



“Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi”

İstanbul, 15 Haziran 2012

**Prof. Dr. Seza Reisoğlu
TBB Hukuk Başdanışmanı**

I. Giriş

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Resmi Gazetede 04.02.2011 tarihinde yayınlanmış olup 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir (md.648). Aynı gün 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kaldırılmaktadır.

Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun da (Yürürlük Kanunu) aynı gün -01.07.2012- tarihinde yürürlüğe girmektedir (md.11).

Yürürlük Kanununda; Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama şekli hakkında kanunun maddelerinden esinlenişmiş ve Yürürlük Kanununun 9. maddesinde “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ... 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanır” denilmiştir. Bankaları ilgilendiren Yürürlük Kanunu açısından, 4722 sayılı Yasaya başvurma gereksinimi bulunmamaktadır.

Yürürlük Kanunu Tasarısının ikinci bölümü “Özel Durumlara İlişkin Hükümler” başlığı altındaki maddeleri (md.7-12) tamamen hukuka aykırı düzenlemeler içermiş; bu bölüm TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmeler sonucu Tasarıdan çıkarılmıştır. Özel durumlara ilişkin bölümde 7. maddede “A. Genel Koşulları”, 11. maddede “E. Kefalet” ile ilgili düzenlemelere ilerde değinilecektir.

II. Türk Borçlar Kanunu Yürürlüğe Girdiği 01.07.2012 Tarihten Önceki Sözleşmelere ve/veya Sözleşmelerden Doğan Borçlara –İşlemlere- Bu İşlemler Hangi Kanun Yürürlükte İken Gerçekleşmiş ise Kural Olarak o Kanun Hükümlerinin Uygulanması Kuralı (md. 1)

A. Genel Olarak

Yürürlük Kanununun 1. maddesine göre “Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten - 01.07.2012- önceki fiil ve işlemlerin

- hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına
- ve
- sonuçlarına

bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş ise kural olarak o kanun uygulanır.



01.07.2012 tarihinden önce gerçekleşmiş olan fiil ve işlemlere 818 sayılı Borçlar Kanununun uygulanması bir uluslararası hukuk kuralıdır. Madde gerekçesinde *mesela alıcı (A) ile satıcı (S) arasında 818 sayılı Kanun döneminde bir satış sözleşmesi kurulması durumunda, bu satış sözleşmesinin hukuken bağlayıcı olup olmadığı 818 sayılı Borçlar Kanununa göre belirlenecektir* denilmektedir.

Dikkat edilecek husus gerek 818 sayılı Borçlar Kanununun ve gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun maddeleri

- kanunda açıkça buyurucu oldukları belirtilmedikçe ya da maddede anlaşılmadıkça emredici nitelikte olmayıp tarafların aksini kararlaştırabildikleri maddelerdir. Sözleşmede hüküm olmadığı takdirde her iki Kanun maddeleri tamamlayıcı, taraf iradelerini yorumlayıcı maddelerdir. Genelde Borçlar Kanununa aykırı sözleşmeler geçerli olup, sözleşmenin 01.07.2012 tarihinden önce ya da sonra yürürlüğe girmesi bir farklılık yaratmayacaktır.

Banka uygulamaları açısından önem taşıyan Türk Borçlar Kanununun emredici nitelikteki genel işlem koşulları (md.20-25) ile 583-602. maddelerince düzenlenen ve kefil lehine emredici nitelikte olan “kefalet” maddeleridir.

Emredici hükümler içeren genel işlem koşulları ilk defa yasalaşmakta olup, kaynak hukuk oluşturan İsviçre’de genel işlem koşulları Borçlar Kanununda yer almamaktadır. Avrupa Birliği Ülkelerinde ise Almanya ve kısmen Avusturya dışında tüm ülkelerde genel işlem koşulları tüketici kredileri için kabul edilmektedir. Bankaların hazırladıkları tüm sözleşmeler niteliğine bakılmaksızın genel işlem koşulu sayılmaktadır (md.20/4). 4. fıkrada “bankaların izne dayanarak verdikleri tüm hizmetler” denildiğinden, bankaların hazırladıkları; bankacılık faaliyetlerine ilişkin hizmetler anlaşılacaktır.

Genel işlem koşullarının bir bölümü müşterinin aleyhine olduğu, durumunu ağırlaştırdığı (BK md.25) veya sözleşme Bankaya tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirme; yeni düzenleme yetkisi verdiği (md.24) ya da genel işlem koşulu sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı olduğu (md.21/2) takdirde yazılmamış ve müşteri açısından geçersiz olacaktır. Banka sözleşmelerin diğer maddelerinin müşteri açısından geçerli olması için ise müşterinin açıkça tüm maddeler ile ilgili bilgilendirilmesi, içeriğini öğrenme imkanının sağlanması ve müşterinin bunu kabul etmesi (md.21/ 1) gerekli olup; bu hususların Banka tarafından ispatlanması gerekecektir. Sözleşmelerin maddelerinin müşteri açısından geçersiz olması; Bankanın yükümlülüğünü etkilemeyecek, örneğin Banka kredi sözleşmesinden ötürü taahhüt ettiği krediyi vermek zorunda kalacaktır (md.22).

Yürürlük Yasa Tasarısında “A. Genel İşlem Koşulları” başlıklı 7. maddede “(1) Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde, Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25. maddelerinde öngörülen esaslara uygun hale getirilir” denilmiştir. Bu maddenin yasalaşması halinde, 01.07.2013 tarihine kadar müşterilerin muvafakatlerinin alınmaması halinde tüm kredi sözleşmelerinin ve diğer sözleşmelerin hükümlerinin büyük bölümü geçersiz hale gelecektir.

Madde Adalet Komisyonunda Tasarıdan çıkarılmış; böylece 01.07.2012 tarihinden önce yürürlüğe girmiş Banka sözleşmelerin genel olarak, Yürürlük Kanununun birinci maddesine göre 6098 sayılı Yasanın genel işlem koşullarına tabi olmaması sağlanmıştır.

Ancak ileride açıklanacağı gibi; birinci maddedeki genel kurala aynı maddede ve daha sonraki maddelerde çeşitli istisnalar getirilmiştir. Şu kadarki bu istisnalar hangi konuda getirilmişse, 6098 sayılı Yasanın tüm “Genel Hükümleri” değil, hangi maddeleri ilgilendiriyorsa sadece o maddeler uygulanacaktır.

Bankalar için önemli olan ikinci konu, 01.07.2012 tarihinden önce verilen kefaletlerle ilgilidir. 6098 sayılı Yasa; kefilleri koruyucu önemli maddeler içermekte ve BK 582/3. maddede; kefilin lehine olan kefalet maddelerinden Kanunda aksi anlaşılmadıkça önceden feragati geçersiz sayılmaktadır. Dolayısıyla bu maddeler kefil lehine emredici olmakta; bu maddelere aykırı sözleşme maddeleri geçersiz hale gelmektedirler.

Yürürlük Kanunu Tasarısında, “E. Kefalet Sözleşmesi” başlıklı 11. maddede “Türk Borçlar Kanununun Kefalet Sözleşmesine İlişkin 581 ila 603. maddelerinin kefil koruyucu nitelikteki hükümler; Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kefalet sözleşmelerine de uygulanır” denilmektedir. Anayasaya ve hukuka tamamen aykırı bu madde yürürlüğe girseydi; 01.07.2012 tarihinden önce yapılmış hiçbir kefalet sözleşmesinde azami miktar, kefalet tarihi kefilin el yazısı belirtilmiş olmadığından; diğer eşin rızası alınmadığından tüm kefalet sözleşmeleri hükümsüz olacaktır. Bu madde de Adalet Komisyonunda Tasarıdan çıkarılmıştır.

Yürürlük Yasasının 1. maddesindeki genel kurala getirilen istisnaların, 01.07.2012 tarihinden önce yapılmış kefalet sözleşmelerini hangi ölçüde etkilendiğine aşağıda değinilmiştir.

III. 01.07.2012 Tarihinden Önce Yürürlüğe Girmiş Sözleşmelere ve/veya Borçlara – İşlemlere 6098 Sayılı Yasa Hükümlerinin Uygulanması

A. Sözleşmelerde ve/veya borçlarda temerrüt, sona erme ve tasfiyenin 01.07.2012 tarihinden sonra gerçekleşmesi (md.1 son cümle)

a) Genel olarak

Yeni Türk Borçlar Kanununda; sözleşme ve/veya borçlarda temerrüt, sona erme ve tasfiye konularında; 818 sayılı Yasadan farklı emredici hükümler varsa; bu hükümler 01.07.2012 tarihinden önce gerçekleşmiş olan sözleşmelere ve/veya borçlara da uygulanacaktır.

Yürürlük Kanununda genel bir ibare kullanılmış olsa da temerrüt, sona erme ve tasfiyelere 6098 sayılı Yasanın tüm emredici hükümleri değil, fakat varsa bu konulardaki –temerrüt, sona erme ve tasfiye- emredici maddeleri uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, örneğin borçlunun 01.07.2012 tarihinden sonra temerrüdü düşmesi halinde borçlu, Banka kredi sözleşmelerinin tüm hükümlerinin 6098 sayılı Yasanın 20-25. maddelerinin genel işlem koşullarına tabi olacağına, bunların bir bölümünün yazılmamış sayılacağına, diğer bölümlere ise muvafakatinin olmadığını ve temerrüdünün buna göre değerlendirilmesi gerektiğini ileri süremeyecektir.

b) Sözleşmelere ve/veya borçlara –işleme- ilişkin olarak temerrüdünün gerçekleşmesi.

Yürürlük Kanununun 1. maddesine göre “... Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden - 01.07.2012- sonra işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek ... temerrüt ... Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir”.

818 sayılı Borçlar Kanununun genel hükümlerinde –Md.101-104. maddelerinde- 6098 sayılı Kanunun bu maddelerin karşılığını oluşturan 117-120. maddelerinde temerrüt düzenlenmiş olup bu maddelerin büyük çoğunluğu 818 Yasaya benzer olup, emredici nitelik taşımamakta; 01.07.2012 tarihinden önce yürürlüğe giren sözleşme maddeleri geçerliliğini korumaktadır. Bunun önemli istisnası, emredici nitelikteki temerrüt faizi ile ilgili BK 120. maddedir. Bu madde Bankalar açısından önem taşımaktadır.

Gerek yürürlükteki Ticaret Kanunu (md.3) gerekse 6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu (md.3) açısından bankaların taraf olduğu tüm sözleşmeler “ticari iş” oluşturmakta, taraflardan biri için

ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğeri için de ticari iş sayılmaktadır (md.21-2 / YTTK md. 19/2).

Her iki Ticaret Kanununun 8/1. maddesine göre “Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir”.

Yürürlükteki T. Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre; Bankalar akdettikleri sözleşmelerinde –karşı tarafla anlaşarak gerek akdi faizleri- ana para faizi ve gerekse temerrüt faizlerini serbestçe belirledikleri halde; yeni Türk Ticaret Kanunundaki 8 ve 9. maddeler tartışma yaratmıştır. Yeni T. Ticaret Kanunu Hükümet Tasarısında 8. maddede “ (1) Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir (2) Ticari işlerde kanuni anapara ve temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır” denilmek suretiyle 1. fıkradaki ticari işlerde gerek anapara faizinin –akdi faizin- gerekse temerrüt faizinin serbestçe belirleneceği kabul edilmiş; sadece temerrüt faizinin belirlenmediği hallerde ticari işlerde kanuni temerrüt faizine ilgili mevzuatın uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Buna karşılık T.B.M. Meclisi komisyonlarında yapılan değişiklik ile 8. maddeye bileşik faiz(fıkra 2) ilave edilmiş, ticari işlerde temerrüt faizi ise 9. maddede düzenlenmiştir.

8/1. maddede sadece “ticari işlerde faiz miktarı serbestçe tayin olunabilir” denilmesi ve ikinci fıkrada; sadece anapara faizlerinin söz konusu olduğu, bileşik faizlere yer verilmesi ve ticari işlerde temerrüt faizinden 9. fıkrada söz edilmesi tereddüde yol açmıştır (Bkz. Reisoğlu, Farklı Düzenlemeler, sh.40 vd.).

Bir görüşe göre; 6098 sayılı Kanunun 8. maddesinde temerrüt faizinden söz edilmediği; buna karşılık 8/2. maddede sadece ana faizinin söz konusu olduğu bileşik faizin düzenlendiği, bu durumda 8/1. maddeye göre “serbestçe belirlenecek faizin ana para –akdi- faiz olarak kabul edileceği, ticari işlerde temerrüt faizi ile ilgili tek maddenin 9. madde olduğu göz önünde tutulduğunda; ticari işlerde temerrüt faizine BK 120/2. maddesi ve 3095 sayılı Yasa uygulanabilecektir.

İkinci bir görüş ise; Hükümet Tasarısında 8. madde metninden, ticari işlerde temerrüt faizinin de serbestçe belirleneceğinin anlaşıldığı, sadece temerrüt faizinin belirlenmemesi halinde – kanuni temerrüt faizi- ilgili mevzuatın uygulanacağı vurgulandığı; meclis komisyonlarında yapılan değişiklik ile ticari işlerde temerrüt faizinin ilgili mevzuatla belirlenmesinin amaçlanmadığı; bu nedenle yeni Ticaret Kanununun 9. maddesinde de “kanuni anapara ile temerrüt faizi” ibaresindeki “temerrüt faizi” nin “kanuni temerrüt faizi” olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülebilecektir. Bu görüş kabul edildiği takdirde TTK 8/1. maddedeki “ticari işlerde faiz oranı, ticari işlerde anapara faizi ve temerrüt faizi oranı” şeklinde anlaşılacaktır.

6098 sayılı T. Ticaret Kanununun sadece 8 ve 9. maddelerinin karşılaştırılması halinde birinci görüş savunulabilecek ise de, Kanun Tasarısının 8. ve 9. maddeleri ile bu maddelerin gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, yeni TTK'nun 9. maddesi ile ticari işlerde kanuni ana para faizi ile kanuni temerrüt faizinin kastedildiği ve 8/1. maddeye göre ticari işlerde ana para faizi –akdi faiz- ile temerrüt faizinin serbestçe belirlenebileceği sonucuna varılacaktır.

Birinci görüş kabul edildiği takdirde ise, ticari işlerde temerrüt faizine BK 120. maddesi uygulanacak, 120/1. maddesine göre “uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı sözleşme ile kararlaştırılmamış ise, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükteki mevzuat hükümleri olan 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 2. maddesi uygulanacaktır. 2/2. maddeye göre “... arada sözleşme olmasa bile –ticari işlerde temerrüt faizi bu oran- T.C. Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı üzerinden istenebilir. 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.



Ticari işlerde temerrüt faizi kararlaştırılmamış ise, halen –akdi faizden az olmamak koşulu ile- T.C. Merkez Bankası'nın 31 Aralık 2011 tarihinde uygulanan kısa vadeli avanslar için faiz oranı %17,75'dir.

Yeni BK 120. maddesi uygulandığı takdirde; 2. fıkraya göre sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı birinci fıkraya uyarınca faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükteki mevzuat olan 3095 sayılı Kanununun 2/2. fıkrasına göre belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüzünden fazla olamaz. Örneğin; Banka ticari işlerde –verdiği kredilerde- müşteri ile anlaşarak serbestçe akdi faizi %40 olarak belirlemiş ise; temerrüt faizi de %40 olacak; %30 veya %35 olarak belirlemiş ise temerrüt faizini $17,75 \times 2 = 35,50$ olarak belirleyebilecektir.

Yeni Borçlar Kanununda; bankaları yakından ilgilendiren ve bankaların verdikleri kredilerin teminatını oluşturan kefalet maddelerinde de kefil lehine emredici olan ve kefilin bankaya ödemede bulunmada temerrüde düşmesi halinde uygulanacak düzenlemeler bulunmaktadır. Yeni Borçlar Kanununda “Kefilin Takibi” başlıklı 590. Maddesine göre; alacaklı banka asıl borç muaccel olsa ve asıl borçlu borcunu ödemediği için kefilin takip etmek istediğinde, kefil 01.07.2012 tarihinden sonra borcunu ödemede temerrüde düşerse BK 590. maddede belirtilen hallerde ödemeyi reddedebilir veya aleyhindeki takibi durdurabilir. Örneğin BK 590/2. maddeye göre, aynî güvence karşılığında hakimden mevcut rehinleri paraya çevirmeye ve borçlu aleyhine yapılan takiplerde kesin aciz vesikası alınmaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yürütülen takibin durdurulmasını isteyebilir. Kefil, kendi lehine olan bu haktan sözleşmede feragat etmiş ise sözleşme hükmü geçersizdir (BK md.582/3).

Yeni BK'nun def'iler başlıklı 591. maddesi de kefil lehine düzenlemeler içermekte olup, kefilin 01.07.2012 den sonra temerrüde düşmesi halinde, kefalet sözleşmesinde kefilin def'ilerden feragatine dair hükümler varsa, bunlar geçersiz olacaktır.

c) Sözleşmelere ve/veya borçlarda –işlemlere- ilişkin olarak “sona erme”lerin gerçekleşmesi

Yürürlükteki Kanunun 1. maddesine göre “... Ancak Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden -01.07.2012- sonra işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek ... sona erme ... Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir”.

818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte iken yapılmış bankalar ile müşterileri arasındaki sözleşmeler ve/veya borçlar, “her ne nedenle olursa olsun” 01.07.2012 tarihinden sonra sona erer ise, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu hükümlerine değil, Yeni Borçlar Kanunu'na tabi olacaktır.

Bu durumda Yeni Borçlar Kanununda sona erme ile ilgili emredici nitelikte hükümler varsa, bunlar -sözleşmede örneğin feragat ile ilgili hüküm olsa da olmasa da- 01.07.2012 tarihinden sonraki sona ermelerde uygulanacaktır.

Borçların sona erme halleri her iki Borçlar Kanununun Genel Hükümler ve Özel Borç ilişkilerinde düzenlenmektedir.

6098 sayılı Borçlar Kanununun Genel Hükümler bölümünde borçların sona ermesi ile ilgili maddeler, 818 sayılı Kanunla büyük ölçüde aynı olduğu gibi, genelde farklı hükümler emredici nitelikte olmadıklarından, ancak Banka ile müşteri arasındaki sözleşmelerde, borçların sona ermesi düzenlenmemiş ise uygulanacaktır.

818 sayılı Yasada borçların sükutu başlıklı 3. Bapta müruru zaman(md.125-140) yer almakta ise de, zaman aşımı borcu sona erdiren bir sebep oluşturup oluşturmadığı ve sonuçları üzerinde durulacaktır. Nitekim 6098 sayılı yasada zaman aşımı; borcu sona erdirmeye

sebeplerini düzenleyen birinci ayırımda değil, fakat ikinci ayırımda (md.146-161) yer almaktadır.

Buna karşılık ilk defa 6098 sayılı yasanın Genel Hükümler bölümünde yer alan BK 138. madde uygulamasının borcu sona erdiren bir sebep oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulacaktır.

“Aşırı ifa güçlüğü” başlığını taşıyan 138.maddeye göre –Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır-.

138. maddeye göre sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasının mümkün olmaması halinde, borçlunun sözleşmeden dönme veya sürekli edimli sözleşmelerde fesih hakkının bulunması; borcun sona ermesi olarak kabul edilebilecek ve borçlu bu maddeden yararlanabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki yeni BK 138. maddenin sözleşmeyi sona erdiren bir madde olduğu kabul edilse bile uygulamada esasen işlem temelini çökmesine dayanan uyarılma davaları kabul edilmekte olup, bu maddeyle yeni haklar sağlanması söz konusu değildir.

Yargıtay'ın bir kararına göre (HGK., 19.02.1997, 1996/62/77. İlm.ve Kaz.İçt.Dergisi, Mart 2002, sa.932) *Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale gelmesi durumunda “işlem temelini çökmesi” gündeme gelir. Bu gibi hallerde Emprevizyon ve Clausula Rebus Sic Stentibus Kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Hakim bu gibi hallerde ya sözleşmeyi ortadan kaldıracak ya da sözleşme koşullarının olağanüstü olgulara uyarlanmasına ve böylece sözleşmede bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlayacaktır.*

Yeni Borçlar Kanunu'nun “Özel borç ilişkileri” bölümünde, 818 sayılı yasa döneminde yürürlüğe girmiş kefalet sözleşmelerinin 01.07.2012 tarihinde ya da daha sonra “sona ermesi” halinde uygulanacak olan 6098 sayılı Yasada kefiller lehine emredici düzenlemeler getirilmiştir.

Buna göre;

- Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak 01.07.2012 tarihinden sonra on yılın geçmesi halinde kendiliğinden sona erecektir (BK. md.598/3).

On yıllık süre, daha önce sona ermiş ise Yürürlük Yasasının 5. maddesi göz önünde tutulacaktır.

- Kefil yasada öngörülen koşulların bir arada olması halinde her zaman kefaletten dönebilir (BK md.599). Kefaletten dönme maddesi kefaleti sona erdirdiğinden, kefil 01.07.2012 tarihinden sonra BK 599. maddeden yararlanabilecektir.

- Süreli kefalet 01.07.2012 tarihinden sonra sona erer ise yeni Yasaya göre (BK md.600) sona erdiği gün kendiliğinden ortadan kalkacak, 818 sayılı Yasanın BK 493. maddesinin uygulanması söz konusu olmayacak; kefil BK 493. Maddedeki hakkından kefalet sözleşmesinde feragat etmiş olsa bile, bu feragat geçersiz olacaktır.
- Süresi olmayan kefaletlerde (BK md.601), kefil kendisine tanınan hakkı, 01.07.2012 tarihinden sonra kullanmak isterse; kefile tanınan bu hak sonucunda kefilin kefaletinden kurtulması da söz konusu olabilecek, o takdirde kefilin daha önce BK 494.maddesindeki hakkında feragati geçersiz sayılacaktır.
- Bankaların müşterileri arasında adi ortaklıklar da bulunmaktadır. Adi ortaklığın 01.07.2012 tarihinden sonra sona ermesi halinde yeni BK'nun adi ortaklığı sona ermesi ile ilgili BK 639 vd. maddeleri uygulansa bile, BK 645.madde "ortaklığın sona ermesi üçüncü kişilere karşı olan yükümlülükleri değiştirmez" denilmiştir.

d) Sözleşmelere ve/veya borçlara –işlemlere- ilişkin olarak tasfiyenin gerçekleşmesi.

Yürürlük Kanununun 1.maddesine göre "... ancak Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek...tasfiye Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir".

Gerek 818 sayılı ve gerekse 6098 sayılı Borçlar Kanunlarının "Genel Hükümler" bölümünde "Sözleşmelerin ve/veya Borçların Tasfiyesi" başlığı altında maddeler bulunmamakta, genelde "borçların ifa edilmemesinin sonuçları" düzenlenmektedir.

Özel borç ilişkileri bölümünde ise, kefalet borcunun alacaklıya ödenmesi (kefil ile alacaklı arasındaki ilişkiler md.589-594) ve ödeme sonucu kefilin asıl borçluya rücu etmesi (kefil ile borçlu arasındaki ilişki md.595-597) ile ilgili maddeler kefalet borcunun tasfiyesi olarak değerlendirilebilecek; o takdirde bu maddelerin kefil lehine emredici nitelikte olduğu kabul edilecektir.

Özel borç ilişkileri bölümünde adi ortaklıkların tasfiyesi BK 642-644. Maddelerde düzenlenmekte olup; 01.07.2012 tarihinden sonraki tasfiyelerde bu maddeler uygulanabilecektir.

B. Türk Borçlar Kanunu Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka İlişkin Kuralların Gerçekleştikleri Tarihe Bakılmaksızın Bütün Fiil ve İşlemlere Uygulanması (md.2)

Yürürlük Yasasının 2.maddesine göre "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirdikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır".

Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar Yasalarda tanımlanmamış olup, Yargı kararlarında da bir tanıma yer verilmeksizin, her somut olayda; olayın kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olup olmadığı şeklinde görüş açıklanmaktadır. Öğretide ise "kamu düzeni, kavramı takdirli bir kavramdır. Genel bir ifade ile kamu düzeni, muhafazasında ve uyulmasında toplumun kesin yararı olan kuralları ifade eder" denilmiştir (Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul 2011, sh.132).

Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı sözleşmelerinin geçersiz olacağına gerek 818 sayılı kanunda (md.20) ve gerekse 6098 sayılı Kanunda (md.27) değinilmektedir. Yeni Borçlar Kanununda aynı içerikte olmakla birlikte açıkça kamu düzeninden de söz edilmektedir. Yeni Borçlar Kanununun 27/1. maddesine göre "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu

düzenine; kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler, kesin olarak hükümsüzdür”.

Ahlaka veya kamu düzenine aykırı sözleşmeler her iki Borçlar Kanununa göre hükümsüz olduğundan, Yürürlük Yasasının 2. Maddesi olmasaydı dahi, yasal durumda bir değişiklik olmayacaktı.

Burada kefalet maddelerinin kamu düzeni ile ilgili olup olmadıkları üzerinde de durmak gerekir.

Yargıtay'ın çok eski bir kararında (4.HD., 20.04.1957, 2318) ... *Borçlar Kanununun kefaletin geçerliliğini yazılı şekle tabi tutan amme intizamı hükmünün eski kefaletlere de teşmili gerekir şeklindeki görüşüne katılma mümkün değildir. Yazılı şekil bir geçerlilik koşulu olup; bu şekle uyulmaması kefaletin geçersiz olması sonucunu verirse de; bunun nedeni kamu düzenine aykırılık değil; fakat kişi olarak kefilin korunmasıdır (Reisoğlu, Kefalet, sh.46).*

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi; kefalet hükümlerinin revizyonundan sonra 1958 yılında verdiği bir kararda (BGE 84 I 124) *IBK 493/TBK 583. Maddesinin emredici nitelikte olduğunu ancak bunun, maddenin İsviçre kamu düzenine aykırı olduğu anlamına gelmediğini; IBK 493. Maddesinin amacının, kefile yükümlülüğünün kapsamını gözleri önüne serme ve acele kefalet vaadinde bulunmadan sakınması olduğunu (BGE 6 II 350, BGE 65 II 237) belirtmiş; kefalet maddelerinin kamu düzeni ile ilgili olduğu iddiasını reddetmiştir.*

Yeni Borçlar Kanununun 582/3. Maddedeki düzenleme de açıkça, kefalet maddelerinin kefilini korumak için konulduğunu göstermektedir. BK 582/3. Maddeye göre “Kanunda aksi anlaşılmadıkça kefil bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez”. Bu durumda kefalet maddelerinin Yürürlük Kanununun 2. maddesine tabii olduğunu ve dolayısıyla 6098 sayılı Yasanın uygulanacağını ileri sürmek mümkün değildir.

C. 01.07.2012 Tarihinden Önce Gerçekleşmiş Olup da Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğe Girdiği Sırada Henüz Herhangi Bir Hak Doğurmamış –Sözleşmeler- İşlemler (md.4)

Yürürlük Yasasının “Kazanılmamış Haklar” başlıklı 4. maddesine göre “Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş olup da Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış fiil ve işlemlere Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır”.

Madde gerekçesinde *taliki şarta bağlı bir satış sözleşmesinde; taliki şart 01.07.2012 tarihinden sonra gerçekleşirse, 818 sayılı Yasa döneminde herhangi bir hakkın doğmadığı; sözleşmeye 6098 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı örnek olarak verilmektedir.* Bu durumda satış akdinde nefi ve hasar 818 sayılı Yasanın 183/son fıkrasına göre değil, fakat 6098 sayılı Yasanın 208/1. maddesine göre alıcıya intikal edecektir, diğer bir değişik alıcı taliki şartın tahakkuku anında değil, fakat taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında tescil anında nef, ve hasar alıcıya ait olacaktır.

4. madde açısından 01.07.2012 tarihinden önce sözleşmenin imzalanması ve imza tarihinde yürürlüğe girdiğinin belirtilmesi yeterli olmayıp, sözleşmenin her iki taraf için de bağlayıcı olması gerekecektir. Örneğin azami bir meblağa kadar açılan nakdi ve/veya gayrinakdi kredi sözleşmelerinde, limite kadar sözleşmede belirtilen şartlarla –örneğin teminat karşılığı- banka yükümlülük altına girmişse; karşı taraf için bu krediyi talep hakkı doğmuş olacağından, kredi 01.07.2012 tarihinden sonra kullanılsa bile, müşteri için hak yeni Borçlar Kanununun yürürlük tarihinden önce doğmuş olacağından, sözleşme 818 sayılı Kanuna tabi olmaya devam edecek ve 6098 sayılı Yasa ve özellikle genel işlem şartları uygulanmayacaktır. Keza sözleşme şartlarında 01.07.2012 tarihinden sonra değişiklik yapılması, müşteriye örneğin krediyi ödeme konusunda kolaylık sağlanması, taksitlendirme ve/veya yeni ödeme protokolü düzenlenmesi, kredi faizlerinde değişmeye gidilmesi normal bankacılık işlemleri arasında

olup, Yürürlük Yasasının 4. maddesi uygulanmayacak ve sözleşmeler 818 sayılı Kanuna tabi olmaya devam edecektir. Buna karşılık kredi sözleşmesindeki limit 01.07.2012 tarihinden sonra artırılırsa, artırılan limit ise 6098 sayılı Kanuna ve genel işlem koşullarına tabi olacaktır.

Banka uygulamasında sık rastlandığı gibi, kredi limitine kadar krediyi kullandırıp kullandırılmamak hakkını sözleşmede saklı tutulmuşsa müşteri için bir hak doğmamış olacağından; 01.07.2012 tarihine kadar kullanılan krediler hakkında 818 sayılı Kanun 01.07.2012 tarihinden sonra kullanılan krediler için ise 6098 sayılı Kanun uygulanacaktır. Tek Düzen ve Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğde 11.12.2009 tarihinde yapılan bir değişiklik ile de müşterilere tahsis edilen ve her an kullanılabilir limitler “Cayılamaz taahhütler”, müşterilere tahsis edilen, tutarı her an kullanım imkanına sahip olunmayan limit tahsislerinin ise “Cayılabilir taahhütler” hesaplarında izlenmesi kabul edilmiştir. “Cayılabilir taahhütlerde” müşteriye bir kredi limiti tahsis edilmekte, bankanın bu krediyi kullandırma konusunda kesin bir taahhüdü bulunmamakta, bu kredilerin kullanılması müşterinin bankaya başvurusu ve bankanın nihai değerlendirmesi sonucunda krediyi serbest bırakmasıyla mümkün olmaktadır. Aynı uygulama kredi sözleşmeleri dışındaki diğer bankacılık işlemleri için de geçerli olacaktır.

Buna karşılık, krediyi açan bankanın iradesi dışında bazı şartlara bağlanan, şartların gerçekleşip gerçekleşmemesi bankanın inisiyatifinde ya da tasarrufunda olmayan krediler – örneğin kredi sözleşmelerinde finansmanı sağlanan proje ile ilgili izinlerin ve lisansların alınması, teknik raporların bankaya ibrazı, proje ile ilgili taşınmazların üstündeki takyidatın fekki, teknik danışmanlık, çevre danışmanlığı sözleşmelerinin imzalanması- hiçbir şekilde “cayılabilir kredi tahsis taahhüdü” kapsamında değerlendirilmeyecek ve şartların gerçekleşmesi halinde banka krediyi vermek zorunda olacağından, 01.07.2012 tarihinden önce yürürlüğe konulmuş olan bu tür şarta bağlı sözleşmeler 6098 sayılı TTK’na ve dolayısıyla BK 20-25. maddelerde düzenlenen genel işlem koşullarına tabi olmayacaklardır.

Burada bankaya verilen kefaletlerin ayrıca incelenmesi gerekir. Kefalet 01.07.2012 tarihinden önce “doğmuş borçlar” “gelecekte doğacak borçlar”; “doğmuş ve doğacak borçlar” için verilebilir. Kefaletle garanti altına alınan asıl borç ferdileştirilmiş –belli- ise 6098 sayılı Yasanın yürürlüğü tarihinden önce verilen kefalet 01.07.2012 tarihinden sonra da geçerliliğini koruyacak, bu tarihten önce alacaklı Banka lehine kefilin rücu edemeyeceği bir hak doğmuş olacaktır.

Kefaletle temin edilmiş alacağın, 01.07.2012 tarihinden sonra doğması; hatta doğup doğmayacağına 01.07.2012 tarihinde henüz belli olmaması; alacaklı lehine doğmuş olan hakkı etkilemeyecek 01.07.2012 tarihinden önce verilmiş olan kefaletler –Yürürlük Kanunu 1. maddesindeki temerrüt, sona erme halleri hariç- 818 sayılı Kanuna tabi olacaktır.

D. Hak Düşürücü Sürenin Türk Borçlar Kanununda İlk Defa Öngörülmesi Olması (md.5, 6)

Yürürlük Kanununun 5/2. maddesine göre “Türk Borçlar Kanunu ile hak düşürücü süre ilk defa öngörülmesi olup da başlangıç tarihi itibarıyla bu süre dolmuş ise, hak sahipleri Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıllık süreden yararlanırlar”.

5. madde özellikle ilk defa yeni Borçlar Kanununun 598/3. maddesindeki yer alan düzenleme açısından önemlidir. Bu fıkraya göre “Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesi ile kendiliğinden ortadan kalkar”.

598/3. fıkrada açıklık olmamakla beraber; on yılın dolmasından önce kefil hakkında takibe geçilirse de dava açılır ise, hukuki sürecin sonuna –takip veya dava sonuçlanıncaya kadar- kefaletin geçerli olduğu kabul edilecektir. Nitekim aynı maddenin 4. fıkrasında “Kefalet on

yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir” denilmiştir.

Yeni Borçlar Kanununun 598. maddesi, İsviçre Borçlar Kanununun 509. maddesinden alınmıştır. Ancak 509. maddedeki 20 yıllık süre 10 yıla indirildiği gibi, 509. maddenin 3 ve 6. fıkralarındaki düzenlemeler de 6098 sayılı Kanuna alınmamıştır. 3. fıkraya göre –periyodik-belli taksitler halinde ödenen borçlara –örneğin 15/20 yıl vadeli açılan konut kredilerinde-kefaletin 20 yılda sona ermesi hükmü uygulanmamakta, 6. fıkraya göre ise asıl borç en erken 20 yılın dolmasına iki yıl kalınca muaccel olacak ise ve alacaklı asıl borcu daha önce muaccel kılamiyorsa; alacaklı kefil takip edebilecek ve ödemede bulunan kefil; asıl borcun muacceliyetinden önce borçluya rücu edebilecektir.

İsviçre Borçlar Kanununun 509. maddesinin 3 ve 6. fıkralarının alınmamış olması, Bankaların teminatları açısından önemli sorunlar yaratmaktadır. Yürürlük Yasasının 5. maddesi ise bu sorunları çözecek içerikte değildir.

Ayrıca 5. maddenin uygulanabilmesi için öncelikle hak düşürücü süre tanımının yapılması da gerekir. Öğretide (K.Oğuzman-T.Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, sh.148) *Bazen zamanın geçmesi bir hakkın sona ermesine yol açar. Bunun da iki şekilde tezahür ettiği görülür. Bazı hallerde bir hak bir süreye bağlı olarak mevcuttur. Sürenin bitiminde hak sona erer. Mesela bir hükmü şahıs lehine tesis edilmiş intifa hakkı (MK md.721/YMK 797) böyledir. Bu halde süreye bağlı hak söz konusu olur. Buna mukabil bazı hallerde zamanın geçmesinin bir hakkın sona ermesine yol açması o süre içinde hak sahibinin hakkını kullanmamış ... yapması gerekeni yapmamış olmasından ileri gelir. Bu halde hakkın sükuutu sadece zamanın geçmesinden değil tayin edilen süre içinde hak sahibinin hareketsiz kılması yüzündendir. Bu halde sürenin “hak düşürücü süre” olduğundan bahsedilir. Prensip itibariyle böyle süreler yenilik doğuran haklar için söz konusu olur* denilmiştir.

Benzer değerlendirme Yürürlük Yasasının 6. maddesinin gerekçesinde de yer almaktadır.

6. maddeye göre “Bu Kanunun 5. maddesi, uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanununda öngörülen diğer süreler hakkında da uygulanır”.

Madde gerekçesine göre *Hemen belirtelim ki “süreye bağlı hak” ile “hak düşürücü süre” farklı kavramları ifade etmektedir. “Süreye bağlı hak” taki süre, Kanunda bu hakkın varlığını sürdürmesi için öngörülmüş olan süredir. Buna göre “süreye bağlı haktaki süre” ne zamanaşımı süresidir, ne de hak düşürücü süredir. O halde Türk Borçlar Kanunu Tasarısında 237 maddesine göre, alim hakkının en çok on yıllık süre için kararlaştırılabileceği öngörülmüştür. ...Ancak söz konusu süre 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde dolmuş ise, Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısının 5. maddesinin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanacak ve hak sahibi bir yıllık ek süreden yararlanabilecektir.*

Gerçek kişilerin verdiği kefaleti sona erdiren on yılın, hak düşürücü süre olarak kabul edilip edilmemesi 5. maddenin uygulanması bakımından farklı sonuçlar verecektir.

On yıllık süre hak düşürücü süre olarak kabul edilirse; 01.07.2012 tarihinden önce on yılı dolduran kefaletlerde alacaklı; 5. maddenin tanıdığı bir yıllık ek süreden yararlanacak ve 01.07.2013 tarihine kadar kefil takip ve dava edebilecektir. Ancak bunun için asıl borcun muaccel olması koşulu yanı sıra kefilin dava ve takip edilebilmesi de şarttır. Özellikle adi kefil takip ve dava edilebilmesinin kolay olmadığını da (BK md.585) belirtmek gerekir. 01.07.2012 tarihinde ve daha sonra on yılı dolduracak kefaletlerde ise ek süre bulunmamakta; örneğin 01.07.2012 tarihinde ya da bu tarihi takip eden hafta veya haftalarda on yılı dolduracak kefaletlerde; süre dolmadan kefil takip koşullarının oluşması çok zor gözükmektedir.



Kefaletin on yıl sonra ortadan kalkmasının bir hak düşürücü süre değil; fakat “süreye bağlı bir hak” olduğu kabul edildiği takdirde ise -ki bu görüş hem öğretide, hem de yasa koyucu tarafından kabul edilen 6. madde gerekçesinde ifade edilmektedir- 01.07.2012 tarihinden sonra on yılın sona ermesi halinde aynı sonuca varılacak, 5. madde bu durumu düzenlemediği için; Yürürlük Yasasının 1. maddesine göre “sona erme” hali oluşturan BK 598/3. maddesi 6098 sayılı Yasaya tabi olacaktır.

Buna karşılık; 01.07.2012 tarihinden önce on yıllık süre tamamlanmış kefaletler doğrudan 5. maddeye tabi olmayacak; 6. maddenin kıyasen on yılı dolduran kefaletlere uygulanmasının da kabul edilmemesi halinde; bu tarihten önce sona eren kefaletler, 818 sayılı kanuna tabi olmaya devam edecekler; on senenin geçmiş olması kefaletin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Kuşkusuz, tedbirli olmak için 01.07.2012 tarihinden önce on yılı doldurmuş kefaletlerde 5. maddeye göre ek süre olan bir yıl içinde -01.07.2013 tarihine kadar- alacaklı kefil takip ve dava etmek isteyecek; bunun mümkün olmaması halinde ise, bu kefaletlerin hak düşürücü süre oluşturmadiğı, “süreye bağlı hak” ve 818 sayılı Yasaya tabi ve geçerli olduğu savunulacaktır.

E. Görülmekte Olan Bazı Davalarda Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Uygulanması (md.7)

Yürürlük Kanununun 7. maddesine göre “Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile ... faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi görülmekte olan davalarda da uygulanır”.

Gerekçede de belirtildiği gibi 7. maddede zikredilen maddelerin, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Yasalaşp yürürlüğe girmesinden önce açılmış olup da halen devam etmekte olan davalarda da uygulanması öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, Yürürlük Kanununun 2. maddesine göre “gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere” uygulanacağından, bunlara 7. maddede ayrıca yer verilmesi bir tekrardan ibarettir.

Bankaları ilgilendiren maddeler, 7. maddede sayılan temerrüt faizi ile ilgili 120. madde ile, yabancı para üzerinden borçlanmalarla ilgili aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddedir.

Yeni TTK'nun 8. maddesindeki faiz oranının serbestçe belirlenmesinin, hem anapara faizini, hem de temerrüt faizini kapsadığının kabul edilmesi halinde devam eden davalarda da Bankalara BK 120. madde uygulanmayacaktır.

Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin BK 138. madde ise; bu madde Yasada açıkça yer almadan önce de Türk Mahkemelerince uyarlama adı altında esasen yer almaktadır.