

TBK'DA BORCUN İFASINA VE İFA ENGELLERİNE İLİŞKİN

DEĞİŞİKLİK VE YENİLİKLER

Yard. Doç. Dr. H. Tolunay OZANEMRE YAYLA

(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun borcun ifasına ve ifa engellerine ilişkin hükümleri incelendiğinde bazı değişiklik ve yeniliklere gidildiği görülmektedir. Köklü değişiklik olarak nitelendirilemeyecek bu değişiklik ve yenilikler uygulama açısından son derece önem arz eden bazı konulara ilişkindir.

Değineceğimiz değişikliklerin ilkinin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (bundan böyle TBK olarak kısaltılacaktır) 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (bundan böyle eBK olarak kısaltılacaktır) 72. maddesini karşılayan 88. maddesi oluşturmaktadır. İlgili hüküm iki fıkradan oluşmaktadır ve anapara faizine ilişkindir. Anapara faizi, en genel tanımı itibarıyla belli bir süre bir para alacağından yoksun kalmanın karşılığı, semeresidir. İlgili hükmün ilk fıkrası *"Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümleri uygulanır."* ifadesini taşımaktadır. Bu ifadede bahsi geçen mevzuat 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun'dur. 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi şu şekildedir: *"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır (f. 1). Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir (f. 2)."* Bakanlar Kurulu 1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı kararıyla bu oranı %9'a indirmiştir ve bu oran halen %9 olarak uygulanmaktadır. Bu oranın konu bakımından önemi, TBK'nın ilgili hükmünün ikinci fıkrasında yer alan hükümle alakalıdır. İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: *"Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını*

aşamaz.” Dolayısıyla sözleşme ile karşılaştırılan anapara faizi %9’un ancak %150’si, yani, yıllık %13,5 olabilecektir. Öğretide kanunla getirilen bu sınırlama, gabin kurumu, dürüstlük kuralı denetimi gibi yollar varken getirilmesi yönünden eleştirilere maruz kalmıştır. Benzer bir sınırlama temerrüt faizi bakımından da söz konusudur. TBK m. 120 çerçevesinde, “*Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir* (f. 1). *Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz* (f. 2).” Bu çerçevede sözleşme ile temerrüt faizi oranının kararlaştırıldığı durumlarda, temerrüt faizi, yıllık yasal faiz oranının (ki bu oran %9’dur), %200’ünü, yani %18’i aşamayacaktır.

Burada tartışma konusu olan ve uygulayıcı ilgilendiren asıl mesele şudur: Acaba TBK m. 88, sadece adi işler bakımından değil, ticari işler bakımından da anapara faizine uygulanacak mıdır? Çünkü adi işler bakımından yıllık en fazla %13,5 üzerinden anapara faizi ödenmesi adil görülebilirse de ticari işler bakımından bu faiz oranı düşük bir oran olarak nitelendirilemeyecek midir? Aynı şekilde ticari işler bakımından temerrüt faizi ödenmesinde, faiz oranı belirlenmediği durumlarda, temerrüt faizinin 3095 sayılı Kanun çerçevesinde belirlenen faiz oranı (ki %9’dur) veya kısa vadeli avans faizi oranı (ki 2014 yılı için %11,75’tir) oranı üzerinden istenebilmesinde devreye kısa vadeli avans faizi oranı girdiğinden bu oranın %100 fazlası, yani %200’ü sınır olarak alınacak bu da ticari işlerde temerrüt faizinin en fazla yıllık %23,5 -%11,75’in iki katı- olması sonucunu doğuracaktır. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüş TBK m. 88 (ve ayrıca temerrüt faizi bakımından TBK m. 120’de) yer alan sınırlamaların, sadece adi işlerde değil, ticari işlerde de uygulanacak anapara faizi ile temerrüt faizi bakımından bir sınırlama getirmiş olduğunu ileri sürmektedir. Ancak diğer bir görüş, Türk Ticaret Kanunu’nun 8. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.” hükmünden yola çıkarak, TBK m. 88 ve 120’de yer alan sınırlamaların sadece adi işler bakımından uygulama alanı bulacağını ifade etmektedirler. Önemle belirtilmelidir ki, karışıklık esas itibarıyla TBK m. 88 ve 120 kaleme alınırken genel bir ifade kullanılmış olması ve TTK m. 8 ve 9 kaleme alınırken de TBK m. 88 ve 120’nin dikkate alınmamış olmasından kaynaklanmaktadır.

TBK’nın, eBK m. 75 hükmünü karşılayan 91. maddesinin ikinci fıkrasında da daha evvel Kanunda yer almayan yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir: “*Borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse, bundan o ayın*

son günü anlaşılır.” Bu düzenlemeyle birlikte, ifa zamanına ilişkin olarak, daha önceki Kanun döneminde açıklığa kavuşturulmamış olan bir ihtimal, açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

Yabancı para borçlarının ödenmesine ilişkin TBK m. 99 (eBK m. 83) da önem arz eden yenilikler içermektedir. İlgili hüküm şu şekildedir: “*Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir (f. 1). Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir (f. 2). Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir (f. 3).*” Para borcunun yabancı para üzerinden belirlenmiş olması ihtimalini ele alan bu hüküm eBK m. 83 hükmünü karşılamaktadır. İlk fıkrada para borcunun niteliğinde açıklık yoksa para borcunun Türk Lirası olarak ödeneceği hususuna yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, yabancı para üzerinden borçlanmalarda, eğer sözleşmede aynen ödeme kaydına yer verilmiş değilse, ki bu “yabancı para aynen ödenecektir” ifadesi veya benzer bir ifadeye yer verilmesi veya sözleşmenin bu anlama gelecek şekilde kaleme alınmasıyla olur, borçlunun, yabancı para borcunu ödeme günündeki karşılığı üzerinden Türk Lirası ile ödeyebileceği düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile borçlu, yabancı para borcunda eğer aynen ödeme kararlaştırılmış değilse, para borcunu aynen veya ödeme günündeki karşılığı üzerinde Türk Lirasıyla ödeme imkânına sahiptir. Önceki düzenlemede (eBK m. 83/II) borçlunun bu seçimlik yetkisi ‘vade günündeki Türk Lirası karşılığı üzerinden ödeyebilme’ şeklindeydi. Elbette bu düzenleme bu hali itibarıyla eleştirilere maruz kalmıştır ve TBK düzenlenirken vade günündeki karşılığın değil ödeme günündeki karşılığın esas alınması söz konusu olmuştur. Ancak dikkat edilirse, maddenin ikinci fıkrasında halihazırda ‘ödeme günündeki rayiç’ kriter olarak belirlenmiş olmasına rağmen, üçüncü fıkrada aynen ödeme kaydına bağlanmamış yabancı para borçlarında, borçlunun borcunu ödeme gününde ödememesi üzerine alacaklının, bu alacağının ‘aynen veya vade veya fiili ödeme günündeki’ rayiç üzerinden Türk Lirası ile ödenmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak şu şekilde bir durum ortaya çıkmaktadır. Aynen ödeme kaydının bulunmadığı yabancı para borçlarında borçlu, vade gününde borcunu ödemediği takdirde, ödeme günündeki rayiç üzerinden para borcunu

ödeyebilecek, ancak alacaklı da bu halde para borcunun aynen veya fiili ödeme günündeki veya vade günündeki Türk Lirası karşılığıyla ödenmesini isteyebilecektir. Burada konunun oldukça karmaşık olduğu açıktır. Önemle belirtilmelidir ki, hükmün üçüncü fıkrası kanun yapma tekniği açısından sorunlu bir hükümdür. Bu fıkra düzenlemesi, ayrıca, ilgili düzenlemeyi karşılayan eBK m. 83/III düzenlemesinden farklı olarak alacaklıya borcun ‘aynen’ ifasını isteyebilme hakkı da vermiştir ve bu açıdan olumlu bulunmaktadır.

Borcun ifasına ilişkin olarak yapılmış önemli bir değişiklik eBK m. 84’ü karşılayan TBK m. 100 hükmünde karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere eBK m. 84/I hükmü şu düzenlemeyi içermektedir: “*Borçlu faiz veya masrafları tediye gecikmiş değil ise kısmen icra eylediği tediye resülmale mahsup edebilir.*” Bu şekilde borcunun para borcunun bir kısmını ödediği durumlarda, yapmış olduğu ödemenin anaparaya mahsup edilmesini, faiz ve masrafları ödemede temerrüde düşmemiş olmak koşuluyla, sağlayabileceği hükme bağlanmıştı. Elbette tarafların aksine anlaşma yapmaları da mümkündü. İlgili hükmü karşılayan TBK m. 100/I ise şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir. Aksine anlaşma yapılamaz.*” Bu şekilde, eBK’da yer alan ilgili hüküm korunmuş ve ayrıca aksine anlaşma yapılamayacağı düzenlenmek suretiyle hüküm emredici hale getirilmiştir. Bu durum öğretide eleştirilmiştir.

Alacaklı temerrüdünün koşullarının düzenlendiği eBK m. 90 hükmünü karşılayan TBK m. 106 hükmü de önceki hükme nazaran ek bir fıkra içermektedir. Bilindiği üzere alacaklı, ifa önerisini haklı bir sebebi olmaksızın kabul etmekten kaçınır veya ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması lazım gelen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa alacaklı temerrüdüne düşmüş olur (bkz. eBK m. 90, TBK m. 106/I). TBK’da bu hükme ilaveten bir fıkra daha getirilmiştir ve bu fıkra şu hükmü taşımaktadır: “*Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur.*” Böylelikle, müteselsil borçlulardan birinin ifa teklifini haklı bir sebep olmaksızın reddeden alacaklının, tüm borçlulara karşı alacaklı temerrüdüne düşmüş olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak kanunda müteselsil borçluların borçlu temerrüdüne düşmeleri meselesine ilişkin bir düzenleme getirilmemişken, müteselsil borçlulukta alacaklının temerrüdünün düzenleme altına alınmış olması noktasında eleştiriye maruz kalmıştır.

Sorumsuzluk anlaşmasının düzenlendiği eBK m. 99, hatırlanacağı üzere şu hükmü ihtiva etmekteydi: *“Hile veya ağır kusur halinde düşer olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart batıldır (f. 1). Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir (f. 2).”* Bu şekilde, alacaklı ile borçlu arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarında borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin şartların tümüyle geçersiz olacağı hükme bağlanmıştı. Eğer taraflar yaptıkları sorumsuzluk anlaşmasında borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağını kararlaştırmış iseler, kural olarak bu anlaşma geçerli olmakla birlikte, eğer sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya borç, hükümet (elbette devlet kastedilmektedir) tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir işin icrasından doğuyorsa sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliği gündeme gelebiliyordu. Uygulama açısından son derece önemli olan bu hükümde çok önemli değişikliğe gidilmiştir. TBK’nın ilgili hükmü karşılayan 115. maddesi şu hükmü taşımaktadır: *“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (f. 1). Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (f. 2). Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (f. 3).”* Dikkat edilirse, daha önce iki fıkradan oluşan hüküm, üç fıkraya çıkarılmış ve bu durum hükmün gerekçesinde maddede üç ayrı konunun düzenlenmiş olmasıyla açıklanmıştır. Önceki düzenlemenin ilk fıkrasında yer alan ‘hile ve ağır kusur’ ifadesinin yerine, TBK m. 115/I’de sadece ‘ağır kusur’ ifadesine yer verilmiştir. Ağır kusur hâlihazırda, kast ve ağır ihmali karşıladığından bu değişiklik yerinde bir değişikliktir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, TBK m. 115/II’de *“Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye yakından bakıldığında, üzerinde durulması gereken ilk değişiklik, hükmü karşılayan eBK m. 99/II hükmünde ‘alacaklının borçlunun hizmetinde olduğu sırada yapılmış hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşması’ndan bahsedilmekteyken, TBK m. 115/II hükmünde ‘borçlunun,

alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle' denilmek suretiyle, hükmün daraltılmış olmasıdır. Çünkü önceki düzenleme sadece hizmet sözleşmesine dayanan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından değil, tabiyet ilişkisinin bulunduğu diğer bazı borç ilişkileri bakımından da (vekâlet, eser vb.) uygulama alanı bulmaktaydı. TBK'da yer alan yeni düzenlemede ise, doğrudan hizmet sözleşmesinden bahsedilmiş olduğundan, benzer hukuki ilişkiler bakımından sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Hükmün gerekçesinde konuya ilişkin açıklama ise son derece özensiz bir şekilde kaleme alınmıştır. Başka bir ifadeyle kanun koyucu bu sınırlandırmaya neden gittiğini açıklayamamıştır. Bir diğer değişiklik de eBK m. 99/II'de sorumsuzluk anlaşması hâkim tarafından geçersiz kılınabilirken; TBK m. 115/II'de "kesin geçersizlik" yaptırımının öngörülmüş olmasıdır. Ayrıca daha önceki düzenlemeden farklı olarak, sadece hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşması değil, kaynağı veya sebebi ne olursa olsun borçlunun alacaklı ile arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan her hangi bir borç bakımından sorumlu olmayacağına ilişkin her tür sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. Öğretide de işaret edilmiş olduğu üzere, önceki kanun döneminde, daha üst konumda olan borçlunun daha zayıf durumda olan alacaklıya dayattığı sorumsuzluk anlaşması geçersizliğe tabi olmaktaydı. Şöyle ki, üst konumda olan tarafın ağır kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması eBK m. 99/I çerçevesinde geçersiz sayılmakta, hafif kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması da hâkim tarafından geçersiz kılınabilmekteydi. Oysa TBK düzenlemesinde sadece üst konumda olan işveren lehine sorumsuzluk anlaşmaları değil, işçi lehine yapılan sorumsuzluk anlaşmaları da geçersiz sayılmaktadır. Bu değişikliği anlamak mümkün değildir. TBK m. 115 hükmündeki bir diğer değişiklik üçüncü fıkra da yer almaktadır. Yukarıda yer verilmişti ancak tekrar etmek gerekirse TBK m. 115/III hükmü şu düzenlemeyi içermektedir: "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen özel izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*" Böylelikle önceki kanun döneminde, sorumluluğun hükümet tarafından verilen özel imtiyazla yürütülen bir işten doğması durumunda, hâkim hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğine hükmedebilmekteydi. Öğretide de belirtilmiş olduğu üzere, İsviçre Hukukunda özel imtiyaz verilmek suretiyle yürütülen sanattan/işten, demiryolu işletmeciliği, elektrik, su işletmeciliği gibi işletmeler anlaşılmakta ve İsviçre kanun koyucusu bakımından, hükmün

konuluş amacını, tekel niteliğindeki bu tür işletmelerle sözleşme yapan tarafı korumak oluşturmaktadır. Önceki kanun döneminde öğretide, Türk Hukuk uygulaması bakımından, bu işletmelerin, özel hastanelerin, bankaların vb hükmün kapsamına girdiği hususunda pek tartışma bulunmamakla birlikte, avukatlık, noterlik, doktorluk, eczacılık gibi mesleklerin de hükme dâhil edilmesi gerektiğini savunanlar ve bu fikre karşı olanlar mevcuttu. Bu karışıklığı gidermek amacıyla TBK m. 115/III hükmünde düzenlenen bu hususta, ilgili işin ‘kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen özel izinle yürütülmesi’ kriteriyle yetinilmemiş, ayrıca bu işin ‘uzmanlığı gerektirmesi’ aranmıştır. Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere böylelikle kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen özel izinle yürütülen her iş değil, uzmanlığı gerektiren ve kanun ve yetkili makamlar tarafından verilen özel izinle yürütülen işler hükmün uygulama alanını oluşturacaktır. TBK m. 115/III hükmü bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da şudur: Bu fıkra da bir önceki fıkra da olduğu gibi yaptırım, hâkim tarafından geçersizliğe hükmedilebilme değil, kesin geçersizliktir. Dolayısıyla uzmanlığı gerektiren bir işi, kanun veya yetkili makamın izniyle yürüten kimse kendi borcu bakımından hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşması yaptığı takdirde bu anlaşma kesin olarak geçersiz olacaktır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlendiği TBK m. 116 hükmü de, sorumluluğu kaldıran anlaşmalar yönünden, ilgili hükmü karşılayan eBK m. 100 hükmüne nazaran önemli bazı değişiklikler içermektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki TBK m. 116 şu hükmü içermektedir: *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür (f. 1). Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir (f. 2). Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (f. 3).”* Görüldüğü üzere TBK m. 116/I ve II bakımından eBK m. 100’e nazaran hüküm değişikliği yoktur. Ancak hükmün üçüncü fıkrasında değinilmesi gereken çok önemli iki değişiklik mevcuttur. Öncelikle TBK m. 116/III’ü karşılayan eBK m. 100/c. 3’ü bir anımsatmak gerekirse, bu hüküm şu ifadeyi taşımaktaydı: *“Alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa;*

borçlu mukavele ile ancak hafif kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.” Görüldüğü üzere, borçlunun ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar bakımından bir önceki cümlede getirilen serbestî (“*Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukaveleyle tamamen veya kısmen bertaraf edilebilir.”*), borçlunun sorumluluğunu kaldıran anlaşmaların tabi olduğu sınırla çevrilerek, TBK m. 115’i karşılayan eBK m. 99’da yer alan istisnai durumlarda borçlunun yardımcı kişinin kusurundan sorumluluğunu kaldıran sorumsuzluk anlaşmalarının ancak, hafif kusurdan sorumluluk bakımından geçerli olacağı, böylelikle de ağır kusurdan sorumsuzluk anlaşmalarının bu iki istisnai durumda yapılamayacağı düzenleme altına alınmıştı. İlgili eBK m. 99 ile eBK m. 100 arasındaki bu paralellik, kanun yapma tekniğinin tutarlılığı açısından gerekli bir durumdu. TBK m. 116 düzenlenirken bu paralellik ortadan kaldırılmıştır. Şöyle ki yukarıda da belirtildiği üzere, borçlunun ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumluluğu bakımından bir önceki hükümde yer alan istisnalardan sadece birine yer verilmiştir; o da uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen özel izinle yürütülüyor olmasıdır. Kanun koyucu, TBK m. 116/III hükmünü kaleme alırken, borçlu ile alacaklı arasında hizmet sözleşmesi olması durumunu hükmün metnine almamıştır. Hükmün gerekçesine bakıldığında konuya ilişkin bir açıklama yapılmamış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla kanunun sözünden yola çıkılacak olursa, borçlu ile alacaklı arasında hizmet akdi bulunup, borçlunun ifa yardımcısının eylemi neticesinde alacaklı zarar görecektir olursa, taraflar arasında yapılmış sözleşmedeki sorumsuzluk anlaşması, borçlu işverenin yardımcı kişisi ağır kusurlu olarak alacaklı işçiye zarar vermiş olsa bile geçerli olacaktır. Çünkü, TBK m. 116/II hükmünde borçlunun alacaklıyla yaptığı sözleşmeyle ifa yardımcısının eylemlerinden sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldırabileceği belirtilmiş ve istisnanın düzenlendiği TBK m. 116/III hükmünde de borçlunun işveren, alacaklının da işçi olması durumuna yer verilmemiştir. Bu şekildeki bir düzenlemenin, amacı öncelikle zayıfı korumak olması gereken kanun yapma tekniği açısından ne kadar büyük bir zafiyet oluşturduğu açıktır. Her ne kadar Adalet Komisyonunun raporunda borçlunun ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumluluğu konusu düzenlenirken, borçlu ile alacaklı arasında hizmet akdinin bulunup bu akitten borcun doğması durumuna ilişkin istisnaya yer verilmemesinin gerekçesi olarak, TBK m. 115/II hükmünde, “*Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin ‘her türlü anlaşma’ kesin olarak hükümsüzdür.”* denilmiş olması

gösterilmiş olsa da, bu gerekçe, TBK m. 115/III'te yer alan istisnanın TBK m. 116/III'te tekrar edilmiş olması nedeniyle havada kalmaktadır. Eğer TBK m. 115/II'de yer verilmesi nedeniyle bu istisna TBK m. 116'ya alınmamışsa, neden TBK m. 115/III'te yer verilen istisnaya, TBK m. 116'da tekrar yer verilmiştir? Bu bağlamda TBK m. 116/III'teki düzenlemeye de yer verilmemeliydi. Bu çerçevede öğretide savunulduğu üzere, ya TBK m. 116'da her iki istisnaya da yer verilmemeliydi, ya da ikisine birden yer verilmeliydi. TBK m. 116/III hükmü bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus da şudur: eBK m. 100 hükmünde borçlunun ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumluluğunda, sorumluluğu kaldıran anlaşmaların geçerliliği bakımından istisnaya giren durumlarda borçlunun yardımcı kişilerin ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz sayılırken; ilgili hükmü karşılayan TBK m. 116/III'te istisnaya giren durumda borçlunun, yardımcı kişinin gerek ağır gerek hafif kusurundan sorumluluğunu kaldıran sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Başka bir ifadeyle önceki kanun döneminde istisnaya giren bir durumda, borçlunun yardımcı kişinin hafif kusuruna ilişkin olarak yaptığı sorumsuzluk anlaşması geçerliyken; TBK bakımından istisnaya giren durumlarda her tür sorumsuzluk anlaşması tümüyle geçersizdir.

TBK m. 117 hükmü borçlunun temerrüdünün koşullarına ilişkindir. İlgili hükmü karşılayan eBK m. 101 bilindiği üzere şu ifadeyi taşımaktaydı: “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtariyle, mütemerrit olur* (f. 1). *Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulsen bir ihbarda bulunmak suretiyle tespit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur* (f. 2).” Bu şekilde, eBK m. 101 hükmünde öncelikle, borçlunun temerrüde düşmesi bakımından ifası mümkün muaccel borç bakımından, alacaklının ihtar çekmesinin şart olduğu kuralı düzenleme altına alınmış; ardından ikinci fıkra hükmünde bu kuralın iki istisnası gösterilmiştir. Buna göre taraflar yapmış oldukları sözleşmede borcun ifa edileceği günü tayin etmiş iseler veya sözleşmeye dayanan bir hakka istinaden taraflardan birine (öğretide de ifade edildiği üzere taraflardan biri dışında bir üçüncü kişi de olabilir) ifa gününü belirleme imkânı verilmiş olup, bu kimse ifa gününü belirleyerek diğer tarafa bildirmişse, artık ilgili günün geçmesiyle muaccel olan ifası mümkün borcun borçlusuna ayrıca ihtar çekmeye gerek yoktur. Söz konusu eBK m. 101 hükmünün buraya kadar olan kısmı, ilgili hükmü karşılayan TBK m. 117/I ve II'de ilavelerle korunmuştur. Bu ilaveler şu şekildedir: “...*haksız fiilde haksız fiilin işlendiği; sebepsiz zenginleşmede ise*

zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır.” Böylelikle, muaccel borçlar bakımından, borçlunun temerrüdü için ihtar çekme şartının, haksız fiillerden doğan borçlarla, sebepsiz zenginleşenin kötünietli olduğu durumlarda sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar bakımından söz konusu olmadığı kanun koyucu tarafından hükme bağlanmış olmaktadır. Bu şekilde haksız fiilden ve zenginleşenin kötünietli olduğu durumlarda sebepsiz zenginleşmeden doğan borç, doğduğu anda muacceldir ve bu anda borçlu da temerrüde düşmüş olur. Eğer zenginleşen iyiniyetli ise, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç, zenginleşme anında muaccel olmakla birlikte, borçlu bu anda temerrüde düşmeyecek; alacaklı fakirleşenin, iyiniyetli sebepsiz zenginleşene ihtar çekmesi gerekecektir. Öğretide belirtildiği üzere, alacaklı fakirleşen zenginleşenin iyiniyetli mi yoksa kötünietli mi olduğunu genelde bilemeyeceğinden derhal ihtar çekme yoluna gidecektir.

Önceki kanunda yer alan iki ayrı hüküm (ki bunlar eBK m. 106/II ve 108 hükümleridir) TBK’da 125. madde altında düzenlenmiştir. TBK m. 125, şu hükmü taşımaktadır: “*Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir (f. 1). Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir (f. 2). Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir (f. 3).*” Görüldüğü üzere ilk iki fıkra, eBK m. 106/II’yi karşılamaktadır. Önceki kanunun 106. maddesi iki ayrı hükümden oluşmaktaydı ve bu hükmün ilk fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştı: “*Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin edebilir veya münasip bir mehilin tayinini hâkimden isteyebilir.*” TBK’da bu hükme, 123. madde altında yer verilmiştir ve ilgili madde şu ifadeyi taşımaktadır: “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.*” Karşılıklı borç yükleyen

sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi üzerine diğer tarafın haklarının düzenlendiği eBK m. 106/II hükmü ise, belirtildiği şekilde, TBK m. 125'te düzenlenmiştir. İlgili hükmün kenar başlığı "c. Seçimlik haklar" olarak belirlenmiştir. Her ne kadar karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi üzerine diğer tarafın sahip olduğu haklar seçimlik olarak nitelense de esasen temel bir hak ve onun yerine kullanılabilecek iki seçimlik hak mevcuttur. Maddede de belirtildiği üzere, temerrüde düşen taraftan, diğer taraf her zaman borcun ifasını ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilir. Ancak verilen sürede temerrüde düşen taraf borcu, gecikmeden doğan zararları da tazmin etmek suretiyle ifa etmezse, sürenin sonunda alacaklı sürenin sonunda bildirmek suretiyle aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmin edilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Bilindiği üzere bu düzenleme eBK m. 106/II'ye paraleldir. Gayet yerinde bir kanun yapma tekniğiyle, sözleşmeden dönmenin hükümleri de TBK m. 125'te üçüncü fıkrada düzenlenmiştir. Önceki kanunun 108. maddesini karşılayan TBK m. 125'te, önemli bir yanlışlık giderilerek 'Akitten rücu eden alacaklı, vaidolunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir.' ifadesi yerine 'Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.' ifadesine yer verilmiştir. Gerekçede de belirtildiği üzere karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı taraf yoktur; belli bir edimin alacaklısı vardır ve bu çerçevede sözleşmede karşılıklı edimler bulunduğundan, her iki taraf da hem alacaklı hem de borçludur. Bu nedenle "sözleşmeden dönme halinde taraflar" ifadesi yerindedir. Yine bu ifadeyle sadece taraflardan biri olan 'sözleşmeden dönen taraf'ın değil, her iki tarafın da vermiş olduğunun iadesini isteme hakkının bulunduğu belirtilmiş olmaktadır. TBK m. 125/III, c. son'da da sözleşmeden dönme üzerine temerrüde düşen taraf, temerrüde düşmedeki kusur karinesini çürütemezse, ilgili edimin alacaklısının sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı zararını, yani menfi zararını talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki kanun koyucu, kanunun ilgili hükmünün gerekçesinde kaleme aldığı hususu kendisi dikkate almamış ve TBK m. 125/III. c. son'da "bu durumda borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı" şeklinde bir ifadeye yer vererek karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı borç yüklenen taraflar bakımından 'alacaklı' ve 'borçlu' ifadelerini kullanmıştır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt konusuna ilişkin olarak TBK’da, eBK’da olmayan yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme “d. Sürekli edimli sözleşmelerde” kenar başlığını taşıyan TBK m. 126 hükmüdür. İlgili hüküm şu ifadeyi içermektedir: *“İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”* Bu şekilde kanun koyucu, sadece ani edimli karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde değil, sürekli edimli karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde de taraflardan birinin temerrüde düşmesinin sonuçlarını düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, sürekli edim borcu doğuran karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin temerrüde düşmesi üzerine diğer taraf, borcun ifa edilmesini ve gecikmeden doğan zararının tazmin edilmesini isteyebilir veya sözleşmeyi feshederek menfi zararının tazminini talep edebilir. Görüldüğü üzere, TBK m. 125’ten farklı olarak TBK m. 126’da iki hak vardır: İfaya yönelik hak, feshe yönelik hak. Kanun koyucu, bu hükümde, sürekli edimli sözleşmelerde aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini talep etme hakkına yer vermemiştir. Burada altı çizilmesi gereken bir diğer husus da TBK’nın yürürlüğe girmesine kadar sadece öğretide üzerinde durulan dönme-fesih ayrımının kanuna girmiş olmasıdır. Öğretide de belirtilmekte olduğu üzere, sözleşmeden dönme bir sözleşmenin en başından itibaren ortadan kaldırılmasını ifade eder. Dönme halinde verilenlerin iadesi gerekir. Sözleşmenin feshi ise, mevcut sözleşmenin ileriye etkili olarak ortadan kaldırılmasını ifade eder. Bu halde sözleşmenin, fesih anına kadarki sonuçları korunur. Kira, hizmet gibi sürekli edim borcu doğuran sözleşmelerin, en başından itibaren ortadan kaldırılması mümkün olmadığından, bu sözleşmeler “dönme” yoluyla değil, ileriye etkili olarak, yani “fesih” yoluyla ortadan kaldırılırlar. Ancak TBK m.125’in metninde de belirtilmiş olduğu üzere, bu hükmün uygulanabilmesi için sadece sürekli edim borcu doğuran karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı yeterli değildir; ayrıca bu sözleşmenin ifasına da başlanmış olması gerekmektedir. Bu düzenlemenin aksi ile kanıtından sürekli edim borcu doğuran ve karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin henüz ifasına başlanmış değilse, taraflardan birinin sözleşmenin kurulmasından sonra temerrüde düşmesi durumunda TBK m. 126’nın değil, TBK m. 125’in uygulanacağı sonucuna varılacaktır. Böylelikle de, bu tür durumlarda, temerrüde düşülen edimin alacaklısı, borcun ifasını ve gecikmeden doğan zararının giderilmesini isteyebileceği gibi, verilen sürenin sonunda hala ifa ve tazminat ödenmemişse, derhal bildirmek suretiyle, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmin

edilmesini isteyebilecek veya sözleşmeden dönebilecektir. Önemle belirtilmelidir ki, her ne kadar TBK m. 126'nın metninde yer verilmemiş olsa da, sözleşmenin feshinden evvel borcun ifası ve gecikmeden doğan zararın tazmini için süre verip bu sürede ifa ve tazminat ödemesi yapılmazsa derhal bildirmek suretiyle fesih hakkı kullanılabilir. Başka bir ifadeyle, tıpkı dönme hakkının kullanılmasında olduğu gibi, fesih hakkı kullanılırken de süre verilmesi şarttır. TBK m. 126'da "...sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir." ifadesine yer verildiğini belirtmiştik. Bu ifadede geçen 'sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğranılan zarar' kanun koyucu tarafından ilgili maddenin gerekçesinde müspet zarar olarak nitelendirilmiştir. Hâlihazırda niteliği tartışmalı olan bu zararın bağlamdan ve sistematikten kopuk bir şekilde menfi zarar olarak nitelendirilmesi uygun olmamıştır. Zira sözleşmenin feshiyle birlikte müspet zarar talebi ve tazmini, hukukumuz açısından açıklanması zor bir istisnai durum yaratmaktadır. (Bilindiği üzere borca aykırı davranışın neticesi olan zarar müspet zarar; sözleşmenin geçerliliğine, ifa edileceğine, belli bir süre devam edeceğine duyulan güvenden doğan zararlar menfi zarardır. Bu bağlamda sözleşmeye güvenilerek yapılan masraflar ile kaçırılan fırsatların menfi zararı oluşturduğu söylenilebilir.) Aynı şekilde, hükmün sözleşmenin feshi üzerine müspet zararın tazmin edileceğini düzenlemesi; adeta artık bu halde menfi zarar istenemeyeceği anlamına gelmektedir. Bunu anlamak gerçekten mümkün değildir; zira sözleşmeyi feshedecek tarafın yapmış olduğu masrafları vb isteyemeyeceği gibi bir sonuca varılmaktadır. Bu ise kabul edilemez.

Sonuç itibariyle bizlerin ve sizlerin öğretmek ve uygulamakla karşı karşıya olduğumuz ve artık hukuk sistemimizin parçası olan TBK pek az değişiklik ihtiva ettiği ifade edilen borcun ifası ve ifa engelleri konusunda dahi bu kadar çok sorunlu düzenleme içermektedir. Maddelere ve maddelerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak yaptığımız bu sunumun burada yer verdiğimiz ve öğretilde de ileri sürülen eleştirilerle birlikte sizlere yararlı olmasını diliyorum ve sabrınız için çok teşekkür ediyorum.