264/1,2). Yeni düzenlemede hakimin takdir hakkının sınırları kaldırılmıştır.

Eski Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinden farklı olarak kira sözleşmesinin belirli süreli taşınmaz kirası olması aranmadığı gibi, böyle bir fesihte istenecek maddi tazminat ve tutarı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş; aynı zamanda kiracının kiralananı boş olarak teslimi için tazminatın ödenmesi gerektiğine ilişkin hüküm de alınmamıştır. Ancak hâkime, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlama yetkisi verilmiştir. Böylece kiralananın niteliğine bakılmaksızın tüm kira sözleşmeleri bakımından genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda, taraflardan her biri, fesih bildiriminin, fesih dönemlerinin sonu itibarıyla yapılması zorunluluğu olmaksızın, yasal fesih sürelerine uyarak, kira sözleşmesini sona erdirebilecektir.

(TBK m.331 hükmünün yürürlüğe girmesi tacir kişiler veya tüzel kişilerin kiracı olduğu işyeri kiralarında, TBK'nın yürürlük tarihi olan 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl ertelenmiştir.

- **Kiracının İflası Halinde Olağanüstü Fesih**

TBK m.332 gereğince kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence veril-

mesini isteyebilir (f.1). Kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına **yazılı olarak** uygun bir süre verir. Bu süre içinde kendisine güvence verilmezse kiraya veren, sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir (f.2).

Maddede, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından genel hüküm niteliğindeki TBK 98 inci maddesinin özel bir uygulama alanı olarak sadece iflâsı kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır. Ayrıca aynı maddede, süre verilmesine ilişkin bildirimin yazılı şekilde olması aranmış, "birikmiş kiralar" ise genel hükümlere tâbi olduğu için, kapsam dışı tutulmuştur.

- **Kiracının Ölümü Sebebiyle Olağanüstü Fesih**

Kiracının ölmesi durumunda, mirasçılar, yasal fesih bildirim süresine uyarak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilirler (TBK m.333). Önceki Kanundan (EBK m. 265) farklı olarak, "kiraya verenin, kiracının ölümüne bağlı olarak sözleşmeyi feshetmesi hakkı" kabul edilmemiş; ayrıca, "sözleşmenin bir yıl ve daha uzun süreli olması" da aranmamıştır.

Böylece açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, kiraya verenin ölümünün sözleşmeye etkili olmayacağı esası benimsenmiştir. Gerekçede açıklandığı üzere yeni kira düzenlemesinin kiracıyı kollayıcı özüne sadık kalınmıştır. Madde metninde yer alan fesih bildirim süresinin ve fesih döneminin yasal süre ve dönem olduğu açıkça vurgulanmakla, sözleşmedeki ve yerel âdetteki aksine olan süre belirlemelerinin dikkate alınmayacağı açıklanmıştır. Burada, belirli süreli bir kira sözleşmesi söz konusu olsa bile, kiracının ölümünün mirasçılarına sözleşmeyi feshetme hakkı vermesi sebebiyle bu fesih olağanüstü fesih niteliği taşımaktadır.

SORU 23. Kiracı, sözleşmenin sona ermesi halinde kiralananı ne şekilde iade etmek zorundadır? Sözleşmeye aykırı kullanma hallerinde ne gibi sonuçlar doğar?

Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralananda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir (TBK 334/1).

Kiracının, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, sözleşmeye aykırı kullanmadan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir (TBK 334/2). Maddenin ikinci fıkrasında ise kiracının sözleşmeye aykırı kullanımından doğan zararlar dışında bir tazminat sorumluluğu olmayacağı, sadece sözleşmeye aykırı kullanımdan sorumlu olacağı esası emredici olarak kabul edilmiştir. Böylece, uygulamada kira sözleşmelerinde sıkça rastlanan sözleşmeye uygun kullanımın yarattığı eskime, bozulma gibi sonuçların da kiracıya yükletilmesine ilişkin kayıtların geçerli olmayacağı belirtilmiştir.

Önceki kanunda kiralananın iadesine ilişkin maddede (eBK m.266) böyle bir hüküm bulunmadığından, kiracının kiralananı kusuruyla hasarlı teslimi durumunda, sözleşmede zararı aşan cezai şartlar kararlaştırılmışsa bunlar talep edilebilmekte idi. Artık zararı aşan ceza ödeme hükümlerinin geçersiz olduğu ileri sürülebilecektir.

Son olarak belirtelim ki önceki Kanundaki "kiracının kiralananı iyi halde teslim aldığı asıldır" hükmü (eBK m.266/3) yeni düzenlemeye alınmamıştır. Böylece "iyi halde kiracıya teslim" karinesi kaldırılmış; iadesi sırasında zarar görmüş ve hasarlı olan kiralananın, kiracıya verildiğinde de bu halde olduğunu ispat yükü

kiracının üzerinde olmaktan çıkarılmış ve bu konu genel hükümlere bırakılmıştır. Böylece, ispat yükünün paylaşımı, Türk Medenî Kanununun 6 ncı maddesi uyarınca (TMK madde 6: Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür) gerçekleştirilecektir.

SORU 24. Kiraya verenin, kiralananı geri alırken gözden geçirme ve eksiklik ya da ayıplar söz konusu ise kiracıya bildirme yükümlülüğü var mıdır?

Kiraya veren, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmek ve kiracının sorumlu olduğu eksiklikleri ve ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır. **Bu bildirim yapılmazsa kiracı her türlü sorumluluktan kurtulacaktır.** Ancak, teslim alma sırasında olağan inceleme ile belirlenemeyecek olan eksikliklerin ve ayıpların varlığı halinde, kiracının sorumluluğu devam edecektir. Kiraya veren, bu tür eksiklikleri ve ayıpları belirlediğinde, kiracıya hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır (TBK m.335). Eski Kanunda yer verilmeyen, yeni bir maddedir.

3.2. Konut ve Çatılı İş Yeri Kiraları

SORU 1. Konut ve çatılı iş yeri kiraları bakımından genel olarak ve uygulama alanı itibariyle önceki 6570 sayı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a (GKHK) göre ne gibi farklılıklar söz konusudur?

6098 sayılı yeni TBK yürürlüğe girmesi ile birlikte konut ve çatılı iş yeri kiraları hakkında ayrı ve özel kanun hükmünde olan GKHK yürürlükten kaldırılmıştır. GKHK'da yer alan bu hükümler, değişiklikler yapılmak ve yenilikler ilave edilmek suretiyle Türk Borçlar Kanunu içerisine alınmıştır (TBK m.339-356).

Önceki kanundan farklı olarak, TBK 339-356 hükümlerine tabi olup olmama açısından, bir taşınmazın "konut veya çatılı işyeri" niteliğinde olması yeterli olacak, kiralanan taşınmazın nerede bulunduğunun bir önemi olmayacaktır. Oysa yürürlükten kalkan 6570 sayılı GKHK m.1 uyarınca, sadece belediye teşkilatı olan yerler ile iskele, liman ve istasyonlardaki çatılı taşınmazların konut ve işyeri kiraları bu özel hükümlere tabi olmakta idi. Yine önceki Kanunda, mabetlerin kiraya verilemeyeceği ve ibadethane haricinde hiçbir iş için kullanılamayacağı hükmü de (mülga GKHK m.1/2), TBK'nın yeni düzenlemesine alınmamıştır.

Uygulama Alanı: Konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte, kullanımı kiracıya bırakılan eşya (mobilya, garaj, eşya koyma deposu, kömürlük, bahçe vs) hakkında da uygulanır. Ancak bu hükümler, niteliği gereği **geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmaz** (TBK m.339/1). Niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazlara örnek olarak, yazlık, otel odası, motel, pansiyon ve bunlara benzer yerler gösterilebilir. Bir taşınmazın bu niteliği konusunda ortaya çıkan uyuşmazlığın, somut olaydaki durum ve koşullara göre hâkim tarafından çözümlenmesi gerekecektir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının yaptığı kira sözleşmelerine uygulanması: Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de konut ve çatılı iş yeri kirasına ilişkin bu hükümler (TBK 339-356) uygulanır (TBK m.339/2).

SORU 2. Konut ve çatılı iş yerine ilişkin kira sözleşmesinde yer alan kiracının aleyhine düzenlenmiş olan, kira ile doğrudan

ilişkisi olmayan bağlantılı sözleşmelere ilişkin kayıtlar geçerli midir?

Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kirayla bağlantılı sözleşme geçersizdir (TBK m.340). Burada TBK m.27/2 hükümden farklı olarak, yalnızca bağlantılı sözleşme kaydını içeren sözleşme hükmünün kısmi butlan (kısmi geçersizlik) yaptırımına uğraması, buna karşılık sözleşmenin geri kalan geçerli hükümlerinin varlığını koruması söz konusudur. Böylece, her zaman ileri sürülebilen ve hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gereken kısmi kesin hükümsüzlüğün sonucu olarak; geçersiz olan bağlantı sözleşmesi olacak, kira sözleşmesi ise geçerliliğini koruyacaktır.

Kiracı, bu madde ile kiraya verenin kiracı karşısında güçlü olma konumunu kullanarak kiracılıkla ilgisi olmayan başkaca borçları kendisine yüklemesine karşı korunmuştur. Meselâ, kiracının kiralayana karşı kiralananı satın alma yükümü altına girmesi veya önceki kiracının bıraktığı eşyayı satın almayı borçlanması ya da kiralananla ilgili bir sigorta sözleşmesi yapmayı üstlenmesi durumları geçerli olmayacaktır. Öte yandan kiracılıkla bağlantısı bulunmayan borç altına girmenin geçersiz olması bakımından, bu borçlanmanın kiraya verene veya üçüncü kişiye karşı olmasında fark yoktur. Her iki durumda da geçersizlik söz konusu olacaktır.

Bu düzenleme, önceki kanunda yer verilmeyen yeni bir hükümdür.

Bu hüküm, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu

işyeri kiralarında, 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde eBK hükümleri uygulanır.

SORU 3. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında ısıtma, aydınlatma, su gibi kullanma giderlerine kim katlanmakla yükümlüdür? Bu giderleri ispata yarayan belgelerin verilmesi karşı tarafça istenebilir mi?

Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralarında, sözleşmede aksi öngörülmemişse veya aksine yerel âdet yoksa, ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine katlanmakla yükümlüdür (TBK 341/1). Maddede, konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından özel ve yedek bir düzenleme yapılarak ısıtma, aydınlatma, su gibi kullanma giderlerine, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak, **sözleşmede aksine bir hüküm yoksa** kiracının katlanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, aksine sözleşme veya yerel âdet olduğunda, bu yükümlülük, kiraya verene ait olacaktır. Kullanma giderlerinden farklı olarak kiralananın dış cephesinin boyanması, çatısının onarılması gibi kiralananın sözleşme süresince kullanıma elverişli durumda bulundurulmasıyla ilgili olan diğer yan giderler hakkında ise -yukarıda daha önce açıklandığı üzere- TBK 303. ncü maddesi uygulanacak; yani bunlara kiraya veren katlanacaktır. Adalet Komsiyonu Raporundaki gerekçeye göre TBK 303.ncü maddesi, "çatı akması, dış-boya" gibi yapı inşaatına (kiralananın önemli onarımına) ait yükümlülükleri, hiçbir şekilde kiracıya yüklememektedir. Çünkü kiralananı kullanıma hazır olarak teslim etmek ve sözleşme boyunca bu durumda bulundurmak, kiralayanın

asli borcudur (m.300). Öyleki bu borca aykırılık, kanunda özel yaptırıma bağlanmıştır (m.303,304,305). Esasen kiracının borcunu düzenleyen 316 ncı madde de aynı temele dayalıdır.

Giderlere katlanan taraf, bu giderleri ispat edici belgelerin birer örneğini, istem üzerine diğer tarafa vermek zorundadır (TBK 341/2).

SORU 4. Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmeyle kiracıya (depozito veya buna benzer) güvence verme borcu getirilebilir mi? Buna ilişkin yeni düzenlemedeki sınırlamalar ve koşullar nelerdir?

Yürürlükten kalkan 6570 s.GKHK m.16'da düzenlenen kiracının güvence verme borcu, yeni TBK m.342 hükmü ile esaslı değişikliklere uğratılmıştır. Maddede, uygulamada kiraya verenlerin, kiracıdan "depozito" veya başka ad altında ve kira bedeli dışında kira sözleşmesinin yapıldığı sırada veya başka bir zamanda güvence parası aldıklarına sıkça rastlandığından, bu uygulamaya karşı kiracıyı korumak amacıyla düzenleme getirilmiştir. Bu madde ile bir yandan, sözleşme ile kiracıdan güvence istenilmesi imkânı kabul edilmiş, öte yandan, bunun sınırları açıklıkla ortaya konulmuştur. TBK m.342 gereğince koşullar şunlardır;

- Güvence bedelinin sözleşme ile kararlaştırılmış olması gerekir.
- Güvence bedeli, üç aylık kira bedelini aşamaz.
- Güvencenin para olarak verilmesi hâlinde kiraya verenin onayı olmaksızın çekilmemek üzere vadeli bir tasarruf hesabına yatırılması, kıymetli evrak olması hâlinde ise bankaya depo edilmesi gerekir.

- Banka, bu güvenceyi ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebilir.

- Kiraya veren kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen 3 ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesiyle ilgili bir dava açtığını veya icra ya da iflas yoluyla takibe giriştiğini bankaya yazılı olarak bildirmemişse, banka kiracının istemi üzerine güvenceyi geri vermekle yükümlüdür.

Yürürlükten kalkan 6570 s. GKHK m. 16' da; hava parası olarak veya her ne nam ve suretle olursa olsun, kira bedelinden fazla alınanlar, altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarında adli para cezasına hükmolunacağı düzenlemesi yeni kanuna alınmamıştır.

Yeni TBK m.342 hükmü, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde eski Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

SORU 5. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında sonradan kira bedelinde değişiklik yapılabilir mi? Kira bedeli dışında kiracıya başka surette ödeme yükümlülüğü yüklenebilir mi? Kiracı aleyhine düzenleme yasağı olan haller nelerdir?

Yürürlükten kalkan GKHK'nın 9 uncu maddesini aynen karşılayan TBK 343 üncü maddesinde, kira sözleşmesinde,

kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı düzenlenmektedir.

Maddede yapılan düzenleme ile kira sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmede kira bedeli dışında kalan hususlarda kiracı aleyhine değişiklik yapılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Böylece, başlangıçta belirlenen kira bedelinin, özellikle kanun gereği sözleşmenin süresinin uzatıldığı ya da yenilendiği durumlarda, ekonomik koşullara bağlı olarak değiştirilmesi olanağı sağlanarak, sözleşmede kiracı aleyhine değişiklik yapılması yasağına bir istisna tanımış olmaktadır. Bu istisnanın kabulü, kiracının korunması ilkesinin gözetildiği yasal bir düzenleme içinde de olsa, kiraya verenin kiralananın durumuna uygun düşecek bir kira bedeli elde etme konusundaki menfaatlerinin de göz ardı edilmesi zorunluluğundan doğmuştur.

Kiracıya kira bedeli ödeme borcu dışında ancak kanunda sayılan hallerde bir ödeme yükümlülüğü yüklenebilir. Kira bedeli dışında kiracı, ancak yan giderleri ödemekle (TBK m.346, c.1) ve sözleşme ile kararlaştırılan hallerde gerekli koşulların yerine getirilmesi kaydıyla güvence vermekle (depozito) yükümlü tutulabilir ki güvence de zaten esasen bir ödeme (ivaz) değil; kiracı tarafından bir zarar verilmemiş ise sözleşme bitiminde ona iade olunacak olan bir teminattır. Bunlar dışında kiracıya başkaca bir ödeme yükümlülüğü yükletilemez. Bu hususta kiracı aleyhine düzenleme yapmama yükümlülüğü söz konusudur. Elbette kira bedelinde artış yapılması TBK m.343'de ifade edildiği üzere bu yasağa tabi değildir. Kira bedelindeki artışın sınırlanması ayrı bir konu olup TBK 344-345 hükümlerinde düzenlenmektedir.

Ayrıca TBK m.346, c.2 gereğince "*Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya*

sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir".

Kiracı aleyhine düzenleme yasağı kapsamına giren sözleşme hükümleri zorunlu olarak kısmi geçersizliğe uğrar ve sözleşmenin geri kalan hükümleri ayakta kalır. Kanun görüşmeleri sırasında ticari veya tüzel kişi kiracılar bakımından da aynı korunma ihtiyacının söz konusu olmadığı düşüncesi ile bunlar için istisna tanınması yolundaki öneri kabul görmemiştir. Bu durumda tacir kiracı veya tüzel kişi kiracılar için de bu hükümde öngörüldüğü şekliyle ceza koşulları ya da muacceliyet kayıtları geçersiz olacaktır.

Yeni TBK m.343 ile 346 hükümleri, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde eski Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

SORU 6. Kira Bedelinde artış yapılmasına ilişkin anlaşmalar ve kira bedelinin belirlenmesi (tespiti) koşulları nelerdir?

Konut ve çatılı işyeri kira bedelinin belirlenmesine ilişkin 6570 sayılı GKHK uygulamasına ilişkin Yargıtay İçtihatlarının yerine geçmek üzere, TBK m.344 hükmünde detaylı düzenleme getirilmiştir:

- **Taraflar yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşma yapmışlar ise:**

"Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, ***bir önceki kira yılında ÜRETİCİ FİYAT ENDEKSİNDEKİ ARTIŞ ORANINI GEÇMEMEK KOŞULUYLA*** *geçerlidir"* (TBK m.344/1, c.1). Şu halde taraflar ister 1 yıllık isterse daha uzun süreli bir kira sözleşmesi yapsınlar, fark etmeksizin; kira süresinin bitiminde otomatik olarak kira sözleşmesinin yenilenmesi üzerine, bu **yenilenen kira dönemlerine ilişkin olarak** kira bedelleri belirlemiş ya da ilk kira bedeli bakımından bir artış oranı kararlaştırmış olurlarsa ÜFE endeksi üst sınırı oluşturacaktır.

"Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır" (TBK m.344/1, c.2). Yani eğer kira sözleşmesi 1 yıllık değil de daha uzun süreli yapılmış ise, bu uzun süreli **kira sözleşmesi içerisindeki her birer yıllık dönemler için de** ayrı ayrı kira belirlemesi veya artış oranı kararlaştırılmış ise, TBK m.344/1, c.1 uygulanacak; bu belirleme veya artış oranı ÜFE endeksini geçemeyecektir.

- **Taraflar yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşma yapmamışlarsa veya artış olacağı kararlaştırılsa bile bir oran öngörmemişler ise:**

"Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, ***bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla*** *hâkim tarafından,* ***kiralananın durumu göz önüne alınarak HAKKANİYETE GÖRE*** *belirlenir"*(TBK m.344/2). Şu halde hakim ilk planda hakkaniyete göre kira miktarını veya artış oranını belirleyecek, ancak bu belirlemesi esnasında önceki yılın ÜFE artış oranını ve kiralananın durumunu göz önüne alacaktır.

- **Taraflarca yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşma yapılmış olsa da olmasa da kira sözleşmesinin 5 yıldan uzun süreli olması veya kira sözleşmesinin 5 yıldan sonra yenilenmesi halinde;**

"*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından* ***üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu*** *ve* ***emsal kira bedelleri*** *göz önünde tutularak* ***hakkaniyete uygun*** *biçimde belirlenir*" (TBK m.344/3, c.1). Bu hüküm gerek TBK m.344/1, gerekse m.344/2 hükmü bakımından uygulama alanı bulur.

Örneğin 8 yıllık bir kira sözleşmesi varsa, sözleşmeyle her kira dönemi için artış kararlaştırılmış ise TBK 344/1, c.2 gereğince önceki yıl ÜFE oranı üst sınır oluşturacaktır. 8 yılın sonunda otomatik olarak yenilenen kira yılı başlayacak ve bu yenilenen dönem için de artış kararlaştırılmış ise TBK 344/1, c.1 gereğince yine önceki yılın ÜFE artış oranı üst sınır olacaktır. İşte bu sözleşmenin 5.yılının dolması üzerine devreye TBK 344/3 hükmü girecek; arzu edilirse 6.kira yılının (bu 6.yıl ister sözleşme süresi içinde olsun isterse yenilenen süre olsun) kira bedelinin belirlenmesi için kira tespiti davası açılabilecektir. Bu belirlemede HAKKANİYET'e göre ve önceki yıl ÜFE artış oranı + kiralananın durumu + emsal kira bedelleri dikkate alınarak karar verilecektir.

Eğer 2 yıllık kira sözleşmesi yapılsa ve yenilenen dönemler için kira artışı kararlaştırılsa idi, bu kere 3.yılda uzayan (yenilenen) sözleşme, kira sözleşmesin başlangıcından itibaren 5.kira yılı dolana dek sadece ÜFE sınırlamasına tabi olacak, 5.kira yılının

dolması ve 6.yıla girilmesi anından itibaren TBK 344/3'e göre (ÜFE+kiralananın durumu+emsal gözetilerek hakkaniyete göre) kira tespiti davasına konu edilebilecektir.

Keza uzayan (yenilenen) kira dönemleri için kira miktarı veya kira artış oranının kararlaştırılmadığı hallerde de yine TBK m.344/3 hükmü uygulanır. Bu durumda kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren 5.kira yılı doluncaya dek sınırlama mahkemece TBK m.344/2 gereğince "önceki yılın ÜFE artış oranını aşmamak üzere ve kiralananın durumu dikkate alınarak hakkaniyete göre" belirlenecek iken; 5 yılın dolması ile 6.yıldan itibaren "TBK 344/3 gereğince (ÜFE+kiralananın durumu+emsal gözetilerek hakkaniyete göre)" belirlenecektir.

İşte yukarıda örnekler verdiğimiz tüm bu hallerde TBK 344/3 gereğince belirlenen kira bedeli hakkında yani 6.yıldan itibaren sonraki beş yıl içerisinde tekrar TBK 344/3 uyarınca kira tespiti istenemez. Bu 5 yılın da dolması üzerine sonraki 5 yıl için kira tespiti yine m.344/3.fıkradaki aynı usul ile istenebilir.

Peki kira tespiti 6.yılda yapıldıktan sonra 5 yıl geçinceye kadar bu bedel bakımından enflasyona karşı bir koruma olmayacak mıdır? Buna cevabı TBK m.344/3.fıkranın son cümlesi vermektedir: "*Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir*" (TBK m.344/3, c.2). Yani eğer kira artış oranı belirli bir sözleşme var ise TBK 344/1 gereğince önceki yılın ÜFE artış oranını aşmamak üzere veya sözleşmede kira artış oranı kararlaştırılmamış ise TBK 344/2 uyarınca önceki yılın ÜFE oranını aşmamak üzere, kiralananın durumu dikkate alınarak hakkaniyete göre bir kira artışı bu 5 yıllık dönem içinde istenebilecektir.

- **Kira sözleşmesinde kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılmış olduğu hallerde**

"*Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, "Aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır*" (TBK m.344/4).

Şu halde 5 yıl doluncaya kadar, kira bedelinden artış istenmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak eğer ki taraflar arasındaki edim dengesi, öngörülemeyen olağanüstü bir sebeple (mesela beklenmedik develüasyon, kriz, savaş) aşırı derecede bir taraf aleyhine değişmiş ve ondan bu sözleşmeye bu haliyle uyması beklenemeyecek düzeye erişmiş ise uyarlama davası yolu ile TBK 138 inci madde gereğince kira bedelinin uyarlanması istenebilir. Uyarlama olağanüstü bir yol olup, kira tespiti davasından farklıdır. TBK m.344/3'de açıkladığımız tespit davsı için olağanüstü koşullar aranmamaktadır.

5 yıl geçtikten sonra yabancı para olarak kararlaştırılan kira bedelinin yeniden belirlenmesi için tespit davası açılabilir. Hakim bu belirlemede YABANCI PARA DEĞERİNDEKİ DEĞİŞİMİ de göz önünde tutarak TBK 344/3'e göre (ÜFE+kiralananın durumu+emsal gözetilerek hakkaniyete göre) belirler. Yine belirlemede asıl kriter HAKKANİYET olup diğer unsurlar gözetilmesi gereken yardımcı kriterlerdir.

Yabancı para olarak kararlaştırma yeterlidir; ifanın da mutlaka yabancı para olarak yapılması gerekmez. Öğretide bir görüş, kira bedelinin yabancı para endeksine göre belirlenmesi halinde, TBK

m.344/4 hükmünün uygulanmayacağını savunmaktadır. Bu görüş kabul edilirse yabancı paraya endeksli TL olarak belirlenen kiralarda artış ÜFE'ye göre denetlenebilir halde olacak ve TBK 344/1 veya 2 hükümleri uygulanacak demektir. Kanımızca bu görüş isabetli olmayıp lafza bağlı yorum yapılmaktadır. Oysa yabancı para borcu ile yabancı paraya endeksli TL borcu arasında, kanun koyucunun amacı dikkate alındında, bu ayrıma gidilmesini gerektirecek bir farklılık bulunmamaktadır.

Yeni TBK m.344 hükmü, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde eski Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

- **Kira Tespit Davası Açma Süresi ve Kararın Etkisi:**

Kira tespit davası ancak, yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açıldığı ya da kiraya veren tarafından bu süre içinde kira bedelinin artırılacağına ilişkin olarak kiracıya **yazılı bildirimde bulunulmuş olması** koşuluyla, izleyen yeni kira dönemi sonuna kadar açıldığı takdirde, mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlar (TBK 345/1). Tasarıda 30 gün içinde kira tespiti davasının kiracıya "tebliğ edilmiş" olması ifadesi yer almaktayken, bu ifade "davanın açılmış olması" olarak değiştirilmiştir. Ancak buna rağmen öğretide bir görüş, bu ifadenin tebliğ edilmiş olması olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli de, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur (TBK 345/2).

Önceki Borçlar Kanunu ve 6570 sayılı GKHK'da düzenlenmeyen bu durum Yargıtay uygulaması ile şekillendirilmiş idi. Şu farkla ki maddede geçen süre 30 gün değil 15 gün olarak kabul edilmekte idi.

SORU 7. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında sözleşmede kararlaştırılan sürenin bitmesi üzerine kiracı kiralanandan çıkarılabilir mi? Sözleşmenin bildirim yoluyla sona ermesi nasıl düzenlenmiştir?

- **Belirli Süreli Konut Ve Çatılı İş Yeri Kirasında Bildirim Yoluyla Sona Erme**

TBK m.347/1, c.1 gereğince kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az 15 gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzamış sayılır. Yani kural olarak sürenin sona ermesi, kiraya veren açısından bir kira sözleşmesini sona erdirme nedeni olmayıp (TBK m.347/1, c.2), kiracının isteği halinde 15 gün önceden haber vermesi kaydıyla kira sözleşmesi sona erdirilebilir. Sözleşmeyi sona erdirmek isteyen kiracı bu 15 günlük süreye uymazsa, kira sözleşmesi uzamış olacaktır. (GKHK'un 11. maddesi prensip olarak korunmuştur.)

TBK m.347/1, c.3 gereğince "Ancak 10 yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az 3 ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir". Böylece GKHK sisteminden farklı olarak kiraya verene gerekçe göstermeden 10

yıllık uzama süresi sonunda kira sözleşmesini sona erdirme hakkı tanınmıştır.

- **Belirli Süreli Olmayan Konut Ve Çatılı İş Yeri Kirasında Bildirim Yoluyla Sona Erme**

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre (TBK 328, 329) fesih bildirimiyle sözleşmeyi sona erdirebilirler (TBK 347/2).

- **Genel Hükümlere Göre Fesih Hakkının Kullanılabileceği Durumlar**

Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabileceği durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir (TBK 347/3). Yani konut ve çatılı iş yeri kiraları için, 347/1 ve 2.maddeler dışında ve yine 350 vd hükümlerde düzenlenen özel tahliye sebepleri dışında, ayrıca konut ve çatılı iş yeri kiralarının mahiyeti ile bağdaşan genel fesih sebepleri uyarınca da taraflar fesih hakkını kullanabileceklerdir. Örneğin, TBK 316 gereğince özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme yükümlülüğüne aykırılık, 331 gereğince olağanüstü fesih, 332 gereğince kiracının iflasa rağmen teminat göstermemesi hakkındaki hükümlere göre fesih mümkündür.

- **TBK'nun yürürlüğü olan 1 Temmuz 2012 tarihinden önce yapılmış kira sözleşmelerinde 10 yıllık uzama süresine ilişkin TBK m.347 düzenlemesi nasıl uygulanacaktır?**

6101 Sayılı Kanunun Geçici 2.maddesine göre, Yürürlük Kanunun 1 inci maddesinin son cümlesi hükmü (yani TBK'ndaki

düzenlemenin uygulanması); bir defaya mahsus olmak üzere, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Türk Borçlar Kanununun 347 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl; on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanır.

- Şu halde **belirli süreli kira sözleşmelerinde 1 Temmuz 2012 itibariyle 10 yıllık uzama süresi dolmamışsa**:

a) Kalan süre 5 yıldan az ise 1.07.2012 tarihinden itibaren 5 yıl sonra (1.7.2017'den sonra) TBK 347/1,c.son uygulanır. Yani bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak kaydıyla kiraya veren sözleşmeyi feshedebilir. Yani en erken 1 Temmuz 2017'yi izleyen kira yılının (yani 2018'e denk gelen kira yılının) bitiminden 3 ay önce ihbar etmek koşulu ile. Kira yılı 1 Ocak'ta yenileniyor ise 5 yılın bitimini takip eden kira yılı 2018 Ocak dönemi ile başlayacak, 2018 Eylül sonunda ihbarda bulunulmak gerekecektir.

b) Kalan süre 5 yıldan fazla ise: Bu husus Yürürlük Kanununun Geçici 2.maddesinde düzenlenmemiştir. 5 yıldan daha kısa uzama süresi kalan hallerde yürürlükten itibaren 5 yıl verilmesi kiracıyı koruyucu niteliklidir. Bu durumda 5 yıldan çok zaman olan hallerde, bu bakıye sürenin dolduğu tarihi takip eden kira yılı bitimine ve bundan sonraki her uzayan kira yılı bitimine 3 ay kala feshi ihbar ederek sözleşmenin sona erdirilebilmesini kabul etmek gerekir.

- **Belirli süreli kira sözleşmelerinde 1 Temmuz 2012 itibariyle 10 yıllık uzama süresi dolmuş ise**; bu halde yürürlük tarihinden itibaren 2 yıl sonrasını (1.7.2014 tarihini) takip eden kira yılı (en erken 2015'e denk gelen kira yılının) bitimine 3 ay kala ve bundan sonraki her uzama döneminin bitimine 3 ay kala feshi ihbar ile sözleşme sona erdirilebilir.

- **Şekil**

Konut ve çatılı işyeri kiralarında fesih bildiriminin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TBK 348; eski GKHK m.11).

- **Aile Konutunun Kiralanması Halinde Kiracının Ve Kiralayanın Bildirimle Fesih Hakkına Sınırlama Getirilmesi:**

Kiracının fesih hakkının sınırlanması: Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez (TBK 349/1). Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir (TBK 349/2).

Kiraya verenin fesih hakkının sınırlanması: Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır (TBK 349/3).

SORU 8. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında sözleşmenin kiraya verenden kaynaklanan sebeplerle sona erdirilmesi (tahliye sebepleri) yeni kanunda nasıl düzenlenmiştir?

- **Gereksinim, Yeniden İnşa Ve İmar Sebebiyle**

Kira Sözleşmesinin, kiraya veren tarafından, "üstsoyunun" ve "kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin" de konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle de dava yoluyla sona erdirilebileceği kabul edilmiş, 6570 sayılı GKHK'daki "çocuk" terimi yerine "altsoy" terimi kullanılarak, torun ve torun çocuğu gereksinimi bakımından ortaya çıkan olumsuzlukların çözümlenmesi amaçlanmıştır. 6570 sayılı GKHK m.7'den alınmış ise de orada sadece kiracının eşi ve çocuklarının ihtiyacı tahliye sebebiydi.

Yeni TBK m.350 gereğince "*Kiraya veren, kira sözleşmesini;*

1. Kiralananı ***kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler*** *için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa,*

2. Kiralananın ***yeniden inşası veya imarı amacıyla*** *esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise,*

belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimi için öngörülen sürelere uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir".

- **Yeni Malikin Gereksinimi:**

Yeni malikin kendisinin, eşinin ve çocuklarının gereksiniminin yanı sıra üstsoyunun ve bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin de gereksinimi sebebiyle gerekli bildirimlere uyarak dava yoluyla sona erdirilebileceği eklenmiştir. Ayrıca yeni malik, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak 1 ay içinde dava yoluyla kullanabileceği de

önceki kanundan farklı olarak bir ek imkan olarak sunulmuştur.

TBK m.351 gereğince "*Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir.*

Kiralananı sonradan edinen kişi, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilir".

SORU 9. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında sözleşmenin kiracıdan kaynaklanan sebeplerle sona erdirilmesi (tahliye sebepleri) yeni kanunda nasıl düzenlenmiştir?

Tahliye Taahhüdü: Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir (TBK 352/1). Mülga GKHK 7/1, a bendinden alınmıştır.

İki Haklı İhtar: Kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, kira süresinin ve bir yıldan uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK 352/2). Maddenin ikinci fıkrası, 6570 sayılı Ka-

nunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinden alınmıştır. **Ancak, uygulamadan farklı olarak, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde de iki haklı ihtarın, kira sözleşmesini sona erdirmeye yeterli sebep oluşturacağı, açıkça kabul edilmiştir**. Ayrıca, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmeleri de, ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla sona erdirilebilecektir. Bu sözleşmelerde, bir kira yılını aşan süreler içinde kalması koşuluyla, iki haklı ihtar da, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin dava yoluyla sona erdirilmesi için yeterli olacaktır.

Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması: Bu durumda kiraya veren, **kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmiyorsa**, sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sözleşmeyi dava yoluyla sona erdirebilir (TBK 352/3). Maddenin üçüncü fıkrası, 6570 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin son fıkrasından alınmıştır. Ancak, bu hükümden farklı olarak, "aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde olma", "kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmeme" ve "sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sona erdirme" koşullarının birlikte gerçekleşmesi aranmıştır. Böylece, kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin konutunun, "aynı belediye sınırları içinde olması"ndan, dolayısıyla büyükşehir belediyelerinin de "aynı belediye" olarak kabul edilmesinden vazgeçilmiş ve "ilçe ya da belde belediye sınırları" esas alınmıştır.

SORU 10. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında kiraya verenin dava açabileceği sürenin uzaması imkanı yeni kanunda nasıl düzenlenmiştir?

Kiraya veren, en geç davanın açılması için öngörülen sürede dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirmişse, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış sayılır. (TBK m.353) Önceki Borçlar Kanunu ile 6570 Sayılı GKHK'da bu husus düzenlenmemişti.

Bu madde ile dava yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesi düzeni içinde dava açma için öngörülen bir ay içinde, dava açma yerine, dava açılacağına ilişkin yazılı bildirimde bulunulması ve buna bağlı olarak bir kira yılı içinde bildirim konusu davanın açılması olanağı getirilmiştir. Kanunda yer almayan bu imkân, yerleşik uygulamanın benimsediği görüşü yansıtmaktadır. Kira sözleşmesinin süresinin sona ermesinden itibaren dava açma süresi olan bir ay içinde yapılacak bildirim de yeterli görüldüğüne göre, yine yerleşik uygulamada kabul edildiği üzere, kira süresi içinde yapılacak bildirim de dava süresini uzatıcı etkiye sahip olacaktır.

SORU 11. Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler, kiracı aleyhine değiştirilebilir mi?

Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler, kiracı aleyhine değiştirilemez (TBK 354). Maddede dava sebeplerinin sınırlılığı düzenlenmektedir. Madde, GKHK'nın 8 inci maddesinden alınmıştır. Kira sözleşmesini sona erdirme sebeplerinin sınırlı sayıda olması ilkesi, GKHK'da olduğu gibi uygulama ve öğretide de kabul edilmektedir.

Yeni TBK m.354 hükmü, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi

gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga (818 sayılı) Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

SORU 12. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında yeniden kiralama yasağına uymayan kiraya verene karşı nasıl bir yaptırım getirilmiştir?

Kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz (TBK 355/1).

Yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan taşınmazlar, eski hâli ile haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamaz. Eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazları, yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı vardır. Bu hakkın, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirimi izleyen bir ay içinde kullanılması gerekir; bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, taşınmaz üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz (TBK 355/2).

Kiraya veren yeniden kiralama yasağına aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan 1 yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür (TBK m.355/3). 6570 sayılı GKHK'un 16.maddesinde 6 aydan 1 seneye kadar hapis ve 3 yıllık kira tutarı kadar para cezası yaptırımları bu kanunla birlikte kaldırılmıştır

SORU 13. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında kiracının ölmesi halinde kira sözleşmesinin sürdürülmesi mümkün müdür?

Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve

sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler (TBK 356).

Gerekçeye göre, maddede yapılan düzenlemede, "kiracının mirasçılarına" özellikle yer verilmemiştir. Çünkü mirasçı, Türk Medenî Kanununun miras hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde, mirasbırakan konumundaki "ölen kiracı"nın küllî halefi olarak, söz konusu konut ya da çatılı işyeri kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmiştir. Bu nedenle, "ölen kiracının mirasçısı", kira sözleşmesini TBK 333.maddesine dayanarak feshetmemişse, kiracı olarak kabul edilecektir.

3.3. Ürün (Hasılat) Kirası

SORU 1. Ürün (hasılat) kirası ve ürüne katılmalı kira ne demektir? Ürün kirasına ilişkin özel hükümler dışında kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusu mudur?

Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK 357/1). Örneğin bir dükkanın kiraya verilmesi, adi kira niteliğinde olup çatılı iş yeri niteliğinde olduğundan konut ve çatılı iş yerine ilişkin hükümler uygulanır. Oysa işletilmekte olan bir dükkanın işletilmek üzere kiraya verilmesi durumunda ürün kirası söz konusu olur.

Ürüne katılmalı kira ise, kira bedelinin devşirilecek ürünün belli bir oranı olarak kararlaştırıldığı ürün kirasıdır. Bu oran sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa, yerel âdete göre belirlenir (TBK

357/2). Ürüne katılmalı kira, ülkemizin değişik bölgelerindeki örf ve âdete göre, "ortakçılık", "yarıcılık" ve "marabacılık" gibi isimlerle anılmaktadır. Örneğin salt bir tarlanın kiralanması değil de; bu tarlanın buğday ekmek ve çıkan hasattan yarısının kiracıya yarısının ise kiraya verene verilmesi kaydıyla kiralanması halinde ürüne katılmalı kira söz konusu olur.

TBK'nun "Ürün kirası" başlıklı ayrımında, ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır (TBK 358). Meselâ, TBK 298 inci maddesiyle başlayan dördüncü bölümünün birinci ayırımında, "Genel Hükümler" kapsamında olmak üzere düzenlenen "kiralananda yenilik ve değişiklik yapılması", "kira ilişkisinin devri", "kiralananın kullanılmaması" gibi konular, ürün kirasında farklılık taşımadığı için, ürün kirası içinde ayrıca düzenlenmemiş ve sadece farklılık gösteren "alt kira ve kullanım hakkını devir yasağı" konusu özel olarak düzenlenmekle yetinilmiştir.

SORU 2. Ürün kirasında kiracının kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu nasıl düzenlenmiştir?

Yürürlükten kalkan eski Borçlar Kanununun 281 inci maddesinden farklı olarak kiracının yükümlülüğünde olan **yan giderler de**, kira bedeli ile aynı düzenlemeye tâbi tutulmuştur.

Kiracı, sözleşmede aksine bir hüküm veya yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve yan giderleri her kira yılının ve en geç kira süresinin sonunda ödemekle yükümlüdür (TBK 362/1).

Kiracı, kiralananın tesliminden sonra vadesi gelmiş kira bedelini veya yan giderleri ödemezse kiraya veren, kiracıya yazılı olarak en az altmış günlük bir önel verip bu önel içinde

ödememesi durumunda sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir (TBK 362/2). Önceki kanundaki "bu mehlin azaltılmasına yahut kiranın ödenmemesi halinde sözleşmenin hemen feshedileceğine dair anlaşmaların geçersiz olacağı" hükmü (eBK m.288/3) metne alınmamış ise de esasen bu konuda yukarıda belirtildiği üzere TBK m.358'in genel kira hükümlerine yaptığı yollama gereğince yine bu neticeye varılabilir.

SORU 3. Ürün kirasında olağanüstü fesih nasıl düzenlenmiştir?

Taraflardan biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir (TBK m.369/1).

Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar (TBK m.369/2). Önceki Kanunda, bu durumda "feshedenin tam bir tazminat vereceği ve tazminatın bir senelik kiradan az olamayacağı hükümleri ile kiracı kendisine tazminat verilmedikçe kiralananı terk etmeyebilir" hükmü (m.286) madde metnine alınmamıştır. Madde, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerden biri olan TBK 331. maddesine paralel olarak kaleme alınmıştır.

4. Satış Sözleşmesi ve Türleri

SORU 1. Satış sözleşmesinin unsurları nelerdir? Esaslı unsurlar arasında yer alan, satıcının malı devretme borcu konusunda maddede yapılan ifade düzeltmesi esaslı bir yenilik midir?

Satış sözleşmesinde satıcı ve alıcı hem borçlu, hem de alacaklıdır; satıcı, satılan şeyin mülkiyet ve zilyetliğini alıcıya devretmek bakımından borçlu, satış parasını (semeni) alıcıdan istemek bakımından alacaklıdır. Alıcı da, satış parasını (semeni) satıcıya ödemek bakımından borçlu, satılan şeyin mülkiyet ve zilyetliğinin kendisine devredilmesini satıcıdan istemek bakımından alacaklıdır. Diğer taraftan, alıcı ve satıcının edimleri karşılıklı olarak değiştirilmekte olduğundan dolayıdır ki, satış tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir.

TBK 207/1 gereğince, "*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın **zilyetlik** ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*". eBK m.182/1 hükmünde kullanılan "alıcıya **teslim** ve mülkiyetini ona nakleylemek borcunu" şeklindeki ibare, yeni metinde "satılanın **zilyetlik** ve mülkiyetinin alıcıya devretme borcunu" şeklinde değiştirilmiştir. Gerekçeye göre, taşınır bir malın mülkiyetinin devrinin, sadece satılanın fiilen teslimi yoluyla değil, zilyetliğin teslime bağlı olmaksızın kazanıldığı diğer yollarla da (kısa elden teslim veya hükmen teslim gibi) gerçekleşebileceği göz önünde tutularak, maddede "teslim" yerine, daha kapsamlı olan "zilyetliğin devri" terimi kullanılmıştır. Böylece doğrudan "teslim" dışında; "kısa elden teslim", "hakimiyet sağlayan aracın teslimi", "temsilci aracılığı ile teslim" gibi dolaysız zilyetliği geçiren devirler de devir borcunun kapsamına girmiştir. Buna karşılık diğer zilyetlik devir türleri olan "zilyetliğin havalesi", "emtiayı temsil eden senetlerin teslimi" gibi alıcıyı sadece dolaylı zilyet kılacak olan devir şekilleri de zilyetliğin devri ifadesinin kapsamına gireceğinden, alıcıya bu tür devrileri kabul etme yükümlülüğünün yüklenmesinin isabetli olmadığı yönünde değişiklik eleştirilmiştir.

SORU 2. Yeni Kanunda Satılan Malın Yarar ve Hasarının Alıcıya Geçişi konusunda yapılan esaslı değişiklik nedir? (TBK. m. 208)

Yarar, satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren zilyetliğin alıcıya devrine kadar geçen zaman içinde satılan şeyde kendiliğinden meydana gelen değerler; satılan şeyden elde edilen ürünler (semereler) ve diğer gelirlerdir (Örneğin satılan bir koyunun sütü, yünü, yeni doğan yavruları gibi).

Hasar ise, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat zilyetliğin alıcıya devrinden önce satılan şeyin, satıcıya yükletilemeyen sebeplerden dolayı yok olması veya kötüleşmesi yüzünden zilyetliği devir borcunun ifasının veya gereği gibi ifasının imkansızlaşması sonucunu doğuran bir tehlikedir (Örneğin satılan fakat henüz alıcıya teslim edilmek üzere depoda bekleyen ürünlerin yıldırım düşmesi veya öngörülemeyen sel baskını vb bir doğa olayı sonucu yok olması veya telef olması). Hasardan söz edebilmek için satıcının eşyanın zarar gördüğü beklenmedik olayda bir kusurunun olmaması gerekir; aksi halde satıcı malın zarar görmesinden sorumlu olur.

Yeni TBK'da yarar ve hasarın geçişi ile ilgili önemli bir değişikliğe gidilmiştir. eBK 183'e göre hasar;

- parça borçlarında (ferden yeter derecede belirlenmiş ve ayrılmış mallarda) sözleşmenin kurulması ile;
- çeşit borçlarında (ferden yeter derecede belirlenmemiş ve sadece cinsi belirtilerek somutlaştırılmış mallarda (1 ton portakal, 5.000 litre LPG)) satılanın ayırt edilmesi ile;
- gönderilecek çeşit borçlarında, malın bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesiyle;

- geciktirici şarta bağlı borçlarda şartın gerçekleşmesi ile

geçmekte idi. Yeni TBK 208/1 gereğince ise "*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir*". Satışta hasar ve yararın geçmesi anı eski metinde sözleşmenin kurulması anı iken yeni metinde sözleşmenin kurulması, hasar ve yararın alıcıya geçmesi için yeterli olmamakta, bunun için **taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tapu siciline tescilin** yapılması gerekmektedir. Bu düzenleme emredici olmayıp tarafların aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür.

Bu noktada hasarın geçişi ile doğrudan ilgili genel hüküm olan kusursuz ifa imkansızlığına ilişkin düzenlemeyi de yeri gelmişken değerlendirmek gerekir. **TBK m. 136** (sonraki ifa imkansızlığı) düzenlemesine göre; "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer (f.1). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır (f.2). Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür (f.3)*". Sonraki kusursuz imkânsızlık halinde, borçlu ifa yükümlülüğünden kurtulduğundan hasar borçluda değildir. TBK. m. 136'da kanundaki ayrık düzenlemeleri saklı tutmaktadır. Diğer bir deyişle özel

hüküm var ise bu özel hüküm uygulanır. Eski BK döneminde ayrık düzenlemeye satışta hasarın geçişine ilişkin eBK 183 örnek gösterilirdi. Fakat artık o örnek geçerli olmayacaktır. Zira teslim gerçekleşmediği müddetçe zaten hasar alacaklıya geçmeyecek; bu yüzden sözleşmenin kurulması anı ile teslim arasında geçecek zaman diliminde malın hasara uğraması halinde, satıcının (yani malı teslim etmekle borçlu olanın) sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Başka bir yere **gönderilecek** mallar bakımından hasar ve yararın malın **taşıyıcıya teslim edildiği anda** geçeceği hükmü getirilmiştir: Yeni TBK 208/2 gereğince "*Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer*". Önceki kanun döneminde de yorum yoluyla aynı esas benimsenmekte idi. Normal zamanda teslim alsaydı hasarı yüklenecek olan **alıcı, teslim almada temerrüde düşerse** (dikkat alıcının bedel ödemede temerrüdünden söz edilmiyor; karş. TBK. m. 232), **temerrüt anından itibaren** hasar ve yarar, alıcıya geçmiş olacaktır. BK. m. 245/f. 1/c. 2'de buna paralel bir kural taşınmazlar için konulmuştur.

Yeni TBK 208/3 gereğince ise "*Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer*". Önceki kanun döneminde de yorum yoluyla aynı esas benimsenmekte idi. Bu düzenleme emredici olmayıp tarafların aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür.

SORU 3. Taşınır satışının konusu nedir?

Taşınır satışı, önceki Kanunda "araziden ve taşınmaz sayılan haklardan başka her türlü şeyin satımı", olarak ifade edilmiş iken

(eBK m.184/1); Yeni TBK m.209 gereğince: "Taşınır satışı, Türk Medenî Kanunu uyarınca **taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin** satışıdır". Bu değişiklik, taşınmaz sayılmayan ancak başka bir kanun hükmünün de açıkça taşınır olarak ifade etmediği şeylerin (örneğin zilyetliğin, alacak haklarının, ortaklık paylarının) artık taşınır satışı sayılamama ihtimalini doğurması nedeni ile eleştirilmektedir. Buna karşılık bu gibi durumlarda kıyasen taşınır satımı hükümlerinin uygulanacağı da belirtilmektedir. . Madde gerekçesinde de (esasa dair) hüküm değişikliği olmadığı belirtilmiştir.

SORU 4. Satıcının temerrüdü halinde alıcı hangi hukuki yollara başvurabilecektir?

Karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK 125'e göre alacaklı farklı bir seçimde bulunmamışsa (yani ifa yerine olumlu (müspet) zarar tazmini seçeneğini ya da sözleşmeden dönme ve olumsuz (menfi) zarar seçeneğini seçmemiş ise), kural olarak aynen ifa ve gecikme tazminatı seçeneğini seçtiği kabul edilir. Buna karşılık gerek eBk 187'de gerekse yeni TBK 212/2 ve 3te ticari satışlar yönünden bu kuralın istisnası düzenlenmektedir: "*Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir. / Alıcı, satılanın devredilmesini isteme niyetinde ise, belirlenen sürenin bitiminde bunu satıcıya hemen bildirmek zorundadır*".

Buna karşılık maddeye önceki kanun metninde yer almayan yeni bir 1.fıkra eklenmiştir. TBK m.212 hükmüne yeni eklenen 1.fıkra gereğince: "*Satıcının temerrüdü hâlinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır*".

Böylece her türlü satış sözleşmesinde (ister adi ister ticari satış niteliğinde olsun), satıcının borçlu temerrüdüne düşmesi üzerine, kural olarak karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin (TBK m.125) uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Eskiden böyle bir hüküm olmamakla birlikte ticari satımlar için kural olarak (alıcı, başka bir seçeneği seçmemiş ise) "ifadan vazgeçerek ifa yerine olumlu (müspet) zararın tazmini seçeneğinin seçildiğinin kabul edileceği" şeklindeki düzenlemenin zıt anlamından yola çıkarak ticari satış dışında TBK 125'teki sistemin uygulanacağı yine yorum yoluyla kabul edilmekte idi.

- Giderim borcu ve kapsamı

TBK 213 gereğince "*Borcunu ifa etmeyen satıcı, alıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*

Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.

Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir".

Madde gerekçesine göre: eski Borçlar Kanununun 188 inci maddesinin ikinci fıkrasının başında kullanılan "Ticarî muamelesinde satıcı" şeklindeki ibare, "Satıcı borcunu ifa etmezse" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, menfaatler durumunda farklılık olmadığı gözetilerek, **âdi satışlarda da satıcının temerrüdü hâlinde, alıcıya, somut yönteme göre hesaplanacak zararını**

satıcıdan isteme hakkı tanınmıştır. Bu hükme göre, satıcının temerrüdü hâlinde alıcı, aynı veya benzer özellikleri olan taşınır bir malı, başka bir satıcıdan, dürüstlük kurallarına uygun olarak, "ikame alımı" yoluyla sağlamışsa, ilk satıcıya ödemeyi üstlendiği bedele göre, yeni satıcıya ödediği satış bedeli farkından doğan zararının, satıcı tarafından giderilmesini isteyebilir.

Maddenin son fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi, satıcının temerrüdü hâlinde alıcının uğradığı zararın, öğretide soyut yöntem olarak adlandırılan hesaplanma tarzı düzenlenmektedir. Buna göre, satılanın borsaya kayıtlı veya piyasa fiyatı (cari fiyatı) bulunan mallardan olması koşuluyla, ikame alımı yapmak zorunda olmaksızın, alıcı satılanın teslimi için belirlenmiş ifa gününde geçerli fiyatı, temerrüde düşen satıcıya ödemeyi üstlendiği bedelden yüksek ise, aradaki farktan doğan zararının giderilmesini satıcıdan isteyebilir.

SORU 5. Yeni Kanunda taşınır satışında satıcının malın hak sahibi üçüncü kişilerce zapt edilmiş olması münasebetiyle alıcıya karşı sorumluluğu konusunda ne gibi değişiklikler yapılmıştır?

Satıcının zapttan sorumluluğunun doğması için, üçüncü kişi tarafından, satış sözleşmesinin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu sırada, zaptı sağlayacak özel hukuktan doğan (sübjektif nitelikte) üstün bir hakkının varlığı nedeniyle, satılanın tamamen veya kısmen alıcının elinden alınması gerekir. Bu üstün hak, mülkiyet hakkı, sınırlı bir aynî hak ya da etkisi kuvvetlendirilmiş (şerh verilmiş) bir kişisel hak olabilir. Üçüncü kişi, alıcıya karşı zapt girişiminde bulunmuş olmalıdır.

Kural olarak alıcıya karşı zapt girişimi üstün hak sahibini alıcıya karşı açacağı dava yoluyla söz konusu olabilir. Nitekim TBK 215 gereğince, "*Satılanın elinden alınması tehlikesi ile karşılaşan alıcı, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirdiği zaman satıcı, durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca ya alıcının yanında davaya katılmak ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır (f.1). Bildirme, davaya katılmaya ve savunmaya elverişli bir zamanda yapılmışsa, alıcının aleyhinde verilen hüküm, onun ağır kusuru yüzünden verildiği ispat edilmedikçe, satıcı için de sonuç doğurur (f.2). Dava, kendisine yüklenilemeyen sebeplerden dolayı satıcıya bildirilmemişse satıcı, zamanında bildirilmiş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulur (f.3)*".

Ancak, "Mahkeme kararı olmaksızın geri verme" kenar başlıklı TBK 215 inci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi hâlinde de, bir mahkeme kararı olmasa bile satıcının zapttan sorumluluğunun söz konusu olabileceği haller düzenlenmiştir: "*Satıcının zapttan sorumluluğu aşağıdaki hâllerde devam eder:*

1. Alıcı, bir ***mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse.***

2. Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa.

Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder".

Oysa eBK döneminde alıcının, bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanıyabilmesi ve satılanı ona verebilmesi için "**satıcısına davayı ihbar edip dinletememiş**" olması gerekmekte idi. İşte bu şart yeni kanun metnine alınmamıştır. Artık TBK 216/b.1'deki imkan satıcıya dava açma ihbarı yapılmak zorunda olmaksızın kullanılabilecektir.

Yine TBK 216/1, b.2 gereğince; alıcının, üçüncü kişinin kendisine dava açmasını beklemeden satıcısını uyuşmazlığı dava yoluyla çözmesi aksi halde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeden uyarması ve bundan sonuç alamaması hâlinde tahkim yoluna başvurabilecektir. Satıcının sorumluluğu bu durumda da devam edecektir (TBK m.216/b.2). Öğretide savunulan bir görüşe göre bu hüküm taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde uygulanacak olup Kanundan doğan bir tahkim imkanı öngörülmüş değildir.

SORU 6. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin olarak yeni kanunda yapılan değişiklikler nelerdir?

Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılanda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese

bile onlardan sorumludur (TBK 219). Bu noktada belirtmek gerekir ki, özel düzenleme olan tüketici satışlarında ayıptan sorumluluğa ilişkin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile ayıplı ürünler bakımından 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümlerinin saklı olduğunda bir duraksama yoktur.

- **Satıcın ayıptan doğan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan sorumsuzluk anlaşmaları**

Yeni TBK 221 gereğince " *Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte **ağır kusurlu ise**, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*". Eski Borçlar Kanununun 196 ncı maddesinde kullanılan "hile ile gizlemiş ise" şeklindeki ibare yerine; kastı, dolayısıyla hileyi ve ağır ihmali içerdiği göz önünde tutularak, "ağır kusurlu ise" ibaresi kullanılmıştır. TBK 115.maddede öngörülen borçlunun ağır kusuru hâlinde sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacağına ilişkin kural burada da geçerli olacaktır. Böylece eBK m.99 ile yine eBK m.196 arasındaki sorumsuzluk anlaşması bakımından var olan farklılıktan doğan tartışmaya son verilmiş olmaktadır. Made gerekçesinde , satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplara ilişkin TBK m.225/2 hükmünde yer alan düzenlemenin, burada da göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir.

- **Hayvan satışlarında ayıptan sorumluluk**

Yeni kanunda hayvan satışlarında ayıptan sorumluluk bakımından bir yenilik söz konusudur. Yeni TBK 220 gereğince "*Hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya **ağır kusuru olmadıkça** ayıptan sorumlu olmaz*". Eski Borçlar Kanununun

195 inci maddesinde kullanılan "iğfal etmiş olmadıkça" şeklindeki ibare, Tasarıda "ağır kusuru olmadıkça" şekline dönüştürülmüştür. Böylece, ağır kusurun aldatma yanında ağır ihmali de kapsadığı göz önünde tutularak, hayvan satıcısının ayıptan sorumluluğu genişletilmiştir.

Yeni TBK m.224'te hayvan satışında ayıba karşı tekeffül süresi yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp hayvanın "gebeliğine ilişkin değilse" dokuz (9) günlük bildirim süresi öngörülmüştür Eski Borçlar Kanunundaki düzenleme, "ayıp hayvanın gebeliğine ilişkin değil ise" şeklinde değil; yanlış tercümenin sonucu olarak "bir vasfına ilişkin değilse" şeklindeydi.

- **Alıcının gözden geçirme (muayene) ve bildirim (ihbar) yükümlülüğü**

Alıcının gözden geçirme (muayene) ve bildirim (ihbar) yükümlülüğü yeni TBK'da da varlığını sürdürmektedir. Fakat gözden geçirme ve bildirme yükümlülüğünün istisnasını düzenleyen maddenin kapsamı genişletilmiştir. TBK. m. 225/1 uyarınca "***Ağır kusurlu olan*** *satıcı, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan* ***kısmen de olsa*** *kurtulamaz."* Eski BK m.200'de kullanılan "Alıcıyı iğfal etmiş olan satıcı" şeklindeki ibare, ağır kusurun kastı dolayısıyla aldatmayı da içerdiği göz önünde tutularak, sadece hile hallerini değil; kast ve ağır ihmal hallerini de kapsayacak şekilde "Ağır kusurlu olan satıcı" şekline dönüştürülmüştür. Ayrıca satıcının bu durumda "kısmen de olsa" sorumluluktan kurtulamayacağı ilave edilmiştir.

Yeni ihdas edilen TBK m.225/2 uyarınca "***Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı***

hüküm geçerlidir". **İkinci fıkra yeni bir hükümdür.** Buradaki 'bilmesi gereken' vurgusu nedeniyle, satıcılığı meslek edinen kişiler bakımından birinci fıkranın uygulama alanı kusur bakımından genişlemiştir. Zira bu ifade ağır kusurlu olmaktan daha geniş bir kusur derecesine işaret etmektedir. Böylece hafif ihmal dahi yeterli olabilecektir. Bu düzenleme ile gözden geçirme ve bildirim külfetinin alanının daraltıldığı söylenebilir. Zira satış sözleşmelerinin çoğunlukla bu işi meslek edinenler tarafından yapıldığı açıktır. Bunların satışları için hafif kusur dahi yeterli olacaksa, onların ayıbı bilmediklerini ileri sürmeleri yeterli olmayacaktır. Somut durumda çoğunlukla bilmeleri gerektiği sonucuna ulaşılacaktır.

Uygulamada söz konusu ikinci fıkranın ticari satışlara da uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ile karşılaşılabilir. Zira TTK m. 23/f. 1; "*Bu maddedeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, tacirler arasındaki satış ve mal değişimlerinde de Türk Borçlar Kanununun satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır*". Buna karşılık TTK m.23/1/c gereğince "*Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır*". Doktrinde TTK. m. 23'te ayıpta muayene ve ihbar özel olarak düzenlendiğinden (23/f.1/c), TBK 225/II hükmünün ticari satışlara uygulanmaması gerektiği savunulmuştur.

- **Alıcının ayıptan doğan seçimlik hakları**

TBK m.227 gereğince, *"Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:*

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.

2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.

4. ***İmkân varsa****, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.*

Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, ***satılanın onarılmasına*** *veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.*

Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline ***çok yakın*** *ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya* ***satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini*** *isteme haklarından birini kullanabilir".*

Alıcının ayıptan doğan seçimlik hakları bakımından TBK m. 227, Eski Borçlar Kanunda düzenlenmemiş olan fakat eski kanun döneminde de doktrinde kabul edilen **ücretsiz tamir hakkını** tanımıştır. Yargıtay bu hakkı, ayrıca üstlenilmişse kabul ediyordu.

Fakat burada **TKHK'dan farklı olarak** tamir, **aşırı bir masrafı gerektirmemesi koşuluna** bağlanmıştır. Gerekçede bu şekilde bir farklılık hakkaniyete dayandırılmıştır. Gerekçeye göre ayıplı satılan nedeniyle, tüketiciye karşı imalâtçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve belirli koşullar altında kredi kurumunun müteselsilen sorumluluklarının ve garanti belgesi ile satılması zorunlu olan sanayi malları bakımından servis sağlama borçlarının varlığı göz önünde tutulursa, satıcının ayıplı satılanı ücretsiz olarak onarma yükümlülüğüne tâbi tutulması uygun ve yerindedir. Buna karşılık, taraflardan birini tüketicinin oluşturmadığı diğer satışlarda, satıcının, aşırı bir masraf gerektirse bile, satılanı ücretsiz onarma yükümlülüğüne tâbi tutulması hakkaniyete uygun görülmemiştir.

eBK'da değiştirme hakkı sadece çeşit satışları için kabul edildiği hâlde, *satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme* hakkı bakımından **"imkân varsa"** denilmek suretiyle, bu seçimlik hakkın kullanılabileceği durumlar genişletilmiştir.

TBK. m. 227/f. 2'de "*Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır*" hükmü ile aslında zaten doktrinde kabul edilen bir hüküm kanuna taşınmıştır. Ancak, alıcının, satılanın ayıplı olması nedeniyle dönme hakkını kullanmasının sonuçlarının, TBK m.229'da düzenlendiği göz önünde tutulursa, onun dönme dışındaki diğer seçimlik hakları ile birlikte, uğradığı zararının giderilmesini, genel hükümlere göre isteyebileceğinde bir duraksama yoktur.

Maddenin dördüncü fıkrasında, *Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa* hâkime verilen yetkinin kapsamı, satış bedelinin indirilmesi yanında, **satılanın onarılmasına karar verme yetkisi de eklenerek**, eski Borçlar Kanununa göre genişletilmiştir.

Eski Borçlar Kanununun 202 nci maddesinin son fıkrasında kullanılan *satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline* "müsavi ise" (denk; eşit ise) şeklindeki ibare, öğreti ve uygulama göz önünde tutularak, TBK 227.maddenin 5.fıkrasında "**çok yakın ise**" şekline dönüştürülmüştür. Ayrıca, eski Borçlar Kanununun 202 nci maddesinin son fıkrasından farklı olarak, TBK 227. maddesinin son fıkrasında, bu durumda alıcının sözleşmeden dönme yanında satılanın **ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkını** da kullanabileceği kabul edilmiştir.

- **Satılanın yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması**

Yeni TBK 228 gereğince "*Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılandan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür.*

Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir".

"Eski Borçlar Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak bu fıkrada sayılan hâllere **mücbir sebep** de eklenmiş, ayrıca, "satılanın.. .hasara uğraması" şeklindeki ibare, TBK 227 nci maddesinin birinci fıkrasında "satılanın.. **.ağır biçimde zarara uğraması**" şekline dönüştürülmüştür. Böylece, ayıplı satılanın beklenmedik hâl yanında, mücbir sebepten yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması aynı hükmün kapsamına dahil edilmiştir. Fıkrada yapılan değişiklik uyarınca, ayıplı satılanın zarara uğradığı

her durumda değil, ancak ağır biçimde zarara uğraması durumunda bu fıkra uygulanabilecektir

- **Ayıptan Sorumluluk Nedeniyle Dönmenin Sonuçları**

Yeni TBK 229 gereğince " *Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:*

1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi.

2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi.

3. Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi.

Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür". Önceki kanuna göre esaslı bir değişiklik yoktur. Maddede yer verilen "doğrudan zarar" ve "diğer zararlar" ibarelerine verilecek anlam hakkında, 216 ncı maddesinin gerekçesi göz önünde tutulmalıdır.

Birden çok mal satışında: "*Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir. Ancak, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsaması zorunludur.*

Satılanın aslı için satıştan dönülmesi, ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar; fakat eklentiler için dönme, satılanın aslını kapsamaz" (TBK m.230). Bu ibareyle, satış sözleşmesinin konusunu, aynı cinsten, bağımsız

ekonomik değeri bulunan birçok taşınır mal yanında öğretide "eşya topluluğu" (Sachgesamtheit) kavramıyla ifade edilen, ekonomik bütünlük oluşturan, birlikte satılan birden çok eşya kastedilmektedir. Aynı fıkrada kullanılan "eklentilerini" şeklindeki ibare, eklenti sayılmamakla birlikte, öğretideki adlandırmayla "bağlı eşya" sayılanları da kapsamaktadır.

- **Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı**

TBK 231 gereğince "*Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak **iki yıl** geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak **iki yıl** içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.*

*Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte **ağır kusurlu ise**, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz*".

eBK m.207'den farklı olarak zamanaşımı süresi 1 yıldan **2 yıla** çıkarılmıştır. Satıcı ağır kusurlu ise 2 yıldan da yararlanamaz. Eskiden sadece alıcının iğfal edilmesi (kandırılması; hile) halinde satıcının 1 yıllık (şimdi 2 yıllık) zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı düzenlenmişti. Şimdi, kast ve ağır ihmali de kapsayan "ağır kusur" kavramı tercih edilmiştir.

Ticari satımlarda ayıba ilişkin zamanaşımı süresi ile ilgili olarak eski TTK m.24/b.4'te "*Borçlar Kanunu'nun 207 nci maddesindeki müruruzaman müddeti tüccarlar arasındaki ticari satışlarda altı aydır. Şu kadar ki; bu müddet azaltılabilir*" olarak bir düzenleme vardı. Yeni TTK'da bu hüküm madde metninden

çıkarılmıştır. Bundan böyle Türk Borçlar Kanunundaki süreler uygulanacaktır.

Zamanaşımı süresi, **TKHK. m. 4/f. 4'te** genel olarak **2 yıl**; konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda, **5 yıldır.** Tazminat bakımından ise **3 ve 10** yıllık süreler söz konusudur: "*Bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile* ***malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık*** *zamanaşımına tabidir. Bu süre* ***konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır****. Ayıplı malın neden olduğu her türlü* ***zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık*** *zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan* ***malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl*** *sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz*". Milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmeler hakkında birleşmiş milletler anlaşmasında (CISG) ise süre **2** yıldır.

Taşınmazlar bakımından ise, TBK. m. 244 hükmünün **üçüncü fıkra ise** eski ikinci fıkranın karşılığı olmakla birlikte **zamanaşımı süresi bakımından farklı bir düzenleme** içermektedir. Binanın satılmasından kaynaklanan ayıplar nedeniyle açılacak davalar mülkiyetin devrinden itibaren yine **5 sene** içerisinde açılmalıdır. Fakat **satıcının ağır kusuru varsa bu süre 20 yıl olarak belirlenmiş**tir. Gerekçede 20 yıllık haksız fiil zamanaşımı ile paralellik sağlandığı belirtilmektedir. Oysa haksız fiil zamanaşımı 20 yıl değil; 10 yıldır. 20 yıllık süre İsviçre Borçlar Kanununda yer almamaktadır.

SORU 7. Yeni Türk Borçlar Kanununda, satış sözleşmesinden doğan alıcının borçlarına ilişkin ne gibi değişiklikler yapılmıştır?

- **Satış bedelinin belirlenmesi**

TBK m.233 gereğince "*Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, **ifa yeri ve zamanındaki** ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır.*

Satış bedeli, satılanın ağırlığına göre hesaplanıyorsa, darası indirilir.

*Bazı ticari malların satışında, daralı ağırlıktan miktar olarak ya da yüzde hesabıyla bir indirim yapılmasına **veya bedelin, daralı ağırlık üzerinden belirlenmesine ilişkin** ticari teamüller saklıdır*".

Eski BK'nun 209 uncu maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "satım siparişin yapıldığı gün ve mahalde cari fiyat üzerinden" şeklindeki ibare, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 212 nci maddesinin birinci fıkrasına uygun olarak, "satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden" şeklinde düzeltilmiştir. Eski BK'nun 209 uncu maddesinin son fıkrasında kullanılan "semenin gayri sâfi vezin üzerinden yahut muayyen bir miktar" şeklindeki ibare, "daralı ağırlıktan miktar olarak" şeklinde ifade edilmiştir. Gerçekten, gerekçede açıklandığı üzere, bazı ticarî mallarda, herhangi bir indirim yapılmaksızın, bedelin satılanın daralı ağırlığı üzerinden ödenmesi şeklinde bir ticarî teâmülün de bulunduğu bilinmektedir. Ayrıca, TBK'nın 232 nci maddesinin son fıkrasında, eBK'nun 209 uncu maddesinin son fıkrasında yer verilmeyen bir durum olarak satış bedelinin daralı ağırlık üzerinden belirlenmesine ilişkin ticarî teamülün de saklı olduğu belirtilmiştir.

- **Alıcının temerrüdü**

Alıcının temerrüdü halinde satıcının sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen TBK 235.maddede esaslı bir değişiklik yoktur.

Ancak "Zararın hesaplanması ve giderimi" bakımından TBK m.236'da değişiklik bulunmaktadır: "*Borcunu ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*

Satıcı, satış bedelini ödemede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.

Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir".

Eski Borçlar Kanununda bulunmamakla birlikte, satıcının temerrüdüne ilişkin 188 inci maddenin birinci fıkrası hükmüne paralel olarak, TBK'nun 236.maddesinin birinci fıkrasına da, alıcının temerrüdüne ilişkin olmak üzere, benzer bir hüküm eklenmiştir.

Eski Borçlar Kanununda , ticarî satışlarda alıcının temerrüdü hâlinde, satıcının uğradığı zararın, öğretide somut yöntem olarak adlandırılan hesaplanma tarzı düzenlenmektedir. Öğretide, fark teorisinin yasal bir örneği olan bu hesaplama tarzının, âdi satışlarda da uygulanmasının, hakkaniyete daha uygun olacağı ve zararın hesaplanmasında fark teorisinin mübadele teorisine tercih edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bu nedenle, eski Borçlar Kanununun 212 nci maddesinin birinci fıkrasının başında kullanılan "Ticarî muamele-

lerde satıcı" şeklindeki ibare, Tasarıda "Satıcı satış bedelini ödemede temerrüde düşmüş olan alıcıdan" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, menfaatler durumunda farklılık olmadığı gözetilerek, **hem âdi satışlarda hem de ticarî satışlarda alıcının temerrüdü hâlinde, satıcıya, somut yönteme göre hesaplanacak zararını alıcıdan isteme hakkı tanınmıştır.** Bu hükme göre, alıcının temerrüdü hâlinde satıcı, sözleşme konusu taşınır malı, başka bir alıcıya, dürüstlük kurallarına uygun olarak, "ikame satımı" yoluyla satmışsa, ilk alıcının ödemeyi üstlendiği bedele göre, yeni alıcıdan elde ettiği satış bedeli farkından doğan zararının, alıcı tarafından giderilmesini isteyebilir.

Maddenin son fıkrasında, eski Kanununda olduğu gibi, alıcının temerrüdü hâlinde satıcının uğradığı zararın, öğretide "soyut yöntem" olarak adlandırılan hesaplanma tarzı düzenlenmektedir. Buna göre, satılanın borsaya kayıtlı veya piyasa fiyatı (cari fiyatı) bulunan mallardan olması koşuluyla, ikame satımı yapmak zorunda olmaksızın, satıcı alıcıdan, satış bedeli ile malın ödeme günündeki fiyatı arasındaki farktan doğan zararının giderilmesini isteyebilir.

SORU 8. Yeni Türk Borçlar Kanununda ilk kez düzenlenen "Satış ilişkisi doğuran haklar" nelerdir? Hangi sürede ve ne şekilde yapılmaları gerekir? Türk Borçlar Kanununda yer verilen bu haklar hukukumuz açısından bir yenilik midir?

Satış ilişkisi doğuran haklar yenilik doğuran haklardır; hak sahibi tarafından bu hakların kullanılması üzerine karşı tarafın rızası olmasa da satış sözleşmesi kurulur. Başka bir deyişle irade açıklamasının karşı tarafa varması ile hüküm doğuran haklardır. Önalım (şuf'a), geri alım (vefa) ve alım (iştira) hakları, satış ilişkisi doğuran hakların türleridir. Türk Borçlar Kanununa İsviçre Borçlar Kanunundan alınan bu hükümler bir yenilik sayılmaz. Çünkü 4721

sayılı Türk Medeni Kanununda da önalım, alım ve gerialım hakları ile ilgili düzenleme vardı. Ancak bazı hükümler Türk Medeni Kanununda da yer almayan yeni hükümlerdir. Yapılan değişikliklerin bir kısmı doktrinde de kabul gören (esaslı bir yenilik sayılmayan) değişiklikler ise de bir kısmı esaslı değişiklik niteliğindedir.

Önalım (şuf'a) hakkı, bir taşınmaz malın üçüncü bir kişiye satılması halinde hak sahibine, tek yanlı irade beyanı ile aynı şartlarla o eşyanın alıcısı olabilme yetkisi veren bir nisbi haktır. Önalım hakkı kanundan doğabileceği gibi sözleşme ile bir kişiye de tanınabilir. Örneğin, paylı (müşterek) mülkiyette paydaşlardan birisi kendi payını bir üçüncü kişiye satmak istediğinde diğer paydaşlara kanun öncelikli olarak satın alma hakkı (yasal önalım hakkı) tanımıştır. Buna karşılık paylı mülkiyet durumu olmadığı halde A'nın taşınmazını üçüncü bir kişiye satmak istemesi halinde öncelikle satın alma hakkını B'ye tanıması durumunda, B'nin sözleşmeden doğan bir önalım hakkı olur.

Alım (iştira) hakkı ise, hak sahibine tek yanlı bir irade beyanıyla bir taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi verir. Böylece kendisine alım hakkı tanınan kişi, taşınmazı satın almak istediği zaman bu hakkını taşınmazın sahibine yönelttiğinde satış sözleşmesi kurulacaktır.

Geri alım (vefa) hakkı, taşınmazı bir başkasına satmış ve temlik etmiş olan kişiye, tek yanlı bir irade beyanıyla o taşınmazı geri alabilme yetki ve hakkını sağlar. Uygulamada teminat sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Örneğin satıcı teminat olsun diye taşınmazını alıcıya devretmekte, ancak borç ödenince geri almak için bir geri alma hakkı ihdas ederek, tapuya şerh vermektedir.

Geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz. Buna karşılık önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı

şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK m.237).

- **Hangi süre için ve kimlere karşı etkili olurlar?**

Önalım, geri alım ve alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebilir. Oysa eski BK döneminde önalım, gerialım ve alım hakları için bir üst süre yoktu; yalnızca tapuya şerh verilmesi halinde şerh için 10 yıllık bir süre söz konusu idi (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.735, 736) Hakların kendilerinin 10 yıllık üst süre sınırlanması bir yenilik olmuştur.

Sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları, bir taşınmaza ilişkin olduklarında, eğer tapuya şerh verilmezler ise, sonradan o taşınmazı devralan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezler.

- **Devredilmeleri ve miras yoluyla geçmeleri mümkün müdür?**

Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer. Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz (TBK m.239). Bu konuda söz konusu yenilik doğuran haklar için taşınmazlar hakkında düzenleme yapmış olan Türk Medeni Kanununda hüküm bulunmamakta idi. Geçmişte yenilik doğuran hakların **devrinin mümkün olup olmadığı tartışmalı bir konu idi; bu yeni düzenleme ile bu tartışmaya son verilmiş oldu; önalım, alım ve geri alım şeklindeki** yenilik doğuran hakların **devredilebileceği ve miras yoluyla intikal edebileceği açıklığa kavuşturuldu.**

- **Önalım hakkı hangi hallerde ileri sürülebilir?**

Önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da **ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin** yapılması hâllerinde kullanılabilir. Öğretide de kabul edilmekle birlikte –taşınmazlar açısından- Türk Medeni Kanununda açıkça ifade edilmeyen "satışa eş değer işlemlerde" de önalım hakkının kullanılabileceği yeni TBK ile düzenlemeye kavuşturuldu. Meselâ, taşınmazın bağışlanması halinde de önalım hakkı kullanılamaz; çünkü satış ya da satışa eş değer bir işlem değildir. Bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri hâlinde bu işlem, fıkra anlamında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem niteliğinde sayılabilecektir. Ancak, bir taşınmazın anonim veya limited şirkete aynî sermaye olarak konulmasında önalım hakkı kullanılamayacaktır (TBK 240/1).

Taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebrî artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz (TBK 240/2).

- **Önalım hakkının koşulları, kullanılma şartları ve hükümleri nelerdir?**

Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine **noter aracılığıyla bildirmek** zorundadır (TBK 241/1; TMK m.733).

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez (TBK m.241/2). **İkinci fıkra** ve devamı TMK'da düzenlenmeyen yeni hükümlerdir. Önalım **hakkının kullanılmasından sonra**

artık **satış sözleşmesinin ortadan kaldırılmasının** yahut **alıcının şahsından kaynaklanan** sebeplerle onaylanmamasının, önalım hakkı sahibini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Böylece satıcının alıcı ile anlaşarak bir ikale sözleşmesi ile satış sözleşmesini önalım hakkının kullanılmasını engellemek için ortadan kaldırmak istemesinin önüne geçilmiştir. "satış sözleşmesinin alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmaması" şeklindeki ibareyle, sınırlı ehliyetsiz olan alıcı tarafından tek başına hareket edilerek yapılan satış sözleşmesine Türk Medenî Kanununun 16 ncı maddesi uyarınca, yasal temsilcisinin rıza göstermemesi yanında, ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olan alıcı tarafından, tek başına hareket edilerek yapılan taşınmaz satış sözleşmesine, Türk Medenî Kanununun 462 nci maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca vesayet makamının izin vermemesi de kastedilmektedir.

Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde aynı koşullar geçerlidir (TBK m.241/3).

Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır (TBK m.242). Şayet önalım hakkı şerh edilmemiş ise, önalım hakkı sahibi bu hakkını taşınmazı satın alan üçüncü kişiye (yani yeni alıcıya) karşı ileri süremez. Diğer taraftan satıcı da önalım hakkı sahibine noter aracılığı ile bilgi vermek zorundadır. Eğer bu bildirim yapılmazsa,

önalım hakkı sahibinin bu hakkı ileri sürme süresi başlamaz ve üç ay geçmiş olsa da bu hakkını ileri sürmeye devam edebilir.

SORU 9. Yeni Türk Borçlar Kanununda taşınmaz satışı hakkında ne gibi değişiklikler ve yenilikler söz konusudur?

- **Taşınmazda yapı bunması halinde yapıdaki ayıptan sorumlulukta zamanaşımı**

Taşınmaz satışında taşınmazda bulunan bir yapının ayıplı olduğu hallerde, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresinde değişikliğe gidilmiştir. Yeni TBK m.244/3 gereğince, "*Bir **yapının** ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve **satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle** zamanaşımına uğrar*". Eski BK m.215/son fıkradan farklı olarak; TBK m.244'ün son fıkrasına, taşınır satışındaki ayıp düzenlemesi ile paralel ve uyumlu olarak eklenen yeni bir cümle ile ağır kusurlu olan satıcının beş yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı belirtilmiştir. Ağır kusurun, kastı, dolayısıyla aldatmayı ve ağır ihmali de içerdiği göz önünde tutularak TBK'nun 244 ncü maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesinde "ağır kusurlu" teriminin kullanılmasıyla yetinilmiştir. Ayrıca hükümde önceki kanundan farklı olarak "bina" yerine "yapı" terimi kullanılmıştır.

- **Taşınmazlarda hasar ve yararın geçişi:**

TBK m. 245'de özel bir durum düzenlenmiştir: "*Satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için **sözleşmeyle** bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer. Bu hüküm, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanır (f.1). Bu sözleşmenin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (f.2)*". TBK 208'deki

"zilyetliğin devri" ifadesini kullanan kanunkoyucu, TBK 245'te "teslim" ifadesini kullanmıştır. Kanun yapma tekniği açısından bir tutarsızlık olduğu söylenebilir

Taşınmaz satışında yarar ve hasarın geçiş anı normalde yeni TBK m. 208 uyarınca **taşınmazlarda tescil anıdır**. Ancak TBK 245.madde ile **söz konusu kurala bir istisna** getirilmiştir. Buna göre taraflar sözleşmede taşınmazın **tesliminin tescilden sonra yapılacağı konusunda anlaşmışlarsa** yarar ve hasar **tescil ile değil teslim ile geçecektir**. Eski metinden farklı olarak teslimin tescilden sonra yapılacağı şeklinde bir vurgu bulunmaktadır. Ayrıca tescilden sonra teslimle hasarın geçmesi için, sözleşmenin varlığı ve bunun **yazılı şekilde** yapılması şarttır.

TBK 208 gereğince taşınmazlarda yarar ve hasarın, "tescil" anında alıcıya geçmesi öngörüldüğü için, TBK 245.maddenin uygulama alanı dardır. Kaldı ki, tapu siciline alıcı adına yapılacak tescil, taşınırlarda zilyetlik ve mülkiyetin devri sonucunu doğuran tasarruf işlemi işlevini görmektedir. Maddede, açıklık sağlamak ve öğretideki tartışmaları ortadan kaldırmak amacıyla, eski BK m.216'da yer alan "satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi (alınması) için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde" ibaresi yerine "tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse" şeklinde düzeltilmiştir. Böylece, bu olasılıkta yarar ve hasarın alıcıya teslimle geçmesi söz konusu olacaktır. Meselâ, bir konut satışında alıcı adına tescil yapılmış olmakla birlikte, satıcının kendisine yeni bir konut bulması için teslimin altı ay sonra yapılacağı kararlaştırıldığında, bu süre içinde satıcının kusuru olmaksızın konut yanarsa, teslim henüz gerçekleşmediği için hasara satıcı katlanacaktır. Maddenin birinci

fıkrasının ikinci cümlesi ile TBK'nun 207 nci maddesinin ikinci fıkrasında taşınır satışlarına benzer biçimde, alıcı, satılanı teslim almada temerrüde düştüğü takdirde, taşınmazın yarar ve hasarının, teslim gerçekleşmişçesine alıcıya geçeceği kabul edilmiştir. Buna benzer bir düzenleme, Alman Medeni Kanununun 446 ncı paragrafında da yer almaktadır.

SORU 10. Satış sözleşmesinin özel türleri var mıdır?

Örnek (numune) üzerine satış: Tarafların sözleşmenin konusu olan malın alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakılan bir örneğe ya da tespit ettikleri bir mala uygun olması üzerinde anlaşmalarıyla yapılan satıştır (TBK m.247). **Beğenme koşuluyla satış:** Alıcının satılanı deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi koşuluyla yapılan satıştır (TBK m.249). Önceki kanunda olmayan bu tanımlamalar dışında, örnek üzerine ve beğenme koşulu ile yapılan satışlara ilişkin hükümlerde bir değişiklik yoktur.

Örnek (numune) üzerine satış (247-248) ile beğenme koşulu ile satış (249-252) ile ilgili hükümlerde esasa dair değişiklik yoktur. Sadece bu satış türleri için kanunda tanım yapılmıştır. Tanım olmadığı önceki Kanun hükümlerinde de zaten aynı sonuçlara ulaşmak mümkün idi.

Birde ödemelerin kısmi olması bakımından yapılan ayrımlara göre farklı satış türleri vardır: Taksitli satış, ön ödemeli satış gibi. Aslında kural olarak satılan, alıcının zilyetliğine girince, satış bedeli muaccel olur ve tamamı ödenmek gerekir (TBK m.234/1). Aynı fıkraya göre, aksine sözleşme varsa, bu hüküm uygulanmaz. Gerçekten, veresiye satışlar, taksitle satışlar ve ön ödemeli satışlar, bu hükmün kapsamı dışındadır.

Veresiye satışlarda; satılanın alıcıya teslim edilmesinden sonra, satış bedelinin tamamının, taraflarca belirlenen vadede, bir defada ödenmesi kararlaştırılmaktadır.

Taksitle satışlarda; satış bedelinin, yine satılanın alıcıya tesliminden sonra, kısım kısım (taksitler hâlinde) ödenmesinin kararlaştırılması söz konusudur.

Ön ödemeli taksitle satışlarda ise; alıcı satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcı da bedelin ödenmesinden sonra satılanı teslim etmeyi üstlenmektedir.

Satış sözleşmesinin özel türü olma anlamında semen (bedel) kısım kısım ödendiği için "taksitle satış" ve "ön ödemeli satış" sözleşmeleri özellik arz eder. Bu sözleşmeler, oldukça detaylı hükümlerle Yeni Kanunda düzenlenmiş olmakla; Türk Borçlar Kanununda yapılan en önemli ve kapsamlı değişikliklerden ve yeniliklerden biridirler.

SORU 11. Yeni Taksitli satışlara ilişkin getirilen yenilikler nelerdir?

Taksitle satışlara ilişkin yeni hükümler, 4077 sayılı TKHK'nun tüketici sözleşmesi niteliğindeki taksitle satımlar için getirdiği madde 6/A düzenlemesinden esinlenmiştir. Ancak çok daha ayrıntılı ve uygulama alanında önemli bir sınırlandırma getirilerek düzenleme yapılmıştır. Şöyle ki, TBK madde 263/4 uyarınca *"alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için veya mesleki amaçlarla satın alınması halinde, bu satım sözleşmelerine taksitle satış hükümlerinden sadece m.259/2, 260/1 ve 261 uygulanabilecektir"*. Diğer hükümler ticari ve mesleki amaçlı mal alımlarında uygulanmayıp, bunlara satıma ilişkin genel

hükümler uygulanacaktır.

➢ **Tanımı, şekli ve içeriği**

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir madde ile düzenlenmiştir. Buna göre TBK 253; "*Taksitle satış, satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır.*

Taksitle satış sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.

Malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması hâlinde, sözleşmede aşağıdaki hususlar belirtilir:

1. Tarafların adı ve yerleşim yeri.

2. Satışın konusu.

3. Satılanın peşin satış bedeli.

4. Taksitle ödeme sebebiyle belirtilecek ilave bedel.

5. Toplam satış bedeli.

6. Alıcının nakden veya aynen üstlendiği diğer bütün edimler.

7. Peşinat ve taksitlerin tutarı ile vadesi ve ikiden az olmamak üzere taksit sayısı.

8. Alıcının yedi gün içinde sözleşme yapılması konusundaki irade açıklamasını geri alma hakkı.

9. Öngörülmüşse, mülkiyetin saklı tutulmasına veya satış bedeli alacağının devrine ilişkin anlaşma kayıtları.

10. Temerrüt veya vadenin ertelenmesi durumunda, yasal faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere ödenecek faiz.

11. Sözleşmenin kurulduğu yer ve tarih"

➢ **2. Yasal temsilcinin rızası**

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir. TBK 254.maddeye göre, *ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlı tarafından yapılmış olan taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği, yasal temsilcinin yazılı rızasına bağlıdır. Bu durumda rızanın, en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilmiş olması gerekir.*

➢ **3. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve geri alma açıklaması**

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir. TBK 255.maddeye göre, *taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alıcı, bu süre içinde irade açıklamasını geri aldığını satıcıya yazılı olarak bildirebilir. Bu haktan önceden feragat edilemez. Geri alma bildiriminin sürenin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurması için yeterlidir. (fıkra 1)*

Satıcı geri alma süresi içinde malı alıcıya devretmişse alıcı, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur. (fıkra 2)

Alıcının geri alma hakkını kullanması hâlinde, kendisinden cayma parası istenemez. (fıkra 3)

➢ 4. Tarafların hak ve borçları

a. Peşinatı ödeme borcu ve sözleşmenin süresi

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir. TBK 256.maddeye göre, *alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür. (f.1)*

Bakanlar Kurulu, satılanın türüne göre peşinat miktarı ile yasal ödeme sürelerini yarıya kadar indirebileceği gibi, iki katına kadar çıkartabilir. (f.2)

Kanunda belirlenen asgari peşinatı tamamen almaksızın, satılanı alıcıya devreden satıcı, peşinatın ödenmeyen kısmı üzerinde istem hakkını kaybeder. (f.3)

Peşinattan vazgeçilmesi karşılığında, satış bedelinde yapılacak artırma hükümsüzdür. (f.4)

b. Alıcının def'ileri

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir. TBK 257.maddeye göre, *alıcı, satıcının taksitle satıştan doğan alacağı ile kendisinin satıcıdan olan alacağını takas etme hakkından önceden feragat edemez. (f.1)*

Alacağın devredilmesi durumunda alıcının, satış bedeli alacağına ilişkin def'ileri sınırlanamaz ve ortadan kaldırılamaz. (f. 2)

c. Satış bedelinin tamamen ödenmesi

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir. TBK 258.maddeye göre, taksit borcu kambiyo senedine bağlanmış olmadıkça, alıcı satış bedelinin kalan kısmını her zaman bir defada ödeyerek borcundan kurtulabilir. Bu durumda, peşin satış bedeline ilave edilen bedelin ödenmemiş taksitlere isabet eden kısmı, yarısından az olmamak üzere ödeme süresinin kısaltılmasına uygun olarak indirilir.

➢ **5. Alıcının temerrüdü**

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir.

a. Satıcının seçimlik hakkı başlıklı TBK'nın 259.maddesine göre, *alıcı peşinatı ödemede temerrüde düşerse satıcı, sadece peşinatı isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. (f.1)*

Alıcı taksitleri ödemede temerrüde düşerse satıcı, muaccel olmuş taksitlerin veya geri kalan satış bedelinin tamamının bir defada ödenmesini isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Satıcının geri kalan satış bedelinin tamamını isteyebilmesi veya sözleşmeden dönebilmesi, ancak bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına ve alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ya da en son taksidi ödemede temerrüde düşmüş olmasına bağlıdır. Ancak, satıcının dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar, ödenmiş olan taksitler tutarına eşit veya daha fazla ise satıcı sözleşmeden dönemez. (f.2)

Satıcı, satış bedelinin geri kalan kısmının tamamen ödenmesini isteme veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmadan önce, alıcıya en az onbeş günlük bir süre tanımak zorundadır. (fıkra 3)

Eski Borçlar Kanunu'nun 222.maddesini kısmen, 224. maddesini tamamen karşılayan, fakat büyük bölümü bakımından yeni bir hükümdür. Eski metinde kullanılan "bu hakkı muhafaza etmiş ise" şeklindeki ibare, örtülü saklı tutmayı da içerdiği halde, Yeni Kanunun 259.maddesinin 2.fıkrasında, hem sözleşmeye muacceliyet kaydının ve hem de sözleşmeden dönme hakkını kapsamak üzere, "bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına" şeklinde bir ibare kullanmış ve örtülü saklı tutma olanağı ortadan kaldırılmıştır. Eski Borçlar Kanunun 224.maddesinden farklı olarak "muacceliyet kaydı" nın diğer geçerlilik koşulları da gerçekleşmişse, alıcının satış bedelinin en az dörtte birini oluşturan bir taksiti veya son taksiti ödemede temerrüde düşmesi durumunda da satıcının, ondan geri kalan satış bedelinin tamamını isteyebileceği öngörülmektedir. Eski kanun madde 224'te sadece birbirini izleyen iki taksitte temerrüde düşme ve bu iki taksit toplamının tüm bedelin en az onda birini oluşturma şartı mevcuttu ve sözleşmeden dönme hakkının doğması değil, tüm borcun muaccel olacağı düzenlenmiş idi.

b. Sözleşmeden dönme başlıklı TBK'nın 260.maddesine göre, *satıcı, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle satılanın alıcıya devrinden sonra sözleşmeden dönerse, her iki taraf aldığını geri vermekle yükümlüdür. Satıcı, ayrıca hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli ve satılanın olağandışı kullanılması sebebiyle değerinin azalması hâlinde tazminat da isteyebilir. Ancak satıcı, sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı elde edecek olduğundan fazlasını isteyemez.(f.1)*

Satıcı, alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi yüzünden satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse, alıcıdan sadece ödenmeyen peşinat üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar

işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra, satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz. (f.2)

Eski Borçlar Kanununun 223.maddesinin ikinci fıkrasını kısmen karşılamaktadır. Eski Borçlar Kanununda kullanılan "münasip kira bedeli" şeklindeki ibare, Yeni Kanunda "hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli", "satılan bozulmuş ise" şeklindeki ibare, "satılanın olağandışı kullanılması sebebiyle değerinin azalması halinde" şeklinde değiştirilmiştir. Maddede kullanılan "değer azalması" ifadesi satılanın eskimesini ve bozulmasını kapsamak üzere bir üst kavram olarak kullanılmıştır. Eski kanununda satıcının talebinin sözleşmenin zamanında ifa edilmesi halinde elde edecek olduğu ile sınırlandırılması hükmü yoktu. Maddenin eski Borçlar Kanununda karşılığı bulunmayan ikinci fıkrasında, satıcının alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi yüzünden, satılanın devrinden önce sözleşmeden dönmesinin hukuki sonuçları düzenlenmektedir.

c. Hâkimin müdahalesi başlıklı TBK 261.maddeye göre, hâkim, temerrüde düşen alıcının borçlarını ödeyeceği konusunda güvence vermesi ve satıcının da bu yeni düzenleme dolayısıyla herhangi bir zararının söz konusu olmaması koşuluyla, alıcıya ödeme kolaylıkları sağlayabilir ve satıcının satılanı geri almasını yasaklayabilir.

Bu düzenleme ile bedelde temerrüde düşen taksitle satış alıcısı, hakimden, satıcıya vereceği güvence karşılığında sözleşme hükümlerini kendisine ödeme kolaylığı sağlayacak şekilde değiştirmesini isteyebilecektir.

➢ 6. Yetkili mahkeme ve tahkim

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir. TBK 262.maddeye göre, yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz.

➢ 7. Uygulama alanı

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir. TBK 263.maddeye göre; *taksitle satışa ilişkin hükümler, aynı ekonomik amaçla yapılan işlemlere de uygulanır(fıkra 1)*

Bir taşınırı edinme amacıyla yapılan ödünç sözleşmelerinde satıcının, mülkiyeti saklı tutma kaydı ile birlikte veya bundan bağımsız olarak satış bedeli alacağını ödünç verene devretmesi veya satıcı ile ödünç verenin başka surette anlaşarak, alıcının satış bedelini daha sonra taksitler hâlinde ödemek üzere malın teslimini sağlamaları durumunda, taksitle satışa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Ödünç sözleşmesinde, taksitle satış sözleşmelerine konulması zorunlu olan hususların yer alması şarttır. Ancak, bunlardan peşin satış bedeli ile toplam satış bedeli yerine, ödünç alınan miktar ile ödünç verene ödenecek toplam ödünç miktarı gösterilir.(fıkra 2)

Peşin satışla bağlantılı taksitle ödünç sözleşmelerinde, ödünç verene, yasal asgari peşinatın ödenmiş ve peşin satış bedelinin ödünç sözleşmesinin yapılması sırasında herhangi bir ilave yapılmaksızın tamamen karşılanmış olması hâlinde, taksitle satışa ilişkin hükümler uygulanmaz. (fıkra 3)

Alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, taksitle satışa ilişkin hükümlerden sadece 259 uncu maddenin ikinci fıkrası, 260 ıncı maddenin birinci fıkrası ve 261 inci maddesi hükümleri uygulanır. (fıkra 4)

Maddenin birinci fıkrası ile uygulamada daha ziyade kanuna karşı hile maksadıyla yapıldığı görülen, kira-satış vaadi, kira-alım, kira-bağışlama gibi bileşik sözleşmelere de taksitle satış hükümleri uygulanabilecektir.

SORU 12. Ön ödemeli satışlara ilişkin getirilen yenilikler nelerdir?

➢ **1. Tanımı, şekli ve içeriği**

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir. TBK 264.maddeye göre - *Ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır. (f.1)Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Sözleşmede aşağıdaki hususlar belirtilir:*

1. *Tarafların adı ve yerleşim yeri.*
2. *Satışın konusu.*
3. *Toplam satış bedeli.*
4. *Taksitlerin sayısı, tutarı, vadesi ve sözleşmenin süresi.*
5. *Taksitleri kabule yetkili banka.*

6. Alıcıya karşı üstlenilen faiz miktarı.

7. Alıcının yedi gün içinde sözleşme yapılması konusundaki irade açıklamasını geri alma hakkı.

8. Alıcının sözleşmeden cayma hakkı ve bu sebeple ödeyeceği cayma parası.

9. Sözleşmenin kurulduğu yer ve tarih. (f.2)

➢ **2. Tarafların hak ve borçları**

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir.

Ödemelerin güvenceye bağlanması başlıklı TBK 265.maddeye göre; *ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, ödemeleri sözleşmede belirtilen bir bankada kendi adına açılacak gelir getiren bir tasarruf veya yatırım hesabına yatırmakla yükümlüdür.(f.1)*

Banka, her iki tarafın çıkarlarını gözetmek zorundadır. Açılan hesaptan her iki tarafın rızasıyla ödeme yapılabilir. Bu rıza önceden verilemez.(f.2)

Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, satılanın devrine kadar 269 uncu madde uyarınca sözleşmeden cayarsa satıcı, bu hesap üzerindeki bütün haklarını kaybeder.(f.3)

Alıcının malın devrini isteme hakkı başlıklı TBK 266. maddeye göre *alıcı satış bedelinin tamamını ödedikten sonra, her zaman malın kendisine devredilmesini isteyebilir. Ancak, satıcı malı başkasından sağlayarak devredecek ise alıcı, bunun için kendisine uygun bir süre tanımak zorundadır.(f.1)*

Satıcının malı alıcıya devredebilmesi için, taksitle satışa ilişkin koşullara uyulması gerekir.(f.2)

Alıcı birden çok şey satın almış veya seçim hakkını saklı tutmuş ise, satılanın kısım kısım devredilmesini, ancak 256 ncı maddede öngörülen asgari peşinatı ödedikten sonra isteyebilir. Satılanın eşya topluluğu oluşturduğu hâllerde bu istemde bulunulamaz. Satış bedelinin tamamen ödenmemesi hâlinde, satıcıdan satılanı kısmen devretmesi, ancak geri kalan kısmın yüzde onunun kendisine güvence olarak bırakılması koşuluyla istenebilir.(f.3)

Satış bedelinin ödenmesi başlıklı TBK 267.maddeye göre; *ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde satış bedelinin, satılanın devri anında tamamen ödenmiş olması gerekir. Satılanın devredilmesini isteyen alıcı, hesabındaki bakiyeden, satış bedelinin en çok üçte birlik kısmını satıcı lehine serbest bırakabilir. Ancak, sözleşmenin kuruluşu sırasında buna ilişkin taahhütte bulunulamaz.*

Satış bedelinin belirlenmesi başlıklı TBK 268.maddeye göre; ***satıcının sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenen toplam satış bedeline ek bir bedel isteme hakkını saklı tutan bütün kayıtlar geçersizdir.***

Ödenecek toplam satış bedeli sözleşmede belirlenmiş olmakla birlikte, devredilecek eşya önceden belirlenmemiş ve satıcı tarafından bu eşyayı seçme hakkı alıcıya tanınmış ise satıcı, peşin satıştaki olağan bedelleri göz önünde tutmak suretiyle alıcının yapacağı seçime tam olarak uymakla yükümlüdür.

Buna aykırı anlaşmalar, ancak alıcının yararına olduğu ölçüde geçerlidir.

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, bu yeni maddenin ikinci fıkrasında, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin bir çeşidi olan ve öğretide "tahsis kaydıyla satış" adı verilen sözleşme düzenlenmektedir. Bu tür satışlara, alıcının bir mobilya mağazasından, ileride evlenecek kızına çeyiz olarak satın almak istediği eşyaya ilişkin yaptığı sözleşme örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda alıcı kendisine tanınan, seçim hakkını kullandığında, satıcı sözleşmede kararlaştırılan toplam satış bedeline kadar olmak üzere, seçtiği eşyayı peşin satıştaki olağan bedellerle devretmekle yükümlüdür.

➢ **3. Sözleşmenin sona ermesi**

Eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir.

Cayma hakkı başlıklı TBK'nın 269.maddesine göre, *ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, malın devrine kadar her zaman sözleşmeden cayabilir.(f.1)*

Sözleşmeden cayma hâlinde alıcı tarafından ödenmesi öngörülen cayma parası, durumun özelliğine ve sözleşmenin kurulması ile cayma arasında geçen süreye bakılarak belirlenir. Ancak, bu miktar satıcının toplam alacağının yüzde ikisinden az ve yüzde beşinden fazla olamaz. Alıcı, yapmış olduğu ödemelerin cayma parasını aşan kısmının, getirileri ile birlikte kendisine geri verilmesini isteyebilir.(f.2)

Alıcının ölmesi veya kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi ya da sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden cayılmış olursa, cayma parası istenemez.(f.3)

Sözleşmenin süresi başlıklı TBK'nın 270.maddesine göre,*Ön ödemeleri ifa borcu, beş yılın geçmesiyle sona erer.(f.1)*

Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, sekiz yıl geçtiği hâlde satılanın devri isteminde bulunmazsa, satıcı kendisini uyararak üç aylık süre tanır. Alıcı bu süre içinde kayıtsız kalırsa satıcı, alıcıya sözleşmeden cayma hâlinde tanınan haklara sahip olur.(f.2)

Alıcının temerrüdü başlıklı TBK'nın 271.maddesine göre, *alıcı bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşerse satıcı, ancak vadesi gelmiş olan ödemeleri isteyebilir. Bununla birlikte, toplam alacağın en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen iki ön ödemenin veya toplam alacağın en az dörtte birini oluşturan bir tek ön ödemenin ya da sonuncu ön ödemenin vadesi gelmişse satıcı, ayrıca alıcıya tanıyacağı bir aylık ödeme süresinin geçmesinden sonra sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.*

Satıcı, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeden dönerse, 260 ıncı maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır. Süresi bir yılı aşan sözleşmelerde satıcı, ancak 269 uncu maddenin ikinci fıkrasında öngörülen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının giderilmesini isteyebilir.

Bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alıcının malın devrini istemesi hâlinde satıcı, yasal anapara faizi ile birlikte, devir isteminden sonra malın değerinde oluşacak eksilmelerin giderilmesini isteyebilir. Ceza koşulu öngörülmüşse miktarı, satış bedelinin yüzde onunu geçemez.

Satılanın devredilmiş olduğu hâllerde, dönme konusunda 260 ıncı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.

➢ **4. Uygulama alanının sınırlanması**

Eski Borçlar Kanununda yer almayan TBK'nın 272.maddesine göre, *alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, 264 ilâ 271 inci maddeler uygulanmaz.*

SORU 13. Taksitle satış ve ön ödemeli satışa ilişkin ortak hükümler nelerdir?

Eski Borçlar Kanununda yer almayan yeni bir düzenleme olarak TBK 273.maddeye göre, taksitle satışa ilişkin hükümlerden yasal temsilcinin rızasına, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasına ve geri alma açıklamasına, alıcının def'ilerine, satıcının alacağının devrine, hâkim tarafından sağlanan ödeme kolaylıklarına ve yetkili mahkeme ile tahkime ilişkin olanlar, ön ödemeli taksitle satışa da uygulanır.

Satılanı devir süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan taksitle satışta alıcı, satılanın devrinden önce ödemeleri yapmakla yükümlü ise, ön ödemeli taksitle satışa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

5. Mal Değişim (Trampa) Sözleşmesi

SORU 1. Mal değişim (trampa) sözleşmesi nedir? Takas ile mal değişimi (trampa) arasında ne fark vardır?

Önceki kanundan farklı olarak yeni TBK m.282 hükmü ile mal değişim sözleşmesinin açık tanımı yapılmıştır: "Mal değişim

sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir".

Mal değişimi (trampa), halk arasında yaygın bir yanlış kullanım ile "takas" olarak adlandırılmaktadır. Oysa takas TBK m.139 hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır: "İki kişi, karşılıklı olarak **bir miktar para veya özdeş diğer edimleri** birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir". Takastan farklı olarak trampa bir sözleşmedir ve tarafları arasında mal değişimi borcunu doğurur; takasta ise tek taraflı yenilik doğurucu bir işlem mevcuttur ve muaccel alacakların azı oranında sona ermesi söz konusudur. Trampa farklı mallar arasında söz konusu olabilir. Örneğin 1 ton elma ile bir TV'nin değiş tokuşu böyledir. Oysa takas ya karşılıklı para alacakları arasında (1.000 USD alacağa karşı 1.000 USD karşı alacak var ise) ya da aynı cins karşılıklı alacaklar arasında (1 ton elma alacağına karşı tarafın 1 ton elma alacağı) söz konusu olur. Takasta her iki tarafın karşılıklı birbirinden alacağı aynı ise karşılıklı borçlar sona erer, bir diğerinden daha fazla ise mesela 1.500 USD alacağa karşılık karşı tarafın 1.000 USD alacağı varsa borç 1.000 USD oranında sona erer. Kısacası takas farklı türden mallar arasında yapılamaz. Örneğin özdeşi (aynı türü) olamayacağı için, bir taşınmazın takası mümkün değildir; olsa olsa mal değişim sözleşmesine konu edilebilir.

Mal değişimi (Trampa) sözleşmesinde tarafların karşılıklı olarak aynı türden şeylerin zilyetlik ve mülkiyetini geçirme borcunu üstlenmeleri de mümkündür. Bu durumda "takas", ancak trampa sözleşmesinin ifası aşamasına ilişkin bir olgu olarak karşımıza

çıkacaktır. Bir başka deyişle aynı türden şeylerin karşılıklı olarak borçlanıldığı trampa sözleşmesinde (örneğin 1 ton elmaya karşılık aynı türden 1 ton elmanın değiş tokuşu halinde), taraflardan birisi borçların aynen ifası yerine diğer kanuni (yahut sözleşmesel) koşulları da varsa ayrıca takas beyanında bulunabilecektir.

SORU 2. Mal değişimi sözleşmesi uyarınca aldığı şeyi elinden alınan (zapt olunan) ya da aldığı şey ayıplı çıkan kişinin sahip olacağı hukuki imkanlar nelerdir? Bu konuda nasıl bir değişiklik yapılmıştır?

Satış sözleşmesinin zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde, mal değişim sözleşmesine de uygulanır (TBK m.284). 818 sayılı eski Borçlar Kanunundan farklı olarak, mal değişim sözleşmesinin konusu olan şeylerin üçüncü kişilerce zapt edilmesi durumunda o şeyleri değişim yoluyla devralanlara ve ayıplı olması sebebiyle geri verenlere tanınan **tazminat isteme** veya **verdiklerini geri alma** şeklindeki seçimlik haklar, önceki kanundan farklı olarak yeni madde metninde sayılmamış, bunun yerine, satış sözleşmesinin ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde, mal değişim sözleşmelerine de uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece, taraflara yeni haklar da tanınmıştır. Örneğin ayıp halinde bedelde indirim, onarım, ayıpsızı ile değiştirme gibi seçimlik haklar ile zapt halinde alıcıya tanınan TBK m.217 ve 218'de yer alan haklara başvurulabilecektir.

6. Bağışlama Sözleşmesi

SORU 1. Bağışlama sözleşmesi nedir?

Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Bağışlama, bir sözleşme olduğuna göre bağışlanan kişinin kabulü ile bağışlama sözleşmesi kurulabilir. Sözleşme iki taraflı olmasına rağmen, tek tarafa (yani sadece bağışlayana) borç yüklemekte, bağışlanılan borç altına girmemektedir. Diğer taraftan henüz edinilmemiş olan bir haktan feragat etmek veya bir mirası reddetmek, bağışlama olmadığı gibi, ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi de bağışlama sayılmaz (TBK m.285).

SORU 2. Vesayet altına alınmış kişilerin veya velayet altındaki küçüklerin, bizzat kendileri veya onlar adına yasal temsilcileri tarafından bu kişilerin mallarından bağışlama yapılması mümkün müdür? Bu konuda yeni kanunda ne gibi bir değişiklik söz konusudur?

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu m.235/1, c.2'de "Tasarrufa ehil olmayanın malı, ancak kanuni mümessillerinin mesuliyetleri kaydiyle ve vesayet hakkındaki hükümlere riayetle hibe olunabilir (bağışlanabilir)" şeklinde idi. Fiil ehliyetinden yoksun kişilerin bağışlama sözleşmesinin "bağışlayan" tarafını oluşturmaları konusundaki bu düzenleme yeni kanuna alınmamıştır. Yeni kanuni düzenlemede, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun vesayet altındaki kişi adına önemli olmayan bağışların yapılabileceğine ilişkin 449 uncu maddesi saklı kalmak kaydıyla, **bağışlama sözleşmesinin bağışlayan tarafının tam ehliyetli**

olması; yani 18 yaşını tamamlamış, ayırt etme gücüne sahip olması ve mahkeme kararıyla kısıtlanmamış (hacir altına alınmamış) olması zorunlu görülmüştür. (TBK m.286)

TMK m.449 gereğince "Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve **önemli bağışlarda bulunmak** yasaktır". Velayet bakımından ise TMK m.342/3 uygulanır: "Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır". Bu hüküm uyarınca vesayet hükümlerine gönderme yapıldığından ve önemli bağışlama vesayet makamı (sulh mahkemesi) onayı ile dahi yapılamayacağından, veli tarafından da yapılamayacak ve çocuk malları önemli bağışlamalarda kullanılamayacaktır.

SORU 3. Bağışlama sözü verme ne demektir? Bu sözleşmenin geçerliliği ne şekilde yapılmasına bağlıdır? Bu şekilde yapılmayıp da elden yapılan bağışlamalar geçerli midir? Taşınmazlar bakımından yeni kanunda getirilen düzenleme nedir?

Bağışlama sözü vermenin (bağışlama taahhüdünün) geçerliliği, bu sözleşmenin **yazılı şekilde** yapılmasına bağlıdır. Bir **taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki ayni bir hakkın bağışlanması** hususunda söz vermenin geçerliliği, ancak **resmî şekilde** yapılmış olmasına bağlıdır (TBK 288/1-2).

Elden bağışlama ise, bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur (TBK 289).

Şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bağışlama sözü (bağışlama taahhüdü) verme, bağışlayan tarafından yerine getirilir ise elden bağışlama hükmünde olur; yani bir taşınırın bağışlanması sözü verilir ve bu söz yerine getirilir ise yazılı şekilde bağışlama

taahhüdü yapılmadığı için bağışlama geçersizliğe uğramaz, elden bağışlama hükmünde geçerli kabul edilir. (TBK 288/3, c.1).

Ancak, önceki kanundan farklı olarak- geçerliliği resmî şekle bağlanmış olan bağışlamalarda bu hükmün uygulanmayacağı yeni kanunda düzenlemeye kavuşturulmuştur (TBK 288/3, c.son). Bu yenilik esaslı bir değişiklik sayılmaz, zira taşınmazlar için resmi şekil zorunluluğu bulunduğundan önceki kanun döneminde de aynı yönde yorum yapılmakta idi.

SORU 4. Bağışlama sözü verme ve bağışlama hangi hallerde geri alınabilmektedir? Geri alma hakkının süresi ve mirasçılara geçmesi mümkün müdür?

TBK m.296 gereğince **"bağışlama sözü veren, aşağıdaki durumlarda sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir:**

1. Elden bağışlanılan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa.

2. Mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse.

3. Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaşmışsa.

Bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar".

TBK m.295 gereğince **"bağışlayan, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleşmişse, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki**

zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir:

1. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse.

2. Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa.

3. Bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse".

Kanunda bağışlamayı geri alma hakkının süresi ve mirasçılara geçmesi, TBK m.297'de düzenlenmiştir. Buna göre, bağışlayan, geri alma sebebini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alabilir.

Bağışlayan bir yıllık süre dolmadan ölürse, geri alma hakkı mirasçılarına geçer ve mirasçıları bu sürenin sona ermesine kadar bu hakkı kullanabilirler.

Bağışlayan, sağlığında geri alma sebebini öğrenememişse, mirasçıları, ölümünden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alma hakkını kullanabilirler. (Maddenin bu fıkrası, yürürlükten kalkan eski Borçlar Kanununun 246 ncı maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür.)

Bağışlanan, bağışlayanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürür veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellerse, mirasçıları bağışlamayı geri alabilirler.

7.Eser (İstisna) Sözleşmesi

SORU 1. Eser sözleşmesi nedir? Benzer sözleşmelerden farkları nelerdir?

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK 470). Örneğin ücret karşılığında bir inşaat yapılması, terziye özel bir takım diktirilmesi, bozulan aracın tamir ettirilmesi ya da bakımının yaptırılması, bir duvarın boyatılması gibi... Oysa bir konutun para ödenerek mülkiyetinin alınması, terziye diktirmek yerine hazır bir takımın para verilerek edinilmesi hallerinde bir eser meydana getirme borcu söz konusu olmayıp üstlenilen borç, yalnızca bir şeyin mülkiyetinin devredilmesidir ki bu sözleşme satış sözleşmesidir.

"Eser" kavramı ile kast edilen husus, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) düzenlenen bilim edebiyat ve sanat eserlerinden farklıdır. FSEK'in 1/B.maddesindeki tanıma göre: "*Eser, sahibinin özelliklerini taşıyan bilim, edebiyat, müzik, güzel sanatlar, sinema eserleri olarak sayılan her tür fikir ve sanat ürünleridir.*" FSEK anlamında eser kavramında sahibinin özelliklerini (üslubunu) yansıtan bir "fikir ve sanat" ürünü söz konusu iken Borçlar Kanununda düzenlenen eser, ısmarlanan bir eşyanın iş sahibinin isteğine göre yapımının (imalinin) borçlanılması veya ya da bazen var olan bir eşyanın onarılması, bakımının yapılmasıdır.

Eser sözleşmesi ile en çok karıştırılan sözleşme tipi vekalet sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, bir eseri meydan getirip teslim etmeyi (sonucu gerçekleştirmeyi) borçlanır. Vekalet sözleşmesinde ise vekil, vekalet veren adına bir işin görülmesini

borçlanır ise de bir eser (sonuç) meydana getirmeyi taahhüt etmez; onun taahhüdü, işi özenli bir biçimde gerektiği gibi yapmaktır. Buna rağmen sonuç gerçekleşmese de özenli ifada bulunan vekil sorumlu tutulamaz. Örneğin bir avukat davayı özenli bir şekilde savunmakla yükümlüdür, davayı kazanmayı taahhüt etmez; ameliyata giren bir cerrah özenli bir şekilde ameliyatı gerçekleştirmeyi taahhüt eder, % 100 tedaviyi garanti etmiş olmaz. Oysa ki ısmarlanan bir elbiseyi dikmeyi borçlanan terzi, sonuçta bu elbiseyi bitirip teslim etmek (sonuç taahhüdü) zorundadır. Bir müteahhit inşaatı bitirip teslim etmeyi borçlanır, onun sadece özenli ifada bulunmuş olması yetmez.

Eser sözleşmelerinin ihtisaslaşmaya göre özel alt tipleri olabilir: Örneğin inşaat sözleşmesi. Bazen de başka bir sözleşme tipi ile bir araya gelip karma bir sözleşme oluşturabilir. Örneğin satış ile eser sözleşmesi bir araya getirilerek kat karşılığı (arsa payı karşılığı) inşaat sözleşmeleri yapılmaktadır.

SORU 2. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları nasıl düzenlenmiştir?

Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin **haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır** (TBK 471/1). Maddenin birinci fıkrasında yüklenicinin sorumluluğu belirlenmiş olup eBK'dan farklı olarak hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere yollama yapılması yerine, yüklenicinin, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğu belirtilmiştir.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir

yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır (TBK 471/2). Maddenin ikinci fıkrasında, eBK'dan farklı olarak yükleniciden beklenen özen ölçüsüne yer verilmiştir. Buna göre, yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışının esas alınacağı kabul edilmiştir. Böylece, yükleniciden beklenecek özenin belirlenmesinde, objektif bir ölçütün göz önünde tutulması benimsenmiştir.

Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir (TBK 471/3).

Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır (TBK 471/4).

Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden işsahibine karşı, satıcı gibi sorumludur (f.1). Malzeme işsahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür (f.2). Eser meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen işsahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur (f.3).

- **İşin Kararlaştırılan Zamanda Bitirilemeyeceğinin Ya Da Ayıplı Olarak Bitirileceğinin İşin Süresi Bitmeden Evvel Anlaşılması (TBK 473)**

Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden, bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.

- **İşin Kararlaştırılan Sürede Teslim Edilmemesi**

İşin zamanında teslim edilmemesi halinde temerrüt hakkındaki TBK 124 vd hükümler uygulanabilir. Buna göre iş sahibi,

- gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatı ödenmesini ya da
- ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini ya da
- sözleşmeden dönme ve menfi zarar tazminini

talep edebilir. İşin seviyesine göre MK 2 gereğince sona ermenin ileriye etkili olarak fesih şeklinde gerçekleştirilmesi ve buna bağlı müspet zarar tazmini de diğer bir seçenek olabilir.

- **Ayıp Sebebiyle Sorumluluk**

o Ayıbın belirlenmesi (TBK 474):

İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.

Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.

o İşsahibinin seçimlik hakları (TBK 475):

Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser, işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.

o İşsahibinin sorumluluğu (TBK 476):

Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.

o Eserin kabulü (TBK 477):

Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.

İşsahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.

Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.

o Zamanaşımı (TBK 478):

Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple **açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.**

TBK'daki bü düzeneleme ile eBK m.363 hükmüne göre esaslı bir değişiklik yapılmıştır. Eski Borçlar Kanununun ve kaynak İsviçre Borçlar Kanununun düzenlemesinden farklı olarak, kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının, ayıptan doğan haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresine yollama yapılması yerine, çeşitli olasılıklar ve eserin niteliği göz önünde tutularak, her birinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre:

1. Yüklenicinin, eserin **ayıplı olarak meydana getirilmesinde ağır kusurunun (kastının veya ağır ihmalinin) bulunmaması** koşuluyla açılacak davalar, eserin teslim tarihinden başlayarak, **taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki** yıllık; **taşınmaz yapılarda ise beş** yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır.

2. Yüklenicinin, **eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinde ağır kusuru** varsa bu takdirde açılacak davalar, eserin niteliğine bakılmaksızın, teslim tarihinden başlayarak **yirmi** yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır.

Maddede yapılan bu ayrıntılı düzenleme karşısında, TBK 147.nci maddesinin (6) numaralı bendi, sadece, **ayıplı eser meydana getirilmesi dışında kalan diğer sözleşmeye aykırılık hâllerinde** uygulama alanı bulacaktır. TBK 147, b.6 gereğince ise "Yüklenicinin yükümlülüklerini **ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar**" için **5** yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu hüküm uyarınca, yüklenicinin yükümlülüklerini **ağır kusuruyla (yani kasten ya da ağır ihmaliyle) hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda,** eserin taşınır veya taşınmaz eser niteliğine bakılmaksızın, sözleşmeden doğan alacaklar, TBK 146.maddesinde öngörülen on yıllık genel zamanaşımına tâbi olacaktır.

SORU 3. Eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcu nasıl düzenlenmiştir?

İşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur (TBK 479).

Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.

- **Götürü bedel kararlaştırılan hallerde (TBK 480):**

Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez (f.1).

"Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, **hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir" (f.2):** Yürürlükten kalkan eBK'nın 365 inci maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak TBK'da, yükleniciye tanınan uyarlama hakkı çerçevesinde hâkimin takdir yetkisinden söz edilmesi yerine, bu hakkın mutlaka dava yoluyla kullanılması zorunlu olmayan yenilik doğurucu haklar içerdiği göz önünde tutularak yüklenicinin hangi seçimlik haklarını ve hangi sıraya uyarak kullanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, yüklenici, fıkrada öngörülen koşullar gerçekleşmişse, önce sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkını kullanabilecektir. Yüklenici, aynı fıkrada kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkını ise ancak şu koşullardan biri gerçekleşirse kullanabilecektir:

1. Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasının mümkün olmaması,

2. İşsahibinden, yüklenicinin uyarlama istemini kabul etmesinin beklenememesi. (Bu koşul, meselâ, uyarlama sonucunda işsahibinden

ödemesinin istenmesi söz konusu olabilecek bedel artışının, sözleşmede kararlaştırılan götürü bedelle bağdaştırılamayacak bir miktara ulaşması durumunda gerçekleşebilir.)

Maddenin ikinci fıkrasına, eBK'da yer verilmeyen bir cümle eklenmiştir. Buna göre: "Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır." Böylece, hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır. Eski kanun döneminde de Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereği, eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin işsahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak eBK 106 ilâ 108 inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, ancak, olayın niteliğinin ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunumuzun 2 nci maddesindeki dürüstlük kuralının gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Böylece maddenin ikinci fıkrasına eklenen cümleyle, yüklenicinin aynı maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda da, menfaatler dengesinin gözetilmesi bakımından, öğretide savunulan ve Yüksek Mahkememizin de kabul ettiği görüşe uygun bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür. Böylece, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi sadece ileriye etkili sonuçlar doğuran fesih hakkını kullanabilecektir.

"Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür" (f.3).

- **Değere göre bedel (TBK 481):**

Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak

belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.

SORU 4. Eser sözleşmenin sona erme halleri nasıl düzenlenmektedir?

- **Yaklaşık Bedelin Aşılması (TBK 482):**

"Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, işsahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa işsahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

Eser, işsahibinin arsası üzerine yapılıyorsa işsahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi **feshedebilir**".

- **Eserin Yok Olması (TBK 483):**

Yüklenici, eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa işsahibi eseri teslim almada temerrüde düşmemiş olduğu sürece yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.

Eserin işsahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya işsahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İşsahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.

- **Tazminat Karşılığı Fesih (TBK 484):**

İşsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.

- **İşsahibi Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması (TBK 485):**

Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.

- **Yüklenicinin Ölümü Veya Yeteneğini Kaybetmesi (TBK 486):**

Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.

8. Yayım Sözleşmesi

SORU 1. Yayım sözleşmesi nedir? Sözleşmenin geçerliliği şekle tabi midir?

Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir (TBK 487).

TBK 488 hükmü ile önceki kanundan farklı olarak, yayım sözleşmesi geçerlilik şartına tabi tutulmuştur: ***"Yayım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır"***. Böylece, yayım sözleşmesinin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 51 inci maddesinde olduğu gibi, geçerliliği şekle bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre de: "Malî haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır."

SORU 2. Yayımlatanın tasarruf hakkı bakımından ne gibi değişiklikler yapılmıştır?

TBK 490 gereğince, "Yayımlatan, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe veya süre belirlenmemişse kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış süre geçmedikçe, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde, yayımcının zararına olacak biçimde tasarrufta bulunamaz.

Süreli yayınlarda yer alan kısa yazılar, yayımlatan tarafından her zaman, başka yerde de yayımlatılabilir.

Yayımlatan, toplama bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun yazılarını, yayımın bitmesinden başlayarak üç ay geçmedikçe yeniden yayımlatamaz".

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 374 üncü maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, yayımla- tanın sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe veya süre belirlenmemişse kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış süre geçmedikçe, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde tasarrufta bulunamayacağı belirtilmiştir. Böylece, yayımlatanın, kararlaştırılan sürenin sona ermesinden ya da kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış sürenin geçmesinden sonra, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde

tasarrufta bulunabileceği kabul edilerek, bu konuda uygulamada görülen bazı kötüye kullanmaların önlenmesi amaçlanmıştır.

eBK'nın 374 üncü maddesinin son fıkrasında kullanılan "Müşterek bir eserin kısımlarından olan yazılar ve mevkut bir risalenin uzun olan makaleleri" şeklindeki ibare, "Yayımlatan, toplama bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun yazılarını" şekline dönüştürülmüştür. Toplama esere, ünlü kişilerin hâtırasına yayımlanan armağanlar, belirli konuları değişik yazarlar tarafından kaleme alınan yazılarla oluşturulan bir ansiklopedinin çeşitli ciltleri veya fasikülleri örnek olarak gösterilebilir.

SORU 3. Basım sayısı ve baskı adedinin belirlenmesi hakkında ne gibi değişiklikler söz konusudur?

TBK 491 gereğince " Sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse, yayımcının ancak bir basım yapma hakkı vardır.(f.1)

Taraflar, sözleşmenin süresini veya baskı adedini kararlaştırmak zorundadırlar. (f.2)

Sözleşmede yayımcıya belirli birkaç basım veya bütün yeni basımları yapma yetkisi verildiği hâllerde, yayımcı eserin baskı adedi tükenmiş iken yeni bir basım yapmayı ihmal ederse, yayımlatan, yeni basım için yayımcıya uygun bir süre verir. Yayımcı, verilen süre içinde basımı gerçekleştirmezse; yayımlatan sözleşmeden cayabilir".(f.3)

Maddenin ikinci fıkrası eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hüküm içermektedir. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 375 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan

ve aksi kararlaştırılmamışsa, kural olarak, baskı adedini belirlemekte yayımcıyı serbest bırakan düzenleme yeni kanuna alınmayarak, bu konuda uygulamada görülen bazı kötüye kullanmaların önlenmesi amaçlanmıştır.

eBK'da yayımlatanın veya haleflerinin istemi üzerine, yeni bir basım için yayımcıya verilecek sürenin hâkim tarafından belirlenmesinden söz edildiği hâlde, yeni düzenleme ile yayımlatan tarafından uygun bir sürenin verilmesi yeterli görülmüştür. Ayrıca, eBK'nın 375 inci maddesinin son fıkrasında kullanılan "hakkı sâkıt olur" şeklindeki ibarenin, her durumda tarafların menfaatlerine uygun düşmeyebileceği göz önünde tutularak, TBK'nın 491 inci maddesinin son fıkrasında, bu ibare yerine, "yayımlatan sözleşmeden cayabilir" şeklindeki ibarenin kullanılması tercih edilmiştir.

SORU 4. Düzeltme ve iyileştirme hakkında ne gibi değişiklikler söz konusudur?

TBK 493 gereğince "Yayımcının menfaatlerini zedelememek ve onun sorumluluğunu artırmamak koşuluyla, eser sahibi eserde düzeltme ve iyileştirme, halefleri ise ancak güncelleştirme yapabilir. Bu düzeltme ve iyileştirme gerektirdiği hâlde sözleşmede öngörülmemiş giderler, yayımlatan tarafından karşılanır.

Yayımcı, eser sahibine eserini iyileştirme, haleflerine de güncelleştirme imkânı vermeden yeni bir basım yapamaz ve onu çoğaltamaz".

Maddenin birinci fıkrasında, eBK'nın 377 nci maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, eser sahibinin haleflerine de, aynı koşullar altında, eseri güncelleştirme hakkı tanınmıştır. Genellikle ilim eserlerinde söz konusu olabilecek güncelleştirme hakkı, ancak

eser sahibi tarafından kullanılabilen düzeltme hakkını kapsamamakla birlikte, onun haleflerine, meselâ, bir hukuk kitabındaki görevli mahkemeye veya değere ya da miktara ilişkin bilgileri, bunlarda bir değişiklik olması durumunda, yenileriyle değiştirme yetkisini verir. Bu yeni düzenlemeyle, eser sahibinin ölümünden sonra, mirasçılarının da eseri güncelleştirmek suretiyle, bu eserden doğan malî haklardan, gerektiği gibi yararlanmaları amaçlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, eBK'dan farklı olarak, yayımcının, eser sahibinin haleflerine güncelleştirme olanağı vermeden, yeni bir basım yapamayacağı ve onu çoğaltamayacağı kabul edilmiştir.

SORU 5. Bedelin belirlenmesi ile ilgili değişikler nelerdir?

TBK 496 gereğince "Sözleşmede **aksi kararlaştırılmış olmadıkça** yayımlatan, bedel ödenmesini isteyebilir.

Bedel ödenmesi gereken hâllerde ödenecek miktar belli değilse bedel, hâkim tarafından belirlenir.

Yayımcının birden fazla basım yapma hakkı varsa, ilk basım için kararlaştırılan bedel ve diğer koşulların, sonraki basımlar için de uygulanacağı kabul edilmiş sayılır".

Eski Borçlar Kanununda yer alan "Eser sahibinin bedelden feragat eylediği **hâl icabından anlaşılmadıkça**, bedele istihkakı, asıldır." şeklindeki metni, TBK'da "Sözleşmede **aksi kararlaştırılmış olmadıkça** yayımlatan, bedel ödenmesini isteyebilir." şeklinde değiştirilmiştir." **Böylece, yayımlatanın bedel ödenmesini isteyememesi için, "hâl icabı" yeterli görülmemiş, açıkça bunun aksinin kararlaştırılmış olması gerektiği kabul edilmiştir.**

eBK'nın 380 inci maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak hâkim tarafından, yayımlatana ödenecek bedelin miktarının belirlenmesi, her zaman değil, sadece bu miktarın belli olmaması durumunda söz konusu olacaktır.

9. Vekalet Sözleşmesi

SORU 1. Vekâlet sözleşmesi nedir? Kapsamı ile ilgili ne gibi değişiklikler söz konusudur?

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK 502/1).

Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, TBK'da düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır (TBK 502/2).

Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır (TBK 502/3). Bazen de özel bir kanun hükmü gereği vekil, vekalet ücretine hak kazanabilir. Örneğin avukatlar, sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa, ücrete ilişkin sözleşme geçersiz olsa bile Avukatlık Kanunu uyarınca asgari ücret tarifesine göre ücrete hak kazanmaktadırlar.

TBK 504 gereğince *"Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir.*

Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar.

Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, ***iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez,*** *kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz,* ***kefil olamaz,*** *taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz".*

eBK döneminde iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep etme ve kefil olma özel yetki kapsamında sayılmamıştı.

Ayrıca belirtelim ki TBK m.504 gereğince vekaleten kefalet akdetmek için özel yetki gerekmektedir.

SORU 2. Vekilin şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme borçları ile ilgili olarak ne gibi değişiklikler söz konusudur?

TBK 506 gereğince, *"Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır".

eBK'nın 390ıncı maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ve vekilin sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna tâbi olduğuna ilişkin düzenleme yeni kanuna alınmamış; bunun yerine, 506ncı maddenin ikinci fıkrasında, vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluğuna özgü bir düzenleme yapılması daha doğru görülmüştür. Maddenin üçüncü fıkrası, eBK'nın 390ıncı maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkrada, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır.

10. Simsarlık Sözleşmesi

SORU 1. Simsarlık (tellallık) sözleşmesi nedir? Simsar ne zaman ücrete hak kazanır? Yeni kanunda nasıl bir değişiklik söz konusudur? Aracılık edilen sözleşme kurulmaz ise simsarın yaptığı giderleri ödemek gerekir mi?

Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya **kurulmasına aracılık etmeyi** üstlendiği ve **bu sözleşmenin kurulması hâlinde** ücrete hak kazandığı sözleşmedir (TBK 520/1). Yürürlükten kalkan 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 404 üncü maddesinde verilen tanımdan farklı olarak simsarın, **kurulması olanağının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği** sözleşmenin **kurulması durumunda ücrete hak kazanacağı** belirtilmiştir. Önceki kanunda aracılık yapan simsarın ücrete hak kazanacağından söz edilmekte ise de sözleşmenin kurulması halinde (bu şartla) ücrete hak kazanacağından söz edilmemekte idi.

Takip eden TBK m.521/1 hükmü simsarlık sözleşmesinde Ücret hususunu ayrıca düzenlemekte olup simsarın, ancak yaptığı faaliyet sonucunda sözleşme **kurulursa** ücrete hak kazanacağı belirtilmiştir. Önceki kanunda ise sözleşme "kurulursa" değil, "**kurulunca**" ücrete hak kazanacağı ifadesi yer almakta idi. Simsarın faaliyeti sonucunda kurulan sözleşme geciktirici koşula bağlanmışsa ücret, koşulun gerçekleşmesi hâlinde ödenir (TBK 521/2).

Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır. Taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz (TBK 520/2- 3). Simsarlık sözleşmesinde simsarın **yapacağı giderlerin kendisine ödeneceği**

kararlaştırılmışsa, simsarın faaliyeti sözleşmenin kurulmasıyla sonuçlanmamış olsa bile giderleri ödenir (TBK m.521/3).

SORU 2. Simsarın ücret hakkı nasıl belirlenir, simsar hangi hallerde haklarını yitirir? Simsarın ücretinde hangi halde indirim söz konusu olur? Bu konuda yeni kanunda nasıl bir değişiklik söz konusudur?

Simsarın ücreti, belirlenmemişse tarifeye, tarife yoksa teamüle göre ödenir (TBK m.522).

Simsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder (TBK 523).

Sözleşmede aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa, borçlunun istemi üzerine, bu ücret hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir (TBK 525). Yürürlükten kalkan eski Borçlar Kanununun 409 uncu maddesinde hizmet sözleşmesi ve taşınmaz satışına aracılık edilmiş ise, ücretin fahiş olması halinde indirim istenebileceği düzenlenmekte idi. Böyle bir sınırlamaya yer verilmesi için haklı bir sebep olmadığı göz önünde tutularak yeni kanunda bu sınırlama kaldırılmış ve ifade "Sözleşmede aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa" şekline dönüştürülerek, koşulları varsa ücrette indirimin tüm simsarlık sözleşmeleri için söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır.

11. Komisyon Sözleşmesi

SORU 1. Komisyon sözleşmesi nedir? Türleri nelerdir?

Komisyon sözleşmesinin değişik türleri bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanununda uygulamada en çok görülen "alım satım işleri komisyonculuğu" TBK m.532 vd hükümlerde düzenlenmiştir. Kanunda "diğer komisyon işleri" ise TBK m.546 hükmünde düzenlenmiştir.

Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırların alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir (TBK 532/1).

Komisyon sözleşmesi hükümlerinin bulunduğu kanunun onbirinci bölümündeki hükümler saklı kalmak üzere, komisyon sözleşmelerine vekâlet hükümleri uygulanır (TBK 532/2).

"Diğer komisyon işleri", TBK m.546'da düzenlenmiştir: Malzemesi işsahibi tarafından verilmek üzere imal edilecek taşınırlar hakkındaki komisyon işleri, eşya mislî şeylerden olmasa da, alım ve satım komisyonculuğu hükmündedir (TBK 546/1).

Alım ve satım komisyonculuğu sayılmayan işleri, ücret karşılığında kendi adına ve vekâlet verenin hesabına üstlenen alım ve satım komisyoncusu ile komisyon işlerini kendisine meslek edinmeyip arada bir üstlenen tacir hakkında da bu bölüm hükümleri uygulanır (TBK 546/2).

Taşıma işleri komisyonculuğu hakkındaki özel hükümler saklıdır (TBK 546/3). Taşıma işleri komisyonculuğu Türk Ticaret

Kanununun 917.maddesi ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. TTK m.917 gereğince "(1) Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile komisyoncu eşya taşıtmayı üstlenir. Bu sözleşme ile gönderen, kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girer. (2) Taşıma işleri komisyonculuğu bir ticari işletme faaliyetidir. (3) Bu Kısımdaki özel hükümler saklı kalmak üzere, komisyonculuk sözleşmesi ve eşyanın taşınmasına ait konularda taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler taşıma işleri komisyonculuğuna da uygulanır".

SORU 2. Türk Borçlar Kanunun komisyon sözleşmesine ilişkin yeni kanunda değişiklik yapılan hükümleri nelerdir?

- **Malın Açık Artırmayla Satılması**

Komisyoncuya verilen malın satılamaması veya satış emrinden cayılması durumunda vekâlet veren, malı geri almakta ya da o malla ilgili başka işlem yapmakta aşırı ölçüde gecikirse komisyoncu, malı bulunduğu yer mahkemesinden karar alarak açık artırmayla sattırabilir (TBK 542/1, c.1). Maddeye eklenen yeni cümleye göre. **"Ancak, mal borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı varsa ya da yapılacak masrafa oranla değeri azsa, hâkim satışın başka bir yolla yapılmasına da karar verebilir"** (TBK 542/1, c.2). Böylece madde TBK 107 nci maddesinin ikinci fıkrası ile uyumlu hâle getirilmiştir. TBK m.107/2'deki düzenleme alacaklının alacağını almayarak alacaklı temerrüdüne düştüğü hallerde borçlunun borcundan kurtulmak için malı tevdii etmesine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Buna göre "Tevdi yerini, ifa yerindeki hâkim belirler. Bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir". Görüleceği üzere hükümler arasında uyum sağlanmıştır.

Malın bulunduğu yerde vekâlet veren ya da temsilcisi hazır bulunmazsa, satış kararı vekâlet veren dinlenmeksizin de verilebilir (TBK 542/2).

Malın hızla değer kaybetmesi hâli dışında, artırmanın yer ve zamanının mahkemece **vekâlet verene** bildirilmesi zorunludur (TBK 542/3). Yürürlükten kalkan eski Borçlar Kanununun 426 ncı maddesinin son fıkrasında kullanılan "resmen ihbar edilmek lâzımdır" şeklindeki ibare, Tasarının alacaklının temerrüdüne ilişkin 107 nci maddesine benzer biçimde, maddede "mahkemece vekâlet verene bildirilmesi zorunludur" şekline dönüştürülmüştür.

- **Komisyoncunun Kendisiyle İşlem Yapması**

  - Bedel ve ücret

Borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan kambiyo senetleri veya diğer kıymetli evrakı ya da ticari malları satmaya veya satın almaya yetkili kılınan komisyoncu, vekâlet veren tarafından aksine talimat verilmemişse, satın alacağı mal yerine kendi mallarını satabilir veya satacağı malı kendisi için satın alabilir. Bu hâllerde, komisyoncunun kendisiyle işlem yaptığı andaki değerler **esas alınır**; komisyoncunun, komisyon işlerinde alışılmış olan ücret ve giderlerini, bu hâllerde bile isteme hakkı vardır (TBK 543/1).

Komisyoncu, bu tür bir işlemin yapıldığını aynı gün vekâlet verene bildirmek zorundadır (TBK 543/2). Maddenin ikinci fıkrası, yürürlükten kalkan eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür.

Diğer hâllerde satış hükümleri uygulanır (TBK 543/3).

12. Saklama (Vedia) / Ardiyeciye Bırakma ve Bırakma (Konaklama Yeri, Ahır, Garaj, Otopark İşletenlere) Sözleşmeleri

Yeni Türk Borçlar Kanununun 561 ilâ 569uncu maddelerinde, genel saklama sözleşmesinin hükümleri; 570inci maddesinde, saklama sözleşmelerinin alt türleri olmak üzere, mislî şeylerin saklanması; 571 ilâ 575inci maddelerinde, ardiyeciye bırakma ve 576 ilâ 580inci maddelerinde ise, konaklama yeri, ahır, garaj ve otopark işletenlere bırakma düzenlenmiştir.

SORU 1. Saklama (vedia) sözleşmesi nedir? Tarafların ne gibi hakları ve sorumlulukları olur? Bu sözleşmenin özel nitelikli alt türleri nelerdir?

Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir (TBK 561/1). Örneğin bir lokantada vestiyere paltonun bırakılması, bir malın depoya muhafaza edilmek üzere bırakılması saklama sözleşmesine örnek olarak verilebilir. Buna karşılık bir eşyayı onarmak için eser sözleşmesi yapan tamircinin, bir eşyayı satmış olup da teslim için bekleyen satıcının, özen ve koruma yükümlülükleri, zaten eser ve satış sözleşmesi gereğince mevcut olup, burada muhafaza etme (koruma) yan edim yükümlülüğüdür. Oysa saklama sözleşmesinde saklama edimi saklayan için asli bir edimdir (borçtur).

Borçlar Kanununa göre, kural olarak açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir (TBK 561/2). Ancak Türk Ticaret Kanununun 20.maddesinde yer alan düzenleme bu noktada özel hüküm olarak uygulanır: "Tacir

olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir. Ayrıca, tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır".

Saklatan, sözleşme ya da kanundan gereğince ücret ödemekle yükümlü olması dışında ayrıca, sözleşmenin ifasının zorunlu kıldığı bütün masrafları ödemekle yükümlüdür. Saklatan, kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat etmedikçe, saklayanın saklamadan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK 562).

Saklayanın temel borcu olan malı muhafaza etme dışında, saklatanın izni olmadıkça saklananı kullanmama borcu vardır. Bu yasağa aykırı davranırsa, saklatana uygun bir kullanım bedeli ödemekle yükümlü olduğu gibi, kullanmamış olsaydı bile bu zararın doğacağını ispat etmedikçe, beklenmedik hâlden doğacak zararlardan da sorumlu olur (TBK 563). Saklayanın diğer bir borcu da geri vermedir. Saklama sözleşmesinde bir süre belirlenmiş olsa bile saklayan, saklatanın her zaman ileri sürebileceği istemi üzerine, saklananı bütün çoğalmalarıyla birlikte geri vermekle yükümlüdür. Ancak saklatan, saklayanın belirlenen süreyi dikkate alarak yapmış olduğu masrafları ödemekle yükümlüdür (TBK 564).

Saklama sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş olan özel türleri "arasında ardiyeciye bırakma" ve "konaklama yeri, ahır, garaj ve otopark işletenlere bırakma" sözleşmeleri bulunmaktadır.

SORU 2. Saklama sözleşmesine ilişkin hükümlerde yapılan yenilikler ve değişiklikler nelerdir?

- **Saklayanın Geri Verme Borcu Bakımından Öze Durumlar**

Saklayanın geri verme borcu bakımından özel durumlar yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 565. maddesinde düzenleme bulmaktadır. Buna göre "Saklayan, belirlenmiş olan sürenin sona ermesinden önce saklananı geri veremez. Ancak saklayan, öngörülemeyen durumlar dolayısıyla sözleşmenin devamı saklanan için tehlikeli veya kendisi için zararlı olursa, belirlenen sürenin sona ermesinden önce de geri verebilir (f.1)". "Süre belirlenmemişse, saklayan saklananı her zaman geri verebilir" (f.2).

"Birden çok kişi bir şeyi saklanmak üzere verirse, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça veya hepsinin rızası olmadıkça, saklayan saklananı onlardan birine geri vermekle sorumluluktan kurtulamaz" (f.3). Maddenin bu son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu yeni hükümle, saklayanın, saklananı, saklatanlardan herhangi birine verme yetkisinin olmadığı, aksi takdirde diğerlerine karşı sorumlu olacağı öngörülmüştür. Fıkraya göre, saklayanın, birden çok saklatandan herhangi birine saklananı geri vererek sorumluluktan kurtulabilmesi ancak şu iki durumda kabul edilmiştir: 1) Sözleşmede saklayana böyle bir yetkinin tanınmış olması; 2) Saklatanların hepsinin rızasının olması.

- **Konaklama Yeri İşletenlerin Sorumluluğu**

"Otel, motel, pansiyon, tatil köyü **gibi yerleri** işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın bizzat konaklayana veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar" (TBK 577/1). 818 sayılı Borçlar

Kanunu'nun 478 inci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "otelciler, hancılar" sözcükleri, Tasarıda "Otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler" sözcükleriyle ifade edilerek, bu sayımın sınırlayıcı nitelikte olmadığı kabul edilmiştir.

Bu sorumluluk, işletenlere veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, konaklayanlardan her biri için, günlük konaklama ücretinin **üç katını** aşamaz (TBK 577/2). Maddenin ikinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 478 inci maddesinden farklı olarak, kusursuz sorumluluk miktarının her bir konaklayan için günlük konaklama ücretinin üç katını aşamayacağı belirtilmiştir. Böylece, parasal değerlerdeki değişimler karşısında hükmün güncel durumda kalması amaçlanmıştır. Önceki kanunda sınırlama rakam olarak ifade edilmekte idi.

- **Garaj, Otopark Ve Benzeri Yerleri İşletenlerin Sorumluluğu**

"Garaj, **otopark ve benzeri yerleri işletenler**, kendilerine bırakılan veya çalışanlarınca kabul edilen hayvan, at arabası, bunlara ait koşum ve benzeri eşya ile motorlu taşıt ve eklentilerinin yok olmasından, zarara uğramasından veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın saklatan veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluktan kurtulurlar" (TBK 579/1). Maddenin birinci fıkrasının kapsamına, 818 sayılı Borçlar Kanununun 481 inci maddesinden farklı olarak, günümüzde garaj dışında, otopark işletmeciliği ve bu işletmecilerin sorumluluklarının da önem kazandığı göz önünde tutularak, garaj sahiplerinin yanında otopark işletenler de dahil edilmiştir. Ancak, maddenin kenar başlığı ile birinci ve ikinci fıkralarında ".ve benzeri yerleri işletenler"

ifadesi kullanılarak, bu sayımın örnekleyici nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, söz konusu ifadenin kapsamına, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 481 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmekle birlikte, yeni maddede belirtilmeyen "ahır sahibi"nin de dahil olduğu konusunda bir duraksama yoktur.

"Ancak, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğu, kendilerine veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, saklananların her biri için alınan günlük saklama ücretinin **on katını** aşamaz" (TBK 579/2). Maddenin ikinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 481 inci maddesinden farklı olarak, kusursuz sorumluluk miktarının, her bir saklanan için, günlük saklama ücretinin on katını aşamayacağı belirtilmiştir. Böylece, parasal değerlerdeki değişimler karşısında hükmün güncel durumda kalması amaçlanmıştır.

"İşleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu bu Kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamaz" (TBK 579/3). Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 481 inci maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkraya göre işleten, maddenin birinci ve ikinci fıkralarında söz konusu edilen türden bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğunu bu Kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilân etmiş olsa bile, sorumluluktan kurtulamayacaktır.

İTO Yayınları (2011)

2011-1 Başarılı İhracatçılar (=Outstanding Exporters) 2009

2011-2 Fiyat İndeksleri (=Price Indices)

2011-3 Makroekonomik Göstergeler (=Macroeconomic Indicators)

2011-4 Haberlerden Yansıyan İTO: 2010

2011-5 Ekonomik Rapor: 2010 Yılında Türkiye ve Dünya Ekonomisi

2011-6 Economic Report: Turkish and World Economy in 2010

2011-7 Uluslararası Finans Merkezleri, Ülke Ekonomilerine Etkileri ve İstanbul'un Potansiyeli

2011-8 Elektronik Bankacılık Hizmetleri ve Denetimi

2011-9 Limited Şirketler Rehberi

2011-10 Ekmekçilik Sektör Araştırması

2011-11 Sultan II. Abdülhamid'in Mirası: İstanbul'da Kamu Binaları

2011-12 Ticaretin Efsanesi

2011-13 İstanbul'un Afetlerden Zarar Görebilirliği Sempozyumu Bildiriler Kitabı

2011-14 Turkish Television Broadcasting 2011

2011-15 Sanayi Sektöründeki KOBİ'ler

2011-16 Dersaadet Sözlüğü

2011-18 Teşvik / Destek Rehberi Serisi 2: Yatırımlarda Devlet Yardımları

2011-19 Teşvik / Destek Rehberi Serisi 3: KOSGEB Destekleri

2011-20 Teşvik / Destek Rehberi Serisi 4: İhracatta Devlet Yardımları

2011-21 Teşvik / Destek Rehberi Serisi 5: AR-GE, Yenilik, Bilim ve Teknoloji Destekleri

2011-22 Teşvik / Destek Rehberi Serisi 6: Devlet Tarafından Sağlanan Diğer Destekler

2011-23 İslam ve Türk İllerinde Fütüvvet Teşkilatı

2011-24 Türkiye'de Televizyon Yayıncılığı

2011-25 Büyük Dönüşüm: Ekonomi – Şirketler - Girişimci

2011-26 Les Procédures de Creation d'Entreprise en Turquie

2011-27 Company Establishment and Registration Procedures in Turkey

2011-28 İstanbul'un Rengi Erguvan

2011-29 Rakamlarla Türkiye Ekonomisi

2011-30 Turkey in Figures

2011-31 2000 Sonrası Türkiye İktisadının Değişimi

2011-32 Türk Fikri Mülkiyet Hukuku'nda Güncel Gelişmeler (= Emerging Issues in Turkish Intellectual Property Law)

2011-33 Eski Eserlerin Onarımında Karşılaşılan Zorluklar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri

2011-34 Bir Dünya Şehri Olarak İstanbul'un Küresel Konumu

2011-35 AB'ye Uyum Sürecinde Genç İşsizliği

2011-36 İstanbul'un Ekonomik ve Sosyal Göstergeleri

2011-37 Social and Economic Indicators of İstanbul

2011-38 2010 Yılı İstanbul Küçük Sanayi Kapasite Kullanım Araştırması

2011-39 Türkiye'de Sağlık Turizmi Sektörü

İTO Yayınları (2012)

2012-1 Kur'an Hat ve Tezhibinden Parıltılar

2012-2 Osmanlı Ticaret ve Sanayi Albümü (2.bs)

2012-3 The Colorful Treasures of İstanbul: From Byzantine Mosaics To Ottoman Ceramic Tiles

2012-4 Fiyat İndeksleri (=Price Indices)

2012-5 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: "Ticari İşletme" ve "Ticaret Şirketleri"ne Getirilen Yenilikler

2012-5 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: "Ticari İşletme" ve "Ticaret Şirketleri"ne Getirilen Yenilikler (güncelleştirilmiş 2.bs.)

2012-6 Makroekonomik Göstergeler (=Macroeconomic Indicators)

2012-7 Vakıflarda Vergi Muafiyeti ve Vergi Teşvikleri

2012-8 Haberlerden Yansıyan İTO 2011

2012-12 Dünden Yarına Bugünün Sözleri

2012-13 İlan-ı Ticaret : Resimli İlanlar Perspektifinde Osmanlı'dan Cumhuriyet'e İstanbul Ticari Hayatı (2.bs)

2012-14 İTO'dan Yükselen Nağmeler (cd-rom)

2012-15 Ekonomik Rapor: 2011 Yılında Türkiye ve Dünya Ekonomisi

2012-16 Economic Report: Turkish and World Economy in 2011

2012-17 Yolu İstanbul'dan Geçen Kervan'ın Sarayları (2.bs.)

2012-18 KOBİ'ler İçin Şirket Anayasasının Önemi ve Oluşturulması

2012-19 Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu İstanbul Ticaret Odası: 1923 - 1960

2012-20 İstanbul Ticaret Odası Yayın Kataloğu : 1885 - 2012

2012-21 2011 Yılı İstanbul Küçük Sanayi Kapasite Kullanım Araştırması

2012-22 Rakamlarla Türkiye Ekonomisi

2012-26 Turkey in Figures

2012-29 Türkiye'de Yayın Hayatı

Aralık 2012 itibariyle

NOT: YAYINLARIMIZA İNTERNET SİTEMİZDEN TAM METİN OLARAK ÜCRETSİZ ULAŞILABİLMEKTEDİR.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Borçlar Kanunu, neleri değiştirmekte, ne gibi yenilikler getirmektedir? Tarife veya fiyat listesi göndermek, sözleşme yapma konusunda bağlayıcı mıdır? Matbu basılıp imzalatılan genel işlem şartları geçersiz mi olacaktır? Sözleşmede istenildiği gibi faiz kararlaştırılabilecek midir? Konut ve iş yeri ihtiyacı olmayan, tahliye taahhüdü de almayan kiraya veren ömrünün sonuna kadar aynı kiracı ile devam etmek zorunda mıdır? Kira sözleşmesine kiracı aleyhine konulan cezai şart ya da muacceliyet kayıtları geçerli midir? Kiralanan yerin değeri oldukça artmış ya da azalmışsa, kiraya veren ya da kiracı kira bedelinin tespitini isteyebilecek midir? Bilgisayar çıktısı bir metnin altının kefil tarafından imzalanması kefalet için yeterli midir? Şirketler nasıl kefil olabilecektir? Kefalet sözleşmesi, kefilin eşi rıza göstermezse geçersiz mi olacaktır? Özellikle genel kredi sözleşmelerine ya da cari çerçeve sözleşmelere kefil olan kişiler, bu borçlardan ne zamana kadar kefil olarak sorumlu olacaktır? Hizmet (iş) sözleşmelerinde neler değişmiştir? Bu değişikliklerin İş Kanunu ile uygulaması nasıl olacaktır?

Ve daha birçok sorunun cevabını bulacağınız bu yayının 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na uyum sürecinde üyelerimize faydalı olacağı düşünülmektedir.

(Elektronik) ISBN 978-605-137-198-6

İSTANBUL TİCARET ODASI

ISBN 978-605-137-197-9

9 786051 371979