

Yeni Borçlar Kanununun Getirdikleri

Sözleşmenin Kurulması

Genel İşlem Koşulları

Borçların İfası

İfa Etmemenin Sonuçları

Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri

Prof. Dr. Baki İlkay Engin
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Sözleşmenin Kurulması

- Sözleşmenin kurulması bahsindeki (TBK 1-48) en önemli yenilik Genel İşlem Koşullarının denetlenmesine ilişkin olarak kanuna eklenen hükümlerdir (TBK 20-25).
- Bu bahisteki, esasa ilişkin olarak öne çıkan diğer değişiklik ve yenilikler ise:
 - TBK 4 II
 - TBK 7
 - TBK 8 III
 - TBK 13 II
 - TBK 14 II ve 15
 - TBK 28
 - TBK 31 I b.3
 - TBK 32 c.3
 - TBK 38 I

TBK 4 II

Hazırlar Arasında Sözleşmenin Kurulması

- *«Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.»*
- Dolayısıyla maddenin ilk fıkrasına göre, hemen kabul edilmezse, öneren, önerisiyle bağlantıdan kurtulur.
- Önceki kanunda sadece telefonla yapılan uzaktan iletişimin hazırlar arasında yapıldığı kabul edilmişti.
- Acaba e-mail yazışmaları bu madde kapsamına girer mi? Doğrudan iletişim kurulmadığı için hayır! Şu halde e-mail ile iletilen öneri, hazır olmayanlar arasındaki öneriye ilişkin TBK 5 hükmüne tabidir.

TBK 7

İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi

- *«İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir».*
- Saldırgan satış yöntemini caydırmaya yönelik yeni bir kural.
- Ortada bir icap bulunmadığına göre, ismarlanmamış malı alıp, kullanan kişi dahi bu yönde bir icabı (öneriyi) kabul etmiş sayılmayacak ve böylece sözleşme kurmuş duruma düşmeyecektir.
- Ayrıca, malı çöpe atmaktan, yok etmekten ötürü tazminatla yükümlü tutulamaz. Kullanması halinde de sebepsiz zenginleşme talebiyle karşılaşmaz.
- Yeni TKHK 7'de de sipariş edilmeyen mal ve hizmetler aynı yönde düzenlenmiş. Tüketici işlemleri bakımından bu madde uygulanır.

TBK 8 II

Öneri (İcap) Karinesi

- *«Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır».*
- Tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi önceki kanunda icaba davet sayılıyordu ve bunlara kıyasen web sitesindeki ilanlar da icaba davet sayılıyordu!

TBK 9 II

İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme

- *«Ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmemesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.»*

TBK 13 II

Şekle Bağlı Sözleşmede Değişiklik

➤ *«Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*

Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır».

- **Adi yazılı şekil için geçerli olan ilk fıkra hükmünün resmi şekle tabi sözleşmeler bakımından da geçerli olduğu esasen önceki dönemde de öğretisi ve uygulamada kabul ediliyordu.**

TBK 14 II

Yazılı Şekil Yerine Geçebilen Durumlar

- *«Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer»*
- Teyit ne zaman ve hangi şekilde olacaktır?
- Güvenli e-imza zaten **TBK 15**'e göre elle atılan imzaya eş tutulmuştur
- ayrıca Elek.İmz.K. 5: resmi şekle veya özel merasime tabi tutulmuş hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli e-imza ile gerçekleştirilemez.

TBK 15 III

Görme Engellilerin İmzası

- *«Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir»*
- Tanık, görme engellinin imzaladığı metnin içeriğini bildiğine tanıklık edecektir. Tanığın da imzası alınacak mıdır?
- Tanık talep edilmemiş olması, görme engellinin metnin geçersizliğini ileri sürmesine engel midir?

TBK 28

Aşırı Yararlanma (Gabin)

- 1) «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.
- 2) 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».

Aşırı Yararlanma - 2

- Aşırı yararlanma (=gabin) halinde, sömürülen tarafa sözleşmeyi iptal etme dışında seçimlik olarak kullanabileceği ikinci bir hak daha tanınmıştır: Dilerse, eskiden beri sahip olduğu gibi, sözleşmeyi iptal etme hakkını kullanır (sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirme) dilerse de sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.
- Diğer yandan bu hakların kullanılmasında beş yıllık bir üst süre getirilmiştir. Önceki kanunda sadece bir yıllık hak düşürücü süre mevcuttu.
- Ayrıca hak düşürücü süre, önceki kanundan farklı olarak sözleşmenin kurulduğu andan itibaren başlamıyor!
- Eğer oransızlığın giderilmesi istenmişse, piyasadaki ortalama fiyat mı dikkate alınmalıdır yoksa dengesizliği kaldıracak miktar ile yetinilecek midir?
- Eğer oransızlığın giderilmesi istenmişse, sömürene TBK 27 II c.2'ye kıyasen, bu durumu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürme olanağı tanınacak mıdır?
- Eğer iptal hakkı kullanılmışsa, sömürene, hata hükümlerindeki TBK 34 II'den kıyasen yararlanılmak suretiyle, aradaki farkı teklif etme hakkı tanınacak ve böylece sömürülen, iptal yerine oransızlığın giderilmesini kabul etmek zorunda bırakılacak mıdır?

TBK 31

Açıklamada Yanılma (Beyan Hatası)

➤ «Özellikle aşağıda sayılan yanılma hâlleri esaslıdır:

...
3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.

4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.

....»

- Önceki kanundan farklı olarak, yeni kanunda kişide yanılma iki ayrı bentte düzenlenmiş, sözleşmenin karşı tarafının kimliğinde yanılma (b.3) dışında bir de sözleşme açısından önem taşıyan üçüncü kişinin kimliğinde yanılma hali de açıkça maddenin kapsamına sokulmuştur (b.4).
- Örnek: Kefil, alacaklı ile yaptığı kefalet sözleşmesinde, B'nin borcu için kefil olmak isterken, yanlışlıkla, C'nin borcu için kefalet altına girmişse, TBK 31 uygulanacaktır.

TBK 32

Saikte Yanılma

- *«Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir».*
- İkinci cümledeki ilk iki koşula ek olarak, yanılanın hangi saikle bu sözleşmeyi kurduğunun karşı tarafça bilinebilir olması, üçüncü bir koşul olarak getirilmiştir. Önceki kanunda yer almayan bu son cümleyle kastedilen, saik hatasına düşüldüğünün karşı tarafça bilinebilir olması değildir! Kastedilen hangi saikle sözleşmeyi kurduğunun karşı tarafça bilinebilmesidir.

TBK 29

Korkutma

- *«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».*
- Önceki kanunda, yakın akrabalar ibaresi dar bulunarak eleştiriliyor ve yakınlar olarak anlaşılması gerektiği ifade ediliyordu.
- Önceki kanunda sadece hayat veya şahıs ve şeref sayılmış olmasına rağmen kişilik haklarına dahil diğer unsurlara yönelik tehditlerin de bu madde kapsamına gireceği kabul ediliyordu.

II. Genel İşlem Koşulları

TBK 20-25

- TBK 20-25'deki hükümler, sadece tüketici işlemlerinde uygulanabilecek olan TKHK'deki «haksız şartlar»a ilişkin düzenlemeye nazaran genel niteliktedir. Bu iki düzenleme arasında genel hüküm – özel hüküm ilişkisi mevcuttur.
- Tüketici işlemleri bakımından, TBK.20 vd hükümleri ancak TKHK'nda bir boşluk bulunduğu hallerde, bu boşluğun genel hükümler ile doldurulması gündeme geldiğinde, TKHK'nun Borçlar Kanununa yapmış olduğu gönderme çerçevesinde söz konusu olabilecektir.
- Buna karşı, tüketici işlemi olmayan işlerde genel işlem şartlarının denetlenmesi TBK.20 vd hükümlerine tabi olacaktır. Tüketici işlemleri bakımından, TKHK'nun getirmiş olduğu bu sınırlama dışında, TBK 20 vd hükümlerinin, tüm sözleşme ilişkileri bakımından, sözleşmenin türü bakımından bir ayırım yapılmaksızın uygulanacak hükümler getirdiği görülmektedir. Diğer yandan, bu hükümlerin uygulanması, tarafların gerçek veya tüzel kişi olması veya tacir sıfatını taşıyıp taşıyamaması bakımından da bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır.

GİK

Denetim Aşamaları

- TBK 20 GİK tanımı. Ortada denetime tabi tutulacak bir GİK var mıdır?
- TBK 21-22 Yürürlük denetimi . GİK Sözleşme içeriğine dahil olmuş, yürürlük kazanmış mıdır?
- TBK 23 Yorum Denetimi
- TBK 25-24 İçerik Denetimi. Sözleşme içeriğine dahil olmuş, yürürlük kazanmış olan GİK, acaba karşı tarafın durumunu MK 2'ye aykırı düşecek ölçüde ağırlaştırıcı nitelikte midir?

TBK 20 I

GİK Tanımı

- *"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz".*
- ileride yapılması planlanan çok sayıdaki benzer sözleşmelere ilişkin olarak, sözleşme şartları önceden tek taraflı olarak hazırlanmış ve herhangi bir müzakere imkanı kalmaksızın karşı tarafa sunulmuş ise genel işlem koşullarından bahsedilecektir

TBK 20 II

GİK Tanımı-2

- *«Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez».*
- Uygulamada, genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin hükümlerden sıyrılmak amacıyla önceden hazırlanan sözleşme metinlerinde şekli bir takım değişiklikler yapılmak suretiyle, sanki bireysel sözleşmelerin hazırlandığı yönünde bir iddia ortaya atılabilir. Bu yöndeki bir iddiaya engel olmak amacıyla, TBK.20 II hükmünde, önceden hazırlanmış sözleşme metinlerinin tıpatıp birbirinin aynı olmasının şart olmadığı ifade edilmiştir.

TBK 20 III

GİK Tanımı-3

- *"Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz."*
- Pazarlık konusu yapılmış olduğu ispatlanan bir hüküm GİK niteliğinde değildir.
- Fıkradaki "tek başına" ibaresinden de anlaşılacağı üzere, tek taraflı olarak önceden hazırlanmış sözleşme şartlarını kullanan taraf, bu sözleşme şartlarının münferiden tartışıldığını, fiilen pazarlık konusu yapıldığını ispat külfeti altındadır.

TBK 20 IV

GİK Tanımı-4

- *"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".*
- Hükmün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, kamu hukuku tüzel kişilerinin özel hukuk ilişkilerinde kullandığı genel işlem koşullarının da bu bölümdeki denetlemeye tabi olduğu kabul edilmiştir.
- Diğer yandan, bir özel hukuk tüzel kişisinin düzenlenmiş olduğu genel işlem koşulları, idari denetimden geçmiş yani bir kamu hukuku otoritesi tarafından onaylanmış olsa bile, genel işlem koşullarının denetime ilişkin TBK 20 vd hükümlerine tabi kalacaktır.

TBK 21

GİK – Yürürlük (Bağlayıcılık) Denetimi

- 1) *«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.*
- 2) *Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır».*

TBK 21

GİK-Yürürlük Denetimi 2

- Bir tarafın önceden tek taraflı olarak hazırlamış olduğu GİK, sanki bir yasal düzenlememişçesine kendiliğinden sözleşme içeriğine dahil olamaz. Bu standart hükümlerin de, karşı tarafça kabul edilmiş olması gerekmektedir.
- GİK'in karşı tarafça kabulü için ise, sözleşme kurulurken bunlara atıf yapılmasının (karşı tarafa bunların kullanıldığı konusunda bilgi verilmesi) ve karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme olanağının sağlanmış olması yeterli görülmektedir. İçeriğini izah etmesine gerek yok! İmza karşılığı bu metni teslim etmek yeterli olacaktır.
- Birinci fıkrada da bu şartlara yer verilmiştir. Ancak hükmün başındaki «**karşı tarafın menfaatine aykırı**» ibaresi çok isabetsiz olup, içerik denetimi ile yürürlük denetiminin birbirine karıştırıldığını göstermektedir.
- Karşı taraf GİK konusunda uyarılmamış veya kendisine bunların içeriğini öğrenme olanağı tanınmamışsa, GİK karşı tarafça kabul edilmiş sayılmaz. Bunu ifade etmek üzere TBK 21 II ve 22'de bunların yazılmamış sayılacağından bahsedilmiştir.

TBK 21 II

GİK-Yürürlük Denetimi 3

- İkinci fıkra: **Şaşırtıcı kayıtların** global kabulün (okunmadan imzalanan sözleşmenin) (GİK çoğunlukla böyle imzalanır) kapsamına girmemesi!
- Genel işlem şartlarına yollama yapılmış ve bunun içeriğini öğrenmesi olanağı kendisine verilmiş olsa bile, müşteri bunları okumadan topyekün (global) bir şekilde yani okumadan, bir bütün olarak kabul edebilir. Okunmadan imzalanan belgelerin geçerli olacağı ilkesine paralel bir şekilde, GİK'in de global kabul yoluyla sözleşme içeriğine girebileceği kabul edilmektedir. Ancak GİK arasında yer alan olağan dışı (beklenilmeyen), şaşırtıcı kayıtlar global kabul yoluyla benimsenmiş sayılmazlar. Bu gibi sürpriz hükümlerin de kabul edilmiş olduğu sonucuna varılabilmesi için, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, bu gibi sürpriz kayıtlar hakkında bunları global olarak kabul etme eğiliminde olan müşterisini ikaz etmesi beklenir. Ksi takdirde, genel işlem şartları arasında yer alan şaşırtıcı kayıtlar sözleşme içeriğine dahil olmuş sayılmazlar.

TBK 23

GİK – Yorum Denetimi

- *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."*

TBK 25

GİŞ – İçerik Denetimi

- «Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz».
- Temel kriter MK 2'ye dayalı!
- Yargıtay da daha 1981 tarihli bir kararında, satıcının, teslim süresini uzatmak ve bu süre içinde yapılan zamları da müşteriye yansıtmaya yaracak şekilde, teslim tarihindeki fiyatla malı alıcıya verme hakkına sahip olduğu yönündeki GİK hükmünü, MK 2'ye dayanarak geçersiz saymıştı.

TBK 24

İçerik Denetiminin Özel Bir Görünüm Şekli

- *«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».*
- İçerik denetimine ilişkin TBK 25'e ilişkin somut bir örnek olan bu hüküm, ifadesine rağmen mutlak olarak değil, somut olayda, dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde karşı tarafın aleyhine olması halinde uygulanacaktır.

III. Borçların İfası

- ❑ Borçların ifasına ilişkin bölümde (TBK 83-111) yapılan değişiklikler ve getirilen yenilikler:
 - TBK 88 II
 - TBK 99 III
 - TBK 100 I c.2
 - TBK 106 II

TBK 88 II

Akdi faiz oranına getirilen üst sınır

- 1) *«Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.*
 - 2) *Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz».*
- Aksi kararlaştırılmayan emredici nitelikte bir hüküm.
 - Fahiş orandaki akdi faize karşı, öğretilde ve uygulamada, ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık butlanından yararlanılabileceği kabul edilmekteyken, tüketici kredileri ve taksitle satışlarla, banka ve kredi kartlarında zaten sınırlayıcı hükümler mevcutken, sözleşme serbestisinin bu şekilde genel olarak sınırlanmasının isabeti son derece tartışılır.
 - İsbeti tartışılır bu hükmün, sadece adi işlere münhasır olup, ticari işlerde uygulanmayacağı kabul edilmelidir. Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenebilir (TTK 8 I).
 - Temerrüt faizine ilişkin sınırlama →TBK 120 II

TBK 99 III

Yabancı para borcunun ifası

- 2) *«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.*
- 3) *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 filî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir».*

Yabancı para borcunun ifası - 2

- Aynen ödeme kaydı yoksa, borçlu yabancı para borcunu dilerse **ödeme günündeki** kurdan TL'ye çevirip ödeyebilir.
- Yabancı para borcunun **vadesinde (muacceliyet tarihinde) ödenmemesi üzerine**, alacaklıya, borcun yabancı para olarak aynen ifasını talep etme hakkı tanınmıştır. Önceki düzenlemede borçlu gecikmiş olsa bile TL ile ödemede ısrar edebilirdi ancak alacaklıya kuru seçme yetkisi tanınmıştır.
- Eğer alacaklı aynen ifayı değil de, TL karşılığını talep etmeyi tercih edecekse, kendisinin kuru seçme konusunda bir seçimlik yetkisi vardır: Dilerse vade (muacceliyet) günündeki kurdan dilerse de fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden TL ile ödenmesini isteyebilir.

TBK 100 I c.2

Kısmi ifanın ana para borcuna mahsubu

- 1) «Borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir. Aksine anlaşma yapılamaz.»
 - İşlemiş faiz borcu dururken, alacaklının kabulüyle gerçekleşen kısmi ifa ana paradan düşülemez, faiz ve giderlerden düşülür. Ama borçlu faiz ve giderleri ödemede gecikmemişse, alacaklının kabul ettiği kısmi ifayı ana paradan düşebilir (ana paraya mahsup edebilir).
 - Yeni bir hüküm olarak, bu prensibin emredici olduğu ifade edilmiştir. Oysa bu sınırlama her ihtimalde borçluyu koruyucu değil. Mesela gecikmiş faizler bile olsa, kısmi ifanın bunlara mahsup edilebileceği konusunda alacaklı ve borçlu anlaşma yapamayacak mı?!

TBK 106 II

Müteselsil borçlarda alacaklı temerrüdü

- 2) «Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur».

IV. İfa Etmemenin Sonuçları

□ Bu bölümde (TBK 112-126) yapılan değişiklikler ve getirilen yenilikler:

- TBK 115 II, III
- TBK 116 III
- TBK 117 II
- TBK 120
- TBK 126
- TBK 138

TBK 115 II , III

Sorumsuzluk Anlaşması

- 2) *Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*
- 3) *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.*

TBK 115

Sorumsuzluk Anlaşması-2

- İkinci fıkranın, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç için yapılacak her türlü sorumsuzluk anlaşmasını kesin hükümsüz sayan ifadesi amaca göre dar yorumlanmalı ve işçinin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaları geçersiz sayılmamalıdır.
- Önceki kanundan farklı olarak yeni kanun takdiri butlana yer vermemiştir.
- Yine önceki düzenleme sadece hizmet sözleşmesine ilişkin değil, alacaklının borçlunun hizmetinde olduğu her hali kapsıyordu. Böylece sadece hizmet sözleşmelerinde değil, alacaklının borçlunun hizmetinde olduğu her türlü sözleşmede bu hükmün uygulanması mümkün olabiliyordu.
- Üçüncü fıkra ise, önceki BK 99 II'den daha geniştir. Sorumluluğun sadece idare tarafından imtiyaz sözleşmesi ile ruhsat verilmiş bir işin görülmesinden doğmuş olması şartı aranmaz. Böylece icrası resmi bir ruhsat veya idari izne bağlı işlerde de (örn: bankacılık faaliyetleri) hükmün uygulanmasına (eskiden kıyasen bu sonuca varılıyordu) açık bir yasal zemin kazandırılmıştır.

TBK 116 III

Yardımcı Kişilerin Fiilinden Sorumsuzluk Anlaşması

- *«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».*
- Karş. EBK.100 III: Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu, mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mes'uliyetten kendisini beri kılabilir.

TBK 117 II

İhtarsız Temerrüt Halleri

- *«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; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır».*

TBK 120

Temerrüt Faizi Oranı

- 1) «Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.
- 2) Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.
- 3) 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».

TBK 120

Temerrüt faizi oranı -2

- Akdi faiz oranını sınırlayan bu hüküm de yeni. Önceki dönemde, ahlaka aykırılık veya kişilik haklarına aykırılık sınırları içinde, tarafların serbestçe belirleyebileceği kabul ediliyordu. Yargıtay kararlarında da, cezai şartta olduğu gibi, aşırı derecedeki temerrüt faizi oranını hakim in indirebileceği kabul edilmekteydi. Tüm bu olanaklar varken, bunların yerine genel bir şekilde emredici bu kuralı getirilmesinin isabeti tartışılır.
- Ama bu sınırlamanın sadece adi işlerde geçerli olduğu kabul edilmelidir (tart). Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenebilir (TTK 8 I; TTK 8 III'de faiz bakımından sadece tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur). Buna rağmen, Yargıtay'ın söz konusu sınırlamanın ticari işlerde de uygulanacağına dair kararı isabetsizdir (13. HD, 22.11.2012, 17865/26319, YKD.2013/3, 561). Nitekim 19. Hukuk Dairesi'nin 2013 tarihli kararlarında, aksi yöndeki görüşe rağmen, yerleşik uygulamalarının bu sınırlamanın adi işlere münhasır olduğu yönünde olduğu ifade edilmektedir.

TBK 120

Temerrüt faizi oranı -3

- Hükmün ilk fıkrasında yasal faiz kanununun (3095 sK) birinci maddesine göndermede bulunmaktadır. 1 Ocak 2006'dan bu yana yıllık %9.
- Bu oran kural olarak ticari işlerde de geçerlidir. Ancak TCMB'nin 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, daha fazlaysa ve taraflar da aksini kararlaştırmamışlarsa, ticari işlerde temerrüt faizi olarak bu oran istenebilir (bugün %11,75). Eğer bu oran, 30 Haziran günü, önceki yılın 31 Aralık gününde uygulanandan 5 puan veya daha çok fazla ise, yılın ikinci yarısında, bu oran (yani 30 Haziranda belirlenen) geçerli olur (3095 s.K.2 II c. 1,2). Ama uygulamada, kanunun bu yöndeki lafzına rağmen, TCMB tarafından değiştirilen faiz oranı, derhal (yani değişiklik tarihinden itibaren) uygulanmakta olduğu görülüyor.
- Hükmün son fıkrası da esasen 3095 sK. 2 III hükmünde ifade edilmişti.

TBK 126

Sürekli edimli sözleşmelerde fesih ve sonuçları

- *«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».*

V. Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri

- Bu Bölümde Düzenlenen Konular:
 1. Alacağın Devri (TBK 183-194)
 2. Borcun Üstlenilmesi (TBK 195-204)
 3. Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma (TBK 205-206).
- Alacağın temliki → Alacağın devri
- Borcun nakli → Borcun üstlenilmesi
- Bu bölümdeki değişiklik ve yenilikler:
 - TBK 191 I
 - TBK 193 b.4
 - TBK 198 II
 - TBK 201
 - TBK 205
 - TBK 206

TBK 191 I

Alacağın Devrinde Garanti Sorumluluğu

- «*Alacak bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur*».
- **Alacağı devredenin garanti sorumluluğunun kapsamına borçlunun ödeme gücü de dahil edilmiştir!** İvazlı devirlerde devreden artık sadece alacağın varlığından (veritas) ötürü değil, borçlunun ödeme gücünden (bonitas) ötürü de kusursuz, garanti sorumluluğu altındadır.
- Acaba borçlunun hangi andaki ödeme gücü garanti edilmiştir? Temlikten sonraki ödeme güçsüzlükleri de devredenin garanti sorumluluğu altında mıdır?

TBK 193

Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu

- *«Devralan garanti ile yükümlü olan devredenden aşağıdaki istemlerde bulunabilir:*
 1. İfa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini
 2. Devrin sebep olduğu giderleri.
 3. Borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri.
 4. **Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını.»**
- Esasen eklenen son bentte bir kusursuz (=garanti) sorumluluğu söz konusu olmayıp, kusursuzluğunu ispat yükünün devredene yüklendiği bir kusur sorumluluğu hali bulunmaktadır!

TBK 198 II

Borçlunun Değişmesinin Bağlı Hak ve Borçlara Etkisi

➤ *«Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır.*

Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam eder».

- Önceki düzenlemede kefil veya rehin verenin rızasının yazılı olması gerektiği konusunda açıklık yoktu.

TBK 201

Borca Katılma

- 1) *«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.*
 - 2) *Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar».*
- Önceki kanunda borca katılma düzenlenmemiş olmakla birlikte, sözleşme serbestisi ilkesi karşısında yapılmasına bir engel görülüyordu.
 - Borcun üstlenilmesinden farklı olarak, mevcut borçlu borçlu olmaktan kurtulmamakta!
 - Yeterli şekilde belirlenmesi kaydıyla, sadece mevcut bir borca değil, gelecekte ortaya çıkacak bir borca katılmaya da bir engel yoktur.
 - Mevcut borçlu ile borca katılan (yeni) borçlu arasında müteselsil borçluluk söz konusu olacaktır.
 - Borca katılma sözleşmesi bu maddede bir şekilde bağlanmamış ise de, gerçek kişilerin teminat verme amacıyla katılacakları borçlar açısından **TBK 603** hükmü gözden kaçırılmamalı!

TBK 205

Sözleşmenin Devri

- 1) Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.
- 2) Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.
- 3) Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.
- 4) Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır.

Sözleşmenin Devri - 2

- Sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan arasında yapılacak üçlü bir anlaşma.
- Ancak, sözleşmede kalan taraf, diğer ikisinin yaptığı devir sözleşmesine yönelik rızasını önceden verebileceği gibi, bu ikisinin yaptığı devir anlaşmasına sonradan da onay verebilir.
- Devredilen sözleşmenin kurulması şekle bağlı değilse, devir sözleşmesinin geçerliliği de şekle bağlı değildir.

TBK 206

Sözleşmeye Katılma

- 1) 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.
- 2) Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar.
- 3) Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.