



TÜRKİYE BANKALAR BİRLİĞİ

Nispetiye Caddesi
Akmerkez B3 Blok Kat 13
Etiler 34340 İstanbul
Tel: 0212 282 09 73
Faks: 0212 282 09 46
E-posta: tbb@tbb.org.tr
www.tbb.org.tr

Yeni Türk Borçlar Kanununun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri

İstanbul, 8 Aralık 2011

Prof. Dr. Seza Reisoğlu¹

¹ Türkiye Bankalar Birliği Hukuk Başkanışmanı.

A. Genel Olarak

6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Yeni Borçlar Kanununda da sözleşmelerden, haksız fiillerden, sebepsiz zenginleşmeden ve kanundan doğan borç ilişkileri düzenlenmektedir.

Bankacılık işlemleri büyük ölçüde sözleşmelerle ilgili olduğundan; yeni Yasanın öncelikle sözleşmeleri ilgilendiren maddelerindeki yeni veya farklı düzenlemeler üzerinde durulmuştur.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde belirtildiğine göre;

- *Hüküm farklılığı bulunmayan düzenlemelerle ilgili maddelerin bir kısmının sadece metinleri arılaştırılmış, bir kısmının metinleri düzeltilmiş ve arılaştırılmış, nihayet bir kısmının hem sistematik yapıları değiştirilmiş, hem de metinleri düzeltilmiş ve arılandırılmıştır.*
- *Tasarının büyük bir bölümü 818 sayılı Borçlar Kanunundaki maddelerden oluştuğu için ayrıntılı madde gerekçesi yazılmaktan özellikle kaçınılmıştır.*
- *Hüküm değişikliği yapılmayan maddelere de ayrıntılı gerekçe yazma çabasının, bazı maddelerin sadece belli bir görüşe göre yorumlanmasının bir sonucu olarak yeni tartışmalara sebep olabileceği düşünülmüştür.*
- *Yeni hükümlerin düzenlendiği maddelerin gerekçelerinin daha ayrıntılı biçimde yazılmasına özen gösterilmiştir.*

Yeni Türk Borçlar Kanunu, genel gerekçesinde de belirtildiği gibi çok büyük ölçüde ya 818 sayılı Borçlar Kanunu maddelerinin aynı ya da bazı maddelerde değişiklikler içermektedir.

Burada yapılacak ilk eleştiri 80 yıldır uygulanan Borçlar Kanunu madde numaralarının muhafaza edilmemesidir. Yeni Borçlar Kanununda; tamamen yeni olan “Genel İşlem Koşulları”dır. Bu yeni bölüm örneğin 20/A, 20/B vd. şeklinde düzenlenebilirdi. Büyük değişikliğe uğrayan ve İsviçre Borçlar Kanununun 1942 tarihinde değiştirilen kefalet hükümlerinden esinlenen kefalet madde numaraları da aynen İBK’nın madde düzenlemesinde olduğu gibi muhafaza edilebilirdi. 01.07.2012 tarihinde aynı anda yürürlüğe giren yeni Türk Ticaret Kanunu ile yeni Türk Borçlar Kanununun madde düzenlemesinde paralellik sağlanması uygun olurdu.

- Yeni Türk Ticaret Kanununda isabetli olarak her madde (1) (2) (3) olarak numaralandırılmış olup, yeni Türk Borçlar Kanununda maddelerin fıkralarının numaralandırılmaması bir eksikliktir.
- Yeni T. Ticaret Kanununda her madde gerekçesi çok ayrıntılı biçimde kaleme alınmış; öğretiye, Yargı kararlarına atıfta bulunulmuş, bazı konuların

öğreti ve Yargı kararları ile açıklığa kavuşturulmasının uygun olacağına değinilmiş iken; yeni Borçlar Kanununda gerekçelerin büyük bölümü, maddelerde yapılan değişiklikler dahil; maddelerin tekrarından ve arılandırılmasından ibaret olmuştur. Madde gerekçesi yazmama nedeni olarak belli bir görüşe göre yorumlamayı önlemeyi gösterme görüşüne katılma mümkün değildir. Maddelerde yapılan her değişikliğin gerekçede açıklanması uygun olurdu. Mahkemeler hiçbir şekilde madde gerekçeleri ile bağlı değilseler de; ayrıntılı, bilimsel madde gerekçelerinin büyük katkı sağlayacağı da kuşkusuzdur.

Yeni Türk Borçlar Kanununun en büyük katkısı 80 yıl önce kabul edilmiş olan madde metinlerinin arılandırılması olmuştur. Göze çarpan bir örnek vermek gerekirse yürürlükteki BK'nundaki havale hükümleri (Md.457-462), yeni Türk Borçlar Kanununda değiştirilirken (Md.555-560) "muhanulaleyn" yerine "havale ödeyicisi", "muhil" yerine "havale eden", "muhalünleh" yerine "havale alıcısı" denilmiştir.

B. Bankaları İlgilendiren Başlıca Yeni ve Farklı Düzenlemeler

Bankalar açısından en önemli hükümleri içeren genel işlem koşulları – C bölümü – ve kefalet sözleşmeleri – D bölümü – aşağıda ayrıca ve ayrıntılı olarak incelendiğinden, bu bölümde bunlar dışında kalan yeni ve farklı düzenlemelere yer verilmiştir.

I. Geçerli Yazılı İmza (Md. 14/2)

Yürürlükteki Yasadaki (Md14/1) "imza üzerine birey alan kimsenin el yazısı olmak lazımdır" düzenlemesi ve güvenli elektronik imzanın elle atılan imza gibi kabul edilmesi yeni BK'nda korunmuştur. Ayrıca:

- İmzalı mektup asılları
- Asılları imzalanmış telgraf
- Teyit edilmiş olmak kaydı ile faks veya buna benzer iletişim araçları ile gönderilip

saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçecektir.

Yürürlükteki yasal düzenlemelere göre faks altındaki imza, imzanın herhangi bir metin altına monte edilebilmesi gibi nedenlerle geçerli bir imza olarak kabul edilmemektedir. Yeni Yasaya göre borç altına giren kişinin faksı teyit etmiş olması halinde, fakstaki imza geçerli sayılacaktır. Ancak "teyidin" de yazılı olması gerekebilecektir.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa göre atılan güvenilir elektronik imza da geçerlidir. Kanununun 4. maddesine göre güvenli elektronik imza;

- Münhasıran imza sahibine bağlı olan,
- Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan,

- Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan

elektronik imzadır.

5. maddeye göre “kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri elektronik imza ile gerçekleştirilemez. Kanunda güvenli elektronik oluşturma araçları (Md.6) ve güvenlik elektronik doğrulama araçları (Md.7) ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Yasada öngörülen alt yapılar oluşturulmak koşulu ile Internet üzerinden elektronik imza 5070 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 2004 tarihinden buyana uygulanmakta, Elektronik İmza Kanununun 5. maddesine göre “güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları” doğurmaktadır.

II. Genel İşlem Koşulları (Md 20/25)

a) Genel olarak

Genel işlem koşulları Avrupa Birliği ülkelerinin büyük çoğunluğunda sadece tüketici kredilerinde kabul edilmiştir. Türkiye’de de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde 2003 yılında yapılan bir değişiklik ile genel işlem koşulları düzenlenmiştir.

Yeni Türk Borçlar Kanununda ilk defa kabul edilen genel işlem koşulları (Md.20-25) ile ilgili gerekçelerde, Alman Medeni Kanunundan esinlendiği belirtilmektedir. Avrupa Birliği ülkeleri arasında tüketici kredileri ile sınırlı olmaksızın tam olarak genel işlem koşullarını düzenleyen tek ülke olan Almanya’da; yeni BK. maddelerinden farklı olarak genel işlem koşulları ile ilgili maddelerin uygulanmayacağı sözleşmeler –örneğin şirketler hukukuna ilişkin sözleşmeler- ayrıntılı olarak 4 fıkra halinde ayrı bir maddede (Md.310) düzenlenmiş iken, yeni BK’da hiçbir istisnaya yer verilmemiştir.

b) Genel işlem koşulu sayılan sözleşme maddeleri (Md.20)

Yeni Yasada genel işlem koşulları **“bir sözleşme yapılırken düzenleyenin çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”** şeklinde tanımlanmıştır.

Genel işlem koşulları tip sözleşme; kitle sözleşme, katılımlı sözleşme; iltihaki sözleşme veya standart sözleşme olarak da adlandırılmaktadır.

Bankaların bankacılık işlemlerinde kullandıkları tüm sözleşmeler –kredi sözleşmeleri; teminat sözleşmeleri ipotekler vd.- 20. maddedeki tanıma uygun tek tip, standart sözleşmelerdir. Yasanın 20/4. fıkrasında da ayrıca **“sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın genel işlem koşulları ile ilgili hükümlerin uygulanacağı”** belirtilmiştir. Ancak 20/4’üncü maddede “sundukları hizmetlerden” söz edildiğinden ve Bankacılık Kanununun 10/1’inci maddesine göre bankalar,

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'ndan faaliyet izni aldıklarından dördüncü fıkra ile bankacılık faaliyetleri ile ilgili sözleşmelerin kastedildiği kabul edilecektir. Burada kıstas sözleşmelerin bankalar tarafından hazırlanmış olmasıdır. Banka ile müşteri arasındaki görüşmeler sonucu müşteri tarafından ya da her iki tarafın da katılımları ile hazırlanan sözleşmeler genel işlem koşulları oluşturmadıkları gibi, 20/4. fıkra kapsamının da dışındadır.

c) Genel işlem koşullarının geçerliliği ve bağlayıcılığı

aa) Genel olarak

Genel işlem koşullarının geçerliliği ve bağlayıcılığı tek tip, standart sözleşmesi düzenleyen (banka) ile karşı taraf (müşteri) açısından farklı değerlendirilmektedir.

Standart sözleşmenin kendi lehine yahut banka aleyhine olan tüm maddelerini, müşteri geçerli ve banka için bağlayıcı olarak ileri sürebilecektir.

Buna karşılık;

- Genel işlem koşullarının bir bölümü, banka 21/1. maddedeki şartların oluştuğunu ispat edebileceği takdirde müşteriye karşı da geçerli ve bağlayıcı olacak,
- Genel işlem koşullarının diğer bir bölümü ise (Md.21/2, Md.24 ve Md.25) 21/1. maddedeki koşullar oluşsa, müşteri kabul etse ve banka bunu ispat etse bile yazılmamış sayılacak, diğer bir deyişle müşteriye karşı mutlak şekilde geçersiz olacaktır.
- 22. maddeye göre, **sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı; diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.**

22. madde Yeni Borçlar Kanununun 27/2. maddesine ve hukuka aykırıdır. Madde gerekçesinde “22. maddedeki düzenleme, BGB 306. maddesinin üçüncü fıkrasından –genel işlem koşulları ile ilgili madde- ayrılmıştır” denilmiştir.

bb) Yazılmamış –banka açısından geçersiz- sayılan genel işlem koşulları

Maddelerdeki “yazılmamış sayılma” ibaresi mutlak olarak geçersizliği ifade ettiğinden yanıltıcıdır. Yazılmamış sayılma; bankanın bunlara müşteriye karşı ileri süremeyeceği, müşteriye karşı geçersiz olduğu anlamındadır.

- **21/2. fıkra göre sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.**

Hangi genel işlem koşullarının sözleşmenin niteliğine, işin özelliğine aykırı olduğu her somut olaya göre değerlendirilecektir. Örneğin tapuda ipotek

tesisi sözleşmesi genel işlem koşulları oluşturacak; ipotek tesisi sözleşmesi içine kredi sözleşmesini de ilave etme, ipotek tesisi sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine yabancı sayılabilecektir.

- 24. maddeye göre **“genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.**

Madde gerekçesinde “... diğer taraf (müşteri) lehine yapılacak değişikliklerin ya da yeni düzenlemelerin geçerli olduğu konusunda duraksama yoktur” denilmiştir.

Uygulamada bankalara, kredi faizlerini tek taraflı artırma yetkisi tanınmaktadır. Bankalar bu yetkilerini iyi niyet kuralları çerçevesinde kullandıkları hallerde –örneğin kredilerin kaynağını oluşturan mevduatlarda faizleri artırma zorunluluğu- Yargı bu tür tek taraflı yetkileri geçerli saymaktadır. Yeni BK. 24. maddesi bu imkanı kaldırmaktadır.

- 25. maddeye göre **“genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler konulamaz.**

Bu maddeye aykırılığın sonucu madde gerekçesinde açıklanmıştır. *Bu tür hükümlerin yaptırımı 27. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır.*

Madde gerekçesinde “ayrıca... *Buna benzer bir düzenlemeye Alman Medeni Kanununun 307. maddesinde yer verilmiştir*” denilmekte ise de, 307. maddede farklı biçimde “genel işlem koşulları iyi niyet kurallarına aykırı ve ölçüsüz biçimde düzenleyici karşı tarafı zarara uğratırsa geçersizdir” denilmiştir.

cc) Genel işlem koşullarının müşteri hakkında geçerli ve bağlayıcı olması için zorunlu unsurlar (Md.21/1)

Yazılmamış ve bu nedenle müşteriye karşı geçersiz sayılan maddeler (Md. 21/2, 24 ve 25. maddeler) dışındaki genel işlem koşullarının, diğer bir deyişle banka ile müşteri arasındaki diğer tüm sözleşme maddelerinin geçerli sayılması, müşteriye karşı ileri sürülebilmesi, müşterinin menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi:

- **Bankanın sözleşmenin yapılması sırasında, müşteriye sözleşme maddeleri hakkında açıkça bilgi vermesine**
- **Müşteriye, bu maddelerin içeriğini öğrenme imkanının sağlanmasına**
- **Müşterinin sözleşme maddelerini kabul etmesine**

bağlıdır (Md. 21/1).

21/1. maddede **karşı tarafın** (müşterinin) **menfaatine aykırı genel işlem koşullarından** söz edilmektedir. Sözleşme maddeleri, sözleşme taraflarının menfaatini korumaya yöneliktir. Bankaların müşterileri ile yaptıkları sözleşmelerde, banka menfaatine olan tüm maddelerin müşterinin menfaatine aykırı olduğu ileri sürülebilecektir.

Bankaların müşteriler ile imzaladıkları ve bankaları koruyucu maddelerin geçerli olabilmesi için 21/1. maddede belirtilen yukarıdaki 3 hususun birlikte gerçekleşmesi gerekecektir. Örneğin bankanın müşterinin sözleşme maddelerinin kabul edildiğini ispatlaması yeterli olmayacak, bankanın sözleşme maddeleri hakkında müşterisini bilgilendirdiği ve bu bilgilendirme sonucu müşterinin maddelerin içeriğini öğrendiğini de ispat etmesi gerekecektir.

Bu konuların ispatı, müşterinin yazılı bir şekilde 21/1'deki hususları açıkça beyan, ikrar ve kabul etmesi ile mümkün olacaktır. Ancak bu hususların ispatında da bazı sorunların aşılması gerekecektir.

Zira;

- 21/3. maddesinde “**genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar tek başına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz**” denilmektedir.

21/3. maddenin gerekçesinde; *uygulamada çok sayıda tip sözleşmede, metinde sözleşmenin tüm hükümlerinin her birinin okunduğuna, tartışıldığına ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Hatta sözleşme sırasında imza ile birlikte ek düzenleme yapılarak sözleşme metninin ve/veya genel işlem koşullarının okunduğuna, anlaşıldığına ve bu yolla kabul edildiğine ilişkin açıklamaları içeren tutanaklar düzenlenebilmektedir. Aynı şekilde çok sayıda tip sözleşmelerde sahifelerden her birine katılanın yalnızca imza atması ya da bu türden açıklamalarla birlikte imza atması farklı bir uygulamaya yol açmayacaktır. Hatta her maddenin ayrı ayrı ya da bu tür açıklamalarla imzalanması da genel işlem koşullarına ilişkin emredici hükümleri dolanmaya yetmeyecektir. Çünkü fıkra hükmüyle böyle kayıtların tek başına genel işlem koşullarına ilişkin emredici düzenlemenin önlenemeyeceği kabul edilmiştir* denilmiştir.

Gerek 21/3. maddenin lafzından anlaşıldığına göre ve gerekse 3. fıkrasının hükümet gerekçesinde verilen örneklerdeki gibi bankaların hazırladıkları matbu sözleşmelere; müşterinin sözleşmenin her maddesi hakkında bilgilendirildiğine; içeriğini öğrendiğine ve sözleşmeyi bu şekli ile kabul ettiğine dair maddelerin konulmasının ve müşteri tarafından imzalanmasının geçersiz olacağı sonucuna varılacaktır. Hatta 3. fıkraya göre genel işlem koşulları içeren sözleşmeden tamamen ayrı bir sözleşme ile, 21/1. maddedeki hususları müşterinin kabul etmesi de geçerli olmayacaktır. Bu “ayrı sözleşme” genel işlem koşulları içeren bir sözleşme olmasa, bu ayrı sözleşme daktilo ile

veya el ile yazılı bir sözleşme olsa dahi; müşterinin bu sözleşmedeki kabul ve diğer beyanları da yeterli sayılmayabilecektir.

Bu durumda bankanın sözleşmeleri noterde yapması; noterin, müşterinin sözleşme maddeleri konusunda tek tek bankaca bilgilendirildiği; maddelerin içeriğini öğrendiğini ve kabul ettiğini beyan ettiği şeklinde bir tutanak tutması bir çözüm olacaksa da, bankaların binlerce, örneğin kredi sözleşmelerini noterde düzenlemeleri mümkün görülmemektedir. Esasen bu konuda Yasada sözleşmelerin noterde düzenleme şeklinde yapılması konusunda bir geçerlilik şartı da bulunmamaktadır.

Yasa Koyucunun 21/3 fıkrası ile düzenleyenlerin (bankaların) 21/1. maddedeki hususları ispat etmelerini imkansız kılmayı amaçladığı kabul edilemeyeceğine, noterde sözleşme yapılması şeklinde bir zorunluluk da getirilmediğine göre aşağıdaki hususlar göz önünde tutularak bankalarca Yasaya uygun ispat mümkün olacaktır.

Belirtmek gerekir ki;

- Standart, matbu kredi sözleşmelerinde yer alan; müşterinin 21/1. maddedeki hususları içeren beyanları ve kabulü geçersizdir.
- Standart matbu kredi sözleşmelerinden ayrı, standart veya matbu olmayan, daktilo ya da el yazısı ile de olsa, bankanın ve müşterilerin birlikte imzalayacağı ayrı bir sözleşme ile müşterinin beyanları ve kabulü de yeterli olmayacaktır.

Buna karşılık 21/3. maddeye uygun olarak bankanın, sözleşmenin tüm maddeleri hakkında müşteriyi bilgilendirmesi, müşterinin maddelerin içeriğini öğrendiğini ve sözleşmeyi kabul ettiğini beyan etmesi halinde; bu beyan genel işlem koşullarının müşteri açısından geçerli ve bağlayıcı olması için yeterlidir.

Müşterinin beyanlarının ve kabulünün ispat edilmesi için yazılı şekle ihtiyaç vardır. Ancak müşterinin tek taraflı irade açıklaması şeklindeki bu beyanlarının geçerliliği bankanın kabulüne bağlı olmadığı gibi, burada bankanın ve müşterinin iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları söz konusu değildir. Müşterinin ayrı bir kağıttaki bir yazılı irade açıklaması, ne standart sözleşmenin bir maddesi, ne de ayrı bir sözleşme oluşturmadığından geçerli ve bağlayıcıdır. Ancak bankaların, müşteri açıklamalarını matbu kağıtlara imzalatma şeklinde değil, müşteri tarafından hazırlanan, mümkün olan hallerde el yazısı ile yapılmış bir beyan halinde almaları uygun ve böylece düzenleyenin (bankanın) ispat hakkı da elinden alınmamış olacaktır.

dd) Genel işlem koşullarının yorumlanması

23. maddeye göre **“genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değil ise veya birden fazla anlama geliyorsa; düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır”**. Bu madde Roma Hukukundan gelen ve “şüphe halinde, sözleşmenin düzenleyen aleyhine uygulanacağı” şeklindeki genel kuralın tekrarından ibarettir.

III. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (Md.66)

Yürürlükteki BK'nda adam çalıştıranın sorumluluğu 55. maddede düzenlenmiştir. Yeni BK'nunda esas itibariyle 55. maddeye paralel düzenlemeler getirilmiştir.

Madde gerekçesinde "...55. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde ayrı bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmiş görünen "yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olamaz" şeklindeki hüküm, nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu için madde metnine alınmamıştır denilmiştir. Gerekçeden de anlaşıldığı gibi, bu ibarenin madde metnine alınmaması farklı bir sonuç doğurmayacak, adam çalıştıran nedensellik bağının kesildiğini ispat edip sorumluluktan kurtulabilecektir.

Yeni BK. 66. maddesine bir fıkra ilave edilmiş ve **"Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekte yükümlüdür"** denilmiştir.

Bu yeni fıkra nedeniyle işletme ya da işletmelerden oluşan bankalar gerekli önlemleri aldığını ispat edemediği takdirde; banka personelinin işin yapılması sırasında haksız fiilleri ile başkalarına verdikleri zararlardan da sorumlu olacak, kurtuluş beyyinesi getiremeyecektir.

IV. Haksız Fiillerde Zamanaşımı (Md.72)

Yürürlükteki BK'na göre (BK.60) haksız fiillerde zamanaşımı "... mutazarrır olan tarafın zarara ve failine itilal tarihinden itibaren bir sene ve herhalde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz".

Yeni Borçlar Kanununa göre ise "tazminat istemi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar".

Madde gerekçesinde "818 sayılı Borçlar Kanununda on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren" şeklindeki ibarenin, haksız fiilin zarar unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şekilde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare "herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak" şeklinde değiştirilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunundaki on yıllık süresinin de bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür" denilmiştir.

Gerek yürürlükteki BK'nda, gerekse mehz İBK da haksız fiilden itibaren on yılın geçmesi ile –bu süre içinde zarar ortaya çıkmasa dahi- haksız fiillerde zamanaşımının gerçekleştiği kabul edilirken, bazı Yargı kararlarında 10 yıllık sürenin zararın gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacağı şeklindeki kanuna

aykırı yorumlar nedeniyle, maddeye “fiilin işlendiği tarihten başlayarak” şeklinde bir açıklık getirilmesi isabetli olmuştur.

V. Akdi Faiz ve Temerrüt Faizi (Md 88, Md 120)

a) Akdi faiz (kapital faizi)

aa) Faiz verilmesinin gerekmesine karşılık sözleşme akdi faiz oranının belirlenmemesi

- *Yürürlükteki Borçlar Kanununa göre (Md 307) karz sözleşmesinde faiz şart kılınmamış ise, akdi faiz istenemez. Ticari işlerde ise şart edilmemiş olsa bile faiz verilmek gerekir. Yeni Borçlar Kanununda (Md 387) aynı esaslar tekrarlanmıştır.*
- *Yürürlükteki Borçlar Kanununa göre “Bir kimse faiz vermesine mecbur olup da miktarı ne mukavele ile ne de kanun veya örf ve adet ile muayyen değil ise bu faiz senevi yüzde beş hesabıyla tediye olunur” (BK.Md.72).*
- *Yürürlükteki Yasanın karz akdi ile ilgili 308. maddesine göre faiz, ödemesi gerekli olup da (Md. 307) “karzda faiz miktarı tayin edilmemiş ise, asıl olan karzın alındığı zaman ve mekanda o nev’i karzlarda adet olan faiz miktarıdır”. Yeni BK’nunda da aynı düzenleme kabul edilmiştir (Md.388) “... faiz oranı belirtilmemiş ise kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır” denilmiştir. Ancak Yeni BK’nundaki 88/1 maddesi karz akitleri için de geçerlidir.*

Yeni Borçlar Kanununda (Md.88/1) **“Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşme ile kararlaştırılmamış ise faiz, borcun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.”** denilmiştir.

Yürürlükteki mevzuat 3095 sayılı Kanuni faiz ve temerrüt faizine ilişkin Kanun (21.04.2005 *günkü* 5335 sayılı Kanunun 14. maddesi ile değişik) olup, bu Kanunun “Kanuni faiz” başlıklı 1. maddesine göre *“Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde miktarı sözleşme ile tespit edilmemiş ise bu ödeme yıllık yüzde on iki – halen yüzde dokuz – oran üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar çıkarmaya yetkilidir”*.

bb) Sözleşmede akdi faiz oranının belirlenmesi (Md.88/2)

Yeni BK. 88. maddenin ikinci fıkrasında **“sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı birinci fıkra uyarınca belirlenen –faiz borcunun doğduğu**

tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenen– **yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz**” denilmektedir.

Bu hüküm Borçlar Kanununa tabi adi işlerde uygulanacak; 3095 sayılı Yasaya göre (Md.1) yüzde 12 olan – halen yüzde dokuz – akdi faiz %50 fazlası ile %18 – halen yüzde 13,5 – olarak belirlenebilecektir. Ticari işlerde ise, Yürürlükteki Türk Ticaret Kanununda olduğu gibi (Md 8/1) yeni Türk Ticaret Kanununun 8/1. maddesinde de Ticari işlerde faiz oranı –akdi faiz oranı– serbestçe belirlenecektir.

Yeni Türk Ticaret Kanununun 19/2. fıkrasında da **“Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır”** denilmektedir.

Bu durumda bankaların tacir olan ya da olmayanlara verdikleri tüm krediler ticari iş sayıldığından; Bankacılık Kanununun 144. maddesine göre Bakanlar Kurulu veya yetki vermesi halinde Merkez Bankası kararı ile azami faiz oranları, sınırlandırılmadığı takdirde –ki halen faiz oranlarında bir sınırlama yoktur– Bankalar akdi faiz oranlarını serbestçe belirleyebilirler. Yeni TTK’nun 8/3. maddesinde **tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler** –4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun– **saklı tutulmuştur**.

Yeni Türk Ticaret Kanununda ticari işlerde bileşik faiz alınması ile ilgili yürürlükteki TTK’nun 8. maddesinde ise değişiklik yapılarak yürürlükteki Yasadaki “borçlu bakımından ticari iş mahiyetini haiz olan karz akitleri”, yerine **“her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmeler”** denilmiş, ayrıca **“şu kadar ki bu fıkra “sözleşmeleri tacir olmayanlara uygulanmaz”** cümlesi ilave edilmiştir. Bu ilave nedeniyle iki tarafı da tacir olmayan kişiler arasındaki cari hesaplara bileşik faiz uygulanamayacaktır. Ancak bu sınırlamalar sadece bileşik faiz ile ilgili olup Bankaların, kredi sözleşmesinin karşı tarafının tacir olmaması halinde de akdi faiz oranını serbestçe belirlemesine engel olmayacaktır.

b) Temerrüt faizi (gecikme faizi)

aa) Adi işlerde sözleşmede temerrüt faizinin belirlenmemesi (Md.120/1)

Yürürlükteki BK’na göre (Md.103/1) *“Bir miktar paranın tediyesinden temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tayin edilmiş olsa bile geçmiş günler için senevi yüzde beş hesabıyla faiz tediyesine mecburdur”*. Yüzde beş faiz Kanuni faizdir.

Yeni BK’na göre ise **“Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamış ise, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir”** (Md.120/1).

Yürürlükteki mevzuatı oluşturan 3095 sayılı Kanunun (15.12.1999 tarih ve 4489 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik) 2/1. maddesine göre *“borçlu sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça 1. maddede belirlenen oranda yüzde %12 –halen % 9– temerrüt faizi ödeyecektir*.

Yeni BK. 120/3. maddesine göre **“akdi faiz kararlaştırılmakla birlikte, sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık faiz oranı da belirtilen faiz oranından -halen %9- fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur”**. Aynı düzenleme 3095 sayılı yasanın 2/3. maddesinde de mevcuttur.

bb) Ticari işlerde sözleşmede temerrüt faizinin belirlenmemesi veya az belirlenmesi

Ticari işlerde temerrüt faizi hakkında yürürlükteki TTK’nda bir düzenleme olmadığından, BK. 103. madde uygulanacaktır. Ancak 3095 sayılı Yasanın 2/2. maddesinde *“... arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi oranını belirlemiş ve 5. maddede Borçlar Kanununun temerrüt faizine ilişkin hükümleri uygulanmaz”* demiştir.

Yeni Türk Ticaret Kanununun –Tasarıda bulunmayan- daha sonra Yasaya ilave edilen 9. maddesine göre **“Ticari işlerde kanuni, ana para ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.”** 9. madde de Yeni BK. 120/1. maddesine paralel bir düzenleme getirdiğinden, 3095 sayılı Yasanın ticari işlerde temerrüt faizini düzenleyen 2/2. maddesi uygulanmaya devam edecektir.

3095 sayılı Yasanın 2/2. maddesine göre;

“... Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda -Md. 1 e göre halen %9- açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu faiz oranı 30 Haziran günü önceki yılın Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur”.

2/2. maddedeki “arada sözleşme olmasa bile” ibaresi, yürürlükteki BK’nun 103. maddesinin göz önünde tutulduğunu göstermektedir. BK. 103. maddesine göre *“borçlu, mukavele ile daha az bir faiz tayin edilmiş olsa bile geçmiş günler için senevi %5 hesabı ile”* temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

3095 sayılı Yasanın 2/2. maddesi, sözleşme ile temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa veya daha az oranda kararlaştırılmış ise uygulanacaktır.

Yeni Türk Borçlar Kanununun 120/3. maddesi burada da geçerli olacak ve ticari akdi faiz oranı daha fazla ise; temerrüt faizi de aynı oranda istenebilecektir.

cc) Adi işlerde sözleşmede temerrüt faizinin belirlenmesi (Md. 120/2)

Yürürlükteki BK’da; temerrüt faizini sınırlayan bir düzenleme olmamasına karşılık yeni BK’da (Md.120/2) **“Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen –faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde 3095 sayılı Yasanın 1. maddesindeki %12, halen %9 – yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz”** denilmiştir.

Bu durumda adi işlerde sözleşme ile kararlaştırılacak temerrüt faizi azami %24 oranında –halen %18- olabilecektir.

dd) Ticari işlerde sözleşmede temerrüt faizinin belirlenmesi

3095 sayılı Yasada (Md.5) *“Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununda kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümler uygulanmaz”* denilmekte ise de; 3095 sayılı Yasa; adi işlerde sadece sözleşmede temerrüt faizi oranının kararlaştırılmaması, Ticari işlerde ise temerrüt faizinin kararlaştırılmaması veya daha az kararlaştırılması halini düzenlemekle yetindiğinden; adi işler gibi, ticari işlerde de 3095 sayılı Yasada öngörülen oranların yüzde yüzünü aşan temerrüt faizi kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı üzerinde durulması gerekir.

Ticari işlerde akdi faiz oranı serbestçe kararlaştırabildiğinden, bu oranda temerrüt faizi istenebileceği kuşkusuz olmakla birlikte (Md 120/3), bankanın serbestçe sözleşmede belirlediği akdi faizin çok üzerindeki miktarda temerrüt **faizi istenip istenemeyeceği konusunda yeni TTK.’nda, akdi faiz serbestçe belirlenebilirken (Md.8); temerrüt faizi hakkında mevzuat hükümlerinin uygulanacağını (Md.9) kabul edilmiş olması göz önünde tutulacaktır.**

Ticari işlerde sözleşmede temerrüt faizi belirlenmemesi veya 3095 sayılı Yasada belirlemeden daha az belirlenmesi halinde, bu Yasanın 2/2. maddesi uygulanırken, daha yüksek oranda sözleşmede temerrüt faizi belirlenmesi halinde, yeni TTK. 9. maddeye göre “ilgili mevzuat” hükmü yeni BK’nun 120/2. maddesi olacaktır.

120/2. maddeye göre ticari işlerde sözleşme ile belirlenecek yıllık temerrüt faizi; **1. Fıkra uyarınca belirlenecek -3095 sayılı Kanunun 2/2. maddesine göre- temerrüt faizinin yüzde yüzünden fazla olamaz.**

Yeni T. Ticaret Kanununun 1530. maddesinde ise **ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemler ile sınırlı olmak üzere,** gecikme faizinin ödenmeyeceğinin veya ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğinin kararlaştırılması geçersiz sayılmış, o takdirde bu durumlarda **Merkez Bankasının, uygulanacak gecikme faizi oranını her yıl ocak ayında ilan etmesi ve bu faiz oranının 3095 sayılı Yasaya göre gecikme faizi kararlaştırılmamış olan ticari işlerde uygulanacak gecikme faizi oranının en az yüzde sekizden fazla olması gerektiği** hükme bağlanmıştır.

c) Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun akdî ve temerrüt faizleri ile ilgili düzenlemeleri

aa) 01.07.2012 tarihinden itibaren gerçekleşecek temerrüt faizleri

1. maddeye göre;

“Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve

sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş ise kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.

Bu durumda 01.07.2012 den sonra gerçekleşecek adi ve ticari işlemlerle ilgili temerrüt faizleri yeni BK'nun 88 ve 120. maddelerine tabi olacaktır.

bb) 01.07.2012 tarihinde görülmekte olan davalarda akdi faiz ve temerrüt faizi talep edilmesi.

7. maddeye göre;

“Türk Borçlar Kanununun faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. maddeleri görülmekte olan davalarda da uygulanır.

Bu durumda 01.07.2012 tarihinde kesinleşmemiş, görülmekte olan tüm davalarda akdi faiz ve temerrüt faizine yeni BK. hükümleri uygulanır. Bu düzenlemede bir çelişki göze çarpmaktadır. Zira 01.07.2012 tarihinden önce gerçekleşmiş faizler görülmekte olan bir davanın konusu olmuş ise yeni BK.'na tabi olacak, buna karşılık 01.07.2012 tarihinden önce tahakkuk etmiş ancak görülmekte olan bir davanın konusu olmayan faizler eski Borçlar Kanununa tabi olmaya devam edecektir.

VI. Yabancı Para Borcunun Ödenmesi (BK.Md.99)

Yürürlükteki BK'nunda (BK.Md.83/2) yabancı para borçları ile ilgili olarak *“akdin harfiyen icrası, aynen ödemek kelimeleri veya muadil sair tabirat ile şart edilmiş olmadıkça, borç vadenin hulülü günündeki rayici üzerinden memleket parasıyla ödenebilir”* denildiğinden, borçluya bir seçim hakkı tanınmış olup; borçlu vadesinde isterse yabancı para isterse Türk parası ile ödeme hakkına sahiptir.

Yeni BK'nunda (Md.99/2) bu düzenleme “memleket parası” yerine “ülke parası –Türk parası– denilerek aynen korunmuştur.

83. maddenin (14.11.1990 gün ve 3678 sayılı Yasanın 29. maddesi ile değişik) 3. fıkrasında *“yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk Parası ile ödenmesini isteyebilir”* denilmesine karşılık; yeni BK.99/3. fıkrasında **“ülke parası dışında başka bir para birimi ile belirlenmiş bir sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı bu alacağın aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilir”** denilmiştir.

99. maddenin 3. fıkrası ile ilgili gerekçede; *“fıkra sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça şeklinde bir fıkra eklenmiştir. Böylece fıkra, aynı maddenin ikinci fıkrası ile uyumlu hale*

getirilmiştir” denilmiştir. Oysa 99. maddenin son fıkrasında yapılan değişiklik hatalı ve yürürlükteki Yasadan farklı sonuçlara götürmektedir.

Zira;

- Yürürlükteki 83. maddenin üçüncü fıkrası 1990 yılında maddeye ilave edilmiş olup, “aynen ödeme” koşulunu içeren bir yabancı para alacaklısına, borç vadesinde ödenmediği takdirde, Türk Lirasındaki yabancı para karşısındaki değer değişikliklerinden zarar görmemesi için bir seçimlik hakkı - yabancı paranın ödeme vadesinde veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteme - tanınmıştır.

83. maddeye eklenen 3. fıkra, “aynen ödeme” şartını içeren bir hükme yer verilmemekle birlikte, “aynen ödeme şartı” içermeyen bir yabancı para alacağını; borçlunun Türk Lirası ile ödeme hakkı bulunduğu; yabancı para istemine borçlunun itiraz etmesi halinde alacaklı yabancı para alacağını tahsil için TL üzerinden takibe geçme zorunda olduğundan, 99. maddedeki seçimlik hak özellikle, “aynen ödeme” şartını içeren yabancı para alacakları için söz konusu olacaktır.

Oysa 99/son fıkrasında tam aksine ve hiç gereği yok iken **“ülke parası dışında başka bir para birimi ile borçlanılmış ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça”** ibaresine yer verilmiştir. Bu durumda “aynen ödeme” şartını içeren yabancı para alacaklarında; alacaklının bu hakkı elinden alınmış olmaktadır.

- Yeni düzenlemede keza bir yandan “aynen ödeme” şartını içermeyen ve bu nedenle 99/2. fıkra, borçlunun Türk parası ile ödeme imkanı ve hakkı bulunan yabancı para alacaklarına değinilirken; diğer yandan bu yabancı para alacaklarının **“aynen”** istenmesine imkan verilerek üçüncü fıkra, uyum sağlama yerine; tam tersine ikinci fıkraya çelişkili bir düzenleme yapılmıştır.

Yeni BK. 99. maddenin 3. fıkrasının, Yasanın yürürlüğe girmesinden önce değiştirilmesi zorunludur.

VII.Sorumsuzluk Anlaşması (Md.115)

Yürürlükteki BK’na göre *“hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraatını tazammun edecek her şart, batıldır”* (Md.99/1).

Hafif kusur halinde sorumluluktan kurtulma şartı mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa, haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir (Md.99/2).

Uygulamada; Banka sözleşmelerinde; sorumluluktan kurtulmayı içeren çeşitli maddeler bulunmaktadır. Hile veya ağır kusurdan sorumluluk genel olarak geçersiz iken, diğer kusurlara dayanan –ki maddede bunlara hafif kusur denilmektedir- sorumluluktan kurtulma geçerli bulunmakta, buna karşılık Bankalar imtiyaz suretiyle bir sanatı icra ettiklerinden, hakimin takdir hakkını

kullanarak bu tür sorumsuzluktan kurtulma maddelerini geçersiz sayması mümkün bulunmaktadır.

Yeni BK'da ise (Md.115) Borçlunun ağır kusuru –ki buna borçlunun hilesi de girmektedir- halinde sorumsuzluk anlaşmasının kesin olarak hükümsüz olduğuna değinildikten sonra, **bir hizmet, meslek kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülüyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür** denilmiştir. Böylece Banka sözleşmelerinde; Bankalar lehine konulmuş olan tüm “sorumsuzluk” maddeleri hafif kusur halinde dahi kesin olarak hükümsüz hale gelmektedirler.

VIII. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (Md.116)

Yürürlükteki BK'nunda kişilerin yardımcıların işlerini yerine getirirken –bir borcu ifa ederken veya bir borçtan mütevellit hakkı kullanırken- verdikleri zararlardan ötürü sorumlulukları 100. maddede düzenlenmiştir. Adam çalıştıranlara nazaran; yardımcı kişilerin verdikleri zararlardan ötürü sorumluluk çok daha ağır olmakta, kurtuluş beyyinesi bulunmamakta, ne yardımcı çalıştıranın, nede yardımcının kusurlu olmalarının dahi aranmayacağı kabul edilmektedir (Md.100/1). Buna karşılık; iki taraf arasında yapılan sözleşme ile; bu sorumluluk tamamen bertaraf edilmesi mümkün bulunmaktadır (Md.100/2). İzinle yürütülen bir hizmet veya meslek söz konusu ise; sözleşme ile ancak hafif kusurdan sorumluluktan kurtulma mümkün olacaktır.

Yeni BK'nun 116. maddesinde, genel olarak 100. maddeye paralel düzenleme getirilmiş; buna karşılık maddenin son fıkrasında **bir hizmet ya da meslek kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür** denilmiştir (Md.116/son).

Bankalar, yetkili makam BDDK'nın izniyle bankacılık faaliyetlerini yürüttüklerinden 116/son fıkrası hükümlerine tabi olacaklar, banka personelinin özellikle yardımcı kişi durumunda olan bankayı borç altına sokmaya yetkili müdür ve müdür yardımcıları ve şeflerin müşterilerle ilgili olarak banka adına akdettikleri sözleşmelerden veya sözleşmelerin ifasından ötürü müşterilere verdikleri zararlardan banka sorumlu olacaktır.

IX. Haksız Fiillerde ve Sebepsiz Zenginleşmede Temerrüde Düşme (Md.117)

Yürürlükteki BK'na göre temerrüdün esas itibariyle sözleşmeler göz önünde tutularak alacaklının ihtarı ile gerçekleşeceği kabul edilmiş (Md.101), buna karşılık haksız fiillerde ve sebepsiz zenginleşmede temerrüt özellikleri dikkate alınarak ve Yargı kararları da göz önünde tutularak düzenlenmiştir.

“... haksız fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşmenin iyi niyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır” (Md.117).

X. Sürekli Edim Sözleşmeleri (Md.126)

Yürürlükteki BK'nda sürekli edim sözleşmeleri düzenlenmemiştir. Yeni BK'na 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 da giderilmesini isteyebilir”** (Md.126).

Maddenin ön koşulu karşılığı borç yükleyen sürekli edimli sözleşmelerde ifanın başlamış olmasıdır. İfanın henüz başlamamış olmasının hukuki sonuçları hakkında gerekçede bir açıklama bulunmamaktadır.

O takdirde genel hükümler uygulanacaktır.

Madde gerekçesinde 818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ila 108. maddeleri ile Tasarının 124. maddesinde ani edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün hukuki sonuçlarının düzenlendiği göz önünde tutularak, ifasına başlanmış sürekli edim sözleşmeleri için de bu konuda ayrı bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür.

Maddede alacaklıya seçimlik bir hak olarak sözleşmeyi feshederek uğradığı zararın giderilmesini talep hakkı tanındığı ve bu zararın olumlu zarar niteliği taşıdığı göz önünde tutulursa seçimlik hakların kapsamında ani edimli sözleşmelere göre herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Sözleşmenin feshi halinde menfi zarar talep edilebilecek iken, gerekçede müspet (olumlu) zarardan söz edilmesi dikkat çekicidir.

XI. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Aynı Kişide Birleşmesi (Md.135, Md.153/7)

a) Genel olarak

Yürürlükteki BK'nda (Md.116) *“Alacaklı ve borçlu sıfatlarının bir şahısta içtimaiyle borç sakit olur. Bu içtimanın zevaliyle borç avdet eder”* denilmiştir.

Yeni BK'nunda (Md.135); BK. 116'ya paralel bir düzenleme getirilmekle birlikte maddeye **“Ancak üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez”** şeklinde bir ilave yapıldığı gibi; **“borcun varlığını sürdürmesi, borcun geçmişe etkili olarak ortadan kalkması halinde”** kabul edilmiştir.

Bu değişiklik madde gerekçesinde, birleşme sonunda borç sona ereceği için üçüncü kişilerin birleşmeden önce mevcut olan haklarının kaybının önlenmesi istenmiştir. Tasarıda “birleşme geçmişe etkili olarak borcun varlığını sürdürür şeklindeki hükme açıklık kazandırılmıştır” denilmiştir.

b) Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde zamanaşımının durması

Yeni BK'nun 153/7. maddesine göre; **“alacaklı ile borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan**

kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur”.

XII. Borçlunun Kusuru Olmadan İfa İmkânsızlığı (Md 136, Md 137)

a) Genel olarak (Md.136)

Yürürlükteki BK’nda borçlunun sorumlu tutulamayacağı ifa imkansızlığı 117. maddede düzenlenmiştir. Ancak para borçlarının ifa’sında 117. madde uygulanmayacaktır.

Yeni BK’nda aynı esaslar benimsenmekle birlikte, bir üçüncü fıkra eklenmiş (Md. 136/3).

“Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür” denilmiştir.

b) Kısmi ifa imkansızlığı (Md.137)

Yeni BK’nda ilk defa getirilen bu düzenleme ile kısmi imkansızlıkta, borçlunun sadece imkansızlaşan kısımdan kurtulacağı, ancak kısmi imkansızlık önceden görülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa borcun tamamının sona ereceği (Md 137/1) ve ayrıca tam imkansızlık hallerinin uygulanacağı durumlar (Md 137/2) belirlenmiştir.

XIII. İşlem Temelinin Çökmesi (Md.138)

Yürürlükteki Borçlar Kanununda umumi hükümler kısmında işlem temelinin çökmesiyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık akdın muhtelif nevilerinde istisna akdiyle ilgili olarak 365/2 maddesinde, işlem temelinin çökmesiyle ilgili benzer bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Yeni Borçlar Kanunuyla ilk defa getirilen bu düzenlemeye göre (Md. 138) sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkarsa; kendisinden sözleşmenin ifasının istenmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine olguları değiştirir ise, borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı derecede güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş ise hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir (Md 110, 119). Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır (Md.138).

Madde gerekçesinde *“Bu yeni düzenleme öğretide ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen “işlem temelinin çökmesi”ne ilişkindir. İmkansızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlanan işlemin temeli, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır* denilmiştir.

Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 7'nci maddesine göre; **“Türk Borçlar Kanununun aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138'inci maddesi görülmekte olan davalara da uygulanır”**.

XIV. Alacaklının Rızası İle Takas Edilebilir Alacaklar (Md.144)

Yürürlükteki Yasada (Md.123) alacaklının rızası ile takas edilebilecek alacaklar arasında;

Tevdi edilmiş bulunan bir şeyin iadesine veya bedeline taalluk eden mutalebeler de bulunmaktadır.

Uygulamada bankalara yatırılan ve müşterinin mevduatını oluşturan paraların BK. 123. madde kapsamına girip girmediği tartışılmış, Yargı kararlarında mevduata kendine özgü ve ticari karz hükümlerinin uygulanması kabul edildiğinden, bankalar müşterilerden olan alacaklarını mevduatla takas edebilmekte, müşterinin rızasına gerek bulunmamaktadır.

Yeni BK'nda bu alacakların **takas haklarının doğumundan sonra ancak alacaklıların rızası ile takas edilebileceği** kabul edilmiştir (Md 144). Yeni maddedeki ibare; ancak müşterinin takas hakkının doğumundan sonra onayını vermesi halinde takasın geçerli olabileceği şeklinde de yorumlanmaya müsait ise de gerekçede bu hususa hiç değinilmediğinden; bu ibarenin takas hakkının doğumuna işaret ettiği ve gereksiz olduğu ileri sürülebilecektir.

XV. Alacaklılar Arasında Teselsül (Md.169)

Yürürlükteki BK'nunda alacaklılar arasında teselsül 148. maddede düzenlenmiş olup, bankacılık uygulamasında birden fazla kişi adına açılan ortak teselsüllü hesaplarda; hesap sahiplerinden her biri tek başına hesap üzerinde tasarrufta bulunabilmekte; alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye müracaatından haberdar olmadıkça ortak hesap sahiplerinden birine yapılan ödeme ile banka tüm hesap sahiplerine karşı borcundan kurtulmaktadır.

Yeni BK'nunda 148. maddedeki düzenlemeler aynen korunmakla birlikte maddeye bankaları doğrudan ilgilendirmeyen, ortak teselsüllü hesap sahipleri arasındaki ilişkileri düzenleyen iki fıkra eklenmiştir.

- **Aksi kararlaştırılmadıkça veya alacaklılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça her birinin edim üzerindeki hakları eşittir (Md.169/4).**
- **Kendisine düşen paydan fazlasını elde eden alacaklı, bu fazlalığı payını alamamış olan diğer alacaklılara ödemekle yükümlüdür.**

XVI. Sözleşmenin Devri (Md.205)

Yürürlükteki BK'nunda alacakların temliki (Md.162) ve borçların nakli (Md.173) düzenlenmiş; buna karşılık sözleşmenin devri uygulamada geçerli olarak yapılmasına karşılık, yasada bu hükme yer verilmemiştir.

Yeni Borçlar Kanununa göre:

- **Sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır (Md 205/1).**
- **Sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşmalar da, sözleşmenin hükümlerine tabidir (Md. 205/2).**
- **Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline tabidir (Md.205/3).**
- **Kanundan doğan halefiyat hakları ile diğer özel hükümler saklıdır (Md 205/4).**

Madde gerekçesinde "... Alacağın devrinde adi yazılı şeklin yeterli olmasına ve borcun dış üstlenilmesinde de herhangi bir geçerlilik şekli aranmamasına karşılık; sözleşmenin devri, sözleşmenin tarafı olma hukuki konumunun bir bütün olarak devir konusu yapıldığı göz önünde tutularak, devir konusu sözleşmeyle aynı geçerlilik şekline bağlı tutulmuştur.

XVII. Sözleşmeye Katılma (Md.206)

Yürürlükteki BK'nda "sözleşmeye katılma" ayrıca düzenlenmemiştir. Uygulamada borçlu ile birlikte borca katılma geçerli kabul edilmektedir.

"Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir" (Md.206/1).

Yeni düzenleme; 3.lü mutabakatla geçekleşmekte, sözleşmeye katılan sadece borçları üstlenmemekte, katıldığı tarafın haklarına da sahip olmaktadır. Belirtmek gerekir ki; Yasayla sözleşmeye katılma tanımı getirilmeseydi dahi, genel hükümler çerçevesinde "sözleşmeye katılma" mümkün ve geçerli olacaktır.

Yeni BK'nda yer alan düzenlemeye göre; ayrıca

"Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer alığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar" (Md.206/2).

“Sözleşmeye katılmanın geçerliliği katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır” (Md.206/3). Alacak ve borçları içeren bir sözleşmeye katılma, alacakların devri yazılı şekle bağlı olduğundan, (Md184/1) sözleşme ile katılmanın geçerliliği de yazılı şekle tabidir.

XVIII. Konut ve İşyeri Kira Sözleşmeleri (Md 280-332)

a) Genel Olarak

Kira sözleşmesi yürürlükteki Borçlar Kanununun 248 vd. maddelerinde ve 6570 sayılı gayrimenkul kiralari hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Yeni BK’nda, gerek yürürlükteki Borçlar Kanununun ve gerekse 6570 sayılı Kanunun maddeleri göz önünde tutularak düzenlemeler yapılmış ve Yeni BK’nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinde 818 Kanun ile 6570 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

Yeni Borçlar Kanununun kira sözleşmeleri bankaları; kiracı oldukları şubeleri açısından ilgilendirmekte olup, 6570 sayılı gayrimenkul kiralari hakkındaki kanun hükümleri, yeni BK’nun konut ve işyeri kiralari bölümünde (Md. 339-356) düzenlenmiştir.

6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un (RG 14.04.2011) Geçici Madde 2’ye göre “Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralariında 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 322,324, 330, 339, 341, 342, 343, 346 ve 353’üncü maddeleri 01.07.2012 tarihinden itibaren 5 yıl süre ile uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur.” Geçici maddede zikredilen maddeler kira sözleşmelerine özel düzenlemeler olup, 5 yıl süre ile bu özel maddeler değil, Türk Borçlar Kanunu’nun akit serbestisi ile ilgili genel hükümleri uygulanacaktır. Örneğin; BK 346’ncı maddede “kiracı aleyhine düzenlenen” –kira bedeli ve yan giderler dışında ödeme yükümlülüğünün getirilememesi, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulunun geçersizliği- getirilmiş olup, bu madde 5 yıl uygulanmayacak, akit serbestisi geçerli olacaktır.

b) Yeni Kira Dönemleri İçin Kira Bedeli (Md. 344)

- **Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endekslerindeki artış oranını geçmemek koşulu ile geçerlidir (Md. 344/1)**
- **Taraflarca bir anlaşma yapılmamışsa kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir (Md. 344/2)**
- **Beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde tarafların bu konuda bir anlaşma yapıp yapmadıklarına**

bakılmaksızın, hakim yine üretici fiyat endekslerindeki artışı göz önüne alacak ancak

- Kira artışları her beş yılın sonunda belirlenebilecek, hakim ancak üretici fiyat endeksleri ve kiralananın durumu yanı sıra emsal kira bedellerini de göz önünde tutacaktır (Md.344/3)
- Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmış ise, beş yıl geçmeden kira bedelinde değişiklik yapılamayacaktır. Aşırı ifa güçlüğü başlıklı 138. madde hükmü saklıdır (Md. 344/4)

c) Kira bedelinin belirlenmesi için dava açılması

- Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin dava her zaman açılabilir (Md. 345/1)

Ancak bu dava;

- Yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önce açılırsa
- Kiraya veren tarafından bu süre içinde yazılı olarak kirayı artıracığını kiracıya bildirilmiş olması koşulu ile izleyen yeni yıl dönemi sonuna kadar açılırsa mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlayacaktır (Md.345/2)

aksi takdirde; artırılan kira bedeli mahkeme kararından itibaren yürürlüğe girecektir.

d) Kiracı aleyhine düzenleme yasağı

- Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneneğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir (Md. 346)

e) Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmenin sona ermesi

aa) Genel olarak

- Kiracı belli süreli sözleşmelerde sürenin bitiminden en az on beş gün önce, belirsiz süreli sözleşmelerde her zaman kira sözleşmesini sona erdirebilir. Belirli süreli sözleşmelerde kiracı, süreyi kaçırırsa; kira sözleşmesi –aynı süre için değil- aynı koşullarla bir yıl uzatılmış olur (Md. 347/1,2)
- Kiraya veren sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzatma yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak suretiyle sözleşmeye son verebilir (Md. 347/1).

Bu durumda uzatılan bir kira sözleşmesini kiraya veren en erken on birinci yılın bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunarak sona erdirebilecektir.

- **Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise kiraya veren, kiranın başlangıcı on yılı geçtikten sonra genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilir (Md.347/2).** On yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmeleri konusunda bir düzenleme bulunmamakta olup, Yasadaki bu boşluk 347. maddenin kıyas yoluyla doldurulması, kira verenin on ve daha uzun süreli kira sözleşmelerini de on yıl uzamalı süresiz kira sözleşmeleri gibi feshedebileceği kabul edilmelidir.
- **“Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabileceği durumlarda kiraya vermesi veya kiracı sözleşmeyi feshedebilir” (Md.347/3).** Genel hükümlere göre belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiralayan altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir (Md. 329).

bb) Geçiş döneminde taşınmaz kiralalarının sona ermesi

Türk Borçlar Kanununun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkındaki Kanunun geçici 2. maddesine göre;

- 01.07.2012 tarihinden önce 10 yıllık zaman süresi dolmamış olmakla birlikte, geri kalan süre beş yıldan daha az olanlar hakkında 01.07.2012 tarihinden itibaren 5 yıl sonra,
- 01.07.2012 tarihinde 10 yıllık zaman uzama süresi dolanlar hakkında 01.07.2012 tarihinden itibaren 2 yıl sonra

uygulanır.

f) Kiraya verenin tahliye davası açması

6570 sayılı Yasanın kiralananın tahliyesini talep hakkı olduğu haller – gereksinim, yeni malikin gereksinimi, kiracıdan kaynaklanan sebepler- yeni BK’nda düzenlenmiştir (Md. 350, 351, 352).

Kiraya veren, en geç davanın açılması için öngörülen sürede – Md.345- dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirirse, dava açma süresi bir kira yılı için uzatılmış sayılır (Md. 353).

XIX. İşçinin Ücret Alacağına Haczi, Devri ve Rehnedilmesi (Md. 410)

Yürürlükteki BK’nda işçinin ücret alacağının haczi konusunda bir düzenleme bulunmamakta; buna karşılık 4857 sayılı İş Kanununun 35. maddesinde “işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz” denilmektedir.

Yeni BK. 410. maddede, İş Kanununun 35. maddesi tekrarlanmış; ayrıca işçi ücretinin dörtte birinden fazlasının rehnedilemeyeceği ilave edilmiştir.

“Gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir” (Md. 410/2) denilmek suretiyle de fiilen işçi alacaklarının dörtte birinin haczi dışında; rehni ve devri fiilen imkansız hale getirilmiştir.

XX. Kefalet Sözleşmesi

Yeni T. Borçlar Kanununun kefalet hükümleri (Md.581-603) büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanununun 01.07.1942’de yürürlüğe giren kefalet sözleşmelerinden etkilenmiştir.

a. Kefalet tanımı (Md.581)

Yürürlükteki BK’nunda “*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder*” (Md.483) denilmesi eleştirilere yol açmıştır. Zira kefalet ile, sözleşme ile borç altına girme yanı sıra; haksız fiillerin ya da sebepsiz zenginleşmelerin de teminat altına alınması mümkündür. Kefilin borcun edasını temin etme yükümlülüğü tereddüt yaratmıştır. Zira kefilin yükümlülüğü tazminattan ibarettir. Yeni BK’nda (Md.581) “**Kefalet sözleşmesi kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir**” denilmek suretiyle tartışma sona erdirilmiştir.

b. Kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragat etmesinin geçersiz olması (Md.582/3)

Yürürlükteki Yasada, kefilin Yasanın tanıdığı haklardan feragatine ilişkin bir hüküm bulunmamasına karşılık, yeni BK’una göre “**Kanundan aksi kararlaştırılmadıkça kefil bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez**” (Md.582/3).

Yürürlükteki BK’nu 493 ve 494. maddelerinde kefile tanınan haklardan, kefilin sözleşmede önceden feragat etmesi, yerleşik Yargıtay kararlarına göre (HGK., 12.06.2002, 29-426/513) bu haklar emredici nitelikte olmadığından geçerli sayılmıştır. Yeni BK’una göre ise; önceden bu tür feragatler geçersizdir.

c. Kefaletin geçerlilik şartları (Md.583, Md.584)

Yürürlükteki Yasada (Md.484) geçerlilik şartı olarak “*yazılı şekil ve kefilin sorumlu tutulacağı miktar*” öngörülmüştür.

Yeni BK’nda bunlara ilave olarak;

- **Yazılı sözleşmeye kefalet tarihinin, kefilin sorumlu olacağı miktarın, müteselsil kefalet söz konusu ile bu hususun kefilin el yazısı ile yazılması (Md.583/1)**

– **Kefil evli ise –medeni nikahla- kefalet sözleşmesinden önce ya da en geç sözleşme sırasında diğer eşin yazılı rızası (Md.584/1)**

geçerlilik koşulu olarak kabul edilmiştir.

Kefil olacak tüzel kişi, iki kişi tarafından temsil ediliyorsa; temsilcilerden birisinin el yazısı ile kefaletin tarihini, miktarını müteselsil kefaleti belirtmesi yeterlidir. Gerçek kişi kefilin evli olup olmadığının araştırılması ise sorun yaratabilecek; nüfus kayıt örneğinin getirilmesi gerekebilecektir.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz (Md 583/3)

d. Kefil olma iradesinin vekil aracılığı ile açıklanması (Md.583/2)

Yürürlükteki BK’nda kefil olma yetkisi için özel vekaletname aranmamakta, BK. 388. maddece özel vekaletname verilmesini gerektiren haller arasında kefalet sayılmamaktadır.

Yeni BK’nda; kişinin vekil aracılığı ile kefil olmasının geçerliliği; kefaletin geçerliliği için aranan geçerlilik koşullarına bağlıdır. Diğer bir deyişle özel yazılı vekaletname de kefalet miktarı, kefalet tarihi; müteselsil kefil olacak ise bu husus vekalet veren kefilin el yazısı ile yer alacak; kefilin medeni nikahla evli olması halinde özel vekaletname üzerinde diğer eşin yazılı rızası gerekecektir.

Yasaya uygun özel vekaletnamenin verilmesi halinde; vekilin kefaleti imzalarken ayrıca el yazısı ile kefalet tarihini, miktarını vd. imzalama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna karşılık vekil marifetiyle kefalet alan bankanın, mutlaka 583 ve 584. maddelere uygun bir özel vekaletnameyi araması ve muhafazası gerekecektir. Aksi takdirde kefil, vekaletname Yasanın aradığı geçerlilik şartlarını içermediğinden kefaletin de geçersizliğini ileri sürebilecektir.

e. Kefalet türleri

aa) Adi kefalet (Md.585)

Adi kefalette önemli bir değişiklik yapılmamış; sadece yürürlükteki Yasada (Md.486) istisnai hallerde adi kefile doğrudan başvuru hallerine (BK. Md.486) **borçluya konkordato mehli verilmesi** ilave edilmiştir (Md.585/1).

bb) Müteselsil kefalet (Md.586)

Müteselsil kefil de kefaletin niteliği gereği fer’i borçlu iken, yürürlükteki Yasada hatalı olarak, “*müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu*” denilmiş aynı kişinin hem fer’i borçlu, hem de asıl borçlu olması gibi anlamsız bir ibare kullanılmıştır. Yeni Yasada sadece “**müteselsil kefil**” denilmiştir.

Yeni Yasada müteselsil kefil lehine yürürlükteki Yasadan farklı olarak alacaklının müteselsil kefilini takip edebilmesi için

- **Borçlunun ifada gecikmesi halinde alacaklının borçluya ödeme ihtarında bulunması ve**
- **Bu ihtarın sonuçsuz kalması ön koşul olarak kabul edilmiştir (Md.586/1).** Banka uygulamasında, cari hesap şeklinde çalışan krediler kefaletle temin edilmiş ise, bankalar cari hesabı kat ettikleri zaman asıl borçluya bildirdiklerinden ve krediyi ödemesini istediklerinden, yasanın bu zorunluluğu yerine getirilmiş olmaktadır.

Bu koşulların oluşması halinde alacaklı borçluyu takip etmeden veya varsa taşınmaz rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefil takip edebilir.

Borçlunun açıkça ödeme gücü içinde olması halinde ise alacaklı doğrudan müteselsil kefil takip edebilecektir (Md. 586/1).

Yeni Yasada bir istisna daha getirilmiştir (Md. 586/1).

Alacak;

- Teslime bağlı taşınır rehni (MK. Md. 939) veya
- Alacak rehni (MK. Md. 954)

ile de güvence altına alınmış ise, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamayacağı kabul edilmiştir (Md.586/2). Zilyetlik devredilmeden de karayolları trafik siciline tescil ile taşıtlar üzerinde de taşınır rehni kurulabildiğinden ve bu husus Medeni Kanunun A. Teslime Bağlı rehin başlığı altında teslimsiz taşınır rehni ile ilgili 940/2. maddesinde yer aldığından, bu tür taşıt rehinleri de teslime bağlı taşıt rehni sayılabilecektir.

cc) Birlikte kefalet (Md.587)

Yürürlükteki BK’nda birlikte kefalet BK. 488. maddede düzenlenmiştir. Birden fazla kişi birlikte bir borca kefil oldukları takdirde (adi birlikte kefalet), bunlardan her biri kendi hisseleri miktarınca adi kefil gibi diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil gibi sorumludurlar. Buna karşılık kefiller gerek sadece kendi aralarında, gerekse asıl borçlu ile beraber müteselsil olmayı kabul etmişler ise, müteselsil birlikte kefalet söz konusu olur.

Kefillerin sadece kendi aralarında müteselsil kefil olmayı kabul etmeleri halinde alacaklı önce asıl borçluyu takip etmek zorundadır. Alacaklı asıl borçluyu takip ettikten sonra alacağını tahsil için kefillere başvurduğu takdirde ise kefilleri hisseleri oranında takip zorunda olmayıp istediği kefilden alacağının tamamını isteyebilir.

Borçlu ile beraber kefiller müteselsil kefil olmayı kabul ettikleri takdirde ise; alacaklı, asıl borçluyu takip etme zorunda olmaksızın müteselsil kefillerden her birini kefalet miktarına kadar takip edebilir.

Yeni Borçlar Kanununda, yürürlükteki yasanın 488'inci maddesindeki esaslar kabul edilmekte, ancak yeni düzenlemelere de yer verilmektedir.

Yeni BK'na göre:

- **Alacaklının takip ettiği müteselsil kefil; Türkiye’de takip edilebilen diğer birlikte müteselsil kefillerin de takip edilmesini alacaklıdan isteyebilir (Md.587/2).** Aksi takdirde takip edilen kefil kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir.
- Yürürlükteki Yasada (Md.488/ son cümle) *“Kefaletin, aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mesuliyetten beri olur”* şeklindeki düzenleme esas itibarıyla yeni Yasada da korunmuş, ancak daha ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. **Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerinde kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda, kefil kefalet borcundan kurtulur (Md.587/3).** Buna karşılık birlikte kefilin alacaklıya kendi hissesine düşen borcu ödemesi nedeniyle; alacaklının kefil borcundan kurtarması halinde, bakiye alacağı için diğer birlikte kefillere başvuru hakkı devam edecektir.

dd) Birbirinden bağımsız birden fazla kefalet (Md.587/4)

Aynı alacak için birbirinden bağımsız ve habersiz kefillerin bulunması hali yürürlükteki Yasada düzenlenmemiş olup; gerçek olmayan birlikte kefalet olarak adlandırılan bu tür kefaletlerde birlikte kefaletten söz edilemeyeceği, her bağımsız kefilin, kefil olduğu miktarın tamamını ödeme yükümlülüğünün bulunduğu, yeni Yasaya göre (Md.587/4) ise ödeme halinde diğer bağımsız kefillerin borçlarından kurtulmalarına karşılık, **ödeyen kefilin diğer bağımsız kefillere aksine anlaşma olmadıkça toplam kefalet miktarındaki payları oranında rucu edebileceği kabul edilmektedir.**

Yeni Yasaya göre (Md.587/4); **“Birbirinden bağımsız olarak aynı borca kefil olanlardan her biri kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rucu hakkına sahiptir”.**

f. Kefalet sorumluluğunun kapsamı (Md. 589)

- Yeni Yasada **“kefil her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur” (Md.589/1)** denilmek suretiyle konuya açıklık ve Yargı kararlarına paralel bir düzenleme getirilmiştir. Kefil, kendi temerrüdü dışında sadece azami el yazısı ile garanti ettiği miktara kadar takip edilebilecektir.

Yürürlükteki yasada (Md 490), kefilin sorumlu olduğu hususlar sayılmış; yeni yasada bu hususlara ilave olarak ve azami miktarla sınırlı olmak üzere ayrıca kefil:

- **Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa kefil borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur (Md.589/2).** Kefaletle “doğmuş ve doğacak borçlara kefil” ibaresini eklemek gerekecektir.
- Buna karşılık **kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür (Md.589/3).**

g. Kefilin def’ileri

Yeni Yasada esas itibariyle yürürlükteki Yasadaki kefilin asıl borçluya ait def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkı ve yükümlülüğü (Md.497) kabul edilmiş, ancak kefilin def’i haklarını kullanması konusunda ayrıntılı yeni düzenlemeler getirilmiştir (Md.591).

Yeni Yasaya göre;

- Yürürlükteki Yasadan farklı olarak, **kefilin asıl borçluya ait bu def’ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat yükümlülüğü asıl borçluya yükletilmiştir. Asıl borçlunun bunu ispat edememesi halinde, kefil alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya rücu edebilecektir (Md.591/3).**
- **Asıl borçlu, kendisine ait def’ilerden vazgeçmiş olsa dahi, kefil bu def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir (Md.591/2).**
- **Kumar ve bahis borcundan doğan bir borca kefalette kefil, bu borcun niteliğini bilmiş olsa bile, -Md 604- asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir (Md.591/4).**

h. Alacaklının kefile karşı yükümlülükleri

aa) Alacaklının kefile bilgilendirme yükümlülüğü

Yürürlükteki Yasada, alacaklının asıl borçlunun mali durumundaki değişiklikleri, ödemelerdeki gecikmeleri kefile bildirme yükümlülüğü yoktur.

Yeni Yasaya göre ise (Md.594);

- **Alacaklı; anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizlerin ödenmesinde asıl borçlunun altı ay gecikmesi halinde durumu kefile bildirme zorundadır (Md 594/1).** Borçluya ödeme için yeni mehil verilmesi de, ödemede gecikmeyi ortadan kaldırmadığından kefile bildirilmelidir.

- **Alacaklı, istek halinde asıl borcun kapsamı hakkında her zaman kefil bilgilendirme zorundadır. (Md 594/1)**
- **Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemiş ise alacaklı alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının borçlunun iflas etmesi veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda durumu kefile bildirmesi gerekir. (Md 594/2)**
- **Alacaklı bildirme ya da bilgilendirme yahut borçlunun iflası ya da konkordato mehli verilmesi halinde yükümlülüğünü yerine getirmez ise, kefilin bu yüzden uğradığı zarar miktarınca, kefile karşı rucu hakkını kaybedecektir. (Md 594/3)**

Bu durumda, kefilin asıl borçludan güvence ve borçtan kurtarılmasını talepte gecikmeden ötürü uğradığı zarar miktarınca (Md 595) alacaklı kefile rucu hakkını kaybedeceği kabul edilecektir.

bb) Alacaklının, alacağın güvencelerini kefile teslim, ciro ve devir yükümlülüğü (Md.592/1)

Yeni BK’nda, yürürlükteki Yasanın 499 ve 500. maddedeki esaslar benimsenmiş, ancak 500. maddeden farklı olarak alacaklı lehine kefaletin akdi sırasında var olan rehinler ve güvenceler yanı sıra; “*sonradan istihsal olan teminatlar*” yerine sadece “**daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olarak elde edilen rehin haklarının ve güvence ve rüçhan haklarının (Md.592/1) kefilin zararına olarak azaltılamayacağı; kefilin sorumluluğunun zarar oranında düşeceği**” (Md.592/1) kabul edilmiş, böylece kefaletten sonra borçlu tarafından genel olarak verilen ve diğer borçlarını da kapsayan örneğin ipoteklere ve üçüncü kişiler tarafından aynı borç için verilmiş olsa dahi rehinlere, kefilin başvuramayacağına hükmedilmiştir.

cc) Kanuni halefiyet hakkına sahip rehin verenin ve kefilin birbirine rucu etmesi (Md. 596/4)

Yürürlükteki Yasada, bir alacağın hem kefalet, hem de üçüncü bir kişi tarafından verilmiş rehinle temin edilmiş olması halinde, gerek kefilin ve gerekse rehin veren üçüncü kişinin (taşınmaz rehni Md. 884, taşınır rehni BK.109) kanuni halefiyete sahip olması karşısında kimin halefiyet hakkını ileri sürebileceği konusunda bir açıklık yoktur.

Yeni BK’nda aynı borç için kefaletle birlikte, üçüncü kişiler tarafından rehin verilmesi nedeniyle kanuni halefiyetle ilgili olarak “**Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rucu hakkını ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmiş ise kullanabilir**” (Md.596/4) denilmek suretiyle; kefaletin tesisinden önce, borcun teminatı olarak üçüncü kişilerce verilen rehinlere kefilin başvuru hakkına karşılık (Md 592) kefaletin tesisinden sonra üçüncü kişi tarafından rehin verilmesi ve rehinin paraya çevrilmesi veya borcun

bu üçüncü kişi malik tarafından ödenmesi (MK Md 884) sonucu alacaklının alacağını alması halinde –kefil ile bir anlaşma olmasa dahi- rehin verenin kanuni halefiyet nedeniyle, aynı borca daha önce kefil olan kişiye başvurma hakkı kabul edilmiştir.

i. Kefaletin sona ermesi

Yürürlükteki Yasaya göre “*Asıl borç herhangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur*” (Md.492).

Yeni Yasada bu hüküm korunmuş, ayrıca kefaletin kanun gereği sona erdiği hallerde yer verilmiştir (Md.598).

Yeni düzenlemeye göre;

- **Borçlu ile kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklıdır (Md.598/2).** Madde gerekçesinde “*Borçlu kefilin ölümüyle onun tek mirasçısı olmuş ise, kefil ve asıl borçlu sıfatları aynı kişide birleştiğinden kefalet sona erecektir. Ancak kefile kefalet söz konusu olduğunda, böyle bir sona ermenin mutlak olarak kabul edilmesi halinde, kefile kefaletin de sona ereceği ve bu durumun alacaklıyı kefile kefalet güvencesinden yoksun edeceği için fıkra kefaletten doğan özel yararlanmanın saklı olduğu hükme bağlanmış ve kefalet borcu sona ermemiş gibi kefile kefalet borcunun varlığını sürdüreceği kabul edilmiştir*” denilmiştir.
- **Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesi ile kendiliğinden ortadan kalkar (Md.598/3).**
- Bu hüküm süresiz ya da on yıl ya da daha uzun süreli kefaletler hakkında uygulanacaktır. Ancak on yılın geçmesinden önce kefil hakkında dava açılmış veya takibe geçilmiş ise dava ya da takip süresince kefaletin devam ettiği kabul edilecektir. “**kefalet on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça, kefil on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir**” şeklindeki fıkra da (Md 592/4) bunu teyit etmektedir.

Kefalet süresi, en geç kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesine uygun yazılı açıklaması ile azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir (Md.598/5). Süre uzatılmasında kefaletin geçerliliği için gerekli tüm hususlar yerine getirilecektir.

j. Kefaletten dönme

Yürürlükteki Yasada, kefilin kefaletten dönmesine imkan veren bir düzenleme yoktur. Uygulamada borçlunun kefaletten sonra mali durumunun bozulması halinde; kefilin alacaklıya yeni borç vermemesi, aksi takdirde sorumlu olmayacağı şeklinde ihtarla bulunduğu ve Yargıtay’ın da kefilin borçtan kurtulduğunu kabul ettiği görülmektedir.

Yeni Yasada kefilin, kefaletten dönmesi belli koşullarda kabul edilmiştir.

“Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş ise veya mali durumun, kefalet sırasında kefilin iyi niyetli varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkarsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak borç doğmadığı sürece her zaman kefaletten dönebilir” (Md.599). Örneğin banka; bir kişiyle kefalet ile güvence altına alınmış belli bir limite kadar kredi sözleşmesi imzalamış, ancak sözleşmede kredi kullandırıp kullandırmama hakkını saklı tutmuş ve henüz kredi vermemiş ise; kefil 599. maddede sayılı haller varsa; kefaletten dönebilecek; o takdirde banka dilerse açık kredi olarak müşterisini borçlandırabilecektir. Buna karşılık banka örneğin aldığı kefalet güvencesine dayanarak bir üçüncü kişiye teminat mektubu vermiş ise; teminat mektubu ile bankanın garanti ettiği risk nedeniyle borcu doğmuş olduğundan, banka teminat mektubuna rucu edemeyecek, kefilin kefaletten dönmesi de mümkün olmayacaktır.

Burada ispat yükümlülüğü kefile aittir.

Aynı maddede **“Ancak kefil bu durumda alacaklının kendisine güvenmesi sebebiyle bir zarara uğramışsa; bu zararı gidermekle yükümlüdür”** denilmektedir. Alacaklının ne tür bir zarara uğrayabileceği konusunda madde gerekçesinde bir açıklık yoktur. Banka, kefaletten dönme sonucu, kredi sözleşmesinin imzalanması nedeniyle yaptığı harcamaları; elindeki parayı plase edememesi nedeniyle faiz kaybını zarar olarak ileri sürebilirse de bunları ispat etmesi gerekecektir.

k. Süreli kefalette, kefilin süre sonunda kefaletten kurtulması

Yürürlükteki Yasada *süreli kefalette alacaklı bu sürenin sona ermesini takip eden bir ay zarfında mahkemeye müracaatla hakkını takip etmez ise, yahut takibe uzun süre ara verirse kefil borcundan kurtulur* (Md.493) denilirken yeni Yasada **“süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur”** denilmekle yetinilmiştir (Md.600). Gerekçede *kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak süreli kefalette sürenin geçmesi ile kefilin sürenin sonunda borcundan kurtulacağı belirtilmiştir. ... sürenin sona ermesi kefalet sözleşmesinde mutlak bir sona erme nedeni olarak kabul edilmiştir* denilmiştir. Burada da süre dolmadan kefil hakkında dava açılması ya da takibe geçilmesi halinde kefalet sorumluluğunun devam edeceğinin kabulü gerekir. Gerekçedeki **“mutlak sona erme”** ibaresi hukuka aykırı ve geçersizdir.

l. Süresiz kefalette kefilin borcundan kurtulması (Md.601)

Yürürlükteki Yasadaki süreli olmayan kefaletin sona ermesi ile ilgili düzenleme (Md.494) esas itibariyle yeni BK’nda da kabul edilmiş, ancak süresiz kefaletin adi kefalet ya da müteselsil kefalet olmasına göre sona erme hakkında farklı hükümler getirilmiştir.

Yeni Yasaya göre asıl borç muaccel olunca kefil (Md.601);

— Adi kefalette her zaman

- Müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hallerde kefil alacaklıdan borçluya karşı dava ve takip hakkını kullanmasını isteyebilecektir.

Yürürlükteki 494. maddede, takibin kime karşı istenebileceği konusunda bir düzenleme bulunmamakta; özellikle müteselsil kefalette, kefilin başvurusu üzerine, alacaklının bir ay içinde dilerse asıl borçluyu, dilerse müteselsil kefilin takip edebileceği; bir ay içinde bir takip yapılmaz ise kefaletin sona ereceği sonucuna varılmaktadır.

Yeni Yasada süresiz kefaletin, sadece ancak asıl borçlunun bir ay içinde takip edilmemesi halinde sona ereceği düzenlenmiş; müteselsil kefilin takip edilmesi kabul edilmemiştir. Adi kefalette kefil, alacak muaccel olunca her zaman asıl borçlunun takibini isteyebilecek iken; müteselsil kefil ancak kanunun öngördüğü hallerde asıl borçlunun dava ya da takip edilmesini isteme hakkına sahiptir. Ancak kanunun öngördüğü hallerin neler olduğu 601. madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Müteselsil kefalette, genel kural alacaklının, asıl borçluyu dava veya takip etmeden, müteselsil kefilin takip edebileceği; müteselsil kefilin alacaklıdan asıl borçluyu takip etmesini isteme hakkı olmadığıdır.

Yeni Yasada; müteselsil kefilin doğrudan takip edilemeyeceği bazı haller –alacağın kefalet yanında taşınır rehni ve/veya alacak rehni ile temin edilmesi (Md.586)- düzenlenmiş olmakla birlikte, bu hallerde de müteselsil kefilin, alacaklıdan asıl borçluyu takip etmesini talep hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık – asıl borçlu ile beraber değil- sadece kendi aralarında müteselsil birlikte kefillerin bulunması halinde (Md.587/2), alacaklının önce asıl borçluyu takip etmesi gerektiği kabul edildiğinden birlikte müteselsil kefil; alacaklının asıl borçluyu bir ay içinde takip etmesini isteyebileceği, asıl borçlu takip edilmez ise borçtan kurtulacağı, diğer hallerde yeni Yasaya göre müteselsil kefilin Madde 601/1'den yararlanamayacağı, diğer bir deyişle kefalet borcundan kurtulamayacağı sonucuna varılacaktır.

m.Gerçek kişi tarafından verilen diğer garanti taahhütlerinin kefaletin geçerlilik koşullarına tabi olması (Md.603)

Uygulamada –örneğin kredi kartı borçlarında- gerçek kişiler, garanti sözleşmelerini kefaletten ayıran ibareler kullanarak ilk yazılı takipte, protesto çekmeye, hüküm ve adı geçen rızasını almaya gerek kalmaksızın derhal ödeme taahhüdünde bulunmak suretiyle garanti vermekte, bu taahhütleri kefalet sayan Yargıtay'ın bazı kararlarının aksine, İçtihadı Birleştirme kararlarına göre bunlar garanti sözleşmesi sayılmaktadır.

Yeni BK'na göre;

“Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır” (Md.603).

Madde gerekçesinde “Madde, kefilin koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka adlar altında yapılan sözleşmelere de kefalet

hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmektedir. Böylece mesela kefalet sözleşmesi yerine üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmaktadır” denilmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, yürürlükteki Yasanın 110. maddesinde düzenlenmiş olup; aynı hüküm yeni Yasada 128. maddede yer almaktadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme asli ve bağımsız bir yükümlülük olup, fer’i bir borç olan kefaletten tamamen farklıdır. Yeni BK’nun 603. maddesinde “*kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında*” yapılan sözleşmelerin, gerçek kişilerin 110/128. maddede düzenlenen başkasının fiilini, taahhüt etmelerini geçersiz kılmadığı, 603. maddedeki “başka ad altında” yapılan sözleşme ile aslında kefil olmak istendiği, ancak kefalet yerine örneğin “garanti” kelimesinin kullanıldığı sözleşmelerin kastedildiği sonucuna varılması hukuka uygun olacaktır. Ancak madde gerekçesinden Yargıtay’ın eleştirilen –kredi kartlarında gerçek kişilerce verilen garanti sözleşmesi niteliğini haiz yükümlülükleri kefalet sayan- kararlarının yasalaştırılmak istendiği görülmektedir.

XXI. Adi Ortaklık Sözleşmesi (Md.620-645)

Yürürlükteki BK’nunda adi şirket BK. 520-541. maddelerinde düzenlenmiştir. Yeni BK’nunda aşağıda değinilen değişiklikler dışında, eski Yasanın adi şirketlerle ilgili düzenlenmeleri aynen benimsenmiştir.

- Yürürlükteki Yasanın 527. maddesinin son fıkrasında “*ortağın kişisel emeği için ayrıca tazminat isteyemeyeceği*” öngörülmüş iken, yeni BK. 627/son fıkrasında “*yükümlü olmadığı halde ortaklık işleri için emek sarf etmiş olan bir ortak, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebilir*” denilmiştir.
- Ortaklıktan çıkma ve çıkarılma ilk defa yeni BK’nuna girmiştir (Md.633)
- Ortaklık payının tasfiyesi konusunda yeni bir hüküm kabul edilmiştir.

Bir ortağın;

- Fesih bildiriminde bulunması
- Kısıtlanması
- İflası
- Tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi
- Ölmesi

hallerinde, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumlardan biri gerçekleştiğinde o ortak veya temsilcisi ya da ölen ortağın mirasçıları ortaklıktan çıkabilir veya ortaklar tarafından yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabilir (Md.633).

Adi ortaklık sözleşmesinde; maddede sayılan hallerden birkaçı ya da tamamı çıkma ve çıkarılma nedeni olarak belirlenebilir. Sözleşmede sadece çıkma ya da çıkarılma hakkının kabulü ise eşitlik ilkesine aykırı ve geçersiz sayılabilecektir.

- Çıkan ortağın payı iade edilmeyip, diğer ortaklara hisseleri oranında dağıtılmaktadır. Buna karşılık çıkan ya da çıkarılan ortağa, ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı; ayrılan ortağa düşecek tasfiye payı ödenecektir (Md.634).
- Ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan ya da çıkarılan ortağı borçtan kurtarmak yerine kendisine bir güvence verebileceklerdir (Md.634/2). Adi ortaklık ortağı, çıktığı tarihe kadar adi ortaklığın borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edeceğinden ve çıkan ortağa düşecek tasfiye payı hesaplanırken adi ortaklığın borçlarından kurtarılması da yer alacağından, henüz muaccel olmayan ortaklık borçlarını da şirkette kalan ortakların ödemesi ve bu konuda çıkan ortağa bir güvence vermeleri gerekebilecektir.
- Ortağın çıktığı ya da çıkarıldığı tarihte adi ortaklığın malvarlığı borçlarını karşılamıyorsa; bu ortağa herhangi bir tasfiye payı ödenmeyeceği gibi, çıkan ya da çıkarılan ortak, payına düşen borç tutarını zarara katılmaya ilişkin hükümler çerçevesinde diğer ortaklara ödeme ile yükümlü olacaktır (Md.635).
- Çıkan veya çıkarılan ortak, ortak olduğu dönemde henüz sonuçlanmamış işlerden doğan kâra ve zarara katılır (Md.636). Bu maddeden anlaşıldığına göre, 634. maddeye göre ortağa tasfiye payı ödenirken henüz sonuçlanmamış işler göz önünde tutulmamaktadır.
- Bankanın adi ortaklığa verdiği kredilerde adi ortaklığın temsilini düzenleyen yürürlükteki BK'nun 533. maddesi ve bu maddenin yeni T. Borçlar Kanununda karşılığını oluşturan 637. madde büyük önem taşımaktadır.

Yeni BK'nun 637. maddesinin 1 ve 2. fıkraları 533. maddenin tekrarı niteliğinde olup; 3. fıkranın ikinci cümlesi yenidir. Buna göre “... **ancak temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliği ile verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmesi şarttır.**” Bankaların adi ortaklıklara açtıkları kredileri önemli tasarruf işlemleri saymaları ve adi ortaklığın tüm ortaklarının imzalarının alınması veya yetki belgesinde bu hususun açıkça yer alması tedbirli bir davranış olacaktır.

- Adi ortaklığın sona ermesi yürürlükteki BK'nda 535. maddede, yeni Yasada ise 639. maddede düzenlenmiştir.

Yeni Yasada önemli değişiklik, yürürlükteki yasanın 535/3. maddesine göre “*şeriklerden birinin tasfiyedeki hissesi hakkında cebri icra vukuu ile yahut bir şerikin müflis olması veya hacredilmesi ile şirket nihayet bulunduğu halde, yeni*

Yasada (Md.639/3) bu durum mutlak bir sona erme sebebi sayılmamış, **sözleşmede bu hallerde “ortaklığın devam edeceğine dair” bir hüküm varsa, ortaklığın sona ermeyeceği** kabul edilmiş ayrıca “cebri icra vukuu” yeterli görülmemiş, bu ibare **“cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi”** şeklinde değiştirilmiştir.

Gerekçeden anlaşıldığına göre, ortaklığın devam edeceğine dair sözleşmede bir hüküm bulunması halinde Tasarının 633 ile 636. maddeleri uygulanacaktır.