

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN BORÇ İLİŞKİSİNİN HÜKÜMLERİ – BORÇLARIN VE BORÇ İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ KONULARINDA GETİRDİĞİ BAZI YENİLİK VE DEĞİŞİKLİKLER

*Prof. Dr. Cem BAYGIN**

I. GİRİŞ

Türk Hukuk Devrimi'nin temel taşlarından olan Türk Kanunu Medenisi'nin ayrılmaz bir parçası ve tamamlayıcısı sayılan 818 sayılı “Borçlar Kanunu”, TBMM tarafından 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edilmiş ve 4 Ekim 1926 tarihinde Türk Kanunu Medenisi ile birlikte yürürlüğe girmiştir.

Yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen 85 yıllık süreçte her ne kadar Borçlar Kanunu'nun içeriğinde bazı değişiklikler yapılmışsa da bunlar köklü ve önemli değişiklikler değildir. Kanunların birer sosyal varlık olarak, aynen canlı varlıklar gibi zamanla yaşlanmaları, kendilerinden beklenen işlevi yerine getirmekte yetersiz kalmaları, bu sebeple de günün şartlarına ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap verememeleri herkesçe kabul edilebilecek bir gerçektir. Bu durum, kanunların ve özellikle de temel kanunların günün koşullarına uygun ve ihtiyaçlarına cevap verebilir hale getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, Adalet Bakanlığı'nca yürürlükteki Borçlar Kanunu'nu baştan sona gözden geçirmek, tamamlayıcısı ve ayrılmaz parçası niteliği ile beşinci kitabını oluşturduğu Türk Medeni Kanunu ile uyumunu sağlamak ve özellikle günümüzün ihtiyaçlarına cevap verecek yeni bir Tasarı hazırlamak üzere 02.04.1998 tarihinde akademisyen ve uygulamacılardan oluşan bir “Borçlar Kanunu Komisyonu” kurulmuştur¹.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nı hazırlamak üzere oluşturulan Komisyon, yaklaşık 7 yıl süren çalışmalarını 2004 yılı sonunda tamamlamış, hazırlanan metin Adalet Bakanlığı tarafından 2005 tarihli TBK Tasarısı olarak bakanlıkların, yüksek mahkemelerin, üniversitelerin ve ilgili kamu kurumları

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Türk Borçlar Kanunu Genel Gerekçesi, O. Gökhan **Antalya**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s.13.

ile meslek kuruluşlarının görüşüne sunulmuştur. Bilim Komisyonu'nca hazırlanan TBKT -1 (2005), Antalya'da düzenlenen ve komisyon üyelerinden bazılarının konuşmacı, Yargıtay'ın ilgili daireleri ile hukuk hâkimlerinin dinleyici olarak katıldığı seminerde ileri sürülen görüş ve önerilerin değerlendirilmesi sonucunda yapılan birkaç madde değişikliği sonrasında Başbakanlığa sunulmuştur. 649 maddeden oluşan ve 22 bölüm halinde "temel kanun" olarak görüşülen Tasarı, bütün partilerin vardığı mutabakat doğrultusunda TBMM Genel Kurulu'nda kısa sürede kabul edilerek yasalaşmıştır. (Bilindiği gibi, Tasarının görüşmelerine, aslında 2009 yılında başlanmış ve ilk 2 bölümünün kabul edilmesinin ardından görüşmeler yarım kalmıştı).

TBMM'nin 11.01.2011 tarihli birleşiminde kabul edilen 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu 04.02.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun²'un 11. maddesine göre yeni Borçlar Kanunu, 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecektir.

Yeni Borçlar Kanunu şekil olarak yürürlükteki Kanun'un bölüm ve madde numaralarından ayrılmış, bölüm ve maddelere birbirini izleyen yeni numaralar verilmiştir. Kanun'da kullanılan dil oldukça arılaştırılmış, yürürlükteki Kanun'un günümüzde geçerli olan dile oranla eskimiş olan ifadeleri kolay anlaşılabilir bir ifadeye dönüştürülmüştür. Ayrıca Kanun'un tümünde terim birliğinin sağlanmasına büyük çaba harcanmış; kullanılan kavram ve terimlerin Türk Medeni Kanunu ile uyumuna özen gösterilmiştir. Ancak bu yapılırken, öğreti ve uygulamada yerleşmiş bazı teknik terimler de terk edilerek bunların halk dilindeki karşılıklarına yer verilmiştir. Örneğin icap yerine öneri, gabin yerine aşırı yararlanma, ızdırar hali yerine zorunluluk hali terimleri benimsenmiştir.

Kanunun adında da bir değişiklik meydana gelmiştir. Bilindiği üzere, yürürlükteki Kanun'un adı "Borçlar Kanunu"dur. Oysa Medeni Kanun, Ticaret Kanunu ve Ceza Kanunu gibi temel kanunların adlarının başında "Türk" sözcüğü yer almakta ve bu kanunlar "Türk Medeni Kanunu", "Türk Ticaret Kanunu" ve "Türk Ceza Kanunu" olarak anılmaktadır. Bu nedenle bir temel kanun olan Borçlar Kanunu'nun adının başına da "Türk" sözcüğünün eklenmesi uygun görülmüştür. Ayrıca bu Kanun'un 22.11.2011 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun beşinci kitabı ve tamamlayıcısı olduğu açıkça ifade edilmiştir (m.646).

² RG.04.02.2011, Sa.27836.

Yeni Türk Borçlar Kanunu, 649 maddeden oluşmaktadır. Yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun 544 maddeden ibaret olduğu göz önünde tutulduğunda, Kanun maddelerinin sayısında 105 maddelik bir artış olduğu görülmektedir³. Bu artış, Kanuna yeni bazı hükümler eklenmesinden ve yürürlükteki Kanun'da da mevcut olan bazı hükümlerin, aynı maddede düzenlenmesi yerine, ayrı bir maddede düzenlenmesinin, sistematik bakımdan daha uygun görülmesinden ileri gelmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan bazı kurumlarda önemli sayılabilecek değişiklikler yapılırken, Kanun'da düzenlenmiş olmayan birçok yeni kurum ve hükümlere de yer verilmiştir. Yeni Kanun, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım, "Genel Hükümler", ikinci kısım, "Özel Borç İlişkileri" başlığını taşımaktadır. 6098 sayılı Kanun'un birinci kısımda getirdiği en önemli yeniliklerden biri genel işlem koşullarının 20 ila 25. maddeler arasında 6 madde halinde düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca kursesiz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğunun genel ilke ve koşulları 71. maddede düzenlenmiştir. Yüksek faiz oranları karşısında borçlularını korumak amacıyla, sözleşmeye dayanan anapara ve temerrüt faizi oranlarına sınırlama getirilmiştir (BK.m.88, 120). Sözleşmelerin değişen hal ve şartlara uyarlanması istemleri aşırı ifa gücünü başlığı altında 138. maddede açıkça düzenlenmiştir. Doktrin ve uygulamada benimsenen sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma kurumları 205 ve 206. maddelerde yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Özel Borç İlişkileri kısmında ise, satış (bilhassa taksitle satış), kira, hizmet ve kefalet sözleşmeleri alanında köklü değişiklikler yapılmıştır.

II. BORÇ İLİŞKİSİNİN HÜKÜMLERİ

1- Genel Olarak

Yeni Borçlar Kanunu'nun "Genel Hükümler" kısmının ikinci bölümü, "borç ilişkisinin hükümleri" başlığını taşımaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "borçların hükmü" şeklindeki üst başlık, yeni Kanun'da "borç ilişkisinin hükümleri" şeklinde değiştirilmiştir. Bu bölüm, borçların ifası, borçluların ifa edilmemesinin sonuçları ve borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkisi ayırımlarından oluşmaktadır. Bu bölümde yapılan en önemli yenilik ve değişiklikler faiz (m.88), sorumsuzluk anlaşması (m.115), borçlunun temerrüdü; özellikle borçlu temerrüdü için ihtar gerekmeyen haller (m.117/f.2), temerrüt

³ Söz konusu artışın 25 maddesi genel hükümler kısmında, 80 maddesi ise özel borç ilişkileri kısmında meydana gelmiştir.

faizi (m.120), sürekli edimli sözleşmelerde alacaklının mütemerrit borçluya karşı sahip olduğu seçimlik haklar (m.126) konularına ilişkindir.

2- Faiz

a) Anapara Faizi

Belirli bir para alacağına tarafların anlaşması ya da kanun gereğince vadeye kadar işletilen faize anapara (kapital) faizi denir⁴. TBK.m.88/f.1'e göre, "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir". Yasa koyucu, faiz oranının zaman içinde sıkça değiştirilebileceğini göz önünde tutarak, temel bir kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nda sabit bir oran belirtilmesini uygun görmemiş⁵, yürürlükteki mevzuat hükümlerine atıf yapmakla yetinmiştir. Bugün faiz konusunu düzenleyen mevzuat, 3095 sayılı "Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun"dur. Söz konusu Kanun'un 1. maddesi uyarınca, "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. 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 itibaren yıllık yüzde dokuz indirmiştir. Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen yıllık yüzde dokuz oranı bugün yasal faiz oranı olarak yürürlüktedir⁶.

4 Mehmet Helvacı, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s.102.

5 Madde Gerekçesi, Antalya, age., s.148.

6 3095 sayılı Kanun'dan önce yasal faiz oranı BK.m.72'ye göre, %5'ti. 04.12.1984 tarihli 3095 sayılı Kanun'un 5. maddesi, BK.m.72'de öngörülen faiz oranını yürürlükten kaldırmış ve 1. maddesiyle de yasal faiz oranını %30'a çıkarmıştır. Daha sonra Bakanlar Kurulu, bu Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının tanıdığı yetkiye istinaden, 1.1.1998 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yasal faiz oranını %50'ye yükseltmiştir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, 26.11.1999 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan (15.12.1998 tarihli) kararıyla, 3095 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerini Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Bunu takiben 15.12.1999 tarih ve 4489 sayılı Kanunla, sabit faiz oranından vazgeçilmiş, 01.01.2000 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere şu hüküm getirilmiştir: "Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır". Söz konusu düzenlemeyle para değerindeki değişimleri yakından izleyebilecek esnek bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır. Fakat sonraki yıllarda enflasyondaki düşme eğiliminin etkisiyle, 3095 sayılı Kanun'da 21.04.2004 tarih

Bir para borcu için hukuki işlem veya kanunla faiz ödenmesi öngörül-
müş, fakat faiz oranı belirlenmemişse, bu durumda TBK.m.88 tamamlayıcı
hukuk kuralı olarak uygulanır ve borçlu yıllık %9 oranında faiz ödemek
zorunda kalır. Kanundan doğan faizlerin başında bir para borcunun ifasında
temerrüde düşen borçlunun ödemesi öngörülen temerrüt faizi gelir
[TBK.m120 (BK.m.103)]. Bunun yanı sıra Kanun, alınan paranın iadesi
borçlarında [TBK.m.193 (BK.m.171), m.217 (m.192), m.229 (m.205)], baş-
kasına ait işin görülmesi nedeniyle yapılan giderler ve verilen avansları
ödeme borçlarında [TBK.m.510 (BK.m.394), m.529 (m.413), m.538
(m.422), m.627 (m.527)], bazı veresiye satışlarda satış bedeli için
[TBK.m.234 (BK.m.210)] ve ticari nitelikli tüketim ödünçü sözleşmelerinde
[TBK.m.387/f.2 (BK.m.307/f.2); TTK.m.20] faiz ödenmesini kabul etmiş-
tir⁷.

3095 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre belirlenecek faiz oranı kural
olarak ticari işler hakkında da geçerlidir. Dolayısıyla anapara faizi ödenme-
sinin gerekli olduğu hallerde taraflar sözleşmede uygulanacak faiz oranını
göstermemişlerse gerek adi gerekse ticari işlerde anapara faiz oranı ilgili
mevzuat olan 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca yıllık %9 olarak
uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m.88/f.2 hükmü, “sözleşme özgürlüğü” ilkesini sı-
nırlandıran, önemli bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, “sözleşme ile
kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz
oranının (yukarıdaki açıklamalar ışığında yıllık %9'un) yüzde elli fazlasını
(yani, yıllık %13,5'i) aşamaz. Bu emredici bir hükümdür ve uygulamada
örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında borçluların ko-
runmasını amaçlamaktadır.

ve 5325 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, “Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu’na göre
faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse, bu ödeme yıllık
%12 oranı üzerinden yapılır” hükmü kabul edilmiş ve tekrar “sabit faiz sistemi”ne dö-
nülmüştür. Ayrıca Bakanlar Kurulu kanunda öngörülen faiz oranını yüzde onuna kadar
indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkili kılınmıştır. Bu çerçevede Bakanlar Ku-
rulu, 19.12.2005 tarihli kararıyla yasal faiz oranını 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak
üzere %9'a indirmiştir (Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul
2010, s.942,943; Safa **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul
2011, s.310-312; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, An-
kara 2011, s.601,602; Sabih **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2011,
s.73,74; M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası,
İstanbul 2009, s.243-245; Haluk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası,
İstanbul 2011, s.204,205, n.166a).

⁷ **Oğuzman/Öz**, age., s.242; **Helvacı**, age., s.116-121.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde 22 Mart 1887 tarihinde yürürlüğe giren Murabaha Nizamnamesi, adi işler için yıllık faiz oranını en fazla %9'la sınırlandırmıştı. Söz konusu Nizamname 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve bu tarihten sonra adi işlerde de faiz oranının serbestçe düzenlenebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe gireceği 1 Temmuz 2012 tarihine kadar mevzuatımızda akdi faize üst sınır getiren bir genel hüküm bulunmamaktadır⁸. Bununla birlikte aşırı faiz oranlarının, ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık, gabin (aşırı yararlanma) gibi gerekçelerle sınırlandırılabilceği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir. Bazı yazarlar⁹, sözü edilen hukuki imkânlarla dayanılarak gerektiğinde sözleşmeye müdahale edilebilirken, sözleşme serbestisinin bu şekilde sınırlandırılmasının isabetli olmadığını ifade etmekte, buna karşılık bazı yazarlar¹⁰ da yapılan düzenlemeyi yerinde bulmaktadır.

Bu arada hemen belirtelim ki, 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu¹¹'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlardan ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlemlerden doğan para borçlarında faiz oranı serbestçe belirlenebilecektir. O halde, yeni TBK. m.88/f.2 hükmü, sözleşme veya kanun gereğince anapara faizi ödenmesi gereken adi işlerde uygulama alanı bulacaktır¹².

Tarafların TBK.m.88/f.2'de belirtilen oranın üzerinde anapara faizi belirlenmesi halinde, faiz oranı emredici yasal düzenlemeye aykırı olarak düzenlendiği için, sözleşmede öngörülen faiz oranı, bu maddenin ikinci fıkrasına uygun miktarda (yıllık %13,5) kararlaştırılmış sayılacak, bu miktarda hüküm

8 Sadece belirli konulara ilişkin özel nitelikte sınırlayıcı hükümler mevcuttur. Örneğin, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m.26/f.3'e göre, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, banka ve kredi kartlarında azami akdi faiz ve gecikme faizi oranlarını belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bunun gibi Bankacılık Kanunu (m.168 D-a) ile Ödünç Para Verme İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m.13/f.2) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna factoring ve finansman şirketlerinin uygulayacakları faiz oranlarına sınırlama getirme yetkisi tanımıştır (Nomer, age., s.203, n.166).

9 Nomer, age., s.204, n.166; Umut **Yeniocak**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s.121.

10 Atilla **Altıp**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s.146.

11 **RG**.14.02.2011, Sa.27846.

12 **Yeniocak**, age., s.122.

ifade edecektir. Yeni Türk Ticaret Kanunu m.1530/f.1'in de ifade etiği gibi, bir sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır (değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük). Sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile geri istenebilir. Bu takdirde sözleşmenin diğer tarafı yüksek faiz oranı olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmeyi tamamen geçersiz kılamaz. Diğer bir ifade ile burada TBK.m.27/f.2 uygulanmaz¹³.

b) Temerrüt Faizi

Bir para borcunun ifasında temerrüde düşen borçlunun temerrüt süresince ödemek zorunda olduğu faize temerrüt faizi denir. Yeni Borçlar Kanunu'nun temerrüt faizini üç fıkra halinde düzenleyen 120. maddesi, mevcut Kanun'un 103. maddesinden tamamen farklı bir düzenleme getirmektedir.

Maddenin 1. fıkrasında uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranının sözleşmede kararlaştırılmaması durumunda, bu oranın, Kanun'un 88. maddesinde olduğu gibi, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceğini öngörülmektedir. Faiz konusunu düzenleyen 3095 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrası gereğince, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. maddede belirlenen orana göre (bugün için %9) temerrüt faizi ödemeye mecburdur. 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre belirlenen %9 faiz oranı kural olarak ticari işler hakkında da geçerlidir. Çünkü Türk Ticaret Kanunu m.9/f.1, ticari işlerde uygulanacak temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerine, yani 3095 sayılı Kanun'un temerrüt faizi başlıklı 2. maddesine yollama yapmaktadır. Ancak söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, birinci maddeye göre belirlenen orandan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir¹⁴. 30.12.2010 tarihi itiba-

¹³ Bkz. **Oğuzman/Öz**, age., s.245.

¹⁴ 3095 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasının ifade biçiminden de anlaşılacağı üzere, temerrüt faizinin, kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden hesaplanması, alacaklının bu yönde açık bir talepte bulunmasına bağlıdır. Alacaklının sadece "kanuni faiz" ya da "ticari faiz" istemiş olması, temerrüt faizinin, kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden hesaplanabilmesi için yeterli değildir; bu hallerde temerrüt faizi yıllık %9 oranı üzerinden hesaplanır (**Arkan**, age., s.78).

riyle Merkez Bankasının avans işlemlerinde uyguladığı faiz oranı %15'dir¹⁵. Dolayısıyla ticari işlerde alacaklı, %9'dan fazla olan bu oranı isteme hakkına sahiptir¹⁶.

Yeni TBK.m.120 hükmünün ikinci fıkrasında, sözleşmeyle belirlenecek yıllık temerrüt faizi oranına bir üst sınır getirilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, "sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz". Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet ilkesine dayandırılan bu sınırlama gereğince, adi işlerde akdi temerrüt faizi oranı, bugün geçerli olan %9 yasal faiz oranının iki katından, yani %18'den fazla olamaz. Söz konusu en yüksek sınırın üzerinde kararlaştırılan temerrüt faizi oranları, en yüksek sınır üzerinden kararlaştırılmış sayılır.

Oysa 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu hükümlerine göre, taraflar temerrüt faizi oranını serbestçe belirleyebilmektedirler. Kararlaştırılan oranın aşırı derecede yüksek olması durumunda, hâkim onu cezai şartta olduğu gibi takdir hakkını kullanarak indirebilmektedir. Bazı yazarlar söz konusu imkân mevcutken, sözleşme özgürlüğünün bu şekilde sınırlandırılmasını yerinde bulmamaktadır¹⁷.

Tekrar belirtelim ki, TBK.m.120/f.2'deki sınırlama adi işler için geçerlidir. Ticari işlerde temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. Bilindiği gibi taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır (TTK.m.19/f.2). Fakat ticari iş niteliğindeki sözleşmenin taraflarından biri tüketici ise, faiz bakımından tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur (TTK.m.8/f.3). Şöyle ki, tüketici işlemi niteliğindeki taksitle satışlarda ve tüketici kredilerinde kararlaştırılacak temerrüt faizi, sözleşmede belirlenen anapara faiz oranının %30 fazlasını geçemez (TKHK.m.6/A; 10/f.2, 10A/f.1, 2). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki sınırlama kredi kartları için uygulanmaz (Banka Kartları Kanunu m.26/f.6). Ancak banka ve kredi kartla-

15 Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur (3095 sayılı Kanun m.2/f.2, c.2).

16 Nagehan **Kırkbeşoğlu**, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s.267,268.

17 **Nomer**, age., s.251, n.188.

rında TC Merkez Bankası azami akdi anapara faizinin yanı sıra temerrüt faizi oranlarını da tespit etmeye yetkili kılınmıştır¹⁸.

Yeni Türk Borçlar Kanunu m.120'nin 3. fıkrasına göre, taraflarca "akdi (anapara) faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte, sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi (anapara) faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen (yasal) faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi (anapara) faiz oranı geçerli olur". Örneğin taraflar sözleşmede yıllık %12,5 oranında anapara faizi ödenmesini kararlaştırmışlar, fakat temerrüt faizi oranını belirlememişlerse; yasal temerrüt faizi oranı %9 olsa da, temerrüde düşen borçlu, tarafların anapara faizi için kararlaştırdıkları %12,5 oranında temerrüt faizi ödeyecektir. Böylece mütemerrit borçlunun, sözleşmede temerrüt faizi oranına ilişkin bir düzenleme yapılmadığı gerekçesiyle, akdi (anapara) faizden daha düşük bir miktar temerrüt faizi ödemek suretiyle direniminden yarar sağlamasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, yeni Borçlar Kanunu'nun faize ilişkin 88. ve temerrüt faizine ilişkin 120. maddeleri Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olup da halen devam etmekte olan davalarda da uygulanacaktır (TBK-UK.m.7).

3- Ülke Parasından Başka Bir Para Birimiyle Ödeme Yapılması

Yeni TBK.m.99'a göre, "konusu para olan borç ülke parasıyla ödenir" (f.1). Ancak "ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmıyorsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla da ödenebilir" (f.2). Görüldüğü üzere 818 sayılı BK.m.83'de olduğu gibi, yalnız yabancı para borçlarında borçluya bir seçimlik yetki tanınmıştır. Yabancı para borçlusu asli edim olan yabancı paranın yerine ülke parasını ikame edebilecektir. Yasa koyucunun borçluya böyle bir yetki tanınmasındaki amaç döviz bulmakta zorluk çekebilecek borçluyu kollamak ve ülke parasının saygınlığını korumaktır. Zira dövize yönelik talep ne ölçüde artarsa ülke parasının değeri de o ölçüde düşer. Ancak döviz borçlusu temerrüde düşmüş ise, onun seçimlik yetkisi sınırlanır. Eğer o temerrüt sonrasında ülke parası ile ödeme teklifinde bulunursa alacaklı borcun vade veya fiili ödeme günündeki rayiç göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir. Temerrütten sonra alacaklıya çevirmede hangi tarihteki kurun esas alınacağını belirleme yetkisi

18 Nomer, age., s.251, n.188.

tanınmıştır. Yoksa alacaklı ödemenin hangi para birimi ile yapılacağını belirleme yetkisine sahip değildir; bu yetki münhasıran borçluya aittir¹⁹.

Ne var ki doktrindeki baskın görüş, döviz borçlusunun temerrüde düşmesi durumunda kendisine bahşedilen seçimlik yetkiyi kaybedeceği, bu yetkinin alacaklıya geçeceği yönündedir. Bu görüşe göre, temerrüt sonrası alacaklı, ya aynen ifayı, yani yabancı para borcunun efektif olarak ödenmesini ya da bunun vade veya fiili ödeme günündeki kur üzerinden Türk Lirasına çevrilerek ödenmesini isteyebilir²⁰. Yeni Türk Borçlar Kanunu m.99/f.3 hükmü de bu görüş doğrultusunda kaleme alınmış gözükmektedir. Şöyle ki, “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 fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilir”. Oysa bilindiği gibi, dövizli efektif olarak ödeme koşulu açıkça kararlaştırılmadıkça borçlunun döviz borcunu ülke parasıyla ödeme yetkisi Ortaçağdan günümüze kadar gelen köklü bir yetkidir. Nitekim yeni Kanun’un kendisi de hükmün 2. fıkrasında ülke parasıyla ödemenin ana kuralı oluşturduğunu, dövizle ödeme yükümlülüğünün varlığı için açık bir aynen ödeme kaydının bulunmasını şart olarak vurgulamaktadır²¹.

Yeni Kanun, yabancı para borçlarının ödenmesinde daha önce alacaklı yararına tanınmış olup haksız bir ayrımcılığa yol açan ayrıcalığı geliştirmiş; alacaklının iki seçeneqli yetkisini üç seçeneqli hale getirmiştir. Böylece alacaklı, sözleşmede öngörülen yabancı paranın değerinin vadeden sonra artması halinde, fiili ödeme günündeki rayicin; değer vade tarihine göre düşmesi halinde ise vade günündeki rayicin dikkate alınarak borcun ülke parasıyla ya da efektif dövizle ödenmesini isteyebilecektir. Dolayısıyla temerrüde düşen borçlu, borcunu sözleşmedeki yabancı parayla ödeyeceğini beyan ederek, alacaklının ülke parasıyla ödeme talebini geri çeviremeyecektir. 818 sayılı BK.m.83’e göre, sözleşmede aynen ödeme kaydı olmadığı takdirde, Türk parası ile ödeme yapmak isteyen mütemerrit borçluyu dövizle ödemeye zorlayamayan, sadece menfaatine uygun düşen tarihteki kuru (rayici) seçebilen

¹⁹ Nami **Barlas**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s.99; **Oğuzman/Öz**, age., s.236.

²⁰ Selâhattin Sulhi **Tekinay**/Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.777,778.

²¹ Rona **Serozan**, BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanında Örneklerle Sergilenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sa.06, Mayıs 2006, s.43.

alacaklı; artık borçlusunu dövizle aynen ödemeye de mecbur edebilecektir. TBK.m.99/f.3'ün getirdiği düzenleme, alacaklıya aşkın (munzam) zarara ilişkin TBK.m.122 hükmüne dayanmak zorunda kalmaksızın, kur farkından doğan zararını giderebilme olanağı sağlamaktadır. Buna karşılık, yeni düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere, sözleşmede aynen ödeme kaydı varsa, borçlu ödemede geçikse dahi dövizle aynen ödeme yapma hakkını kaybetmeyecek; alacaklının dilediği kurdan ülke parası isteme hakkı da doğmayacaktır.

Acaba yeni hükme göre, alacaklı yalın yabancı para borcunu ifa etmeyen borçlu aleyhine icra takibi yaptığında, icra memuru, borçlunun Türk Lirası ödemesini reddedip, mutlaka yabancı para temin etmesini mi isteyecektir? Kanaatimizce bu mümkün değildir. Alacaklı yabancı para borcunun ödenmemesi üzerine dava açarak, borcun aynen ifasına karar verilmesini isteyebilir ve mahkeme de borçlunun dava konusu yabancı parayı ödemesine hükmedebilir. Keza icra takibi, harca esas olmak üzere, takip talebinin yapıldığı tarihteki Türk Lirası karşılığı gösterilmek koşuluyla yabancı para üzerinden yapılabilir. Fakat alacaklı icra takibi sonucunda alacağını yabancı para olarak alamaz²². Bu nedenle yeni TBK.m.99/f.3 hükmü, hem maddenin 2. fıkrası ile hem de İİK.m.58/f.1, b.3 ile çelişmektedir²³.

4- Sorumsuzluk Anlaşması

Borca aykırı davranıştan önce yapılan ve borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelecek zarardan borçlunun sorumlu tutulmamasını öngören anlaşmalara sorumsuzluk anlaşması denir²⁴. Yeni Borçlar Kanunu m.115/f.1, 818 sayılı BK. m.99/f.1'e paralel olarak, borçlunun borcunu ifa ederken ağır kusurlu davranışlarından sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının kesin olarak hükümsüz olduğunu kabul etmektedir. Her ne kadar yürürlükteki Kanun'da "hile veya ağır kusur" ibaresi kullanılmışsa da, ağır kusurun kast ve ağır ihmali kapsadığı göz önünde tutularak, yeni Kanun'da "hile" ibaresinin kullanılması gereksiz görülmüş ve madde metnine alınmamıştır²⁵.

Bu düzenleme şekline göre, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar kural olarak geçerli sayılmaktadır. Fakat buna iki

22 **Nomer**, age., s.200, n.162.

23 **Kılıçoğlu**, age., s.587,588.

24 **Reisoğlu**, age., s.355.

25 **Yeniocak**, age., s.131,132.

istisna getirilmektedir. Yürürlükteki Kanuna göre, alacaklı sorumsuzluk anlaşması sırasında borçlunun hizmetinde ise borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar hâkim tarafından geçersiz sayılabilmekteydi. Örneğin işveren işçisi ile akdettiği hizmet sözleşmesinde, işyerinde gerekli güvenlik önlemlerini almadaki özensizliğinden dolayı uğranılan zarardan sorumlu olmayacağını öngörmüşse bu anlaşma işçi için bağlayıcı olmayabilecektir. Yeni düzenlemeyle, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşmanın kesin olarak hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir. TBK.m.115/f.2'nin yeni ifadesine dikkat edilirse, hüküm sadece işçi lehine bir düzenleme olarak değil, her iki taraf, yani hem işçi hem de işveren bakımından geçerli olacak bir kural biçiminde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla maddenin lafzi yorumundan hizmet sözleşmesinde hem işçi aleyhine öngörülen sorumsuzluk kaydının, hem de işveren aleyhine (fakat işçi lehine) öngörülen sorumsuzluk kaydının geçersiz olacağı sonucu çıkmaktadır. Hükümün düzenleme amacı, işveren karşısında sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumda olan işçiyi korumak olduğuna göre, amaca uygun yorum yoluyla, sadece işçi aleyhine konulan sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz olacağı kabul edilmelidir²⁶.

Ayrıca 818 sayılı Borçlar Kanunu m.99/f.2, sorumsuzluk kaydının geçersizliği için alacaklının borçlunun hizmetinde olmasını yeterli görürken, yeni TBK.m.115 hükmü alacaklının borçlu ile hizmet sözleşmesi ilişkisi içinde bulunması koşulunu aramaktadır. Bu açıdan hükümün uygulama alanı daraltılmıştır. Şöyle ki, eski BK.m.99/f.2'nin uygulanabilmesi için taraflar arasında mutlaka bir hizmet sözleşmesinin varlığı aranmamakta; taraflardan birinin diğerine karşı sosyal ve ekonomik bir bağlılık içinde bulunduğu ve diğerinin talimatlarını kabul etmek ve bunlara uymak zorunda olduğu bir hizmet ilişkisi yeterli görülmekteydi. Borçlu ile alacaklı arasındaki bu ilişkinin devamlı olmasına da gerek yoktu. Dolayısıyla taraflar arasında herhangi bir hizmet sözleşmesi olmasa da alacaklı borçlunun hizmetinde bulunabileceği gibi, hizmet ilişkisi vekâlet sözleşmesi gibi bir iş görme sözleşmesine dayanabilirdi²⁷.

²⁶ M. Turgut **Öz**, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s.16; **Yeniocak**, age., s.133,134.

²⁷ Galip Sermet **Akman**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s.61,62; **Kılıçoğlu**, age., s.634. Hatta bazı yazarlar, hükümün sosyal amacından hareketle, taraflar arasında herhangi bir hizmet ilişkisinin bulunmadığı, fakat borçlunun alacaklı üzerinde haiz olduğu nüfuzu kullanarak (örneğin öğretmen – öğrenci, amir – memur, subay – er ilişkilerinde olduğu gibi) sorumsuzluk kaydını ona kabul ettirdiği hallerde, bu kayıtların geçersiz sa-

818 sayılı Borçlar Kanunu m.99/f.2, sorumluluk doğuran borcun hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasıyla ilgili olması durumunda, borçlunun hafif kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaları hâkimin batıl sayabileceğini ifade etmektedir. Örneğin bankacılık ve iletişim hizmetleri devletçe verilen imtiyaza dayalı olarak yürütüldüğünden bu alanda faaliyet gösteren şirketlerin müşterileriyle yaptıkları sözleşmelerde hafif kusurlarından sorumlu olmayacaklarına dair kayıtlar geçersiz sayılır. Nitekim Yargıtay da, BK. m.99/f.2'ye dayanarak, bir güven müessesesi olan ve uzmanlık gerektiren bir iş gören bankaların hafif kusur halinde dahi sorumlu olacaklarını; bu konuda sorumsuzluk anlaşması yapamayacaklarını kabul etmektedir. Aynı şekilde hekimler, avukatlar, mimar ve mühendisler gibi serbest meslek mensuplarının bu hizmetleri hükümet tarafından verilen ruhsata dayalı olarak icra ettiklerinden, hizmetlerinin ifasıyla ilgili sözleşmelere hafif kusurlarına ilişkin sorumsuzluk kayıtları koyamayacakları kabul edilmektedir²⁸.

Yeni TBK. m.115/f.3 hükmü bu hususta iki değişiklik getirmektedir. Birincisi BK. m.99/f.2'deki "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa" ibaresi, "uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece bu hükmün, imtiyaz suretiyle yürütülen her türlü faaliyet için değil, bu faaliyetler arasında sadece uzmanlık gerektirenler bakımından geçerli bir hüküm haline dönüştürüldüğü gerekçede ifade edilmiştir²⁹.

İkinci değişiklik ise, BK. m.99/f.2'de hâkime tanınan takdir yetkisine yeni düzenlemede yer verilmemiş olmasıdır. Yeni düzenlemeye göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, bu durumda borçlunun hafif kusurlarından dahi sorumsuz tutulmasına ilişkin anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olacağı açıkça hükmü bağlanmıştır. Hâkime bu konuda bir takdir yetkisi tanınmamış; eski Kanun'da kabul edilen "takdiri butlan" yaptırımı, mutlak butlana dönüştürülmüştür³⁰.

yılması gerektiğini savunmaktaydı (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s.883; Akman, age., s.62).

28 Kılıçoğlu, age., s.636.

29 Yeniocak, age., 134.

30 Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s.268; Yeniocak, age., 134,135.

Yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen TBK.m.116/f.2 hükmü, BK.m.100/f.2’de olduğu gibi, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabileceğini öngörmektedir. Buna göre borçlu, yardımcı kişilerinin kusurunun her derecesi bakımından sorumsuzluk anlaşması yapabilir. Fakat TBK.m.116/f.3’e göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüz sayılmıştır. Oysa BK.m.100/f.3 bu durumlarda borçlunun yardımcı kişilerin hafif kusurundan doğan sorumluluktan kendisini kurtaran anlaşmalar yapabileceğini kabul etmekteydi. Yeni Kanun bu istisnai durumlarda borçlunun ifa yardımcılarının hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulması yolunu tamamen kapatmıştır³¹. Öte yandan kanun koyucu, alacaklının sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde olması veya borcun hizmet sözleşmesinden kaynaklanması durumunda nasıl bir yaptırım uygulanacağı hususunda sessiz kalmıştır.

5- Borçlunun Temerrüdü

a) Temerrüt İçin İhtar Gerekmeyen Haller

Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (BK. m.101/f.1; TBK.m.117/f.1). Ancak borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse bu günün geçmesiyle borçlu –ihtar gerekmez- temerrüde düşer. Yeni TBK.m.117/f.2 hükmü, haksız fiillerde tazminat borçlusunun haksız fiilin işlendiği tarihte temerrüde düşeceğini açıkça belirtmiştir. Oysa 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bu yönde bir hüküm yer almamaktaydı. Buna rağmen doktrin ve yargı kararlarında, haksız fiilden doğan borçlarda temerrüdün olay (haksız fiilin işlendiği) tarihten itibaren gerçekleşmiş olacağı, tazminat alacaklısının haksız fiilden sorumlu tutulan borçluyu temerrüde düşürmek için, ayrıca ihtar çekmesine gerek olmadığı kabul edilmekteydi³². Bu

³¹ Kırkbeşoğlu, age., s.43; Nomer, age., s.227, n.178; Hatemi/Gökyayla, age., s.268.

³² Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul 2009, s.218, n.5; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age., s.918,919; Reisoğlu, age., s.365; Barlas, age., s.66; Yargıtay’a göre, zararın giderilmesine yönelik harcamalar daha sonraki bir tarihte yapılmış olsa dahi, temerrüt faizi haksız fiilin işlendiği günden itibaren ödenir. Yarg. HGK. 30.11.2005 T., E.4-643 / K.675 (İstanbul Barosu Dergisi, C.80, Sa.3, Y.2006, s.1291).

yaklaşım, haksız fiilden zarar görenleri koruma düşüncesiyle benimsenmiştir. Zira ihtar koşulunun aranması, haksız fiilin işlendiği tarih ile ihtar tarihi arasında geçen süre için tazminat alacağına temerrüt faizi işletilememesi sonucunu doğuracak, bundan da dürüstlük kuralına aykırı şekilde haksız fiil faili yararlanacaktır³³.

Yeni TBK. m.117/f.2, haksız fiillerde temerrüt için ihtarla gerek olmadığına ilişkin uygulamanın kabul ettiği ilkeyi yasa hükmü haline getirmiştir. Yeni hükme göre, "... haksız fiilde fiilin işlendiği... tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur". Ancak doktrinde bazı yazarlar, kusursuz (objektif) sorumluluk halleri ile kusurun kast derecesinde olmadığı halleri de kapsayacak şekilde, tüm haksız fiil sorumluluklarında temerrüt için ihtar şartının aranmayacağı yolunda genel bir prensibin kabulünün isabetli olmadığını savunmaktadır. Özellikle kusursuz sorumluluk hallerinde tazminat borçlusunun zararın doğumundan dahi habersiz olabileceği dikkate alındığında bu yöndeki genel bir kuralın menfaatler dengesine uygun düşmediği ileri sürülmektedir³⁴. Bu bakımdan, BK.m.117/f.2'deki normu amaca göre mümkün olduğunca dar yorumlamak gerekir. Kusursuz sorumluluk hallerinde tazminat borçlusunun kural olarak ihtar ile birlikte temerrüde düşeceği kabul edilmelidir. Ancak kusursuz sorumlu olan kişi ek (munzam) kusurlu ise, burada da dar anlamdaki haksız fiillerde olduğu gibi ihtarla gerek olmadan temerrüdün gerçekleşeceğini kabul etmek yerinde olur. Ayrıca zararın sonradan belirlenebilir hale geldiği durumlarda, temerrüt, fiilin işlendiği tarihte değil, en erken zararın belirlenebilir hale geldiği anda gerçekleşebilir.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade alacaklarında temerrüdün gerçekleşmesi için ihtarla gerek olup olmadığı hususunda doktrin³⁵ ve Yargıtay kararları arasında bir birlik bulunmamaktadır. Yargıtay HGK bazı kararlarında sebepsiz zenginleşmenin konusunun para olduğu hallerde, temerrüt faizinin işlemeye başlaması için ayrıca ihtarla gerek olmadığı, zenginleşme tarihinden itibaren faizin işlemeye başlayacağı görüşünü savunmaktadır. Buna karşılık Yargıtay'ın bazı daireleri sebepsiz zenginleşmede temerrüt faizinin işlemeye başlaması için alacaklının borçluya ihtarla bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Yeni TBK.m.117/f.2'de bu tartışmaya son verilmiş, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar bakımından borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için ihtar koşuluna gerek olmadığı hükme bağlanmıştır. Ne var ki bu kurala bir istisna getirilerek sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli

33 Kılıçoğlu, age., s.663.

34 Nomer, age., s.242, n.183.

35 Bkz. Oğuzman/Öz, age., s.794; Barlas, age., s.66.

olduğu hallerde temerrüt için bildirim aranmıştır. O halde durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen sebepsiz zenginleştiğinden haberdar olmayan iade borçlusu ancak ihtar çekilmek suretiyle temerrüde düşürülür. Buna karşılık iade borçlusu, haklı bir sebep olmasızın malvarlığında bir artış meydana geldiğini biliyor veya içinde bulunduğu hal ve şartlara göre bilmesi gerekiyorsa ihtar aranmaksızın temerrüt gerçekleşir. Kanunen iyiniyetin varlığı asıl olduğundan, kendi malvarlığı aleyhine sebepsiz zenginleşen kişiden zenginleşme tarihinden itibaren temerrüt faizi isteyen iade alacaklının, bunun için borçlunun kötüniyetli olduğunu ispatlaması gerekecektir.

Bazı yazarlar burada MK.m.2'deki dürüstlük kuralı yerine, MK.m.3 anlamında bilip bilmeye dayanan iyiniyetten hareket edilmiş olmasını isabetli bulmamaktadır. Şöyle ki, sözleşmeden doğan alacaklarda borçlu, borçlu olduğunu ve borcunu kime ifa edeceğini bildiği halde, temerrüde düşmesi bakımından kural olarak ihtar aranırken, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda bilip bilmemeye dayanan iyiniyet kavramından hareket edilmesi çelişkili bir durum yaratmaktadır³⁶.

b) Sürekli Edimli Sözleşmelerde Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklar

Yeni TBK. m.126 hükmü, sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu seçimlik hakları düzenlemektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106 ve 108. 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 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 gerçekleşmektedir³⁷. Dolayısıyla konunun sürekli edimli sözleşmeler bakımından ayrıca düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.

Bilindiği gibi ani edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdü karşısında alacaklı üç seçimlik hakka sahiptir. Borcun ifasını ve gecikme dolayısıyla uğradığı zararın tazmini isteme, aynen ifaden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan (müspet) zararının tazminini isteme veya sözleşmeden dönüp

³⁶ Nomer, age., s.242,243, n.183.

³⁷ Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.319.

sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı (menfi) zararın tazminini isteme.

İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde alacaklının sözleşmeden dönmesi ve borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırması adil olmayan sonuçlara yol açar. Zira borçlu temerrüt anına kadar ifada bulunmuş ve alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatler bir ölçüde gerçekleşmiştir. Bu sebeple sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdü durumunda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği kabul edilir ve dolayısıyla alacaklıya dönme değil, fesih hakkı tanınır³⁸. Yeni TBK. m.126'ya göre, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. Böylece, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt durumunda sözleşmenin feshini düzenleyen genel bir hüküm getirilmiştir.

Yeni TBK.m.125 ve 126 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde karşımıza şöyle bir tablo çıkmaktadır: Karşılıklı borç yükleyen ani edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, borcun ifası ve gecikme tazminatı isteme hakkı olan alacaklının, ayrıca sahip olduğu seçimlik haklar muhafaza edilmiştir. 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, ifa ve gecikme tazminatı yanında tek bir seçimlik hakka sahip olacaktır. Alacaklı, borcun aynen ifası ve gecikme sebebiyle uğradığı zararın giderilmesi seçeneğini tercih etmediği takdirde, o sadece sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir³⁹. Ancak bu zararın da müspet (olumlu) zarar niteliği taşıdığı göz önünde tutulursa, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, alacaklının sahip olduğu seçimlik hakların kapsamında, ani edimli sözleşmelere nazaran herhangi bir sınırlama söz konusu değildir.

Sözleşmeyi fesheden alacaklı, kusuruyla temerrüde düşen borçludan uğradığı müspet (olumlu) zararın tazminini isteyebilir. Söz konusu zarar, sürekli borç ilişkisinin zamanından önce sona ermesi dolayısıyla alacaklının uğradı-

38 **Buz**, age., s.320.

39 **Yeniocak**, age., s.148,149.

ğı menfaat kaybıdır⁴⁰. Örneğin kiracının kira bedelini ödemede temerrüdü düşmesi dolayısıyla vaktinden altı ay önce kira sözleşmesini fesihle sona erdiren kiraya veren, bu altı aylık süre içinde yeni bir kiracı bulamamışsa veya malını daha düşük bir bedelle kiralamak zorunda kalmışsa aradaki farkı kusurlu kiracıdan isteyebilecektir⁴¹.

Sürekli edimli sözleşmelerde sürekli edimin ifasına henüz başlanmadan borçlu temerrüdü gerçekleşmişse, dönme hakkının kullanılmasına herhangi bir engel yoktur⁴²; bu aşamada alacaklı sözleşmeyi geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırıp uğradığı olumsuz (menfi) zararın giderilmesini isteyebilir. 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, yani alacaklı, ifasında temerrüde düşülen sürekli edim olmasaydı, bu sözleşmeyi yapmayacak idiyse, dönme hakkının kullanılması suretiyle sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi mümkün olmalıdır⁴³. Örneğin bir ressamın resimlerini sergilemek için yüksek fiyatla bir salon kiralaması ve söz konusu salonu önceden kullanıma elverişli bir şekilde hazır bulunduran kiraya verenin, sergiden bir gün önce bu borcunu yerine getirmemesi halinde, o ana kadar devam eden sürekli edim, ressam için herhangi bir değer taşımayacaktır. Bu takdirde kiracı ressam, dönme hakkını kullanmak suretiyle kira ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilmelidir.

Son olarak belirtelim ki, TBK.m.126 hükmü, TBK.m.123'den bağımsız yorumlanamaz; sürekli borç ilişkilerinde alacaklı seçimlik hakkını kullanmak istiyorsa, sözleşmeden dönme için aranan koşulları yerine getirmiş olmalıdır. Bu bağlamda, mehil vermeyi gereksiz kılan bir durum bulunmadıkça, borçluya ifa için uygun bir süre vermeli ve süre sonunda derhal bildirimde bulunulmalıdır⁴⁴. Ayrıca TBK.m.126, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelere ilişkin genel bir hükümdür. Dolayısıyla sürekli edimli bir borç

40 **Oğuzman/Öz**, age., s.419; Rona **Serozan**, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007, s.121; **Nomer**, age., s.265,266, n.195; karş. **Buz**, age., s.323. Yazara göre, burada tazmini gereken zarar, sözleşme başlangıçta borçlunun ifada bulunduğu süre üzerinden yapılmış olsaydı alacaklının uğramayacağı zararlardır.

41 **Oğuzman/Öz**, age., s.419.

42 **Oğuzman/Öz**, age., s.383, dn.475; 419; Özer **Seliçi**, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1977, s.223; **Serozan**, *Dönme*, s.120.

43 **Buz**, age., s.321.

44 **Oğuzman/Öz**, age., s.420.

ilişkinin tâbi olduğu özel hükümlerde, bu genel hükümden ayrı bir düzenleme öngörülümüşse, öncelikle özel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁴⁵. Örneğin TBK. m.315 (BK. m.260), TBK. m.362 (BK. m.288), TBK. m.484 (BK. m.369), TBK. m.616-617 (BK. m.516-517).

III. BORÇLARIN VE BORÇ İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ

1- Genel Olarak

“Borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesi, zamanaşımı” başlıklı üçüncü bölüm, sona erme halleri ve zamanaşımı ayırımlarından oluşmaktadır. Yeni Kanun, zamanaşımını borçların sona ermesi ile aynı bölümde, ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, ikinci bir ayırımda düzenlemiştir. Zamanaşımı borcu sona erdirmediği için, bu konunun farklı bir ayırımda düzenlemesi yerindedir⁴⁶. Üçüncü bölümde, ibra (m.131), ifa imkânsızlığı; özellikle borçlunun ihbar ve zararın artmasını önleme yükümlülüğü ve kısmi ifa imkânsızlığının sonuçları (m.137) ile aşırı ifa güçlüğü (m.138) konularında yeni hükümler getirilmiştir.

2- İbra

Yeni TBK.m.132 hükmü, borçların sona erme sebeplerinden biri olan ibraya ilişkindir. İbra, alacaklı ile borçlu arasında yapılan sözleşme uyarınca borçlunun tamamen veya kısmen borcundan kurtarılmasıdır⁴⁷. Bilindiği üzere 818 sayılı Borçlar Kanunu borcu sona erdiren sebepler arasında ibraya yer vermemişti. Hâlbuki Borçlar Kanunu'nun kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde ibra düzenlenmişti. İbranın düzenlenmemiş olması, ibra sözleşmesinin şekli konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bazı yazarlar⁴⁸, kanunen yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulmasını zorunlu gören BK.m.12 hükmünün ibra sözleşmesine de uygulanması gerektiğini savunurken, diğer bazı yazarlar⁴⁹, ibra ile yeni bir borç altına girilmediğini, ibranın bir sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olmadığını, bu nedenle ibra sözleşmelerinin bir şekle bağlı olmaksızın geçerli olacağını ileri sür-

45 **Nomer**, age., s.266, n.195; **Yeniocak**, age., s.148.

46 Erden **Kuntalp**/Nami **Barlas** ve Diğerleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s.81.

47 **Reisoğlu**, age., s.400; **Nomer**, age., s.274, n.200.

48 **Oğuzman/Öz**, age., s.432

49 **Eren**, age., s.1224.

müşlerdir. Yeni TBK. bu konudaki sistematik eksikliği gidermek ve tartışmalara son vermek amacıyla, kaynak Kanunla da uyumlu olan şu düzenlemeyi getirmiştir: “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”. TBK.m.132 hükmü, borcu doğuran işlem bir şekil şartına tâbi olsa da, ibra sözleşmesinin herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmadığını açıkça ifade etmiştir. Ancak ibra sözleşmesi geçerlilik yönünden bir şekle bağlı olmasa dahi, ispat bakımından HMK.m.200’e tâbi olacak ve madde 200’de öngörülen miktarı (İkibin beşyüz Türk Lirasını) aşan borçların ibrasına ilişkin sözleşmelerin senet veya diğer bir kesin delille ispatı gerekecektir.

3- İfa İmkânsızlığı

a) İhbar ve Zararın Artmasını Önleme Yükümlülüğü

Sözleşmenin kurulmasından sonra, borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer. İfa imkânsızlığını genel olarak düzenleyen yeni TBK.m.136/f.3 hükmü, borçluya bu durumu alacaklıya bildirme ve zararın artmaması için gereken önlemleri alma yükümlülüğü getirmiştir. Şöyle ki, “borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür”. Esasen borçlunun bu davranış yükümlülüğü kaynağını MK.m.2’deki dürüstlük kuralından almakta olup, yeni Türk Borçlar Kanunu’nun kabulünden önce de borçlunun söz konusu davranış yükümlülüğünün varlığı kabul edilmekteydi⁵⁰. Borçlunun asli edim yükümlülüğünden bağımsız bu davranış yükümlülüğünün sadece ifa imkânsızlığı haline özgü olarak düzenlemesi, diğer ifa engellerinde bunun ihmal edilmesi bir eksiklik olarak görülmektedir⁵¹.

Yeni düzenlemenin amacı, çoğu zaman borçlunun çevresinde meydana gelen sonraki kusursuz imkânsızlık nedeniyle edimin ifa edilemeyeceğinden alacaklının haberdar edilmesi suretiyle onun gerekli önlemleri almasını sağlamaktır. Bu anlamda olmak üzere alacaklı, imkânsızlaşan edimin yerine yeni bir edimi temin etmek, yeni bir borç ilişkisi kurma gibi önlemleri alabilir. Borcun ifa edileceğine güvenen alacaklının, imkânsızlıktan haberdar olmamasına rağmen bu beklenti içinde zaman ve masraf kaybına uğraması önlenmek istenmiştir. Maddede gecikmeksizin ibaresine yer verilmek sure-

⁵⁰ Mustafa **Dural**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul 1976, s.131; **Eren**, age., s.1252; **Oğuzman/Öz**, age., s.447.

⁵¹ **Serozan**, agm., s.46.

tiyle alacaklının imkânsızlaşan edim yerine daha fazla masraf ve zaman kaybına uğramadan yeni edim temin etmek için çare bulması sağlanmıştır⁵². İhbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, alacaklının bu yüzden uğradığı zararı tazmin borcu doğacaktır. Tazmin edilecek zarar, imkânsızlaşan edimin değerine ilişkin alacaklının çıkar kaybı değil, borçlu imkânsızlığı ilk uygun zamanda bildirseydi alacaklının uğramayacağı zarardır⁵³.

Doktrine göre, alacaklı ifa imkânsızlığını biliyorsa ya da bilebilecek durumda ise, borçlunun böyle bir ihbar yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmelidir. Örneğin imkânsızlığa bizzat alacaklı sebep olmuşsa ya da imkânsızlığın sebebi, idarenin el koyması gibi herkesçe bilinen bir olaysa borçlu ihbarda bulunmak zorunda değildir⁵⁴.

b) Kısmi İfa İmkânsızlığı

818 sayılı Borçlar Kanunu, m.117'de borcu sona erdiren sebepler arasında sadece tam imkânsızlığı düzenlemektedir. Yeni Borçlar Kanunu, "kısmi ifa imkânsızlığı" başlığı altında, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşması durumunda doğacak hukuki sonuçları özel bir hükümlerle 2 fıkra halinde düzenlemiştir. Yeni BK. m.137'ye göre, "borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşarsa, borçlu borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden görülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer (f.1). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsız hükümleri uygulanır" (f.2).

BK. m.137/f.1 ile getirilen yeni hükümlerle, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle borcun kısmen imkânsızlaşması durumunda, ifası mümkün olan kısımlar için borcun son bulmayacağı esas kabul edilmiştir. Buna göre kusursuz ifa imkânsızlığı edimin bir kısmına isabet etmişse, bundan etkilenmeyen kısım için borç kural olarak sona ermeyecektir⁵⁵. Örneğin teslimi taahhüt edilen malların bir kısmı onları taşıyan geminin fırtınada su alması

52 **Kılıçoğlu**, age., s.825.

53 **Oğuzman/Öz**, age., s.447.

54 **Dural**, age., s.131,132.

55 **Kılıçoğlu**, age., s.826,827; **Dural**, age., s.177.

nedeniyle telef olmuşsa, satıcı bu malları teslim borcundan kurtulacak, fakat hasara uğramayan malları teslim etmekle yükümlü olmaya devam edecektir.

İfası imkânsız olan kısım olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşıldığı hallerde kısmi imkânsızlık değil, tam imkânsızlık söz konusu olur. Örneğin yayım sözleşmesine konu olan on ciltlik eserin iki cildi henüz yayımcıya teslim edilmeden çıkan yangın sonucu yok olmuşsa, borç eserin teslimi mümkün olan sekiz ciltlik bölümü için de sona erecektir. Zira kısmi ifa, sözleşmenin amacına göre, alacaklının kısmen dahi bir menfaat sağlamasına hizmet etmemektedir⁵⁶. Ancak bu gibi durumlarda kısmi imkânsızlığın tam imkânsızlığa eşit sayılması nedeniyle, borcun tamamen sona erdiğini borçlu ileri süremez. Bunu ileri sürmek sadece alacaklının hakkıdır. Alacaklı, bunu ileri sürmeyip ifası mümkün olan kısmın yerine getirilmesini isterse, borçlu bunu yerine getirmeye mecburdur, yoksa o borcun tamamen sona erdiğini iddia edemez.

Borçlar Kanunu m.137/f.2, kısmi imkânsızlığın karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin sonuçlarını hükme bağlamıştır. Buna göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcunu ifa etmesi kısmen imkânsız hale gelir ve alacaklı taraf borcun kısmen ifasına razı olursa, kendi karşı edimini de bu oranda ifa etmekle yükümlü olacaktır. Karşı edim alacağından yapılacak indirim, ayıplı ifa dolayısıyla satış bedelinin indirilmesinde izlenen yöntemle göre belirlenir. Buna göre karşı edimde yapılacak indirim, kısmen imkânsızlaşan edimin gerçek değeri ile kısmen imkânsızlaştıktan sonraki değeri arasındaki orana göre tespit edilir⁵⁷.

Alacaklının kısmi ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen bir edim olması halinde tam imkânsızlık söz konusu olur⁵⁸. Görüldüğü gibi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde gerçekleşen kısmi ifa imkânsızlığında borçlu alacaklıyı kısmi ifayı kabule zorlayamaz. Ayrıca kısmi ifanın teklif edilebilmesi için borç ilişkisinin konusunu oluşturan karşı edimin bölünebilir nitelikte olması da gerekir. Niteliğinde bir değişiklik veya değerinde önemli bir azalma olmaksızın parçalara ayrılması mümkün olan edimler bölünebilir edimdir. Örneğin taraflar arasındaki mal değişim sözleşmesinde (A), 100 ton üzüm karşılığında tarlasını (B)'ye devretmeyi taahhüt etmişse, (A)'nın teslim edeceği 20 ton üzümü taşıyan kamyonun devrilip üzümün telef olması

⁵⁶ Kılıçoğlu, age., s.827; Serozan, İfa, s.193, n.10.

⁵⁷ Dural, age., s.177,178; Serozan, İfa, s.192,193, n.10. Kısmi imkansızlık alacaklının kendi edimini tam olarak ifa etmesinden sonra gerçekleşmişse, aradaki fark sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenebilir (Dural, age., s.179).

⁵⁸ Kılıçoğlu, age., s.827.

durumunda (B) kısmi ifaya razı olabilir, fakat kendi edimi bölünemez nitelikte olduğundan, olayda kısmi ifa imkânsızlığıyla ilgili BK.m.137 hükmü uygulanamaz. Tam ifa imkânsızlığına ilişkin BK.m.136 uygulanabilir.

4- Aşırı İfa Güçlüğü

Sözleşmeye bağlılık (ahde vefa = pacta sunt servanda) ilkesi gereğince borçlunun sözleşme koşullarına aynen uyması, borcunu sözleşmeye göre ifa etmesi gerekir. Sözleşmenin kuruluşundan sonra değişen şartlar dolayısıyla edimin ifasının tahmin edilenden daha fazla emek veya masraf gerektirmesi ve bu yüzden borçlunun zarar etme durumunda kalması da kural olarak borcu etkilemez. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulması zamanında taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum dolayısıyla karşılıklı edimler arasındaki denge borçlu aleyhine ağır şekilde bozulur ve borcun olduğu gibi ifasını istemek dürüstlük kuralına aykırı düşerse hâkimin sözleşmeye müdahalesi istenebilir. Temeli dürüstlük kuralına dayanan bu yaklaşım, eski Borçlar Kanunu'nda genel bir düzenlemeye kavuşturulmamıştı. Sadece istisna (eser) sözleşmesi (BK.m.363/f.2) ile hâsılat (ürün) kirası sözleşmelerinde (BK.m.282/f.1) hâkimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamasına imkân veren özel düzenlemeler mevcuttu. Diğer borç ilişkilerinde ise, ancak MK.m.2'deki dürüstlük kuralı yardımıyla sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması veya sona erdirilmesi mümkün olabilmekteydi⁵⁹.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu "aşırı ifa güçlüğü" başlığını taşıyan 138. maddesinde konuya ilişkin genel bir hüküm getirmiştir. Şöyle ki, "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" (f.1). Ayrıca hükmün ikinci fıkrasında bu madde hükmünün yabancı para borçlarında da uygulanacağı özellikle belirtilmiştir. 2005 ve 2008 tarihli Tasarımlarda bulunmayan 2. fıkra hükmü Türk Borçlar Kanunu'nun TBMM

⁵⁹ Yargıtay, dürüstlük kuralına dayanarak işlem temelinin çökmesi sebebiyle uyarlama yapılabileceğini kabul etmekteydi. Yüksek Mahkeme, özellikle kira sözleşmelerinde uyarlama imkânını kabul etmekte, fakat banka kredi sözleşmelerinde çekingen bir tutum takılmaktaydı.

Genel Kurulundaki görüşmeleri sırasında verilen önergeyle Kanun metnine eklenmiştir. Yargıtay'ın başlangıçta yabancı para borçları ile dövize endeksli para borçlarında -bunları sözleşme ile konulan uyarlama (intibak) kaydı olarak nitelemesine rağmen- uyarlamayı kabul etmesi, fakat daha sonra bu içti-hatlarından dönmesi böyle bir düzenleme yapılmasına etken olmuştur. Kanaatimizce, yabancı para borçlarında uyarlama talebini engelleyen bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla 2. fıkra hükmü maddeye eklenmemiş olsaydı bile aynı sonuca varılması mümkündür.

Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemeye borçların ve borç ilişkilerinin sona erme sebepleri arasında yer verilmiş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu sorunun asıl düzenlenmesi gereken yer, borçların ifa edilmesinin sonuçlarına ilişkin ayırımdır. Zira burada borç veya borç ilişkisi sona ermemekte, öncelikle sözleşme yeni koşullara uyarlanarak ayakta tutulmaktadır. Aşırı ifa güçlüğünün imkânsızlığa benzetilerek konunun imkânsızlığın peşi sıra düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Nasıl ki sözleşme temerrüt sebebiyle sona erdirilebiliyorsa, aynı şekilde ifa güçlüğü halinde de dar anlamda uyarlama mümkün değilse borçluya dönme veya fesih hakkı verilmiştir. Bu sebeple aşırı ifa güçlüğüne, Kanun'un karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen maddelerinden hemen sonra yer verilmesi daha uygun olurdu⁶⁰.

Aşırı ifa güçlüğüne düşen borçlunun TBK.m.138 hükmünden yararlanabilmesi için bulunması gereken koşullar şunlardır:

- 1- Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması
- 2- Olağanüstü durumun doğurduğu yeni koşullar dolayısıyla borçlu açısından ifanın güçleşmiş olması
- 3- İfa güçlüğünün oluşumuna borçlunun etki alanından kaynaklanan bir sebebin katkıda bulunmaması
- 4- Borçludan edimini sözleşmedeki şartlarla ifa etmesini istemenin dürüstlük kurallarına aykırı düşmesi
- 5- Borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması

Yeni Kanun, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan olumlu veya olumsuz uyarlama (intibak) kayıtlarının hükmün uygulanmasına engel olup olma-

⁶⁰ Yeşim M. **Atamer**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sa.06, Mayıs 2006, s.26; **Serozan**, agm., s.46.

yacağı hususunda sessiz kalmıştır. Yargıtay'a göre, sözleşmede olumlu veya olumsuz uyarlama (intibak) kaydının bulunması, bu kayda dayanarak sözleşmenin aynen uygulanmasını istemenin MK.m.2/f.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde, uyarlama talep edilmesini engellemez. Ancak olumsuz uyarlama kaydının varlığı durumunda risk paylaşımına ilişkin değerlendirme daha sıkı biçimde yapılır.

Hükümün düzenleme biçiminden, sözleşmenin uyarlanmasının sürekli borç ilişkilerine özgü bir sorun olarak görülmediği, ani edimli borç ilişkilerinde de uyarlamamanın mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin kurulması ile ifa anı arasında belirli bir süre olması durumunda ani edimli sözleşmelerin de uyarlanması mümkündür. Sözleşmenin kuruluşu ile ifası arasındaki süre kısa olsa dahi, bu süre içerisinde meydana gelen esaslı durum değişikliği sonucu işlem temeli çökmüşse sözleşme uyarlanabilir.

TBK.m.138 hükmü, "işlem temelinin çökmesi" hallerinden sadece ifa güçlüğünde uyarlamaya imkân tanımış gözükmektedir. Aşırı ifa güçlüğüne yanı sıra, edimler arasındaki dengenin bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halleri de işlem temelinin çökmesi kapsamında değerlendirilmektedir⁶¹. Ne var ki bu hallere madde metninde yer verilmemiştir. Dolayısıyla ifa güçlüğü dışında işlem temelinin çöktüğü diğer hallerde sorunun MK.m.2 ve m.1/f.2 hükümlerine dayanılarak içtihat yoluyla çözümlenmesi gerekecektir⁶².

Hükümün uygulama koşulları gerçekleşmişse, borçlu hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bu durumda hâkim, edimler arasında bozulan dengeyi tekrar sağlama amacıyla sözleşmeye müdahale edebilir. Hâkimin sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uyarlaması, borçlunun edim yükümlülüğünü azaltma, alacaklının karşı edim yükümlülüğünü artırma, borcun muacceliyet tarihini erteleme ve ifa yerini değiştirme biçiminde olabilir. Uygulamada en çok görülen, taraflardan birinin ediminin azaltılması veya yükseltilmesidir⁶³.

Yasa koyucu sözleşmenin içeriğini değiştirmek suretiyle bozulan dengenin yeniden kurulmasına, yani dar anlamda uyarlamaya öncelik tanımıştır. Somut olayda (dar anlamda) uyarlama amaca uygun veya mümkün değilse, sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gidilir (geniş anlamda uyarlama). Ayrı-

61 **Serozan**, İfa, s.264, n.6; Başak **Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s.151 vd., 280.

62 **Nomer**, age., s.234, n.181.

63 **Baysal**, age., s.254.

ca sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkün olsa dahi, tarafların ortak iradesi bunun aksi yönünde ise, tek çözüm yolu sözleşmenin sona erdirilmesi olacaktır⁶⁴. Sözleşmenin sona erdirilmesi, ani edimli sözleşmeler bakımından dönme, sürekli edimli sözleşmeler bakımından fesih biçiminde gerçekleşecektir.

Son olarak belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesine göre, Türk Borçlar Kanunu'nun aşırı ifa gücüne ilişkin 138. maddesi, Borçlar Kanunu'nun yasalaşıp yürürlüğe girmesinden önce açılmış olup da halen devam etmekte olan davalarda da uygulanacaktır.

⁶⁴ Baysal, age., s.257, 258; 272.