

BORÇLAR KANUNU TASARISI UYARINCA BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

Av. U. Sarper BOZ

I. SUNUŞ

1. İncelenen Borçlar Kanunu Tasarısı metni

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanarak ilk defa Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ismi ile kamuoyuna duyurulan metnin üzerinden geçen dört yılı aşkın sürede, tasarı metninde birçok değişiklik yapılmıştır. Bu nedenle, Borçlar Kanunu Tasarısı'na ilişkin inceleme yapılan akademik çalışmalarda, incelemeye esas alınan Borçlar Kanunu Tasarısı metninin hangisi olduğunun tanımlanması özel bir önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) internet sayfasındaki tasarılar bölümünden ulaşılabilen, 25 Aralık 2008 tarihinde Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı metni esas alınmıştır. Bu metin, TBMM Adalet Komisyonu'nun, Bakanlar Kurulu'nun kendisine gönderdiği metin üzerinde değişiklikler yaparak, 12 Ocak 2009 tarihli raporuyla kabul ettiği ve TBMM'ye sevk ettiği tasarı metnidir. Herhangi bir şüpheye mahal vermemek adına, aşağıda farklı tasarı metnlerinin, işbu inceleme kapsamında ne şekilde tanımlandığının bir tablosu sunulmaktadır:

TANIM	AÇIKLAMA
İlk Tasarı Metni	Galatasaray Üniversitesi Yayınları tarafından Mayıs, 2005'te yayınlanan "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler" başlıklı eserin ekinde yer alan tasarı metni ¹
Hükümetin Teklif Ettiği Metin	TBMM'nin internet sayfasından (http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf adresinde) ulaşılabilen, Bakanlar Kurulu tarafından 24 Aralık 2007 tarihinde hinde onaylanarak 22 Ocak 2008 tarihinde TBMM'ye sevk edilen tasarı metni ²
Adalet Komisyonu'nca Kabul Edilen Metin (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı; Tasarı; BKT)	TBMM Adalet Komisyonu'nun 12 Ocak 2009 tarihli raporuyla TBMM'ye sevk edilen ve TBMM'nin internet sayfasında (http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf adresinde) "Esas Komisyon Raporu" başlıklı metnin ekinde yer alan tasarı metni ³

Tablo 1 - İnceleme Kapsamında Atıf Yapılan Tasarı Metinleri

1) KUNTALP, Erden / BARLAS, Namı / AYANOĞLU MORALI, Ahu / ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Feltin / İPEK, Mehtap / YAŞAR, Mert / KOÇ, Sedef. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Beta Basın Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, Mayıs, 2005 (Anlık : Kuntalp/Barlas, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler).

(2) Hükümetin Teklif Ettiği Borçlar Kanunu Tasarısı (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>).

(3) Adalet Komisyonu'nca Kabul Edilen Borçlar Kanunu Tasarısı (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).

2. Tasarı'da konunun düzenlenişi.

Mevcut Borçlar Kanunu'nun (BK) madde numaraları Tasarı'da değiştirilmek istenmektedir. Aslında, Tasarı'da en azından mevcut BK'nın genel hükümlerinin madde numaralarının değiştirilmemesi ve genel hükümlere ilişkin ek maddelerin, mevcut maddelere eklenecek harflerle (örnek olarak 60, 60/A, 60/B...) düzenlenmesi tercih edilebilirdi.

Özel hukuk alanındaki en temel kanunlardan biri olan ve 80 yılı aşkın bir süredir uygulanan BK'nın en temel maddelerinin numaralarının değiştirilmesi uygulamada gereksiz bir karışıklık yaratacaktır. Aynı zamanda, BK döneminde yazılmış değerli Borçlar Hukuku Eserlerinden yararlanılmasını da güçleştirecektir. Aynı doğrultuda, mehz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Code des Obligations, CO; Obligationenrecht, OR) yürürlükte olduğu yaklaşık 100 yıllık süreçte yapılan değişikliklerde de, madde numaralarının değiştirilmesi yerine ek maddelere harfli madde numaraları verilmesi yolu ile Kanunun "iskeletin" korunması tercih edilmiştir. Tasarıda ise BK'nın genel hükümleri dahil olmak üzere tüm madde numaralarının tamamen değiştirilmesinde bir sakınca görülmemiştir.

Bu nedenle, Tasarıya ilişkin incelemenin başına madde numaraları listesi eklenmesi yoluyla Tasarının borçların ifa edilmemesine ilişkin hükümleri hakkındaki sistematığının daha kolay bir şekilde takip edilebilmesinin sağlanması mecburiyeti doğmuştur. Tasarıda ilgili hükümlerin düzenleniş şekli ve ilgili hükümlerin mevcut Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerle karşılaştırılması yandaki tablo gibidir:

BORÇLAR KANUNU TASARISI		BORÇLAR KANUNU	
İKİNCİ AYIRIM: BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI		İKİNCİ FASIL: BORÇLARIN ÖDENMEMESİNİN NETİCELERİ	
A. BORCUN İFA EDİLMEMESİ		A) BORCUN İFA EDİLMEMESİ	
I. Giderim Borcu		I. Borçlunun Mesuliyeti	
112	1. Genel Olarak	96	1. Umumiyet İtibariyle
113	2. Yapma ve Yapmama Borçlarında	97	2. Bir Şeyin Yapılması veya Yapılmaması Borçları
	II. Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı		II. Mesuliyetin Vüsati
114	1. Genel Olarak	98	1. Umumiyet İtibariyle
115	2. Sorumsuzluk Anlaşması	99	2. Mesuliyetten Beraat Şartı
116	3. Yardımcı Kişilerin Fillerinden Sorumluluk	100	3. Muavin Şahısların Mesuliyeti
	B. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ		B) BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ
	I. Koşulları		
117	I. Koşulları		I. Şartlar
	II. Hükümleri		
118	1. Genel Olarak		
	a. Gecikme Tazminatı	101	I. Şartlar
119	b. Beklenmedik Hâlden Sorumluluk		II. Hükümleri
		102	1. Kaza Halinde Mesuliyet
120	2. Temerrüt Faizi		2. Geçmiş Günler Faizi
	a. Genel Olarak	103	a. Umumiyet İtibariyle
121	b. Faizlerde, İratlarda ve Bağışlamada Temerrüt Faizi	104	b. Faizin, Mütedahil Taksitlerin, Hibe Ettiği Meblağın Tediyesinde Mütemerrit Olan Borçlu
122	3. Aşkın Zarar	105	Munzam Zarar
123	4. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde	106/I	4. Bir Mehil Tayini Suretiyle
	a. Süre Verilmesi		a. Fesih Hakkı
124	b. Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar	107	b. Derhal Fesih
125	c. Seçimlik Haklar	106/II	4. Bir Mehil Tayini Suretiyle
			a. Fesih Hakkı
		108	Rücuun Hükümleri
126	d. Sürekli Edimli Sözleşmelerde	-	-

Tablo 2 - Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sistematiği ve Borçlar Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırması

II. TASARI'NIN BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları Hakkında Hükümler

1. Borçların İfa Edilmemesinden Doğan Sorumluluk

(BK md.96; BKT md.112)

BK'nın 96. maddesi, BKT'nin 112. maddesinde karşılanmaktadır. Madde metninde hukuki sonuç doğuracak bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak BK md.96'da "alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde" ifadesi, isabetli bir şekilde BKT md.112'de doktrinin de kabul ettiği ifadeye uygun olarak "borç hiç veya gereği gibi İfa edilmezse" şeklinde değiştirilmiştir. Zira, madde metninde düzenlenen sonucun gerçekleşmesi alacaklının hakkını istifade etmemesine değil, borcun İfa edilmemesine bağlıdır. Madde metninde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmasını gerektiren bir içtihat veya doktrin görüşü de bulunmadığından, yapılan değişiklik yeterli ve olumludur.

2. Yapma ve yapmama borçlarından sorumluluk

(BK md.97; BKT md.113)

BK md.97 hükmünün konusu, BKT md.113'de düzenlenmektedir. Metinde isabetli olarak dile ilişkin bazı değişiklikler ve dilde sadeleştirme yapılmıştır. Bunun dışında, madde metninde önemli bir değişiklik yer almamaktadır. Ancak, BK md.97'de "borcun kendisi tarafından ifasına İzin verilmesini talep edebilir" ifadesi isabetli bir şekilde "edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına İzin verilmesini isteyebilir" şeklinde değiştirilmiştir. Zira, borcun her zaman alacaklının kendisi tarafından İfa edilmesi mümkün olmayacağından bunun başkası tarafından da ifasına İzin verilmesini isteyebileceğinin kabulü gerekir. Madde metninde esasa ilişkin başka bir değişiklik yapılmasını gerektiren bir içtihat veya doktrin görüşü de bulunmadığından, yapılan değişiklik yeterli ve olumludur.

3. Sorumluluğun ve giderim (tazminat)⁴ borcunun kapsamı

(BK md.98; BKT md.114)

BK md.98'de düzenlenen borcun İfa edilmemesinden dolayı sorumluluğa ilişkin olarak, sorumluluğun ve tazminat borcunun kapsamı BKT md. 114'de de aynı doğrultuda düzenlenmiştir. Madde metninde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmasını gerektiren bir içtihat veya doktrin görüşü de bulunmamaktadır.

(4) Tasarı kapsamında dile ilişkin sadeleştirme çalışmalarının bir neticesi olarak "tazminat" terimi gibi hukuk diline yerleşmiş ve borçlar hukukunun temel terimlerinden biri olmuş bir kelimenin, "giderim" kelimesiyle değiştirilmek istenmesi isabetsiz olmuştur.

4. Sorumsuzluk anlaşması (BK md.99; BKT md.115)

BK md.99'da düzenlenen sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin olarak, BKT md.115'te esasa ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır:

a. Sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz sayılması

Öncelikle, BK'daki "*hile veya ağır kusurundan*" ifadesi, BKT'de sadece "*ağır kusurundan*" ifadesiyle karşılanmaktadır. BKT'nin gerekçesinde "*ağır kusurun*", "*kastı*" kapsayan bir hâl olduğu açıklanmıştır. Bu gerekçe ile yapılan değişikliğe ise katılmamak gerekir.⁵ Zira, ağır kusurun, kastı kapsadığından bahsedilemez. Tam aksine kast, ağır kusurdan daha ağır bir kavramdır. Ağır kusur, kastı kapsar ifadesi, ağır kusuru olan herkesin, kastı da vardır anlamına gelecek şekilde yanlış anlaşılabilir niteliktedir. Gerekçe'de açıklanmak istenen, "*ağır kusurdan sorumluluğu kaldırان anlaşma kesin hükümsüz sayılıyorsa, kasttan sorumluluğu kaldırان anlaşma evlebiyetle kesin hükümsüz sayılır*" yorumudur. Ancak, BKT'de, hakkında tartışma olmayan maddeler için dahi şüpheye mahal vermemek adına yeni düzenlemeler ile açıklık getirilmeye çalışılırken, BK md.99'dan iki kelimenin eksilmesi suretiyle kelime ekonomisi yapılması ve daha önceden kanun ile düzenlenmiş bir konunun yorum ihtiyacı doğuracak şekilde boşluk yaratılarak değiştirilmesinde önemli bir yarar olmadığının kabulü gerekir.

b. Alacaklının borçlunun hizmetinde olması

Hükümet'in Teklif Ettiği Metin'de, BK düzenlemesine paralel bir şekilde hâkime, borçlunun hafif kusurundan sorumluluğunu kaldırان sorumsuzluk anlaşmasını hükümsüz kılabilme konusunda takdir yetkisi tanınmıştı. Ancak Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Metin'de borçlunun, alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Ağır kusur ve kasıt halleriyle ilgili olarak önceden sorumsuzluk anlaşması yapılması zaten kesin hükümsüz olduğundan, madde metnindeki hafif kusurundan sorumluluğu kaldırان sorumsuzluk anlaşması ifadesi çıkartılarak, yerine her türlü anlaşma ifadesinin eklenmesi de hukuken bir farklılık yaratmamaktadır. Ancak Adalet Komisyonu'nca kabul edilen Metin uyarınca artık bu durumda hâkime takdir yetkisi tanınmamakta ve bu tür anlaşmalar doğrudan kesin hükümsüz kabul edilmektedir. Ağır kusur ve kast halinden sorumluluğu kaldırان anlaşmalar zaten kesin hükümsüz olduğundan, sadece hafif kusurdan sorumluluğu kaldırان anlaşmalara ilişkin olarak uygulanabilecek olan bu hüküm ile, hafif kusur halinden sorumluluğu kaldırان anlaşmaların mutlak suretle kesin hükümsüz kabul edilmesi yerine

(5) Aksi görüşte bkz. Kuntalp/Barlas, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, sf. 71.

BK'daki gibi bu konunun hâkimin takdir yetkisine bırakılması daha uygun olurdu.

Ayrıca, mevcut BK ve Hükümetin Teklif Ettiği Metin isabetli olarak hükmün uygulama alanını alacaklının borçlunun hizmetinde bulunmasına bağlarken, Adalet Komisyonu'nca Kabul Edilen Metin'de uygulama alanının *"borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç"* olarak tanımlanması da doğru olmamıştır. Komisyon, Hükümetin Teklif Ettiği Metin'deki değişikliklerin sebebini ise çok geniş ifadelerle *"Borçlar Kanunu'nun kaynak ülkede kodifikasyonu dönemindeki emek anlayışı ile çağımızdaki değerlendirme kriterlerinin değişmesi, angarya yasağı ve hizmet ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminatların tam ödenmesi ülkeleri"* olarak gerekçelendirilmiştir.

c. Hükümet tarafından izin verilmek suretiyle yürütülen faaliyetler.

BKT md.115'te yer alan düzenleme ise BK md.99'a göre oldukça farklıdır. Öncelikle, artık bu kapsama giren durumlarda hâkime takdir yetkisi tanınmamakta ve sorumsuzluk anlaşması doğrudan kesin hükümsüz sayılmaktadır. Ancak bunun için faaliyetin hükümet tarafından izin verilmek suretiyle yürütülen ve uzmanlık gerektiren bir hizmet olması gerekir. *"Uzmanlık getiren"* ifadesi, İlk Tasarı Metninde yer almamaktaydı. İlgili ifade, doktrinden gelen eleştiriler üzerine Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Metne eklenmiştir. Eğer bu ifade eklenmemiş olsaydı, artık hâkime takdir yetkisi de tanınmadığı düşünülürse hükümetten izin almak suretiyle yürütülen tüm faaliyetlerde sorumsuzluk anlaşmaları (a) priori kesin hükümsüz sayılacaktır. Yine de, bu konuda da anlaşmaların doğrudan kesin hükümsüz sayılması yerine, hakime takdir yetkisi tanınması suretiyle somut olaylar için uygun olan çözümlerin hâkimlerin takdir yetkisi suretiyle oluşturulması yerinde olurdu.

5. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk

(BK md.100; BKT md.116)

BKT md.116'nın birinci ve ikinci fıkraları, BK'nın 100. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarını karşılamaktadır. Bu fıkralarda, dilde yapılan isabetli sadeleştirme çalışmaları dışında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Ancak, BK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası açısından, madde metninde dilin sadeleştirilmesi dışında da esasa yönelik bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, bir önceki bölümde BKT md.115 için açıklanan değişiklikleri yansıtmaktadır (uzmanlık gerektiren ve devletten izin alınan bir hizmetin ifası ile ilgili işlemlerde sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olması).

Son olarak, Hükümet Tarafından Teklif Edilen Metin'den farklı olarak Adalet Komisyonu'nca Kabul Edilen Metin'de ek bir değişiklik daha yapılmıştır. Buna göre alacaklının, borçlunun hizmetinde olduğu takdirde, sözleşmeyle borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmamasına izin veren bir düzenleme yapılabileceğine ilişkin hüküm BKT'den çıkartılmıştır.

B. Borçlunun Temerrüdü Hakkında Hükümler

1. Temerrüdün şartları (BK md.101; BKT md.117)

Borçlunun temerrüdünün şartları, BKT md.117'de düzenlenmektedir. BKT'de yapılan dilde sadeleştirme çalışmaları kapsamında, İlk Tasarı Metninde temerrüt kelimesi "*direnme*" ifadesi ile değiştirilmek istenmiştir. Ancak Adalet Komisyonu'nca Kabul Edilen Metin'de isabetli olarak, temerrüt teriminin değiştirilmesinden vazgeçilmiştir.

Hükümet Tarafından Teklif Edilen Metin'den farklı olarak Adalet Komisyonu'nca Kabul Edilen Metin'de maddeye bir ekleme yapılarak, haksız fiillerde haksız fiilin işlendiği tarihin, sebepsiz zenginleşme de ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihin temerrüt tarihi olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Sebepsiz zenginleşmenin iyi niyetli olduğu hâllerde ise temerrüt için bildirimin şart olduğu ayrıca belirtilmiştir. Sözleşmeden doğan borçlar dışında borçlara ilişkin olarak uygulamada temerrüt tarihine dair herhangi bir şüpheye mahal verilmemesi adına, Adalet Komisyonu'nca madde metnine yapılan eklemeler olumludur. Ancak, aynı doğrultuda sözleşmeden doğan borçlar açısından da temerrüt anına ilişkin olarak uygulamadaki ve doktrindeki görüşlere paralel şekilde, "*borcun ifasının mümkün olması*" ve "*alacaklının ifayı kabule hazır olması*" şartlarının da eklenmesi konu hakkında herhangi bir şüpheye mahal vermemek adına yerinde olabilirdi⁶.

Ayrıca doktrindeki görüşlere paralel olarak Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) § 286'da düzenlendiği gibi, eda davası açılmasının veya İcra Dairesine başvurulmasının borçluyu temerrüde düşüreceği de açıkça belirtilebilirdi. Böylece, menfi tespit davası açılmasının, borçluyu temerrüde düşürmeyeceği açıklığa kavuşturulmuş olurdu.

Bunun yanında, borcun ifa edileceği günün tarafların anlaşması ile tayin edilmiş olmasından dolayı borçlunun ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceği hâle ilişkin hükümde, mehzaz kanun İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metni yerine Almanca metni esas alınmak suretiyle, tayin edilecek günün muayyen bir gün olması gerektiği belirtilerek metne açıklık getirilmesi yerinde olurdu.

(6) OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, sf. 296, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, sf. 296 (Anıuş: Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*).

Son olarak, muacceliyet ihbarı ile vadeyi tayin etme hakkının taraflardan birine verildiği ve muacceliyet ihbarı ile belirlenen vadede borcunu ifa etmeyen borçlunun ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceği hâle ilişkin olarak, muacceliyet ihbarında bulunma hakkının mutlaka sözleşmede tanınmış olması gerektiğinin belirlenmiş olması oldukça yerinde olmuştur. Zira, BK hükmünde bu konuda açıklık olmaması nedeniyle, doktrinde baskın görüş aksi yönde oluşmuştu⁷. Oysa, muacceliyet ihbarının, tarafların anlaşması ile değil de, kanunda bulunan bir hakka dayanılarak yapıldığında, bunun borçlunun temerrüdünü doğurmayacağını mevcut BK döneminde dahi kabulü gerekirdi. Bu nedenle, BKT'de bu konuda, baskın görüşe muhalif olarak yapılan ekleme olumlu olmuştur.

2. Temerrüdün genel sonuçları (BK md. 102; BKT md.118 ve 119)

BK md.102'de birlikte düzenlenmekte olan temerrüdün iki genel sonucu, BKT'de md.118 ve 119'da ayrıca düzenlenmektedir.

a. Gecikme tazminatı (BK md.102/I; BKT md.118)

BK md.102/I ile BKT md.118 arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak, BK md. 102/I'de "kazara vukua gelecek zararlardan sorumluluk" konusu artık ayrı bir madde ile BKT md. 119'da "beklenmedik hâlden sorumluluk" başlığı altında düzenlendiğinden, BKT md.118 metnine alınmamıştır.

b. Beklenmedik hâlden sorumluluk (BK md.102/II; BKT md.119)

BK md.102/II ile BKT md.119 hükümleri arasında, dilde yapılan sadeleştirmeler dışında bir fark bulunmamaktadır. Ancak çok isabetli bir şekilde, BK md.102/II'de borcun ifa edilmemesi yerine, borcun ödenmesi anlamına gelen "tediye" kelimesi kullanılmaktayken, BKT md.119'de bu çeviri hatası düzeltilerek "ifa" kelimesi kullanılmıştır. Zira, "tediye" kelimesi yalnızca para borçlarının ifasına ilişkindir. Madde metninde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmasını gerektiren bir içtihat veya doktrin görüşü de bulunmamaktadır.

3. Temerrüdün özel sonuçları (BK md.103, 104 ve 105; BKT md.120, 121 ve 122).

a. Temerrüt faizi (BK md.103 ve 104; BKT md.120 ve 121)

BK md.103'de düzenlenmekte olan temerrüt faizine ilişkin hükümlerde, BKT md.120 ile esaslı değişiklikler yapılmaktadır.

(7) Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tunçomağ, Eren, Tandoğan (Akt. Oğuzman/Öz, a.g.e., sf. 301, dp. 51'de belirtilen yazarlar). Oğuzman/Öz ise, baskın görüşe katılmamaktadır, bkz. Oğuzman/Öz, a.g.e., sf. 301.

(i) Oran belirtilmemesi:

Her ne kadar Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 5. maddesi uyarınca ilga edilmiş olsa da, BK md.103'de bir temerrüt faiz oranı bulunmakta ve bu durum son derece yanıltıcı olmaktaydı. BKT'de ise herhangi bir temerrüt faizi oranı belirlenmemekte ve isabetli bir şekilde bu konuda doğrudan yürürlükteki mevzuata atıf yapılmaktadır. Ancak aslında İlk Tasarı Metninde uygulanması gereken faiz oranları, 3095 sayılı Temerrüt Faizlerine İlişkin Kanun'un uygulama alanını oldukça daraltacak nitelikte tekrar düzenlenmekteydi. Ancak, bu düzenleme (i) uygulama açısından pratik olmayacağından, (ii) ticari iş - ticari olmayan iş ayrımını kaldırdığından, ve nihayet (iii) yabancı para borçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme getirmediğinden çok isabetsiz bir düzenlemeydi. Adalet Komisyonu'nca Kabul Edilen Metin'de, tamamen farklı bir düzenleme getirilmesi ve Temerrüt Faizlerine İlişkin Kanun'un mülga edilmeyerek yürürlükte kalmasının kararlaştırılmış olması yerinde olmuştur.

(ii) Sınır getirilmesi:

BK'da olmayan bir düzenleme ile sözleşmeyle kararlaştırılan sözleşme ile belirlenen temerrüt faizi oranının, mevzuata göre uygulanmak zorunda olan kanuni temerrüt faiz oranının yüzde yüz fazlasından fazla olamayacağı düzenlenmiştir. Bu yenilik, Anayasa'nın 2. maddesindeki Sosyal Devlet İlkesi'ne dayandırılmaktadır. Ancak, aslında tüketici işlemleri hakkında zaten Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketiciyi, Sosyal Devlet İlkesi uyarınca koruyacak hükümler düzenlenmiştir⁸. Bunun yanında, işlemin bir ticari iş olması hâlinde ise Türk Ticaret Kanunu madde 8 ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, ticari işlerde tarafların faiz oranını serbestçe belirlemelerinin mümkün olacağını öngörmektedir. Kaldı ki, Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesine açık bir şekilde aykırı olacak hâllerin zaten BK'nın mevcut hükümleri içinde kişilik haklarına aykırılık, ahlâka aykırılık ve/veya gabin hükümleri uyarınca önüne geçilmesi her zaman için mümkündür.

(iii) Akdî (kapital) faiz oranı ile temerrüt faizi arasında bağ kurulması:

Madde metninin son fıkrasında uygulamadaki soru işaretlerini ortadan kaldırır nitelikte bir düzenleme ile, doktrinde kabul edilmekte olan bir ilkenin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre, taraflarca sözleşmede akdî (kapital) faiz kararlaştırılmasına rağmen temerrüt faizinin kararlaştırılmadığı hâllerde, taraflarca kararlaştırılmış olan akdî faiz, temerrüt faizinden daha yüksek ise, temerrüt anından sonra artık akdî faiz oranı, temerrüt faizi oranı olarak uygulanacaktır. Açık bir düzenleme olmamasına

(8) Aynı görüşte Kuntalp/Barlas, a.g.e, sf. 75.

rağmen mevcut BK döneminde de uygulanması gereken bu kuralın açıkça düzenlenmesi suretiyle konunun açıklığa kavuşturulması isabetlidir.

(iv) Temerrüt faizine ilişkin diğer hususlar

BKT md.121 hükmü, BK md.104'ü dildeki sadeleştirme haricinde aynen karşılamaktadır. Madde metninde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmasını gerektiren bir içtihat veya doktrin görüşü de bulunmamaktadır.

b. Munzam (aşkın) zarar (BK md.105, BKT md.122)

BKT Gerekçesi'nde, BK md.105'de düzenlenmekte olan munzam zarar konusunda dilde sadeleştirme dışında esasa ilişkin bir değişiklik yapılmadığı belirtilmektedir. Ancak, bu tam olarak doğru değildir. Zira, BK md.105 uyarınca munzam zarara hâkim ancak derhal karar verilebiliyorsa hükmedebilir. Ancak, BKT md.122'de görülmekte olan davada belirlenebilir olması halinde karar verileceği belirtilmiştir. Ayrıca BK md.105'deki "hükmedebilir" ifadesi, BKT md.122'de "hükmeder" olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikler bir arada düşünüldüğünde, BKT, hâkimin munzam zarara görülmekte olan davada hükmetmesini gerektirecek yenilikler getirmektedir. Ancak, BKT md.122'nin bu haliyle uygulamada tereddüde yol açarak, davaların munzam zararın belirlenmesine ilişkin işlemler nedeniyle uzamasına yol açacağından, BKT yasalaşmadan bu değişikliklerin tekrar değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

c. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonucu (BK md.106 ve 107; BKT md.123, 124, 125 ve 126)

(i) Mehil tayini (süre verilmesi)

BK md.106'da düzenlenen temerrüde düşen borçluya mehil verme zorunluluğu ve BK md.107'de düzenlenen mehil verilmesine gerek olmayan hâller, BKT md.123 ve 124'te aynen düzenlenmektedir. Ancak madde metinlerinde, başta "mehil" kelimesi yerine "süre" kelimesinin tercih edilmesi olmak üzere çeşitli dilde sadeleştirme çalışmaları yapılmıştır.

BK md.107'de mehil verilmesine gerek olmayan hâller, hatalı bir ifadeyle, borçlunun temerrüt sonucu kullanabileceği tek hakkı sözleşmeyi fesih hakkıymışçasına, "Derhal Fesih" başlığı altında düzenlenmekteydi. BKT'de ise ilgili madde başlığı isabetli bir şekilde "Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar" olarak düzeltilmiştir. Bunun dışında BK md.107 metninde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. Madde metninde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmasını gerektiren bir içtihat veya doktrin görüşü de bulunmamaktadır.

(9) Bkz. Kuntalp/Barlas, a.g.e., sf. 77.

(ii) Seçimlik haklar

Öncelikle, BK md.106 borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının sahip olacağı tüm seçimlik hakları düzenlemesine rağmen, başlığında hatalı bir şekilde “*fesih hakkı*” ibaresini içermektedir. Bunun yerine, isabetli bir şekilde BKT md.124’te, “*seçimlik haklar*” ifadesi kullanılmıştır. Madde metninde dilde sadeleştirme ve bazı hususlara açıklık getirmek dışında esasa ilişkin önemli bir değişiklik yapılmamıştır. Esasen madde metninde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmasını gerektiren bir içtihat veya doktrin görüşü de bulunmamaktadır.

Madde metninde, alacaklının ne zaman hangi zararını isteyebileceği konusu doktrindeki görüşlere paralel olarak daha da netleştirilmiştir. Buna göre ifadan vazgeçerek tazminat talep eden alacaklının talep edeceği tazminatın müsbet zararın karşılanmasıyla yönelik olacağı “*borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi*” ifadesiyle netleştirilmiştir. Aynı şekilde, ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönen alacaklının “*sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle*” uğradığı zararı isteyeceği ifadesi de menfi zararın karşılanmasıyla yöneliktir.

Bunun yanında, sözleşmeden dönme halinin sonuçlarını düzenleyen BK md.108 hükmü de, BKT md.125’in 3. fıkrası tarafından karşılanmaktadır. BKT md.125/III metninde, (i) sözleşmeden dönme üzerine tarafların ifa yükümlülüğünden kurtulacakları, (ii) daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyecekleri ve (iii) sözleşmenin hükümsüzlüğüne yapılan atıf uyarınca, Adalet Komisyonu’nun BK md.108’e paralel bir şekilde sözleşmeden dönme hâlinde klâsik teorisinin etkisi altında kaldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yeni dönme teorisi BKT kapsamında da kabul edilmemektedir. Hangi teorisinin benimsenmesinin daha doğru olacağına yönelik teorik tartışmalar bir yana, uygulama açısından BKT kapsamında hangi teorisinin kabul edildiğinin açıkça anlaşılması olumlu olmuştur.

(iii) Sürekli edimli sözleşmeler

BK’da, sürekli edimli sözleşmelere ilişkin olarak, bir tarafın sürekli edimli bir sözleşmede temerrüdü üzerine karşı tarafın sahip olacağı hakları düzenlenmemekteydi. BKT md.126 ile ise bu husus da ilk kez bir düzenleme getirilmektedir. Bu noktada, sürekli edimli sözleşmelere ilişkin olarak sözleşmeden dönme yerine fesih ifadesine yer verilmesi isabetli olmuştur. Madde metninden, alacaklıya sadece ifa ve gecikme tazminatı talep etmek ile ifadan vazgeçerek sözleşmeyi feshetmek hakları tanınmış olduğu izlenimi doğmakta ve ani edimli sözleşmelerden farklı olarak sürekli edimli sözleşmelerde ifadan vazgeçerek müsbet zararın tazmini isteme hakkının tanınmadığı düşünülebilmektedir¹⁰. Ancak, maddede istenilecek

(10) Bkz. Kuntalp/Barlas, a.g.e., sf. 78.

zararın “sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden” uğranılan zarar olduğu belirtilmiştir. Aslında bu şekilde tanımlanan zarar, ani edimli sözleşmelerde sözleşmenin ifa edilmemiş olması nedeniyle doğan zarar olarak tanımlanan müsbet zarar kavramının sürekli edimli sözleşmelere uyarlanmış hâlidir. Dolayısıyla, sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin feshedilmesiyle birlikte istenecek zarar doğası itibarıyla müsbet zarar olmaktadır. Bu nedenle, ifadan vazgeçilmesi suretiyle müsbet zararın istenebilmesine yönelik ayrıca bir düzenlemeye gerek kalmamıştır. Kaldı ki, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin feshedilmesinden sonra menfi zarar talep edilmesi de zaten mümkün değildir. Zira, ifasına başlanmış bir sürekli edimli sözleşmede sözleşme feshedildikten sonra, fesih geriye etkili olmadığından, sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle bir zarar talebinde bulunması söz konusu olmaz. Dolayısıyla, BKT’nin düzenlemesi, doktrindeki eleştirilere rağmen yerindedir.

4. Sonuçlar:

4.1. Genel olarak: BKT ile, BK’nın borçların ödenmemesinin neticelerine ilişkin bölümünde kapsamlı değişiklikler yapılmamıştır. Esasen, oldukça uzun bir süredir uygulanmakta olan, uygulamada yerleşmiş ve önemli sorunlar çıkartmayan bu hükümlerde kapsamlı değişiklikler yapılmamış olması da yerindedir. Bu kapsamda, BK’nın ilgili bölümünden herhangi bir madde çıkartılmamıştır. İlgili bölüme eklenen tek yeni madde ise sürekli borç ilişkilerinde temerrüdün sonuçları hakkındadır. Borçlar Hukuku’nun geliştirilmesi anlamında, sözleşme öncesi görüşmelerde kusurlu davranış ve borca aykırı davranılacağından önceden belli olması hâllerine ilişkin yeni düzenlemeler yapılabilecekken, BKT’de bu konularda düzenlemeler getirilmemiştir.

4.2. Şekli değişiklikler hakkında:

4.2.1. Dilde sadeleştirme çalışmaları:

Madde metinlerinde yapılan dil sadeleştirme çalışmalarının büyük ölçüde isabetli olduğu görülmektedir. Ancak, özellikle “tazminat” teriminin “giderim” ile değiştirilmesi yerinde olmamıştır. Yine de, en azından “temerrüt” teriminin “direnim” ile değiştirilmek istenmesinden vazgeçilmesi yerinde olmuştur.

4.2.2. Madde numaraları:

Özel Hukuk’un en önemli hükümleri arasında yer alan BK’nın genel hükümlerinin yerleşmiş madde numaraları BKT ile değiştirilmek istenmektedir. Esasen yapılması gereken, BK’nın genel hükümlerine eklenen maddelere “harfli” numaralar verilmesi suretiyle en azından genel hükümlerin yerleşmiş madde numaralarının ve sistematığının değiştirilmemesidir.

4.3. Esasa ilişkin önemli değişiklikler hakkında:

4.3.1. Sorumsuzluk anlaşmaları hakkında:

Sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz sayılmasında hâkimin takdir yetkisinin kaldırılması suretiyle, ilgili maddelerin kapsamına giren anlaşmaların doğrudan kesin hükümsüz kabul edilmesi yerinde olmamıştır. Somut olay adaletinin daha iyi sağlanabilmesi açısından, borçlunun hafif kusurdan sorumlu olmamasına ilişkin olarak akdedilebilen sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz sayılmasına ilişkin olarak hâkimlere tanınmış olan takdir yetkisinin korunması gerekir.

4.3.2. Temerrüt faizi:

Temerrüt faizine ilişkin BK hükmünün baştan sona yenilenmesi ve yürürlükte olan mevzuatla uyumlu hâle getirilmiş olması yerinde olmakla birlikte, sözleşme ile belirlenen temerrüt faizi oranına getirilen sınırlama yerinde olmamıştır.

4.3.3. Sürekli borç ilişkileri:

Sürekli borç ilişkilerinde temerrüdün sonuçlarının ilk kez düzenlenmiş olması yerinde olmuştur.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



CİLT: 84 • SAYI: 2010/1 • ISSN 1304-737X • OCAK/ŞUBAT