

2012

2012

MAYIS

4 AYDA BİR YAYIMLANIR

İZMİR BAROSU DERGİSİ YIL: 77 • SAYI: 2 • MAYIS

# İZMİR BAROSU DERGİSİ

BORÇLAR KANUNU ÖZEL SAYISI



## SEMİNER:

Borçlar Kanuna Getirilen Yenilikler

**Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu - Prof. Dr. Atilla Altop**

**Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan - Av. Umut Yeniocak**

**Av. Tamer Şahin**

## MAKALELER

**Av. Hakan DİMDİK**

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi

**Av. Hasan Cihan ERDEM**

Genel İşlem Şartlarında Bağlayıcılık Denetimi

**Doç. Dr. Hasan PETEK**

Kiralananın Sözleşmenin Sona Ermesinden Önce Geri Verilmesi

**Av. Murat SÖNMEZ**

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi

**Av. Afhan TOPEL**

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış

## HAKEMLİ MAKALELER

**Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR**

Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri

**Av. Yasemin YOKET – Av. Selin GÜLER**

Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi

**Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPINAR**

Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri

**Yrd. Doç. Dr. Özge ÖNCÜ**

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi

YIL: 77  
2

# İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 77 • Mayıs 2012 • Sayı: 2 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

## SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan  
Av. Sema PEKDAŞ

## YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Ahmet Haşim ÖZTÜRK

## YAYIN KURULU

Av. Metin CENGİZ  
Av. H. Baha COŞKUN  
Av. M. Ertuğrul PERİM  
Av. Zekiye Özen İnci USLU  
Av. Alper UYAR  
Av. Süleyman AKTAŞ

## DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

- Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Gazikent Üniversitesi Hukuk Fak. İdare Hukuku)  
Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI (İ.Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Prof. Dr. Ziya AKINCI (GSÜ Hukuk Fak. Devletler Özel Hukuku)  
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İ.Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)  
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Huk.)  
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU ( DEÜ Huk. Fakültesi Medeni Hukuk)  
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İ.Ü. Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (DEÜ Huk. Fak. Vergi Hukuku)  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ticaret Huk.-Deniz Huk.)  
Prof. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi Huk. Fak. Anayasa Hukuku)  
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (DEÜ Huk. Fak., Avrupa Birliği Hukuku)  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (Kültür Ü. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (GSÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)  
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Melda SUR (DEÜ Huk. Fak. Devletler Umumi-İş ve Sosyal Güvenlik Huk.)  
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER (Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk)  
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU (İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Anayasa Huk.)  
Doç. Dr. Mustafa ALP (DEÜ İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)  
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Doç. Dr. B.Bahadır ERDEM (İ.Ü. Hukuk Fak. Devletlerarası Özel Hukuk)  
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Yaşar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)

Doç. Dr. Mustafa SAKAL (DEÜ İİBF Maliye Bölümü)  
Doç. Dr. Şükran ERTÜRK (Deü Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)  
Doç. Dr. Meltem Kutlu GÜRSEL (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Doç. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (İ.Ü Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)  
Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Doç. Dr. Oğuz SANCAKTAR (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN (İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Yrd. Doç. Dr. Beşir ACABEY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Doç. Dr. Hacı CAN (DEÜ Huk. Fak. Avrupa Birliği Hukuku)  
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Üniv. Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN (İ.Ü Hu. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)  
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖGÜTÇÜ (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Yrd. Doç. Dr. Tijen Dündar SEZER (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)  
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)  
Doç. Dr. Gökçe Türkoğlu ÖZDEMİR (Yaşar Üniversitesi Huk. Fak. Roma Huk.)  
Doç. Dr. Ahmet TÜRK (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku)  
Av. Talih UYAR

#### **YÖNETİM YERİ**

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No: 14

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

**e-posta:** yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

#### **BASIMA HAZIRLIK**

Ayna Reklam Yay. Org. San. Tic. Ltd. Şti.

1447 Sokak No: 6 D: 4 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 464 39 32 - 464 25 29

www.aynareklam.com

#### **BASILDIĞI YER**

Teknofset

5632 Sokak No: 26 Çamdibi / İZMİR

Tel: 0232 458 58 09 (pbx) Faks: 0232 458 54 04

#### **Basım Tarihi**

19 Eylül 2012

**İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar, yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.**

# İçindekiler

Başkan'dan <b>Av. Sema PEKDAŞ</b> .....	7
--	---

## SEMİNER:

Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler <b>Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu</b> <b>Prof. Dr. Atilla Altop</b> <b>Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan</b> <b>Avukat Umut Yeniocak</b> <b>Avukat Tamer Şahin</b> .....	9
---	---

## MAKALELER

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi <b>Av. Hakan DİMDİK</b> .....	95
--	----

Genel İşlem Şartlarında Bağlayıcılık Denetimi <b>Av. Hasan Cihan ERDEM</b> .....	119
---	-----

Kiralananın Sözleşmenin Sona Ermesinden Önce Geri Verilmesi <b>Doç. Dr. Hasan PETEK</b> .....	143
--	-----

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi <b>Av. Murat SÖNMEZ</b> .....	171
---	-----

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış <b>Av. Afhan TOPEL</b> .....	193
--	-----

## HAKEMLİ MAKALELER

Yeni Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri <b>Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR</b> .....	204
---	-----

Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi <b>Av. Yasemin YOKET – Av. Selin GÜLER</b> .....	231
Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdikleri <b>Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPINAR</b> .....	253
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi <b>Yrd. Doç. Dr. Özge ÖNCÜ</b> .....	300

## İzmir Barosu Dergisine Yazı Gönderecekler İçin Bilgi Notu

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.
2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında ve otuz sayfayı geçmemelidir. Dergimize gönderilecek yazıların 12 punto (dipnot, kaynakça, özet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve CD veya DVD formatında gönderilmesi gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.
6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.
7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları "**biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk**" yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın

bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına asla engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekliğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.
9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.
10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.
11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.
12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.
13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

## Başkan'dan

### ■ Sema PEKDAŞ\*

#### Merhaba,

İzmir Barosu Dergisinin Özel sayı şeklinde hazırlanmış bulunan 2012 yılının 2. sayısı ile birlikteyiz.

Geçen sayıda duyurusunu yaptığımız üzere dergimizin bu sayısı diğerlerinden farklı olarak çıkarılmıştır.

04.02.2011 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan ve 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na yönelik özel bir sayı olsun istedik. 6098 sayılı yasa ile kabul edilen Borçlar Kanunu'ndaki yeniliklere ilişkin değerlendirmeleri içeren makaleler ile hakemli makalelere yer verdik. Dergimizin bu özel sayısının tüm meslektaşlarımız ve hukukçulara yararlı bir kaynak olacağını düşünüyorum.

Dergimizin başlangıç kısmında 07 Temmuz 2012 günü Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi ve İzmir Barosu tarafından düzenlenen **Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler** başlıklı seminerin çözümlerine yer verdik.

Oturum başkanlığını TBB Eğitim Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi Av. Tamer ŞAHİN'in yaptığı seminere İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Atilla ALTOP, Aydın Üniversitesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Ebru CEYLAN ve İstanbul Barosu Üyesi Av. Umut YENİOCAK konuşmacı olarak katılmışlardı. Değerli hukukçuların seminerdeki görüşlerinin hepimiz için yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

---

\* Avukat, İzmir Barosu Başkanı



Dergimizin bu özel sayısında; İzmir Barosu avukatlarından **Av. Hakan DİMDİK**'in "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi"; İzmir Barosu avukatlarından **Av. Hasan Cihan ERDEM**'in "Genel İşlem Şartlarında Bağlayıcılık Denetimi"; **Doç. Dr. Hasan PETEK**'in "Kiralananın Sözleşmenin Sona Ermesinden Önce Geri Verilmesi"; İzmir Barosu avukatlarından **Av. Murat SÖNMEZ**'in "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi" ve yine İzmir Barosu avukatlarından **Av. Afhan TOPEL**'in "6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış" konulu makaleleri yer almaktadır.

Ayrıca, bu sayımızda **Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR**'in "Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri"; İzmir Barosu avukatlarından **Av. Yasemin YOKET** ve **Av. Selin GÜLER**'in "Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi"; **Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPINAR**'ın "Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri" ve **Yrd. Doç. Dr. Özge ÖNCÜ**'nün "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi" konulu hakemli makalelerine yer verdik.

Dergimize yazılarıyla katkı koyan tüm meslektaşlarımız ve değerli hukukçulara, ayrıca bu süreçte özverili çalışma ve katkıları nedeniyle Yayın Kurulunda yer alan arkadaşlarıma özel olarak teşekkür etmek istiyorum.

Tüm meslektaşlarımızın yazı ve makaleleriyle dergimizin bu özel sayısına da katkı koymalarını bekliyoruz. Dergimiz katkılarınızla daha kapsamlı, daha nitelikli olacaktır.

Katkı ve desteklerinizin sürmesi dileklerle tüm meslektaşlarımı şahsım ve yönetim kurulu üyesi arkadaşlarım adına sevgi ve saygı ile selamlarım.

## Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler

### BİRİNCİ BÖLÜM

Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi'nin hazırlamış olduğu Borçlar Kanunu'na getirilen yenilikler, kira ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi konulu sempozyuma hepiniz hoşgeldiniz... İçerik ve programın nasıl işleyeceğine ilgili olarak, Avukat Tamer Şahin sizlere zaten bilgi verecek... Tekrara düşmek için konuşmuyorum ama sırayla katılımcılarımızı kürsüye davet etmek istiyorum...

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu, Prof. Dr. Atilla Altop, Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan, Avukat Umut Yeniocak ve seminerin moderatörlüğünü yapmak üzere Avukat Tamer Şahin....

**Tamer Şahin:** Sayın Başkanım, değerli meslektaşlarım, Türkiye Barolar Birliği'nin barolarımızla yaklaşık 2,5 yıldan beri gerçekleştirmekte olduğu meslek içi eğitim programına hoş geldiniz... Hemen başlamadan önce temsil ettiğim kurumun başkanı Sayın Vedat Ahsen Coşar'ın ve Eğitim Merkezi Yürütme Kurulu Başkanı aynı zamanda Başkan Yardımcımız Sayın Avukat Berra Besler'in sizlere selamlarını getirdim. Bugün onların toplantıları var. Onun için buraya katılma imkânları olmadı. Meslek içi eğitime çok uzun zamandan beri önem vermeye gayret ediyorduk. Bu konuda barolarımızın önemli destekleri oldu. Projeyi gerçekleştirme konusundaki ülküyü götüren de rahmetli Birlik Başkanımız Özdemir Özok'tu. Amerika'dan özellikle hasta yatağından takip ederek bu organizasyonu başlattı. Yaklaşık şu ana kadar barolarımızda 190 civarında seminer yaptık. Tabi bazı barolarımızın sizler gibi imkânları yok. Onlara ulaşmak mümkün değil. Ama şunu gördük bundan evvel barolarımız genelde Barolar Birliği ile ilişkilerinde başkan seviyesinde, yönetim kurulu seviyesinde bir ilişki kuruyordu. İlk defa, bir ilk doğrudan doğruya avukatlarla bire bir ilişki içine girdi. Mümkün olduğunca konuları sizlerden gelen talepler doğrultusunda hazırlamaya çalışıyorduk. Ama geçen hafta ağırlıklı olarak Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu, Usul Kanunu, onun yanında her zamanki sorunumuz olan mesleki hukuk ve uygulamalarına ağırlık vermiştik. Programın sonuna doğru geliyoruz. Bugün Temmuzun bu sıcağında sizleri bu şekilde görmek bizi çok mutlu etti. Başak Hanım zaten komisyon üyesi, yıllardan beri bu konunun içindeler. Ayrıca uygulamacı iki arkadaşımız daha var. Biz genel

pratikte birlikte meslekte karşılaştığımız eski yasadan sorunları biraz gündeme getirmeye çalışacağız. Yeni düzenlemede bunlar ne kadar bertaraf edilmiş onlara bakacağız. Genelde sunumlarımız 50 dakika civarında olacak. Ondan sonra bir ara verelim çünkü dikkatler dağılıyor. Akış içinde bazen birkaç soru uygun da oluyor. Ortadan kaldırmak açısından. Ancak çok uzun sürede olunca tebliğ yapan değerli hocalarımız programlarını aksatmak durumunda kalıyorlar. O nedenle sorularınızı ben mümkünse yazılı olarak hazırlamanızı rica ediyorum. Hem onlara hazırlanabilecekleri zaman açısından hem de program içerisinde yerinde değerlendirebilmek uygun olur diye düşünüyorum. Efendim; şimdi programa hemen geçeceğim. Geçmeden önce yalnız Yeni Borçlar Kanunu nedir, neden konusunda bu işi hazırlayıcılarından Prof. Dr. Sayın Haluk Burcuoğlu'na söz vereceğim... Buyurun efendim...

**Haluk Burcuoğlu:** Değerli arkadaşlarım, Sayın Başkan öncelikle bir müsaade isteyeceğim. Daha önce beni izlemiş olanlar veya öğrencilerim bilirler. Haluk Burcuoğlu ceketle konuşamaz, öyle bir kültürü vardır. Çıkartabilir miyim efendim? Müsaade eder misiniz? Efendim Sayın Başkan'ın da söylediği gibi biz Borçlar Kanunu Yasa Tasarısı Komisyonu'nda aşağı yukarı 10 yıl filan çalıştık. Bu tasarıda yani Atilla Altop kardeşim de Turgut Öz kardeşim de o zamanlar İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni temsilen gittik. Sakın yanlış anlaşılmasın, öyle gönüllü falan gitmiş değiliz. Aysel Çelikel hocamız bütün hepimizi topladı hiç unutmuyorum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dedi ki; 'Arkadaşlar Adalet Bakanlığı bir komisyon kuruyor tasarı için gönüllü olan var mı?' dedi. Ben dâhil hepimiz havaya baktık. Hatta nasıl olacak filan diye konuşuyoruz, Aysel Hoca ikinci defa aynı şeyi sordu yine böyle ilgilenmedik. Aysel Hoca'yı tanıyanlar bilir bana bakın dedi. 'Ayıptır' dedi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'siz Borçlar Kanunu olmaz dedi. Ben nedense çok alındım bu lafa. Dedim ki Turgut Öz kardeşimiz var, profesör, fırtına gibi. Borçlar hukukunun tanrısı çocuk. Burada dedik. Aman ne güzel olur diye herkes üzerine atladı. Sonra Turgut ne oluyor falan dedi garibim. Ve seçildik gönüllü. Ama Turgut bir şeytanlık yaptı. O zaman Haluk Ağabey'de gelsin dedi. Ah çok iyi olur dediler..... Çeteyi tamamladık. Ben de Atilla'da gelsin dedim. Biz böylece üç gönüllü katıldık. Ama bu gönüllülerinden en gönüllü de benmişim. Çünkü en fazla ben gittim. Arkadaşlardan daha fazla gittim. Gerçekten iyi de olduğuna inanıyorum. İyi ki varmışız orada. Ha bir de şunu söyleyeceğim hemen, çok uzatmayacağım olayı. Ama hani zaman zaman böyle bu kanunun AKP kanunu ya da bilmem ne kanunu olduğu söylendi. Bunlar tamamen yalandır. Biz aşağı yukarı 7 tane bakan gördük. Adalet Bakanı. Hiç birinden, hiçbir konuda şu şöyle olsun demedi bize. Bunu da açık açık söylemek lazım. Zaten partici bir borçlar kanunu nasıl olur ben bilmiyorum. Gerçekten hani bilen varsa inşallah onu da bize öğretir bir gün. O yüzden herkes müsterih olsun hiçbir baskı altında kalınmadı. Ha şu var tasarı çıktıktan sonra en büyük baskı tahmin edeceğiniz gibi bankalardan geldi. Bankalar ölürüz, intihar ederiz,

mahvoluruz dediler. Biz de ölün dedik, yani bizim için bir sakıncası yok. Hatta bunu sadece biz demedik Adalet Komisyonu da buyurun ölün dedi ki; ölmeleri falan kesinlikle söz konusu değil. Meclis de ölün dedi. Fakat ben bu süreden sonra anlatacağım maalesef bankalara karşı gösterilen bu direnç alışveriş merkezleri karşında olmadı. Ve kirayla ilgili bazı hükümlerin uygulanması ertelendi ve bir muhteşem cümlecik eklendi son metne. Onu da size öğleden sonra anlatacağım. Yapmayın dedim. Borçlar kanunu çöpe atın umurumda değil ama bu cümlecığı yazmayın dedim. Yazıldı. Ve hepinize okuyacağım onu. Ve hatta İzmir Barosu'na da getirdim. Bir sürü örnek var. Bir tane bırakacağım meraklısı okur. Görünce şaşıracaksınız ama onun dışında şunu söyleyebilirim bu borçlar kanunu iyi bir borçlar kanunu. Efendim, işte şöyle eleştiriler oldu neden mesela İsviçre ufacık memleket niye ona hala sadık kalıyorsunuz gibi laflar oldu. Fakat bunu diyenler hemen akabinde Hollanda Borçlar Kanunu değişikliğini dikkate almadınız dediler. Yahu Hollanda İsviçre'den daha büyük bir yer değil. Ama sonunda en vahşi eleştirenler bile Adalet Bakanlığına zaten Nisan ayında gönderdikleri eleştiri. Sayfa tutarı 5 buçuk sayfadır. Toplam 4 tane madde değiştirilmiştir. Yani bunları söylerken hani Sayın Başkan dedi ya az önce sorularınızı yazılı olarak verin diye, neyi soracaksınız yahu, kanun son derece açık fotoğraf gibi, resim gibi... Bunları zaten arkadaşlarım da sizlere anlatacaklar. Ben şimdi lafı daha fazla uzatmadan iyi bir borçlar kanunu bu, buna inanıyoruz ve zaten siz de şimdi bir kere daha belki dinleyeceksiniz. Teşekkür ediyorum... Buyurun Sayın Başkanım...

**Tamer Şahin:** Teşekkür ederim. Şimdi yasanın başlangıç bölümüyle ilgili bir giriş yapacağız. Ondan sonra yasanın maddeleri içerisinde yeni bir müessesemiz var biliyorsunuz, “genel işlem şartları”. Toparlayabilirsek iki sunumla bunu öğleye kadar götürmeye çalışabiliriz. Şimdi ben bu başlangıç kısımları için sözü Prof. Dr. Atilla Altop'a bırakıyorum... Buyurun efendim...

**Atilla Altop:** Teşekkürler Sayın Başkan. Ben de hem İzmir Barosu'na hem de böyle sıcak bir günde, bir tatil gününde buraya gelen katılımcılara teşekkür ediyorum. Sayın Burcuoğlu'nun da söylediği gibi uzun süre komisyonda beraber görev aldık. Ben de katılıyorum. En azından eski borçlar kanuna nazaran daha iyi bir borçlar kanunumuz olduğuna katılıyorum. Ha, arada eleştirilecek şeyler var mıdır, vardır mutlaka. Bazen biz bile söyleyeceğimiz bazı şeylerin eleştirileceğini. Ama bu genel anlamda gerçekten de iyi bir borçlar kanunu olduğunu ortadan kaldırmıyor. Ama her şeyde eksiklikler bulunabilir.

Şimdi kısaca borçlar kanununun genel hükümler bölümünde ne gibi önemli değişiklikler yapıldı, her bir değişikliğe değinme şansımız yok ama önemli değişikliklere değinmek istiyorum. Şimdi ilk olarak 4. maddede bir değişiklik yapıldı. Sözleşmenin kuruluşu sırasında hazır olanlar arasında yapılan öneriler içerisine teknik gelişmeler dikkate alınarak telefonun yanı sıra bilgisayar gibi

iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneriler de dâhil edildi. Bunlar da artık hazır olan kişiler arasında önerilen öneriler haline geldi. Ama dikkat edilmesi gereken bilgisayar gibi iletişim sağlayan araçlarla yapılan her öneri değil sadece doğrudan iletişim sırasında yapılabilen. Yoksa işte hep kullandığımız e-mail yoluyla yapılan öneriler hala hazırlar arasında öneri değil. Hazır olmayanlar arasında öneri. Ama anında iletişim olan işte ya chatleşme denilen olay, ya video konferans şeklinde aynı anda karşı karşıya olan kişiler arasında doğrudan iletişim vasıtasıyla yapılan öneriler de artık hazır olanlar arasında öneri olarak kabul ediliyor.

İkinci bir değişiklik Borçlar Kanunu'nun 7. maddesinde yapıldı. O da uygulamada karşılaşılan sıkıntılar nedeniyle yapılan bir değişiklik. Maalesef bizde istenmeyen ve ismarlanmayan bir takım şeylerin evlere veya iş yerlerine gönderilme adeti var. Siz bir şey ismarlamıyorsunuz ama gönderiyorlar. Ha, ister al ister alma şeklinde, nasıl olsa gelmiş diye alırım der artık diye kişiler. Böyle bir pazarlama yöntemi maalesef bizde uygulanıyor bu tabii şu sıkıntıyı beraberinde getiriyor. Tabii ki kabul etmek zorunda değilsiniz, orada hiç sıkıntı yok. Ama ne yapacaksınız geleni kabul etmediğiniz zaman? Arada o soru işaretleri vardı. Bunu ortadan kaldırmak için ve bu şekilde istemediği halde kendisine bir şey gönderilene her türlü sıkıntıdan kurtarabilmek açısından şöyle bir cümle eklendi; bir kere böyle bir şey gönderilmesinin öneri sayılmayacağı söylendi yani öneri dediğimiz eski kanundaki icap şimdi o öneri oldu. Öneri sayılmayacağı söylendi ve devamı de dendi ki böyle bir şeyi alan kişi onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değil. Tersten okursanız çöpe de atabilir. Hiçbir zorunluluğu da yok. Ona istenmeden bir şey gönderen düşünün dendi. O şekilde böyle bir durum vardı. Ha, bir küçük eleştiri yapıldı burada. Baktığımız zaman çok haksız değil teorik olarak bakılınca. Dendi ki öneri sayılmaz dediğiniz zaman şu sıkıntı doğuyor. Peki gönderildi, ben de kabul etmek istedim, beğendim gönderilene, kabul ettim dersem sözleşme kurulmuyor, çünkü o gönderilen öneri sayılmıyor, tekrar gönderenin onayı gerekiyor. Ama zaten gönderinin göndermekle onayı olduğu için sonradan ses çıkartmamasını zımni bir onay olarak da kabul edebiliriz. Çok büyük bir sıkıntı da yaratmaz. Onu söylemekte yarar var.

Gene uygulamadan kaynaklanan sıkıntıları gidermek amacıyla bir değişiklik de sözleşmelerin faks yoluyla yapılması konusunda bir düzenleme getirme ihtiyacı duyuldu. Çünkü uygulamada baktığımız zaman sözleşmelerin çok büyük bir kısmı faks yoluyla kuruluyor. Neden? Çünkü herkesin çok acelesi var. Hele pazarlamacıların iyice acelesi var. Her şirkette pazarlama kurulunun iyice acelesi var, bekleyemezler. Onun için faksla kurulacak. E ama faksla ilgili hiçbir düzenleme yok. Sonradan büyük sıkıntı, risk açıkçası. Ne yapalım dendi ve şöyle bir çözüm önerildi. Teyit edilmiş faks kavramı getirildi. Bakarsak maddeye 14. maddede diyor ki; aynen maddeden okuyalım: “Kanunda aksi ön

görülmemişse imzalı bir mektup asılları borç altına girenlerce imzalanmış bir telgraf onları geçiyorum teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletim araçları, iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerde yazılı şekil yerine geçer.” Şimdi; elektronik imza kanunumuz zaten vardı. Sadece buraya alındı. Orada önemli bir değişiklik yok. Teyit edilmiş faks olayı tabii burada da hemen akla şu soru geliyor ne demek teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks, teyit etmek ne anlama geliyor? E tabii bu açıkçası çok açık değil. Bunun bir şekilde yorumlanması lazım. Ama en azından elektronik olarak makinenin verdiği teyidi anlamayacağız herhalde yani o konuda umarım o konuda herkes aynı fikirdedir. Nasıl teyit aranır dersenez; ben şahsen faksla sözleşme kuruyorsam risk altına girmemek için şöyle bir teyit beklerim efendim 4 sayfalık bir sözleşme mi fakslıyorum karşı tarafa 4 sayfasının da altına alınmıştır diye yazılıp karşı tarafça imzalanıp bana geri gönderilmesini beklerim. Sebebi şu; bana sorarsanız sadece bana gönderdiğiniz 4 sayfalık sözleşmeyi aldım diye bir teyit dahi benim için beni yeteri derecede tatmin etmiyor. Çünkü 4 sayfanın içerisinde ne olduğu konusunda yine sıkıntı çıkabilecektir. O nedenle hem aşırı bir yük getirmediği için, hem de büyük bir güvence, hukuki güvence sağladığı için ben bu şekilde bir teyidin en garantili yol olduğunu düşünüyorum. Kaç sayfa göndermişsem aynı sayfayı bir daha fakslasın toplam 3 dakika daha alacaktır. Yani herhalde o kadar zamanları da vardır bekleyecek. Ve her zaman için yine de şunu da ilave edelim bu şekilde de sözleşme kurulmuş olsa sonradan acelesi yok sonradan gene ıslak imzalı birer kopyaların alınmasında her zaman yarar vardır tebliğ açısından. Ama bu şekilde teyit edilmiş, faksla kurulmuş bir sözleşmede yazılı şekil şartını artık yerine getirmek için yeterli kabul ediliyor.

İmza konusunda 15. maddede; Borçlar Kanunu'nun ilk ve en süratli değişikliği yapıldı. İlk kanunlaştığı sırada 15. maddede görme engelliler açısından usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bilmedikleri ispat edilmedikçe görme engellilerin imzaları onları bağlamaz şeklinde bir hüküm vardı. Ama kanun çıkar çıkmaz çok büyük bir tepki aldı. Kimden görme özürülülerden, görme engellilerden. Neden? Biz ikinci sınıf vatandaş haline konduk dendi. Hâlbuki hiç öyle bir şey yok tamamen korumak amaçlı konulan bir hükümdü. Ama şimdi değiştirildi. Ne oldu? Deniyor ki görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır, aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısıyla atmaları yeterlidir. Bana göre son derece tehlikeli bir madde. Kim açısından? Hem görme engelliler açısından hem de görme engelliyle sözleşme yapan kişi açısından çok tehlikeli bir madde. Görme engelli açısından tehlikeli olduğu hiç şüphesiz adı üzerinde görme engelli okumadığı bir şeyi okuyamadığı bir şeyi imzalayacak ve o imzada geçerli kabul edilecek. Ne şahit ne hiçbir şey aranmadı. Benim açıkçası kafam böyle bir şeyi almıyor. Bu kadar büyük risk. Ama karşı taraf açısından da çok büyük bir risk var. Böyle bir sözleşmeyi imzaladığımız zaman yarın öbür gün o görme

engelli kişinin ben şahit istemiştim getirmediler, ne bileyim bunu da imzaladık itirazlarıyla karşılaşmak söz konusu olacak. O nedenle yine şöyle söyleyeyim ben, ben şahsen bir görme engelli kişiyle sözleşme imzalıyorsam, bir şey imzalatıyorsam mutlaka o istese de istemese de şahit bulunmasını sağlarım. Hiç böyle bir riske girmem. Ama madde, şahit olmadan da eğer görme engelli istemiyorsa şahit olmadan da bu sözleşmelerin imzalanmasının tamamen geçerli olduğunu kabul ediyor. Onu da belirtmekte yarar var.

Onun dışında genel hükümler çerçevesinde değişiklik yapılan maddelerden bir tanesi eski kanundaki adıyla ‘gabin’ yeni kanundaki adıyla ‘aşırı yararlanma’ maddesi değiştirildi. Çünkü eski gabin maddesinde zaten iki tane önemli eleştiri yapıyordu. Bu eleştiriler bertaraf edildi yeni kanunda. Neydi o iki eleştiri? Bir tanesi deniyordu ki tek bir çözüm öneriliyor o da gabine maruz kalan taraf sözleşmeyi geçersiz kılabiliyordu. Ama her zaman bu istenen bir çözüm değildi. O nedenle şimdi değişiklik yapıldı ve 28. maddeye bakarsak ikili bir imkân tanınmış oldu çok yerinde bir şekilde. Ve dedi ki zarar gören durumu özelliğine göre ya sözleşmeyle bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini, bu eskiden de var olan ama bir şey ilave edildi ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki o rahatsızlığın giderilmesini isteyebilir. Dendi ki bence son derece yerinde bir değişiklik. Hele bazı durumlarda zaten edimin ifa edildiğini en azından taraflardan bir tanesinin ediminin geri dönülemez bir şekilde ifa edildiğini düşündüğümüzde bu ikili öneri son derece yerinde oldu.

İkinci eleştiri de hak düşürücü süre bakımındandı. Çünkü eski borçlar kanunumuzda gabinle sakatlanmış olan sözleşmenin kurulduğu andan itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığı beyanını yapması lazımdı. Yapamazsa artık sözleşme geçerlilik kazanıyordu. Bu gabinin ortaya çıktığı hallerden zorda kalma için bir sıkıntı yaratmayabilir. Ama düşüncesizlik veya deneyimsizlik nedeniyle gabine maruz kalmışsa, belki gabine maruz kaldığını 1,5 sene sonra, 2 sene sonra öğrenecek. Zorda kalma halinde biliyor ama diğerlerinde bilmiyor. Ne zaman öğreneceğini bilmiyoruz. O nedenle de bir yıldan sonra da öğrendin mi pardon diyorduk, artık zaman geçti hiçbir şey söyleme şansın yok sözleşme tamamen geçerli. İşte bunu önlemek için dendi ki bu durumu ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl içerisinde ve tabi bir de üst sınır getirildi her halükarda da sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak 5 yıl içerisinde kullanılabilir dendi. Böylece daha makul bir düzenleme ön görülmüş oldu.

Hukuka ve ahlaka aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeylerinde iadesinin istenemeyeceğine ilişkin meşhur eski borçlar kanunumuzdaki 65. madde vardı. O da şöyle eleştiriliyordu. Çok haklı olarak deniyor ki tamam ahlaka ve hukuka aykırı bir amaca ulaşmak için bir şey vermişsiniz. Hani daha somutlaş-

tıralım rüşvet vermişsiniz hakkınız olmayan bir şeyi elde etmek için. E, bunu geriye isteyemezsiniz buna kimse karşı çıkmıyor. Ama karşı çıkılan şu; verdiğiniz o para diyelim ki rüşvet karşı da mı kalacak? O sizden daha mı tırnak içinde temiz vaziyette? Rüşveti alan daha mı temiz, isteyemeyeceğim onda kalacak? Ha, ben istememeyim çok haklı. O ne oluyor? Onda niye kalıyor para? O benden daha mı temiz hareket ediyor. O nedenle o da eleştiriliyordu haklı olarak. Ve şimdi 65. maddeyi karşılayan 81'di yanılmıyorsam bir bakayım. 81. maddede açılan davada hâkim bu şeyin devlete mal edilmesine karar verdi. Yani ikinizde de kalmasin devlete kalsin şeklinde. Evet, en azından iki tarafta cezalandırılmış oluyor. Hiç olmazsa bir tarafın cezalandırılması önlenmiş oluyor.

Şimdi, asıl gelelim tartışma yaratan ama uygulamada da çok büyük sakınca yarattığı için aslında gerekli olduğu da çok büyük bir kesim tarafından en azından herkes tarafından demeyelim temkinli konuşayım ama çok büyük bir kesim tarafından kabul edilen bir hususta yani faiz oranları konusunda getirilen sınırlandırmaya değinmek lazım. E, hem sözleşmesel faiz bakımından hem de temerrüt faizi bakımından uygulamada çok büyük sıkıntılar yaşandığını hepimiz biliyoruz. Ne oluyor sonunda? Bir müddet sonra evvah mahvoldu insanlar bu faizden diye, kusura bakmayın öyle kullanacağım abuk subuk kanunlara normal bir takım hükümler konmak suretiyle çözümler bulunmaya çalışıyor. O arada tabi yananlar yanmış oluyor. Kalan birileri varsa da onlar yararlanıyor. İşte dendi ki amaç bir şeyler bittikten sonra ortalığa çıkıp da kurtarmak olmasın baştan böyle şeylerin oluşmasını engelleyelim. Bununda yolu ister sözleşme faizi olsun ister temerrüt faizi olsun sözleşmeye konulacak bu tür faizler için birer üst sınır getirelim dendi. Ve bakarsak 88. maddede sözleşme faizi için önce bir üst sınır getirildi. Ve şunu da söyleyeyim ister sözleşme faizi ister temerrüt faizi bakımından tarafların kararlaştırmadıkları zaman uygulanacak olan yasal faiz oranları açısından borçlar kanunu kendisi özel bir düzenleme yapmaktan kaçındı. Sebebi de şu; borçlar kanunu çok temel bir kanun. Çok sık değişikliğe uğramaması gereken bir kanun. Temel kanunlarla çok sık oynanmaması lazım. O nedenle ne yapıldı? Tıpkı yıllardan beri gelen uygulamaya bağlı kalınarak dendi ki; faiz ödeme borcunda kullanılacak yıllık faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Yani şuanda 3095 sayılı kanuni faiz ve temerrüt faizi hakkında kanuna ilişkin hükümler uygulanacak. Ona dokunulmadı. Çok isteniyorsa o tip özel kanunlarda değişiklik yapmak çok daha kolay. Onda bir sakınca yok. E ama ne dendi? Sınırlama olarak ne getirildi? Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı 1. fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının %50 fazlasını aşamaz. Yani yasal sözleşme faiz oranının %50'sini aşamaz. Şimdi, tabi bu hüküm konulunca bir takım eleştiriler geldi. E, uygulamaya baktığımız zaman aslında eleştiriler çokta haksız gözüküyor. Ama bu koşulla çok haksız gözüküyor. O tartışılan şimdi gündeme



gelecek tabi. Neden eleştiri yapılıyor? Çünkü deniyor ki; şuanda bizim 3095 sayılı kanuna göre yasal sözleşme faizi %9. Bunun %50 fazla koyarsanız 13,5. Şimdi böyle olunca 13,5'tan fazla faiz koyamıyorsunuz demektir. E, bugün piyasaya baktığımızda bu faiz oranı yeterli değil. Yeterli değil! Ama hemen şunu ilave edeyim. Bunun sıkıntısı borçlar kanunundaki hüküm mü? Hayır! Bunun sıkıntısı 3095. sayılı kanundaki hüküm. Çünkü biz yıllardır özellikle belli yaşın üzerinde olan katılımcılar da çok net hatırlayacaktır. Bizler hep sabit kararlaştırılmış faiz oranlarının ne büyük sıkıntı yarattığını gördük. Nasıl gördük? Çünkü enflasyon %35'lerdeyken bizim temerrüt faizlerimiz bile %30'du. Böyle bir şey olamaz. Ne oluyor çünkü ne yaşadık öyle olunca? Kimse borcunu ödememeye başladı haklı olarak. Parası olan da ödemiyor. Çok haklı. Ben parayı bankaya koyarım. Bankadan %100 faiz alırım, alacaklıma da %30 faiz ederim, %70 de benim cebime kalır. Niye ödeyeyim borcumu? Bunu önlemek için oynak tabi oynak derken de belli kriterlere bağlı kalmış oynak faiz oranları kararlaştırılmıştı. Sonra her nedense tekrar bir ölçüde bundan vazgeçildi. Ticari işlerdeki temerrüt faizinde hala o oynak faiz oranı geçerli. Ve o nedenle de mesela oralarda ben hiçbir sıkıntı görmüyorum. Bu madde olmasına rağmen. Ama ticari olmayan işlerde bir sıkıntı doğabilir. Ama ne zaman doğar sıkıntı? İkinci tartışma gündeme geliyor. Asıl önemli tartışma.

Bu hüküm ticari işlere uygulanacak mı tartışması gündeme geliyor. Ne şekilde uygulanacak, orada tabi tartışma var. Ticaret hukukçularıyla borçlar hukukçularının en azından bir bölümü farklı düşünüyorlar. Çünkü ticaret kanunda ticari işlerde faiz oranını serbestçe kararlaştırdılar. Ama alabilirsem 8. madde böyle diyor doğru. Ama gene aynı şeyde, kaçınıcı maddede bakayım 8'de miydi. Evet, 8 son. 8'in 4. fıkrasında da bu maddenin 2. ve 3. fıkra yok o değil pardon onu söylemiyorum hayır. Hah, 9. madde var; Ticari işlerde noktalı virgül, noktalama işaretlerini hani söylüyorum çünkü önemli olduğu için. Ticari işlerde noktalı virgül kanuni, ana para ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır. Şimdi ticari işlerde kanuni anapara ile kanuni temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır deseydi hani o ticaret hukukçularının savunduğu görüş biraz daha ağırlık kazanabilirdi. Ama burada nedense ya Haluk Burcuoğlu'na sorsak işte istenmedi demek ki diyor. Ticari işlerden sonra, kanuniden sonra virgül koymuş. Şimdi bunu şöyle anlıyoruz kanuni faize, anapara faizine ve temerrüt faizine ilgili mevzuat hükümleri. İlgili mevzuat hükümleri hangisi? 3095 ve borçlar kanunu deniyor. Borçlar kanunu da olunca üst sınırdaki devreye giriyor yorumu yapılıyor. Söylediğim gibi ticaret hukukçuları pek bu maddeden, böyle bir yorumdan hoşlanmıyorlar. Onlar ana ilkenin geçerli olduğunu ve ticari işlerde hiçbir sınırlama olmaksızın faizin serbestçe belirlenebileceğini söylüyorlar. Sadece tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. O ayrı bir durumdur. Ama tabi bunun ne olacağını açıkçası uygulamada göreceğiz. Ama ben açıkçası gönlüm hiç arzu etmese de uygulamada, ticari işlerde faizin serbest olduğu görüşünün hâkim

olacağını düşünüyorum mahkeme kararlarında. Dediğim gibi hiç gönlüm arzu etmese de uygulamanın o yönde gelişeceğini tahmin ediyorum. İnşallah yanılıyorum. Daha fazla şeye girmeyeyim. İnşallah yanılıyorum. Ama öyle uygulanacağını ben de düşünüyorum.

Temerrüt faizi açısından da 120. maddemizde bu sefer de yasal temerrüt faizinin iki katından fazlası temerrüt faizi kararlaştırılmayacak diyor. Yani yine adi işlerde %18'den fazla temerrüt faizi kararlaştırılmayacak adi işlerde, ticari işlerde şayet uygulanacaksa bu hüküm o zaman Merkez Bankası'nın kısa vadeli avans işlemlerini uyguladığı faiz oranının iki katından fazlası temerrüt faizi olarak kararlaştırılmayacak. Dediğim gibi o konu tartışmalı. Ama açık söyleyeyim uygulamada yaşanan sıkıntıları gördükten sonra ticari işler bakımından da bir sınır getirilmesinin bir sakıncası yok. İşte oynak sınır zaten temerrüt faizindeki sınır oynaktır. Merkez Bankasının kısa vadeli avans faizleri her an piyasaya göre değiştiği için onun iki katı olmasında hiçbir sakınca görmüyorum. Bir sınır getirilmesinde gerçekten yarar var. Yoksa yaşananlar bir daha yaşanacaktır. Onun kaçınılması mümkün değil. Serbest bırakırsanız o serbestliğini son derece iyi niyetle ve hakkaniyetle uygun kullanılmadığını hepimiz biliyoruz. Bundan sonra kullanılmayacağını da hepimiz biliyoruz. O nedenle bir sınırlama gelmesinde bir yarar var. Ama miktar ne olur o ayrı konu. Ama bir sınırdaki büyük yarar var. Hele bizler gibi gönderilen tebligatlarda %900 kusura, %1000 kusura faiz oranlarını gören kişiler için bu daha önemli. Hani bunu görmeyenler niye böyle düşünüyorlar diyebilirler. Ama biz %900 kusura, 1000 kusura yüzdeden bahsediyorum. Faiz oranlarını, gönderilen ihtarnameleri gördük vaktiyle. O nedenle nereye gidebileceğini çok iyi biliyoruz. Ne şekilde kullanıldığını bu hükümlerin, onun için bir sınır getirilmesinde yarar var diye düşünüyorum.

Onun dışında başka ne gibi genel hükümlerde değişiklikler var. Onları da kısaca onları da toparlayıp bitireyim bari. Sorumsuzluk anlaşması, anlaşmalarında çok büyük değişiklik yok ama bir iki değişiklik var. O da çünkü uygulamada çok karşımıza çıkan, hemen hemen her sözleşmeye konulan maddeler, sorumsuzluk anlaşmaları. Genel ilke korundu. Ama eskiden mahkemeye takdir yetkisi bırakılıyordu, yargıca hani isterse geçersiz kılabilir diye. Ama şimdi direk olarak takdir yetkisi kaldırıldı. Ve bu şartlar varsa sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağı kararlaştırıldı.

Bir de o sorumsuzluk anlaşmasını sınırlandıran durumlardan bir tanesi çok tartışılan hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa diye bir ifade vardı. Bu da çok tartışılıyordu işte imtiyaz acaba hukuki anlamda bir imtiyaz mıdır? Gerçi Yargıtay bunun böyle olmadığını en sonunda kabul etti. Ama açıklık getirebilmek için bunun yerine şöyle bir ifade kullandı. "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun ya

da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa” şeklinde değiştirilebildi bu ifade. Değişiklik sırasında da dikkatli davranılmaya başlandı. Çünkü bizim ülkede öyle bir ülke ki yani sokakta simit satmak içinde izin alıyorsunuz yetkili merciden. Onun için özellikle başına da uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ifadesi kullanıldı. Zaten Yargıtay işte hem finans kuruluşları bakımından hem hatta bizler ve sizler açısından, avukatlar açısından da hukuki sınırlamaya girildiğini zaten kabul ediyorduk. E, bir değişiklik uygulamada Yargıtay kararlarıyla kabul edilen ve yıllardan beri uygulanan uygulamadaki adıyla söyleyeyim, ‘uyarlama’ maddesinin kanuna alınması şeklinde oldu. Malum kanunda genel bir madde yoktu, sadece istisna sözleşmelere ilişkin bir maddenin bir fıkrasından yararlanılıyordu. Şimdi genel bir hüküm olarak alındı. Aşırı ifa güçlüğü başlığı altında. Ama hemen söyleyeyim böyle özel bir şey falan yaratılmaya kalkışılmadı. Yargıtay ne uyguluyorsa Yargıtay kararlarında hemen hemen aynı buraya alındı. Aynı koşullar buraya alındı.

Bakarsak 138. madde metnine diyor ki; sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca ön görülmeyen ve ön görülmesi de beklenilmeyen olağanüstü bir durum borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçluda henüz borcunu ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçlenmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu hâkimden sözleşmenin yeni koşullarını uyarlamasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Böylece asıl talebin uyarlama olduğu, ancak o mümkün olmazsa ikinci talep olarak sözleşmeden dönülebileceği de vurgulanmış oldu böylece. Belki Yargıtay kararlarından alınmayan tek kısım ki kesinlikle alınmaması gerekiyordu zaten. Yargıtay bir de kararlarının çoğunda eğer sözleşmelerde aksine hüküm yoksa diyordu. Düşünebiliyor musunuz? Tanıma bakıyorsunuz. Sözleşmenin başlangıcında taraflarca ön görülmeyen, ön görülmesi de mümkün olmayan. Ben öngörmediğim ve öngörülmesi de mümkün olmayan bir şey hakkında nasıl hüküm koyuyorum, onu anlayabilmek mümkün mü? Zaten öngörebiliyorsam buraya girmiyor. Öngöremiyorsam ve öngörmediğim bir şey için nasıl madde koyabilirim? Veya koysam bile nasıl geçerli olur o madde. O nedenle o kısım alınmadı. Zaten çok anlamsız olduğu söyleniyordu. O madde alınmadı. Yalnız burada çok enteresan ikinci bir fıkra ilave edildi. Yanılmıyorsam o ilk tasarıda yoktu. Meclis ilave etti. Çok enteresan bir fıkra onu okuyacağım size. Bu madde hükmü yabancı para borçlarına da uygulanır. Şimdi hani böyle fıkra gibi anlatılır ya.

Mesela askere gitmişsinizdir, sıraya dizilir şimdi herkes şunları yapmayacak, sonra dönüp Ahmet sen de yapmayacaksın gibi abuk subuk bir madde olarak gözüküyor fıkra niye konu diye. Önce çok güldük fakat ben neden konuştuğunu tahmin edebiliyorum. Neden konuştuğu da şöyle; son zamanlarda

Yargıtay kararlarında şöyle bir görüş belirdi. Artık bu ülkede dövizde artış martış nedeniyle uyarılama yapılmaz fikri benimsendi. Şimdi çok da haksızlık etmeyelim Yargıtay kararına, hakikaten ülkemiz de öyle bir ülke ki en ufak bir şeyden etkilenip dövizde oynama olacak bir ülke. İşte biri kavga ediyor, anayasa fırlatıyor, öbürü hastalanıyor bizde dövizler oynayıp, çıkıyor. Buralarda olmasın hepimiz katılıyoruz. Ama dünyada bütün ülkeleri vuran bir kriz olduğu zamanda niye hala kullanmasın. İşte, tahmin ediyorum ki ya mahkemeler bakın biz özellikle yazdık öyle yabancı parada kullanamaz zannetme diye buraya bir ikinci fıkra eklediklerini tahmin ediyorum. Yoksa başka hiçbir anlamı yok. Zaten metinde yazıyor yani yabancı para, özel bir durum. Biz sadece onu tahmin ediyorum hatırlatmak için bu uygulama karşısında konmuş bir hüküm olduğunu düşünüyorum.

E, onun dışında zaman aşımı açısından 5 yıllık zaman aşımına tabi alacaklarda bazı değişiklikler yapıldı. Ama bence önemlisi bazı uygulamada karşılaşılan tartışmaları önleyebilmek için temerrüdün özellikle haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmede ne zaman başladığını ilişkin hüküm kondu. Gerçi bunlar uygulamayla Yargıtay kararlarıyla bir yere getiriliyordu ama kanunda olmadığı için hep tereddüt yaratıyordu. Bu yazıldı ve dendi ki 117. maddeye bakarsak; haksız fiilde fiilin işlenmesinde, haksız fiilin işlendiği sebepsiz zenginleşmede zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır. Yani haksız fiiller açısından kesinlikle fiilin işlendiği anda zaten öyle kabul ediliyordu haksız bir fiil olduğu için temerrüt hali oluşmuştur. Sebepsiz zenginleşme bakımından haklı olarak ikili bir ayırım yapıldı. Kural olarak gene zenginleşmenin başladığı tarihte başlasın ama bazen zenginleşen kişi bunun farkında olmuyor. İyi niyetli oluyor ve zenginleştiğinin farkında olmuyor. Çünkü sonradan ortaya çıkıyor bu sebepsiz zenginleşme. İşte o durumlarda ancak böyle bir zenginleşmenin gerçekleştiği kendisine bildirildiği anda temerrüt faizinin başlayacağı düzenlenmiş oldu o maddede.

Bir de belki söylemekte yarar var 126. maddede sürekli edininimli sözleşmelerde temerrüdün sonuçları düzenlendi. Bizim tabi temerrüde ilişkin düzenlemelerimizin hepsi ani edininimli sözleşmeler bakımından öngörülmüştü. Gerçi uygulamada sürekli edininimlerle nasıl uygulanacağını söyleniyordu. Ama bir madde olarak 126. madde getirildi ve dendi ki ifasına başlanmış sürekli edininimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklı ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararı giderilmesini isteyecek. Yani buralarda sözleşmeyi ancak ileriye etkili sona erdirebileceği yani teknik manada feshedebileceği belirtilmiş oldu 126. maddede.

Onun dışında bir kelimeyle söyleyeyim ibraya ilişkin biliyorsunuz bizim

eski borçlar kanunumuzda bir madde yoktu nedense. İsviçre'den alınırken atlandı mı her ne bir şeyse alınmamıştı. Ama ibranın uygulamada sürekli uygulandığını biliyoruz. O nedenle bir ibra maddesi bir madde eklendi ve dendi ki; “borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir”. Bu zaten böyle kabul ediliyordu. Yani şekle bağlı sözleşmede bile ibra hiçbir şekle bağlı olmadan yapılabilir. Ama açıkçası bunu söyledikten sonra bir cümle daha söylemek lazım. Ama ispat kurallarını da unutmamak lazım. Yoksa çok enteresan durumlarla karşılaşılabilir. Tabi bu ibrada çok hassas bir denge var. Şimdi yazılı bir sözleşme yaptık. Benim borcum var, diyelim ki 10 bin lira borcum var. Alacaklım geliyor diyor ki tamam, ben seni ibra ettim. Şimdi çok güzel borçtan kurtuldum. E, ya iki sene sonra bir aramızda olay olur da bana sinirlenirse, 1 sene sonra gelip hele hele benim o borcumun da vadesi belli borçlardan biriye, kesin vadeli borçlardan biriye bana gelip şu 2 senelik temerrüt faiziyle beraber alabilir miyim alacağımı derse. Ve bu alacağından İMK'da 2.500 Lira oldu değil mi üst sınır? 2.500 Liradan da fazlasıysa ne yapacağım ben? Vallahi billahi de beni ibra etmişti desem 10 kişinin önünde ibra etti, 10 kişi de gelip söylüyor desem hiçbir anlam ifade etmeyecek. 2 yıllık temerrüt faiziyle beraber onu ödemek zorunda kalacağım. Tabi buna karşılık şey demek kolay e o zaman yazılı bir beyan ver demek. İbrada işte hassas bir nokta var. Geldi dedi ki o zaman seni ibra ettim. Ben dedim şunu bir yazılı versene. Bu ne demek? Ya sana güven olmaz bugün böyle dersin, yarın öbür gün cayarsın demek. Adamın ibra edeceği varsa ibra etmekten de vazgeçebilir. O nedenle hassas bir konu. Ama bilelim ki şekle tabi olmadan yapılan sözlü bir ibranın yarın bir gün ispat sıkıntısı çıkarabileceğini de unutmamak lazım.

Son olarak da iki maddeden bahsedip bitireceğim. Gene uygulamada hepimizin yaptığı ama eski borçlar kanununda olmayan bazı kurumlar yeni borçlar kanuna alınmış oldu. Nedir onlar? Sözleşmenin devri, sözleşmeye katılma ve hatta borca katılma. Bu üçü de bizim eski borçlar kanunumuzda yoktu. Yoktu da yapmıyor muyduk? Uygulamada yapıyorduk tabi. Sözleşmelerde de yapılabiliyordu. Sözleşmelere de katılıyordu. Ama işte genel hükümler çerçevesinde ve bazen de açık söyleyeyim sıkıntı yaşanıyordu. Bir kira sözleşmesine hiç mi katılma olmuyordu? Bir kira sözleşmesine bir başka kira sözleşmesi de katılabiliyordu. Kira sözleşmesi eğer onay verirse çok rahatlıkla devredilebiliyordu. Başka sözleşmelerde yani oradan örnek verdiğime bakmayın. E, şimdi de dendi ki; madde koyalım ve bunların üçlü birer ilişki olduğu ortaya kondu. Yani ben sözleşmeyi devredeceksem bir başkasına, hem devredecek olan, hem devralacak olan, hem de sözleşmenin diğer tarafı üçü birlikte bir sözleşme yapacaklar. Ve sözleşme devredildikten sonra devreden kurtulacak bütün yükümlülükten, devralan kişi de sözleşmenin tarafı olarak sözleşmeyle bağlı olacak. Bu kadar basit. Katılmada da gene üçlü bir sözleşme yapacağız.

Ama buradaki fark ne? Burada hem sözleşmenin tarafı kalacak hem de onun yanında katılan ikisi birlikte artık müteselsiller hangi taraftalar ise alacaklı veya borçlu olacaklar, diğer tarafta sözleşmenin tarafı olmaya devam edecek. Bunlar yapıyordu dediğim gibi, ama konmasında yarar var, çünkü mesela bir kere ben bunun sıkıntısını kendim bizzat yaşadığım için kanunda olmasında yarar var. Bir sözleşme bakımından hazineye anlatamadım. Nerede yazıyor diyor? Borçlar kanunda var mı diyor sözleşmeye katılmak? E, yok. Yalan mı? Ama yok. Hukuken sözleşme serbestisi açısından var. Anlatmak 3 ay sürdü. O nedenle kanunda olmasında yarar var. Bunların uygulanacağını da söylemek lazım. Evet bilinçli olarak bu bölümdeki en önemli değişikliklerden genel işlem koşullarına ve haksız fiildeki değişikliklere hiç değinmedim. Çünkü genel işlem koşullarındaki değişiklikleri sevgili hukukçu arkadaşımız anlatacak. Haksız fiillerdeki değişiklikleri de Sayın Burcuoğlu anlatacaklar. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

**Tamer Şahin:** Sayın Prof. Dr. Altop, ben de teşekkür ediyorum. Aslında belki sorun olacak şeyler var ama bu başlangıç hükümlerini bir toparlayalım. Toparladıktan sonra mukayese o anlamda belki anlatılmayan şeyler de var çünkü. Soru sormak daha uygun olacak diye düşünüyorum.

**Tamer Şahin:** Bugüne kadar eğitimini almadığımız, uygulamasında da karşılaşmadığımız genel işlem koşulları adı altında yeni düzenlemeler var. Bu konu da uzun süreden beri araştırması olan pek çok seminerimizde de aktif olarak yer alan bir meslektaşımız bilgilerini bizlerle paylaşacak. Sayın Umut Yenioçak buyurun efendim...

**Haluk Burcuoğlu:** Sayın Başkanım, çok afedersiniz, bir cümle arkadaşlarımız Atilla Altop kardeşim her zamanki gibi çok zarif bir insan. Bana rağmen, hocası olmama rağmen o zarafeti hiç bozmadı. Arkadaşlarım şunu söylemekten hiç çekinmiyorum, bağıra bağıra da söylüyorum, biz borçlar kanunu olarak alt yapıyı gerisi teferruattır. Ticaret Kanunu olsa da olur, olmasa da olur, bunu inşallah öğrenecekler bu bir. İkincisi. Hakikaten öyle. Zaten ticaret hukuku bağıra bağıra ben borçlar kanununun devamıyım diyor. Biz olmazsak hiçbir şey olmaz. Ticaret kanunu da olmazsa da olmasın dert etmeyin. İdare ederiz. Bize bulaşmasınlar yeter ki. İkincisi Atilla Altop kardeşim ibrayı anlattı. İbrayı bir de hizmet sözleşmesi ile ilgili 420. maddede görüyorsunuz, oradaki ibra ibra değil. Çünkü borcun tamamının ödenmiş olması gerekiyor. O ifanın belgelendirilmesinden başka bir şey değil. Sevinerek söylüyorum hizmet sözleşmesinden hiç anlamadığım bir şey, tasarı komisyonundaki görüşmelere katılmadım. Önemi de anlayın biz katılmadığımız için bu hata yapılmış. O kadar. Teşekkürler. Buyurun.

**Tamer Şahin:** Teşekkür ederim efendim. O konulara döneceğiz sonra. Buyurun Sayın Yenioçak...

**Umud Yeniocak:** Sayın Başkan, çok değerli meslektaşlar İzmir’de bulunmaktan ve size hitap ediyor olmaktan çok büyük mutluluk duyuyorum. Hem katılım sayısı hem ilginin yoğunluğu bizi de burada motive ediyor.

Yeni Borçlar Kanunu’nda en önemli yeniliklerden birisi olarak kabul edilen genel işlem koşullarına ilişkin 6 maddeden ibaret bu yeni eski Borçlar Kanunu’nda karşılığı olmayan hükümlere ilişkin bir sunum yapacağım. Genel işlem koşulları ifadesi benim için lisanstan mezun olduğumda bir sorundu, yani hiçbir çağrışım yapan bir ifade değildi. Neyle ilgilidir acaba bu ifade? Daha çok kullanılan şekliyle genel işlem şartları ifadesi.

Bu kavram, bu hukuki kurum, sözleşme serbestisi ilkesiyle doğrudan ilgili. Hatta şöyle söyleyebilirim sözleşme serbestisinin, sözleşme özgürlüğünün yarattığı mahzurlu sonuçlar hukuk tarihi boyunca kanun koyucuların uğraş alanlarından biri olmuştur. Çünkü bırakın herkes istediği gibi sözleşme yap-sın mantığıyla sorunların çözülemeyeceği anlaşılmıştır. Hatta bunun üzerine iş kanunu gibi, tüketici kanunu gibi, kirayla ilgili hükümler gibi ve hep bu serbestlik sınırlayıcı birçok kurum ya da kanun gündeme gelmiştir. Yürürlüğe konulmuştur. İşte bizim konumuzda doğrudan bu özgürlüğü, bu serbestliği sınırlamak, bir çerçeve içine sokmakla ilgili olduğunu söyleyebiliriz.

Bizim Borçlar Kanunumuz bireysel sözleşme diye tabir ettiğimiz sözleşmeler dikkate alınarak dizayn edilmiştir. Nedir bireysel sözleşme? Şöyle bir ön kabul vardır; sözleşme yapmak üzere iki taraf bir araya gelmişse bunlar sanki o sözleşmenin içeriğini belirleme bakımından ekonomik ve sosyal statü anlamında eşit güce sahiplermiş gibi kabul edilir. Yani önerinin sunulması karşılığında kabul beyanının iletilmesi ve sözleşmenin kurulması, ifası ya da sonlandırılması aşamalarında tarafların eşit olduğu varsayımıyla hareket edilmiştir. Sanki her iki taraf da eşitmiş gibi.

Hâlbuki biz biliyoruz ki bugünün ekonomik işleyişinde sözleşmelerin büyük çoğunluğu böyle kurulmuyor. Mesleki olarak faaliyetlerimizi bir kenara bırakalım, günlük, bireysel yaşantımızı dikkate aldığımızda, sözleşmelerin başka şekilde kurulduğunu görürüz. Çoğunlukla bir taraf sözleşmenin içeriğini belirlemiştir ve karşı tarafa bu içeriği dayatır. Birçok örnek verilebilir. Bir kargo göndermek istesenez fatura verirler, ödediğiniz bedel karşılığında. Faturayı çevirirsiniz arkasında bir takım sözleşme hükümlerinin muhatabı olduğunuzu öğrenirsiniz veya yolculuk yapmak istesenez bu böyledir. Bankalar, sigorta şirketleri bunlarla ilgili bütün ilişkileriniz böyle kurulur. Doğal gaz, su, elektrik, düşündüğünüz zaman daha da fazla örnek verilebilir. Bunların hepsinde aynı mantık vardır. Sözleşmenin içeriği belirlenmiştir ve karşı tarafını arar, sözleşmenin sahibi ya da hazır tarafı.

Bu, özellikle sanayi devrimi sonrası ekonomik işleyişe hâkim olmuştur de-

nilebilir. Seri üretimin işleyişe hâkim olması, üretilen ürünlerin tüm dünyada pazarlanması bu pazarlama, satış ya da sunum sırasında sözleşmelerin standardize edilmesi, standart sözleşme oluşturulması, sermaye sahiplerinin ticari olarak bir ihtiyacı şeklinde gündeme gelmiştir. Ve dediğim gibi ekonomik işleyişe bu tür sözleşmeler hâkim hale gelmiştir.

Bu tür sözleşmeleri gördüğünüz gibi farklı isimlerle karşımıza çıkabilir; matbu, katılmalı, formüler, standart sözleşmeler şeklinde. Hepsini aynı şeyi ifade ediyor diyebiliriz. Bir iltihaki ya da katılmalı ifadesinden özellikle kamu hizmetinin elektrik, su gibi bunların sunulduğu sözleşmeler kastedilir diyenler de vardır. Ama önemli bir ayırım değil. Birazdan göreceğiz ki, sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin sunulması da olsa genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından bir farklılık arz etmiyor.

Peki, yeni Borçlar Kanunu'nda bu düzenlenen ve yürürlüğe giren 6 madde henüz yürürlüğe girmeden. Yeni Borçlar Kanunu'ndan önce mevzuatımızda genel işlem şartlarına ilişkin hüküm var mıydı? Bunlardan en tanıdık olanı Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun'un 'haksız şart' başlıklı 6. maddesidir. Tabii bu maddenin tamamen genel işlem koşullarıyla aynı şey olduğunu söyleyemeyiz fakat ilgilidir. Benzer bir kurum olduğunu söyleyebiliriz. Yine başka hükümler görüyoruz Ticaret Kanunu'nda, taşıma hukuku ve sigorta hukukuna ilişkin iki madde ya da Banka Ve Kredi Kartları Kanunu'nda genel işlem şartları başlıklı bir madde. Bir de Sermaye Piyasası Kurumunun bir tebliğinde bunu görüyoruz.

Ama bu gördüğünüz mevzuatta ortak nokta, bunların uygulama alanının sınırlı olması ve özel bazı hukuki ilişkiler bakımından uygulanabilecek nitelikte olması. Hâlbuki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde, genel hüküm olarak düzenlenmiş olmasının nasıl bir sonucu olur? Artık bu hükümler genel olarak bütün sözleşme ilişkilerinde, özel bir kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça uygulama alanı bulacaktır sonucuna varabiliriz.

Şimdi gördüğümüz şey bir uluslararası kola firmasının Türkiye'de kendisinden mal almak isteyen işletmelere imzalattığı sözleşmenin bir maddesi. Benim uydurduğum bir hüküm değil. Şimdi ben bunu hızlıca okuyacağım. Şu gözle bakıyoruz, sunumun sonuna kadar da bu sözleşmeyi kullanacağız. Bize, avukat olarak, bir müvekkil ya da müvekkil adayı elinde bir sözleşmeyle geldi. Biz sözleşmeyi inceliyoruz, bu maddeyi de gördük. Bir hukukçu olarak ortak bir refleksimiz olacaktır maddeye ilişkin, hızlıca ben okuyacağım. Şirket diye başlıyor. Şirket dediği kola firmasıdır.

“Şirket işletmecinin kendisine olan borçlarını zamanında ödemesi halinde bu sözleşmenin kendisine tanıdığı tüm hak ve yetkilerini istediği herhan-



gi bir zamanda kullanma hakkı ayrıca saklı kalmak üzere o hak ve yetkilerini kullanmayı dilerse bir süre erteleyerek işletmecinin bazı imkânlarını kullandırmaktan tamamen veya kısmen vazgeçebilir ve istediği uygulamayı başlatabilir. İşletmeci böyle bir uygulamaya itiraz etmeyeceğini ve hiçbir hak talep etmesizin aynen uyacağını kabul ve taahhüt eder.”

Mesleki yaşantımızda bu tür hükümleri içeren sözleşmelere sınırim alışkınız. Ama yine sahip olduğumuz meslek sebebiyle, bu hükmü gördüğümüzde hepimizde, özellikle altını çizdiğim yerleri dikkate aldığımızda, bazı refleksler ya da bizde uyandırdığı bazı hisler, düşünceler var. Şimdi dediğim gibi, hem sözleşme taraflarını, hem sözleşmeyi aklımızda tutuyoruz ve sunuma bu şekilde devam ediyoruz.

Peki, genel işleme ilişkin bu hükümler mevzuatımızda bu şekilde yokken, yeni kanun yürürlükte değilken Yargıtay ne yapıyordu? Genel işlem koşulu içeren bakımından nasıl bir tutum sergiliyordu?

Benim bulabildiğim en yakın tarihli karar bu ekranda göreceğiniz karar, bu kararda, karar uzun. Bilgilerine bakabilirsiniz (Yargıtay, 3. HD, 07.04.2008, 5324/5974). Kararda Yargıtay’ın şöyle bir çabasını görüyoruz; Anayasa’nın genel ilkelerinden Borçlar Kanunu’nun, Medeni Kanun’un genel hükümlerinden yola çıkarak, sonuç itibarıyla altını çizdiğim yerde görüldüğü gibi, hâkimin genel işlem koşulu içeren sözleşmeye müdahalesine bir imkân yaratma çabasını görüyoruz, Yargıtay’ın. Bu şekilde çaba harcanan çok sayıda kararı görüyorsunuz. Bunların hepsine teker teker girmeyeceğim.

Şimdi peki Yargıtay’ın genel işlem koşulu içeren sözleşmelere ilişkin bu kararları bakımından nasıl bir etkisi olacak yeni hükümlerin?

Şunu söyleyebiliriz ki; artık Yargıtay ya da hâkimin genel işlem koşulu içeren sözleşmelere müdahale edebilmek için, hukukun genel ilkeleri ya da Anayasa’nın genel bazı hükümlerine, Borçlar Kanunu’nun, Medeni Kanun’un genel hükümlerine dayanarak bir sonuca varmak gibi, böyle bir çaba içine girmek gibi zaruriyet ortadan kalkmakta. Çünkü birazdan göreceğimiz hükümler, genel işlem koşulu içeren sözleşmelere hâkimin müdahale edebilmesini sağlayan somut dayanaklar olarak artık hukukumuzda girmiş olmakta.

Bir sözleşmeyi incelerken, genel borçlar hukuku perspektifiyle kendi müvekkilimiz ya da temsil ettiğimiz taraf bakımından hak ve hükümlülükleri nelerdir, sözleşmede ne şekil şartı vardır, ona uyulmuş mudur vs. genel olarak bir avukat gözüyle bakarız sözleşmeye. Bundan sonra, avukat olarak şöyle bir refleksimizin gelişmesi gerekir; acaba bu sözleşme genel işlem koşulu içeren bir sözleşme midir? Sorusunu, elimize aldığımız her sözleşmede sorabiliriz. Bu sorunun yanıtına göre birazdan göreceğimiz hükümlere dayanma imkânı

doğacaktır ki, temsil ettiğimiz tarafa göre, müvekkil bakımından olumlu neticeler almamızı sağlayacak dayanaklara sahip olabileceğiz.

Peki, bu soruyu sorduk. Elimizde bir sözleşme var. Mesela demin o gösterdiğim kola firması ile işletme arasındaki sözleşmeyi göz önüne alalım. Bu sözleşmenin genel işlem koşulu içerip içermediğini nasıl anlayacağız? Bu soruyu sorarken ya da bu gözle sözleşmeye bakarken hangi ölçütleri kullanacağız? Şimdi ona bakalım.

Bir kere sözleşme metninin önceden hazırlanmış olması gerekir. Önce derken, neyden önce hazırlanacak? Tarafların sözleşme kurmak üzere temasa girilmesinden, sözleşme görüşmelerine başlanmasından önce, bir tarafın hazırlanmış olması lazım o sözleşme metnini. İkinci olarak, birden fazla sayıda sözleşme ilişkisine girmek düşüncesiyle sözleşme içeriğinin hazırlanmış olması gerekir. Diğer iki unsuru bir arada ifade edebiliriz. Sözleşme içeriği tek taraflı olarak, karşı tarafla müzakere etmeden hazırlanmış olmalı. Bunun anlamı nedir? Sözleşmenin karşı tarafa sözleşme içeriğini belirleme imkânı tanımadan hazırlanmış olması gerekir.

Şimdi bu unsurları dikkate aldığımız zaman, o kola firmasının taraf olduğu sözleşmeyi düşünelim. Acaba bu unsurların hepsini taşıyor mu? Tabi sözleşmeyle gibi bazı veriler yok elimizde ama bu unsurları taşıdığımızı söylersek, o zaman biz davamızı şöyle izah edebiliriz hâkime, şu şekilde hâkimin önüne götürebiliriz: Diyebiliriz ki; bu sözleşme, kısmen veya tamamen genel işlem koşulu içeren bir sözleşmedir. Ne demek kısmen veya tamamen? Bu saydığımız unsurlar sözleşmenin tamamı bakımından da mevcut olabilir veya sadece sözleşmenin bir kısmı ya da bazı hükümleri bakımından da mevcut olabilir. Yani taraflar sözleşmenin sadece bazı hükümlerini müzakere etmemiş, bir kısmını önceden hazırlamış vs. bu unsurları sadece bazı hükümler de taşıyabilir. Hâkimi, sözleşmenin genel işlem koşulu içerdiği yönünde ikna edersek artık Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanma imkanını elde etmiş oluruz.

Gelelim genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere:

20. maddenin ilk fıkrası, benim deminden beri söylemeye çalıştığım şeyleri ifade eden bir tanım hükmü içermekte. Tabi bu tanım hükmünün içerisinde biraz önce ifade ettiğim unsurlar da bulunmakta. Ne şekilde tanımlanmış bakıyoruz.

“Genel işlem koşulları bir sözleşme yapılırken düzenlenen ilerideki birçok sayıdaki benzer sözleşmeleri kullanmak amacıyla önceden hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli nitelendirmede önem taşımaz.”

Bu fıkra şu anlamda önemli. Biraz önce bahsettiğim gibi, bir iddia ileri sürüp davamızı açacağız genel işlem koşullarının varlığını iddia ediyoruz. İşte hâkim ya da biz o iddiayı ileri sürerken, bu tanım hükmünü dikkate alacağız. Yani gerçekten sözleşme bu şekilde mi kurulmuş? Burada ifade ettiği şekilde mi kurulmuş ve biraz önce ifade ettiğim, tanımda da yer alan unsurlar bakımından baktığımızda, o sözleşme bu unsurları içeriyor mu? sorusunun yanıtını verebilmek için bu hükme dayanacağız. Yani hem biz iddiamızı ileri sürerken, hem de hâkim bizim iddiamızın doğruluğunu test ederken, 20. maddenin 1. fıkrasındaki bu tanım hükmüne göre karar verecek.

Bu maddenin diğer fıkraları kanun koruyucunun şöyle bir yaklaşımından kaynaklandı: Şimdi biz bu hükümleri böyle yalın biçimde koyarız. Ama bizim ülkemizde, mutlaka bunun etrafı dolanılır ve kanuna karşı hile yapılır. Bu ihtimaller düşünülerek bazı ayrıntılı hükümler konuşmuştur 20. maddenin devamında. Bakıyoruz:

“Aynı amaçla düzenlenen sözleşme metinlerinin özdeş olmaması bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasını engellemez denmiş. Şöyle bir örnek verilmiş gerekçesinde, örneğin; bir banka kredi sözleşmesi bastırarak bin tane. Bugünün teknolojik imkânları da kullanılarak her sözleşmede değişiklikler yaptı. Hüküm sayısında ya da içeriğinde değişiklikler yaptı. Ve sonrada dedi ki; bakın bu sözleşmeler birbirini tutmuyor bunlar tip sözleşme, matbu sözleşmeler değildir. Dolayısıyla bu sözleşmeler bakımından genel işlem koşullarına ilişkin hükümler uygulanamaz. Bunlar bireysel sözleşmelerdir iddiasını ileri sürebilir. Bu düşünceyle fıkra hükmü der ki, burada sözleşmelerin oluşturulmasındaki ortak amacı dikkate alırım. Yani sen o bin tane sözleşmeyi kredi verme ortak amacıyla hazırlıyorsan, o zaman genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerden kaçış yok. O kapsamda kalmaya devam edersin.

Diğer fıkra: “Genel şartlar koşulu içeren sözleşmenin veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar tek başına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”

Bu da birçok matbu sözleşmede karşımıza çıkar. Biz de sözleşme hazırlarken sonlarına doğru böyle bir madde koyarız. Yukarıdaki hükümler taraflar arasında öyle bir müzakere edildi ki falan diye başlar. Tam bir mutabakat sağlanmıştır şeklinde biter. İşte bu hüküm, böyle bir maddenin varlığının da tek başına, gerçekten bu sözleşme hükümlerinin birlikte oluşturulduğunu, müzakere edilerek oluşturulduğunu ispat bakımından yeterli olmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Ve son fıkra: “Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi

ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”

Bu da yine, ben kamu kurumuyum bu hükümler bana işlemez ya da ben bankayım, sigorta şirketiyim, imtiyazlı kuruluşum bu hükümler bana işlemez savunmasını engellemek üzere bir açık hüküm koyma ihtiyacından kaynaklanan bir fıkra.

Şimdi bundan sonraki 21 ve devamı maddelerinde şu düzenlenmektedir: 20. maddenin 1. fıkrasını hatırlayalım tanım fıkrası. Hâkim gerçekten bizim iddiamızı o tanım fıkrasında dikkate alarak kabul etti diyelim. Yani hâkim dedi ki; evet burada genel işlem koşulu içeren bir sözleşme var çünkü 20. maddenin 1. fıkrasına uyuyor bu sözleşmenin kuruluş şekli. İşte buna ikna edebilirsek hâkimi, artık hâkim 21 ve devamı hükümlerine göre sözleşmeye müdahale edecektir. Yani 21 ve devamındaki hükümler, hâkimin sözleşmeye nasıl müdahale edeceğini aşamalı olarak bize göstermekte. Şimdi bu aşamaları göreceğiz.

Önce genel olarak belirtelim ki, genel işlem koşullarının denetimi 3 aşamadan oluşuyor. Genel olarak görelim. Yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi şeklinde 3 aşama kabul edilir. Öğretide de böyle kabul edilir. Kanunun yürürlüğe giren halinde de bu 3 aşama oluşturulmaya çalışılmış.

Yazılmamış sayılma başlıklı 21. maddede 1. fıkrada bir düzenleme var. Bu düzenlemede şu dikkati çekiyor. Genel işlem koşulunun varlığı, 20. maddede 1. fıkrasına göre tespit edildi. Ama bir fırsat veriyor kanun koyucu, diyor ki, genel işlem koşulunun gerçekten taraflar arasında yürürlükte kalabilmesi için, varlığını koruyabilmesi için, burada bahsedildiği ya da açıklandığı şekilde bir müzakere süreci ya da bir bilgilendirme sürecinin yaşanmış olması gerekir anlamına gelen bir fıkra.

Yani diyor ki hüküm; “Karşı tarafların menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi için (şimdi bu şartı söylüyor) sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafında bunları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”

Gördüğünüz gibi, bir imkân var burada tabi yine klasik bir avukat refleksi olarak bu nasıl bir imkân diyebilirsiniz? Burada nasıl bir sorun gündeme geliyor? Biz avukat olarak bunu nasıl ispat edeceğiz? Yani neyi ispat edeceğiz? Gerçekten bu koşulların varlığı hakkında, o genel işlem koşullarını kullanan taraf karşı tarafa bilgi verdi açıkça o hükümlerin sonuçları hakkında bilgilendirme yaptı diyelim. Bunu nasıl ispat edeceğiz sorunuyla karşı karşıyayız. Bu sorunun çözümü bakımından çeşitli fikirler ortaya atılabilir. Benim böyle bu

nunla ilgili kesin bir reçetem yok. Ancak ortaya atılan fikirlerden bir tanesi örneğin, acaba genel işlem koşulu içeren sözleşme metninin karşı tarafa tebliğ etse, o kurum işte makul bir süre sonra o sözleşmeyi imzalarsa yeterli midir? Soru işareti. Veya sözleşmedeki genel işlem koşullarına ilişkin bilgi verilmesi aşaması, görüntü ve ses kaydıyla tespit edilse bu sonradan, bunu ispatı bakımından işlevi olur mu ya da yeterli midir? Yine soru işareti. Bular hep yargı aşamalarında bizim iddialarımızla, yargının da kararlarıyla yoluna girecek. Ama bir sorun olarak karşımızda.

Hemen ikinci fıkraya bakalım “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”

Gördüğümüz gibi, bu basit bir cümle ama biraz kavga çıkarmaya aday bir cümle. Sözleşmenin niteliğine, işin özelliğine aykırıysa bir sözleşme hükmü, tabi genel işlem koşulu içeren sözleşmelerden bahsediyoruz artık. Yazılmamış sayılır diye emredici bir hüküm var. Hatta bu hüküm bakımından şuna dikkat çekilir ki; 2. fıkradaki yazılmamış sayılma yaptırımını bakımından bir kaçış yolu da yoktur. Yani ilk fıkrada ne dedik? Eğer gerçekten o ispat sorununu hallederseniz genel işlem koşulunun yürürlükte kalması, sözleşme kapsamına dâhil olarak kalmasını sağlayabilirsiniz. Ama 2. fıkra bakımından bu imkân da öngörülmemiş değil. Yani eğer bir sözleşmede, buna şaşırtıcı şart deniliyor öğretilmişse, sözleşmenin niteliğine, işin özelliğine yabancı, şaşırtıcı bir şart söz konusuysa bu, yazılmamış sayılacak.

Buna ilişkin şöyle bir örnek verilebilir; bir sıfır otomobil almaya gittiniz ve otomobil satılırken imzaladığımız genel işlem koşulu içeren o matbu sözleşmede bir de size bir hayat sigortası satılmış mesela, bu yapılan bir şey. Şimdi ben oraya otomobil almak için gidiyorum ama bir hayat sigortasını da tarafı haline geliyor. O sözleşmede matbu olarak öyle bir hüküm yer aldığı için. Benim otomobil alırken oradaki haklı beklentimin çerçevesini aşan bir durumla karşı karşıyayım. Bir emir vaki yapılıyor bana. Şaşırtıcı şart olarak düşünülecek bir örnek.

Veya özellikle bankaların kefil ya da teminat alırken ipotek ile örneğin gayrimenkul teminatı alırken bir kişi ben bu borçluya evimi teminat olarak veriyorum der ama ondan sonra bir türlü o işten kurtulamaz. Sadece evi değil bütün mal varlığıyla, sadece o borçla değil doğmuş doğacak bütün borçlarından bir anda sorumlu hale gelir. Çünkü o sözleşmelerde matbu olarak düzenlenmiş genel işlem koşulları bu şekildedir, hemen bütün bankalarda. Bunlar şaşırtıcı şart olmaya aday hükümlerdir diyebilirim. Demek ki bunların yaptırımını; yazılmamış sayılmak olarak ifade edilmiş.

Bu yazılmamış sayılmanın da borçlar hukukundaki diğer hükümsüzlük halleri arasında nasıl bir yeri var? Özgün bir yeri mi var? Ya da başka bir

hükümsüzlük haliyle benzer mi? Örneğin, yokluk mudur, kesin hükümsüzlük müdür? Bu tartışma yapıldı. Yapılmaya da devam ediyor. Buna girmeyeceğim. Ama sözleşmenin kapsamından o hükümlerin çıkarılması şeklinde somutlaştırabiliriz.

Devam ediyoruz 22. madde. Bu yazılmamış sayılma yaptırımının etkilerine ilişkin bir hüküm. Burada kanun koruyucu, eski kanundaki m. 20/2, yeni kanunda m. 27/2'de, hepimizin lisanstan hatırlayacağımız, kısmi hükümsüzlük kuralı dikkate almış. Kısmi butlan kuralını düşünerek bir önlem alma ihtiyacı hissetmiş. Neydi o kural hatırlayalım. Eğer bir sözleşmenin bir hükmü ya da bir kısmı hükümsüz ise, taraflar şunu yine söyleyebilecek: "Ben bilseydim bu kısmın hükümsüz olduğunu sözleşmeyi hiç yapmazdım" diyerek sözleşmenin tamamını geçersiz hâle getirme imkânını vermiş m. 27/2. İşte yazılmamış sayılma bakımından bu imkân akla gelmesin düşüncesinde olduğu için kanun koruyucu, 22. maddede açık bir düzenleme yapılmış. Ve denilmiş ki; yazılmamış sayılan kısımlar sözleşmeden çıkarılır ama geri kalan kısımlar yürürlükte dir diye bir kural koyma ihtiyacı hissedilmiş. Tabi burada hemen bir parantez içinde belirteyim kısaca; geri kalan hükümlerin bir sözleşme oluşturmaya yeterli olması da gerekir mantık olarak. Aksi halde zaten ortada sözleşme diye bir şey kalmayacaktır.

Ve yoruma ilişkin 23. madde. Bildiğimiz, Roma Hukuku'ndan bu yana bilinen bir yorum kuralını ifade etmiştir. Buna göre, eğer sözleşme içeriğinde ne anlama geldiği diğer yorum yöntemleri kullanılarak dahi anlaşılamayan belirsiz bir hüküm varsa, bu hükmün yorumunda, düzenleyen demiş, yani genel işlem koşulları kullanan, karşı tarafa dayatan tarafın aleyhine yorumlanır şeklinde bir yorum kuralı açıkça ifade edilmiş.

24. madde çok kullanılan bir genel işlem koşuluna ilişkin özel bir düzenleme yapma düşüncesinden doğmuş. Değiştirme yasağı. Bu hüküm, yine genel işlem koşulu içeren o matbu sözleşmelerin bir çoğunda, taraflardan birinin sözleşme içeriğinde tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisini, imkânını elinde tutma eğilimi hep vardır. Örneğin, GSM operatörü bir kampanya yapar, bir sözleşme kurar ama sonunda da derki bu kampanyaya ilişkin bütün şartları değiştirebilirim. Veya tartışılabilir bir diğer konu, bankaların faiz oranlarını tek taraflı olarak değiştirme imkânına sahip olması, bu hüküm kapsamında nasıl bir sonuç doğuracağı da önemli bir tartışma konusu olacaktır.

Ve son olarak, içerik denetimi başlıklı 25. madde.

Bu maddeye gelmeden şimdi yaptıklarımızı bir özetleyelim. 20. maddede genel işlem koşulunu içerdiğini tespit etmek, edebilmek için ya da genel işlem koşulunu içeriyor bu sözleşme iddiasını test edebilmek için bir tanım hükmü vardı. O tanım hükmüne uyuyor mu bu sözleşmenin kuruluş biçimi ona baktık.

Evet, uyuyor, gerçekten burada genel işlem koşulu var dedik. Daha sonra denetim aşamalarından geçtik. 21. maddede yürürlük denetimi yaptık. Yani hangi sözleşme hükümleri gerçekten yürürlükte kalmaya devam edecek, hangileri yazılmamış sayılacak, ayıklanacak sözleşmenin içinden. Daha sonra yorum kuralıyla yorum denetimi aşamasını gerçekleştirdik. Belirsiz ifade yer alan hükümler bakımından genel işlem koşulunu kullanan tarafın aleyhine yorum yapılacağı ifade edildi.

Ancak, bu denetim aşamalarından sonra bile, elde kalan hükümler uygulandığında hiçte adil olmayan sonuçlar ortaya çıkabilir. Hâkim, hem yürürlük denetimi hem yorum denetimi yapmış olmasına rağmen, adil, hakkaniyete uygun sonucu elde edemeyebilir. İşte hâkime bu durumda çok geniş bir müdahale imkânı verilmiş. 25. madde hükmü devreye girer.

Der ki; 25. madde: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki hükümler konulamaz.” Gördüğünüz gibi geniş bir ifade. Aslında dürüstlük kuralına ilişkin hükmün burada özel olarak ifadesi. Burada konulamaz diyor ama konulsa ne olur? Onun yaptırımını nedir meselesi hükümde açıkça ifade edilmemiştir. Gerekçesine baktığımızda gerekçede bir ifadeye rastlıyoruz. Deniliyor ki; eğer dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu konulmuşsa sözleşmeye, bunun yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Neden hükme böyle açık bir hüküm konulmadı? Tabii bir eleştiri konusu. Ama gerekçede bu açıklama yapılmış.

Şimdi hükümleri hızlıca aktardım, gerekirse soru-cevap bölümünde tekrarlarız.

Önemli bir tartışmayla sonlandıracağız sunumu. Tartışma şu: Benim bu ifade ettiğim hükümlerin, bir tarafı tüketici olan sözleşmelerde ya da hukuki ilişkilerde uygulanması bizleri çok şaşırtmayabilir. Peki, her iki tarafı tacir olan sözleşmelerde bu saydığımız hükümler uygulanacak mı? İkinci soru, eğer uygulanacak dersek nasıl uygulanacak meselesi. Önümüzdeki günlerde yine kavga çıkaracak bir tartışma konusu.

Şimdi ben bu değişikliklerle ilgili geçen yıl bu zamanlarda yayınlanan ve yine bu ay Barolar Birliği tarafından ikinci baskısı yapılacak kitabımda sadece bu hususla ilgili iki noktaya değindim. İki tespitte bulundum. Birincisi, bu hükümlerin her iki tarafı tacir olan sözleşmelere uygulanmayacağını söylemek mümkün değildir. Hemen akla Ticaret Kanunu’ndaki “basiretli tacir ilkesi” diye tabir ettiğimiz ticaret hukukuna egemen ilke gelir. Bu ilke varken nasıl olacak diye. Onun cevabı bence şudur: Basiretli tacir ilkesi diye tabir ettiğimiz ilkenin varlığı bu hükümlerin her iki tarafı tacir sözleşmelerde kullanılmasını engellemeye yetmez. Peki, hiç mi etkisi olmaz o ilkenin. Etkisi olur. Nasıl etkisi olur? Bu hükümlerin, bir tarafı tüketici olan veya tacir olmayan kişilere

uygulanış şekliyle, her iki tarafı tacir olan sözleşmelere uygulanış şekli arasında uygulamada fark oluşacaktır. Yani hâkim sözleşmeye müdahale ederken, tarafların tacir sıfatını dikkate alacaktır. Ama bu dikkate alma, bu hükümler uygulanmaz şeklinde kestirip atma boyutunda olamaz diye düşünüyorum.

Son olarak size bir hüküm daha göstereceğim. Yeni Ticaret Kanunu'nda, m. 55/1/f bendi. Bu, eski Ticaret Kanunu'nda karşılığı olmayan bir hüküm. Bu maddede haksız rekabete örnek teşkil eden durumlar sayılmaktadır. Eski kanunda da vardı örnekler ancak, böyle bir örnek durum eski kanunda yoktu. Bu örnek durumda altını çizdiğim yeri görüyoruz. Dürüstlük kuralına aykırı şartları kullanmak da örnek olarak sayılmış.

Yani ne diyor yeni Ticaret Kanunu'nun bu hükmü; eğer bir işletme, kullandığı matbu sözleşmede ya da daha doğru ifadeyle kullandığı genel işlem koşullu içeren sözleşmelerde dürüstlük kuralına aykırı bir hüküm kullanıyorsa, bu davranışı haksız rekabet teşkil eden bir eylemdir. Bunun anlamı nedir? Örneğin, bir GSM operatörü kullandığı bir sözleşmede dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem koşulu kullanıyor. Ben tüketici olarak, diğer GSM operatörleri rakip işletmeler olarak veya örneğin tüketici dernekleri dava açmaya yetkili kimseler olarak, şunu ileri sürebilecekler: Bakın bu GSM operatörü kullandığı şu tip sözleşmenin şu hükmü, içerik olarak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekte, dolayısıyla bu haksız rekabet teşkil eden bir eylemdir diyerek 56. maddede sayılan haksız rekabete ilişkin davaları açma imkânı, yeni çıkan kanuna göre var.

Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkürler. Tekrar görüşmek dileğiyle...

**Tamer Şahin:** Efendim ben teşekkür ederim. Gerçekten önemli bir konu yaşamıza giren müessese. Doğru da yapılmış bence. Gerçi kabul etmeyenler var ama aramızda banka avukatlığı yapan var mı? Onlar istemiyordur bu yasa-yı genelde ama biz şöyle düşünüyoruz hiçbir zaman rakip değiliz birbirimize. Temelde asıl olmak noktasında birleşebilirsek hukukun doğru noktasında zannederim doğrusuyla yanlışıyla uzlaşma içinde olacağız. Benim yalnız bu konuda itirazım şu, dil bana uygun gelmedi. Şimdi Umut Bey'in söylediklerini bir tarafa atın genel işlem şartları deyince Türkiye'de ne anlarız? Bunu bir yorumlayalım. Genel işlem şartları Türkçede bir işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan unsurlar diye tarif edilir. Türkçe karşılığı bu. Eğer ben şu 65-66 neyse o kadar yıldır bu dili doğru kullanıyorsam böyle olması lazım. Ama bakıyorsunuz kanunda aksi, sözleşmede olmaması gereken bir dili benimsemiş. ~~Önedenle bir uyumsuzluk var.~~ Ha, bu nereden kaynaklanmış benim anladığım kadarıyla benim hiç Almanca yok. Bunun kökü galiba Almanya ve İsviçre'de yapılmış. Birebir tercüme edilmiş gözüküyor ama tercüme edilirken sisteme uymamış. Şimdi bakıyorsunuz Borçlar Kanunu'nda eski akit yeni sözleşmeyle başlar. Güzel. Sonra sözleşmenin işte serbestisinden bahsediyor, değişiklik



hükümlerini veriyor. O da güzel. Sonunda olmaması gerekenleri söyleyecek yerde pat diye genel işlem koşulları demiş. Yani o nedenle bir türlü ısınmadım. Akademisyen değilim ama inşallah akademisyenler buna uygun bir çözüm bulacaklardır. Mesela Umut Bey burada dayatma sözleşmeleri dedi. Keşke genel işlem koşulları diyene kadar dayatma sözleşmeleri deseydik. Dayatma sözleşmelerinin başlığı altında bu hükümleri yerine rahat rahat koyabilirdik. Daha rahat anlardık. Ya da hükümsüzlük kısmını ikiye ayırabilirdik. Kısmi hükümsüzlük orada anlatırdı. Çünkü burada kısmi hükümsüzlükler var tamamı geçersiz olmaz diyor. Sonrada kesin hükümsüzlük var maddede. O da 27. maddeydi olacak diye düşünüyorum. Bir türlü o Türkçe anlamıyla maddeler birbirine geçmeyince ben iki senedir bu seminerleri yapa yapa biraz anladım. Hocalarımdan özür diliyorum. Esas sıkıntı uygulamada. İsviçre mahkemesinin bir sürü kararları var hocalarım anlatırlar belki. Bizde ne olacağı belli değil. Şimdi yıllardan beri bu avukatlığı yapıyoruz. Banka lobileriyle bir türlü baş edemiyoruz. Eski Ticaret Kanunu'ndan 68'leri çıkarttılar. Derken bu işte bu genel işlem şartlarına uygun 40 sayfalık sözleşmeleri çıkardılar. Yine arkasından devinim sözleşmesini getiriyorlar. Neyi ispat edeceksiniz? Yapacak hiçbir şey yok! Dava açılır açılmaz ya da takip yapılır yapılmaz bir de itiraz ederseniz %40 tazminat oluyor. Peki, bunlar doğru mu? Değil! Genel işlem şartları açısından Umut Bey'in özellikle söylediği gibi 5. maddede çok iyi yakalamış onu. Artık belki bir şeyler yapmak mümkün. Tapuda işlem yaptırıyorsunuz biliyorsunuz altına okuttum diye yazdırıyorlar. Şimdi bankaya gideceksiniz okuttum, anladım yazdıracaklar size. Ne oldu genel işlem şartları? Anlattım diyecek. Bana göre çok yapacak bir şey yok. Bir ara dedik ki acaba bankaların bu kamera kayıtlarını mı getirsek. Tabi bankalar kamera kayıtlarını vermeyecekler bize. Ne yapılabilir diye düşünüyorum. Bilmiyorum hocaların o konuda bir önerileri var mı? Bir yargıç arkadaşımız şunu söyledi tüketici seminerinde, ben onu çözerim. Nasıl çözersin? Anlatayım size dedi. Reyselleri toplayabilme yetkin var. Reyselleri toplayabilme yetkisine göre o banka ya da holding neyse onun yetkilisini çağırırım anlat bakalım derim. Oradan bir iki tane maddeyi ona sorarım. Nasıl olsa anlatamayacak. 40 sayfanın içinden hangisini bilecek. Bilmesinin imkânı yok. Eğer ki anlatamazsa bana senin anlamadığını bu vatandaşlar nasıl anlayacaklar? O zaman bir çözüm bulacaklar. Böyle olunca çok hoşuma gitti bunu da sizlerle paylaşmak istedim. Umarım böyle yanırlarımız çok olur. Bir başka sorum bu genel işlem şartlarıyla ilgili biraz evvel hocamla konuştum. 20. maddenin son fıkrası ile ilgili 20. maddenin son fıkrası biraz örtüşmüyor gibiydi. Ama onu Atilla Hocam söyledi bana. 22. madde kısmi hükümsüzlük, 27. madde genel hükümsüzlük olduğu için onlar birbirleriyle uğraşmayacak dedi ama uygulamada ne yapılır bilemiyorum. Bu konuda yorumları da almak istiyorum özellikle örnek meselesinden. Çünkü ispat hakkında biz çok sınırlanacağız. Şuna katılıyorum ve yapılması da lazım. Tacirler arasında bunun uygulanması gerekir. Ticari hukukçular farklı da olsa benim bu

şahsi görüşüm Ticaret Hukukuyla uğraşmış olmama rağmen Borçlar Hukuku temeli olmadan Ticaret Hukuku olmaz. 55. maddede olduğu gibi şimdi eğer tacirler arasında uygulanamaz dersek özellikle verilen markası önemli değil kola firmasında konuyu satan, sözleşmeyi yapan tacir. Bayilere bakıyorsunuz en küçüğü limitet şirket. E ne oldu o zaman? Bu maddeleri uygulama şansı kalmadı. Zaten şimdi yeni hukuksal kanuna göre bir düzenleme getirdiler. Şahıs tescili kalktı tek kişilik limitet şirket, anonim şirket kalktı. Eğer bunu kullanmazsanız genel hükümler noktasında hiçbir yasada bulunmasının da anlamı yok diye düşünüyorum. Hocam buyurun bir şey söyleyeceksiniz sanırım...

**Haluk Burcuoğlu:** Şimdi efendim Sayın Başkan'ın söylediklerine, temenilerine katılıyorum. Eleştirilerine kesinlikle katılmıyorum. Efendim Umut kardeşim de biraz önce çok açık bir şekilde anlattı. Uygulamada sorun olmasın diye yapıldı bunlar. Biz genel işlem koşullarını düzenlerken ilk aklımıza gelen kurum bankalardı. Ve bunu bağıra bağıra söyledik. Atilla kardeşim de oradaydı. Dedik ki arkadaşlar bankalara bir fren getirecek misiniz, getirmeyecek misiniz? Eğer bu niyette değilse komisyona biz gidelim dedik. Biz borçlar kanundan şikâyetçi değiliz. Herkes kabul etti. Ve şunun da altını çizelim genel işlem koşullarıyla ilgili düzenleme bizim tasarımı hazırlayan komisyonda oy birliği ile ayakta alkışlanarak kabul edilmiş tek bölümdür. Aykut Zevkliler Ağabeyimiz, Turgut Akıntürk Hocam Atilla'da çok iyi bilir Allah rahmet eylesin bizi hükümet diye adlandırır. Hükümet dediğimiz ilk İstanbul taifesi Marmara biz, İzmir'den Talay Şenova avukat ağabeyimiz değil mi o kadar. Biz böyle akşam toplanırdık komisyon sıkışınca yazın bunu getirin derdik. Genel işlem koşullarında da biz bir gün sabahladık hâkim evinde. Oyun salonunda. Dikkat! Oyun oynamadık. Metni hazırladık çünkü başka yer yoktu orada. Ertesi gün Aykut Ağabey coştı, Aykut Zevkliler Hocamız. Dedi ki; ya ne kadar güzel hazırlanmış. Hocam lütfen ayakta alkışlayarak oy birliği ile kabul edelim dedi. Ve bunlar kabul etti. Efendim ticari işlerde ne olur? Hiçbir şey olmaz. Olursa günah işlenir. Açık açık söylüyorum. Evet, burası Ticaret Hukuku biz anlamayız diyen adam günah işler. Hâkimlerden bahsediyorum. Lafımı da kesinlikle sakınmıyorum. Böyle bir şey yok. Ha, ikincisi bir de şu zannediliyor yani Umut kardeşim belki o konuyu biraz anlatsın. Genel işlem koşulları yasaklanmış falan değil yahu. Nereden çıkartıyorsunuz bunu? Adam gibi genel işlem koşulları düzenleyin, dürüstlük kuralına uyun, aslanlar gibi de ne koyarsanız koyun. Kimse bunlar yasaktır falan demiyor ki. Böyle bir şey yok. Sadece belli sistem içerisinde koyacaksınız diyor. Hepimiz biliyoruz arkadaşlar. Bankaların sözleşmeleri insanları sadece evlendirip, boşandıramaz. Onun dışında her şeyi yapar. Yeter artık yahu. Ben başta da söyledim. Yani bankalara direndi, mecliste direndi. Helal olsun açıkçası. Böyle bir şey yok. Artık kafamızdan şu düşüncüyü çıkartalım efendim ticari işlemlerde aslanlar gibi uygulanır. Asıl orada uygulanır. Bana karşı değil asıl orada uygulanacak. Genel kredi sözleşmelerinde uygulanacak. Ben genel kredi sözleşmesi yapmayacağım bankaya.

Ben tacir falan değilim. Değil mi? Asıl orada kullanacak. Efendim ikisini de tacir yapıyor. Her ikisi için de bu geçerli. Ha genel kredi sözleşmesine katılan taraf olan tacir kendisi hazırlayıp da elaleme dayattığı zaman o da aynı yaptırımlara tabi tutulacak. Bu kaçınılmaz. Bunu böyle kabul edeceğiz başka çaresi yok. Acaba falan yok. Böyle bir yorum yok. Böyle bir yorum yapılırsa uygulamada bizim üzerimize düşen hani birde titrimiz var ya profesör bilmem ne diye aslanlar gibi buna karşı çıkarız. Başka türlü olmaz. Hepimiz biliyoruz. Niye bankalar böyle bu kadar rahat cirit atıyor? Benim adil anlayışım böylede ondan. Hepimiz biliyoruz. Bir bankaya karşı dava kazanmak hendek filan değil hendekler silsilesi atlatmayı gerektiriyor. Beş defa bilir kişiye gittik. Arkadaşlar hepimiz güldük. Benim hakimim alıyor hay Allah bu da bankayla mı ilgili değil. Yeni bir işlem diyor. Hepimiz yaşadık bunları. Bana aksini söylesin. %1375 faizler kullanılırken 13. Hukuk Dairesinde şunu söylüyordu. Hocam biz gereken temini koyduk. Ne yaptınız? %375 dediler. Teşekkürler. Biz bunları engellemeye çalıştık. Ve çok samimi söylüyorum. Komisyonunda yer alan Yargıtay üyeleri dahi hocam aman şunu da unutmayalım dediler bize. Onlar da sıkıntı içindeydi. Dolayısıyla artık bunu unutacağız. Efendim tacirler arasında uygulanır. Olur, olur Asıl orada uygulanacak. Bu düşünceyi yerleştireceğiz. Tereddüt duymaya hakkımız yoktur. Ve aksini uygulayan olursa samimide söylüyorum ben lafımı da sakınmam günahdır, ayıptır. Başka bir şey demiyorum. Bu kadar açık şey yapacaksınız. Efendim tacirler onu kullanacak mı? Tabi kullanılacak. Geldiler nitekim adalet komisyonunda ağıladılar. Ben oradaydım. 8 dakika sonra Adalet komisyonu elinize sağlık arkadaşlar çok iyi yapmışsınız dediler. Biz oradaydık. Ben oradaydım bizzat Adalet Komisyonundaydım o görüşmeler yapılırken. Onun için artık bunların tartışması bile acaba yok.

**Atilla Altop:** Bir şey söylemek istiyorum Haluk Burcuoğlu'nun söylediği gibi çok büyük şey var. Aman çok önemli şeyler getirildi falan diye. Bazen Haluk Burcuoğlu Hocam kızıyor bana. Diyorum ki ne getirildi? Getirilen ne? Bakıyoruz dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine onun durumunu ağırlaştıracak hükümler bunlar. Bizim medeni kanunumuzda yok mu zaten dürüstlük kuralı denetimi. Ne getirildi ben onu merak ediyorum? Çok önemli, çok acayip sınırlamalar getirildi. Ve ben çok net şunu sordum bundan kim rahatsız olabilir sadece? O hükümden okuyorum dürüstlük kuralına aykırı olarak müşterisi aleyhine onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hüküm koymak isteyen varsa bu maddeden rahatsız olur. Bunu da hukukçu olarak yapın bunu denmeyecek herhalde. Yani bu sadece şunu söylüyor. Ya uygulamıyordunuz. Ben bir daha yazayım, uygulayın ne olur. Yoksa yeni bir şey yok. Varsa söylesin yani medeni kanunda hükümden fazla ne söylüyor burada? Zaten var aynıdır dürüstlük kuralımızda. Sadece ya bak uygulayın artık bu genel işlem koşullarında daha da bir uygulayın demekten başka bir şey söylemiyor. Bunun için büyütecek bir şey yok. Dürüstlük kuralına aykırı davranmadığımız sürece bütün genel işlem koşulları hepsi geçerli. Gene önceden hazırlasınlar, gene

tekrar hazırlansın. Yeter ki dürüstlük kuralına aykırı hüküm olmasın. Zaten hukukçu olarak aksini savunmak mümkün değil. Kim diyebilir ki hayır bırakın olsun dürüstlük kuralı geçerli olsun diyen varsa zaten bu mesleği yapmasın. O nedenle yeni bir şey yok burada. Öyle ağlanacak, edinecek vah mahvolduk, bittik, öldük yok böyle bir şey burada. Olan bir hüküm tekrar yazılmış uygulamıyorsunuz, ne olur uygulayın hatırlatmak için teşekkürler.

**Haluk Burcuoğlu:** Efendim sadece zaten Adli yargıya bunu yapacaksınız işarettir. Başka bir şey değil. Atilla'nın söylediği son derece doğru. Yasaklanan falan bir şey yok. Dürüst olun, adil olun, ne koyarsanız koyun, kimse bir şey demiyor. Ama yargıya arkadaş hatırlayın siz bunları yapmıyorsunuz. Bugüne kadar yapmaktan kaçındınız. Artık kaçınmayın diye. Uyarı sadece bu yöndedir. Başka bir şey de değildir.

**Tamer Şahin:** Efendim tartışmış olduk. Yanlış anlaşılabilirim. Ben yasanın bu şekilde düzenlenmesine katıyen karşı değilim. Bence de çok isabetli olmuştur. En azından Atilla üstadımın dedikleri doğrudur. Tekrar da olsa uygulayıcı hâkime artık biraz daha bağlayıcı bir baskı unsuru olması açısından doğrudur. Çünkü ileride tüketici yasasında da buna benzer hükümler var, paralellik de oldu. Çok isabetli. Ama benim dilime işte bir türlü ısınamadı. Bunu da söylüyorum. Umarım daha uygun bir şey olacak. Peki efendim şimdi Sayın Haluk Burcuoğlu haksız fiil konusundaki görüşlerini bizimle paylaşacak....

**Haluk Burcuoğlu:** Efendim önce hepinizden özür dilerim. Yani bankalar falan dendiği zaman ister istemez elektrikleniyorum. Yani elimde değil kusura bakmayın. Yani biraz daha şey olsam neredeyse ayırt etme gücümü de yitiriyorum. Banka dendi mi bana bir şeyler oluyor. Ne yapayım? Şimdi haksız fillerden doğan borç ilişkileri başlığı altında işte 1 Temmuzdan önce yürürlüğe giren, yürürlükte olan Borçlar Kanunumuzun haksız eylem sorumluluğu yeniden düzenlendi. Ve haksız eylem sorununda çok önemli yenilikler var yeni düzenlememizde. Ancak birçok halde de zaten uygulamalı öğretilerde çoktan kabul edilmiş, benimsenmiş olan şeylerin kanun maddesi haline dönüştürülmesiyle karşı karşıyayız. Şimdi bunun üzerine de şöyle bir genel bakarsak, aslında hakikaten kanunumuzun başta da söyledim ya mesela Avrupa'daki paralellerinden çok daha üstün olduğunu gönül rahatlığıyla söyleyebiliriz. Ben en azından 4 tane uluslararası toplantıya katıldım. Ve bana hep şey konuda sözleşme dışı sorumluluktaki son gelişmelerdi. İşte bizim o zaman tasarıydı sonra kanun oldu. Bunları anlattık. Ve şunu söyleyebilirim rahatlıkla, bütün Avrupa'da korkunç bir kazuistik yöneme gitme eğilimi var. Amerikan hegemonyası orada da kendini göstermiştir. Yani Anglo Amerikan sistemi neredeyse bütün Avrupa'da benimsenmeye başlanmıştır. Biz bu tuzağa düşmedik. Örnek vereyim, Fransızların meşhur Kofsinil'lerinde haksız eylem zorunluluğu ile ilgili 5 tane madde vardır. Kaç madde getirilmek isteniyor biliyor musunuz? 91. İs-

teyene Fransızca onların önerilerini içeren makaleleri takdim edebilirim. Çünkü Cenevre’de hep inceledik bunları. Kitap halinde de basıldı. Biz bu tuzağa düşmedik. Düşmediğimiz ikinci tuzak ki bazı arkadaşlar karşı çıkabilir. Ama benim kafamın hiç almadığı ve bizim sistemimizi çok beğendiği, sistemimizi çok beğendiklerinden biri zarardan fazla tazminat olmaz düşüncesidir. Şimdi Avrupa’da birçok yerde purity damages dedikleri cezayı tazminat biz efendim geniş anlamda medeni hukuktur. Medeniyette suç ve ceza olmaz. Kimse gelip de bana anlatmasın. Biz ondan okuduk. Bizde de zarar görenin görüp görebileceği rahmet yeni düzenlemede de öyledir zarar kadardır. Ama birçok halde oraya da ulaşmayacaktır. Çünkü indirim sebepleri vardır.

Şimdi bu genel gözlemden sonra önemli diyebileceğimiz yeniliklere şöyle bir göz atalım. 50. maddede zararın ve kusurun ispatından bahsediyoruz. Mevcut demeyeyim hükümden kalkan önceki Borçlar Kanununda sadece zarar gören zararını ispatlamakla hükümlüdür deniyordu. Ama hepimiz görüyorduk ki uygulamada böyle değil. Kusuru da ispatlayacak. Zarar verenin kusurunu. Bugün bilinen şey burada kanun maddesi olarak değişti. Zarar gören zararını ve zarar verenin kusurunu ispat ediyor. Efendim tazminatın belirlenmesinde, indirilmesinde aynı şeyler yine devam etti. Biraz daha dili sadeleştirildi. Türkçeleştirildi. Özel durumlar başlığı altında ölüm ve bedensel zarardaki giderilmesi istenebilecek zarar önemleri teker teker adlandırıldı. Borçlar kanunda çok az rastladığımız bir şey bu. Bent halinde 1,2,3- 1,2,3,4 diye çok az kuralda var bu. Burada onlar korundu ama baktığınız zamanda zaten uygulamada da, öğretilerde de hangi zarar önemleri bedensel zarar içinde sayılır. Ya da ne bileyim işte ölüm halinde aynıları zaten buraya aynen aktarıldı.

Üzerinde durduk. 55. madde önemli bir madde. Bizim komisyonumuzun herhangi bir müdahili olmayan bir madde. Daha doğrusu kimsenin müdahili olmayan bir madde. Sayın Ahmet İyimaya’nın maddesidir. Adalet Komisyonu Başkanı. Adalet Komisyonu Başkanı Sayın İyimaya’nın zaten avukatlığı sırasında bu konuda, yani bedensel zarar ve destekten yoksun kalma tazminatında çok yoğun uygulama içerisinde olduğu ve bu konunun hakikatten çok yetkin avukatlarından olduğunu öğrendik. Ve o, özellikle şunu düşündü dedi ki bize; Hocalar idari yargıda ve adli yargıda bedensel zarar ve destekten yoksun kalma tazminatı gündeme geldiğinde farklı hesaplama yöntemleri benimsemiştir. Bazılarında işte ne bileyim başkalarından aldığımız şeyleri mahsup edebiliyorsunuz, bazılarını edemiyorsunuz. Böyle olmasın dedi ve maddenin metnini de, gerekçesini de tamamen kendisi hazırlamıştır. Yani önemli bir stratejidir Sayın İyimaya’nın. Gümbür gümbürde kabul ettirmiştir. Açıkçası bizim buraya katkımız olmadı ama şunu söylüyorum hesaplama yönetimi üzerinde durmuyorum. Bir cümlecik var 1. fıkranın sonunda, 55. maddenin 1. fıkrasının sonunda hesaplanan tazminat miktarı esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle arttırılmaz veya azaltılamaz cümlesi açıkçası bizi rahatsız ediyordu. Hakka-

niyet, adalet, insaf duygularını dikkate almayacaksınız. Tabi konunun uzmanı olmadığımız için en azından şahsım adına konuşuyorum, hiç ağzımı açmıyorum. Ama doğrusu biraz içimi sıkıyor hakkaniyet dikkate alınmaz lafı. İkinci fıkraya baktığımız zaman asıl yapmak istediği bu kanun ve hükümleri her türlü idari eylem ve işlem ve idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplere yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi veya kişinin ölümüne bağlı zararları ilişkin istem ve davalarda da uygulanır. Yani idari yargıya da gitseniz, adli yargıya da gitseniz tazminatın belirlenmesi aynı yöntemlere tabi olacaktır ifadesi bu. Sayın İyimaya'nın sonradan öğrendim. Hukuk muhakemeleri kanununa da bir madde koydurmuş yine aynı düşüncede. İdari işlem sonucu zarar da olsa bedensel zarar ve destekten yoksun kalmak adli yargıya gidilir demiş. Ama anayasa mahkemesi galiba iptal etmiş bunu. Bunu da öğrendik. Ha, Sayın İyimaya'nın 55. maddesinin 2. fıkrasını da etkiler mi? Bana göre şöyle baktığınız zaman teorik açıdan etkilememesi lazım. Çünkü burada görev ya da yetki konusu değil hesaplama yöntemi belirleniyor diye düşünüyorum. Ama ne olur bilmiyorum. 55. madde üzerinde fazlaca durmuyorum. Kimseye haksızlık etmekte istemiyorum.

Şimdi manevi tazminatla ilgili gene klasik bir taraftan işte bedensel zarar halinde, ölüm halinde manevi tazminat diğer taraftan da kişilik değerlerine aykırılık halinde manevi tazminat. İkili ayırım burada da yapılıyor. Şimdi bedensel zararlarla ilgili şu vardı. Efendim işte acaba bir yakınınızın uğradığı bedensel zarar nedeniyle manevi tazminat isteyebilir misiniz? Uzunca bir süre efendim bu yansıma yoluyla zarar, yansıma yoluyla zararın giderilmesi talep edilemez deniyordu. Fakat Yargıtay'ın yanlış hatırlamıyorsam 1980'li yıllarda bir kararı ki çok yeni bir karar. İki tane kararı daha var biri 2009, biri 2010. O kararda şöyleydi demin rastladığım kararda bir genç kız fabrikada çalışıyor, saçlarını makineye kaptırıyor ve kafa derisi yüzülüyor. Gerçekten anne ve babası manevi tazminat davası açıyorlar. Kız ölmemiş dikkat edin. Ölüm halinde yakınları manevi tazminat istiyordu zaten. Ve mahkeme kararı reddediyor. Diyor ki; sen zarara uğrayan sayılmazsın. Sen anne ve babasın. Yansıma yoluyla zarar da kabul edilmez diyor. Yargıtay bozuyor ve harika bir yorum yapıyor. Onun da altını çizmek isterim. Ayakta alkışlanması gereken bir durum diye düşünüyorum. Yargıtay diyor ki; hayır anne ve babanın uğradığı zarar doğrudan zarardır. Onların kızlarına olan yakınlığı, şefkati, sevgileri kişilik değerlerindedir. Ve doğrudan onların kişilik değerleri zedelenmiştir. Bana göre muhteşemdir. Sonra işte dediğim gibi 2009-2010'da iki tane daha kararını gördüm bu yönde. Ve biz o şeyi zaten benimsedik ve buraya koyduk. Ağır bedensel zarar halinde zarar verenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar para ödemesine karar verilebilir dedik. Zannediyorum iyi de oldu diye düşünüyorum.

58. maddedeki kişilik hakkı zedelenmesinde mevcut düzenleme muhafaza ediliyor. Tabi ki kişilik hakkı zedelendiğinde manevi tazminat istenir. Ama çok

eleştirilen bir düzenlemeyi de ortadan kaldırdık. Yeni maddede yok. Biliyorsunuz önceki Borçlar Kanunu 49. maddesinde tazminat miktarı belirlenince işte kişiye sosyal statü, ekonomik durumu falan filan dikkate alınır deniyordu. Ve bu eleştiriliyordu. İşte ben kendi mesleğimden örnek vereyim Ben profesörüm, Ebru doçent ne bileyim Umut kardeşim doktorasını yapmak üzere. Aynı laf bana söylendiği zaman ben 10 isteyeceğim çünkü hocayım, Ebru 8, arkadaşım 6. Belki Umut benden çok daha alıngan olabilir. Beni biraz tanıdınız herhalde ben öyle küfürden falan çok fazla rahatsız olacak bir adam değilim. Çünkü bende küfürbaz bir adamım açık açık söylüyorum. Ama şimdi ben profesör oluyorum bilmem ne, Ebru doçent çok daha alıngan ama önemli değil sen doçentsin o kadar mı? Bu olmaz biz bunu kaldırdık. Ve böylece zannediyorum öğretilerdeki eleştirilere de yanıt vermiş oluyoruz. 58. maddede artık bu sosyal statü tarafların sıfatı, mevki, sosyal durumu falan kalktı.

Sorumluluk sebebinin çokluğu bakımından önemli değişiklikler var. Bunlar yeni hükümler. Bir 60. madde getirildi. Bu öncekinde yoktu. Efendim bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırabiliyorsa hâkim zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi görülmedikçe zarar görene indirim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir. Şimdi biliyorsunuz bizde hakların yarışması, davaların yarışması ilkesi vardır. Bu genelde her yerde benimsenmiştir. Bu defa şunu düzenledik zarar bir şeyden, bir davranıştan zarar görüyorsunuz. Bir davranış ne bileyim haksız eylem çerçevesinde de değerlendirilebilir, sözleşmeye aykırılık olarak da değerlendirilebilir veya dediğim gibi işte vekâletsiz iş gördüğü çerçevesinde belki değerlendirilebilir. Sebepsiz zenginleşmede belki değerlendirilebilir, kur payı kontratında değerlendirilebilirsiniz. Ama burada zarar gören eğer hayır ben bu kerata ille de haksız eylemden mahkum olsun istiyorum demedikçe yargıç hangisi dahil edilmişse o yönde, o sorumlu sebebi uygulayacak diyoruz.

Müteselsil sorumluluk önce bir şey söyleyeyim kendimi paralamama rağmen maalesef müteselsil sözcüğü kalkmadı. Atilla kardeşim de bilir çok yalın mücadeleler verdik. Maalesef temerrüt duruyor. Durmasaydı daha iyi olurdu ama ne yapalım. Hatta şöyle bir şey oldu arkadaşlarım kavga dövüş temerrütü devinin yaptık. Bir sonraki toplantıya gidemedim. Ben yokken tekrar temerrüt yapmışlar. Öbür toplantıya gittim geçmiş olsun dediler arkadaşlar tekrar temerrüt ne yapalım canları sağ olsun neyse. Kusura bakmasın kimse. Temerrütü adama söylediğiniz zaman mutlaka anlar falan demeyin. Veya sen müteselsilen sorumlusun ya da mütesel var aranızda dersiniz herhalde bakacaklar insanlar. Ama nedense efendim hukukun kendi dili vardır, hukukun kendi dili falan bunlar palavradan başka bir şey değildir. Medeni kanun ve borçlar kanunu yaşamın ta kendisidir. Böyle hukuk dili bilmem ne dili falan yok. Herkes anlayacak. Oduncu da anlayacak, manav da anlayacak, doktor da anlayacak, talebe de anlayacak, mühendis de anlayacak. Onun için burada öyle bir lük-

sümüz yok. Şey ben bilemem ne, öyle alışmış. Kim alışmış ya? Gabin; aşırı yararlanma daha güzel olmadı mı Allah aşkına söyleyin. Sen gabine uğradın desem kaç kişi anlayacak? Öğleden sonra trompoya geleceğiz. Trampa ne ya? Hangi dilden geliyor? Bana biriniz söyleyin Allah aşkına. Fransızca değil, Almanca değil, İtalyanca değil, İspanyolca değil. Allah kahretsin. Hatta bulmacalarda biliyorsunuz mal ile malın değişmesi takas çıkıyor. Tamamen alakasız bir şey. Takas. Trampayı onlar da yakıştıramıyor. Neyse böyle bir şey. Bunları geçtik. Şimdi müteselsil sorumlulukta yapılan önemli değişiklik şu. Artık tam mütesel ile eksik mütesel arasındaki ayırım bitti. Herkes zaten kaldırım bunu diyordu. Tam ve eksik müteselin ayırımı işte acaba birden fazla sorumlu kişilerden ihale kimin üzerine yıkılacak? Ahmet mi, Mehmet mi, Hasan mı, Ayşe mi? Efendim, önce haksız eylemden sorumlu olan ondan sonra bilemem ne diye bunları kaldırdık. Topu yargıca attık. Yargıç diyecek ki; arkadaş ben anlamam hanginizin üzerine yıkılacaksa o karar verir. Yanlış! Tam mütesel eksik mütesel ayırımı böyle eleştiriliyordu zaten kaldırıldı.

Şimdi geliyorum hukuka aykırılığı kaldıran hollere. 63. maddeye bakarsanız şimdi hepimize sorsam hatta yoldan geçen bir vatandaşa sorsam veya hukukçu bir vatandaşa, hukukçu olmasa da acaba hangi holler hukuka aykırılığından söz edilemez. Yani biri bana bir zarar verecek ama hayır bu zarar verme hukuka aykırı değil desem cevap yasanın verdiği yetkiye rağmen mutlak. E, bunun zaten aksini söyleyen yok ki. Peki, önceki borçlar kanunumuzda var mıydı? Yoktu. Hukuka aykırılık hollerindeki maddelerde bu sayılmamıştı. 63. maddede kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil zarara yol açsa bile hukuka aykırı sayılmaz dendi. Böylece bir yerde malumu ilan ettik bu maddeyle. Herhalde kimse eleştirmeyecektir diye düşünüyorum. Yalnız burada bir konunun altını çiziyim kanun verdiği yetkinin sınırlar içinde kalması son derece önemlidir.

Eğer izin verilirse bir de anekdot, anekdot değil gerçek bir olay anlatacağım. 1978 yılında Cenevre'de Türkiye'ye dönmek üzereyim. Toparlanıyoruz doktoram falan da bitti. Bütün idealim gerçek bir hukuk fakültesinde kariyer yapmak. İstanbul'dan bahsediyorum tabi kimse alınmasın gocunmasın. Neyse. Teşekkür ederim arkadaşlarım sağ olun. Şimdi düşünün yani Sungur Bey, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan nerede bulacaksınız? Dünyada bunlar yok. Tamam, arkadaşlar siz öyle düşünün. Ben kendi düşüncemi söylüyorum. Özgürlük olsun ya. Şöyle bir olay oldu efendim. Aynı anda galiba 78 Aralık filan ya da Kasım ayında iki tane ceza mahkemesi kararı. Lütfen dikkat! Cenevre'de bir İtalyan gangster yargılanıyor. Ve bu adama dokuz yıl hüküm, ceza veriliyor. Sebebi şu; iki tane gangster banka soymaya kalkışmış Cenevre'de ve bir sürü köprüler var. Onlardan kaçarlarken vatandaş arabalarıyla özel araçlarıyla kapatmış köprünün girişlerini ve çatışma çıkmış. Gangsterlerden biri ölmüş öbürü yaralı. Yargılanan zaten o. Ve bir güvenlik görevlisi öldürülmüş gangsterler



tarafından çatışmada. Biri daha ölmüş. Ceza mahkemesi kararı 9 yıl hüküm. Çok ağır bir ceza İsviçre için. Paralel eş zamanda Sion ağır ceza mahkemesinin kararı var. Orada da bir güvenlik görevlisi Cafe'de oturmakta olan Pangemiç eski Yugoslav Milli Takımı'nda kaleci sonra Sion'a gelmiş orada kaleciydi. Belki İsviçre vatandaşı da olmuştur bilmiyoruz. Cafe'de oturan adamın gelip kafasına tabancayla ateş etmiş. Ve ölmüş. Ve Sion'daki ağır ceza mahkemesi güvenlik görevlisine 14 yıl mahkûmiyet veriyor. Ve inanın yer yerinden oynadı. Bütün Cenevre allak bullak oldu. Bir sürü Cenevre Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alanlar doktoralarını iade ettiler. Böyle adalet olmaz olsun, Cenevre'deki adalet falan diye. Protesto maiyetinde bütün her yerde radyoda, televizyonda, gazetede başka bir şey yok. Fakat sonra Cenevre Cumhuriyet Başsavcısı Ben Mufa denen adam ki bize öğrenciyken Cenevre Hukuk Fakültesi'nde bir konferansa gelmişti. Bütün hepimizin yargısı şuydu; bu adamı kim başsavcı yaptı ya! Biri gelse imdat demeye utanır. İmdat demeye dili varmaz diyorduk çok büyük yanlışlığa düştüğümüzü anladık. Adam şunu söyledi ve bu açıklamadan sonra her şey bitti sanki, bunlar hiç yaşanmamış gibi. Cenevre ağır ceza mahkemesinin verdiği karar doğrudur. Sion ağır ceza mahkemesinin verdiği karar da doğrudur. O yüzden ben temiz etmiyorum zaten Cenevre Ağır Ceza Mahkemesini. Neden? Sıkıştırılmışsınız. Gangster kimse makbul adam demiyor. Sıkıştırılmışsınız. Sıkıştırılan kedi bile tırmalar. Öbür tarafa dönelim Sion ağır ceza mahkemesinin verdiği karar da doğrudur. Adamın diline ben takısı ilave et. Bunu kullanabilirsin. O adam bir güvenlik görevlisi o silah kullanırken sıradan bir insana göre 10 defa daha fazla düşünmeliydi. Ağırlaştırılmış ceza bu anekdotu anlatıp hukuka aykırılığı kaldırma hallerinden birincisinden üzerinde durduk.

Kusursuz sorumluluk hallerine geldiğimizde şimdi açık söyleyeyim yine eleştirebilirsiniz ama kitap gibi bir düzenleme oldu. Şimdi hangi borçlar genel kitabını açarsanız açın kusur sorunu 1, özel sorumluluk 2, efendim hakkaniyet sorunu 1, hakkaniyet özel sorunu 2, 3 tehlike sorunu dedik. Bütün kitaplarda bu sıkı sistem var. Veyahutsa hakkaniyet sorumluluğunda işte ayırt etme gücünden yoksun olanlar affedilmiştir. Özel sorumluluk dediğimizde işte aklımıza gelmiştir. Adam çalıştırma sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, binada tarih esere bağlı sorumluluk. Bunlarda yeniliklerde tehlike sorumluluğu. Daha önce böyle bir madde yoktu. Ve herkes mutlaka tehlike sorumluluğunda özel olarak düzenlenmesini istiyordu. Hangi kitabı açarsanız açın böyleydi. Ve biz buraya bir madde koyduk. Madde beğenilir beğenilmez. Ama hiç olmazsa şunda bir yasal temel var. Birazdan tekrar geleceğim.

Hakkaniyet sorumluluğuna gelince şimdi Atilla'da çok iyi hatırlayacaktır komisyonda biz şöyle bir şey düşündük hakkaniyet sorumluluğu neden sadece ayırt etme gücünden yoksun olanlarla sınırlıdır? Şimdi nefret ettiğim bir örnek ama çok çarpıcı ve komik olduğu için vereceğim. Bu kitaplarda da var. Ayırt

etme gücünden yoksun olan bir vatandaş ama nedense dalkavuk çok zengin oluyor. Ağzında sigarayla dolaşiyor, izmariti tutuyor, sönmemiş izmariti pat diye atıyor. Tesadüfen bir garibanın samanlığına gidiyor. Samanlıkta yanıyor. Gariban mahvoluyor. Şimdi biz ne diyoruz valla bu adam tamam kusur işleyemez ayırt etme gücünden yoksun ama keratanın musluğundan para akıyor. İnsaflar ödesin bir şeyler diyor gidiyor. Tamam, çok güzel hakkaniyet gerektiriyor adamı sorumlu tutuyor. Ayırt etme gücüne sahip olduğunu söyledim. Sigarayla da bıraktım ama yeri gelince hala içiyorum. Ağzında sigarayla dışarı kalp krizi geçiriyorum. Pat düşüyorum. Sigara da tesadüfen bir başka garibanın samanlığına düşüyor. Ben de çok zenginim. Benim musluktan da para akıyor. Ben hakkaniyet gereği sorumlu tutulmuyorum. Neden? Çünkü ayırt etme gücüne sahibim. Bu olmaz dediler. Bizim tasarıda da böyle çıktı ama adalet komisyonunda he dediler. Bizim tasarı %90 oranında kabul edilmişti. Adalet komisyonunda aynen geçmişti. Fakat bu değiştirilen bir maddedir. Hakkaniyet sorumluluğu 65. madde ile önceki 54.'ün aynısı olarak devam etti. Adam çalıştırma sorumluluğunda yine bir 3. fıkrada bir yenilik var. Aslında bu da yenilik değil. Uygulamada, öğretilerde benimsenmiş olan bir şey. İşte hep diyoruz ya adamı seçmede, nezaret etmede, talimat vermede tekerleme gibi her şeyi yapmışsınız işte bu kurtuluş hilesi falan. Ama uygulama ne diyordu? Olsun, potansiyel bir vaziyet varsa ben anlamam yine sorumlulukların siliniyordu. 3. fıkraya onu getirdik. Bir işletmede adam çalıştırmanın o işletmenin çalışma düzeninin zararında olmasını önlemek ispat etmedikçe o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür dedik. Uygulamada mevcudu zaten aktardık buraya.

Hayvan bulunduranın sorumluluğu ben üzerinde fazla durmak istemiyorum. Bir tek güzellik yaptık. Güzellikte hayvan bulunduranın kim olduğu daha iyi tanımlandı burada. Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişiymiş hayvan bulunduran.

Yapım malzemelerinin sorumluluğuna geliyor. Burada çok önemli bir değişiklik var. Hep şu eleştiri yapılır. Efendim sorumlu için kusursuz sorumlu. Tamam yapın. İşte bir parça düştü el âlemin kafasına, kafası yarıldı. Kim sorumlu? Adam orada yok. Otur diyor. İntifa hakkı sende ya eski intifak yeni oturma. Bunlar sorumlu olsun deniyordu. Oldu. Şimdi bakarsanız burada 69. maddenin 2. fıkrasına intifa ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımından doğan eksikliklerden zararlarda malum nedenden müteselsilen sorumludur. Herhalde bu da bir güzellik diye düşünüyorum. Çok fazla eleştirilecek bir yanı yok.

Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme biraz önce Sayın Başkanım dedi ki; denkleştirme acaba bizim düşündüğümüz tazminattan farklı mıdır? Belki farklıdır. Ama şunu düşünürsek biz başta da söyledim ya. Bizim tazminat hukuku sistemimizde zarar verenin görüp görebileceği zahmet zaten zararın tutarındır.

Ama genelde bu da olmaz. İşte bir takım indirim sebepleri vardır. Kusurun hafifliği, tarafların ekonomik durumu vs. Karşılıklı husus indirimi. Ha burada hakikatten bire bir tazminat olamaz çünkü neden? Tehlikesi olan bir iş söz konusu orada izinli bir iş yapıyorsunuz. Yani hukuka aykırı değil yaptığımız şey ama buna rağmen zarar veriyorsunuz. İşte o zaman denkleştirme gündeme geliyor. Atilla kardeşim benden çok daha iyi biliyor onu. Alman hukukuna daha yakındır çünkü benden. Zaten görünümünde o Almanların meşhur fedakarlığı denkleştirilmesi düşüncesi yansıtılmak istendi. Onun için bunun üzerinde fazla durmayacağım. Buyurun...

**Atilla Altop:** Burada şöyle bir eleştiri yapılıyor haklı olarak. İlk düzenlenirken 2. fıkra yoktu. Yani tamamen bir kusursuz sorumluluk hali ön görüldü. Önemli bir şey ölçüde tehlike arz eden bir şey değil. İşletiyorsanız yani o da şu demek her türlü tedbiri almanıza rağmen zarar meydana gelmesini engelleymiyorsanız önemli ölçüde tehlike arz eden bir yer vardır. Buradan meydana gelen zarardan kusursuz sorumlusunuz. Temel prensip buydu. Sonra bu 2. fıkraya eklendi. Şöyle algılıyorum olayı, 2. fıkrayı. Yani bir izinle yapıyorsunuz hani bizim o haksız fiillerdeki ızdırar halinde olduğu gibi hukuka uygunluk sebebi gibi kabul edilip aslında hukuka uygun çünkü yetkiyi, alıyorsunuz, yetkinin ön gördüğü bütün tedbirleri alıyorsunuz. Hukuka uygun davranıyorsunuz ama gene bir zarar meydana gelirse o zaman artık tam tazminat yerine tıpkı ızdırar halinde olduğu gibi denkleştirme hakkaniyeti. Ama burada bir eleştiri geliyor ki onu da çok haksız görmemek lazım. Deniyor ki: bu sorumluluk hali bu 2. fıkrayla pek hukuki bir tabir olmayacak ama kusura bakmayın sulandırılmış oluyor. Sebebi de şu; çok haksız değiller. Diyor ki; böyle çok önemli ölçüde tehlike arz eden bir işi affedersiniz izin almadan nasıl yapacaksınız diyor. İzinsiz atom santralimi yapacaksınız. A, izinsiz ne yapılır işte çok tehlike arz eden dersem bizde tüp imalatı yapılır. O da çok önemli değil ancak öyle şeyler. Yani deniyor ki zaten bütün engellenmek istenen büyük tehlikeler yaratanların hepsi zaten izinle yapılıyor. E o zaman siz izinle yapıldığı için bunlarda hani sanki temel ilke denkleştirmedir tüm zararın tazmini değil midir gibi bir tek öyle bir eleştiri geldi onu söylemek istedim.

**Haluk Burcuoğlu:** Atilla kardeşime teşekkür ediyorum. İşte bakın ne kadar iyi bir öğrenci yetiştirmişim. Bir kere daha kendini gösterdi. Pay çıkartayım. Şimdi arkadaşlarım iki madde üzerinde daha duracağım. Bir tanesi zaman aşımı. Efendim zaman aşımı biliyorsunuz önceki 60. maddede 1 ve 10 yılı. Burada 1 yıl, 2 yıla çıkarıldı ve bizim tasarıdan çıkan metinde 10 yıl 20 yıla çıkartılmıştı. Efendim sebebi de bu meşhur depremzede hikâyeleriydi. Hepiniz hatırlarsınız. Burada çok romantik bir gelişme olmuştu. Ben depremzedeler ile ilgili aşağı yukarı 100 küsur davada müteahhit avukatıydım. Dikkat! Onun için çok yakından biliyorum olayları. Bire bir yaşadığım şeyler. Ama biz hep şunu anlatmıştık hatırlarsak size de mutlaka hocalarınız öyle söylemişlerdir.

Ben öğrenciyken de bana öyle anlatmışlardı. Efendim zarar gören bakımından daima sözleşmeye aykırılıktan zarar görmek elverişlidir. Neden çünkü işte kusuru ispatlamazsınız. Efendim zaman aşımı genelde 10 yıldır falan diye. Fakat şimdi size bir örnek vereceğim. 1972 yılında aynı müteahhit tarafından yapılan aynı bina sitenin bir bölümü, bir tane binası. Üç tane bina. 72 yılında tamamlanmış daireler teslim edilmiş. Bir insan doğrudan müteahhitten almış dairesini. Ondan sonra kardeşi ağabeyisini ziyarete gide gele çok beğenmiş siteyi. Komşudan yan daireyi almış. Deprem nedeniyle iki dairede tamamen hasarlı. Dava açmış. Şimdi inanmayacaksınız biz ağabeyin açtığı doğrudan bizden alan adamın davasını kazandık. Efendim dediler teslimden itibaren 10 yıllık zaman aşımı işlemeye başladı. En fazla 10 yıl zaten Dikkat! Hile yaptık, mile yaptık her şeyi yaptık 72, 99 depremi. Dava 2000'de açılmış geçmiş olsun. Kardeşin açtığı davayı kaybettik. Neden? Zamanı dolmadan zaman aşımı işlemeye başlamaz. 60. maddede o meşhur zarara **müstehzin** fiil var ya. o şöyle algılandı efendim zararın **müstehzin** fiil demek ki zararı olmadan fiilden söz edilemez. Lakin depremi biz yapmışız gibi kabul edildi. Senin fiilin depremdir diye herhalde böyle bir şey çıktı. Ve orada 72'de teslim edilmiş olan daire nedeniyle 2000'de açılan dava 99'da daire yıkılıyor. Ve müteahhit sorumlu tutuluyor. İki davada aynı mahkemede görülüyor. Ama olmadı iki kararda olmadı. 13. Hukuk dairesine gitti. Tamam, sözleşmesel teslimden itibaren başlar. Öbürü zararı dolmadan ve bu genel kurula gitti. Açık söyleyeyim deselerdi ki arkadaşlar bu bir sosyal sövdür. Başlarım zaman aşımınıza bilmem neyinize deselerdi ayakta alkışlardım. Ama böyle olmayacak bir yorum getirdiler. Biz bu yorumu engellemek için aklımız sıra fiil lafını, zararı sözcüklerini attık. Herhalde fiilin işlendiği tarihten biz de 20 yıldır, Adalet Komisyonu 10 yıl. Fakat dikkat! Biz bunu yaptığımız zaman komisyonda bir Yargıtay üyesi çok iyi hatırlıyorum Atilla sen var mıydın o toplantıda biliyorum.

**Atilla Altop:** Vardım.

**Haluk Burcuoğlu:** Harika bir şey dedi. Siz ne yaparsanız yapın biz bildiğimizi okuruz dedi. Çok samimi söylüyorum. Hatta rahmetli Turgut Akıntürk hocamız, başkanımız ya sen şaka mı yapıyorsun arkadaş kanundan. Vallahi siz ne yaparsanız yapın biz onu öyle anlarız dedi. Nitekim biz burada ne yaparsak yapalım zararın sözcüklerini kaldırmamıza rağmen yanılmıyorsam Adalet komisyonunda da zaten bu değişiklik gerekçesi de nasıl olsa zarar da olmadan fiilden söz edilemez bir şey yapıldı. Biz amacımıza ulaşamadık. İşte dedim ya %10 darbe yemiştik. Komisyondan çıkan metinlerden biri de bu.

Son olarak 76. maddemiz var geçici ödemeler. Bu maddeye eleştiri yöneltildiğinde çok fena asabım bozuldu açıkçası. Başkan görüyorsunuz ne kadar tehditkâr konuşuyorum değil mi? Arkadaşlarım geçici ödemeleri Allah aşkına bir okuyun. Amacımız çok basit. Düşüncemiz oydu. Sadece bununla ilgili

değil ama asıl şeyimiz şu; ben haksız eylem sonucunda bedensel bir zarara uğradım. Ya, tedavi ettirecek param yok. Dava açıyorum bir sene mi bekleyeceğim? Ha bir de şu var; bütün kitaplarda yazar bizimkinde de öyle. Efendim, işte bisikletle adam bana çarpıyor kolum çiziliyor ben orali olmuyorum sallıyorum ondan sonra ameliyat gerekiyor. Sen onu isteyemezsin! Çünkü zararın artmasına neden oldun. Değil mi? Karşılıklı husus. Ben ne yapacağım peki? Öleyim mi? Yok param yok ya. Ya gitse adam gibi hakime dese ki arkadaş al vaziyet bu. Cebimde param yok. Karşı tarafta müsait. Neler çıktı, nasıl eleştiriler geldi ya. Efendim insan kendini kamyonun altına atar falan gibi. Yahu atсын manyak tövbe estağfurullah. Ne diyeyim yani. Böyle bir şey aklımıza gelmedi. Ciddi söylüyorum. Acayip eleştirildik. Ve bana göre de çok samimi söylüyorum. Benim anlayışına göre bu kanunda, yeni kanunda iki tane devrimci madde vardır. Biri 76. maddedir. Biri de sonra Atilla kardeşim anlatacak kefaleti. Kefaletle ilgili 603. maddedir. Bunlar gerçek anlamda devrimci maddelerdir. Dinlediğiniz için çok teşekkür ederim. Sağolun arkadaşlar.

**Tamer Şahin:** Efendim ben çok teşekkür ediyorum. Özellikle biz avukatlar 76. maddeden son derece memnunuz. Kanunun eski usulündeki teminatlar koşulu yerine gelmeksizin böylece bir ön ödeme alıp müvekkillerimizi mutlu etme imkânımız olabildi. Şimdi bir iki küçük bir şey var ama onları ben sizle paylaşmak istiyorum. Vakitte geçti. Bu 60. maddeyle ilgili de biraz sıkıntı var. Hocam müsaade ederseniz onu söyleyeyim. Hukuk usulü yasasında buna bir türlü dilim alışamadı. Diyemedim neyse. Hukuk muhakemesi. Muhakemeyi ben başka türlü algıladığım için kusura bakmayın. Dilde biraz saplantım var. Ben muhakemeyi hep sonuca giden düşünce sistemi olarak öğrendim yıllarca. Şimdi bu hukuk muhakemesi kanunu bana uymuyor. 129. madde yanlış hatırlamazsam dava sebeplerinin baştan artık belirlenmesini ve ona ilişkin delillerin de eklenmesini ani olarak hükmetmiş. Hal böyle olduğunda acaba biz davacılar olarak ne yapabiliriz diye bir sıkıntı var. Onu sizinle paylaşmak istedim. Öbür taraftan birde bu çevrecilerin 71. madde ile ilgili büyük itirazları var. Devlet topu taca atıyor diyorlar. İsim çok doğru değil ama işte kimyasal üretim yapan firmalar var yabancı kaynaklı bunların verdikleri zararlar çok yoğun ama devlet bunlara izin vermezlik yapamıyor. İzin de veriyor sonra diyor ki vatandaşa sen bunu denkleştir böyle bir eleştiri geldi. Bir başka eleştiri 55. maddeden oldu. 55. maddede bizde demokrasinin koşulları tam oturmadığı için bu idare ile işlemler sonucu yapılan fiillerin her an istismar edilmekte olduğu konusunda çok ciddi eleştiriler var. İyi tarafı var, kötü tarafı var. Bir de gene bu sonradan gelen yakınlarla manevi tazminat. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği teksin içinde var. Bu çok doğrudur. Çok doğru. Ama bir taraftan da nikâhsız evliliği çoğaltacağı konusunda bir eleştiri oldu. Bunları sizle paylaşmak istedim hocam.

**Haluk Burcuoğlu:** Sağ olun. Teşekkürler.

**Tamer Şahin:** Evet efendim. Peki efendim.....

## ARA-ARADAN SONRA

**Tamer Şahin:** Yavaş yavaş başlayalım. Seminerlerin en zor bölümüne geldik. Genelde yemekten sonraki bölüm ağır olur. Onun için süreyi biraz uzun tuttuk. Burada arkadaşlarımızın sorusu yok herhalde. Şu ana kadar iki soru geldi. Onun dışında henüz bir soru alamadım. Evet, bu bölümde Yrd. Doç. Dr. arkadaşımız Sayın Ebru Ceylan bu satışla ilgili Borçlar Kanunundaki düzenlemeleri bizlerle paylaşacak. Buyurun efendim.

**Ebru Ceylan:** Teşekkür ederim Başkanım. Öncelikle İzmir Barosu'na ve Türkiye Barolar Birliği'ne, özellikle yeni Borçlar Kanunumuzla ilgili tanıtım bakımından bu kadar güzel bir konferans düzenledikleri için çok teşekkür ederim. Saygılarımı, sevgilerimi sunarım. Satış sözleşmesi ile ilgili düzenlemeleri anlatmaya çalışacağım. Öncelikle satış sözleşmesine genel olarak baktığımızda acaba -eski diyorum artık- eski Borçlar Kanunu'ndan farkı nedir, bir takım yenilikler geldiğini görüyoruz. Bu yeniliklerin içinde en önemlisi kısmi ödemeli satışlar başlığı altında ön ödemeli taksitli satışların kapsama girdiğini görüyoruz. Zaten taksitli satışlar vardı. Fakat ön ödemeli taksitli satış diye bir düzenleme yoktu. Bunun önemli bir yenilik olduğunu görüyoruz. Ayrıca satış ilişkisi doğuran haklar yeni maddelerdendir. Özellikle ben Kanunda yeni olan maddelerden bahsetmek istiyorum. Sürem yettiğince açıklama yapmaya çalışacağım. Şimdi satış sözleşmesine sistematik olarak baktığımızda sistemde bir farklılık yok.

Genel hükümlerle başlıyor birinci ayırımda. Genel hükümlere baktığımızda satış sözleşmesinde genel hükümlerin 207. madde ve 208. madde yani iki hükümlerle düzenlendiğini görüyoruz. Bir kere tanımda bir değişiklik olduğunu görüyoruz, satış sözleşmesinde. Şöyle ki satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmek alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Burada tanımda şöyle bir değişiklik var, eski Borçlar Kanunu 182. maddede “teslim ve alıcıya mülkiyeti nakil” ifadesi vardı. Teslim dediğimizde biliyoruz ki sadece zilyetliğin türlerinden bir tanesidir. Burada “zilyetlik ve mülkiyetin devri” ifadesiyle kapsamı daha genişletildi. Kanımca “teslim” ifadesinin yerine daha kapsamlı olan “zilyetliğin” kullanılması isabetli oldu. Çünkü başka şekilde de zilyetliğin devredildiğini biliyoruz. Eşya hukukunda bunu biliyoruz. Yarar ve hasarla ilgili olan ise baktığımızda şöyle bir düzenleme var 208. maddede: eski Borçlar Kanunu 183. maddesinde hasarın geçişiyle ilgili olarak çeşit borcuyla gerek parça borcunda gerekse geciktirici şarta bağlı satış sözleşmesi için ayrı ayrı hasarın geçişinin düzenlendiğini görmüştük. Ama bugün artık hem taşınır hem taşınmaz için hasarın geçişiyle ilgili

genel bir kural getirildi .

Taşınmazda tescile kadar satıcıya ait olduğu belirtildi. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması anı esas alınmadı. Yani şunu söylemek istiyorum birinci fıkraya baktığımızda durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan ayırık haller dışında satılanın yarar ve hasarı taşınır satışında zilyetliğin devri, taşınmaz satışında ise tescil anına kadar satıcıya ait olacağı düzenlendi. Bunun önemi nedir? Bunun önemi şuradadır: eski Borçlar Kanunu 183. maddede bu sözleşmenin kurulması anından itibaren müşteriye intikal eder diyordu. Kanımca burada olumlu bir değişiklik yaptı kanun koruyucu. Yarar ve hasar, borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesi kurulduğu andan itibaren değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçince, alıcının henüz malik olmadığı bir durumda hasara katlanmasından doğan haksızlığa son verilmiştir. Çünkü aksi durum eleştiriliyordu. Dolayısıyla yarar ve hasar artık taşınır satışında zilyetliğin devrinde, taşınmaz satışında ise tescil anına kadar satıcıya ait olacağı düzenlendi. En önemli fark budur.

Taşınır satışına baktığımızda “taşınır” dediğimizde taşınmazla taşınır farkıma baktığımızda özellikle Türk Medeni Kanununda taşınmaz dışında kalanlar yanında diğer Kanunlarda da taşınır olarak belirtilen şeyleri de taşınır kabul ediyoruz. Ürünler, yapının yıkıntıları, taş ocağından çıkarılacak taşınmazdan ayrıldıktan sonra bütünüyle parçalarda yine taşınır sayılıyor. Eski Borçlar Kanunu madde 184’te daha dar bir tanım vardı. Yeni düzenleme kanımca daha isabetlidir, daha geniş bir kapsama sahiptir.

Şimdi satıcının borçlarına geçelim. Satıcının ilk borcu zilyetliğinin devridir. Bunu biliyoruz. Ama kanun koyucu madde olarak kanuna koydu. Satıcının, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlü olduğu ifadesine yer verdi. Evet, bunları geçelim daha önemli hükümler var. Biliyorsunuz, satıcının sadece zilyetliğin borcu yok. Zaptan sorumluluk, ayıptan sorumluluk gibi borçları da var. Ayıptan sorumlulukla ilgili olarak taşınır satışında “ayıp” kavramı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundaki “ayıp” kavramıyla bire bir örtüştüğü şekilde, ondan etkilenerek tekrar düzenlendi. Satıştaki bir ayıp halinde, bir bozukluk ifadesi kullanılmadı, ayıp kelimesi yine korundu. Ayıba karşı tefekkül borcu “ayıptan sorumluluk” olarak ifade edildi 219. maddede. Burada temel olarak bildiğimiz gibi Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 4. maddesindeki “ayıplı mal” ifadesinin esas alındığını görebiliriz.

Sorumsuzluk anlaşmalarıyla ilgili hükmü biliyoruz zaten ayıpla ilgili olarak. Gözden geçirme ve satıcıya bildirme borcu var ayıptan sorumlulukta. Alıcının burada “muayene ve ihbar külfeti”, “gözden geçirme ve satıcıya bildirme” olarak Türkçeleştirildi. Burada özellikle gözden geçirme ifadesi yerine

benim bir görüşüm var bu konuda söyleyeyim gözden geçirme ifadesi yerine “inceleme” ifadesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyim. Tüketici mahkemelerinde de 4 yıldır bilirkişilik yapan bir hoca olarak sanki bana göre daha isabetli olacak gibi geliyor.

Dediğim gibi “inceleme” ifadesinin daha açıklayıcı olacağını düşünüyorum. Eski Borçlar Kanununda “derhal bildirme” ifadesi aranmışken yeni Borçlar Kanununda “uygun süre içinde” ifadesi kullanılmış. Kanımca uygun süre çok net bir ifade değil. Dolayısıyla ayıbın derhal bildirilmesi, uyumsuzlukların çözümü ve satıcıya korumak için daha isabetli olur diye düşünüyorum. Çünkü uygun süre dediğimizde bu durum satıcının uzun süre sorumluluk altında kalmasına yol açabilir. Bu açıdan burada “hemen” ifadesi daha uygundur diye düşünüyorum. Bununla ilgili eleştirimi söylemiş olayım. Evet, satıcının ağır kusurlarının sonuçları dediğimizde satıcı bir malda ağır kusurlu olarak satılan-daki ayıp kendisine süresinde bildirmemiş olduğunu ileri sürerek kısmen olsa dahi kurtulamıyor.

225. maddeye baktığımızda bu maddede kapsamlı bir değişiklik yapıldı. Özellikle burada yeni olan şudur: satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir. Dolayısıyla burada 2. fıkranın yeni bir düzenleme olduğunu görüyoruz. Satıcının daha dikkatli, olması gerekiyor, çünkü bozuk mal teslimlerinden dolayı birçok dava açılıyor. Dolayısıyla satıcının daha dikkatli hareket etmesini sağlamak için kanun koyucunun 2. fıkrayı koyduğunu görüyoruz. 1. fıkrada ise sadece “satıcının hilesi” halinde değil daha geniş olarak “ağır kusur halinde” de sorumlu olacağı düzenlenmiş. Dolayısıyla satıcının sorumluluğu bakımından eskiye nazaran kapsamı genişlemiştir. Bir ayıp ortaya çıktığında alıcının seçimlik haklarına baktığımızda 227. maddede kapsamlı değişikliklerin olduğunu görüyoruz. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundan bildiğimiz gibi eğer bir ayıp varsa o takdirde satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme veya ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme veya aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarımı istemek. Ücretsiz tamir hakkına burada bir sınırlama getirmiş. Aşırı bir masrafı gerektirmeme şartını koyarak. Alıcının 4 tane temel hakkı var. Bu haklardan bir diğeri de imkân varsa -burada da bir sınırlama var- satılanın ayıpsızını benzeriyle değiştirme hakkı. Tabi alıcı bu hakların yanı sıra eğer bir zararı söz konusuysa tazminat isteme hakkına da sahiptir.

**Tamer Şahin:** Efendim burada müsaade ederseniz bir araya gireyim. Bunu başka bir yerden de hatırlarız. İmkân varsa satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme. Şimdi buradaki imkân çok sübjektif. Kimin yönünden imkân? Nasıl bir imkân? Neye göre isteyeceğiz? İmkân varsa. Yani bununla mesela objeleştirsek şunu mu söyleyecek; biz tüketici davalarında araba mese-



leleri vardır. Araba alırsınız yenisine müracaat değiştirmek istediğiniz zaman davada açarsınız. Davayı kazanırsınız. Aynı model araba yoktur artık. İmalatı bitmiştir. O gibi bir halde mi acaba imkânsız diyeceğiz. Yoksa taraflardan birisi için imkânsız olacak, örneğin satıcı yönünden imkânsızlığı kabul edebilecek miyiz?

**Haluk Burcuoğlu:** Bana göre objektif olarak değerlendirilmesi lazım. Yani satıcı yönünden olabilir de, başka yerden temin etmek mümkünse pek ala. Masrafları satıcıya ait olmak üzere oradan da temin edilebilir.

**Tamer Şahin:** Özellikle tüketici mahkemelerinde örneklerine rastladık burada sunulmama yapıyorduk onu. Mesela dava açıyorsunuz aldığınız araba markası diyelim önemli değil burada söylemek çok önemli değil Golf diyelim Golf de kasa değiştirdi. Bu sene galiba değiştirdi. Ya da 2011 model Passat ama şimdi değiştirmek istediğiniz zaman yeni Passat ile eski Passat arasında fark var. Burada değiştirme şansı olmadığı ileri sürülebiliyordu. Tüketici mahkemeleri öyle söylüyor.

**Haluk Burcuoğlu:** Eğer, objektif olarak o model hakikatten başka bir şeyse ben arabadan hiç anlamam da onun için bu örnekte şeyim. Araba dört teker üzerinde giden bir alettir. Kullanmayı da bilmiyorum. Onu da söyleyeyim. ehliyetim var ama hayatta şeye elimi sürmedim. Yalnızca çarptım anlayın. Ama şeyi söyleyeyim eğer hakikatten iki 2011 model ve 2012 model arasında çok önemli bir fark varsa ya da 2011 model hakikaten bulamıyorsa, tüketici mahkemeleri doğru çözüm yapmış. Yanlış anlamadıysam imkansız...

**Tamer Şahin:** Evet, aynı şey düşünülüyor, paralellik arz eder mi diye. Peki, efendim teşekkür ederim.

**Haluk Burcuoğlu:** Evet, evet...

**Ebru Ceylan:** Eski Kanunda olmayan yeni bir düzenleme var. Şunu belirtmemiz gerekir satıcı alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı malın zararını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir. Yani burada satıcı bir imkâna kavuşuyor. Satıcı malın ayıpsız benzerini veriyorsa zararı da hemen karşılıyorsa alıcı artık seçimlik haklarını kullanma imkânını kaybediyor. Onun haklarını kullanmasını engelliyor. Bu ise eski Borçlar Kanununda yoktu. Eski Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde alıcının seçimlik hakları, fesih ve satış bedelinde indirimdi. Bugün ise Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundaki 4 seçimlik hakkın yer aldığını görüyoruz. Bunun yanı sıra tazminat imkânı da var. Bunu da belirtmemiz gerekiyor. Eğer satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı ancak hangi hakkını kullanabilir? Sözleşmeden dönme hakkını kullanabiliyor veya ayıpsız bir benzeri değiştirme hakkını kullanabiliyor. Burada alıcı bir seçim yapabilir.

Alternatifi ya dönme hakkını kullanıyor ya da değiştirilmesini isteme hakkını. Eğerki değerdeki eksiklik bedele çok yakın ise. Burada madde 227 3. fıkraya baktığımızda hâkimin seçimlik olarak eskisinde olmayan satılanın onarılmasına karar verme yetkisinin de eklendiğini görüyoruz. Bu açıdan da bir değişikliğin olduğunu görüyoruz. 4. fıkra ise dediğimiz gibi satış bedeline çok yakın ise artık sözleşmeden dönmeyi istemesi veya ayıpsız benzeriyle değiştirilebilmesi düzenlenmiştir.

Kapsamlı değişiklik yapılan zamanaşımı ile ilgili olan hüküm 231. madde diyor ki; satıcı daha uzun bir süre üstlenmiş olmadıkça satılanın ayıbından doğan sorumluluğu ile ilgili bir dava açılacaksa ayıp yani bozukluk daha sonra ortaya çıksa bile artık satılanın alıcıya devrinden başlayarak 2 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Zamanaşımı süresi eski Borçlar Kanunu'nda 1 yıldır. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna paralel olarak 2 yıl kabul edildi. Böylece iki yasa arasındaki paralellik korunmuş oldu. Olumlu bir düzenlemedir kanımca. 231. maddenin 2. fıkrasında şöyle diyor; satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurluysa 2 yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. Elbette "ağır kusur" ifadesini kullanıyor. Eskisinde ise "iğfal edilmiş" ifadesi vardı. Burada yine bir değişiklik olduğunu görüyoruz. Süresel bakımdan bir fark var.

Evet, şimdi taşınmaz satışına geldiğimizde ise; taşınmaz satışı ile ilgili şekil bakımından yine bir düzenleme farkı yok. Satış ilişkisi doğuran haklara bakmamızda yarar var. Satış ilişkisi olan haklar, ön alım geri alım ve alım haklarına baktığımızda bu haklar 237. maddede ile 246. madde arasında düzenlenmiştir. Satış ilişkisi doğuran haklarla ilgili bu hükümler yeni düzenlemelerdir. Eski Borçlar Kanunu'nda yoktu. Bunlar yeni gelen hükümlerdir. Madde 238'de ön alım, geri alım ve alım hakları en çok 10 yıl süre için kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kanunlarda belirlenen süre ile tapu sicilinin şerh edilebilir. 10 yıllık bir süre için bu hakların etkisini göstereceği yine Türk Medeni Kanunu 735 ve 736. maddelerindeki düzenlemelerle uyumlu olarak belirtildiğini görüyoruz. Şerh edilmesi halinde de şerh etkisinin yine 10 yıl geçince sona erer. Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu arasındaki paralellik sağlanmış oluyor. Bu hakların devredilmesi ve miras yoluyla geçmesi ile ilgili olan hükme baktığımızda ise bu hükmün de yeni bir hüküm olduğunu görüyoruz.

Sözleşmeden doğan ön alım, alım ve geri alım haklarının kural olarak devredilmeyeceği ama aksine bir anlaşma yapılabileceği düzenlenmiş. Demek ki bu hüküm emredici bir düzenleme değil. Bu hakların miras yoluyla geçeceği belirtilmiş 1. fıkra. 2. fıkra ise bu hakların devredilebileceği sözleşmede eğer devrin kararlaştırılmışsa devir işlemi içinde hakkın kurulması hangi şekilde yapılmışsa o şekilde yapıldığı takdirde geçerlilik şartının sağlanabileceği

düzenlenmiş. Ön alım hakkı daha diğerlerine göre daha önemli bir hak olduğu için özellikle uygulamada daha çok sorunlara yol açan ve daha çok problemler görülen bir hak olduğu için detaylı hükümler getiriyor kanun koyucu. Bu hakların ileri sürülmesine baktığımızda burada da bir takım düzenlemeler var. Şöyle ki ön alım hakkı taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eş değer her türlü işlemin yapılması halinde kullanılabilmesi düzenlenmiş. Sadece taşınmaz satışında değil fakat satışla ilgili eş değer etkiye sahip olan işlemde de her türlü işlemde kapsamı geniş tutularak belirtilmiş. Bu konuda da bu hakkın kullanılabilmesi söyleniyor. Taşınmazın mirasın paylaşımında mirasçılardan birinin özgülmesi ancak 2. fıkrada ise şu konularda bu hak kullanılamaz diyor. Diyor ki; miras paylaşımı varsa, miras taksim davası diyelim mirasçılardan birine tahsis edilmesinde cebri arttırma yoluyla satışında ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve buna benzer amaçlarla edinilmesi hallerinde kullanılamayacağı düzenlenmiş. Burada da yine tabi buna benzer amaç var mı diye bakmamız gerekir, işlemin bu niteliği taşıması için. Önalım hakkının koşulları ve hükümleri madde 241’de düzenlenmiş. Türk Medeni Kanununa göre burada sözleşmeden doğan ön alım hakkıyla ilgili daha kapsamlı bir düzenlemenin olduğunu görüyoruz.

Bu maddenin birinci fıkrasında önalım hakkının koşulları şöyle düzenlenmiş: satış sözleşmesinin yapıldığının ve içeriğinin önalım hakkı sahibine noter aracılığı ile satıcının veya alıcının bildirmek zorunda olduğu, yani bir bildirme yükümlülüğü olduğunu görüyoruz.

Bu maddenin 2. fıkrasına göre ön alım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa veya alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez. Şimdi hak kullanıldıktan sonra özellikle uygulamada ortaya çıkan sorunları bertaraf etmek amacıyla ile 2. fıkrada bu düzenlemenin getirildiğini görüyoruz.

Bu maddenin 3. fıkrasında ise önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, ön alım hakkı sahibi taşınmazın 3. kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır. Taraflar aralarında farklı bir düzenleme yapmamışlarsa farklı bir hüküm orada söz konusu olmayacak. Aynı 3. kişiyle kararlaştırdığı koşullar devreye girecek. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerle de yine burada da yazması gerekir miydi? Bana göre zaten bu açıkça bellidir, son fıkrada da bu hükümlerin de uygulanacağı düzenlenmiş.

Şimdi madde 242’de ise sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi bu hak şerh edilmiş ise şerh edilmenin etkisini ve taşınmaz mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse kime karşı dava açacağını Medeni Kanundan daha net bir şekilde belirtilmiş. Diyor ki, eğer tescil edilmişse taşınmazın mülkiyeti alıcı adına o zaman alıcıya. Eğer bir tescil yoksa o takdirde satıcıya karşı satışın veya ekonomik bakımdan başka bir işlemin kendisine bil-

dirildiği tarihten itibaren yine Medeni Kanundaki gibi 3 ay ve herhalde satışın yapılmasından itibaren 2 yıl içinde davayı açmak zorundadır. Davayı açma süresi burada belirtiliyor. Dava açılarak kullanılan bir hak olduğu için burada süreler belirtilmiş.

Taşınmaz satış sözleşmesinde sorumluluk ile ilgili olarak ise 244. maddede şöyle bir düzenleme var: Taşınmaz satışı ile ilgili bir kapsamlı değişiklik var. Taşınmaz satışında aksine bir sözleşme olmadıkça satılan taşınmaz kural olarak birinci fıkrada satış sözleşmesinde yazılı yüz ölçümü tutarını kapsamıyorsa satıcı eksiği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür. Burada tazminat yükümlülüğünün getirildiğini görüyoruz. Aksine tabi bir sözleşme olabilir. Şimdi bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar oluşmasından dolayı acaba davalar kaç senelik zaman aşımına tabidir dediğimizde ise 5 yıl ve satıcı ağır kusurlu ise 20 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiş. Hâlbuki eski Borçlar Kanununda ağır kusur halinde 20 yıllık bir süre yoktu, sadece 5 yıllık bir süre vardı. Şimdi yarar ve hasarla ilgili kuralları geçelim. Şimdi gelelim taksitli satış sözleşmesine...

**Haluk Burcuoğlu:** Ebru müsaade eder misin? Sayın Başkan, şöyle bir saptama yapmak istiyorum. Şimdi değerli arkadaşlarım bu ön alım sözleşmesinin ön alım hakkıyla ilgili bir konuya dikkatinizi çekmek isterim. Yeni Borçlar Kanunu eskisinde olduğu 237. madde yenisinde 3. fıkrada önalım sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Diğerleri resmi bu yazılıdır. Şayet hepimiz avukatız yazılı biçimde ön alım sözleşmesi yaptıysanız sakın ola ki gidip ön alım sözleşmesini şerhlendirmeye kalkışmayın. Herhalde önce kibarca zahmet etmeyin derler. İcabında dayakta yersiniz. Ve son derece haklıdır. Hiçbir tapu müdürü resmi sebep olmadan ön alımı şerhletmez. Mümkün değil! Neden? Çünkü tapu sicil tüzüğü'nün 55. maddesinin C bendi. C bendinde ne diyor? Şerhlendirmek için resmi servet lazımdır. Bitti. Daha da enteresani yeni Tapu Sicil Tüzüğü Taslağı. O da bana gönderildi. Orada da zannediyorum 40. madde aynı şey. Alım bedelli geri alım resmi şerhlendirme. Demek ki; kimse kendini kandırmasın yazılı şekil yeterli. Kesinlikle yeterli değil. Efendim şundan bahsediliyor birim sayfa tarifesinde efendim, tüzük nasıl oluyor da kanuna aykırı oluyor?

## İKİNCİ BÖLÜM

**Haluk Burcuoğlu:** Onlar anlatsın ben dinliyorum merak etmeyin. Biz hepimiz avukatız, boş verin işin teorik kısmını. İkinci olay yine müthiş eleştirilen belki çoğunuzda okumuşsunuzdur. Efendim, ön alım hakkı nasıl olur da dava yolu kullanılır, hukuk katledilmiştir, bilmem nereler devrilmiştir diyen bir sürü arkadaş var. Galiba aksini söyleyen de 2-3 kişiyiz. Ben hep şunu söyledim gerek yasaların hakları, gerek sözleşmelerin haklarının dava yoluyla kullanılması bana göre Türk hukuk tarihinde yapılan en güzel değişikliklerden biridir. Hiç

aksini söylemedim. Efendim her hak nasıl kullanır? Sorun boşanma nasıl bir hak ön alım şey evlilik nasıl kullanılıyor? Dava yolu ile. Niye? Kanunda var. E buda kanunda var. Ne bağırıp çağırıyorsunuz? Soru. Hemen ikinci eleştiri geliyor. Bu bilim adamlarına bayılıyorum. Tabi adliyeden içeri girmemişleri kastediyorum. Yani buradakiler gibi değil biz aynı zamanda avukatız. Efendim, peki mademki ön alım hakkı dava yoluyla kullanılıyor neden alım ve geri alım hakkı bildirimle kullanılıyor. Tuzağa düşürecekler ya. Bizi salak zannediyorlar. Gayet basit alım ve geri alımda iki kişi var, ön alımda Hasan da giriyor devreye. Bu kadar basit. Bunu söylediğin zaman terane başlıyor yeni hükümlerle verilen haklar dava yoluyla kullanılamaz. Bunların hepsi masaldır. Ve yine çok önemli bir değişiklik gerek medeni kanunda gerek borçlar kanununda iyi ki noterden indirim şartı var. Hepimiz yaşadık bunları. Ben 15 sene önce bir dava kazandım hala buramda duruyor. İki tane kadın getirdi adam, müvekkil bizim yanımızda senin ortağı payını aldım dedi. Hayırlı olsun demiş öteki de. Tesadüfe bakın. Henüz davayı kazanmıyor. Aleyhine ön alım davası açılan iki kişinin vekiliydim. Yargıtay onadı. Hala doğru mu değil mi emin değilim. Bir aylık süre vardı. Bir aydan sonra dava açılmıştır. Bu konuda bir parantez açmak istedim zaten Ebru kardeşimden en ufak bir eleştiri gelmediğine göre o da herhalde bizim gibi düşünüyor. Kendisini kutluyorum. Teşekkürler. Buyurun.

**Ebru Ceylan:** Teşekkür ederim hocam. Şimdi kısmi ödemeli satış, taksitli satış ve ön ödemeli satış diye iki çeşit düzenlemiş yeni kanun koyucu. Şimdi taksitli satışın tanımına baktığımızda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6/A maddesi vardır. Tanım tabii birebir aynı değil. Daha farklı bir tanım var. Satıcının satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendiği satış olarak bir tanım getiriyor. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna baktığımızda bedelin en az iki taksitle ödendiği, malın ve hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türü olarak tanım yapıldığını görüyoruz. İki farklı tanım ama yani sonuçta işte dediğim gibi birebir aynı olmasına gerek yok. Açıklamadan anlaşılıyor. Şimdi adi taksitli satışta bir kere bilmemiz gereken öncelikle alıcı ve satıcı olan tarafların arasındaki sözleşmenin konusu taşınır. Taşınır olacak bunu açıkça ifade etmiş kanun koyucu. Demek ki adi taksitli satışta bedelin kısım kısım ödeneceğini görüyoruz. Şeklinin yazılı olduğu açıkça belirtiliyor. Nasıl olacak? Bu geçerlilik şeklidir. Tüketici sözleşmesi niteliğindeki taksitli satışlar da kural olarak yazılı şekilde yapılması düzenlenmiştir. Burada da yine taksitli satışta yazılı şekilde olmadıkça geçerli olmayacağı belirtilmiş. Taksitli satış sözleşmesi yapıldığı takdirde içinde bulunması gereken zorunlu hususlar, 11 madde halinde belirtilmiş. Bu maddeler olduğu takdirde sözleşme geçerli kabul ediliyor. Bu sözleşmede özellikle bunlar açıklanmış.

Şimdi 254'e baktığımızda yasal temsilcinin rızası diye bir hüküm var. Bu

hükümde ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlı eğer taksitli satış sözleşmesi yaparsa o takdirde yasal temsilcinin tabii ki yazılı rızası gerekiyor. Ama bu rızanın bir özelliği var. O da yazılı olması gerekiyor o rızanın. Ve bu rıza aynı zamanda en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilmiş olması gerekir. Koruyucu nitelikte bir takım düzenlemeler getiriyor. Burada da yine yasal temsilcinin rızası küçüğü mümeyyiz küçüğü veya mümeyyiz kısıtlıyı korumak açısından getirilen düzenleme. En geç sözleşme kurulduğu anda rıza veriliyor. Demek ki kanun koyucu sonradan icazeti kabul etmemiş oluyor. Taksitli satış sözleşmesinde. Özelliği böyle.

Şimdi sözleşmenin hükümleri ne zaman doğuyor dediğimizde ise? Alıcı ve satıcı için kurulduğu anda ikisi içinde doğmuyor. Sözleşme kuruluyor, fakat sözleşmenin kurulması satıcı için hemen hükümlerini doğurmaya başlıyor. Ama alıcı için böyle değil. Çünkü alıcı için hükümlerini doğurması sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden itibaren 7 gün sonra hükümlerini doğuruyor. Neden 7 gün? 7 gün bir hafta dediğimiz olan sürede irade açıklamasını geri alabilir. Geri alma hakkını kullanabilmesi için ve bu geri alma açıklaması yazılı olarak bildirebiliyor. Demek ki; burada alıcıyı korumak için 7 günlük bir süre sonra sözleşmenin hükümlerinin doğduğunu görüyoruz. Bu haktan feragat edemeyeceğini, önemli bir hak olduğunu belirtiyor. Geri alma bildiriminde hatta diyor ki sürenin son gününde postaya verilmiş olması halinde bile ne sonuç doğacağını belirtiyor. Yeterlidir diye açıklama yapmış. Satıcı geri alma süresi içinde malı alıcıya devretmişse malı ancak olan bir gözden geçirmenin olduğu ölçüde kullanabiliyor. Aksi takdirde sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmuş oluyor. Yani tabii ki çok olağan bir kullanım gerekiyor. Bir de tabii geri alma hakkını kullanması halinde kendisinden bazı durumlarda cayma parası istenir, bunun da haksız olduğu için istenemeyeceği 3. fıkrada düzenlenmiş. Burada demek ki bir nüshası eline geçmesinden 7 gün sonra hükümleri doğuracağını görüyoruz. Eğer kabul etmezse bu takdirde de herhangi bir tazminat ödemeyecekti alıcı.

Şimdi tarafların hak ve borçlarına baktığımızda ise peşinatın ödeme borcu ve sözleşmenin süresi ile ilgili düzenlemenin olduğunu görüyoruz. Burada taksitli satış sözleşmesinde peşin satış bedelinin en az 10'da 1'inin en geç teslim anında peşin ödemesi gerekiyor alıcının. Geri kalan kısmını ise sözleşmenin kurulmasını izleyen 3 yıl içinde ödemekle yükümlüdür. 3 yıllık bir son süre getiriliyor. 3 yıl içinde geri kalanını ödüyor. Madde 256'nın 2. fıkrasına baktığımızda ise bir yetki getiriyor Bakanlar Kuruluna. Diyor ki; gerek peşinat miktarı gerekse yasal ödeme süreleri bakımından yarıya kadar indirebilir, iki katına çıkarabilir. Burada bir takdir yetkisi getiriyor, Bakanlar Kuruluna. Yani bu oranı yarıya kadar indirme veya iki katına çıkarabilme durumu var. Asgari peşinatı tamamen almaksızın satılanı alıcıya devreden alıcı peşinatın ödenmeyen kısmı üzerinde istem hakkını kaybediyor. Eğer burada talep etme, talep

kelimesinin istem diye ifade etti, kanun koyucu örneğin burada tamamen almıyorsa talep hakkını kaybedeceği düzenlenmiş.

Peşinattan vazgeçme karşılığında satış bedelinde yapılacak arttırmanın geçersiz olduğu düzenlenmiş. Şartlarını belirtiyor. Alıcının yetkileriyle ilgili olarak elbette alıcının yetkilerinin sınırlandırılmayacağı, ortadan kaldırılamayacağı, hep alıcıyı koruyan düzenlemeler var burada. Bunu geçelim. Satış bedelini tamamen ödeyebilir mi alıcı? Elbette ödeyebilir madde 258 gereği. Fakat bunun bir şartı var kambiyo senedine bağlanmamış olması gerekiyor. Bağlanmışsa olmuyor. Her zaman bir defada ödeyerek borcundan kurtulabilir. Peşin satış bedeline ilave edilen bedelin ödenmemiş taksitlerine isabet eden kısmı yarısından az olmamak üzere ödeme süresinin kısaltılmasına uygun olarak indirilecek. İndirim imkânı da ancak bu şekilde de var. Fakat dediğimiz gibi bedelin ödenmemiş taksitle isabet edilen kısmı ½'den az olmayacak şekilde indirilebiliyor.

Şimdi alıcının temerrüdüne baktığımızda alıcı hangi konuda temerrüde düşebilir? Madde 259'a göre peşinat ödemede temerrüde düşebilir veya taksitleri ödemede temerrüde düşebilir. Taksitli satışta, peşinatı ödemede temerrüde düştüğünde iki alternatifli hakkı var. Ya peşinatı isteyecek satıcı ya da sözleşmeden dönecek. Sözleşmeyi fesih ifadesini biz sürekli borç doğuran sözleşmelerde kullanıyoruz. Tipik ani edimli sözleşme satış olduğu için sözleşmeden dönme ifadesini burada kullanıyoruz. Yani ilişkiye son verme. Madde 259 2. fıkrada ise taksitleri ödemede temerrüde düşerse satıcı burada detaylı bir şekilde şunları yapması gerekiyor diye açıklamış. Burada muaccel olmuş taksitlerin yani ifa anı gelmiş taksitlerin veya geri kalan satış bedelinin tamamını bir defada ödenmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Satıcının geriye kalan satış bedelinin tamamını isteyebilmesi fakat böyle bir hakkını ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının bir takım şartları var. O şartlar hakkını açıkça sözleşmede saklı tutması ve satış bedelinin en az 10'da 1'ini oluşturan ve birbirini izleyen iki taksiti veya en az 4'de 1'ini oluşturan bir taksitin ya da en son taksidi ödemedeki temerrüde düşmüş olmasına bağlı olduğunu görüyoruz.

**Tamer Şahin:** Ebru Hanım 5 dakika müsaade....

**Ebru Ceylan:** Tamam biliyorum. Ama bu da önemli. Satıcının dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar burada da ödenmiş olan taksitli miktarına eşit veya daha fazla ise satıcı sözleşmeden dönebilecektir. Burada tabii bir takım şartlar var. Bunlara bakmamız gerekiyor. Sözleşmeden dönme hakkı ile ilgili detaylı düzenleme var. Eğer alıcı taksitleri ödemede temerrüde düşerse bile satılanın alıcıya devrinden sonra bile satıcı sözleşmeden dönerse 260. maddede 1. fıkraya uygulanıyor. Satıcı, satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse ne olur? Madde 260 2. fıkraya uygulanıyor. Şimdi dönme benim için önemli bir konu. İzin verirseniz açıklayayım. Benim yüksek lisans tezim, ta-

şınır satımı sözleşmesinde sözleşmeden dönme hakkı ile ilgilidir, Galatasaray Üniversitesi'nde Kemal Oğuzman Hoca'nın asistanı olarak mesleğe başladım. İlk üç ay kendisiyle çalıştım, maalesef hocamı kaybettim. Arkasından Marmara'da yüksek lisans yapıyorum. Tez danışmanım Cevdet Yavuz Hoca bana dedi ki; sözleşmeden dönmeyi yazabilirsin dedi. Hocam dedim bu kadar teorik bir konu nasıl altından kalkacağım. Dönme konusu çok teorik bir konudur . O dönemde bütün satış çeşitlerine ilişkin dönme hakkını araştırarak detaylı bir tez yazmak durumunda kalmıştım yüksek lisansta. Dolayısıyla tez yazdığım sözleşmeden dönme konusu benim için önemli bir konudur. Evet, burada da ayrı bir hak olarak düzenlenmiş. Burada hâkimin müdahalesi var. Yetkili mahkeme, özellikle avukatları ilgilendiren bir konu. Burada taksitli satışla ilgili yerleşim yeri Türkiye olan alıcının tarafı olduğu taksitli satış sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklardan yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edilmesi ve tahkim sözleşmesi yapılması engellenmiştir. Dolayısıyla usule ilişkin bir hüküm var taksitli satış sözleşmesinde. Dikkatimize sunarım bunu. Evet, uygulama alanına ilişkin çok detaylı bir düzenleme var. Sadece bu hükümler taksitli satışta uygulanmıyor. Taksitli satışla ilgili aynı ekonomik amaca hizmet eden sözleşmeler içinde bu hükümler, bu işlemler içinde bu hükümler uygulama alanına giriyor. Dolayısıyla bu hükümlerin kapsama alanı genişliyor. Evet...

**Tamer Şahin:** Bir de ben aktüel olması için söyleyeyim. Gazetelerde özellikle hafta sonunda çarşaf çarşaf konut ilanları çıkıyor. İsimlerini vermeyeyim. Bunlar genelde işte taksitli satış yapıyoruz. Ve bir kısmı kendi ilanlarını da vererek bunu kendisi söylüyor. O sözleşmeler bu maddeye tabi mi? Yani süreler yönünden bağlı olabilecek miyiz? Oralardan büyük problemler çıkmaya başladı. Takip ettiniz mi bilmiyorum. İstanbul'da yaklaşık 4 bin konut yapmayı takiben bir firma belediye ile ihtilafa düştüğü için 4 bin alıcısına ihtarname çekti. Paralarını almış, şimdi ben o sözleşmeleri yerine getiremiyorum dedi. Bu maddeyi uygulayacak mıyız, uygulamayacak mıyız? Eğer uygulayacaksa uygulama alanı çok geniş. Çünkü bu ara çok fazla emlak alınıp, satımı var. Bunlar genelde taksitli satış. Taşınır dediğiniz yani şimdi...

**Ebru Ceylan:** Şimdi taşınır...

**Tamer Şahin:** Taşınır. Taşınmaz olunca...

**Ebru Ceylan:** Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz "taşınır" kapsamına giriyor. Yani doktrindeki görüşler böyle. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz için böyle .

**Tamer Şahin:** Tabii.

**Ebru Ceylan:** Yani burada konunun kapsamına girecek olan mal taşınır



olacak. Dediğim gibi tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz ancak girebilir. Taşınır kabul ediliyor genelde Yargıtay kararlarına baktığımızda. Dolayısıyla konuyu bu şekilde dikkate alabilir. Ama bakıyorsunuz Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda mal kapsamına “konut ve tatil amaçlı taşınmazlar” giriyor örneğin. Ama burada Borçlar Kanunu kapsamına bunlar girmiyor. Benim görüşüm böyle.

**Tamer Şahin:** O zaman neyi uygulayacağız? Tüketici yasasını uygulayamazsak uygulanacak hüküm yok.

**Ebru Ceylan:** Genel hükümler. Evet, ben bir de ön ödemeli taksitli satışla ilgili sadece kısaca şunları söyleyeyim. Diğerinden farkı nedir? Neyi getiriyor? Ön ödemeli satışta da taşınır bir malın satış bedelini önceden gene kısım kısım ödüyor yine alıcı. Satıcı ise bedelin tamamen ödenmesinden sonra devrediyor malı. Burada ön ödemeli taksitli satışın, adi taksitli satıştan farkı şu; taksitleri kabule yetkili bir bankanın varlığı gerekli oluyor. Bankaya ödemeler yapılıyor. Banka adeta bir aracı gibi. Ötekinde ise böyle bir durum yok. Alıcı ile satıcı karşılıklı ilişki içinde oluyor. En önemli fark olarak bunu söyleyebiliriz. Evet genel olarak buradaki düzenlemelerde yine birçok hüküm yine adi taksitli satış hükümlerine yollamalar var. Oralara bakmamız gerekiyor. Satışla ilgili bunları söyleyebiliriz. Satışın diğer türlerinde ise genel olarak tanımlarda bir değişiklik var. Açık arttırma yoluyla satış gibi veya işte bizim bildiğimiz tecrübe ve muayene satış, beğenme şartıyla satış oldu. İfadeleri değiştirdiler. Ama düzenlemeler aynı. En çok değişiklik söylediğimiz gibi taksitli satış sözleşmesinde ve satış ilişkisi doğuran haklarla ilgilidir. Çok teşekkür ederim. Sevgilerimi, saygılarımı sunarım.

**Tamer Şahin:** Efendim ben teşekkür ediyorum. 15 dakika yine bir ara veriyoruz. Ondan sonra hocam kefaleti, kira ve kefaleti anlatacak.

## ARA / ARADAN SONRA

**Tamer Şahin:** Evet toparlanıyoruz galiba. Efendim önemli değişikliklerden bir tanesi biliyorsunuz kiralarda oldu. Biz uygulamacıların en çok uğraştığı konulardan bir tanesidir. Sayın Burcuoğlu Hocamız da kira konusunun müelliflerinden. Uzun yıllar kendi kitaplarından yararlandık. Değişiklikleri de yine Sayın Burcuoğlu'na bırakıyoruz. Buyurun efendim.

**Haluk Burcuoğlu:** Değerli arkadaşlarım, şimdi her zaman net konuşuyorum. Biliyorsunuz artık alıştınız. Size dünyanın en iyi kira düzenlemesini anlatacağım. Gülünüz, önemli değil. Daha iyisini yapmadılar, yapamayacaklar. Ve bu düzenlemeye el atanlar çarpılır. Nasıl çarpıldıklarını da birazdan söyleyeceğim. Merak etmeyin. Şimdi değerli arkadaşlarım bizim bana göre Cumhuriyet tarihindeki en olumlu, en güzel yasama hareketlerimizden biri 6570 sayılı

Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanundur. 1955 yılında yürürlüğe girmiş olan bu kanunu, yapanlar herhalde vefat etmişlerdir. Bu öylesine muhteşem bir kanundur ki; bütün Avrupa kiracıyı korumak için kendisini paralamıştır ama bu kanunun tabiri caizse ayakkabısına bağ olamamıştır. Şimdi diyeceksiniz ki yav ne anlatıyorsun bize. Madem ki bu kadar muhteşem bir kanundu da niye yürürlükten kaldırdınız. Bu son derece büyük bir yanılığdır arkadaşlarım. Biz 6570 sayılı Yasa'yı şeklen yürürlükten kaldırdık ama ruhunu günahlarından arındırılarak buraya koyduk. Bunu da anlatacağım. Şimdi neden oldu bu? Turgut Öz diye bir arkadaşımız var bizim. Atilla'nın sınıf arkadaşı. İki tane baş belam var. Biri bu biri de Turgut. Turgut Öz kardeşim dedim ya size zorunlu gönüllü olarak oraya giden. Tuttu ki ara sıra laflar atar ortaya ve sonrada matkap gibi oyar insanı. Ya ağabey dedi hepimiz buradayız Cevdet Yavuz burada, Atilla burada, sen buradasın, ben buradayım, o burada, bu burada biz niye dedi ayrı bir kira sözleşmesi düzenlemesi yapalım. Oturalım 6570'te borçlar kanuna koyalım. 'Ya olur mu?' filan dedim. Ya olur dedi. Oldu. Ama tekrar ediyorum 6570 sayılı yasaya saygımız büyüktür. Çünkü onun ruhunu aldık, günahlarını bir kenara bıraktık.

Şimdi kira düzenlenmesine madde madde geçmeden önce şunu söyleyeyim hepiniz biliyorsunuz bazen bakıyorsunuz gazetelerde, bir gün bakıyorsunuz televizyonlarda kiracılar öldü, ertesi gün kiraya verenler mahvoldu diye. Kimseyi öldürmedik. Kimseyi de ondurmadık. Adaletsizlikleri, o günahları bir kenara bıraktık. Onu söyleyeyim. O yüzden diyorum daha iyi bir düzenleme yapılamaz. Burada da çok iddialıyım. Her türlü soruyu sorabilirsiniz buradayız. Şimdi efendim bakıyorsunuz düzenlemeye muhteşem bir sistematik var. Alıyorsunuz: 1) Genel hüküm bütün kira sözleşmelerinde uygulanır. 2) Konut ve çatılı iş yeri kiralaları; zaten 6570 oradan, 3) Ürün kirası. Hangi kitaba bakarsanız bakın zaten bu şekilde ayırım yapılıyor.

Devam ediyorum. Geliyorsunuz kira sözleşmesinin sona ermesi. Tabi sona ermesi derken konut ve çatılı iş yeri kiralalarından bahsediyoruz. Yeri gelince tekrarlayacağım muhteşem bir ayırım daha yapıyoruz. Bildirim yoluyla sona erme, dava yoluyla sona erme. Bizde biliyorsunuz temerrütte bildirimde tahliye davası açılır. Olağan üstü sebep nedeniyle tahliye davası açılır. Değil mi? Kiralananın sözleşmeye aykırı kullanımı nedeniyle tahliye davası açılır. Bunların hepsi yanlıştır. Çünkü tahliye davası mahkemenin vereceği karar ile sözleşmeyi sona erdiren davadır. Oysa temerrütte de, olağanüstü sebepte de, aykırı kullanımda da sözleşmeyi feshedersiniz. Açtığınız dava eski 266, yeni 334'tü galiba yanılıyor muyum? Evet, 334 kiralananın iadesi davasıdır. O davada mahkemenin verdiği kararın sözleşmenin sona ermesiyle ilgisi yoktur. Mahkeme zaten sözleşme sona ermiştir tespitidir. O kadar. Sözleşmenin sona ermesi bakımından dava bildirim, sözleşme bildirim yoluyla sona ermiştir. Ve mahkemenin verdiği karar sözleşmeyi sona erdiren karar değildir. O yönden sadece

açıklayıcıdır. Tahliye davasında ise karar kurucu bir karardır. Bu güzelliği de yaptık. Yeri gelince göreceğiz bir başka güzelliğimiz daha var.

Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesinde kirayı verenden kaynaklanan sebepler kiracıdan kaynaklanan sebepler. Daha ne yapalım yahu? Alın bunu alın herhangi bir borçlar özel hukukuna koyun. Bir cümlede eklemeyin. Açıklamaya gerek yoktur. Bağırıyor. Resim gibi. Hiç! Niye millet böyle kira sözleşmesi yazar, çizer onu da anlamıyorum. Hepsini burada var. Neyi anlatacağın, ne yapacağını? Lütfen dikkatli okuyunuz. Sadece tavsiyemiz, önerimiz budur. Gerisi hikâye. Şimdi geliyorum. Size orkideler sunacağım. Bahçe bu çünkü. Dünyanın en güzel orkideleri burada. Niçin görmüyorsunuz?

Başlıyoruz... Genel Hükümler: 1) Tanım; kira sözleşmesi kiraya verenin birinci çiçek kiralayanın değil kiraya verenin. Çünkü biliyorsunuz kiracılarımız da kiraya veren olarak adlandırılır. Artık kiralayan yok kiraya veren var. Devam ediyoruz. Bir şeyi kullanılmasını veya kullanmakla beraber yararlanılmasını önceki tanıma bakın kullanılmasını diyoruz sadece. Biz birlikte ondan yararlanılmasını da bırakabilirsiniz kiracı denen kişiye. Neden? Çünkü bu tanım ürün kirasını da kapsıyor da ondan. İkinci güzellik. Zaten çirkinlik bunun üzerine. Yok, mümkün değil! Böyle bir şey yok! Devam ediyoruz. Geliyoruz kiraya verenin borçları. Tabi ki aslanlar gibi kiraya veren mevcutta olduğu gibi kiralananı kullanıma elverişli şekilde teslim etmek ve öyle bulundurmaktır durumdadır. Aynen tekrarlıyorum. Bunda söylenecek bir şey yok. 3. maddede şöyle bir laf var; yan giderlere katlanma borcu. Şimdi burada bizden kaynaklanmayan bir şey var. Belki işte bu tek diken ya da ot diyebileceğimiz şey. Kiraya veren kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere kendisi ya da 3. kişi tarafından yapılan yan giderlere katlanmakla yükümlüdür. Kiraya veren. Bizim komisyondan çıkan maddede aksi sözleşmede ön görülmemişse vardı. Sonra adalet komisyonu ne hikmetse kaldırdı. Ve şimdi şöyle enteresan bir şeyle karşılaşılıyorsunuz kiracının temerrüdüne birazdan geleceğiz. Kiracı kiralananın tesliminden sonra muaccel olacak kira bedelinin veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmez. Demek ki yan giderler kiracıya da yüklenebiliyor. Hâlbuki 303. maddede bizim o aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa ibaremi kaldırdıkları için böyle bir acayıplik oldu. Maalesef. Bu da bizim hatamız değil. Eksiklikleri de söylemede yarar var.

Şimdi geliyoruz. Efendim kiralananın el değişimi. Bu önemli bir değişiklik mevcutta biliyorsunuz borçlar kanunumuzda kiralananın el değiştirdiği zaman mesela satılıp başkasına devredildiği zaman ister taşınır, ister taşınmaz kiralık olsun önemli değil. Yeni malik kira sözleşmesiyle bağlı olmaz. İlke bu. Şey hariç 6570 sayılı yasaya tabi olan kira sözleşmeleri hariç. Burada ilke değiştirildi. Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirilirse yeni malik kira sözleşmesine taraf olur dendi. Bütün kira sözleşmeleri

bakımından geçerlidir.

Kiracının borçları tabi kiracının borçları en baba borç kira bedelini ödeme borcudur. Ve kira bedelini ödemesindeki aksaklıkla ilgili ilk aklımıza gelende kiracının temerrüdüdür. Buna devinim demiştik ama sonra temerrüt oldu. Maa-lesef. Kiracının temerrüdü mevcut 260. maddemizde paralellik arz etmektedir. Bildiğimiz düzenleme değil. Müthiş bir şey var dikkat edilirse. Uygulamayı hatırlayımız yeni kanundan önce temerrüt sadece kira bedelinin ödenmesinde-ki aksaklıkla ilgiliydi yan giderler bilmem neler bunlara dahil değildi. Şimdi bakıyorsunuz buraya kira bedeli ve ya yan gideri ödeme borcunda da aksama temerrüt halini oluşturuyor. Dolayısıyla sözleşmenin feshini bildirim yoluyla ve de kiralanan iadesini talep etmek mümkün hale getirildi. Demek ki kirayı vereni öyle çok da öldürmemişiz. Buyurun önce olan imkân şimdi kendilerine tanınmış bulunuyor. Şimdi yine kiracıya verilecek olan süre 6570'deki kira sözleşmelerinde olduğu gibi en az 30 gün olacak. Değil mi? Ve normal diğer kira sözleşmelerinde en az 10 gün. Bu biraz eskisine göre değişti. 10 gün yapıldı ama normalde 20 gün. Biz konut ve çatılı iş yeri kiralalarında temerrüt için 30 günlük süre vereceksin en az ödenmesi için kira bedelinin.

Şimdi geliyoruz özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu. Şimdi değerli arkadaşlarım burada önce beni fevkalade rahatsız eden bir de bir takım eleştirilere geleceğim. Zannediyorum başta da söylemedim. Gazetelerde okuyorsunuz işte bundan böyle balkonda kiracılar mangal yapamayacaklar-mış. O kadar yayıldı ki bu, ya acaba biz böyle bir salaklık yaptık mı diye ken-dimizden de şüphe ettik. Televizyonda da arkadaşşıma sormuşlar neden mangal yapılamıyor. Ne mangalı ya! Biz mangal falan yazmadık. Ama hakikatten insan böyle bir delilik yaptık mı diye haldur huldur arıyoruz. Yok! Ve lütfen dikkat edelim arkadaşlarım. Çok saygı duyduğum ve vakit buldukça yazılarını okuduğum çok değerli bir gazeteci, köşe yazarının yazısını onu da Gürsel Baş-kur kardeşimiz indirme diyorsunuz değil mi bilgisayardan benim anlamadığım şeyler onlar. O gösterdi şaşırdım. Ne diyor biliyor musunuz gazeteci, arkadaş aslında neden mangal yasaklanmıştır biliyor musunuz? Yasaklamadık ama bil-miyoruz. Şöyle diyor mangal rakıya eşlik eder, mangalın yasaklanması rakının yasaklanmasıdır. Ya yuh be! Hakikatten bu kadar olmaz yahu. Hakikatten insaf ya! Ne mangal, ne rakı kim ne oluyor. Yani bunları okuduğum zaman şaşırdım ya. Ama bazı gazeteciler savuruyor diye makale yaz, köşe yazısı yazıyorsun. Mangal niye yasaklanmış rakı yasaklansın diye. Biz rakı ve içki düşmanıyız hepimiz. Yakında da falan cemaatten de denilir. Ona da alıştık. Yani bu tür maskaralıklarla karşı karşıya kaldık. Lafımı da esirgemiyorum. Bu bir reza-lettir. Gazetecilik falan değil. Alıp bir zahmet okusaydınız. Alt tarafı kanunda bakıyorsunuz 5-6 sayfalık bir şey. Roman falan okumayacak. Bakın ya ne ya-zıyor. Şimdi, özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcuyla ilgili size uygulamadan bazı inciler vereceğim. İnşallah bu inciler dökülür ve bir daha da

hiç gündeme gelmezler.

Şimdi arkadaşlarım, hepimiz biliyoruz kira sözleşmesine aykırı bir kullanım varsa önem vereceksiniz. Burada yeni şeyde en az 30 gün vereceksiniz yazılı olarak. Kiracıma. Eğer eski haline, uygun ondan sonra kullanıma da uymazsa sözleşmeyi feshedeceksiniz ondan sonrada açtığımız davada da kiralananın iadesi davası olur. Adamı isterseniz tahliye deyin. Ama ne yaptığımızı bilin. Şimdi burada ilginç şey var. Bu anlattığım dil sürçmesi falan değil. 2011 Kasım ayında verilmiş karar. Daha öncede vardı arada boşluk vardı. Ama şimdi 2011 Kasımında tekrar. Yargıtay bazen şunu söylüyor arkadaşlarım. Diyor ki; her ne kadar pardon her ne kadar değil aslında kiralananın sözleşmeye aykırı kullanımından söz edilmez ise de sözleşmeye aykırılık vardır. Hayda. Valla isteyene gönderirim kararı. Bende var. Genel tertipte üşenmedim 6. Hukuk Dairesi'nin yazdığını ne yapıyorsunuz arkadaşlar diye sormak ihtiyacı hissettim. Sordum ağzımın payını da aldım. Valla işte biz kiracıyı kollayacağız. Kiracıyı kollamıyorsunuz. Siz olmayan bir sona erme sebebi yaratıyorsunuz. Ha olayı size anlatayım arkadaşlar. İstinye park meşhur İstanbul'un son moda bilmem nesi. Alışveriş merkezi. Orada bir mağaza kira sözleşmesinde şöyle bir hüküm var. Bu mağazada sadece Lee Cooper ürünler satılacak t-shirt bilmem ne falan. Lee Cooper ürünleri Türkiye'ye biraz girmesi zorlaşmış. Adamcağız benzer ürünler ama Globe marka ürünler satıyor. Tamam, bu Lee Cooper'dan bir gömlek aşağı ben anlamam ama yine t-shirt, gömlek falan. Kirayı veren tespit yaptırıyor aslanlar gibi evet burada bu mallarda satılıyor diye. Sözleşmeye aykırılık bildiriminde de bulunuyor. Diyor işte hemen eski hale getir diyor Kiracı da İngiltere'de. Dava sözleşmenin feshi artı tahliye davası denmiş. Öyle denmiş. Tahliye. Mahkeme sözleşme feshedilmiştir, kiralananın tahliyesine karar verilmiştir. Yargıtay bozuyor kararı. Dikkat! Diyor ki; ey mahkeme burada kiralananın sözleşmeye aykırı kullanımı yoktur. Dolayısıyla sen tahliyeye yani iadeye karar veremezsin. Sen sadece sözleşmenin fessine karar vermekle yükümlüsün diyor. Bakmayın vallahi de billahi de böyle diyor ya uydurmuyorum. Şimdi bakın nasıl diyor demeyin. Öyle diyor. Meraklısına göndereyim. Göndereyim siz de kalsın. Fevkalade romantik bir karar. Ne yapayım öyle diyor. Efendim, ondan sonra ne yapacağız. Ha, doğru şimdi kiracı artık kiracı da değil sözleşmede feshedildi ya. Artık eski kiracı tırnak içinde orada duracak. Problem şu yeni bir dava açılacak. Hakim sözleşmeyi feshedecek. Dükkânı kapatacak. Ne yapacaksınız? Ha, doğru. Acaba açtığımız dava kiralananın iadesi davası mı yoksa müdahalenin önlenmesi davası mı? O zaman acaba sulh hukuka mı gideceğiz, asliye hukuka mı gideceğiz? Muhteşem bir olay, yani muhteşem bir bilmece. Kendilerini kutluyorum bize böyle bir yorum olanağı getirdikleri için. Başka bir şey söylemiyorum. Şimdi bu hakikaten, maalesef ve maalesef yapıyor arkadaşlar. Bu karar var.

Neyse biz bunları bir kenara bırakalım. Yine kiralananın sözleşmeye aykırı

kullanımı halinde önemleri geçtiniz kural olarak. Açıkta kötü kullanım bilmem ne varsa o halde sizde derhal feshediyorsunuz sözleşmeyi. Ondan sonra açtığınız dava adına tahliye davası da deseniz aslında aslanlar gibi 334. maddede dava, burada bir parantez açayım. İsterseniz ukala deyin. Önemli değil. Öğrencilerim bilirler. Allah aşkına kiralananın geri iadesi davası açmayın. Kiralananın iadesi veya geri verilmesi nedir? Yani tahliye deseniz de razıyım ama. Ama geriye iadesi demeyin öğrencilerim benden bunu söyleyen arkadaşımın geçme şansı yoktur. Geri iade olmaz. İade olur ve ya geri verme olur. Birde ikinci tahammül edemediğim şey hece bölümlene. Bulunmuştur yazarsınız Haluk Burcuoğlu isterseniz döktürün bu derdim değil. Kusura bakmayın geçemezsiniz. Yani böyle takıntılarım var. Herkese de söylüyorum. Burada devam ediyoruz arkadaşlarım.

Şimdi kira ilişkisinin devri diye bir maddemiz var 323. madde. Yine burada da eski pardon yeni bir düzenleme bu kirayı veren iş yeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. Kiralananın kiraya ilişkin devri sözleşmenin devrinden bahsediyoruz. Dikkat. Atilla söyledi sabahleyn sözleşmenin devrinde kural olarak rızaya ihtiyaç vardır. Doğaldır. Kirayı veren taraf tabi ki onayını verecektir. Ama diyoruz ki burada kirayı veren iş yeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. Bu da gayet adil bir düzenleme.

Efendim devam ediyoruz 325. maddemiz var. Kiralananın sözleşmenin bitiminden önce geri verilmesi. Bu son derece önemli bir düzenlemedir arkadaşlar. Yani 2008 ve 2009 yıllarında kirayı verenler tarafından açılan en önemli ve en büyük davalar bu davalardı. Şimdi size iki tane somut örnek vereceğim. Birinci olay Ankara'da bir hipermarket kirası çok büyük bir alan. Aylık kirası 30 bin dolar. Efendim, zannediyorum 38 ay kala kiracı dönüp anahtarları verip Allah'a ısmarladık. Kiraya veren dava açıyor. Ben anlamam kalan 28 ayın kira bedelini isterim diyor. E biliyorsunuz Yargıtay'ın şeyi var erken tahliye halinde malum ne kadar sürede kiraya verilecekse falan. Tamam Yalnız Yargıtay ne diyor? Aynı koşullarda diyor. Şimdi burada ister inanın ister inanmayın bilirkişi hazır ediyorlar ki efendim buranın aynı koşullarda yeniden kiraya verilmesi mümkün değil. Yani bir salak daha bulamazsınız diyor Türkçesi. Yani böyle ne yapacağız. 38x30 bin Dolar. Harika. Ya dalga mı geçiyorsun? Binayı mı satın alıyorsun? Gerçekten bunu gördük. Ve buna karşı çıktık. İkinci örneğim daha vahim. İstanbul Bağdat Caddesi'nde bir fast-food Mc Donald mıydı, Big Burger mi? İkisinden biri. Orada da aylık kira 18 bin Dolar. Orada da çok uzun süreli bir kiracı var. Kira sözleşmesi. Kiracı al anahtarlarını ben oynamıyorum demiş. Aynı. İstanbul'daki bilirkişiler de aynı şeyi söylüyor. Aynı koşullarda yeniden kiraya verilmesi mümkün değil. Böyle bir salak yok. Ve kalan ay çarpı aylık kira bedeli. Muhteşem. Bunlar olmaz. Belki bilirkişilerin akıllarına şu da gelmiyor. Ya hani 30 bin olmasa bari 15 bin veren bir salak bulalım.

Bari aradaki farkı bulalım. O da yok. Niye? Aynı koşullar Yargıtay öyle diyor. Şimdi biz burada şöyle bir şey yaptık. Kiracı sözleşmesine süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde kira sözleşmesinden doğan borçları kiralananın benzer koşullarla kiraya verileceği makul bir süreçle devam eder. Bu tamam. Bu klasik. Nedir bunun anlamı? Eski 98. kanalıyla 44 zarara uğrayan zararı arttırmayacak. Öyle değil mi? Bunun için bunu da gayet makul karşılıyorum. Kiracının dikkat edelim kiralananın benzer koşullarla kiraya verebileceği makuldür aynı eğil benzer koşullar. Devam ediyoruz kiracının bu sürenin geçmesinden önce kabul etmesi beklenebilecek ödeme gücüne sahip kira ilişkilerini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması halinde kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer. Bu da fevkalade eleştirildi. Neden anladım. Efendim Allah'ın magandasına mı kiraya verecek? Yo öyle bir şey değil. Kirayı verenden kabul etmesi beklenebilecek ödeme gücüne sahip kiracıdan bahsettik. Efendim kitap evi olmaktan çıkacak köfteci dükkanı mı olacak? Hayır. Öyle bir şey yazıyor mu? Hayır. Ama maksat eleştirmekse eleştiriliyor. Ve tabi bu eleştirilerinde ne kadar benim söylememe gerek yok.

Belirsiz kira sözleşmelerinde fesih bildirimine ilgili yine mevcutta olduğu gibi burada da maddemizde. Hani biliyorsunuz ya başlangıcını belirlerseniz 6 ay, 6ay, 6 ay gidiyorsunuz her 6 ayda 3 ay önce bildirerek sözleşmenin fessine gidiyorsunuz. Yalnız dikkat! Sakın yanlış anlaşılmasın bu konut ve çatılı iş yeri kiralalarında size sözleşmesi sona erdirmiyor. Sadece ne sağlıyor bu sadece tahliye davası açabilmeniz için bir süreyi bildiriyor. O andan itibaren 1 ay içinde açacaksınız davayı. Yoksa süre belirsiz o zaman ben 6'şar aylık dilim başını belirledim. Canım istediği zaman kira verişine son veririm. Hayır! Böyle bir şansınız yok. Ama dediğim gibi ihtiyaç nedeniyle tahliye davası açacaksınız. Sürenin bitiminden işte 1 ay önce açmanız lazım. Sürenin bitimi ne? İşte onu belirsiz süreliyse 6'şar aylık dilimler yapıyorsunuz herhangi bir 6 ayın bitiminde 3 ay önce bildirimde bulunarak dava açmak için başlangıç süresini belirleyebiliyorsunuz. Buna yarar başka bir şeye yaramaz.

Şimdi geliyoruz olağanüstü ötesi önemli sebepler ötesi mevcut 264'ün karşılığı burada da ilginç bir düzenleme var. Yalnız burada arkadaşlarım dikkat edilmesi gereken bir şey var. Biz de biliyorsunuz 264. maddede bir tazminat düzenlemesi var. 1 yıldan uzun süresi 6 aydan daha az olmaz tazminat 6 aylık kira bedelinden daha az olamaz diyor. Biz orada da topu hâkime attık. Dedik ki; hâkim durum ve koşulları göz önünde tutarak olağanüstü fesih bildirimini parasal sonuçları karara bağlar. Şimdi burada dikkat edilen bir şey var. Hepimiz uygulamayıyız, avukatız. Ve bundan gurur da duyuyoruz açıkçası. Ben kendi adıma hep söylüyorum bunu. Avukat olabilmek için zaten emekli oldum. Emekli sözleşmeli bir öğretim üyesi vaziyetindeyim. Hala ders verebiliyorum. Allah'tan Atilla kardeşim de benden çok daha genç olmasına rağmen o da avukat olduğu için biz bu mesleği çok seviyoruz. Şimdi burada şuna dikkat

edelim. Olağanüstü sebepten ne anlıyoruz? Bu da sözleşmenin feshi yani bildirim yoluyla sona erdiren haldir aslında. Olağanüstü sebepten şunu anlayacağız taraflardan birine atfedilemeyeceğini bir neden. Eğer zaten taraflardan biri kiracıyı veya kiraya vereni atfedilebiliyorsa buna gerek yok. Değil mi? Kiracı bana haklı feshini yapar. Kirayı veren de sen buna uymadın deyip yine feshine. Burada tamamen onların dışında olacak yine bir örnek vereyim. Yaşadığımız bir örnek, kendi başımıza geldiği için. Bandırma'da bizim evin alt katını, giriş katını bir sendikacıya kiraya vermişti babam. İki defa Molotof kokteyli atıldı eve. Baya yangın başlangıcı oldu. Allah'tan bir şey olmadı. Babam pek ala burada diyebilirdi ki arkadaş kusura bakma tamam senden kaynaklanan bir şey değil ama benim evimde ha bire molotof kokteylinin hedef tahtası olmasın diyebilirdi. Demedi. Ama bu pek ala eski 264 yeni 331. madde içine sokulabilir.

Şimdi geliyoruz esasa. Konut ve çatılı işyeri kirası. İşte burada zirveye ulaşıyor. Muhteşemliğin ötesindeyiz açıkçası. Bakınız başlıyoruz. 339. maddede konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında da uygulanır. Şimdi farkında olursunuz ya da olmazsınız. Lütfen dikkat ediniz inceliğe 6570 sayılı yasamızın meşhur bir 1. maddesi var. Ben hani kira uzmanı geçiniyorum. 6570'le yattım kalktım 13 sene. Allah kahretsin. Oradaki madde ne diyor efendim tamam üzeri örtülüy-müş anladık çok güzel. Belediye sınırları içinde virgül iskele, liman, istasyon o nedir? Varsa anlayan bana anlatsın. Ben anlamadım. İskele belediye sınırlarının içindeki iskele, liman ve istasyonun neresini kiralayacağım ki bu 6570'in içine düşeyim. Yargıtay; belediye liman nedir arkadaş biriniz anlatın bana. Belediye sınırları dışında bir liman gösterin ben orada bir yer kiralayayım. 6570 kapsamında bir istasyon gösterin, bir iskele gösterin. Ben anlamadım.. İster dağın başında olsun ister şehirde olsun. Şehrin göbeği. Konut ve çatılı işyeri kirası mı tamam bunlara tabi bu kadar. Şimdi geliyoruz bir başka güzellik, bir başka orkide. Lütfen dikkatli okuyunuz. 339.'un 2. fıkrası. Ancak bu hükümler niteliği gereği geçici kullanımı özgülenmiş taşınmazların 6 ay ve daha kısa süre kiralalanmalarına uygulanmaz. Hepimizin iyi kötü yazlığı vardır değil mi? Mesela sayın başkan sizin yazlığınıza ben ne bileyim Temmuz-Ağustos ve Eylül ayı için kiralasanız bana ne yaparsınız? Çıkıyorum desem bir uzama-yacak mı?

**Tamer Şahin:** Uzayacak.

**Haluk Burcuoğlu:** Öyle değil mi? Öyle. Belediye sınırları içinde tarifte nasıl çıkartacaksınız beni? Çıkartamayacaksınız buyurun. Niteliği gereği geçici kullanımı özgülenmiş taşınmazların 6 ay ve daha kısa süre kiralalanmalarında uygulanmaz. Daha ne yapalım ya? Arkadaşlar lütfen dikkat isterim. Devam ediyoruz. Kullanma giderleri kiracı, konut ve çatılı işyeri ön görülmemişse, aksi görülmemişse veya aksi yer almamışsa ısıtma, aydınlatma ve su gibi



kullanma giderlerine katkıda bulunmakla yükümlüdür. Elbette ki hayır katlanmasın diyecek halimiz yok. Şimdi geliyoruz kirada... Ha, güvence pardon en fazla eleştirildiğimiz noktalardan biri. Şimdi arkadaşlarımız şunu sorayım hepimiz uygulamanın içindeyiz, ne yapıyoruz bugün güvence parası genelde 3 aylık kira bedeline denk oluyor. Biz bu 3 ayı uydurmadık. İstihare heyetine vahi falanda gelmedi. 3 ay uygulamada öyle oluyor. Alıyorsunuz kiracı olarak kirayı verene teslim ediyorsunuz. Şimdi sözleşme bitti. Tahliye ediyorsunuz adam gibi. Yani hiç eksiksiz. Pırıl pırıl yaptığımızı alıyorsunuz. Bu durumda kiracıdan depozitoyu, depozitonun iadesini isteyip de aldığını gören ya da duyan var mı? Göreni duyan, duyanı gören var mı? Bana söylesin. Var mı böyle bir şey. Siz verdiniz. Siz hukukçusunuz ama. Buyurun. Teşekkür ederim. Ama bunlar neredeyse yok gibi. O yüzden biz dedik ki güvence parası olsun ayda yaşamıyoruz. Bunlar uygulamada var sayamayız. Ama ne olsun? Gitsin bunu bankaya yatırsın 3 ay. Ve dikkat bankada hala tırnak içerisinde kiracının tek başına tasarruf edemeyeceği bir parada olsa kiracının hesabında duracak. Ne olacak? Bitti süre. Ondan sonra kiracı bankaya bana parayı ver diyecek. Eğer kiraya veren zamanında bir takım şeyler yapmazsa, icra takibi tespit vs. gibi o zaman kiracı yatırdığı parayı bir de faizli bir hesaba yatıracak. Bin dolar yatırıp bin dolar almayacaksınız. Alıp gidecek. Ama kiraya veren eğer böyle bir girişimde bulunduysa yargılamanın sonucu beklenecek. Ve kiraya veren haklı çıkarsa hesaptaki para ona verilecek. Ya bu adil değil mi sizce? Nesini eleştiriyorlar anlamadım. Niye milleti bu rahatsız ediyor hakikatten anlamış değilim. Şimdi geliyoruz kira bedelinin tespitine.

**Soru:** Bir yıl hocam...

**Haluk Burcuoğlu:** Geleceğiz oraya.

**Soru:** Bir yıl sonra yenilendi ama eski kira kontratıyla birlikte....

**Haluk Burcuoğlu:** İlk ağız. O kadar. İlk kira sözleşmesine göre belirleyeceksiniz. O kadar.

**Soru:** Hayır hocam...

**Haluk Burcuoğlu:** Nasıl?

**Soru:** Şimdi bir yıllık kira kontratı var.

**Haluk Burcuoğlu:** Tamam.

**Soru:** Ama ikinci yıl yeniliyor.

**Haluk Burcuoğlu:** Doğru. Tamam.

**Soru:** Yeniden yargı için kira kontratını bankaya götürüp süresi doldu de-

yip güvenceyi...

**Haluk Burcuoğlu:** Hayır alakası yok. Tahliye edeceksiniz fiilen. O olacak. Yani eski kira sözleşmesini götürüp..

**Soru:** Herhangi bir dava açma takdirinde...

**Haluk Burcuoğlu:** Hangisi? Affedersiniz.

**Soru:** Hüküm 345

Haluk Burcuoğlu: Hüküm 345 ise, tamam bakınız. Sona ermesi buradaki sona ermesinden kasıt anahtarlar verildi. O bitti. Tahliye olarak sona ermesi. Sürenin bitimi değil anladığımız. Dikkat hele hele konut ve çatılı iş yeri kiralarında zaten sürenin bitimi sona erme anlamına gelmiyor. Buradaki sona ermeden kasıt fiilen ben boşaltacağım orayı. Efendim?

**Soru:** Anlaşmayı takiben...

Haluk Burcuoğlu: Şimdi bakın arkadaşlar, lütfen bakınız, lütfen okuyunuz. Banka gibi ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararı ile geri verim. Lütfen dikkat edin! Kirayı veren kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen 3 ay içinde kiracıya karşı bir dava açtığı ve ya icra yoluyla takip isteğini bankaya yazılı olarak bildirmemişse o zaman ne olacak? Banka kiracının isteği üzerine depozit, garanti parasını kiracıya verebilir. Olay bu. Yani normalde tamam rızayı arayalım ama. Eğer kiraya veren yan gelip yatmışsa tahliye olmuş, 3 ayda geçmiş hiçbir şey yok. Kiracı gidip bankadan parasını geri alabilecek. Bu da var. Şimdi devam ediyoruz. Arkadaşlarım geliyoruz. Yani niye rahatsız oldunuz onu da anlamış değilim hakikatten. Elbette, elbette onu söylüyorum. Evet, doğru. Doğru. Yoksa sözleşmenin süresi sona erdi ben anlamam diyemeyecekler. Buradaki sona ermeden kasıt fiili takdir.

**Soru:** Bankadan tahliye...

Haluk Burcuoğlu: Evet, elbette onu yapacak. Bu kadar. Bakınız şunu söyleyeyim. Ha, affedersin. Kirayı veren belgeyi vermekten, düzenlemekten kaçınıyor mu? Gidin mahkemeden tespit yaptırın bu kadar. Devam ediyoruz. Kira bedelinin belirlenmesi arkadaşlar. Efendim. Affedersiniz elinizde belge varsa ne arayacağız ki. Hayır, hayır noterden istiyorsanız buyurun isteyin. Şimdi arkadaşlarımız bir dakika müsaade edin. Yani olayı rayından çıkartmayalım. Ben son derece makul şeyler söylüyorum. Bakınız efendim sahte belge doldurmuşsa ne olur? Ne olmuşsa olacak ne yapayım. Burada bunun düzenlenmesi mümkün değil. Affedersiniz bu. Şimdi o sorular... Bir defa şunu bir tamamlayayım. Ondan sonra zaten aklınızdan geçen şeylerin de cevabının olduğunu göreceksiniz.

Kira bedelinin belirlenmesi ile ilgili yine korkunç eleştiriler aldık. Ve dendi ki bize ve hakikatten çok ayıp şeyler bunlar kimse kusura bakmasın. Ne lüzum vardı kira bedelinin tespiti ile ilgili hüküm koymaya. Yuh yahu. Yeni kira düzenlemesi yapıyorsunuz. Kiracının temel bir borcu kira bedelini ödeme borcu, nasıl ödeneceğine hüküm koymayacak mısınız? Niye? E, Yargıtay zaten yeterli kadar... Doğru. Yargıtay hakikatten muhteşem bir hukuk yaratmak faaliyeti gösterdi. 1964'ten bu yana. Çünkü 64'te Anayasa Mahkemesi ne dedi? 2 ve 3. maddeleri donduran hükümleri kaldırdı. Mülkiyet hakkı özüne dokunuyor diye. 6 ay bir süre verdi yasa koruyucu yenilerini yap, uygun olanını yap. 1964-2012 kaç sene olmuş? 48 mi Atilla? 48 yıl hiçbir şey yapmadık. Yargıtay yaptı. Peki koymayalım. Borçlar kanunu yapıyorsunuz dikkat. Tabi ki koyacaksınız. Ne yaptık? Biliyorsunuz şimdi son uygulama 3 yıl süre ile efendim bilmem ne kadar arttı. Biz o 3 yılı 5 yıla çıkardık. Ve şunu da yaptık efendim sözleşmede birinci yıl 100, ikinci yıl 150 yazın. İsterseniz 1200 yazın. Orada duracaksınız. Ha 5 yıl sonra klasik işte bugün 3 yıl sonra nasıl haklara resabet, emsal kira bilmem ne geliyorsa onu uygulayacaksınız.

Şimdi geliyoruz yabancı para ile kira bedeli belirlenmesi haline. Kimse kusura bakmasın açıkça söylüyoruz yabancı para ile kiraya verilmesine gönüllümüz razı değil. Veriyor musunuz? Buyurun verin ama çakılırsınız. 5 yıl süreyle dolarsa bin dolarsa bin dolarsa bin dolar, bin Euro'ysa bin Euro. O zaman sirkülasyon bekleyeceksiniz. Acaba Türk lirası ne kadar artıyor, ne kadar artmıyor. Ve yine hepimiz biliyoruz son zamanlarda tersine uyarılama isteniyor. Efendim biz Euro diye kararlaştırmıştık kira bedelini ama Euro beklediğimiz kadar artmadı, Türk Lirası daha fazla değer kazandı. İsalet olmuş. Daha beter olsunlar umurumda değil. Burası Türkiye bir gün herkes inşallah anlayacaktır. Neyse bunu da geçelim. Orada da 5 yıl sonra hak ve resabet, resabeti dikkate alarak Dolar bazında da artış yapabiliyorsunuz.

346. maddeye geliyoruz. Kiracılarla ilgili düzenlenen yasa burada işte var ya işte 1 ay kira bedelinin gecikmesi halinde tüm kira bedellerinin muaccelliyeti denmeyecek. Muaccelliyeti engelledik. Ve şu tarihte çıkmadığı takdirde şu kadar ceza isterler denmeyecek. Bunları engelledik. Ha, birazdan göreceğiz bu hükmün uygulanması ertelendi. Birazdan göreceğiz. Burada dursun. Şimdi bakınız. Efendim. Kullanılmayacak. Gayet açık. Affedersiniz nerede kullanılabileceğini söyleyeceğim birazdan. Dedim ya size çarpıldılar diye. O çarpıldıkları maddedeyiz. Nasıl çarpıldıklarını söyleyeceğim. Acele etmeyin. Efendim çok bahane kullanılmasın ya. Affedersiniz borçlar kanunundan bahsediyoruz. Rüya tabirleri değil bu. Uyacaklar buna o kadar. Ya uyacaklar, ya uyacaklar. Başka çaresi yok. Devam ediyoruz arkadaşlarım. Komple çatılı iş yeri kiralalarında sözleşmenin sona ermesi. İşte var bildirilme yoluyla hemen akabinde dava yoluyla veriyor. Bu ayırımı yaptık yani. Peki, bildirim yoluyla bakarsanız bildiğimiz tablo. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında 6570'te olduğu

gibi sözleşmenin bitiminden en az 15 gün önce bildirimde bulunmadıkça, kiracı tabi bulunmadıkça sözleşme 1 ay, 1 yıl gibi aynı hüküm muhafaza edildi. Devam ediyor kanun maddesi kiraya verenin öyle sözleşme bitti ben seni istemiyorum deme şansı yok. Özel bir neden gösterir. Şimdi yalnız burada da kiraya verenlerle yine bir düzenleme yapıldı. Ve dedi ki; ancak kirayı verenler bakımından 10 yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az 3 ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. Şimdi bunu nasıl uygulayacağız. 2 yıllık bir kira sözleşmesi yaptık mı yaptık. Çok güzel. 10 yıl yenilendi. 12 yıl. 13. yıl bitiminde 3 ay öncesinden bildirimde bulunarak ne yapabiliriz? Hiçbir gerekçe göstermeden ben seninle oynamak istemiyorum diyebilecek kiraya verenler. Bunları rüyalarında bile görmüyordu kiraya verenler. Demek ki kiraya verenlerin öldürüldüğü isnadı pek yakışıklı ve doğru bir şey değil. Komik.

Bildirim geçerliliğine geliyoruz. bildirim yoluyla zaten atıfta da bulunuyor. Genel hükümlere göre hakkının kullanılabilceği durumlardır. Yani temerrüt, efendim kiracının iflası, şey hali olağanüstü fesih veya kira sözleşmesine aykırı kullanma bunlar zaten daha öncede gördük bunların bildirim yoluyla sona erdirilmesi diyorsunuz dediğim gibi. Bildirim geçerliliğine bağlı. Efendim işte adı bildirim acaba bildirim hukuki işlem midir? Hukuki işlem benzeri olmadıkça ispatı aranır mı, bu aranır mı? Bir sürü tantana var. Dedik yok. Bu ciddi bir iş ne yapacağız? Konut ve çatılı iş yeri kiralarında feshin bildirim geçerliliği yazının içinde yapılmasına bağlıdır. Geçerlilik şartıdır. İspat değil dikkat! Efendim on kişinin önünde ben böyle demiştim. İstedğin kadar de bildirim sayılır. Gayet açıktır.

Aile konutuna geliyoruz. Aile konutu tabi medeni kanunumuzun o muhteşem aile kavramı dolayısıyla bunu koymaya zorunlu, mecbur kaldık. Orada biliyorsunuz bütün borçlar hukukunun, sözleşmeler hukukunun temeline dinamit koyarak efendim ben kiracıyım, eşim vallaha bende kiracıyım dediği zaman kiraya veren ıh diyemiyor. Dışarıdan biri daha afiyet olsun çok güzel. Ve böylece eşimizi de korumuş olduk zannediyoruz. Ben kira bedelini ödemezsem ne oluyor? O ne? E olur mu? Gülü seven dikenine katlanacak. Başkalarına da söyledim arkadaşlarım bana her şeyi söyleyebilirsin. Ama bana katiyen pozitif ayrımcılık demeyin. Ben %100 eşitliğe inanıyorum. Kanun bizi himayesine alıyor diyorsanız değil eşitlik olamaz. Ne dersiniz deyin. Boş. Tamam, eşitlik eskiden beri savunduğum bir şey. Hiç ama hiç ama pozitif ayrımcılık yok. Efendim kadını nasıl nafakaya mahkûm edersiniz? Niye edilmesin? Neden? Eşitiz ya. Ne alıyorsunuz o zaman hakkını. Yok arkadaşlar. Efendim kadına zulüm uygulanıyor. Bununla hiçbir alakası yok. Bu affedersiniz aylıkla ilgili. Tövbe estağfurullah. Ben bunları insandan da saymıyorum. Kimse kusura bakmasın. Bu değil. Neyse geçelim. Şimdi ne oldu aile konutu. Aile konutu

olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazı kiralayan kiracı eşlerinin açık rızası olmadan kira sözleşmesinin feshedemez. Doğrudur. Aile konutu olarak kiralayacaksınız ondan sonra eşini sersefil ortalıkta bırakmak için feshedeceğim diyeceksin kendi başıma sözleşmeyi. Hatta kiraya verenle anlaşarak mesela temerrüde düşmüş olacağım. Nasıl olacaksa? Ya da sözleşmeye aykırı kullanım diyecek. Gayet güzel bunu yolunu kapatmışız. Gayet doğrudur. Medeni kanunun düzenlenmesi bu şekilde tamam.

Dava yoluyla sona erdirmeye geliyoruz şimdi. Ve arkadaşlarım şimdi burada çok önemli şeyler yaptığımızı göreceğiz. Kiraya verenden kaynaklanan nedenler, kiracıdan kaynaklanan nedenler. Kitap gibi, tablo. Şimdi kiracıdan kiraya verenler nedenlere bakarsanız ilk şey meşhur ihtiyaç, gereksinim. Şimdi hepimiz biliyoruz arkadaşlarım bu kanunun yürürlüğe girmesine kadar ihtiyacı ileri süren kişiler kiraya veren, kiracı pardon kiraya veren birlikte yaşadığı artı çocuk var. Torunlar, Yargıtay ne diyordu torunların ihtiyacı ancak torunun babası ölmüşse çok matrakta bir yorum yapıyordu. O zaman torunun ihtiyacı nasıl oluyorsa babanın ihtiyacı sayılıyor. Ölmüş adamın ihtiyacı mı olur? Dolayısıyla dede mesela o torunun ihtiyacını ileri sürebiliyor. Hepimizin bildiği bir şey. Ama kahraman bir İzmir 4. Hukuk Sulh Mahkemesi hangi mahkeme bilmiyorum baya da eski bir karar. Gümbür gümbür karar verdi. Belki içinden bilenler vardır ya da duymuşsunuzdur. Bir zannediyorum babaannenin İzmir'e yakın bir yerde oturuyor. İzmir'de bir ailesi var kirada. Torun İzmir'de üniversite kazanıyor. Babaanne diyor ki ya benim torunum orada oturacak, ihtiyacı var. Bundan daha güzel bir ihtiyaç olur mu? Mahkeme gümbür gümbür karar veriyor. 4. Sulh Hukuk Mahkemesi. Yargıtay aslanlar gibi klasik tablo torunun ihtiyacı ileri sürülmez anası babası da sağ dolayısıyla torunun ihtiyacı onların ihtiyacıymış gibide gündeme getiriliyor diyor. Ve bu kararı bozuyor. 4. Sulh Hukuk Mahkemesi aslanlar gibi direniyor. Ve Yargıtay genel kurulda onuyor. Ve bu sayede ancak nasıl bir yarık açıldı yanlış işte. Ha, şimdi lütfen yeni maddemizi okuyun 351. Kiralananın; alt soyu, üst soyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimin sebebiyle kullanma zorunluluğu var.

Daha ne yapalım ya? Şimdi size bir örnek vereceğim. 1960 tarihli bir Yargıtay kararından söz edeceğim. Atıyor demeyin bana, çünkü atmaya son derece müsait. Senaryo olduğu için kitabından aldım bu kararı. İsteyene gönderirim hiç merak etmeyin. Kiraya veren dava açıyor kiracısına. Herhalde bu kasaba gibi bir yer. 6570'e dâhil çünkü ne olursa olsun. Kiracı çık oradan ihtiyacım var. Eşeğimi bağlayacağım diyor. Gülmeyin onun için diyorum yani atıyor demeyin. Karar bu. 16 Ekim 1961 tarihli 2434 esas 2435 karar sayılı karar. İsteyene sayfasının da söylerim. Yargıtay diyor ki hayır efendim öyle bir şey yok. Eşeğini bağlamak adamın kendi ihtiyacı. Ben eşeğimi bağlayacağım çık, piyanomu koyacağım çık, arabamı bağlayacağım çık, annemi oturtacağım. Bu

kepazeliğe son ver. Kimse kalkıp da yanlış yapıyorsunuz demeyecek değil mi? Bakınız alt soyu, üst soyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler.

Efendim 2. yani kiraya verenden kaynaklanan bir diğer tahliye sebebi kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esas dolanımı. Burada değişen bir şey yok. Mevcut yeniden inşa veya imar amacıyla tahliye aynen buraya aktarıldı. Şimdi lütfen dikkat edin. Tahliye davasını açmak için herhangi bir süre var mıydı? İcra iflas kanunu 270.'i giyaben. Böyle bir şey uyduruldu. Yargıtay uydurur mu? İşte uydurmak zorunda kalmış. Biz onu kanun maddesi haline getirdik. Ve dedik ki belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimine öne sürülerek. Demin dedim ya 6'şar ay yapacaksınız. Uyarak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı davaya tahliye davası ile sözleşmeyi sona erdirebilir.

Gelir haricinin gereksinimi aynen muhafaza edildi. Biliyorsunuz iktisabı yeni malikte ya sözleşmeye devam ediyor ve onun süresinin bitiminden bir ay sonra, dava bir ay içinde açıyor. Veya ne yapıyor? Bildirimde bulunuyor iktisap tarihinden itibaren 1 ay geçtikten sonra. 6 ay sonrada çık arkadaş diyebiliyor. Bunu da söylüyor. Ondan sonra da işte tahliye davası açıyor. Tabii gereksinimin ciddi, samimi olması koşuluyla. Buradan bir avukat uyarısında bulunayım şöyle uyanıklar gördüm. Karar bana göre doğru. İhtiradı göndermiş; yeni malik daha doğrusu yeni malikin avukatı göndermiş. Adam avukata gitmiş adam gibi. Avukat arkadaşımızda göndermiş. Bu ihtarnamenin tebliğinden itibaren 6 ay sonra içinde tahliye edilmesi. Ve dava açıldığı zaman 6 ayın bitmesine 3 gün var. Hemen Yargıtay demiş ki kusura bakma süresi dolmadan açmışsın davayı. Davanın reddine karar verdik. Kesinlikle süre vermek zorunda değilsin. Daha doğrusu tebliğ tarihinden itibaren demek zorunda değilsiniz. Ben şu tarihte iktisap ettim, buradan itibaren 6 ay içinde çık arkadaş geliyorum deyiniz. Bu kâfi, yeterli.

Geliyoruz kiracıdan kaynaklanan sebeplerle yine kiracıdan kaynaklanan sebepler 1 yazılı tahliyesi var. İşte yazılı tahliye taahhüdü varsa o tahliye edeceğinizi bildirdiğiniz günden itibaren 1 ay içinde size dava açılabilir ve ya 1 ay içinde icra takibi yapılabilir. Aynen mevcuttaki gibi. Pardon 6570 sayılı yasadaki gibi. Devam ediyoruz. 2. fıkrayı, 352. maddenin 2. fıkrasını dikkatli okumakta yarar var. Bu iki haklı ihtarı düzenliyor. Yine iki haklı ihtarla ilgili mevcut uygulamayı düşünelim. Yargıtay ne diyor? İki haklı ihtara dayanan dava ne zaman açabiliyorsunuz bunu? Sözleşmenin sonunda. 10 yıllık bir sözleşme yapmışsanız kiracınız 120 defa aksasa temerrüde düşmemek halinde her 30 günde bir ödüyor. 30 gün bitmeden. Ancak 12 yılın sonunda tahliye davası açabiliyorsunuz. 2 yine Yargıtay'ın muhteşem uygulaması. Nasıl izah ediliyor bilmiyorum. Artık yıllarda iki haklı ihtar olmuyor. Mesela 20 ay kira sözleşme-

si düşününüz son 8 ayda 8 defa adam aksasa buna başvuramıyorsunuz. Ancak bir yıl içerisinde oluyor. Yav bir yılda iki defa aksayan adamı ben atabileceğim 8 ayda aksayanı niye atamayım? Öncelikle ve ehemmiyetle atmam gerekiyor mu? Yargıtay bunları söylüyordu. O güzelliği de yaptık. Bu günahlardan da arındık Türkçesi. Bakınız istediği kadar sözleşmenin süresi uzun olsun sorun değil hangi kira yılı içindeki ayda ihtar yapılmışsa o kira ayının bitiminde tahliye davası açılabilir. Ve hem de artık yıllarda da yine iki haklı ihtarın sonunda, o ay bitimin sonunda davayı açabiliyoruz.

Gene geliyoruz 3. şey kiracıdan kaynaklanan problemler. Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde, belediye sınırları içerisinde oturmaya elverişli bir konutu varsa. Yine uygulamacılar hatırlasın bizde bu 7. maddenin son fıkrasıydı 6570 sayılı yasanın. Ve orada Yargıtay'ın muhteşem bir yorumu vardı. Mutlak tahliyeleri Niye? Öyle mutlak tahliyeleri ki; 1) Sözleşmenin süresinin bitmesini falan beklemenize gerek yok. Hemen dava açıyorsunuz. 2) Daha da enteresani kiracınızın veya eşinin böyle bir konutu olduğunu bilerek kiraya vermiş olsa dahi bu hakkınızı kullanabiliyordunuz. Atıyorum mesela benim gibi bir deli Fenerbahçe mağlup olunca çık uğursuz adam diyebiliyor. Neden? Çünkü onun veya eşinin civarda bir başka konutu var. Bunu hiç kimse benimsemiyordu. Ama Yargıtay'ın yerleşik uygulamasıydı. Burada diyoruz ki eğer kirayı veren bu durumu biliyor idiye kusura bakmayın bu yola başvuramayacak. Bu dava ne zaman açılabilir. Sürenin bitiminde. Böylece bu günahı da arındırılmış olduk. Dava süresinin uzaması yine hepimiz biliyoruz. Dava açma süresi içinde veya daha süre bitmeden, kira sözleşmesinin süresi bitmeden bildiride bulunursanız tahliye davası açma süresinin pek ala erteleyebilirsiniz. Yeni dönemin sonuna kadar. Bu da zaten uygulamada vardı. Burada kanun maddesi haline getirildi.

Şimdi dava sebeplerinin sınırı 354. madde. Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler kiracı aleyhine değiştirilemez. Yani yeni kira sona erme sebebi yaratamazsınız diyor. Çok güzel ifade edilmesi bu. Ama birazdan çarpıldılar dedim ya. Onu zaten birazdan anlatacağım size. Yeniden kiralama yasağı işte biliyorsunuz 6570 sayılı yasanızın bir 15. maddesi vardı. Efendim işte ihtiyaçların tahliye halinde 3 yıl içinde eski kiracıdan başkasına verirsiniz bilmem ne olmadan nen oluyordu? Cezayı yaptırım vardı değil mi? Şimdi tekrar söylüyorum bu 15. maddeye dayanarak mahkûm olmuş birini gören duyan var mı? Duyanı gören, göreni duyan var mı? Bana bildirsin. Yargıtay her şeyi böyle yapıyordu. Yani bu hükmü uygulamamak için. Efendim tahliye, tam işte icra çıkmışta sandalyeyi bıraktı bırakmadı doğrudur. Tekrar söylüyorum ~~bir daha biz medeni~~ hukukuz bizde ceza meza yok arkadaşlar. Bizde böyle şeyler yok. Biz o cezayı kaldırdık. Tazminat mahkemeler takdir ederse etsin dedik. Şimdi geliyorum dedim ya size hani bu düzenlemeye atanlar çarpılırlar. Peki Umud kaçınıcı maddeyi vereceksiniz? Yazdığım madde kanun maddesidir.

Adalet Bakanlığından bana gönderilmiştir. Daha resmi gazetede yazılmamıştır. Zannediyorum 5 Temmuzda

Şimdi önce 6217 sayılı bir Kanunumuz var bizim hatırlarsanız. O kanun harika ismi olan bir kanundur. Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Bu muhteşem. Borçlar Kanunun kira düzenlemelerinin bazı maddelerinin uygulanması 5 yıl süreyle ertelenmişti. Ve birinci çarpılma yanlış madde numaralarını koydular. Bizim tasarıdaki madde numaralarımız yazıyordu 6217'de bundan önceki halinde. Dedim ya çarpılırsınız diye. Hâlbuki Ahmet İyimaya'nın 55. maddesi girdi ya madde kaymış. O neyse düzelttiler sözüm ona. Dikkat edin şimdiki madde numaraları düzeltilmişti. Yani alışveriş merkezleri karşısında direnememiştir yasa koruyucu. Açık bu onların düzenlemesidir. Lütfen son cümleyi Allah aşkına okuyun. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga borçlar kanunu hükümleri uygulanır. Bu ne demek yav biriniz bana anlatın Allah aşkına. Bu vatan hainliği açık açık. Rezillik. Kim yapıyor bunları? Bu nasıl iştir? Böyle bir şey olur mu? Mülga borçlar kanununun nesini uygulayacağım? Mülga yahu. Sonra eski borçlar kanunda olup da burada olmayan ne var. Bana bir onu söylesinler. Sonra 9 tane maddenin uygulamasını 8 yıl ertelemiştiniz. Kira düzenlemesi 70 küsur madde ya. Onu ne yapacaksınız? Böyle bir şey olur mu? Kanun maddesi buyurun.

**Soru:** Onun metni işte...

**Haluk Burcuoğlu:** Vallahi işte size verdiğim şeyde affedersiniz önergeyi verenlerde yazılı. Artık ben bir şey söylemiyorum. Çünkü hakikatten sinir katsayım giderek artıyor. Ya bana Adalet Bakanlığından böyle bir şey söylendiği zaman samimiyetle şunu söyledim. Dedik ki; arkadaş istersen Borçlar Kanunu'nu çöpe at razıyım. Ama lütfen bunu yapmayın. Bu olmaz. Olur. Ha şunu da söyleyelim yiğidi öldürelim hakkını yemeyelim. Adalet Bakanlığında hiçbir hâkim arkadaşım bunu desteklememiştir. Hatta onların 4 sayfalık bütün bu maddenin olduğu hepsine karşı çıkan açıklamaları da vardır. Bunlar meclise iletilmiştir ama maalesef sonuca ulaşmamıştır. Şimdi arkadaşlar uygulama kanunu ile ilgili bir takım şeylerin anlatılması söyleniyor. Buyurun okuyun. Kesinlikle uydurmuyorum. Elimde gelen Adalet Bakanlığı'ndan. Buyurun.

**Soru:** Mülga da kullanamayacak mıyım?

**Haluk Burcuoğlu:** Arkadaşım, affedersin mülga kanunu öyle ya da böyle uygulanmaz. Uygulanamaz. Uygulanabilinemez. Uygulanmamalı. Bunu söylemek akıldan eksiklik anlamıdır. Kimse kusura bakmasın. Niye olsun ki ya 6570 burada zaten ya.

**Soru:** Burada bazı maddeleri yok.



**Haluk Burcuoğlu:** E, tamam ne yapayım uygulamasınlar. Ne yapayım. Yani arkadaşlar bakınız. Affedersiniz, yani bu öyle muamma filan değil. Bu maddeler uygulanmazsa mesela atıyorum 354. maddenin uygulanması ertelendi mi? Bunun anlamı şudur kira sözleşmesine kanunda olmayan yeni bir sona erme sebebi koyabiliriz. Bu kadar. Dürüstlük kuralı falan tabi ki uygun. 2. alış-veriş merkezleri şunu kesinlikle unutmazınlar onların yaptıkları kira sözleşmeleri zaten nasıl sözleşmelerdir. Katılma sözleşmeleridir. Genel işlem koşulları orada duruyor. Orada duruyor. Ama helal olsun çok güçlülmüş bunu yaptırdılar. Kendilerini kutluyorum. Dediğim gibi bankalardan daha etkinmişler. Onun da aksini kimse bana söyleyemez.

Şimdi geliyoruz arkadaşlar uygulama, yürürlüklük kanunu. Yürürlük kanunda şunu söyleyelim açıkça söyleyelim ki yanlış bir takım şeylere gitmeyelim. Biz hazırladık yürürlüklük kanunu tasarısını. Ve bizim koyduğumuz yürürlük halinde şöyle bir maddemiz vardı. Diyorduk ki; 7. maddeydi galiba genel işlem koşulları kiracılar, işçiler ve kefiller lehine olan hükümler derhal uygulanır diye bir laf vardı. Hemen. İşlem ne zaman yapılırsa yapılır. Fakat bu madde Adalet Komisyonunda kaldırıldı. Onu bilin. Ve dediler ki zaman çok geniş oluyor. Hayır, biz de şu uyarıyı yaptık dedik ki; hayır arkadaşlar aslında bu maddeyi kaldırmakla belki de siz geçmişe yürürlüğünü genişletiyorsunuz. Neden? Çünkü ikinci madde Türk Borçlar Kanunu kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları gerçekleştirildikteki tarihe bakılmaksızın bütün fiili işlemlere uygulanır. Şimdi kamu düzeni nereye çekerseniz gidebilir. Sonra 3. maddemiz var. Türk Borçlar Kanunu hükümleri yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak daha önce gerçekleşmiş olsalar bile içerikleri lütfen dikkat ediniz tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlemlerle ilişkileri uygulanır.

Şimdi özellikle Atilla kardeşime yolladım. Herhalde o da söz edecek. Kefalet. Kefalet sözleşmesi içeriği neredeyse tamamı kanunla belirlenmiş ya. Doğrudan doğruya. Aksine bir şey yapamıyorsun. O zaman ne diyeceğiz? Çok seviniyoruz. İnşallah bizim anladığımız gibi anlarlar o zamanlar bankaların suratını merak ediyorum doğrusu. Ne hale gelecekler. Şimdi sonra bunları söyleyeyim. Ha bir de kirayla ilgili 347. maddenin uygulanmasıyla ilgili özel bir madde var. Geçici madde 2 bakınız. Bu kanunun birinci maddesinin son cümlesinin hükmü bir defaya mahsus olmak üzere bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesi hani demin dedik ya 10 yıl uzadı 10 defa uzuyor ondan sonraki ilk yıl itibariyle ne yapabiliyorsunuz? 3 ay önceden bildirimde bulunarak gerekçe göstermeksiniz kiraya veren sona erdirebiliyor bildirim yoluyla dava yoluyla değil.

Şimdi devam ediyoruz. Bu kanunun 147. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde ön görülen kira sözleşmelerinden lütfen dikkat 10 yıllık uzama

süresi dolamamış olmakla birlikte geri kalan süre 5 yıldan daha kısa olanlar hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıl. Mesela 6 yıl uzamış bu kanun yürürlüğe girdiği 4 yıldan, 5 yıl bekleyeceksiniz. Tamam? Efendim, 10 yıl uzama süresi dolmuş olanlar hakkında diyelim ki 12, 13 yıldır devam ediyor zaten sözleşme. Ama dikkat uzama süresi. Lütfen dikkat 2 yıllık bir sözleşme yaptınız 10 defa durdunuz 13 yıl gitti. Şimdi 1 Temmuz'dan sonra 13. yıla başladınız. Ne diyoruz o zaman da? Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıl sonra uygulanır. 2 yıl daha bekleyeceksiniz. Değerli arkadaşlarım, beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim. Sağ olun, var olun.

**Başkan:** Efendim çok teşekkür ederiz. Bir iki küçük not var. Onları ben hocamla paylaşmak istiyorum müsaade ederseniz. Şimdi bir tanesi 310. maddede galiba. Evet, 310. maddede son fıkrada şöyle söylüyor; “kamusallaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır” denmiş. Bu kamulaştırma yasası değişmiş mi? Bildiğim kadarıyla. Hâlbuki özel bir takım toplu konut yasalarıyla gelen el koymalar var. Dedik ki acaba buraya özel kanunlarla gelen hükümler saklıdır demek daha doğru olur mu diye şeklinde bir görüş oldu.

**Haluk Burcuoğlu:** Doğrudur.

**Başkan:** Bir hadise daha var. O da Güneydoğu Bölgesinden geldi. Doğrudur musakkan tabirinin doğruluğunu tartıştık. Örtülü olduğunu öğrendik. Yeni yasada çıktı demiş, oralarda özellikle yaz ayları çok sıcak olduğu için çatısı olmayan teraslı evler var. Millet orada yatıyor cibinliklerin içinde. Biz o yasaya girmiyor muyuz dediler. Girersiniz herhalde dedim.

**Haluk Burcuoğlu:** Şimdi efendim teras bizim için çatıdan da önemli. Teras bayağ üstü kapalıdır. Çatı onun da arası açıkta olur. Biz onu da dâhil ettiğimize göre. Teras tabii ki de bunun içinde. Konutta çatılı olmaması ya da çatısız konut derdik.

**Tamer Şahin:** Evet, önemli bir madde 323'tü galiba. Şimdi artık onun üzerinde durmaya gerek yok. Orada da biraz AVM sahiplerini sıkıştırıyorlar. Efendim bir 10 dakika ara vereceğiz. Kefaletle başlıyoruz. Ondan sonra epey soru geldi. Soruların cevaplarını da son kısımda alacağız.

Efendim ben son bölümde kefaletle ciddi değişiklikler var. Kefaletle ilgili bilgileri bizle değerlendirecek olan Sayın Atilla Altop, Prof. Dr. Size vereceğim efendim.

**Atilla Altop:** Sağ olun Sayın Başkan. Değerli arkadaşlar kefalet sözleşmesi de borçlar kanununun en fazla değişikliğe uğrayan ve en fazla tartışılan bölümlerinden birini oluşturuyor. Hatta en başta gelenlerinden birini oluşturuyor. Neden çok fazla değişiklik yapıldı? Birinci ve en önemli neden kefalet

sözleşmesine ilişkin hükümlerin maalesef uygulamada kötüye kullanılmasından kaynaklanıyor. Ve bu kötüye kullanıma karşı kefilleri korumak amacıyla güdüyor. Onun dışında kefaletle ilişkin olarak ortaya çıkan yeni bazı durumlara da daha önceki kanunda yer almayan bazı durumlara ilişkin de hükümler konulması amaçlandı. O nedenle böyle kapsamlı bir değişiklik yapıldı. Gerçekten de kefilin bu anlamda haksız uygulamalara karşı korunması için yapılan değişikliklerin açıkçası son derece yerinde olduğunu düşünüyorum. Ama bu arada tabi onun dışında yapılan bazı değişikliklerin bir takım tartışmalara yol açması ve bazı uygulamada sıkıntılar yaratması da mümkün. Onlara da yeri geldiğinde değineceğim.

Kısaca önce bir kefaletin tanımında bir düzeltme yapıldı en başında. Ve yanlış anlaşılmaya müsait eski kanun metni değiştirildi. Ve dendi ki kefalet sözleşmesi kefilin alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme. Hakikatten kefalet sözleşmesinin tanımı buydu. Ama eski tanım maalesef borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı **taahhüt** eder gibi çok yanlış anlaşılmaya müsait olan ifade değiştirilmiş oldu.

582. maddede zaman aşımına uğramış borca, kefaletle ilişkin bir hüküm eklendi. Ve dendi ki; zaman aşımına uğramış borca kefil olan kişinin sorumluluğu da tıpkı yanılma veya ehliyetsizlik sonucu geçersiz olan bir sözleşmeye kefil olan kişi gibi düzenlendi ve dendi ki; kefil yükümlülük altına girdiği sırada borcun zaman aşımına kefil olduğu borcun zaman aşımına uğradığını biliyorsa artık kefalet konusunda herhangi bir sorumluluktan kaçması söz konusu olamayacaktır buna dayanarak. Ama önemli olan kefil olurken o borcun zaman aşımına uğradığını biliyorsa o takdirde sonradan bunu savunma olarak ileri sürmesi artık mümkün olmayacak.

Önemli bir madde 582 maddenin 3. fıkrası diyor ki; kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez. Yani kefalet sözleşmesine baştan yazılan bütün feragatler önceden yapılan feragatlerin hiçbir hükmü yok. Hepsi geçersiz. Ha, hakkınız doğduktan sonra her zaman feragat edebilirsiniz onda bir sakınca yok. Ama daha hak doğmadan feragat etmek mümkün olmayacak.

E, tabi en önemli kötüye kullanmalar şekil bakımındaki, şekle ilişkin hükümlerin dolanılması suretiyle kötüye kullanımıydı uygulamalarda. Şöyle ki eski borçlar kanunumuzun da temel ilkesi ve kanun koruyucunun da istediği kefilin sorumlu olurken azami ne miktarda sorumlu olacağını bilmesi idi. Eski kanunda da böyleydi. Hiçbir fark yok. O açıdan hiçbir değişiklik yok. Ama uygulamaya baktığınızda o hiçbir zaman mümkün olmuyordu. Nokta nokta olarak bırakıp sözleşmelerde ondan sonra da tam takibe geçecekken kaç paraya ulaşırsa o miktarı yazıp takibe geçecekken kefilin borç altına girerken

ne kadar azami miktarla sorumluluğu olacağını bilmesi ilkesi tamamen çöpe atılmış oluyordu. Bu nasıl engellenilebilir diye konuşuldu komisyonda. Hiç kimse aksi bir şeyde değildi. Mutlaka bunun önlenmesi gerekiyordu. Ama nasıl engellenecekti? İki tane yol vardı. Bir tanesi daha radikal bir yol. Kefalet sözleşmeleri noterde düzenlenir şeklinde bir hüküm koymaktı geçerlilik şartı olarak. Ama her kefalet sözleşmesini notere gönderdiğiniz zaman ne kadar çok yaygın yapıldığını da bildiğiniz zaman bu masraf çıkaracak. E, masrafta kime çıkacak tabi ki arkadaşlar? E, müşteriye çıkacak tabi ki masraf her zaman için.

O nedenle onun yerine dendi ki kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefaletin türü ve kefalet tarihi bu üç tanesi kefilin el yazısıyla yazılacak sözleşmelere. Ve böylece sonradan alacaklıların bu konuda bir oylama yapmalarının önüne geçilmek istendi. Amaç buydu. Demek ki kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefaletin türü yani müteselsil kefil mi olacak, adi kefil mi olacak bir de kefalet tarihi. Kefalet tarihi acaba neden önemli dersiniz. Kefalet tarihi. E, orada da daha sonrada konuşacağız kural olarak kefil ancak kefalet sözleşmesinden sonraki borçlar için kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olacağı için kefalet tarihi de burada önem kazanıyor. Bu 3 tanesinin kefilin el yazısıyla yapılması gerekiyor. Tabi çok haklı olarak bir noter arkadaşımız çok haklı bir soru yöneltti. Daha öncede bu zaten çeşitli toplantılarda gündeme gelmişti. İmza atamıyorsa, elle imza atamıyorsa ne olacak? O kişi kefil olamayacak mı? Şimdi tabi çok lafta uygun yorum yaparsanız el yazısıyla imza atamıyorsa kefil de olmasın demeniz lazım. Ama açıkçası benim kişisel görüşüm farklı. Bu tür kişiler çok rahatlıkla noterde düzenlenecek bir kefalet sözleşmesi yapabilecekler. Tamamen geçerli olacak. Çünkü böyle bir sözleşme bizim el yazısıyla sağlamak istediğimiz kadar en azından hatta belki de ondan fazla güvence sağlayacak. Çünkü noterde düzenlenen bir sözleşmenin ne tarihinin ne içindeki miktarın nede kefalet türünün sonradan değiştirilmesi diye bir şey akla dahi gelemez, mümkün dahi değil. E, o zaman bunu geçerli saymak gerekir diye düşünüyorum. Açıkçası bu kişisel görüşüm. Ama dediğim gibi çok lafta uygun yorum yaparsanız hiç kefil olamazlar demek lazım ki ben onu açıkçası gerekli ve uygunda görmüyorum. Onu da söylemek lazım.

Burada hazır bu kefalettteki şekilden bahsederken aslında vekâlet sözleşmesinde yapılan bir küçük değişiklikten de bahsedelim. Bahsetmekte yarar var. Vekâlet sözleşmesinde özel yetki gerektiren işlemler arasında kefalet sözleşmesi de alındı artık. Bir kişiye sizin adınıza kefalet sözleşmesine imzalamaya yetkisi vereceksiniz mutlaka bu yetkinin özel olarak verilmesi lazım. Benim adıma her işlemi yapabilir demeniz kefil olması için artık yeterli değil. Orada sayılan işlemler arasında hem kefalet, kefil olma açıkça eklenmiş oldu. Onu da bu manada belirtiyim.

E, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu art-

tıran bütün değişikliklerde kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacaklar. Yani ondan sonra yapılanlar açısından da miktarı arttırıyor-sanız yine kefilin el yazısıyla yazılacak. Kefalet türünü değiştiriyorsanız yine kefilin el yazısıyla olacak. Bütün bunların aynı şekilde olması gerekiyor.

Şekil açısından bir ikinci ilave daha yapıldı. Onun bu manada uygulamadaki kötüye kullanımlarla ilgili bir ilgisi yok. Onun gerekçesi de aile birliğini korumak. Ailelerin yıkılmasına, dağılmasına engel olabilmek için dendi ki; kefil olurken eşin de rızası alınsın. Eşin yazılı rızası alınıyor ve en geç kefalet sözleşmesi imzalanırken bu yazılı rızanın verilmesi gerekiyor. En geç. Yani eşin rızasını almadan bir kefalet sözleşmesi yapılmışsa sonradan eşim buna icazet vermesi o sözleşmeyi geçerli kılmıyor. Yeniden yapmak lazım kefilin, eşin rızasını alarak. Tabi buna da açıkçası çok itiraz edildi. Zorlaştırılıyor dendi. Evet. Doğrudur. Yani şundan da bahsedeyim. Bu borçlar kanunun komisyonundan çıkan şeklinde bir kinci fıkra daha vardı ve orada mealen söylüyorum şimdi çok uzun zaman geçti ama genel anlamda ticaret şirketlerinde belli pozisyonda olan kişilerin şirketin yönetim kurulunda olan kişilerin veya şirketin sahibi gibi kişilerin o şirketin işiyle ilgili verdikleri kefaletlerde eşin rızası aranmaz şeyi var idi. Sonra bu meclisten çıkarıldı. Artık böyle bir istisna yok. İster iş nedeniyle ister özel nedenlerle kefil olacak her kişi eğer evliyse ve de mahkemece verilmiş bir ayrılık ararı yoksa veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı bulunmuyorsa mutlaka eşinin rızasını alacak. Demek ki; kefil alanlar kefilin evli olup olmadığını da kontrol etmek zorundalar artık bundan sonra risk alamamak için. Ve de mutlaka eşin rızası alınmak gerekiyor.

Aynı şekilde kefalet sözleşmesinden sonra yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarı arttıran adi kefaleti müteselsil kefalete çeviren ya da kefil yararına güvencelerin azalmasına yol açan değişiklikler için de eşin yine yazılı rızası aranıyor. Ama buradaki yazılı rıza bildiğimiz normal bir yazılı rıza. El yazısıyla olması gerekmiyor eşin rızası. Eşin el yazısıyla olması gerekmiyor. Onu da belirtelim.

Türlere gelince. Adi kefalette çok çok önemli bir değişiklik yok açıkçası. Zaten biliyorsunuz adi kefalet pek uygulanan bir kefalet türü de değil. Artık son zamanlarda **makbu** kâğıtlarda bile direk müteselsil diye basılıyor. Hiç yani kefil falan diye de basmaya ihtiyaç duymuyor artık. Ne değişiklik oldu gende bir cümleyle söyleyeyim. Adi kefalette kefile doğrudan başvurulacak haller arasından borçluya konkordato mehli verilmiş olması eklendi. İflas vardı ama konkordato mehli verilmiş olması eklendi. Bir de takibin semeresiz kalması yazıyordu. O bazen tereddüt yaratıyordu. O açıklandı. Açıklığa kavuşturuldu. Ve takibin sonunda kesin haciz belgesi alınması diye açıklık getirildi. Bir de borçlarla yine takibin olanaksız hale gelmesi yazıyordu eski kanunda böyle önem ve ya önemli ölçüde güçleşmesi diye bir ifade eklendi.

Dediğim gibi zaten tür de önemli değil. Değişiklikler ama müteselsil kefaletle gelince çok önemli değişiklikler oldu. Açık söylemek gerekirse müteselsil kefaletin öyle ifade etmemde tahmin ederim ki bir sakıncası yok eski cazibesi kalmadı. Onu söyleyeyim açıkça. Doğrudur yanlıştır. Doğru da demiyorum. Ama eski cazibesi kalmadı. Niye eski cazibesi kalmadı dersiniz. Bir tek tek başlayalım. Bir, neydi müteselsil kefaleti cazip kılan böyle herkes müteselsil kefaleti alıyor. Borçlu borcunu ödemediği takdirde vadede gel bakalım buraya kefil diyordunuz. Bitti. Başka hiçbir şeye gerek yoktu. O kadar yoktu ki. Ne borçluyu takip etmeniz, ihtar göndermeniz gerekmediği gibi başka kenarda köşede rehinler varsa da onları da takip etmesiniz gerekmiyordu. Rehini paraya çevirmeniz de gerekmiyordu. Ne borçluyu takip etmeniz ne rehinleri paraya çevirmek. Gel buraya diyordunuz kefile. Tamam. Kefiliniz de sağlamsa fazla vakit kaybetmeden alacağınıza şimdi bakın sırayla neler oldu.

1) Bir kere önce bir zahmet borçluya bir ihtar gönder bir ödemesin diyor. Önce borçluya bir ihtar göndereceksiniz ödemeyecek ondan sonra kefile gidebilirsiniz. 2) Evet diyor eskiden olduğu gibi ipotek varsa yani taşınmaz rehini varsa onu paraya çevirmeden kefile gidebilirsin. Amma diyor alacak rehine veya sicile bağlı olamayan teslim şartlı taşınır rehini varsa önce onu paraya çevir diyor. Ondan sonra buna rağmen alacağını alamamışsan ondan sonra kefile gideceksin kural olarak. Ha, bunun istinası yok mu? Bunun istinası var. Ancak istisna olarak da hâkimin yani hâkimin bu taşınır rehini ve alacak rehini paraya çevrilse bile alacağı karşılamıyor yetmiyor diye belirlemesi ve izin vermesi lazım. Yani tamam sen bunları paraya çevirmeden git kefil takip et demesi lazım.

Niye bu ayırım yapıldı dersiniz? Gerekçesi şöyle taşınmaz rehini biliyorsunuz paraya çevirmek çok uzun zaman alıyor. Hele karşı tarafınızda bir de tırnak içinde işini bilen bir meslektaşımız varsa iyice iş uzun sürüyor paraya çevirmek. E buna karşılık alacak rehiniyle, teslim şartlı rehinini paraya çevirmek daha kolay. Böyle bir ayırım yapıldı. Ama iş bununla da bitmiyor. Müteselsil kefalet maddesinde değişiklik var ama bir başka maddede bir önemli değişiklik daha var kefalette.

Çok yakın bir birini ilgilendirdiği için burada söylemek istiyorum. İster adi kefalet olsun ister müteselsil kefalet olsun hiç fark etmiyor. Her kefalet türünde kefile şöyle bir imkân tanındı. Kefillğe başvuruyorsunuz şartları yerine getirip burada. Kefil diyor ki bir dakika ben ani teminat gösteriyorum diyor. Bana gelme diyor, git asıl alacaklıyı takip et, paraya çevir, rehinleri paraya çevir hala hiçbir şey alamıyorsan o zaman bana gel. Böyle bir imkân tanındı. Bu müteselsil kefil olsa da geçerli ama dikkat edin burada müteselsil kefilin ek bir ani teminat vermesi lazım. Ama bu ne demek şimdi onu da konuşalım. Evet, alacaklı açısından ekstra bir güvence aynı teminatta geliyor. Ama parayı fiilen

tahsil etmeniz bazen çok uzun süre ertelenmiş olabiliyor. Çünkü asıl alacaklıyı takip edeceksiniz, aciz belgesi alacaksınız, rehinleri paraya çevireceksiniz aradan geçecek o kadar zaman. Ha, ama yanında bir garantiniz var. Teminat var. O nedenle dediğim gibi bütün bunları bir araya getirdiğimiz zaman müteselsil kefaleti o eski cazibesi kalmadı diye rahatlıkla söyleyebilirim.

**Soru:** Bir şey sorabilirim. Bir önceki soruyla ilgili, eşin yazılı rızasıyla ilgili...

**Atilla Altop:** Güzel. Şimdi şöyle, ona da hayır cevabı vereceğim. Eşiniz için dahi kefil oluyorsanız eşiniz kendisi borç altına girmiş ama sizin onun için kefil olmanızı belki istemeyecek. Bir de sen girme borç altına diyecek. Kendi ben eşimi kefil olarak gösteriyorum demişse mesele yok. O zaman zaten şeyi vermiş demektir, olsun demişse. Ama olmamışsa, çok rahatlıkla bunu diyebilecektir. Ben borç altına girdim bir de sen girme. İstemiyorum. Tam tersine. Bir de senin kefil olarak borç altına girmeni istemiyorum diyebilecektir. Ama buna karşılık tam tersi bir şey söyleyeceğim olur olmaz o çok ayrı bir konu başka uygulamada çıkabilir. Tersine bir şey olursa o zaman kabul edebilir. Yani ben alacaklıyım eşim benim başkasından alacaklı olacağı bir şeye kefalet veriyorsa zaten orada bir mesele yok. Özel bir izin almaya gerek yok. Zaten kefaleti kabul eden benim. Ama öbüründe diyebilecektir. Ben olsam o riski almam. Eşim için bile olsa ayrıca borçludan bu sefer diğer eş borçlu olduğu için ondan bir rıza isterim.

**Soru: .....**

**Atilla Altop:** Hayır, hayır kendi ani teminat verecek kendi. Ama yani pardon başkasının malını da ani teminat olarak gösterebiliyorsa gösterir. O ayrı bir konu. Ama kendi gösterecek. O ancak rica eder. Borçlu onun lehine teminat veriyorsa verir. Kendisi gösteremez. Ne zaman istem. Kendisine başvurduğu anda ben senden istiyorum bunu dediği anda takibi engellemek için.

**Soru:** Hocam hakimin imzası....

**Atilla Altop:** Tabi, vallaha şimdi tabi o tamamen uygulama kanunu ile ilgili bir şey. Sevgili Burcuoğlu Hocam çok güzel bir şey söyledi. Kendimizi koruyalım diye, yani kendimize daha doğru bir ifade ile hadi şey yapmayalım. Fazla nezaket göstermeyelim. Kendimize menfaat sağlayalım diye. Tasarıdaki bazı maddeleri çıkardılar. Ama söylediği gibi Haluk Hocamın o biraz ters tepebilecek duruma geldi. Niye diyorum? Bana sorarsanız kişisel olarak bu bir kere hukukun temel ilkelerine aykırı bir şey. Hiç tereddüt yok bunda. Yani eski borçlar kanunu zamanında alınmış bir kefalet için dönüp de arkadaş şu şekil şartlarına uymadın işin rızası da yok demek hukukun temel ilkelerine bana soruyorsanız aykırı. Amma böyle bir uygulama kanunuz varsa elinizde

şuandaki uygulama kanunuz varsa hayır cevabı rahatlıkla kusura bakmayın ve remeyeceğim. Çünkü neden Haluk Hocam bazı maddelere değindi uygulama kanunun sadece 3'te değil. Şimdi bir 3. madde var. Bir iki var diyor ki borçlar kanunun kamu düzenine ilişkin kuralları gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır. E, herhalde kefalet sözleşmesindeki bu hükümlerin büyük ihtimalle kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilecek. Hadi orada tereddüdünüz var 3. madde geliyor. Orada hiç söyleyecek bir şey yok. Türk Borçlar Kanunu hükümleri yürürlüğe girdiği andan tarihten başlayarak daha önce gerçekleşmiş olsalar bile içerikleri tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş. Bu tam buraya giriyor. Emredici hüküm. Hadi buradan belki şeyle kurtarmak mümkün olabilir. Girdiği tarihten başlayarak geçmişe yürütme ikinci maddeyi nasıl açacaksınız bir. Bir madde daha okuyacağım. İzin verirseniz. Daha da vahim bir madde. 7. madde gene Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları gerisini atıyorum görülmekte olan davalara da uygulanır. Bu yani Yargıtay aşaması da dahil olmak üzere. Şimdi bu ikinci maddeyle 7. maddeyi birleştirirlerse ne çıkacak uygulamada ben de merak ediyorum. Ama kişisel görüşümü soruyorsanız bu hukukun temel ilkelerine ve hukuk güvenirliliğine aykırıdır. İşlemler bitmiştir derken pardon o kısım bitmiştir. Artık geriye döneemezsiniz. Eşin rızası yok, şekle uymadınız onun yapılmaması gerekir. Ama bu muhteşem uygulama kanunuyla ne çıkacak bende çok merak ediyorum.

### Sorular...

**A.A:** Hayır, hayır önce borçluya. Burada kefil... Hayır. E, zaten ne yapıyor uygulamada? Çok haklısınız. Uygulamada yapılan ne? İki tarafa birden gönderiliyor. Aynen gelecek. Gayet tabi. Zaten de geliyor. Hiç merak etmeyin. Onların ikisine birden gönderiyorlar. Orada bir sıkıntımız olmuyor. Evet, kefilin sorumluluğunun kapsamı bakımından önemli bir iki değişiklik var ama. Bana göre önemli bir madde 589. maddede kaçınıcı fıkra bu. 1,2 3. fıkra. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Ama dikkat edin bu emredici bir hüküm değil. Aksi kararlaştırılabilir. Ama bir şeyi atlamayalım. Eskiden doğmuş hangi borçlar için olacağı açıkça belli olması lazım. Özellikle eşin rızası bakımından gene çok yerinde bir sorusu vardı Noter arkadaşımızın. Genel bir rıza olur mu? Cevap çok net katiyen olmaz. Kim için ve hangi borç için ve hangi miktar için? İzin verildiği kefalete izin verildiği eş tarafından çok açık verilecek, her kefalet için eşten ayrı bir rıza alınacak. Başka türlü mümkün değil onu da belirlemekte yarar var. Kefilin bu arada gene aynı maddede asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumluluğu olacağı anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür diyor. Bu emredicidir. Bunun aksinin kararlaştırılması da mümkün değildir. Onu da belirlemekte yarar var.



Bir hüküm de açıkçası benim çok fazla içime sindiremediğim bir düzenleme 590. maddenin son fıkrasında. O da yeni bir düzenleme. Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri ve ya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri ile imkânsız hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil takibe bu sebeple itiraz edebilir. Şimdi ilk bakışta haksızlıkta etmeye-yim. Kefil açısından olaya bakarsanız son derece iyi ve yerinde bir hüküm. Yani alacaklı borçlusu yurt dışında. Yurt dışındaki borçlusundan parayı almıyor neden o yurtdışındaki ülkede devlet yasak getirmiş para göndermezsin diyor dışarı. O nedenle alamıyor. Ha, o zaman diyor kefil de buna itiraz etsin. Ama açıkçası alacaklı tarafından da bakarsanız aklıma şu soru geliyor ben yurtdışında olan bir borçlum için neden Türkiye’de bir kefil alırım. Benim Türkiye’de kefil alma sebebim ne? Bu nedenle alıyorum ben zaten. Yurtdışında bir problem olurda yurtdışındaki borçludan tahsil edemezsem bir garantim olsun Türkiye’de birinden kefil alıyorum. Şimdi kanun diyor ki Türkiye’deki kefil de aynı o yabancı ülkedeki şeyleri... Alacaklı açısından bakılınca açıkçası biraz ileri gidilmiş gibi görüyorum. Kefil açısından çok yararlı hiç şüphesiz ama dengeleri de biraz tutmak gerekir diye düşünüyorum açıkçası...

**Soru: Süre var mı?**

**Atilla Altop:** Yok, yok süre yok ne kadar devam ederse o kadar. Evet çok haklısınız. Onun dışında çok önemli değişiklik olarak bir sürü değişiklik var ama zaman sıkıntısı açısından da daha önemli olanları söyleyeyim 594. maddede alacaklıya bir takım yükümlükler getiriliyor. Alacaklının dikkat etmesi lazım bunu düzgün yerine getirmesi lazım. Bu da evvelden olmayan bir madde. Daha doğrusu bir kısmı vardı bir kısmı yeni. Diyor ki; asıl borçlu ana paranın yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılmasında ön görülen ana paranın ödemelerinde 6 ay gecikirse alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. Yani alacaklıya bildirim hükmü getiriyor. Kefil dikkat et bak 6 aydır bu ödemiyo bunları diye. İstek halinde alacaklı her zaman asıl borcun kapsamı hakkında bu o kadar önemli değil de öbürü alacaklıya doğrudan yüklenmiş bir bildirim yükümlülüğü. Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş ya da borçlu konkordato istemişse alacağı kaybettirmek ve hakların korunması için gerekeni yaptırmak zorundadır. Durumu da kefile bildirmek zorundadır. Bunları bildirmezse bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder diyor. Onun için bu bildirme yükümlülüklerine ve yazdırma yükümlülüklerine alacaklıların çok dikkat etmesi lazım. Bunları atlamaması lazım diğer bir ifadeyle.

**Soru: Bu bir emredici hüküm müdür?**

**Atilla Altop:** E, bu emredici tabi. Yani kefalet sözleşmesinde aksine anlaşma öngörülebilir diyen bir iki hal dışında bir tanesini söyledim onlar dışında

kiler genelde emredici oluyor. Burada tabi kefilin rucü hakkıyla ilgili olarak da bugünkü düzenlememizde daha kapsamlı bir ifade ön görülmüştür. Kefil alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde olanaklarına talep olur mesela yok. Ama açıkça bu söylenmiştir kefil bu haklara asıl borç muaccel olunca kullanabilir. Yani kendisi asıl borç muaccel olmadan ödemeler yapmış olsa bile asıl borç muaccel olmadan asıl borçluya gidemiyor. Bir de kime nasıl kefil başka diğer teminatlara gidebilecek mi sorusu da açıkça düzenlenmiştir artık. 596. maddenin 2. fıkrasında ve diyor ki; kefil aksi kararlaştırılmadıysa rehin haklarıyla aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından sonradan özellikle bu alacak için verilmiş olanlara talep olur. Alacaklıya kısmen ifade bulunan kefil rehin hakkını karşılayan kısmına talep olur.

Evet, onun dışında bir değişik maddemiz daha var aslında 596'dan önce 595. maddede. O da evvelden olmayan bir durumdu. Bir iki bir şey ilaveler geldi. Kefil ve borçlu arasındaki ilişki bakımından asıl borçlu yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden kaynaklanan takibat önemli ölçüde güçleşmişse veya asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi güvencelerinin değer kaybetmesi durumunda kefil asıl borçludan güvence verilmesini ya da borç muaccel olmuşa borçtan kurtarılmasını istiyor. Ama bu gördüğümüz gibi sadece kefile asıl borçlu arasındaki ilişki. Alacaklıyı ilgilendiren bir durum değil bu. Alacaklı bundan zarar geçirmeyecek.

Kefaletin sona ermesi maddesi önemli bir madde. Biraz uygulamada sıkıntı yaratan, tepki çeken bir madde. Şimdi bir kere şunu çok net söyleyelim. Kefalet sözleşmelerinin süresiz kefaletlerden bahsediyoruz tabi. Zaten süreli kefalet çok nadir verilen bir şey. Süresiz kefaletlerde kefalet süresinin bir azami süreyle sınırlandırılması konusunda hemen hemen bir görüş birliği vardı. Sebebi nedir dersenez. Çok basit bir şey söyleyeyim size bunun sebebi konusunda. Eski kanunumuzdaki düzenleme çerçevesinde bir kişi bir genel kredi sözleşmesine kefil olmuşsa ne kendisi ne çocuğu ne torunu ne torunun çocuğu mirası reddetme halleri dışında o kefaletten yüz yılda kurtulma şansı yok. Ta ki insafa gelip alacaklı asıl borçluya ilişkisini keserse tamamen veya kefilin çıkmasına izin verirse alacaklının takdirine kalmış bir şey. Bu da olmaz. Bunu da kabul etmek mümkün değil. Sona ermeyen bir borç ilişkisi. Yalnız tabi süre ne olsun diye tartışmalar vardı komisyonunda.

Genelde iki farklı görüş vardı. Biri İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi 20 yıl olsun bu üst sınır diyen, bir de 10 yıl olsun diyen. 10 yıl görüşü kabul edildi yani artık bir kefalet sözleşmesi en fazla 10 yıl için geçerlidir. Ve de yenilenmesi ancak 9. yıldan sonra yapılabilir. Önceden yenileme de yapamıyorsunuz. 9. yıldan sonra ama kefil isterse bir 10 yıl daha uzatabilir. Tartışılan nokta ne? Sonra da 10'ar, 10'ar uzatmaya devam edilir mi? Bir kısım hayır

diyor. Ama ben çok açıkçası ona bir engel görmüyorum. Kendi isteğiyle 10'ar, 1'ar uzatıyorsa bir sakınca yok. Ama bazıları, hayır ifade onu gerektirmiyor 20'de her halükarda biter diyenler var ama pek katılmıyorum. Şimdi yalnız gene açık söylemek lazım bu da uygulamada biraz sıkıntı yaratan durum. 20 olsaydı fazla bir sıkıntı yoktu. Çünkü bugün günümüzde bildiğim kadarıyla yanlış bilmiyorsam. Artık özellikle bu konut kredilerinde 10 yıldan uzun vadeli verilen krediler var. E, şimdi 10 yıldan uzun vadeli krediye en fazla 10 yıllık kefil alıyorsunuz. Şimdi Haluk Hocamın ne diyeceğini biliyorum. Öyle olsun ne yapalım diyecek ama tabii yani uygulama açısından keşke benim şahsım 20 yıl olsaydı bu sıkıntılar hiç olmayacaktı. Ha şu da düşünülebilir 10 yıldan sonra zaten az bir şey kalıyor ortada nasıl olsa üzerindeki yine aynı teminat onu karşılamaya yeter diye düşünülebilir. Ama dediğim gibi keşke o tamamen kişisel bir görüş 20 yıl olsaydı bu sıkıntılar hiç olmayacaktı diye düşünüyorum. Eski Borçlar Kanununda olmayan bir düzenleme daha var. Açıkçası uygulamada bu tür borçlara da kefalet alındığı için önemli bir madde. Onu da söylemek istiyorum. Henüz doğamamış gelecekte doğacak bir borca kefalette mümkün biliyorsunuz. Bu tür bir kefalette borçlunun dikkat borcun doğumundan önceki mali durumu kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulursa hatta mali durumu kefilin zannettiğinden daha kötü olduğu sonradan ortaya çıkarsa kefile borç doğmadığı sürece (aman buna dikkat) ama gene borç doğmadığı sürece kefalet sözleşmesinden dönme hakkı tanılıyor. Bu sadece ileride doğacak borçlara ve borç doğmadan bu koşullar gerçekleşirse dönme hakkı. Borç doğduktan sonra artık hiçbir şekilde geri dönüşü yok. Ama bu durumda bile kefil alacaklının kefaletin varlığına güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı tazmin etmekte yükümlü tutulmuştur. Bu halde bile. Ama böyle bir halin olduğunu da bilelim. Burada süreli olmayan kefaletler açısından sona ermede çok fazla bir değişiklik yok.

Ve nihayet gelem Haluk Hocamın ilk öğleden önceki toplantıda söylediği devrim hükümlerinden bir tanesine daha. 603. madde. 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. Şimdi bu ne dersiniz? Bu şunu engellemek için zaten daha kefaletle ilgili bir şeyler yapma çabaları başlayınca uygulamada şunu gördük ben kefil almayayım o zaman. Ne istiyorsun? Ben garantör alayım. Niye? Çünkü garanti sözleşmesi düzenlenmemiş. Onunla ilgili hiçbir sınırlama yok. Ben garantör alayım. O zaman ne garantörün sorumlu olacağı miktar belli olsun, ne efendim işte ne türü belli olsun. Ben garantör alayım veya e borca katılınsın. Ondan sonra işte bunu engellemek için şahsi teminat ve her türlü kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak hangi isim altında yaparsanız yapın hani çok eskiden bir ara yapıldığı gibi hatta satış vadi sözleşmeleri kurulması da buna dâhil olmak üzere. Bütün bu sözleşmelere de bu üç hususun aynen uygulanacağı. Yani dolanma yolları mümkün olduğunca kapatılmaya çalışıldı. Ama yani

şunu da unutmayalım hukuk kurallarıyla kötü niyeti sıfırlamamız mümkün değil. Onu da biliyoruz da mümkün olduğunca, elimizden geldiğince bu noktada bir sınırlamaya gitmeye çalıştık. Dediğim gibi bunun içersine borca katılmalar efendim diğer...

Ha, şimdi bir hususu atladım yalnız dikkat edin bu gerçek kişilerce verilen kefaletlerde. Aynı şekilde 10 yıllık sürede gerçek kişilerce verilen kefaletlerde. Tüzel kişilerin verdiği kefaletler bakımından ne süre açısından ne buradaki durum açısından bir sınırlama yok. Bu arada tabi uygulamada bir takım başka sınırlılarda yaşıyor. Şimdi mesela şu soruluyor çok haklı olarak. Aval verirken ne olacak deniyor. Aval de şahsi bir güvence. Aval da kişisel bir güvence. Aval verirken de miktar efendime söyleyeyim orda türe gerek yok ama miktar ve imza arayacak mıyız diye soruluyor. Burada da iki farklı cevap geliyor. Bir tanesi şimdi yanımda onun özel kendine özgü ticaret kanunda bir düzenlemesi var. Ticaret kanunda da böyle bir şey söylemiyor diyenler var. İkincisi de bu kanunun özel olup olmaması önemli değil. Bu düzenlemenin hangisinin özel olduğu, e bu kişisel güvencelere ilişkin çok daha özel bir düzenlemedir. Hepsine yöneliktir. Onun için bunun ehemmiyetle orada da uygulanması gerekir diyen görüşte var. Bunlarda tabi uygulamada açıkçası biraz tartışma yaratacak hükümler olarak karşımıza çıkıyor. Uyumla ilgili daha önce konuştuğumuz için tekrar açmıyorum. O iki madde karşısında uygulamanın nasıl gelişeceğini hepimiz merak ediyoruz. Hah, sözleşme yürürlüğe girdikten sonra zaten yeni hükümlerin uygulanacağını zaten orada hiç tartışma yok. Orayı tartışmıyoruz bile. Ama açık söyleyeyim eskilerine geri dönüp geçersiz kılmakta hiç doğru bir şey değil. Hukuk güvenliğine sarsar onun da açıkça yapılmaması gerekir.

Bir husus daha var şu soruluyor haklı olarak bir de sorulan soru şu var. Bu 10 yıl süreyi diyorlar nasıl uygulayacaksınız? Gerçek kişinin verdiği kefalet. 9. yıl, 9 yıl bitti şimdi yürürlüğe girdi bir yıl mı kaldı deniliyor uygulama. Hatta daha da abartalım 9 yıl 11 ay sonra yürürlüğe girdi kanun. Temmuz sonu bitiyor. Bitecek mi diyor benim kefaletim. Şimdi bakıyoruz bizim uygulama kanunumuzda bir madde var. Nedir o zaman işte aşımı hak düşürücüsüne ve zaman aşımı süreleri bakımından bir 5. maddemiz var onun sonunda da. A, pardon 6. madde de diyor ki bu kanunun 5. maddesi uygun düşüğü ölçüde Türk Borçlar Kanununda ön görülen diğer süreler hakkında da uygulanır diyor. Ama, ama 5. maddeye de baktığımız zaman bizi ilgilendiren husus ne? Yepyeni bir süre ön görülmesi buna hak düşürücü de diyebiliriz herhalde. Hak düşürücü bir süre ön görülmesi halinde. O da 5. maddenin 2 numaralı bendi diyor ki; Türk Borçlar Kanunu ile hak düşürücü veya özel bir zaman aşımı süresi ilk defa ön görülmüş olup da başlangıç tarihi itibarıyla bu süre dolmuşsa hak sahipleri Türk Borçlar Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak 1 yıllık ek süreden yararlanırlar. E dolmamışsa? Kalan süreyi kullanacaksın. O kadar ki o 1 aylık süre içersinde yapacaksınız çok acil olarak uzatmayı da yapmanız lazım. Hani 10 yıl. Şimdi

açıkçası ben bu hükmünde hani 6. maddede diyor ya uygun düştüğü ölçüde ben bu maddenin açıkçası kişisel görüşüm uygun düşmediğini düşünüyorum ve bunun yerine Haluk Hocamızın biraz önce anlattığı kiralara ilişkin 10 yıllık süredeki hükmün buraya uygulanmasının çok daha uygun olduğunu düşünüyorum. Çünkü orada diyor ki; ne diyordu orada? Geriye kalan süre 5 yıldan daha kısa ise 5 yıl, dolmuş olanlar hakkında ise 2 yıl devam ediyor. Bunun kefalet açısından daha adil olacağını düşünüyorum. Alacaklı tarafından da bakınca bir anda alacaklıların teminatlarını bir ay sonra hadi gözünüz aydın bir ay sonra teminatlar bitiyor demek çok adil bir düzenleme değil. Ama bu geçici ikinci madde.. 10 yıllık süre için onun uygulanmasının daha uygun düştüğünü kişisel olarak düşünüyorum. Sabrınız için çok teşekkürler.

**Tamer Şahin:** Ben çok teşekkür ediyorum. Galiba elimde bir eksikliğim var. Özellikle bahsettiğiniz ben bu konunun gündeme getirilmesini istedim. Biz meslektaşlar olarak hemen bir borçluyu bulduğumuz zaman yanına bir müşterek borçlu müteselsil yazarız. Öyle alışkanlığımız var. Çok da severiz. Ama maalesef artık o gitmiş gibi gözüküyor. Hangi koşulda? Gerçek koşulda. Tüzel kişilerde maalesef gitmemiş. Herhalde orada yine banka lobisi devreye girmiş. Bankalarda onu kurtaramayacağız gibi gözüküyor. Çok fazla soru var. Umut Bey'den başlayalım. Bir tane genel işlem şartları ile ilgili soru olacak.

**Umut Yeniocak:** Hemen hızlıca cevaplayayım. 21. madde yazılmamış sayılma başlıklı maddede sunum sırasında ifade etmiştim. Genel işlem koşulunun yürürlükte kalabilmesi için genel işlem koşulunu kullanan tarafın karşı tarafa bilgi verme, aydınlatma yükümlülüğünden bahsetmiştim. Soru bunun nasıl yapılacağı, bilgi vermede genel işlem koşulları sonuçlarına ilişkin bu sonuçları anlaması şeklinde. Kanunda ön görülen bu şartın ne şekilde gerçekleştirildiği. Sunumda da bundan bahsetmiştim. Buna net bir cevap, kesin bir cevap vermek mümkün değil. Ama birkaç fikir ileri sürmüştüm soru işaretleriyle beraber hatırlarsanız. Birincisi makul bir süre içeren genel işlem koşulları içeren sözleşme metnini karşı tarafa tebliğ etme. İkincisi de karşı tarafa bu bilgi verme aşaması ses görüntü kaydına alsak nasıl bir fikirdir. Ama dediğim gibi bunun kesin bir yanıtını vermek bu aşamada mümkün değil.

**Tamer Şahin:** Efendim teşekkür ederim. Avukat Mahmut Esat Aslan Bey'in bir sorusu var. Yapılan değişiklikler sistematik olarak gözüküyor buna karşı avukatların sistemin içine katılması düşünülüyor mu demiş. Gabin sözleşmeleri, özellikle kira sözleşmelerinde, kamuya ilişkin sözleşmelerde avukat nezaretinde yapılmasıyla ilgili bir düzenleme olabilir mi? Ve çok arzu ettik ama bu bizim kendi arzumuzda değil her zaman karşı tepki var. Gece yarısı saat 1'de biliyorsunuz şirketlerdeki müşavirliğimizi engellemek için bunların kuruluşlarıyla ilgili değişiklikler yaptılar. Sermayelerini arttırdılar. Dün basına yansıdı biliyorsunuz. Yeni bir avukatlık kanunu ile ilgili özellikle İstanbul, An-

kara, İzmir gibi baroları kendilerine yakın hale getirecek ve barolar birliğinin etkinliğini ortadan kaldıracak bir düzenleme içindeyken maalesef bunları gündeme getiremiyoruz. Hep idealimiz o. Ama bu tek başına bizim yapabileceğimiz bir şey değil. Ama mutlaka kavgasını vereceğiz.

Hakimin Türk Borçlar Kanununun 5. maddesi çerçevesinde daha az giderim imkanı veren sorumluluk sebebine bir karar verdi. Karar bu sebebe dayanmayarak başka hususlara göre temyiz edildi. Yargıtay 60. madde gereğince kararı bozabilir mi demiş. Şimdi usul hükümlerine göre Yargıtay'ın hakimin takdir yetkisine hakimin takdir yetkisine giren hadiselerde doğrudan karara varması gibi bir yetkisi yok. Bir tane var hukuk genel kuruluyla ilgili var. Haluk Hoca'yla sonra konuşuruz onu. Hatırlayacaktır. Hani, hukuk genel kurulu mahkeme yerine karar verdi. Böyle bir şey oldu. Ama bu karar yetkisi yok sadece şunları gözetmeksizin karar verilmesi usulsüzdür diyebilir belki. Onun dışında söyleyeceği bir şey yok. Haluk Hocam'a çok soru var. Atilla Hocam'a var. Buyurun Atilla Hocam.

**Atilla Altop:** Şimdi gelen sorulardan bir tanesi 1 Temmuz 2010 tarihinden evvel bankaların kredi sözleşmelerine müteselsil kefil olarak kefil olmuş kişi ani teminat göstererek kendi hakkındaki takibi durdurabilir mi? Evet bu kanun yürürlüğe girdikten sonra ani teminat göstererek bu takibi durdurabilir. İkincisi anlatırken süre sıkıntısı nedeniyle değinmediğim bir maddede idi. Alacağın devriyle ilgili olarak Borçlar Kanununun 191. maddesinde eskiden farklı olarak artık ivazlı yani karşılık ödemek suretiyle alacağı devralması halinde devreden kişinin alacağın borçlunun ödeme gücünü de garanti ettiğini söylüyor kanun koruyucu. Ayrıca bir karar verilmese bile bu emredici midir diyor. Hayır, bu emredici değil taraflar bunun aksine kararlaştırabilirler. Temerrüde düştüğü tarihte borç miktarı kefalet limitinin altında olan bir kefilin temerrüt tarihinden sonra temerrüt faizli limitini aşması mümkün mü? Buna engel mi diyor. Buradan şöyle algılıyorum ben siz kefile başvuruyorsunuz ve şu kadardır öde diyorsunuz. O ödemeyip temerrüde düşerse artık ondan sonra işleyecek temerrüt. Kendi borcunun temerrütüdür.

Teslime bağlı taşınır rehini içeriğine hani müteselsil kefile gitmeden paraya çevirmemiz gereken teslime bağlı taşınır rehini içersine araç rehinleri giriyor mu? Hayır girmiyor. Onlar tescilli rehindir onlar girmiyor. Aynı maddedeki alacak rehini rehin cirousuyla rehin edilen bonoları ve çekleri kapsıyor mu? Evet, rehin cirousu varsa tabi ki bu bir alacak rehinidir. Onların paraya çevrilmesi öncelikle gerekiyor.

Elektronik posta yoluyla sözleşme kurulması durumunda ne olacak deniyor. Şimdi elektronik posta yoluyla sözleşme kurulması zaten ancak elektronik imza ile mümkün. Elektronik imza varsa zaten bir sıkıntı yok. Elektronik imza yoksa hiçbir zaman elektronik postayla sözleşme kurmanız mümkün değil.

Elektronik imzayla o ancak olabilecektir.

Senette kefil olarak değil ama borçlunun yanında ikinci imzayı atan kişi borçlu gibi görünüyorsa eşi benim imza iznim yok diye senedin iptalini isteyebilir mi? Şimdi burada gerçekten borçlu müteselsil borçluysa ikisi bunu diyemez. Ama bu maddeyi dolanmak için aslında teminat vermek istiyor öyle gözüküyor. Bunu da ispat edebilirsiniz ortada muvazaalı bir şey olduğunu kanıtlarsanız o zaman eş böyle bir savunma yapabilir tabi hiç şüphesiz.

**Soru:** Kefalet sözleşmeleri bu uygulama icra infaz kanunlarının icra kurumunda da geçerli olacak mı?

**Atilla Altop:** Şimdi tabi kefalet konusunda hiçbir ayırım yapmıyor. Onun için kefil olarak niteliyorsanız o zaman onun da. A, şöyle bir yorum yapar mı mahkemeler uygulamada. Zaten şeyde öyle bir risk olmadığı için icrada alınan kefalet açısından ben bunları ayırmam gibi bir yorum yapar mı, onların hepsini göreceğiz uygulamada. Ama Borçlar Kanunu'nda hiçbir ayırım yok kefalette. Hatta biliyorsunuz kefaleti bırakın. Her türlü şahsi güvence veriyor kişisel güvence. O nedenle hepsi kapsama giriyor. Ama öyle bir yorum yaparlar mı ona bir şey diyemem. Ama işte orada da ticaret kanunu hükümleri yürürlüğe girecek diyenler var. Ama tabi onu biraz uygulamada göreceğiz. Ayırım yok hiçbirinde.

**Yorum:** Sözleşmeye dayanarak takip yapmıyor. Boşu boşuna...

**Atilla Altop:** Çok haklısınız. O nedenle zaten geniş tutuldu. Ticaret kanunu devreye girdiği zaman bir de mahkemeler yorum yapacaksa ne çıkacağını o zaman. Kişisel olarak soruyorsanız orada uygulanması lazım. Düşüncemiz o. Evet.

**Tamer Şahin:** Ebru Ceylan da söz.

**Ebru Ceylan:** Kısaca bana gelen sorulara cevap verelim. 4822 sayılı Tüketici Kanununda taksitli satış sözleşmesine ilişkin hükümler varken Türk Borçlar Kanununun taksitli satış sözleşmeleri nasıl uygulanma alanı bulacaktır? Örnekler misiniz diye hocam Haluk Hoca'yla bana yöneltilmiş bir soru. Hocam izin verirseniz şöyle ben düşündüm. Şimdi tüketici hukuku dersi veren bir hoca olarak şunları söyleyebilirim. Yıllardır tüketici hukuku ile ilgili makaleler yazan, çalışan bir kişi olarak bir kere tüketici sözleşmeleri dediğimiz sözleşmeler evet taksitli satış sözleşmesi, tipik bir tüketici sözleşmesidir. Ama şu var. Bir kere her alıcı, tüketici değildir. Dolayısıyla tüketici kimdir dediğimiz de Tüketici Kanunu tanımlamış. "Bir mal veya hizmeti ticari ya da mesleki amaç dışında bir amaçla edinen kişi tüketicidir". Dolayısıyla bu kapsamda tüketici niteliği taşıyan bir alıcı için hangi hükümler uygulanacak? Tüketici Kanunda-

ki taksitli satışla ilgili hükümler uygulanacak. Siz ne olduğunuzu önce bileceksiniz. Yani “tüketici” mi yoksa “sıradan bir alıcı” mı. Sıradan bir alıcıysa genel kanun tabii ki Borçlar Kanunu. Ama tüketici niteliği taşıyorsa o zaman Tüketici Kanunundaki taksitli satış hükümleri uygulanacak. Örnek biraz sonra vereceğim. Şimdi dolayısıyla burada bana göre tüketicinin korunması ile ilgili taksitli satışlar ancak tüketici niteliği taşıyanlara uygulanacak.

**Soru:** Ticari satış varsa?

**E.C:** Ticari satış ayrı.

**Soru:** Adi satışta?

**Ebru Ceylan:** Hayır adi satışta ayrı, tüketiciyle ilgili satışta ayrı. Siz iki kategori yapıyorsunuz. Ben üç kategori yapıyorum. Aramızdaki fark o. Şimdi ticari satış dediğimizde o zaman ticari sözleşmelerde, ticari nitelikteki sözleşmelerde elbette ki Tüketici Kanunu veya Borçlar Kanunu değil. O zaman nereye gideceğiz Türk Ticaret Kanunu'na gideceğiz.

**Soru:** Hocam borçlar kanununu, ben o şartları ne zaman uygulayacağım?

**Atilla Altop:** Şimdi şöyle söyleyeyim size. Çok haklısınız. Şimdi sorunuzda şöyle haksız değilsiniz. Şimdi normal şartlarda ticaret kanunda da söylediği soru. Ticaret kanunda hüküm yoksa taksitli satışla ilgili hüküm yoksa... Yalnız sorunuz çok haklı çünkü hem taksitle satım hem de ön ödemeli taksitle satımlarda uygulama maddelerinde çok enteresan bir madde var. Alıcının tacir sıfatıyla tabir ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı veya mesleki amaçlarla satın alındığı durumlarda zaten uygulanmıyor. Onun için sorunuz çok haklı. Ben de aynı soruyu soruyorum. Bu durumlarda zaten bu borçlar kanunu sadece şeye uygulanıyor, tüketiciye uygulanıyor demektir. Tüketici kanunu da var öbür tarafta yalnız tabii şunu da unutmamak lazım. Tüketici isterse böyle bir durumda tüketici kanundan yararlanır, kendi menfaatine gelirse borçlar kanundan yararlanır. İkisinde de yararlanma hakkı var.

**Soru:** Ben anlamadım orayı.

**Atilla Altop:** Hangisi menfaatineyse ondan yararlanır. Olabilir Borçlar kanunu.

**Soru:** Genel kanun vardı. Genel kanunda farklı maddeler vardı...

**Atilla Altop:** Pardon bir şeyi karıştırmayalım, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun özel bir kanundur. Çok doğru. Ona kimse karışmıyor zaten. Tüketici kanununa karışan yok.

**Soru:** Sayılmaz ki. Satıcı tüketici yasasına göre bana gel diyemiyor.



**Atilla Altop:** Diyemez. Nasıl der öyle bir şeyi? Tercih tüketicinin. İsterse oraya, hangisi menfaatine daha fazla geliyorsa. O tabi ki tüketicinin korunması hakkındaki kanun onu korumak için düzenlenmiş ama aradan zaman geçmiş yeni kanun daha fazla koruyabilir.

**Haluk Burcuoğlu:** Şimdi bakınız gerekçesi çok basit arkadaşlar. Bu borçlar kanunudur. Bu kitabı mukaddestir. Burada her şey olur. Hizmet sözleşmesi de burada düzenlenmiştir. Bu iş kanunu, deniz iş kanunu, basın iş kanunu burada olacak. Burası başvuru makamıdır. Gayet açık sorunuza yanıt vereyim. Tüketici kanunu hangisi daha fazla tüketiciyi koruyacaksa onu kullanacaktır. Amaç tüketiciyi korumaksa borçlar kanunu hükümleri daha fazla koruyacaksa o koruyacak. Aynı şekilde iş hizmet sözleşmesine gelir, amaç işçiyi korumaksa hangisi daha fazla koruyorsa onu uygulayacaktır. Onun için efendim neden borçlar kanunda taksitle satım düzenlendi? Tabi ki düzenlenir. Bu kitabı mukadde. Bu olmadan hiçbir şey yok. Bunu öğreneceğiz. Ne ticaret kanunu var, ne tüketici bilmem ne hepsi hikâye burası. Bu sabit. Bu kalacak. O yüzden çelişki falan yok. Amacınız tüketiciyi korumaksa ki öyle, hangisi daha fazla koruyacaksa onu uygulayacaksınız. Bu kadar.

**Ebru Ceylan:** Ben görüşümü söyledim. Alıcı eğer tüketici niteliği taşıyorsa Tüketici Kanunu dedim. Tamam bu benim görüşüm. Bir diğer soru. Yine taksitli satışla ilgili. Alıcının temerrüdü halinde satıcının taksitli satış sözleşmesinden dönme hakkını kullanmasında alıcının malı kullandığı süre için ödeyeceği kira bedelinin iadesinde faiz oranı var mı? Hülya Hanım sormuş. Avukat hanım. Şimdi efendim bu sorunun cevabı 260. maddede. Bu maddenin 1. fıkrasında satılanın alıcıya devrinden sonra sözleşmeden dönerse satıcı hakkaniyete uygun kullanım bedeli ve satılanın olağan dışı kullanılması sebebiyle değeri azalmışsa diyor. Yani bir olağan dışı bir kullanım varsa o takdirde değerinin azalması söz konusu olursa tazminat da isteyebilir. Burada ancak bu şartlar varsa tazminat istenebiliyor. Ancak satıcı burada da bir sınırlama getiriyor. Sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı elde edecek olduğundan fazlasını isteyemez. Yani satıcı her şeyi isteyemez. Burada sözleşmede zamanında ki ifa edilmiş olsaydı elde edebileceği kadarını isteyebilir. Bu maddenin 2. fıkrasında ise satıcının alıcının peşinatı ödemedi temerrüde düşmesi yüzünden satılanın devrinden önce sözleşmeden dönme durumunda ise alıcıdan sadece ödenmeyen peşinat üzerinden sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek yasal faiz ile burada faizi soruyorsanız faiz işte geçiyor. Eğer önceyse yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra satın alınmış olanın uğradığı değer kaybı sebebiyle tazminatta isteyebilir diyor. Burada zaten hükümde belirtilmiş.

Bir diğer soru. 227. maddede diyor ki, şöyle bir düzenleme var. Alıcının seçimlik haklarıyla ilgili satış sözleşmesinde bir avukat hanım bana yönelmiş sorusunu. Diyoruz ki son fıkrada satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline

çok yakın ise alıcının sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir. Şimdi örnek vermiş. Fakat örnekteki sorusu bana göre bu duruma uymuyor. Neden? Çünkü örnek diyor ki aracın boya ayıbının olduğu gerekçesiyle açılan davada boya ayıbı eğer küçük bir ayıp mı, büyük bir ayıp mı diye belirtmemiş soruda. Eğer değer kaybı 4 milyar ise, 4 bin TL ise tespit edilmişse aracın yenisiyle değiştirilmesi veya bedel iadesi istenebilir diyor. Şimdi araç diyorsunuz, 4 bin liraya ben araç görmedim.

**Yorum:** .....

**Ebru Ceylan:** E, olur mu acaba? Olur mu? Mümkün mü? Olmaz yani. Çünkü siz aracın yenisiyle değiştirilmesini istiyorsunuz. Ne diyor son fıkrada açıklamaya bakalım, diyor ki satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakınsa, 40 milyarlık bir araba. Evet, 39 milyarlık bir bozukluk var veya 39 milyar 500 bin liralık bir bozukluk var. 39 bin 500. E, o zaman isteyebilirsiniz. Yani o zaman olabilir. Ama şimdi 4 nerde 40 nerede. 10 katı. Burada olmaya-acağı belli, avukat hanım anlamıştır.

Şimdi geldik ticari ayıpla ilgili ayıpla ilgili olarak ticari iş olarak alınan malda ayıp varsa alıcının seçimlik haklarının kullanılması Tüketici Kanunu mu, Borçlar Kanunu mu, Ticaret Kanunu mu? Ticari satış ise dediğim gibi Ticaret Kanunu uygulanır.

Şimdi geldik başka bir soruya ön alım hakkı ile ilgili. Ön alım hakkı ile ilgili taşınmaz hissedarlarından biri diğerlerin ön alım hakkını engellemek için satış yerine satış vadi sözleşmesi yaptı. Peki. Bu sözleşmede satış bedelinin tamamen ödendiğini gösteren bir kayıta mevcut. Bu durumda yeni yürürlüğe giren yasa hükmünden yararlanarak bu sözleşmenin satışa eş değer işlem olduğuna bahisle dava açarak ön alım hakkını kullanmak olası mıdır? Şimdi 241. maddenin son fıkrasında eğer bunu satış vaadi sözleşmesi bir ön sözleşme, satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik olarak yapıyor. Nedir? Satış sözleşmesini yapma borcu altına giriyor satıcı. Burada 241. maddenin son fıkrasına göre baktığımızda diyor ki, ne diyor bize? Özellikle biraz önce açıklamıştık. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde de yukarıdaki hükümler uygulanır. Yani ön alım hakkının kullanılmasında satışa eşdeğer işlemlerde de bu hüküm uygulanır dediğine göre bana göre ön alım hakkını kullanabilmek mümkündür diye düşünüyorum.

**Tamer Şahin:** Efendim teşekkür ederim.

**Ebru Ceylan:** Şu son soruya da cevap vereyim. Kanundan doğan şuf'a hakkı ile ilgili -medeni hukuk sorusu-. Zaten Medeni Kanunu açınca Avukat bey bunu görür, görecektir. Cevabını verelim. Burada tapudaki hissesini 3. kişiye satan satıcı sözleşmesel şuf'a hakkı sahiplerine yapıldığı gibi gene no-

terden bildirim yapmak zorunda mıdır? Evet, çünkü Medeni Kanun'un 733. maddesinin 3. fıkrasına göre bir paydaş ön alım hakkını 3. kişiye yani diğer bir paydaşa satmıyorsa, ön alım hakkını kullanırken ne yapmak zorundadır? Noter aracılığıyla kullanması gerekir diye açıkça var Medeni Kanun'da

**Tamer Şahin:** Efendim teşekkürler. Haluk Hocam...

**Haluk Burcuoğlu:** Vallaha, şimdi bende de çok soru var anlamadım. Bir defa Fatih Karamercan arkadaşımız kim, burada mı? Sen yine bana Alper Gümüş'ten esinlenerek mi yapıyorsun bunu? Şimdi şunları söyleyeyim. Bana anlatma kardeşim. Alper Gümüş'ün kitabında okumuşsun. Alper illa eleştirmek için eleştirmiş. Efendim İsviçre Borçlar Kanunu'nda buymuş da neden orada öyle olmuş. Onları geçiyorum hepsini. Ha birde şu var kimse kalkıp da İsviçre Borçlar Hukuku'nun bizden daha iyi olduğunu söylemesin. Şiddetle reddederim. Öyle bir şey yok. Geçiniz. Biz esinlendik. Hiçbir zaman kopya çekmedik.

Soru iki haklı ihtar gayet basit. 1. yılda iki haklı ihtar 4. yılda iki haklı ihtar olmaz. Olamaz. Aynı kira yılının içinde olacak. Artık yıl dediğimiz bir yılı aşkın kalan 8 ayda dursun dedik. Onu da geçiyoruz. Efendim İsviçre Borçlar Kanunu geçiyorum bunları. Onlar öyle düşünebilirler. Şimdi şeye gelelim yabancı para üzerinden kararlaştırılması yeterlidir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 344. hükmü yabancı para endeksine dayalı Türk Lirası üzerinden belirlenen kira bedelleri bakımından uygulama bulmaz. Niye diyeceksiniz ki? Yani ne? Sormak istediğini anlamadım.

**Soru:** Dolar üzerinden mi yapılacak Türk parası üzerinden mi yapılacak?

**Haluk Burcuoğlu:** Affedersiniz. Dolara endekslemişsen ben dolar da değişmiyorum. Başta da söyledim bu spekülatif bir olaydır. Dolar dediğin bir sene 2 liradır, öbür sene 80'dir. Kadere girer bu. Nasıl olursa olur. Dolar çıkıyor. Dolar sabit duruyor. Ondan sonra ha şu karavanla ilgili bir şey sormuşsun galiba. Efendim karavan aile konutu olursa afiyet olsun. Ama bizim alanımız değil. O konut ve çatılı iş yeri kirası kesinlikle değil. Alper Gümüş belki onu diyordur. Ona da söyle aynı şeyi. Böyle bir zıvalık olmaz. Onu da söyleyeyim açık açık. Çünkü Alper Gümüş eleştiri yapmak için bir takım Tarzanlıklar yapmış. Yüzüne de söylediğim için çok rahat sempozyumda söyledim bunları kendisine. Efendim konut ve çatılı iş yeri kirası denmiş depo denmemiş. Acaba ne olurmuş..

Ha, sonra efendim şu kira bedeli banka hesabına yatırılıyorsa kiralayan hesaba yeni dönem kira bedeli olarak çekse bile kira tespit davası açabilir denmekteymiş. Hâlbuki elden teslim alırsa denmemiş. Öyle mi?

Şimdi kiracının ayıba tefekkürü zaten burada şeyimiz var bakınız uygun süre maddemiz ar ayıba karşı tefekkürde ayıbın giderilmesini isteme. Ayıbın uygun bir sürede giderilmesini isteyebilir. Ve içeride oturduğu sürece zaten bunu isteyebilecek. Bildirimde bulunacak ve yapmadığı takdirde kira bedelinde indirim veya benzeriyle değiştirilmesini isteyebilir. Yani bu bütün kira sözleşmelerinde geçerli.

**Soru:** Zaman aşımı süresi açısından?

**Haluk Burcuoğlu:** Kira sözleşmesi devam ettiği sürece ayıp devam ediyorsa, bildirimde bulunma koşuluyla sonuna kadar gider diye düşünüyorum. Efendim, bu ne? Ha bağlantılı sözleşme...

Bir arkadaşım Fatih Karamercan dışında ekranda gösterdiğimiz alışveriş merkezinin çıkartmadığı tacir veya iş yeri kirası denmiş. Sadece tacir mi demiş? İşyeri kirası olacak tacirler ve dernekte, vakıfta oraya girecek onu da unutmayalım. Valla yapmışlar. Söyleyecek bir şey yok. Teşekkür ederim.

**Tamer Şahin:** Efendim ben de teşekkür ediyorum. Önce teşekkürümü başta İzmir Barosu olmak üzere bütün kurullarında görev yapan arkadaşlarıma ve siz meslektaşlarıma bir panelin başarısı onun katkılarıyla olur. Eksik olmayınız. Bize katkılarınızla onur verdiniz. Ben şahsım ve kurumum adına hem sayın başkana hem de kurulda görevli arkadaşlara ve bizimle bu değerli bilgileri paylaşan Sayın Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na, Sayın Doç. Dr. Atilla Altop'a, Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan'a ve meslektaşım Umut Bey'e çok teşekkür ediyorum. Sağ olun, var olun.



# MAKALELER



# 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi

## ■ Hakan DİMDİK\*

### BORÇ İLİŞKİSİNİN KAYNAKLARI

#### I. HAZIR OLANLAR ARASINDA SÜRESİZ ÖNERİ

Hazır olanlar arasındaki sözleşmenin kurulması 818 sayılı Borçlar Kanununun 4. maddesinde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun gene 4. maddesinde düzenlenmiştir. İlk fıkra bakımından yalnızca dil sadeleştirilmesi yapılmıştır. Herhangi bir hüküm değişikliği söz konusu değildir. 818 sayılı BK m. 4/I'de “*Kabul için bir müddet tayin olunmaksızın hazır olan bir şahsa karşı vaki olan icap derhal kabul olunmadığı takdirde, anı yapan bağlı kalmaz.*” hükmü var iken aynı düzenleme TBK’de “*Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur.*” olarak yerini bulmuştur. Buna göre hem 818 sayılı BK hem de 6098 sayılı TBK’ye göre kabul için bir süre öngörülmediği durumlarda sözleşmenin kurulabilmesi için önerinin hemen kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme kurulmayacaktır.

818 sayılı BK m. 4/II’de “İki taraf yahut vekillerinin bizzat telefon ile yaptıkları akitlere hazırlar arasında icra olunmuş nazariyle bakılır.” hükmünde değişikliğe gidilerek telefonla ve bilgisayar gibi doğrudan iletişim sağlayabilen araçlar ile yapılan önerinin hazırlar arasında yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Gerçekten de TBK’ye m. 4/II’ye göre, “*Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.*”.

Bilgisayar ile yapılan her türlü yazışma veyahut da sesli ya da görüntülü görüşmeler değil, doğrudan-anlık iletişimi sağlayan görüşmeler TBK m. 4/II kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, mail gönderme yolu ile yapılan görüşmeler<sup>1</sup> veyahut da internet forum sitelerinde mesaj bırakma yoluyla yapılan

\* Av. İzmir Barosu Üyesi

1 Aynı yönde bkz. Öz, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 5.



görüşmeler bu hükmün kapsamı dışındadır. Bununla birlikte doğrudan-anlık iletişimi sağlayan bilgisayar uygulamaları ile yapılan görüşmeler hazırlar arasında yapılan görüşmeler olarak kabul edilecektir.

## II. ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ

Yeni Türk Borçlar Kanunu m. 7'ye göre, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri (icap) sayılmaz ve bu şeyi alan kişi onu geri göndermekle ve saklamakla yükümlü değildir (m. 7).

ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi öneri (icap) teşkil etmediğinden, örtülü kabulden de söz edilemeyecektir ve dolayısıyla bu durumda ortada kurulmuş bir sözleşme yoktur<sup>2</sup>. Hatta gönderilen şey ile birlikte şeyin fiyatının yer aldığı bir teklif yazısı bile gönderilse sonuç değişmeyecektir. Ancak ilginçtir ki şeyin gönderilmeyip sadece teklif yazısının gönderilmesi durumunda öneriden söz edilebilecektir<sup>3</sup>.

Alıcı gönderilen şeyi kullanmış ve hatta tüketmiş olabilir. Alıcının böyle davranmış olmasıyla dahi sözleşmeden söz edilemez. Alıcının ısmarlanmayan şeyi kullanması, tüketmesi, hatta şeye zarar vermesi durumunda, alıcı gönderene karşı TBK'nin sözleşmeye ilişkin hükümlerine göre değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (m. 77 vd.) ya da haksız fiile (m. 49 vd.) ilişkin hükümlere göre sorumlu olacaktır. Gönderenin alıcıdan şeyin kendisine gönderilmesini isteme hakkı olmadığı gibi, kullanma sebebiyle şeyin satış fiyatını isteme hakkı da yoktur<sup>4</sup>. Çünkü ortada bir sözleşme yoktur. Bununla birlikte ısmarlanmayan şeyi alan kişi, şeyin iade edilmemesi ya da saklanmaması sebebiyle şeye gelen zararlardan sorumlu değildir.

Bu düzenleme özellikle tüketicinin korunmasına hizmet etmektedir<sup>5</sup>. Bununla birlikte basiretli işadamı gibi hareket etmesi gereken tacirin bu hükmün korumasından yararlanmaması gerekir<sup>6</sup>.

ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi durumunda gönderen icapta bulunmuş olmamaktadır; ancak ısmarlanmayan şeyi tüketen ya da kullanan kişi bu şeyin satış bedelini ödemek isterse gönderene karşı icapta bulunmuş olacaktır<sup>7</sup>. Gönderen kişi bu icabı kabul ettiği takdirde de sözleşme kurulacaktır<sup>8</sup>. Bu durumda öneriyi yapan ısmarlanmayan şeyi gönderen değil, ısmarlanmayan şeyin

2 Aynı yönde: Öz, s. 5.

3 Öz, s. 6.

4 Huguenin, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008, Rdn. 222.

5 Berger, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, Rdn. 665; Huguenin, Rdn. 223; Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, Rdn. 28.12.

6 Yeniocak, Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 8-9.

7 Schwenzer, Rdn. 28.13.

8 Aynı yönde: Öz, s. 5.

alıcısıdır. İsmarlanmayan şeyin gönderilmesinin icap kabul edilmemesinden alıcının gönderene icapta bulunmayacağı sonucu çıkarılmamalıdır.

Talepte bulunulmadığı halde bir hizmetin sunulması durumunda m. 7'deki düzenlemenin değil vekâletsiz işgörmeye hükümlerinin uygulanmasının daha isabetli olduğu görüşündeyiz<sup>9</sup>.

İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesinde düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesinin ilk fıkrasında ismarlanmayan bir şeyin gönderilmesinin icap olmadığı, ikinci fıkrada ise alıcının şeyi göndermek ve saklamakla yükümlü olmadığı belirtilmiştir. 6a maddesinin üçüncü fıkrasında ise ismarlanmamış bir şeyin yanlışlıkla gönderildiği açıkça anlaşılırsa, onu alan kişinin uygun bir sürede gönderene haber vermek zorunda olduğu ifade edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesinin ilk iki fıkrası TBK'ye aynen alınmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesinin üçüncü fıkrası Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinin ikinci fıkrası idi. Ancak TBMM'de oylama sırasında verilen önergeyle bu fıkra yasa metnine alınmamıştır. Yine de dürüstlük kuralı gereği alıcı, ismarlamadığı şeyin hataen kendisine gönderildiğini anladığında gönderene haber vermelidir.

### III. BAĞLAYICI OLMAYAN ÖNERİ VE HERKESE AÇIK ÖNERİ

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 7/II'ye göre, “*Tarife ve cari fiyat irsali icap teşkil etmez*”. TBK m. 8/II'de bu kuralın tam aksine yer verilmiştir. TBK m. 8/II'ye göre ise “*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır*”. Buna göre fiyat göstererek mal sergilenmesi ya da tarife, fiyat listesi gibi hususların karşı tarafa gönderilmesi durumunda aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça gönderenin öneride bulunduğu kabul edilmiştir. Tarife ya da fiyat listesiyle birlikte şeyin gönderilmesi durumunda ise öneriden söz edilemeyecektir (TBK m. 7).

### IV. İLÂN YOLUYLA ÖDÜL SÖZÜ VERME

818 sayılı Borçlar Kanununun 8. maddesinde düzenlenmiş olan “*ilân suretiyle vuku bulan vaitler*” Yeni Türk Borçlar Kanununun 9. maddesinde “*ilân yoluyla ödül sözü verme*” olarak düzenlenmiştir.

TBK m.9/II'ye göre, ödül sözü veren sonucun gerçekleşmesinden önce caryarsa ya da sonucun gerçekleşmesini engellerse dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlü olmaktadır. BK'de vaadde bulunan kişinin sonucun gerçekleşmesini engellemesi durumunda giderleri karşılamakla yükümlü olacağına ilişkin bir düzenleme yok idi.

9 Yeniocak, s. 9.

Ödül vaadine güvenilerek birtakım masraflar yapması dolayısıyla zarar gören bir ya da birden fazla kişilere ödenecek toplam tazminat ödülün değerini aşamaz (TBK m. 9/II, son cümle). 818 sayılı Borçlar Kanununda ise birden fazla zarar gören kişilerin zararlarının tazmin edilmesi hususunda bir düzenleme mevcut değildi.

## V. İMZA

### A. AMÂLARIN İMZALARI

818 sayılı Borçlar Kanununun 14. maddesinin üçüncü fıkrası 01.07.2005 tarih ve 5378 sayılı Kanunun 50. maddesinin (c) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga edilmiş olan bu fıkra şöyle idi:

*“Amaların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelenin metnine vakıf oldukları sabit olmadıkça, onları ilzam etmez.”*

Bu düzenlemeye paralel düzenleme TBK'nin 15. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almakta idi. Ancak 6111 sayılı Kanunun TBMM'de görüşülmesi sırasında verilen bir önerge ile bu fıkra değiştirilmiştir. TBK'nin metninden çıkarılan 15. maddenin üçüncü fıkrası şöyle idi:

*“Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzaları onları bağlamaz.”*

6111 sayılı Kanunun 213. maddesi ile TBK'nin değişik 15. maddesinin üçüncü fıkrası ise şöyledir:

*“Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.”*

Madde 15/III hükmünün değiştirilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü fıkranın ilk hâli âmâları koruma amacıyla getirilmiştir. Fıkranın ilk hâline göre görme engellilerin imzaları kural olarak onları bağlamayacak ve ispat yükü görme engellide değil, bu sözleşmenin içeriğini görme engellinin bildiğini iddia eden kişidedir. Dolayısıyla imzanın görme engelliye ait olması başlı başına görme engelliyi borç altına sokmaya yetmeyecektir; ayrıca imzalarının onaylanması ya da görme engellinin sözleşmenin içeriğini bildiği de ispatlanmalıdır. Usulüne göre görme engellilerinin imzalarının onaylanması durumunda sözleşme içeriğine vakıf olduklarına bakılmaksızın görme engellilerin imzaları onları bağlayacaktır. Değiştirilen fıkraya göre sözleşme imzalayan görme engelli kişi şahit istemediği takdirde attığı imza ile bağlı olacaktır. Bununla birlikte görme engelli talep ettiği takdirde imzası bakımından şahit aranacaktır. Görüldüğü gibi değiştirilen fıkra görme engellileri koruma amacını gütmemektedir. Kural olarak görme engellilerin el yazısı ile attıkları imza sözleşmenin içeriğini bilmeseler de ya da imzaları usulüne göre onaylanmamış olsa bile onları bağlayacaktır. Eğer görme engelli imzanın kendisine ait olmadığını iddia ediyorsa tanık dinlenebilecektir.

## VI. GENEL İŞLEM KOŞULLARI

TBK m. 20 ilâ 25. maddeleri arasında düzenlenmiş olan “*Genel İşlem Koşulları*” 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmemiş idi.

TBK m. 20/I’de genel işlem koşulları şöyle tanımlanmıştır:

*“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”*

Kanunî tanımda söz edilen sözleşme tip sözleşmedir. Tip sözleşmenin hükümleri ise Kanunkoyucu tarafından genel işlem koşulları olarak kabul edilmiştir.

Tip sözleşmede taraflardan biri, önceden sözleşme metnini hazırlar ve bu sözleşme metnini belirsiz sayıda kişiyle yapacakları sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafına dayatırlar. Sözleşme koşullarını dayatan taraf (düzenleyen), sözleşmenin diğer tarafına sözleşme hükümlerini müzakere etme olanağı tanımamaktadır. Sözleşme hükümleri kendisine dayatılan taraf sözleşmeyi tamamıyla kabul edecektir ya da reddedecektir. Dolayısıyla taraflardan birisi sözleşme özgürlüğünden (sözleşmenin içeriğini belirleme) yararlanabilmekte iken, sözleşme hükümleri kendisine dayatılan taraf bu olanaktan yararlanamamaktadır.

Genel işlem koşullarına örnek olarak sigorta sözleşmeleri, banka kredi sözleşmeleri, telefon, elektrik gibi abonman sözleşmeleri verilebilir. Bu tip sözleşmelerde sözleşmeyi hazırlayan karşısındaki tarafın söz konusu koşulları müzakere etme imkânı bulunmamaktadır. Kendisine sözleşme dayatılan taraf, tüm koşullar bakımından “evet” ya da “hayır” deme olanağına sahiptir.

Tanımda Yasakoyucu sözleşme hükümlerini dayatan kişiyi “*düzenleyen*” olarak ifade etmiştir. Alman Medenî Kanununda ise “*kullanıcı*” ifadesi kullanılmıştır. Sözleşme koşullarını karşı tarafa dayatan kişinin sözleşme koşullarını düzenlemesi önemli değildir; önemli olan bu şartlara dayanılması ve bu şartların karşı tarafa dayatılmasıdır<sup>10</sup>.

Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler genel ve emredici nitelikte düzenlemelerdir. Her türden sözleşme hükmü bu tanıma uyduğu takdirde genel işlem koşulu olarak kabul edilir ve bu konuya ilişkin emredici düzenlemeler söz konusu olur. Sözleşmenin yazılı ya da sözlü olması önem arz etmemektedir.

2003 yılında 4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 6. maddesinde değişiklik yapılarak haksız şartlara ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Haksız şart ile genel işlem koşulu birbir-

---

10 **Havutçu.**

lerinden farklıdır. TKHK’de düzenlenmiş olan haksız şart tüketiciler bakımından uygulanacağı için uygulama alanı bakımından sınırlıdır.

Tüketici sözleşmeleri bakımından yalnızca özel kanundaki boşlukları dolduracak olan genel işlem koşulları, tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan sözleşmeler bakımından ise tek başına ve doğrudan uygulanacaktır<sup>11</sup>. Yargıtaya göre, eser sözleşmesi bakımından TKHK uygulanamaz. Yüksek Mahkemenin içtihadı bu yönde olduğu için haksız şartlara ilişkin korumadan tüketici yararlanamamaktadır. Ancak genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler genel ve emredici nitelikte olduğundan eser sözleşmesine de uygulanabilecektir. Böylece bu yöndeki boşluk da doldurulmuş olacaktır<sup>12</sup>.

Genel işlem koşulları önceden çok sayıda kişi ile sözleşme yapılmak için hazırlanır. Karşı tarafın sözleşme içeriğine müdahale etme imkânı söz konusu değildir. Bununla birlikte genel işlem koşullarının sözleşme metninde ya da ekinde yer alması önemli değildir. TBK m. 20/I’in son cümlesine göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin diğer tarafına sunuş biçimi, sözleşmenin kapsamı, söz konusu koşulların sözleşme içinde ya da ekinde yer alması önem arz etmemektedir.

TBK m. 20/II’de “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*” denilerek sözleşme koşullarını dayatma konumunda olan tarafın genel işlem koşullarını dolanması engellenmek istenmiştir. Dolayısıyla tip sözleşmeyi dayatan taraf diğer tip sözleşmelerden farklı hükümlerin varlığını bahane göstererek hazırladığı sözleşmenin tip sözleşme olmadığını iddia edemeyecektir.

TBK m. 20/III’e göre, “*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.*” Tip sözleşmede koşulların tartışıldığı ve bunun neticesinde sözleşmenin imzalandığına ilişkin kayıtlar, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin emrediciliği karşısında hükümsüz kalacaktır.

Genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın kamu tüzel kişisi herhangi bir farklılık göstermemektedir. Bir başka deyişle genel işlem koşullarına ilişkin emredici hükümler kamu tüzel kişileri bakımından da geçerli olacaktır.

Genel işlem koşullarının içeriğe dahil edilmemesini (geçersizliğini) ifade etmek için TBK’de isabetsiz olarak “*yazılmamış sayılma*” tabiri kullanılmıştır. “*Yazılmamış sayılma*” dan anlaşılması gereken ilgili sözleşme hükmünün

11 **Öz**, s. 8.

12 **Havutçu**, Ayşe, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Sempozyum Yeri ve Tarihi: İzmir 8.4.2011.

yazılı şekil dışında sayılması değil, “kesin olarak geçersiz (kesin hükümsüz) sayılma” sıdır<sup>13</sup>.

Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m. 21/I). Buna göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve onun da söz konusu koşulları kabul etmesine bağlı kılınmıştır. Aksi takdirde söz konusu koşullar yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları da yazılmamış sayılacaktır (TBK m. 21/II).

Sözleşmede yazılmamış sayılan hususlar dışındaki hükümler geçerliliğini korur; düzenleyen yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m. 22).

Genel işlem koşullarında düzenlenmiş bir hüküm açık ve anlaşılır değilse ya da birden çok anlama geliyorsa bu takdirde düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanır (TBK m. 23). Kanunkoyucunun buna benzer diğer hükümlerde olduğu gibi düzenleyenin aleyhine hükümler getirmesi, düzenleyenin karşısında zayıf konumda bulunan kişinin korunması içindir. Bu husustan gerekcede de açıkça söz edilmiştir. Madde gerekçesine göre, “*Bu esaslar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından özel bir uygulama alanı oluşturur. Gerçekten, düzenleyenden, sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği önemi vererek hazırlaması beklenir. Sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya sebep olan noktalar, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır. Sözleşme hükümlerinin düzenleyen aleyhine yorumlanması için, düzenleyenin o sözleşme bakımından uzman olması da gerekmez. Aksine bir çözüm tarzı, bir genel hukuk ilkesi olan, “çelişkili davranma yasağı”na (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans) aykırı düşer. Sonuç olarak, bu tür genel işlem koşulları daima diğer taraf lehine yorumlanır.*”

Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi içeren kayıtlar yazılmamış sayılır (m. 24). Gene TBK m. 25’e göre, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

---

13 Öz, 9.

## VII. AŞIRI YARARLANMA (GABİN)

Aşırı yararlanma (gabin) durumunda 818 sayılı önceki Borçlar Kanununda zarar gören sözleşmeyi feshederek sadece verdiği şeyi geri alabiliyordu. TBK'ye göre ise zarar görene bir hak daha tanınmıştır. Zarar gören sözleşmeyi feshetmek yerine dilerse edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de isteyebilecektir.

Aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu bir sözleşmede zarar gören, sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulmak ya da oransızlığın giderilmesini sağlamak istiyorsa, bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her iki durumda da sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıllık hak düşürücü süreler içinde kullanabilecektir. Sözleşmesinin kurulmasından itibaren işleyen beş yıllık süre TBK ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir.

## VIII. İRADE BOZUKLUKLARI

### A. YANILMA (HATA)

#### 1. Saikte Yanılma

Kural olarak saikte hata bir esaslı hata hâli değildir. Ancak TBK m. 32'ye göre bu kuralın bir istisnası vardır: Saikte esaslı yanılmanın kabul edilebilmesi için, yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olmaması ve bu durumun da sözleşmenin karşı tarafınca da biliniyor olması gerekir. Bu koşullardan birinin dahi olmaması durumunda saikte esaslı yanılmadan değil, âdi saik hatasından söz edilir.

### B. KORKUTMA (İKRAH)

BK m. 30/I'e göre, korkutulanın kendisine ya da yakın akrabalarından birine zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı olması durumunda korkutmanın gerçekleştiği düzenlenmiş idi. TBK m. 38/I'de "yakın akrabalarından biri" yerine "yakınlarından biri" ibaresi öngörülmüştür.

## IX. HAKSIZ FİİL

### A. ÖLÜM VE BEDENSEL ZARARDA ZARARIN BELİRLENMESİ

Destekten yoksun kalma tazminatında kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez (m. 55/I, ilk cümle). Tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle artırılmaz veya azaltılamaz (m. 55/I, son cümle). Hâkimin hakkaniyet düşüncesiyle tazminat miktarını azaltamayacağı ya da arttıramayacağına ilişkin bu düzenleme isabetli olmamıştır. Açıkça bir düzenlemeye yer verilmediği sürece hâkim, hesaplanan zarardan daha fazla tazminata hükmedemez<sup>14</sup>.

14 Öz, s. 10.

Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır (m. 55/II). Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi<sup>15</sup> karşısında idarî davalar bakımından TBK m. 55/II hükmünün uygulanma kabiliyeti tartışmaya açıktır.

## B. MANEVÎ TAZMİNAT

TBK 56. maddede bedensel bütünlüğe yönelik manevî zarar, 58. maddede ise maddî bütünlük dışında kalan, maneviyata yönelik verilen manevî zarar düzenlenmiştir.

Hâkim, sadece ölüm hâlinde değil, ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarına, manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilecektir. Ancak ağır olmayan bedensel zararlar bakımından yalnızca zarar görene tazminat ödenir.

818 sayılı Borçlar Kanununda, sadece ölüm hâlinde, ölenin yakınları lehine tazminata hükmedebileceği öngörüldüğü hâlde, TBK’de ağır bedensel zararlar bakımından da zarara uğrayan kişinin yakınları lehine manevî tazminata hükmedilebileceği belirtilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir.

58. madde kapsamındaki kişinin maneviyatına yönelik haksız fiiller bakımından zarar görenin yakınlarına tazminat talebinde bulunma hakkı verilmesi isabetli olmamıştır<sup>16</sup>. Örneğin oğluna gözleri önünde işkence yapılması durumunda anne tazminat hakkı verilmeyecektir.

BK m. 49/II’ye göre; “*Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.*” TBK’de bu hükme yer verilmemiştir. Buna göre mahkeme artık maneviyata verilen manevî zararlar bakımından sosyal ve ekonomik durum araştırması yapmayacaktır<sup>17</sup>. Madde gerekçesine göre, “*Hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür.*”.

56. maddeye göre doğan zararlar bakımından zararın sadece para ödenmesi ile tazmini mümkün iken, 58. maddeye göre doğan zararlar bakımından hakim, para ödenmesine ya da başka bir giderim biçimine hükmedebilir. Bu hususa

15 E. 2011/35, K. 2012/23, K.T. 16.02.2012.

16 **Kılıçoğlu**, Ahmet M., “Yeni Türk Borçlar Kanununun Sorumluluk Hukukuna, Özellikle Haksız Fiillere İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Sempozyum Yeri ve Tarihi: İzmir 8.4.2011.

17 **Kılıçoğlu**.



ilişkin m. 58/II’de şöyle denmektedir:

**“Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kımayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”**

### C. SORUMLULUK SEBEPLERİNİN ÇOKLUĞU

#### 1. Sebeplerin Yarışması

Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir (TBK m. 60).

Koşulların varlığı hâlinde hâkim sorumluluk sebeplerine ilişkin hükümleri ayrı ayrı uygulayıp hangi hükümler zarar görenin zararının tazminini daha iyi sağlıyorsa o hükümlere göre karar verecektir. Burada hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır.

#### 2. Müteselsil Sorumluluk

818 sayılı Borçlar Kanununun 51. maddesinde düzenlenen eksik (BK m. 51/I) ve tam (BK m. 51/II) teselsül ayırımına TBK’de yer verilmemiştir. Her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip, aynı hükümlere tâbi tutulmuştur. TBK m. 61’e göre, “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır”. Takip eden 62. maddede ise zarar verenlerin iç ilişkileriyle ilgili olarak;

*“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.*

*Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”*

düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, BK m. 50/II’de yer alan, yataklık edenin kârdan hisse almadıkça ya da iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe sorumlu olmayacağına dair düzenleme ve BK m. 51/II’de yer alan öncelikle haksız fiilden sorumlu olan kişilerin daha sonra da kusursuz sorumlu olan kişilerin en son sorumlu olmasına ilişkin düzenleme kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeye göre zarar gören, zarar verenlerden herhangi birisinden zararın tamamını ya da bir kısmını alabilecek, zarar verenler de birbirlerine zarar görene yaptıkları ödemeleri iç ilişkide rücu edebileceklerdir.

#### Ç. ÖZEN SORUMLULUĞU (KUSURSUZ SORUMLULUK)

Kural olarak haksız fiil bakımından failin sorumlu tutulması için kusurlu

olması gerekir. Kusursuz sorumluluk ise istisnadır ve kusursuz sorumluluk genişletilemez.

### **1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu**

Sorumluluktan kurtulmak için adam çalıştırın tarafından getirilecek olan kurtuluş kanıtının kapsamı daraltılmıştır. Buna göre, adam çalıştırın dikkat ve özen göstermiş olsaydı bile zararın meydana gelmeyeceğini ispat etse de sorumluluktan kurtulamayacaktır. Dolayısıyla adam çalıştırın zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni göstermeyen adam çalıştırın artık, “*gerekli önlemleri alsaydım da zarar meydana gelecekti*” diyerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

İşletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştırınlar o işletmenin sebep olduğu zararlardan sorumlu olacaktır (m. 66/III). Adam çalıştırın, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir (m. 66/IV).

### **2. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu**

818 sayılı Borçlar Kanununa göre, hayvan bulunduran, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır. Bu düzenlemeye TBK’de yer verilmemiştir. TBK’ye göre, hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

### **3. Yapı Malikinin Sorumluluğu**

Yapı malikinin sorumluluğu TBK m. 69 ve 70’te düzenlenmiştir. Burada sadece yapı malikinin sorumluluğu değil, intifa hakkı ve oturma hakkı sahibinin de yapı malikiyle beraber müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. İntifa ve oturma hakkı sahibinin sorumluluğu binanın bakım eksikliğinden doğan zararlara sınırlıdır. Yoksa binanın yapımındaki bozuklukların sebebiyet verdiği zararlardan bu kişilerin herhangi bir sorumluluğu yoktur.

#### **D. TEHLİKE SORUMLULUĞU**

818 sayılı Borçlar Kanununda tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme mevcut değildi. Tehlike sorumluluğu ancak yasanın açıkça düzenlediği ve şartlara bağladığı durumlarda söz konusu olabilmektedir. Oysa TBK m. 71. maddesi tehlike sorumluluğunu genel bir ilkeye bağlamıştır. Bu maddedeki şartların gerçekleşmesi halinde zarar veren tehlike sorumluluğuna ilişkin hüküm çerçevesinde kusuru olmasa dahi sorumlu tutulabilecektir.

Tehlike sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk çeşididir. Gerçekten de bu düzenlemeyle sorumlu tutulan kişiler kusurlu olmasalar dahi, sırf tehlikenin var olması nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu olurlar.

Tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bir işletme olmalı ve bu işletme önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olmalıdır. Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur (m. 71/I).

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme bakımından faaliyetine ilişkin izin ve ruhsatın alınmasının herhangi bir önemi yoktur. Önemli ve yeterli olan bu işletmenin önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyette bulunup bulunmamasıdır. Eğer işletme faaliyeti önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyet ise, meydana gelen zararlardan kusurları aranmaksızın işletme sahibi ve işleten müteselsilen sorumludurlar.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin beklenmedik hâl sonucunda, sık olarak ya da zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, söz konusu işletmeyi işleten kişiler hakkında tehlike sorumluluğu söz konusu olacaktır ve dolayısıyla bu işletmenin sahibi ile birlikte varsa işleten müteselsilen sorumlu olacaktır (71. maddenin gerekçesi). Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır (m. 71/II, ikinci cümle). Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler (m. 71/IV).

## E. ZAMANAŞIMI

818 sayılı Borçlar Kanununda haksız fiile ilişkin öngörülmüş olan bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri TBK'de iki ve on yıl olarak düzenlenmiştir. Buna göre, tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (m. 72/I, ilk cümle).

818 sayılı Borçlar Kanununda rücu istemine ilişkin bir zamanaşımı öngörmemişken TBK'de iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır (m. 73/I). Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmezse, zamanaşımı, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar (m. 73/II).

## F. YARGILAMA

### 1. Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi

TBK m. 75'e göre, bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl

inde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.

818 sayılı Borçlar Kanununda bu süre tefhim tarihinden itibaren başlamakta idi. Yeni düzenlemeyle söz konusu iki yıllık süre kararın kesinleşmesinden itibaren işleyecektir.

## **2. Geçici Ödemeler**

Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir (m. 76/I). Hakime burada takdir yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla hakim böyle bir ödemenin yapılmasına hükmetmeyebilir de.

Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır (76. maddenin gerekçesinden).

Dava sonucunda tazminata hükmedilirse bu takdirde geçici ödemeler tazminat tutarından mahsup edilir. Ancak dava sonucunda tazminata hükmedilmezse, geçici ödemeler yasal faiziyle davalıya iade edilir.

## **X. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME**

### **A. GERİ İSTENEMEME**

818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi TBK'ye göre de, hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez (TBK m. 81, ilk cümle). Ancak açılan davada hakim şeyin Devletin mülkiyetine geçirilmesine karar verebilecektir. Dolayısıyla hakime şeyin Devletin mülkiyetine geçirilmesi bakımından bir takdir yetkisi tanınmıştır.

### **B. ZAMANAŞIMI**

Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (m. 82/I). 818 sayılı Borçlar Kanununda iki yıllık süre bir yıl iken yeni düzenlemeyle bu süre iki yıl olarak öngörülmüştür.

## **BORÇ İLİŞKİSİNİN HÜKÜMLERİ**

### **I. FAİZ**

Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir (m. 88/I). Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı da yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz (m. 88/II).

Bu düzenlemeyle sözleşmede öngörülen fahiş faiz oranının önüne geçilmiştir.

## II. İFA ZAMANI

Borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse, bundan o ayın son günü anlaşılır (m. 91/II).

## III. ÖDEME

### A. ÜLKE PARASI İLE ÖDEME

TBK m. 99/I'e göre konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir.

Sözleşmede yabancı ülke parasıyla ödeme kararlaştırılmışsa ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade yer almıyorsa borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir (m. 99/II). 818 sayılı BK m. 83/II'de vade tarihi söz konusu iken, TBK m. 99/II'de fiilî ödeme tarihi söz konusudur. Dolayısıyla TBK'ye göre sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade yer almıyorsa yabancı para borcu, artık vade tarihindeki rayiç üzerinden değil, fiilî ödeme tarihindeki rayiç üzerinden ödenebilecektir. Burada seçim hakkı borçludur. Ancak Yargıtayın aksi yönde kararları da vardır.

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 fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir (m. 99/III). Burada seçim hakkı alacaklıdır.

99. maddenin ikinci fıkrası borçlunun temerrüde düşmediği durumlarda uygulanır. Buna karşılık aynı maddenin üçüncü fıkrası borçlunun temerrüde düştüğü durumlarda uygulanır.

### B. MAHSUP

Borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir (m. 100/I, ilk cümle). Yeni düzenlemeyle bu hüküm emredici hale gelmiştir. Dolayısıyla sözleşmede aksi kararlaştırılmaz.

## IV. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

Alacaklı müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse diğer müteselsil borçlulara karşı da temerrüde düşmüş sayılır (m. 106/II). Buna göre müteselsil borçlulardan birinin usulüne uygun bir ifa önerisi, haklı bir sebep olmaksızın alacaklı tarafından reddedilirse, diğer müteselsil borçluların da aynı edimi alacaklıya yeniden ifa önerisinde bulunmaları gerekmez. Çünkü alacaklı diğer müteselsil borçlulara karşı da temerrüde düşmüştür.

## V. BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

### A. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi, kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen her türlü faaliyet için değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanatlar bakımından, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (batıldır) (m. 115/III). Ayrıca 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak burada hakime takdir yetkisi tanınmamıştır.

Ağır kusur hâlinde borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma zaten m. 115/I (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 99/I) hükmü gereği kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (m. 115/II). Dolayısıyla işçi lehine sorumsuzluk anlaşması öngörülemezdir.

### B. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

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 (m. 116/III).

Buna göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun ifa yardımcılarının hafif kusurlarından bile sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Sözleşmede aksi düzenlemenin bulunması kesin hükümsüzlük (butlan) sonucunu doğurur.

818 sayılı BK m. 100/III hükmüne TBK’de yer verilmemiştir.

### C. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

#### 1. Temerrüt Faizi

818 sayılı Borçlar Kanununun temerrüt faizine ilişkin 103. maddesindeki hükümler TBK ile tamamen değiştirilmiştir. Gerçi 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 5/II hükmü<sup>18</sup> uyarınca karşısında 103. maddedeki faiz oranlarının uygulanma kabiliyeti mümkün değildir.

Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir (m. 120/I).

18 3095 sayılı Kanun m. 5/II: “Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’nda kanuni faiz temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümler uygulanmaz.”

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, yürürlükteki mevzuata göre belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz (m. 120/II). Bu emredici hüküm karşısında artık yüksek oranlı faizin sözleşmede kararlaştırılması mümkün görünmemektedir.

Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da yürürlükteki mevzuatta öngörülen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur (m. 120/III). Bu düzenlemeye göre borçlu koşulların varlığı dahilinde akdî faizden daha düşük temerrüt faizi ödemeyecektir.

## **2. Karşılıklı Borç Yükleyen Sürekli Edimli Sözleşmeler Bakımından Borçlunun Temerrüdü**

TBK m. 125'te (818 sayılı BK m. 106) karşılıklı borç yükleyen adi edimli borç sözleşmelerinde borçlunun temerrüdü bakımından alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar düzenlenmişti. Bu maddeye göre alacaklının üç seçimlik hakkı mevcuttur. Bunlar:

- Aynen ifa ve gecikme tazminatı,
- Müspet zararın tazmini,
- Sözleşmeyi feshederek menfî zararın tazmini.

Sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin düzenleme TBK m. 126'ya yer almaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanununda bu konuya ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. TBK m. 126'da göre:

*“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 isteyebilir.”*

Borçlunun temerrüdü durumunda alacaklının sahip olduğu haklar bakımından, ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmeler bakımından anî edimli borç ilişkilerinde olduğu gibi TBK m. 125'teki düzenleme dikkate alınacaktır.

İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler bakımından ise TBK m. 125'tekinden farklı bir düzenleme öngörülmüştür. TBK m. 126'ya göre alacaklının sahip olduğu haklar şunlardır:

- Aynen ifa ve gecikme tazminatı,
- Sözleşmeyi feshederek müspet zararı istemek.

Genel kurala göre sözleşme feshedildiği takdirde menfî zarar istenebilir. Ancak sürekli edimli sözleşmeler ifaya başlandığı takdirde alacaklı sözleşmeyi feshederek müspet zararını isteyebilir.

## VI. BORÇ İLİŞKİSİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

### A. SORUMLULUK SİGORTALARI

818 sayılı Borçlar Kanununun 112 nci maddesinde kullanılan “*sigorta ücretinin en aşağı yarısını tediyeye iştirak etmiş ise*” şeklindeki ibare, TBK’ye alınmamıştır. Böylece çalıştıran, çalıştırdığı kişi yararına hukukî sorumluluk sigortası yaptırmışsa, çalıştırılanın sigorta primlerinin en az yarısını ödemesi koşulu kaldırılarak, sigortadan doğan hakların, doğrudan doğruya çalışana ait olması kabul edilmiştir (130. maddenin gerekçesinden).

Sorumluluk sigortaları bakımından çalışana ödenecek sigorta tazminatı genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilir (m. 130/II). Zarar görenin, zarar verici olay nedeniyle elde ettiği yararlar, uğradığı zararlardan indirilmesi (denkleştirme, mahsup) söz konusu olacaktır.

## VII. BORÇLARIN VE BORÇ İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI

### A. ASIL BORCA BAĞLI HAK VE BORÇLARIN SONA ERMESİ

Bilindiği gibi kural olarak asıl borç herhangi bir sebep nedeniyle sona erdiği takdirde bu borca bağlı fer’i nitelikte haklar da sona erer. 818 sayılı Borçlar Kanununun 113. maddesinin ikinci fıkrasına göre faiz alacaklarının saklı tutulduğu beyan edilmiş olduğu takdirde asıl borç sona ermiş olsa bile alacaklı faiz talep edebiliyordu. Ancak bu hüküm doktrinde tartışmalı idi. Bazı yazarlar ceza-i şartın da fer’i nitelikli olması nedeniyle ceza-i şart bakımından da bu hükmün uygulanabileceği düşüncesindeydi. Dolayısıyla bu yazarlara göre sözleşmede öngörüldüğü takdirde asıl borç sona ermiş olsa bile alacaklı ceza-i şartı talep edebilecektir.

TBK’ye göre sadece faiz değil, ceza-i şartın da sözleşmede kararlaştırıldığı ya da ifa anına kadar yapılacak bir bildirimde bulunduğu takdirde veyahut da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılıyorsa asıl borç sona ermiş olsa bile alacaklı tarafından talep edebileceği düzenlenmiştir.

### B. İBRA

818 sayılı Borçlar Kanununda ibraya ilişkin bir hüküm bulunmamasına karşın öğretiyi ve uygulamada ibra duraksamaya mahal vermeden kabul edilmekteydi. TBK’de ise ibra m. 132’de düzenlenmiştir. Buna göre, borcu doğuran işlem şekle bağlı olsa bile, taraflar yapacakları şekle bağlı olmayan ibra sözleşmesiyle borcu ortadan kaldırabilirler.

### C. İFA İMKÂNSIZLIĞI

#### 1. Tam ve Kısmî İfa İmkânsızlığı

İfanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmeyen ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almayan borçlu, bundan doğan zararları dü-



rüstlük kuralının bir sonucu olarak gidermekle yükümlüdür (m. 136/III).

818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlemeyen kısmî ifa imkânsızlığı TBK'nin 137. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Dolayısıyla borçlu ifası imkânsız olmayan kısım için ifada bulunmak durumundadır. Fakat kısmî ifa imkansızlığı önceden bilinseydi sözleşmenin yapılmayacak olması açıkça belliyse borç tamamen sona erer (m. 137/I, son cümle).

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcunun kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı bu kısmî ifaya razı olursa, karşı edim kısmî ifa oranında ifa edilir (m. 137/II, ilk cümle). Ancak kısmî ifaya razı olmazsa ya da alacaklının borçlandığı edim bölünebilir nitelikte değilse tam imkânsızlık söz konusu olur.

TBK'de kısmî imkânsızlık düzenlenmiştir, ancak kısmî temerrüt düzenlenmemiştir. Kısmî temerrüdün düzenlenmemesi isabetli olmamıştır<sup>19</sup>.

## 2. Aşırı İfa Güçlüğü

Ahde vefa ilkesi (pacta sunt servanda) gereği borçlu edimini üstlendiği şekilde bir başka deyişle sözleşmeye bağlı olarak ifa etmekle yükümlüdür. Ahde vefa ilkesinin istisnalarından birisi de “işlem temelinin çökmesi”dir. İşlem temelini çökmesinin temeli Türk Medenî Kanununun 2. maddesinde kendini gösteren “dürüst kuralı”dır. Alman ve İsviçre hukuk öğretilerinde baskın olan “işlem temelini çökmesi ya da sarsılması” görüşünün dayandığı değiş-tokuş sözleşmelerinde edimler arası denge görüşü uyarınca, daha sonra ortaya çıkan ve zorlu neden niteliğinde bulunmayan olağanüstü durumlarda yanların edimleri (borçları) arasında denge önemli ölçüde sarsılırsa, yargıç, MK. m. 1 ve 2 çerçevesinde ya sözleşmeyi çözer ya da değişen durumlara uyarlar<sup>20</sup>.

TBK m. 138'ye göre belli koşullar altında borçluya sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması tanınmıştır. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması için şu dört esaslı koşulun bir arada bulunması gerekmektedir:

- Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun varlığı gereklidir.
- Bu duruma borçlu sebebiyet vermemiş olmalıdır.
- Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine

19 Buz, Vedat: “Borcun İfası, İfa Edilmemesi ve Sona Ermesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Sempozyum Yeri ve Tarihi: İzmir 9.4.2011.

20 Ülgen, Celal, “Hukukta Beklenmeyen Hal Koşulu ve Uyarlama İstemleri”, [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_50.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_50.htm) , Ocak 2002.

değiştirmiş olmalıdır.

• Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Yukarıdaki dört koşulun bir arada bulunması durumunda borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olması hâlinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır.

Sürekli edimli sözleşmeler bakımından borç ifa edilmeye başlanmamış ise bu takdirde anı edimli sözleşmelerde olduğu gibi dönmeden söz edilir.

Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin m. 138/I hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır (m. 138/II).

## Ç. TAKAS

### 1. Alacaklının Rızasıyla Takas Edilebilir Alacaklar

Kamu hukuku tüzel kişilerinin borçlularının, bu tüzel kişilerden olan alacaklarını, ancak onların rızası ile takas edebileceklerine ilişkin hüküm alacaklının rızası ile takas edilebilecek alacaklar arasından çıkarılmıştır.

## D. ZAMANAŞIMI

### 1. Zamanaşımının Durması

TBK m. 153/I'de zamanaşımını durduran sebepler bentler halinde sayılmıştır. Yeni düzenlemeye göre bu bentlere yeni bir bent eklenmiştir. Eklenen söz konusu 7. bende göre, alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi, ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı takdirde, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek süre içinde de zamanaşımını durur.

## BORÇ İLİŞKİSİNDE ÖZEL DURUMLAR

### I. TESELSÜL

#### A. MÜTESELSİL BORÇLULUK

##### 1. Dış İlişkide Borcun Sona Ermesi

818 sayılı Borçlar Kanununun 145. maddesinde dış ilişkide müteselsil borçluluğun sona ermesi düzenlenmiştir. TBK'de bu maddeye karşılık gelen madde 166. maddedir. İlk iki fıkra bakımından önceki düzenlemeyle yeni düzenleme arasında bir fark bulunmazken, 166. maddeye üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra göre, alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır. Dolayısıyla borç miktarından ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılmayı payı düşürüldüğünde oluşan tutar bakımından diğer müteselsil borçlular sorumlu olmaya devam ederler.

## 2. İç İlişkide Paylaşım

TBK'nin 167. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde olduğu gibi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 146. maddesindeki düzenlemeye göre de kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. 167. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, borcu ifa eden borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir.

### B. MÜTESELSİL ALACAKLILIK

Müteselsil alacaklılıkla ilgili TBK m. 169'a göre, aksi kararlaştırılmadıkça veya alacaklılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, alacaklılardan her birinin edim üzerindeki hakları eşittir (m. 169/IV). 818 sayılı Borçlar Kanununda böyle bir hükme yer verilmemiş idi.

TBK m. 169/V'e göre, kendisine düşen paydan fazlasını elde eden alacaklı, bu fazlalığı payını alamamış olan diğer alacaklılara ödemekle yükümlüdür. 818 sayılı Borçlar Kanununda böyle bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın uygulamada ve öğretide bu görüş benimsenmiş idi.

## II. KOŞULLAR

### A. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI OLARAK ENGELLEME

TBK m. 175/I'e göre, 818 sayılı Borçlar Kanununun 154. maddesinde olduğu gibi taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır. TBK m. 175/II'de ise 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde taraflardan biri koşulun gerçekleşmesini sağlarsa bu durumda koşul gerçekleşmemiş sayılır. Madde gerekçesine göre, dürüstlük kurallarına aykırılık sadece koşulun gerçekleşmesinin engellenmesinde değil, koşulun gerçekleşmesinin sağlanmasında da söz konusu olabilmektedir.

### III. BAĞLANMA PARASI (PEY AKÇESİ)

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 156/II'ye göre, aksine sözleşme ya da yerel bir adet olmadıkça bağlanma parasını alan, alacağına mahsup etmeyerek onu muhafaza eder. Ancak TBK m. 177/II'ye göre, aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülmür.

Madde gerekçesinde böyle bir düzenlemeye gidilmesinde iş hayatındaki uygulamalar göz önünde tutulduğuna işaret edilmiştir.

### IV. CAYMA PARASI (ZAMANI RÜCU)

818 sayılı Borçlar Kanununun "B. Ücret Tevkifi" kenar başlıklı 157 nci maddesi, işçinin korunması ilkesi gözetilerek, TBK'ye alınmamıştır (178. maddenin gerekçesinden).

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 157'ye göre;

*“Hizmet akdinde mukavele mucibince ücretin bir kısmı tevkif edildiği halde, hilâfına şart veya âdet bulunmadıkça tevkif olunan ücret cezai şart olarak değil belki istihdam eden kimsenin zararına karşılık olmak üzere tutulmuş ad-dolunur.*

Bu tevkif, ancak amele ücretinin tazminat ile mahsubu caiz olduğu nispette muteber olur.”

## V. CEZA KOŞULU (CEZAI ŞART)

### A. CEZANIN GEÇERSİZLİĞİ

TBK'ye göre, ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (m. 182/II, son cümle). 818 sayılı Borçlar Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrasında ise ceza koşulunun geçersiz olması durumuyla ilgili koşul bulunmamakta idi.

## BORÇ İLİŞKİSİNDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

### I. ALACAĞIN DEVRİ (ALACAĞIN TEMLİKİ)

#### A. GARANTİ

818 Borçlar Kanununun 169. maddesinin ikinci fıkrasına göre alacağın devreden ayrıca taahhüt etmemişse borçlunun devredene borcu ödememesi sebebiyle devredene karşı sorumluluğu yoktur. Ancak TBK m. 191/I'e göre, alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur. TBK m. 191/II'ye göre ise alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.

Özetle yeni düzenlemeye göre alacak bir **edim karşılığında** devredilmişse devreden

- devir sırasında alacağın varlığını ve
- borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu

garanti etmiş olur. Eğer alacak bir edim **karşılığı olmaksızın devredilmişse** ya da **kanun gereği başkasına geçmişse** devreden veya önceki alacaklı

- alacağın varlığından ve
- borçlunun ödeme gücünden

sorumlu değildir.

TBK m. 193'te alacağın devrinde devreden sorumluluğu düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak devreden kusursuzluğunu ispat

etmedikçe uğradığı diğer zararlardan da devralana karşı sorumludur.

## II. BORCUN ÜSTLENİLMESİ (BORCUN NAKLİ)

### A. BAĞLI HAKLAR VE BORÇLAR

818 sayılı Borçlar Kanununun 176. maddesinin ikinci fıkrasında teminat olarak rehin veren ya da kefil olan üçüncü kişinin borcun nakli durumunda sorumlulukları devam etmesi için verecekleri izin herhangi bir şekilde bağlı değildir. Ancak TBK m. 198/II'ye göre bu iznin yazılı olması gerekmektedir. Bu bir geçerlilik şartıdır.

### B. BORCA KATILMA

Uygulamada sıklıkla karşılaşılmamasına karşın 818 sayılı Borçlar Kanununda borca katılmaya ilişkin düzenleme mevcut değildir. Bu konu TBK'nin 201. maddesinde düzenlenmiştir.

Borca katılma sözleşmesi, borca katılacak kişi ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile katılan alacaklıya karşı borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur.

### C. MALVARLIĞININ VEYA İŞLETMENİN DEVRALINMASI

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 179/I'de bir malvarlığını ya da işletmeyi devralan bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilân ettiği tarihten itibaren onlara karşı malvarlığının ya da işletmenin borçlarından sorumlu olacağı hükmüne bağlanmıştır. TBK m. 202/I'e göre ise bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya **ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla** duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi bu hükümle, devralanın devri tirajı düşük veya yerel bir basım organında ilân etmek suretiyle, alacaklıların zarara uğramasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Borçların malvarlığının ya da işletmenin devri suretiyle üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir (m. 202/III). 818 sayılı Borçlar Kanununun 179. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli addinden doğan hükümlerin aynıdır.

Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz (m. 202/III).

### Ç. İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ VE ŞEKİL DEĞİŞTİRMESİ

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 180/I'de sadece iki işletmenin karşılıklı olarak aktif ve pasifleriyle birlikte devralınması suretiyle birleştirilmesi düzenlenmişti. TBK m. 203/I'de bu tür birleştirme yanında, **bir işletmenin diğer bir işletmeye katılması yoluyla birleştirme** de düzenlenmiştir.

### III. SÖZLEŞMENİN DEVRİ VE SÖZLEŞMEYE KATILMA

#### A. SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Sözleşmenin devri 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmemiş idi. TBK'nin ise 205. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Sözleşmenin devrinde sözleşmenin taraflarından biri değişmektedir. Sözleşmenin devri sözleşmesi devreden ile devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılmaktadır. Devreden sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçmektedir (m. 205/I).

TBK m. 205/II'ye göre, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.

Sözleşmenin devri sözleşmesinin geçerliliği asıl sözleşmenin şekline bağlıdır (m. 205/III).

Sözleşmenin devriyle ilişkin bu düzenlemeler bakımından kanundan doğan haliyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır (m. 205/IV).

#### B. SÖZLEŞMEYE KATILMA

Sözleşmeye katılma da 818 sayılı Kanunda yer verilmeyen ve TBK'de yer alan yeni bir düzenlemedir.

Sözleşmeye katılmada taraflardan birinin yanında yer almak üzere bir kişinin daha sözleşmeye katılması söz konusudur. Katılan, yanında yer aldığı kişi ile birlikte sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçlara sahip olmaktadır.

Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar (m. 206/II).

Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır (m. 206/III).

## KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin**, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006.
- Berger, Bernhard**, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- Buz, Vedat**: “Borcun İfası, İfa Edilmemesi ve Sona Ermesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İzmir 8.4.2011.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- Havutçu, Ayşe**, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İzmir 8.4.2011.
- Huguenin, Claire**, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Sorumluluk Hukukuna, Özellikle Haksız Fiillere İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İzmir 8.4.2011.
- Öz, M. Turgut**, Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Schwenzer, Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009.
- Ülgen, Celal**: “Hukukta Beklenmeyen Hal Koşulu ve Uyarılama İstemleri”, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_50.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_50.htm) , Ocak 2002.
- Yeniocak, Umud**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2011.

# Genel İşlem Şartlarında Bağlayıcılık Denetimi

■ **Hasan Cihan ERDEM\***

## GİRİŞ

Uzun yıllar Türk hukukunda genel işlem şartlarının (GİŞ) denetimine ilişkin bir pozitif hukuk düzenlemesinin eksikliği hissedilmiş, öğreti ve uygulamada geliştirilen çözüm önerilerine rağmen var olan yasa boşluğu doldurulamamıştır. Bu alandaki ilk önemli adım ancak 2003 yılında atılabilmiş; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a (TKHK) eklenen madde 6 ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ile en azından kısmi olarak boşluk kapanmıştır. Bu boşluk kısmi olarak kapanmıştır, zira TKHK madde 5 uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem şartlarının denetlenmesi imkanını getirmiş buna karşılık tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan GİŞ'lerin denetimi, düzenleme alanının dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla yeni borçlar kanunu içerisinde genel işlem şartlarının denetimine ilişkin bir düzenlemenin bulunması ve tüketici – tacir ayrımı yapmaksızın koruyucu hükümlerden böylelikle herkesin yararlanması göz önünde bulundurulması son derece yerinde olmuştur<sup>1</sup>.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, aslında kişinin davranış hürriyetinin hak ve fil ehliyetinin dolayısıyla kişiliğinin zaruri bir sonucudur. Sözleşme özgürlüğü ile hukuk düzeni bireylere sözleşmeye konu teşkil edecek ilişkilerinin bizzat düzenleme, ona diledikleri şekli vermek olanağı sağlamaktadır. Borçlar hukukunda hakim olan ilkelerden biri taraflar arasındaki eşitlik ilkesidir. Borç ilişkisinin tarafları arasında Yasa ilke olarak bir ayrıma gitmemiş olup ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın alacaklı ve borçlu kanun önünde birbirine eşit sayılmış ve eşit korumaya tabi tutulmuştur<sup>2</sup>.

Günümüzün gelişen ve değişen ekonomik şartlarına paralel olarak durum çok değişmiş olup başta bankacılık, sigortacılık, taşıma işleri olmak üzere pek çok alanda rasyonalizasyon ve standartizasyon gayesiyle, aynı konulara dair pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmelerin şartları, önceden tek taraflı olarak banka, sigorta ve taşıma işleri gibi benzer işleri yapan kurum

\* Av. İzmir Barosu Üyesi

1 Yard. Doç. Dr. Yeşim ATAMER, Hukuki Perspektifler Dergisi s.109

2 EREN, s. 19-20



larca hazırlanmakta ve herhangi bir tartışma olanağı olmaksızın karşı tarafın önüne konularak dayatılmaktadır<sup>3</sup>.

Güçlü firmalar ve büyük şirketler, önceden soyut ve formüler şekilde hazırladıkları ve gelecekte yapacakları aynı türden ve çok sayıda sözleşme için düzenledikleri metni genel koşullar ile donatmaktadır. Böylece genel işlem şartları standart sözleşmelerin içeriğini oluşturmaktadır. Önceden ve tek taraflı olarak belirlenmiş bu çeşit sözleşmelere standart, tip sözleşmeler denilmektedir<sup>4</sup>.

Genel işlem şartlarının öğretilerdeki tanımı bir tarafın üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı türden ve çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden saptayıp hazırladığı ve sözleşmenin kurulması sırasında diğer tarafa sunduğu, genellikle basılı ve yazılı kayıtlardır<sup>5</sup>.

Genel işlem şartları sayesinde, tarafların bir araya gelerek uzun sürede hazırlayacakları sözleşme koşulları önceden belirlenerek zaman kaybı önlenmektedir<sup>6</sup>. Ancak genel işlem şartları sebebiyle bireysel sözleşme modelinin etkisi azaldığından, güçlü kuruluşlar diledikleri şartları müşterilerine kabul ettirmekte ve müşterilerin sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi ortadan kalkmaktadır<sup>7</sup>. Sonuç olarak sözleşme adaleti açısından büyük tehlikeler doğurabilecek nitelikte olan genel işlem şartlarının sınırlandırılması büyük önem arz etmektedir.

Hukukumuzda genel işlem şartlarının sınırlandırılması konusunda, yakın zaman kadar yasal boşluk bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>8</sup>. Ancak, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 4822 Sayılı ve 06.03.2003 tarihli Kanun ile eklenen “ Sözleşmedeki Haksız Şartlar “ kenar başlıklı 6. vd madde hükümleri, sözleşmelerdeki genel işlem şartlarına sınırlamalar getirmektedir.

Buna göre, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her çeşit sözleşmede, satıcı ve tedarikçinin tüketici ile tartışmadan, tek yanlı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek şekilde, tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan sözleşme koşulları haksız şart kabul edilecek ve tüketici için bağlayıcılığı ol-

---

3 KOCAYUSUFPAŞAĞULU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI s.226, REİSOĞLU Safa Borçlar Hukuku Genel Hükümler 20. Baskı İstanbul 2008 s. 46, ZEVKLİLER, AydınTüketicinin korunması Hukuku 3. Baskı Ankara 2004 s. 159

4 BAHTİYAR s.78

5 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Borçlar Hukuku Genel Hükümler 7. baskı İstanbul 1993 s.155-156 OĞUZMAN/ÖZ Borçlar Hukuku Genel Hükümler 4.Baskı İstanbul 2005 s.21, EREN s. 271

6 BAHTİYAR s. 82

7 BAHTİYAR s. 83

8 OĞUZMAN s. 22

mayacaktır<sup>9</sup>. Ayrıca standart sözleşmede yer alan önceden düzenlenmiş olan hükümlerin tüketici ile müzakare edilmediği karinesi getirilmiş olup, bunun aksinin satıcı veya sağlayıcı tarafından ispat edilmesi aranacaktır<sup>10</sup>.

İfade etmek gerekir ki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 6 vd hükümleri sadece bir tarafı tüketicinin oluşturduğu tüketici sözleşmelerine uygulanacağından bunun haricindeki sözleşmelerde genel işlem şartlarının denetlenmesi eksikliği Yeni Borçlar Kanunu 20. vd maddelerinde ele alınarak giderilmesi düşünülmüştür.

## 1. BAĞLAYICILIK DENETİMİNİN AMACI VE KONUSU

Genel işlem şartlarının hukuki niteliği sözleşme temeline dayandığından, bu şartların sözleşmede bağlayıcılık kazanması, tarafların karşılıklı, birbirine uygun iradeleriyle gerçekleşir. Genel işlem şartları, ne objektif normlar olarak, ne de örf adet hukuku kuralı olarak tarafların iradesi olmadan kendiliğinden bireysel sözleşmede yürürlük kazanamaz<sup>11</sup>.

Bağlayıcılık denetiminin konusu, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına ilişkin anlaşmanın hangi şartlarda geçerli olarak meydana geleceği ve anlaşmanın kapsamına hangi şartların dahil olacağıdır.

Bağlayıcılık denetiminde, öncelikle, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına ilişkin anlaşmanın geçerli olarak meydana gelip gelmediği, müşterinin genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına muvafakatinin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Böylece, müşterinin, genel işlem şartlarının varlığından haberdar olduğu ve sözleşmeye alınmasına razı olduğu varsayımının yaratacağı tehlikelere karşı korunması amaçlanmaktadır. Diğer taraftan, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasında tipik durum, müşterinin bu şartları olduğu gibi kabullenmesidir. Bağlayıcılık denetiminin amacı, bir bütün olarak genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasını kabullenen müşterinin muvafakatinin, hangi işlem şartlarının kapsamış olabileceğini tespit edilmesi, hiç düşünülemez, hesaba katılması beklenemeyecek sözleşme şartlarının, müşterinin muvafakatinin kapsamına dahil olmadığını kabul ederek, müşterinin alışılmamış, şaşırtıcı şartlara bağlı kalmasının önlenmesidir<sup>12</sup>.

Bireysel sözleşmelerden farklı olarak, standart sözleşmelerde genel işlem şartlarının müşterinin toplam kabulüyle sözleşmeye alınması, bu sözleşmelerin kuruluşunu, bireysel sözleşmelerden farklı ele almak, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasını daha sıkı şartlara bağlamak ihtiyacını yaratmaktadır. İs-

9 OĞUZMAN s. 22

10 OĞUZMAN s. 22

11 HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 s.105

12 HAVUTÇU s. 105

viçre hukukunda, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması bakımından özel yasal düzenleme bulunmadığı için, sözleşmenin kuruluşundaki genel ilkeler çerçevesinde ve müşterinin iradesinin güven teorisine göre yorumlanması yoluyla bağlayıcılık denetimi yapılmaktadır. Alman medeni kanununda ise, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasında sıkı şartlar öngörülmüştür<sup>13</sup>.

## 2. İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASI

### I. GENEL OLARAK

Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dahil edilerek bağlayıcılık kazanması hakkında tarafların anlaşmalarına “ilişkilendirme sözleşmesi“, “it-hal“ veya “yüklenme anlaşması“ denilmektedir<sup>14</sup>.

İlişkilendirme anlaşması, münferit sözleşme yanlarının, sözleşmenin içeriğinin kısmen veya tamamen genel işlem şartları ile düzenlenmesi konusunda karşılıklı, birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelir<sup>15</sup>.

1976 tarihli yasanın kabulünden önce Alman Hukukunda genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelerek bağlayıcılık kazanması bakımından mevcut tartışma, yasanın 2. paragrafındaki açık düzenleme ile sona ermiştir. Alman yasasının 2. paragrafında, genel işlem şartlarının sözleşmenin bir unsuru haline gelmesi için, “sözleşmenin kuruluşu sırasında genel işlem şartlarının kullanılan, açıkça genel işlem şartlarına atıfta bulunarak veya sözleşmenin kuruluş tarzı nedeniyle açık yollamanın aşırı güçlük yaratması halinde, sözleşmenin kurulduğu yerde açıkça görülebilir şekilde asılmak suretiyle diğer tarafın dikkatini genel işlem şartlarına çekmesi; aynı zamanda diğer tarafa, genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmesini ondan beklemeyi mümkün kılacak şekilde, imkan yaratması ve diğer tarafın bu şartların bağlayıcılığı kabul etmesiyle“ mümkün olduğu görülmüştü<sup>16</sup>. Bu hüküm, Alman Medeni Kanununun 305'inci paragrafının ikinci fıkrasında, her hangi bir değişiklik olmaksızın tekrar edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınarak sözleşmenin bir parçası haline gelmesi için, üç koşul aranmaktadır. Genel işlem şartlarına dayanan tarafın, açıkça diğerinin dikkatini genel işlem şartlarına çekmesi; diğer tarafa genel işlem şartlarını öğrenme, bilgi edinme imkanının tanınması; diğer yanın, bunların sözleşmeye alınmasına ve sözleşmede geçerli olmasına muvafakat etmesidir. Yürürlükten kalkan 1976 tarihli yasadan farklı olarak, Alman Medenin kanununun 305a paragrafında belirtilen özel durumlarda, bu koşullara uyulmaksızın da, karşı tarafın kabul etmesi kaydıyla, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilebileceği hükme bağlanmaktadır<sup>17</sup>.

13 HAVUTÇU s.106

14 HAVUTÇU s.106

15 HAVUTÇU s.106

16 TEKİNAY AKMAN BURCUOĞLU s.159

17 HAVUTÇU S. 107

İlgili düzenlemeye göre, işletmeci sözleşme kurulmadan karşı tarafı genel işlem şartlarının varlığı hususunda açıkça uyarmalı ve kendisine mevcut koşullar dahilinde sözleşmeyi kurmak istediği yönündeki iradesini açıkça belirtmelidir. Ancak, buna ek olarak işletmecinin müşteriye genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânı tanımış olması da gerekmektedir<sup>18</sup>.

Alman Medeni Kanununun 305/II, gerek 305a paragraflarında yer verilen düzenlemelerde, genel işlem şartlarının bağlayıcılık kazanması için diğer tarafın kabulü gerektiği vurgulanmaktadır. Diğer taraftan, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinde şeffaflık sağlanmak istenilmekte, müşterinin, genel işlem şartlarının varlığı konusunda bilinçli olması ve içeriğini okuması bile, bu şartları öğrenmesi için gereken ortamın sağlanması konusunda, genel işlem şartlarının kullanana külfet getirmektedir.

Alman Medeni Kanunundaki bu hükümler, tüketici işlem şartları için büyük önem taşımaktadır. genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması için 305'inci paragrafta öngörülen şartlar, sözleşmenin diğer tarafının da müteşebbis olması halinde uygulanmaz (BGB 310/1). Tacirler arasındaki sözleşmelerde genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinde, ticari teamüller dikkate alınır. Böylece yasa, genel işlem şartlarına karşı korunma ihtiyacının belirgin biçimde ortaya çıktığı kişi çevresi bakımından, ilişkilendirmeyi sıkı şartlara bağlamaktadır.

Alman Medeni Kanununda Borçlar Hukukunun modernleştirilmesi amacıyla yapılan değişiklikler sonucunda, sözleşmenin içeriğinin genel işlem şartlarıyla düzenlenmesi, bireysel sözleşmelerden farklı düzenlenmiştir.

İsviçre Hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin yasal düzenleme, 19.12.1986 tarihli "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun" ile yapılmıştır. Kanunda genel işlem koşulların ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Öğretide yer alan tanımlara göre çok sayıda gerçekleşecek sözleşmelerin esaslı unsur olmak üzere, uygulayıcı tarafından standartlaştırılmış kurallar bütünü biçimindeki, sözleşmelerdeki belirleyici hükümler genel işlem koşullarını oluşturmaktadır.

Türk Hukukunda ise, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması bakımından özel düzenlemeler yoktu. Sorunlara, Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleriyle çözüm aranmakta, her tür sözleşmenin kuruluşunda olduğu gibi ilişkilendirme anlaşmasının yapılmasında da Borçlar Kanununun 1'inci ve devamı maddeleri uygulanmaktaydı.

Türk Hukukunda, Borçlar Kanununun reform çalışmaları çerçevesinde genel işlem şartlarının münferit sözleşme ile ilişkilendirilmesi için özel düzenle-

---

18 ATAMER, Yeşim Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi İstanbul 2001 s.81-82

me yapılması düşünülerek genel işlem şartlarına ilişkin hükümler yeni ihdas edilen kanun ile hukuk düzenimize girmiş bulunmaktadır.

Bu amaçla, komisyonun hazırladığı kanun taslak aşamasında da, Alman Hukukundaki düzenlemeye benzer biçimde, “Genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin, karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafında bu koşulları kabul etmesine bağlı olduğu, aksi takdirde genel işlem şartlarının sözleşmeye yazılmamış sayılacağı“ şeklinde bir hükme yer verildiği görülmektedir<sup>19</sup>.

İlişkilendirme anlaşması, sadece yapılan sözleşme bakımından etkili olur, tarafları ve işlemin türü aynı olsa bile, ilişkilendirme anlaşması diğer sözleşmelerde genel işlem şartlarına bağlayıcılık kazandırmaz<sup>20</sup>.

İlişkilendirme anlaşmasının yapılmasıyla genel işlem şartları bireysel sözleşmenin bir unsuru haline gelmektedir. İlişkilendirme anlaşmasının kendisi de, bireysel sözleşmenin bir unsurudur. Fakat ilişkilendirme anlaşmasının bireysel sözleşmenin bir unsuru olması, sözleşmenin sadece yan noktalarının genel işlem şartlarıyla düzenlenmesi anlamına gelmez. Sözleşmenin esaslı unsurlarının da genel işlem şartları ile düzenlenmesi mümkündür. Örnek olarak, çoğu zaman taksitle satımlarda satıcının edimi ve karşılığı bedel de önceden tek yanlı olarak belirlenmektedir, tüketici önceden bir örnek hazırlanan sözleşme metnini sadece imzalamakta ve asli unsurlar da, genel işlem şartları içinde düzenlenmiş olmaktadır. Sözleşme metninde bireysel alan sadece müşteriye ait bazı kimlik bilgilerinin yer aldığı kısımdan ibaret kalmaktadır.

İlişkilendirme anlaşması ileride anlatılacağı üzere birden fazla şekilde müşterinin kabulünü beyan etmesi ile gerçekleşir. Herhangi bir şekilde imzalanmış bir metin halinde kabul edilmesi olanaksızdır, ancak tarafların genel işlem şartlarını içeren metni imzalarken ki durumları ve davranışları gözönünde bulundurularak ilişkilendirme anlaşmasının var olup olmadığından bahsedilebilir. İlişkilendirme anlaşmasının geçerlilik kazanması ve bu anlaşmanın varlığından sözedebilmek için müteşebbisin genel işlem şartlarını açıkça müşteriye bildirmiş olması, bu şartları öğrenmesine imkan vermesine aksi takdirde anlaşmanın yapıldığı yerde müşterinin dikkatini çekecek şekilde bu hususlara yer vermesine bağlıdır.

---

19 HAVUTÇU S 108

20 EREN s.199

## II. İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASININ MEYDANA GELMESİNİN ŞARTLARI

### A. İLİŞKİLENDİRME KONUSUNDA TARAFLARIN KARŞILIKLI İRADE BEYANLARININ OLMASI

İsviçre Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşulların ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Öğretide yer alan tanımlara göre çok sayıda gerçekleşecek sözleşmelerin esaslı unsuru olmak üzere, uygulayıcı tarafından standartlaştırılmış kurallar bütünü biçimindeki, sözleşmelerdeki belirleyici hükümler genel işlem koşullarını oluşturmaktadır<sup>21</sup>. Bu Kanununun 8'inci maddesinde yer verilen hükümle, içerik olarak hakkaniyete aykırı genel işlem şartlarının yanıltıcı bir tarzda kullanılması haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Yasanın 8'inci maddesi, tüketici gibi, tacirleri de koruma kapsamına almaktadır. 8. maddede yer alan düzenlemede genel işlem şartları iki temel durum belirtilerek sınırlandırılmıştır. Bunlardan ilki doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan ve ikinci olarak da sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı düşen bir hak ve borç dağılımı öngören, genel işlem şartlarını kullananlar haksız rekabet etmiş sayılırlar<sup>22</sup>.

Türk Hukukunda, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi bakımından daha önce özel düzenleme olmadığından, ilişkilendirme anlaşmasının gerçekleşmesinde, Borçlar Kanununun 1'inci ve devamı maddesi hükümleri çerçevesinde tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları bulunmalıdır esası kabul edilmekteydi.

Borçlar Kanununa göre, sözleşmenin kurulması için sözleşmenin esaslı noktalarında tarafların iradeleri birbirine uygun olmalıdır. Uygunluk uyumsuzluğu ortaya çıkarsa, tarafların iradeleri güven kuramına göre yorumlanır. İrade beyanlarının yorumlanması dışında, bir davranışın irade açıklaması sayılıp sayılmayacağı araştırılırken de, güven kuramından yararlanır. genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi bakımından da, Borçlar Kanunundaki sözleşmenin kuruluşunu düzenleyen hükümler ve güven kuramı çerçevesinde çözüm aranmaktadır<sup>23</sup>.

Genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi, açık irade beyanlarıyla veya iradeyi gösteren davranışlarla, örtülü biçimde gerçekleşebilir. Bu anlaşma için tipik olan, genel işlem şartlarına tabi olacak tarafın iradesini açıklayış biçimidir. Bu nedenle öğretide daha çok, müşterinin genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına ilişkin rızasının açık veya örtülü olması üzerinde durulmaktadır. Ancak, açık veya örtülü irade, her iki taraf açısından da gerçekleşebilir.

21 ÖZEL, Çağlar Haksız İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış

22 ÖZ, Turgut

23 HAVUTÇU s. 109

## 1. Açık İrade Beyanlarıyla İlişkilendirme (Açık Anlaşma)

Sözleşme kurulurken açık bir şekilde bu ilişkide genel işlem şartlarının geçerli olacağına yollama yapılmış ve karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme fırsatı tanınmışsa, onun bu sözleşmeyi imzalaması, aynı zamanda genel işlem şartlarının da açık bir şekilde kabul edilip benimsenmesi ve açık irade beyanında bulunulduğu anlamına gelecektir<sup>24</sup>.

Beyanın anlam ve konusu hiçbir yoruma ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde beyan vasıtası olarak kullanılan söz, yazı veya işaretlerden anlaşılıyorsa, açık irade beyanı mevcuttur<sup>25</sup>. Açık irade beyanında, beyanın anlamı, doğrudan doğruya beyandan anlaşılmalıdır.

Genel işlem şartlarının sözleşme ile açık anlaşma ile ilişkilendirilmesinde, müteşebbisin sözleşmeyi genel işlem şartları altında yapma isteğinin tereddüde yol açmayacak şekilde açıkça müşteriye bildirilmesi şarttır. Müteşebbis, sözleşmeyi genel işlem şartları altında yapma iradesini açık olarak, ya sözleşme metninde genel işlem şartlarına yer vererek, ya da sözleşmenin ekinde, arka yüzünde veya ayrı bir belgede yazılı olan genel işlem şartlarına sözleşme metninde müşterinin görebileceği şekilde açıkça yollamada bulunarak, genel işlem şartlarının varlığına müşterinin dikkatini çekmek suretiyle bildirebilir<sup>26</sup>. Genel işlem şartlarının varlığı ve bu şartlar altında sözleşme yapma isteğini bu şekilde bildiren müteşebbisin sunduğu sözleşme metnini müşterinin imzalaması, açık kabul anlamındadır. Açık irade beyanları, sözlü şekilde de olabilir<sup>27</sup>.

Genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinde açık anlaşmanın varlığı için, ne müteşebbisin, ne de müşterinin genel işlem şartlarının içeriğini, anlam ve önemini bilmeleri gerekli değildir. Çünkü burada aranan irade, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına yönelik olup, içeriğinin bilinip bilinmemesi önem taşımaz. Genel işlem şartlarının varlığını bilmek, bundan haberdar olmak yeterlidir.

Sözleşmenin yapılması sırasında genel işlem şartlarına bağlayıcılık kazandırmak isteyen müteşebbisin genel işlem şartlarının anlam ve önemini, içeriğini bilmemesi ender hallerde düşünülebilir ise de, müşteri için çoğu zaman durum böyledir. Çoğunlukla müşteri, genel işlem şartlarının içeriğini bilmeden kabul eder. Bu nedenle, öğretilde, açık anlaşma bakımından müşterinin genel işlem şartlarının içeriğini bilmesi, bunları okuyup anladıktan, içeriği hakkında tam bir bilgi sahibi olduktan sonra kabul etmesi ile, tipik durum olan genel işlem şartlarının içeriğini bilmeden kabul etmesi arasında ayırım yapılmak

---

24 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU s232

25 EREN s.129

26 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU s 232

27 HAVUTÇU s.110

tadır. İlk durumda, müşterinin irade açıklaması, tam kabul, ikinci durumda ise global yani genel kabul olarak nitelendirilmektedir.

Tam veya genel olsun, ilişkilendirme iradesinin önceden taraflar arasında çerçeve sözleşme vasıtasıyla açıklanması da mümkündür. Taraflar önceden, gelecekte yapacakları sözleşmelerde belirli genel işlem şartlarının geçerli olacağını kararlaştırırlarsa, her seferinde ilişkilendirme anlaşmasının yapılmasına gerek olmadan genel işlem şartları yapılan sözleşmelerin içeriğine dahil olur.

#### a) Tam Kabul

Tam kabulde, müşteri, genel işlem şartlarının içeriği, şartların anlam ve önemi hakkında tam bir bilgi sahibidir. Bu tür bir kabul, sözleşmenin kurulmasından önce müşterinin genel işlem şartlarını okuma ve içeriğini anlayabilme imkanına sahip olduğu hallerde söz konusu olur. Müşteri, sadece genel işlem şartlarının varlığını bilerek değil, içeriği ve içerdiği hükümlerin anlamını bileerek bu şartların sözleşmeye dahil olmasını istemektedir. Tam kabulde, müşterinin muamele iradesi bilinçli bir irade ürünüdür, beyan, beyan edilmek istenene uygun düşmektedir. Müşteri, kabul beyanıyla sözleşme ile girdiği yükümlülüklerin anlamını idrak edebilecek durumdadır<sup>28</sup>.

Müşterinin kabulünün bilinçli, tam kabul sayılması için, iradenin açıklanış biçimi önem taşımaz. Normal olarak genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasını kullanıcının bedel, kira sözleşmesinin başlangıcı gibi bireysel olarak görüşülmüş unsurları kapsayan sözleşme metninde, bireysel görüşme konusu olmayan diğer hususların düzenlemesinde genel işlem şartlarına yollama bulunmasıyla gerçekleşir. Sözleşme metninde yollama yapılan genel işlem şartları, sözleşme metninin arkasında basılı olabilir veya ayrı bir belgede yer alabilir. Müşteri, sözleşmenin imzalanmasından önce genel işlem şartlarını içeren belgeyi edinme ve içeriğini anlama imkanı bulmuşsa ya da sözleşme metninin arka yüzüne basılan şartları sözleşmeyi imzalamadan önce okuyup anlama fırsatı bulmuşsa, sözleşmeyi imzalaması, genel işlem şartlarının kabul edildiği anlamına gelir. Burada müşterinin imzası aynı zamanda tam kabul niteliği taşımaktadır<sup>29</sup>.

Müşterinin genel işlem şartlarının varlığı ve içerdiği hükümlerin önemi, anlamı hakkında bilgi sahibi olarak kabul iradesini açıklaması, söz konusu sözleşme şartlarının görüşülerek kabul edildiği, dolayısıyla genel işlem şartı niteliğini yitirdiği anlamına gelmez. Müşteri, şartların kendisi için taşıdığı anlam ve öneme rağmen, başlangıçta aleyhine bulunduğu sözleşme şartlarında değişiklik yapma isteğini fiilen diğer tarafa kabul ettirecek güce sahip olmadığından, şartları olduğu gibi kabul ediyorsa, böylece sözleşmeye dahil edilen

28 HAVUTÇU s 111

29 HAVUTÇU s 112



şart, genel işlem şartı niteliğindedir. Tam kabul, kabul edilen sözleşme şartlarının bireysel anlaşma konusu yapılmış, görüşme ve pazarlık sonucu kabul edilmiş olması anlamına gelmez<sup>30</sup>.

### **b) Global (Genel) Kabul**

Global kabul, müşterinin, genel işlem şartlarını okumadan, içeriği hakkında bir fikir sahibi olmadan genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dahil olmasını kabul etmesidir<sup>31</sup>.

Global kabulde, müşterinin iradesi, irade beyanının unsurları açısından değerlendirildiğinde, beyan unsurunu gerçekten karşılayan, bilinçli bir muamele iradesinin olmadığı açıktır. Bu nedenle, İsviçre – Türk Hukukunda, genel işlem şartlarının içeriği hakkında hiçbir bilgisi olmayan, müşterinin beyanının kabul beyanı olarak değerlendirilmesinde, güven teorisinden yararlanılmaktadır. Buna göre okumadan bir metni imzalayarak iradesini açıklayan kişi, güven teorisine göre beyanıyla bağlı tutulabildiğinden, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinde, sözleşme metni ile ilgilenmeden, metinde genel işlem şartlarına açıkça yollama yapılmasına rağmen bunların ne olduğunu araştırmak, öğrenmek ihtiyacı duymadan gözü kapalı metni imzalarsa, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması sonucuna da katlanması gerekecektir<sup>32</sup>.

Ancak, güven teorisine göre, müşterinin genel işlem şartlarının içeriğini kendisi için anlam ve önemini bilmemesine rağmen global kabulün varlığı için, müşterinin içeriğini bilmese de, en azından, genel işlem şartlarının varlığını bilmesi gerekir. Genel işlem şartlarının imzalanan metinde, metnin ön yüzünde yer alması halinde müşteri şartların varlığını bilmediğini söyleyemez. Genel işlem şartlarının metnin arka yüzünde basılı olması veya ayrı bir belgede yer alması, müşterinin imzaladığı sözleşme metnine yapılan açık bir yollama yapılması, sözlü olarak, genel işlem şartlarının varlığı ve sözleşme ile ilişkilendirilmek istendiğinin belirtilmesi halinde durum böyledir. Özellikle, sözleşme metninde genel işlem şartlarına yollama yapan kaydın açık, okunaklı ve anlaşılabilir biçimde kaleme alınmış olması gerekir. genel işlem şartlarına yollama yapan kayıt, orta vasıflardaki bir müşterinin normal bir dikkat sarf ettiğinde fark edebileceği, gözden kaçırılmayacağı bir yazı stiliyle yazılmış olmalıdır. Aksi takdirde, açık bir şekilde müşterinin genel işlem şartlarına dikkatinin çekilmiş olduğu iddia edilemez, böyle bir iddia dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Genel işlem şartlarının basılı olduğu metnin de orta vasıftaki bir müşteri tarafından anlaşılabilir şekilde, okunaklı basılmış bundan sonraki aşama için, müteşebbisin müşteriye genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanı vermesi, bu konuda elverişli araçları sağlaması ile mümkündür<sup>33</sup>.

30 HAVUTÇU s. 112

31 TEKİNALP s. 135

32 ATAMER s. 102

33 HAVUTÇU s. 113

Yukarıda belirtildiği gibi genel işlem şartlarına açıkça müşterinin dikkati çekilmesine rağmen müşteri dürüstlük kuralı gereği göstermesi gereken özeni göstermemiş, genel şartlara yollama yapıldığını, dolayısıyla genel işlem şartlarının varlığını bilmeden sözleşmeyi imzalamış ise, global kabul iradesinin olduğu, güven ilkesi gereği varsayılır.

Genel işlem şartlarının varlığı konusunda müşterinin sözleşme metninde yapılan yollama ile veya diğer bir şekilde bilgilendirilmesi yanında, müşterinin bu şartları öğrenmesi için yeterince imkan da tanınmış olmalıdır. Müşteriye genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme fırsatının tanınması, mutlaka, müşteriye genel işlem şartlarını içeren belgenin verilmesini gerektirmez. Önemli olan, müşterinin genel işlem şartlarını içeriğini öğrenmesi için elverişli ortamın sağlanmasıdır. Fakat, İsviçre hukukunda, tüketici işlem şartlarında tüketiciye sadece genel işlem şartlarını öğrenme imkanı sağlanması yeterli görülmemekte, tüketiciye genel işlem şartlarının bir örneğinin verilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>34</sup>.

Global kabul için, müşterinin şartları okumasına rağmen anlayamamış, kavrayamamış olması da önem taşımaz<sup>35</sup>. Fakat müşteride ilişkilendirme iradesinin olmadığını müteşebbis anlayabiliyor veya anlaması gerekiyorsa, güven teorisine göre normatif uygunluğun bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi edinme imkanının tanınması, bunların, orta vasıflardaki bir müşteri tarafından anlaşılabilir şekilde, okunaklı, anlaşılabilir tarzda yazılmış olmasını gerektirir. Aksi takdirde, dürüstlük kuralına göre müşterinin global kabul iradesinin olduğu varsayılmaz. Genel işlem şartlarının güçlükçe okunabilecek şekilde çok küçük harflerle yazılmış olması, silik olması, orta vasıftaki bir müşterinin anlayamayacağı tarzda, ağır bir dille kalem alınması, anlaşılması ancak özel bilgi ve eğitimi gerektiren teknik ve bilimsel ifadelerin kullanılması örneklerinde genel işlem şartlarının okunaklı ve anlaşılabilir tarzda yazıldığı kabul edilemez. Bu örneklerde, müteşebbisin gerçekte genel işlem şartlarını içeriğini öğrenme konusunda müşteriye imkan tanıdığını kabul etmek mümkün değildir. Çünkü güven ilkesine göre global kabulün varlığında esas, müşterinin varlığını bildiği, içeriği hakkında bilgi edinme imkanı olduğu genel işlem şartlarını, bu imkanı kullanmayarak sözleşme ile ilişkilendirmeye istemiş olmasıdır. Bunun için de, müteşebbis dürüstlük kuralı gereği müşterinin genel işlem şartlarının varlığından haberdar olması, bunların içeriğini öğrenebilmesi için kendisine düşen özen ödevini yerine getirmeli, müşteriye elverişli ortamı sağlamalıdır. Dürüstlük kuralı gereği, müteşebbis genel işlem şartlarını, somut olaydaki muhatabının kişisel durumu, bilgi ve eğitim düzeyini esas alarak değil, orta vasıftaki, makul ve dürüst bir

34 ATAMER s. 87

35 TEKİNALP s.136

muhatabın durumunu dikkate alarak anlaşılabilir ve okunaklı şekilde basarak müşterinin anlayabilmesine imkan yaratmalıdır. Buna rağmen müşteri kendisine sunulan imkanlardan yararlanmayarak içeriğini öğrenmeden, anlamaya çaba göstermeden durumu kabulleniyorsa, güven kuramına göre, bu davranış, global kabul sayılır ve ilişkilendirme anlaşmasının kurulması için yeterlidir<sup>36</sup>.

Klasik sözleşmelerin kurulmasından farklı olarak, sözleşmenin içeriğinin genel işlem şartlarıyla düzenlendiği hallerde, genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dahil olmasını isteyen müteşebbisin, müşteriye sadece genel işlem şartlarının varlığı hakkında uyarması fakat bunları müşteriye göstermemesi ya da öğrenme imkanı sağlamaması da işin niteliğine aykırı düşer. Müteşebbisin müşteriye genel işlem şartlarını göstermediği, içeriğini öğrenme imkanı tanımadığı hallerde, müşterinin kabul açıklamasının genel işlem şartlarını da kapsayacak şekilde yorumlanması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Güven kuramı uyarınca bir davranışın anlamı ve kapsamı konusunda karşı tarafta haklı bir beklenti yaratıldığında, bu haklı bir beklentinin, uyandırılan güvenin korunması mümkündür. Müteşebbis, tartışılmasına, değiştirilmesine yanaşmadığı genel işlem şartlarının varlığından müşteriye haberdar ederken, ona bu koşulları öğrenme olanağı da sağlarsa, ancak bu durumda müteşebbiste, müşterinin kabul iradesinin bu şartları da kapsadığına ilişkin haklı bir güven uyandırdığı söylenebilir. Müşterinin okuma fırsatı dahi elde edemediği bir belgenin sözleşmenin içeriği haline gelmesi, güven kuramı uyarınca ulaşılabilecek bir sonuç olamaz<sup>37</sup>.

Sözleşmenin kuruluşu sırasında müşterinin genel işlem şartlarının varlığına dikkatinin çekilmesi ve ayrıca bu şartları öğrenme olanağı sağlanması, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması için zorunludur. Bu çerçevede, müşteriden kendi çabasıyla genel işlem şartlarını edinmesi içeriğini öğrenmesi beklenmemelidir<sup>38</sup>.

Genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi edinme imkanı, tüketici ile sözleşmenin yapıldığı sırada sunulmalıdır. Müteşebbis, Mal veya hizmet arzını genel işlem şartlarının kabul edilmesine bağladığından, müşterinin sözleşmenin kuruluşu sırasında bu şartlar hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Sözleşme yazılı olarak yapılıyorsa, sözleşme metninde genel işlem şartlarına yer verilmeli veya genel işlem şartlarına açık ve anlaşılabilir şekilde metinde yollama yapılarak, ayrıca bilgi edinmeye hazır bulundurulmalı; genel işlem şartları müşteriye verilmeli veya işlemin yapıldığı yerde duvara asılmak suretiyle müşterinin öğrenmesine imkan tanınmalı veya içeriği okunup anlatılmalıdır. Sözleşme metninde, genel işlem şartlarına yollama yapılması ancak

36 HAVUTÇU s. 114-115

37 ATAMER s. 83-84-85

38 HAVUTÇU s. 116

genel işlem şartları metninin müşteriye verilmemesi, genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelmesini engellemelidir. Alman Medeni Kanununda açıkça düzenlenmiş bulunan “müşteri genel işlem şartlarını öğrenmesine, bunlar hakkında bilgi edinmesine olanak sağlama“ yükümlülüğünün, İsviçre – Türk Hukuku açısından da bulunduğu kabul edilmelidir<sup>39</sup>.

Taraflar arasında daha önce aynı konuda sözleşmeler yapılmışsa, önceki sözleşmelerin kuruluşu sırasında genel işlem şartlarına yollama yapılmış olması yeterli olmaz. Her münferit sözleşmenin kurulmasında, müteşebbis ayrıca genel işlem şartlarına yollama yapmalıdır. Önceki aynı türde sözleşmelerde müşterinin bilgilendirilmiş olması, güven ilkesine göre müteşebbisin müşterinin genel işlem şartlarını bildiğini varsayımından hareket etmesine dayanak oluşturamaz<sup>40</sup>.

İster sözleşme metninin arkasında, ister ayrı bir belgede basılı olsun, müşterinin imzaladığı sözleşme metninde genel işlem şartlarına yollama yapılmamışsa, güven teorisine göre müşterinin global kabul iradesinin olduğu söylenemez. Sözleşme metninde genel işlem şartlarına yapılan atıf, müşteri ister sözleşme metnini okumuş olsun ister okumadan imzalamış olsun, sonuçta yapılan atıfla müşteri genel işlem şartlarının varlığı bakımından bilgilendirilmiş olacaktır. Buna rağmen müşteri gereken özeni gösterip metni okumuyorsa veya genel işlem şartları ile ilgilenmiyorsa, diğer tarafa metnin içeriğini kabul ettiği güvenini vermiş olur, sözleşme metnini imzalamakla, metnin içeriğini de aynen kabul etmiş sayılır. Fakat metinde genel işlem şartlarına açık bir atıf yoksa, aynı sonuca ulaşılamaz. Bu durumda, müşterinin iradesinin genel işlem şartlarını kabul yönünde olduğunu haklı gösterecek, genel işlem şartlarına dayanan tarafı koruyacak somut olgular, kısacası örtülü atıf olduğu yolunda somut veriler yoksa, müşterinin imzasıyla genel işlem şartlarını kabul ettiğine ilişkin müteşebbiste haklı bir güven uyandırdığını, müteşebbisin hukuken korunmaya değer, haklı bir menfaatinin olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>41</sup>.

## 2. Örtülü İrade Beyanları İle İlişkilendirme

Borçlar Kanunu'na göre, iradenin açıklanması açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi akdi nitelikte olduğundan, ilişkilendirme beyanlarının örtülü olması ihtimali üzerinde de durulması gerekir.

Genel işlem şartlarının örtülü irade beyanlarıyla sözleşmeye alınmasında, çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Genel işlem şartlarını kullananın açık icabını, müşteri örtülü irade beyanıyla kabul edebilir, veya örtülü icaba karşı müşteri açık ya da örtülü kabul cevabı verebilir<sup>42</sup>.

39 ATAMER s. 87-88

40 ATAMER s. 83-84-85

41 HAVUTÇU s. 116

42 HAVUTÇU s. 116

Örtülü irade beyanlarıyla ilişkilendirme anlaşmasının yapılmasında kuşkusuz en önemli problem müteşebbisin ilişkilendirme iradesinin örtülü olup olmayacağıdır. Örtülü irade açıklaması, hukuki sonuca ulaşma iradesini dolayısıyla ifade eden beyanlar veya davranışlardır. Müteşebbisin genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesine ilişkin irade beyanında kullandığı sözlerin açık olması; bu konudaki iradenin açık bir beyana eş tutulamayan fiili davranışlarla, maddi fillerle ortaya koyması veya sözleşme metninde genel işlem şartlarına yer vermemesi veya sözleşme metninin genel işlem şartlarına yapılan bir yollamayı içermemesine ve müteşebbisin sözle de olsa, açıkça genel işlem şartlarına yollama yapmamasına rağmen hal ve şartlardan örtülü bir yollamanın olduğunun söylenebilmesi halinde, müteşebbisin ilişkilendirme iradesinin, örtülü olduğu kabul edilir<sup>43</sup>.

Müteşebbisin ilişkilendirmeye yönelik örtülü iradesinin bulunduğu varsayıldığında, müşterinin kabul cevabı da örtülü ise, örneğin müşteri sadece susmuş ise ilişkilendirme anlaşması her iki tarafında örtülü irade beyanlarıyla kurulur. Örtülü irade beyanları ile müşterinin ve müteşebbisin genel işlem şartlarını içeren metni kabul etmesine birçok örnek verilebilir, müşterinin örtülü olarak malı veya hizmeti kullanmaya başlaması ya da müteşebbisin davranışlarına itiraz etmemesi verilen hizmeti kabul etmesi örnek olarak gösterilebilir.

Örtülü olarak genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinde, müşterinin susmasının örtülü kabul sayılıp sayılmayacağı örtülü anlaşma ile ilişkilendirmede çözümlenmesi gereken diğer bir problemidir.

Alman Hukukunda BGB 305/I de açıkça, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi için, sözleşmenin yapılması sırasında bu şartlara dayanan tarafın, diğer tarafı genel işlem şartları konusunda uyarması, bu şartlara diğer tarafın dikkatini çekmesi gerektiği belirtilmektedir. Yasa uyarının, açıkça yapılmasını zorunlu görmekle birlikte, istisnai olarak, genel işlem şartlarına müşterinin bu şekilde açıkça dikkatinin çekilmesi, sözleşmenin kuruluş tarzı bakımından aşırı güçlük yaratıyorsa, sözleşmenin kurulduğu yerde müşterinin açıkça görebileceği bir yere asılmak suretiyle de genel işlem şartlarına müşterinin dikkatinin çekilmesine izin vermektedir. Aşırı güçlük yaratması nedeniyle açık bir uyarı müteşebbisinden beklenemediğinde de genel işlem şartlarına dayanan müteşebbis, müşterinin genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilmesine imkan yaratmak zorundadır. Bu düzenleme ile Alman Hukukunda genel işlem şartlarına örtülü yollama imkanı kural olarak reddedilmiştir<sup>44</sup>.

#### **a) Açık Bir Yollamaya Karşılık Müşterinin Susmasının Örtülü Kabul Sayılması**

43 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU s. 64

44 HAVUTÇU s. 119

Hukukumuzda susma şeklindeki pasif bir davranış, istisnai haller dışında irade açıklaması teşkil etmez, bilhassa yapılan bir icabı kabul veya ret anlamına gelme. Susma yasanın açık düzenlemesiyle de dürüstlük kuralı gereği istisnai hallerde kabul sayılabilir. Genel hüküm niteliğindeki BK'nın 6'ncı maddesi de, hangi hallerde susmanın kabul sayılabileceğini hükme bağlamaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 6'ncı maddesine göre, susmanın kabul olarak değerlendirilebilmesi için sessiz kalan kişi, susmanın kabul sayılabileceğini anlama imkanına sahip olmalı, dürüstlük kuralı gereği hal ve şartlardan, kabul iradesine sahip değilse, onun sessiz kalmayacağı, tam tersine aktif bir davranışta bulunarak, kendisine yapılmış teklifi reddedeceği söylenebilmelidir. Müşterinin susmasının bu madde çerçevesinde örtülü kabul sayılması için, müşterinin genel işlem şartlarının varlığından haberdar olması ve dürüstlük kuralına göre, müteşebbisin bu şartlar altında sözleşme yapma isteği karşısında, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasını istemiyorsa sessiz kalmayarak itiraz etmesinin ondan beklenebilmesi gereklidir. Müşterinin susma yoluyla genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına muvafakat ettiğini söyleyebilmek için, somut olayın özellikleri, hal ve şartlardan müteşebbis, dürüstlük kuralına göre müşterinin pasif davranışını kabul iradesi olarak görmeye yetkili olmalı, müşterinin, kabul iradesine sahip olmasaydı susmayarak açıkça genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına itiraz edeceğini düşünmeye yetkili olmalıdır. Örnek olarak, müteşebbis müşteriye genel işlem şartlarını içeren belgeyi verir ve açıkça sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak istediğini bildirirse, müşterinin genel işlem şartlarından söz etmeden sözleşmenin kurulmasına yönelik davranışı örtülü kabul sayılır<sup>45</sup>.

Müşterinin susmasının örtülü kabul sayılmasında, genel işlem şartlarına müşterinin ne zaman açıkça dikkatinin çekildiği, bunların içeriğini öğrenme imkanının ne zaman yaratıldığı önem taşır. Münferit sözleşmenin kurulmasından önce müşteriye genel işlem şartlarını içeren belge verilerek bunlar hakkında müşterinin dikkati çekilirse, susma örtülü kabul sayılabilir. Fakat münferit sözleşmenin kurulmasından sonra müşteriye genel işlem şartlarını içeren belge veriliyorsa, genel işlem şartları olmaksızın zaten sözleşme kurulmuş durumdadır. Sonradan genel işlem şartlarının belirtilmesi, ancak sözleşmenin içeriğinde değişiklik teklifi olarak değerlendirilebilir ve müşterinin susması, ilke olarak değişikliği istemediği anlamına gelir<sup>46</sup>.

### **b) Genel İşlem Şartlarına Yapılan Yollamanın Örtülü Olması**

İsviçre – Türk Hukukunda, genel işlem şartlarının örtülü yollama ile sözleşme ile ilişkilendirilmesi sorununa da güven ilkesinden yararlanılarak çözümlenmektedir. Bu ihtimalde, genel işlem şartlarının varlığı konusunda müşteri

45 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 93

46 HAVUTÇU s.121

açıkça bilgilendirilmemektedir. Sözleşme metni genel işlem şartlarını içermekte, metinde genel işlem şartlarına yollama yapılmamakta veya müşteriye genel işlem şartlarını içeren belge verilmediği gibi, sözle de bu konuda müşteri bilgilendirilmemektedir<sup>47</sup>.

Alman Hukukunda genel işlem şartları hakkında yasanın çıkarılmasından önce, genel işlem şartlarının bağlayıcılığının dogmatik temelleri açıklanmaya çalışılırken, değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan biri de, öğreti ve uygulamada çok geniş kabul gören “bilme gerekliliği” görüşüdür. Bu görüşe göre genel işlem şartlarına açıkça yollama yapılmasa bile, hal ve şartlardan, müşterinin genel işlem şartlarını bildiği veya bilmesi gerektiği söylenebiliyorsa, genel işlem şartları müşteri için bağlayıcıdır, genel işlem şartları, müşteri ile yapılan sözleşmenin temelini oluşturur<sup>48</sup>. Böylece müşteriye genel işlem şartlarının varlığını bilme konusunda oldukça geniş bir özen gösterme borcu yüklenmiştir. Müşteri, özen borcunu yerine getirdiğinde, genel işlem şartlarının varlığını öğrenebilecek durumdaysa, yaptığı sözleşmede bunların kullanıldığını hesaba katmak zorundadır. Bu nedenle, genel işlem şartları olmadan sözleşme yapmak istiyorsa bu durumu açıkça müteşebbise bildirme yükümlülüğü altındadır. Aksi halde, sözleşmeyi genel işlem şartları altında yapmış sayılır.

İsviçre – Türk Hukukunda da, örtülü anlaşma ile genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelerek bağlayıcılık kazanmasına ilişkin “bilme gerekliliği” görüşünün, güven ilkesi çerçevesinde bir ölçüde etkili olduğu söylenebilir. İsviçre Hukuku’nda genellikle benimsenmiş anlayışa göre, içeriğini somut olarak bilmese de, müşteri genel işlem şartlarının varlığından haberdar ise ve dürüstlük kuralına göre somut olaydaki hal ve şartlardan, sözleşmenin kuruluşu sırasında müteşebbisin bu şartları sözleşmenin içeriği haline getirmek istediğini anlayabiliyor ya da gerekli özeni göstermesi halinde anlaşılması beklenebiliyorsa, müşteri genel işlem şartlarını hesaba katmak zorundadır<sup>49</sup>.

Öğretide tacir olsun olmasın, hangi hallerde müşterinin genel işlem şartlarını hesaba katmasının gerekeceği konusunda yerleşmiş belirli ölçütler yoktur, her somut olayın özellikleri doğrultusunda ayrı değerlendirme yapılarak tereddüt halinde örtülü kabulü reddetmek, inandırıcı olguların varlığında örtülü kabulü benimsemek, yaygın eğilimdir<sup>50</sup>.

### c) Tüketici İşlem Şartlarında Örtülü Anlaşma Bakımından Bazı Özel Durumlar

#### aa) Genel İşlem Şartlarının Basılıp Çoğaltılmış, Yayınlanmış Olması Veya Sözleşmenin Yapıldığı Yerde Duvara Asılarak İlan Edilmiş Olması

47 HAVUTÇU s. 121

48 HAVUTÇU s. 121

49 HAVUTÇU s. 122

50 TEKİNALP s. 140, HAVUTÇU s. 123

Müteşebbis çok sayıda kişilerle yapacağı sözleşmelere temel oluşturmasını istediği genel işlem şartlarını gazete dergi vb. gibi araçlarla yayınlamak suretiyle potansiyel müşteri kitlesine ulaşmak isteyebilir. Somut olayda, münferit bir sözleşmenin kurulmasında örtülü anlaşma bakımından genel işlem şartlarının belirtilen şekilde yayınlanmış olması, güven ilkesi çerçevesinde, müşteriye yayınlanmış şartları bilme zorunluluğu getirmez. Böyle bir ihtimalde, dürüstlük kuralı gereği, müşterinin gazete ve dergileri takip ederek genel işlem şartlarının varlığını öğrenme yükümlülüğü olduğu söylenemez. Tüketicinin, yasa hükümleri gibi, yayınlanmış olan genel işlem şartlarını genel olarak bilme yükümlülüğü yoktur. genel işlem şartlarının, çeşitli alışveriş merkezlerinde, çarşı ve dükkanlarda, bankalarda olduğu gibi, duvara asılarak ilan edildiğinde de, ilke olarak müşterinin ilan edilen işlem şartlarını bilmesini beklemek caiz değildir. Bu nedenle, müşteri, bu şartlar altında sözleşme yapmak istemiyorsa, bunu müteşebbise açıkça bildirme yükümlülüğü altına da girmez. Ancak istisnai hallerde asılarak ilan edilen genel işlem şartları örtülü anlaşmanın varlığına temel oluşturabilir. Şayet işlem şartları orta vasıftaki bir müşterinin ilk bakışta fark edebileceği, kolaylıkla görebileceği, gözden kaçırma ihtimali olmayacak bir yere asılmışsa, dürüstlük kuralına göre müteşebbis müşterinin bu işlem şartlarını gördüğünü ve hesaba katması gerektiğini düşünmeye yetkili görülebilir<sup>51</sup>.

Sorumsuzluk anlaşmalarının ilan yoluyla sözleşmede geçerlik kazanması konusunda Borçlar Kanununda özel bir hüküm bulunmaktadır. Borçlar Kanununun 478'inci maddesine göre, otelci veya hancıların kendilerine yüklenen sorumluluğu belirli bir şarta bağlamalarına veya tamamen ortadan kaldırmalarına ilişkin şartları ilan yoluyla duyurmuş olmaları, sorumsuzluktan kurtulmalarını sağlamaz. Yasa koyucu, ilan edilmiş olan sorumsuzluk kayıtlarının müşteri tarafından zimnen kabul edilmiş olduğu sonucunu burada açıkça engellemiştir. Yasa ilan yoluyla sorumsuzluğun sınırlandırılmasını uygun görmemiştir<sup>52</sup>.

### **bb) Müşteriye Verilen Fatura, Makbuz, Kullanma Talimatı, Teslim Belgesi Gibi Belgelerin Genel İşlem Şartlarını İçermesi**

Uygulamada sıklıkla, teslim belgesi, makbuz, fatura gibi belgelerde genel işlem şartlarına yer verildiği görülmektedir. Örnek olarak, otopark ücreti olarak alınan para karşılığı kesilen makbuzda “alınan ücretin otopark için olduğu, otopark dahilinde olabilecek hasarlardan otoparkı işleten kurumun sorumlu olmadığı” temizleme şirketinin düzenlediği “sipariş fişi” veya başka ad altındaki belgede “temizleme yapılmak üzere bırakılan eşyanın bir ay içinde alınmaması halinde şirketin sorumlu olmayacağı” gibi genel işlem şartı ni-

51 HAVUTÇU s. 124

52 ATAMER s. 90



telâhindeki sorumsuzluk kayıtları yer almaktadır<sup>53</sup>. Bu belgelerde yer verilen işlem şartlarının münferit sözleşme ile ilişkilendirilmesinde, dikkat edilmesi gereken, müşteri ile sözleşmenin kurulmasından sonra bu belgelerin düzenlenerek müşteriye verilmesidir. Anılan belgeler, sözleşmenin kurulmasından sonra müşteriye verildiği için bu belgelerde yer verilen kayıtlar olmaksızın zaten sözleşme kurulmuş durumdadır. Sözleşmenin kurulmasından sonra müşterinin genel işlem şartları konusunda dikkatinin çekilmesi sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapma teklifi olarak değerlendirilir, müşterinin ses çıkarmaması sonradan yapılan değişiklik teklifini onayladığı anlamına gelmez. Çünkü bu tip belgeler iş hayatındaki genel anlayışa göre ifanın kanıtı olarak düzenlenirler ve sözleşmenin içeriğini değiştirme veya tamamlama amacı taşımazlar<sup>54</sup>.

Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 579. hükmünde yer alan düzenlemeye göre garaj otopark ve benzeri yer işletenlerin sorumluluğundan bahsedilmekte ve her ne kadar müşteriye verilen biletin veya makbuzun arkasında işletenlerin sorumlu olmayacağına dair hüküm olsada bu madde işletenlerin sorumluluğunu ve genel işlem şartlarının geçersizliğini ortaya koymaktadır. Bu hüküm gereğince bu tarz yerleri işletenlerin ancak mücbir sebep ya da eşyanın niteliğinden doğmuş olan bir zararı kanıtlayarak kurtulabileceklerini göstermektedir.

### **cc) Uçak, Tren, Otobüs Biletleri, Sinema veya Tiyatro Giriş Kartları Gibi Belgelerde Genel İşlem Şartlarına Yer Verilmesi**

Uygulamada şehirlerarası yolcu taşımacılığında, hava veya deniz, demiryolu taşımacılığında, yolcu biletlerinin arka yüzündeki sinema biletlerinde ve benzer belgelerde, genel işlem şartları basılı durumdadır. Bu belgelerde, örneğin yolcu biletlerinde müşterinin kimliği, hareket saati, tarihi gibi bilgilerin yazıldığı biletin arka yüzündeki rezervasyon iptali halinde ücretin iade edilemeyeceği veya belirli bir yüzdesinin alıkonulacağı ya da yolcu beraberinde bulunan bagajın kaybı halinde hangi şartlarda sorumluluk alınacağı gibi işlem şartlarına yer verilmektedir. Bu örneklerde de aslında durum, yukarıda belirtilenden farksızdır. Müşteri ile sözleşmenin kurulmasından sonra müşterinin dikkati genel işlem şartlarına çekilmektedir. Bu nedenle, verilen bu örneklerde de sözleşmenin, bilette açıklanan genel işlem şartları olmaksızın kurulmuş olması asıldır<sup>55</sup>.

Sinemaya ve tiyatroya gitmek şehir içi taşımacılıkta toplu taşıma araçlarından yararlanmak tüketici için günlük işlemler niteliğinde olup özel bir ekonomik değer de ifade etmemektedir. Bu tür işlemlere müteşebbis açısından bakıldığında da, kitlesel nitelik taşımaktadır. Her gün yüzlerce kişi ile aynı işlemleri kitlesel biçimde gerçekleştirmektedir. Bu tür işlemlerde, her müşterinin dik-

53 İzmir Barosu Dergisi Ocak 1999 s. 99

54 HAVUTÇU s. 126

55 HAVUTÇU s. 127

katini sözleşmenin kurulmasından önce başka bir şekilde genel işlem şartları konusunda bilgilendirmek, müteşebbis açısından aşırı güçlük yaratabilir. Bu nedenle bu tür işlemlerde giriş kartının veya biletin arkasına basılarak değil de müşterinin bilet alırken kolaylıkla görüp fark edebileceği bir yere asılarak dikkatinin çekilmesi daha uygun olup bu yapılmamışsa genel işlem şartlarının bağlayıcı olmadığını düşünmek gerekir<sup>56</sup>.

Ayrıca bu tür belgeler ile ilgili olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinde hüküm bulunmakta ve müşterileri müteşebbislerin keyfi hareketlerine karşı korumayı amaçlamaktadır.

#### **dd) Reklam Amacıyla Düzenlenen Katalog, Prospektüs, Broşürlerde Genel İşlem Şartlarına Yer Verilmesi**

Uygulamada reklam amacıyla düzenlenen katalog, prospektüs, tanıtıcı broşürlerde de çoğu zaman genel işlem şartlarına yer verilmektedir. Bu tür belgelerde, tüketicinin dikkatini müteşebbisin sunduğu mal veya hizmete çekerek tüketiciyi cezbedebilmek için çeşitli yöntemlere başvurulmaktadır. Tüketicinin gözünde mal veya hizmeti cazip göstermek ve sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla hazırlanan reklam belgelerinde, tüketici başından sonuna kadar belgelerin içeriğiyle ilgilenmemekte, genel işlem şartlarını kolaylıkla gözünden kaçırmaktadır. Bu nedenle reklamlarda belirtilen genel işlem şartları, sözleşmenin kuruluşunda ayrıca sözlü veya yazılı olarak tüketicinin dikkati çekilmedikçe müteşebbis güven teorisinden hareketle tüketicinin genel işlem şartlarından haberdar olduğunu ve bunların sözleşmeye alınması isteğini hesaba katması gerektiğini varsaymaya yetkili görülemez<sup>57</sup>.

Ancak, doğrudan işletmeci tarafından hazırlanmış ve genel işlem şartlarını ihtiva eden sipariş formlarının doldurulması halinde artık genel işlem şartları, müşterinin icabının bir parçası sayılır<sup>58</sup>.

#### **ee) Banka İşlemlerinde Müşteriye Verilen Hesap Cüzdanlarındaki Kayıtlar**

Banka hesap cüzdanlarında çoğunlukla, hesap cüzdanının arkasında veya son sayfasında, genel işlem şartları yazılı durumdadır. Bankada hesap açtıran müşterinin, bu cüzdanlarda yer verilen kayıtların bilinmesi gerekliliği, güven ilkesi çerçevesinde bankanın müşterinin bu kayıtları hesaba katması gerektiği konusunda Tekinalp olumlu düşünmektedir. Yazar, Yargıtay Ticaret Dairesinin 5.6.1962 tarihli 90/3103 sayılı kararına konu olan olayla ilgili olarak, hesap cüzdanında yer verilen kayıtları tacir olmasa bile müşterinin bildiği veya bilecek durumda olduğunu, cüzdanı eline alanın, hesap tutarı ve hareketleri

56 HAVUTÇU s. 128

57 ATAMER s. 87

58 TEKİNALP s. 139

yazıldığı için, içinde ne yazıldığını bilmek bakımından ihmal gösterilemeyecek önemde bulunan cüzdanı incelemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle cüzdanda yer alan “cüzdanın kaybedilmesi halinde bankanın mektupla haberdar edilmesi, aksi halde yanlış ödemelerden dolayı bankanın sorumlu olmayacağı“ şeklindeki işlem kaydının müşteri için bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşmaktadır<sup>59</sup>.

Genel işlem şartlarına karşı tüketicinin korunmasında, her iki tarafın menfaatlerinin tartılması ve müşterinin kuruluşu sırasında bunları bilmekteki çıkarı ile, müşterinin bu şartlara açıkça dikkatinin çekilmesinin banka açısından getireceği yük değerlendirilerek, sonuca varılmaya çalışılmalıdır. İşlem tamamlandıktan sonra hesap cüzdanı verilerek müşterinin dikkatinin çekilmesi, hem sözleşmenin kurulmasından önce müşteri bilgilendirilmemiş olduğu için hem de müşteriye imzalatılan hesap kartonlarında en azından genel işlem şartlarının içerik olarak tamamına yer verilmesine gerek olmaksızın sadece genel işlem şartlarının varlığına açıkça dikkat çekilmesinin sözleşmenin kuruluşundaki süreç değerlendirildiğinde bankaya aşırı külfet ve zaman kaybına mal olduğu söylenemez. Bu nedenle, açıkça, sözlü veya yazılı olarak müşteri hesap açılması işlemleri yapılırken genel işlem şartları konusunda bilgilendirilmemiş ise bu şartların tüketici için bağlayıcı olmadığını kabul etmek gerekir<sup>60</sup>.

## **B. İLİŞKİLENDİRME KONUSUNDA KARŞILIKLI İRDELERİN UYGUN OLMASI**

İlişkilendirme anlaşmasında, tipik durum, açık veya örtülü biçimde de olsa, müşterinin kabul iradesini global kabul şeklinde açıklamasıdır. Bu nedenle, uygunluğun kapsamı, genel işlem şartlarının varlığı ve bunların bir bütün olarak sözleşme ile ilişkilendirilmesi bakımından söz konusu olmaktadır. Global kabulde müşteri genel işlem şartlarının içeriğini bilmeden sözleşme ile ilişkilendirilmesine muvafakat etmekle birlikte, bu muvafakat, genel işlem şartları içerisinde yer alan, şaşırtıcı alışılmamış şartları kapsamaz. Genel işlem şartlarının alışılmamış, şaşırtıcı şartlar içermesi halinde, global kabulde ilişkilendirme anlaşması geçerli olarak kurulmakla birlikte, şaşırtıcı şartlar müşteri için bağlayıcı olmaz<sup>61</sup>. Bu hususta Borçlar Kanunu’nda da hüküm yer almaktadır ve kanunun 23. maddesi gereğince “Genel İşlem Koşullarında yer alan bir hüüm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” denilmektedir. Müşteri, müteşebbisin genel işlem koşulları hakkında kendisine yeter kadar bilgi vermemesi ve hükmün anlaşılabilir olmamasından yararlanarak lehine yorum yapılmasına neden olur.

59 TEKİNALP s. 139

60 HAVUTÇU s. 130

61 HAVUTÇU s. 131

### III. İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASININ ŞEKLİ YAPILMA ZAMANI ANLAŞMANIN VARLIĞINI İSPAT YÜKÜ

#### A. İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASININ ŞEKLİ, YAPILMA ZAMANI

İlişkilendirme anlaşması sözleşmenin bir unsuru olduğu için, ilişkilendirme anlaşmasının geçerliliği, sözleşmenin geçerliliği için yasada öngörülen şekle uyulmasına bağlıdır. Sözleşmenin yapılması şekle bağlıysa, sözleşme metninde genel işlem şartlarına yollama yapılması ve müşterinin global kabul iradesini gösteren imzanın yazılı şekli kapsayacak biçimde atılması yeterlidir. Sözleşme metninde ayrıca genel işlem şartlarının da yazılmış olması gerekmez<sup>62</sup>.

Genel işlem şartlarının sözleşme ile geçerli biçimde ilişkilendirilmesi, sözleşmenin kurulması sırasında müşterinin genel işlem şartlarına dikkatinin açıkça çekilmesi ve müşterinin kabulü ile mümkündür. Bununla birlikte, genel işlem şartları sonradan da sözleşme ile ilişkilendirilebilir<sup>63</sup>.

#### B. ANLAŞMANIN VARLIĞINI İSPAT YÜKÜ

Genel işlem şartlarının sözleşme ile geçerli biçimde ilişkilendirildiğini iddia eden, iddiasını ispatla yükümlüdür. (MK mad 6) Çoğunlukla, genel işlem şartlarının sözleşmede bağlayıcılık kazanmasını isteyen müteşebbis, genel işlem şartlarının geçerli bir anlaşma ile sözleşmeye alındığını iddia eder. Bu durumda, genel ispat kuralı uyarınca iddiasını kanıtlamak zorundadır. Bazı hallerde müşteri de kendisi için elverişli olan şartların sözleşmeye geçerli biçimde alındığını iddia edebilir. Nadiren de olsa müşteri bu durumda ispat yükü altında olacaktır.

Uygulamada genellikle, genel işlem şartlarının altında, müşterinin bu şartları okuduğu ve bu şartlar altında sözleşmenin yapılmasını kabul ederek imzaladığına ilişkin bir kayda yer verildiği görülmektedir. Böyle bir kaydın genel işlem şartlarının sözleşmede bağlayıcılık kazanmasını isteyen müteşebbisin ispat yükünü yerine getirmesinde bir etkisinin olmaması gerekir. Aksi halde böyle bir kayda yer vermek suretiyle kolaylıkla ispat yükünden kurtulabilir<sup>64</sup>.

---

62 HAVUTÇU s. 131

63 HAVUTÇU s. 131

64 HAVUTÇU s. 131 – 132

## SONUÇ

Modern ekonomik yaşamın ayrılmaz bir parçası haline gelen ve günlük yaşamda daima önümüze çıkan Genel İşlem Şartlarının kullanımında bağlayıcılık denetimine ilişkin hususlara değinmeye çalıştık. Genel işlem şartlarının önemsiz ve göz ardı edilmesine rağmen hukuki açıdan müşteri ve müteşebbisler açısından birbirlerine karşı genel işlem şartları hakkında bilgi sahibi olup olmamaları ve bu şartların açıklanabilirlik anlamında ne kadar özen ve dürüstlük gösterildiği konularının ileride doğuracak olduğu sonuçları açıklamaya çalıştık. Farkında olmadan yapılan edimlerin müşteri açısından ileride sorun yaratacağı ve genel işlem şartlarının eğer müşteriye yeteri kadar bilgi verilmediği durumlarda müşterinin aleyhine yorum yapılamayacağını anlattık. Genel işlem şartlarının hayatın her anında karşımıza çıktığı konusunda örnekler vereerek basit olaylar üzerinde tartıştık.

Bağlayıcılık denetiminin uygulanması açısından gerekli olan hususun ilişkilendirme anlaşması olması ve bu anlaşmanın yazılı ve belirgin bir şekilde yapılmadığı tarafların genel işlem şartlarını içeren sözleşmeleri imzalarken içinde oldukları tutum ve davranışlardan genel işlem şartları hakkında bilgi sahibi olup olmadıkları ve bu şartları bilerek imzalayıp imzalamadıkları konusunun üzerine önem verilmesi gerekir. Bu anlamda bağlayıcılık denetimin önemi ortaya çıkmaktadır. Tarafların anlaşma ve anlaşmanın içerdiği genel işlem şartlarını onayladıkları ve bunlarla bağlayıcı oldukları ancak bu denetim sayesinde ortaya çıkmakta ve herhangi bir anlaşmazlık olduğunda anlaşmayı imzaladıkları andaki bilgi ve davranışları önem taşımaktadır.

## KAYNAKÇA

- **ATAMER, Yeşim;** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi İstanbul 1999
- **ATAMER, Yeşim;** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, Şubat 2001
- **ATAMER, Yeşim;** “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi” Hukuki Perspektifler Dergisi 4 Ağustos 2005
- **ATAMER, Yeşim;** “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar” Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan Ankara 2004
- **BAHTİYAR, Mehmet;** Genel İşlem Koşullarına karşı Tüketicinin Korunması Yargıtay Dergisi, Ocak Nisan 1996
- **BARLAS, Nami;** “ Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri” Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı 2. Tıpkı Baskı İstanbul 2001
- **ÇINAR, Ömer;** Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar İstanbul Ekim 2009 XII Levha Yayıncılık
- **EREN, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul 1998
- **HAVUTÇU, Ayşe;** “Genel İşlem şartlarının İçerik Denetimi – Bir Yargıtay kararı Hakkında Düşünceler” İzmir Barosu Dergisi Y:63 Ekim 1998
- **KAPLAN, İbrahim;** “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları“ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C: XVI, Aralık 1991 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını
- **ÖZ, Turgut;** Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 1, S. 1-2, Haziran 2002
- **ÖZEL, Çağlar;** Haksız İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği, BATİDER, S.2, Aralık 1999.
- **TEKİNALP, Ünal;** Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları Ernst Hirsch’e Armağan Ankara 1986
- **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler 7. baskı İstanbul 1993
- **ZEVKLİLER, Aydın;** Tüketicinin Korunması Hukuku Ankara 2004



## Kiralananın Sözleşmenin Sona Ermesinden Önce Geri Verilmesi

■ **Hasan PETEK\***

### GİRİŞ

Bir şey veya hakka ilişkin kullanma, yararlanma hakkının ivazlı olarak devri amacını güden kira sözleşmeleri, adi kira ve ürün (hasılat) kirası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 299. maddesinde “*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde, adi kiranın tanımı verilmiştir. Ürün kirası ise Türk Borçlar Kanununun 357. maddesinde tanımlanmış olup, “*Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir. -Ürüne katımlı kira, kira bedelinin devşirilecek ürünün belli bir oranı olarak kararlaştırıldığı ürün kirasıdır. Bu oran sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa, yerel âdete göre belirlenir.*” hükmünü içermektedir<sup>1</sup>.

Gerek adi kira, gerekse ürün kirasının esaslı unsurlarını, anlaşma; sözleşmenin konusu olan mal veya hak; sözleşmenin konusunun kullanılmasının devri (ürün kirasında, kural olarak, ayrıca kiracının işletme yükümlülüğü); önceden belirli olan veya sonradan fesih bildirimisiyle belirlenen bir süre sonunda şeyi geri verme borcu; kira bedeli olarak sıralamak mümkündür .

Bir kira sözleşmesinin kurulabilmesi, tarafların sözleşmede kira süresini belirlemiş olmalarına bağlı değildir. Kira sözleşmeleri belirli bir süre için yapılabileceği gibi, belirli olmayan bir zamanda için de yapılabilir. Türk Borçlar Kanununun 300. maddesinde bu husus, “Kira sözleşmesi, belirli ve belirli ol-

\* Doç. Dr. İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

1 Kira sözleşmesinin unsurları hakkında bkz. Tuğçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, s.439 vd.; Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2, 5. Bası, İstanbul 1992, s.11 vd.; Zevkliler, Aydın / Gökayla, K.Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010, s.176 vd.; Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s.182 vd.; Gümüş Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK.m.299-356), İstanbul 2011, s.26-27.



mayan bir süre için yapılabilir. -Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli sürelidir; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır.” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi, sözleşmede, kararlaştırılan sürenin dolmasıyla herhangi bir bildirimde bulunulmaksızın sona ereceği belirtilen kira sözleşmeleri belirli süreli olarak kabul edilmektedir. Bunun dışındaki (herhangi bir sürenin belirtilmediği) kira sözleşmeleri ise, belirli olmayan (belirsiz) sürelidir.

Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin süresi için herhangi bir süre (gün, ay, yıl) kararlaştırılabilir. Kiracının hayatı süresince geçerli olacak kira sözleşmesi de belirli sürelidir; herkes bir gün mutlaka öleceğinden, burada bir vade söz konusudur. Böyle bir sürenin kararlaştırıldığı hâllerde, sözleşme taraflarının ekonomik özgürlüğünün ahlâka aykırı bir şekilde sınırlandırılmış olduğu kabul edilmemektedir. Fakat bu tür uzun süreli bir sözleşmede şartların esaslı değişmesi sonucunda, clausa rebus sic stantibus esasına göre kira bedelinin artırılması veya sözleşmenin feshi istenebilir<sup>2</sup>. Kira sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu hususunda tereddüde düşülürse, belirsiz süreli kira sözleşmesi sayılır<sup>3</sup>.

Borçlar Kanunumuzun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerinde, belirli süreli kira sözleşmelerinin ya belirli sürenin dolmasıyla ya da haklı sebeple fesih (olağanüstü fesih) yoluyla sona erdirilebileceği düzenlenmiştir; belirsiz süreli kira sözleşmelerinin ise, fesih bildirimmi ya da haklı sebeple fesih (olağanüstü fesih) yoluyla sona erdirilebileceği hükme bağlanmıştır. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında, bildirim veya dava yoluyla da kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi mümkündür. Ürün kiralalarında ise, sürenin geçmesi, fesih bildirimmi ve olağanüstü fesih olmak üzere sona erme halleri düzenlenmiştir.

Çalışma konumuzun oluşturan Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde düzenlenen kiralananın sözleşmenin sona ermesinden önce kiraya verene iade edilmesi, yukarıda belirtilen sona erme hallerinden bağımsız, feshe benzer ayrı bir sona erme hali olarak kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

2 **Tandoğan**, s.96; **Yavuz**, s.188; **Gümüş**, s.33.

3 **Gümüş**, s.35.

4 **Weber, Roger**: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Oligationenrecht I Art.1-529 (Herausgeber: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), 3. Auflage, Basel 2003, Art.264, N.7.

## I. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde<sup>5</sup> “Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer. -Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür.”<sup>6</sup> hükmü yer almaktadır<sup>7</sup>.

- 5 6353 sayılı Kanunun (RG.12.7.2012, S.28351) 53. maddesine göre, “Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”
- 6 Hükümün gerekçesine göre “Maddenin birinci fıkrasında, kiracının, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri vermesi hâlinde, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için sorumlu tutulabileceği; hattâ, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bularak, kira sözleşmesinden doğan borçlarından kurtulabileceği kabul edilmiştir. Böylece, bir yandan, kendisine teslim edilmiş kiralananı kullanmayan ve ondan yararlanmayan kiracının sorumluluğunun devam edeceği öngörülmüş; diğer yandan, kiracıya, kiralananı geri vermek suretiyle, sözleşmeden doğan sorumluluğunu makul bir süre ile sınırlama olanağı sağlanmıştır. Bu düzenlemeyle, kiracının korunması gereği ilkesi terk edilmemekle birlikte, kiraya verenin menfaatleri de korunmuştur. Nitekim, Tasarının 113 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yapılan yollama uyarınca uygulanması gereken Tasarının 52 nci maddesinin birinci fıkrasında, zarar görenin zararın artmasında birlikte kusurunun bulunması hâlinde, hâkime tazminatı indirme yetkisi verildiği gibi, Yargıtayın yerleşmiş içtihadında da, kiraya verenin, bu durumda, bilirkışı mütalâası göz önünde tutularak belirlenecek olan, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için, kiracıdan tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 252 nci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, “Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür.” şeklinde, denkleştirme (mahsup) ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Maddenin düzenlenmesinde, konuya ilişkin öğretiyi ve uygulama ile kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin birinci fıkrası göz önünde tutulmuştur.”
- 7 Her tür kira sözleşmesinde uygulanma imkânına sahip olan ve kiracı lehine nisbi emredici nitelik taşıyan bu hüküm gereği, kiracının kiralananı erken terketmesi durumunda kiraya ve rene cezaî şart ödemesini (veya kalan süreye ilişkin kira bedelinin tümünü ödemesini) öngören sözleşme şartları hükümsüzdür (Gümüş, s.192, dn.549); BSK OR I-Weber, Art.264, N.2. Buna karşılık önceki Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde verilen bir Yargıtay kararında “Borçlar Kanunu’nun 98. maddesinin yollamasıyla, sözleşme ilişkilerinde de uygulanması gereken 44. maddede hükmü uyarınca, böyle bir durumda, kiralayan da, zararın artmasını önlemek için gereken tedbirleri almak; somut olaydaki görünümüyle, kiralananı aynı şartlarla yeniden kiraya vermek konusunda gereken gayreti göstermek zorundadır... taraflar, sözleşmede kiralayanın bu yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde kararlaştır-

Bu hükmün ilk bakışta, İsviçre Borçlar Kanununun 264. maddesini esas aldığı görülmektedir. Fakat madde metninin yazılması sırasında eski Borçlar Kanunu dönemindeki Yargıtay uygulamasının göz önünde bulundurulması sebebiyle, hükmün işlevsizleştirildiği, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan çok farklı bir hale getirildiği iddia edilmektedir<sup>8</sup>.

İsviçre Borçlar Kanununun 264. maddesine göre, “*Kiracı eşyayı fesih süresine veya fesih dönemine uymaksızın geri vermişse, kiraya verene karşı yükümlülüklerinden sadece, kiraya veren tarafından kabul edilebilir yeni bir kiracı önermişse kurtulabilir; yeni kiracı ödeme gücüne sahip ve kira sözleşmesini aynı şartlarda üzerine almaya hazır olmalıdır. -Diğer durumlarda kiracı, kira bedelini kira ilişkisinin sözleşme veya kanuna göre sona erdiği veya sona erdirilebileceği ana kadar yerine getirmelidir. -Kiraya veren, a) Tasarruf ettiği harcamaları, b) Eşyanın farklı kullanılmasıyla elde ettiği veya kasıtlı olarak elde etmekten kaçındığı kazancı, mahsup etmelidir.*”<sup>9</sup> Bu hükümde, kiracının, kira sözleşmesi devam ederken, herhangi bir sebep göstermeksizin kiralananı kiraya verene geri verebileceği düzenlenmiştir; bu durumda, kural olarak kiracı, kira bedelini kira ilişkisinin sözleşme veya kanun gereği sona erdiği (örneğin, belirli süreli kira sözleşmesinde belirlenen sürenin sonuna kadar) veya sona erdirilebileceği ana kadar ödemelidir<sup>10</sup>. Kiralanan kendisine teslim edilmişse, kiraya veren, kira bedelini kira ilişkisinin sözleşme veya kanuna göre sona erdiği veya sona erdirilebileceği ana kadar talep edebilir de, tazminatın genel olarak indirilmesine ilişkin hükümlerin kira hukukundaki bir uygulaması niteliğinde, tasarruf ettiği yan giderleri ve kiralananın farklı bir şekilde kullanılmasıyla elde ettiği veya kasıtlı olarak elde etmekten kaçındığı geliri mahsup etmelidir. Bununla birlikte, kiralananı kiraya verene geri veren kiracı, kiraya verene ödeme gücüne sahip ve kira sözleşmesini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulursa, kiraya verenin yeni kiracıyı kabul etmesiyle birlikte

*mada bulunabilirler: Haklı neden olmaksızın kiralananın erken tahliye edilmesi durumunda kiracının kalan süreye ait kira parasının tümünden sorumlu olacağına ilişkin hüküm sözleşmeye konulabilir ve böylece bir kararlaşırma, bir cezaî şart olarak hukuken geçerlidir. Ancak, böylece bir cezaî şartın, kiracının tacir olmadığı hallerde, B.K.nun 161/son maddesi hükmüne tabi bulunacağı ve dolayısıyla, hâkimin bu cezaî şartın fahiş olup olmadığı hususunu resen değerlendirmesi gerekeceği açıktır.” sonucuna varılmıştır. HGK., 19.2.2003, 13-99/87 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

8 **Gümüş**, s.191.

9 Bu hüküm, İsviçre Borçlar Kanununa 15.12.1989 tarihinde kabul edilen ve 1.7.1990 tarihin de yürürlüğe giren kanunla dahil edilmiştir. Söz konusu hüküm bütün kiralananlar bakımından uygulanma kabiliyetine sahipse de, özellikle konut kiralalarında büyük önem taşımaktadır; böylelikle, kişilerin ikamet özgürlükleri de korunmaktadır (**BSK OR I-Weber**, Art.264, N.1); **Zihlmann, Peter**: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 (Herausgeber: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), Basel 1992, Art.264, N.1.

10 Kira bedelini ödeme yükümlülüğü kiralananın gerçekten kullanılmasına bağlı olmadığı gibi, kiracı kullanım hakkından faydalanamasa veya faydalanmak istemese bile kira bedelini ödemelidir (**BSK OR I-Weber**, Art.264, N.1).

kira sözleşmesi yeni kiracıya sözleşmenin devri hükümlerine göre devrolunur ve böylece taraf değişikliği gerçekleşir<sup>11</sup>. Bu andan itibaren önceki kiracı kira sözleşmesinden doğan borçlarından kurtulur<sup>12</sup>.

Yukarıdaki kısa açıklamalardan sonra Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinin uygulanma şartları ve sonuçları aşağıda incelenmiştir.

## II. KİRACININ SÖZLEŞME SÜRESİNE VEYA FESİH DÖNEMİNE UYMAKSIZIN KİRALANANI GERİ VERMESİ

Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerinde (m.299-338), kira sözleşmesinin kiraya veren ve/veya kiracı tarafından kullanılabilir fesih veya fesih bildirim yoluyla sona erdirilebilmesi düzenlenmiştir. Bozucu yenilik doğuran fesih hakkının kullanılıp muhataba ulaşmasıyla, kira sözleşmesi derhal, ileriye etkili olarak kendiliğinden sona erer. Fesih bildiriminde ise, bildirimde bulunulmasından sonra kanunun öngördüğü bir sürenin sonunda kira sözleşmesi sona ermektedir. Bunlar yanında, borç ilişkisini sona erdiren diğer sebepler de (ikale sözleşmesi, umulmayan hale bağlı olarak kiralananın sözleşmede öngörülen şekilde kullanılma imkânının ortadan kalkması) kira sözleşmesini ortadan kaldırır<sup>13</sup>.

Kira sözleşmesi, tarafları arasında sürekli borç doğuran bir ilişki oluşturduğundan, diğer sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi sözleşmenin feshi olağan ve olağanüstü fesih yoluyla gerçekleşmektedir. Olağan fesihte, belirsiz süreli sürekli borç ilişkisi, haklı sebebin varlığı aranmaksızın yapılan fesih bildirim sonrası kanunda öngörülen belirli bir sürenin geçmesiyle sona ermektedir. Olağanüstü fesihte ise, belirli veya belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeplere dayalı olarak fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla derhal sona erme söz konusudur. Fakat Türk Borçlar Kanununun 331. maddesinde, olağanüstü fesih, fesih bildirim hakkının kullanılması olarak düzenlenmiştir: “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir.” Kanunun 333. maddesinde de aynı durum söz konusudur. Buna karşılık, 315. ve 316. maddelerinde fesih hakkının kullanılması düzenlenmiştir. Bu sebeple, kira hukukunda olağanüstü fesih, fesih bildiriminde bulunma veya fesih hakkı anlamlarına gelebilmektedir<sup>14</sup>.

Yukarıdaki genel açıklamalara göre, esas olarak, belirli süreli kira sözleşmeleri belirli sürenin dolmasıyla, belirsiz süreli kira sözleşmeleri ise kiracı

11 Burada mevcut sözleşmede bir taraf değişikliği mi yoksa yeni kiracı ile kiraya veren arasında yeni bir sözleşme ilişkisinin mi kurulmuş olduğu İsviçre Hukukunda tartışmalıdır (**Gümüş**, s.193, s.551; s.196, dn.569).

12 **BSK OR I-Weber**, Art.264, N.1; **OR-Zihlmann**, Art.264, N.1; **Gümüş**, s.192-193.

13 **Gümüş**, s.232.

14 **Gümüş**, s.233.

veya kiraya veren tarafından (kiracının ölümü üzerine kiracının mirasçıları veya kiraya veren tarafından) fesih bildirim yoluyla sona ermektedir. Olağüstü fesih hallerinin bulunmadığı<sup>15</sup> veya dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, belirli süreli kira sözleşmesinde kiracı ve kiraya veren<sup>16</sup> kira sözleşmesinin sonuna kadar, belirsiz süreli kira sözleşmesinde ise fesih bildirim yoluyla sözleşme sona erinceye kadar sözleşmedeki borçlarıyla bağlıdır.

Taraflar kira sözleşmesini belirli süreli yapmışlarsa, bu sürenin sonuna kadar sözleşmeyle bağlıdırlar. Eğer belirsiz süreli bir kira sözleşmesi yapılmışsa, taraflardan her biri, daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilir; fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınır (TBK.m.328/I). Sözleşmede veya kanda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmadığı takdirde, bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur (TBK.m.328/II). Fesih dönemleri ve fesih bildirim süreleri taşınmaz ve taşınır yapı kiralaları için Kanunun 329. maddesinde *“Taraflardan her biri, bir taşınmaza veya taşınır bir yapıya ilişkin kira sözleşmesini yerel âdetle belirlenen kira döneminin sonu için veya böyle bir âdetin bulunmaması durumunda, altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir.”*; taşınır kiralaları için ise 330. maddede *“Taraflardan her biri, bir taşınıra ilişkin kira sözleşmesini üç gün önceden yapılacak fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. -Kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini, üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildiriyle sona erdirebilir. Bu durumda kiraya verenin, zararının giderilmesini isteme hakkı yoktur.”* şeklinde düzenlenmiştir.

15 *“Kiralananın özel şartlar bölümünün 4. maddesinde ruhsat alma işlerinin kiracıya ait olduğu şartı mevcuttur. Kiracı bu şarta rağmen meskenin iş yerine çevrilmesi hususunda herhangi bir müracaatta bulunmamış ve özel şartı yerine getirmemiştir. B.K.nun 252. maddesi gereğince davalı kendi kusurundan dolayı kiralananı kullanamamışsa kiranın tamamını vermekle mükelleftir. Eğer aktin icrası tahammül edilmez bir hale gelmişse aktin feshini dava etmesi icap eder. Davalı, bu yola gitmediğine göre kira dönemi sonuna kadar kira bedelini ödemekle sorumludur.”* HGK., 27.5.1985, 1984/6-190, 1985/761 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

16 Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bir kararına konu olayda, kiracı dava konusu yeri bir yıllığına kiralamış, sözleşmede kira bedelinin yılsonunda ödeneceği kararlaştırılmış, dava konusu yerde kiracı restoran açarak yaz sezonunda işletmiş, kiraya veren Ekim ayı ortalarında kiracıyı arayarak işyerini boşaltmasını aksi halde kendisinin boşaltacağını beyan etmiş, kiracının bunu kabul etmemesi üzerine kendisinin şehir dışında olduğu bir sırada işyerindeki eşyalar kiraya veren tarafından alınmış ve anahtarları değiştirilerek kiralık levhası asılmış, kiraya veren tarafından kira bedelinin ödenmemesi halinde eşyaların iade edilmeyeceği kiracıya söylenmiştir. Kiracı, sözleşmeye aykırılık sebebiyle, eşyaların alınması yüzünden 57.000 TL ve işyerini çalıştıramadığı için de 20.000 TL zararının tazmini için dava açmıştır. Yar-

Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde, kiracının kira sözleşmesi sona ermeden kiralananı kiraya verene iade etmesi durumunda, bazı şartlarla artık kira sözleşmesinden doğan borçlarından kurtulacağı belirtilmiştir. Bunun için öncelikle, kiralananın kiraya verene geri verilmesi gerekir<sup>17</sup>.

Eski Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemdeki Yargıtay uygulamasına göre, kiralananı süresinden önce terkeden kiracı anahtarları tevdi mahalli tayin ettirip oraya tevdi etmez veya ihtarname gönderdiğinde anahtar notere tevdi ettiğini bildirmese, kiraya veren, kiralananı başka bir şekilde değerlendirme külfeti olmaksızın, kira döneminin sonuna kadar işleyecek kira bedelinin tamamını kiracısından talep edebilirdi<sup>18</sup>. Kira tutarı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesinde (HMK.m.200) öngörülen kanunî

gıtay kararında, kiracının işyerini geçici olarak kapatarak ayrılması sebebiyle kiraya verenin dava konusu yerdeki eşyaları kendisinin izni olmadan tahliye etmesi ve bu sebeple işyerini çalıştıramaması yüzünden oluşan zararının tazmininin talep edildiği belirtilerek, taraflar arasındaki kira sözleşmesinde kira bedelinin yılsonunda ödeneceğinin kararlaştırılmasına rağmen, kiraya verenin kira süresi sona ermeden ve kira bedelinin muacceliyet şartları oluşmadan işyerindeki eşyaları tahliye ettiği, kira bedelinin muacceliyet şartları oluşsa dahi bu durumun kiraya verene kiracıya ait eşyaları tahliye etme ve bir başka yerde muhafaza etme hakkını vermeyeceği, mahkemece kiracının eşyalarının kiraya verene teslim edilmediği ve kiracının işyerini çalıştıramadığı dikkate alınarak gerekli araştırma yapılarak sonucuna uygun karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur. 13.HD. 7.6.2010, 2009/13979, 2010/8059 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

- 17 Kiralanan geri verilmeyip, sadece kiracının kendisinden kaynaklanan (örneğin kiracının keyfi olarak veya daha iyi bir yer bulduğu için kiralananı kira süresi sona ermeden terketmesi, kira süresi içinde uzun bir zaman için yolculuğa çıkmak zorunda kalması, askere alınması, işinden çıkartıldığı veya başka bir yere tayin olduğu için oradan ayrılmasının gerekmesi, kusuru olmadan tutuklanması, işletme ruhsatının kaldırılması, yabancı olup ikamet izninin uzatılmaması gibi) bir sebeple kullanılması mümkün olmasa veya sınırlı olarak kullanılması mümkün olsa bile, kiracı kira bedelini ödemekle yükümlüdür; bu durumda kiraya verenin, yapmaktan kurtulduğu giderler kira bedelinden indirilir (TBK.m.324). Kiraya veren, kiralananı sözleşmede öngörülen kullanıma elverişli olarak bulundurduğu sürece, kiracı kendi kusurundan veya şahsında meydana gelen bir umulmayan halden veya mücbir sebepten dolayı kiralananı hiç kullanmasa veya sınırlı olarak kullansa bile, kira bedeli olarak kararlaştırılan karşı edimin tamamını ifa etmek zorundadır (**Becker, Herman:** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri (Çeviren: A.Suat Dura, Ankara 1993), s.263-264; **Tunçomağ,** s.534; **Tandoğan,** s.169; **Zevkililer/Gökyayla,** s.236; **Yavuz,** s.229; **Gümüüş,** s.188; **Gümüüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2008, s.379; **Yavuz, Nihat:** Türk Kira Hukuku, Cilt 3, Ankara 2003, s.3485). Burada kiralananın zilyetliği kiracıda kaldığından (kiralanan kiraya verene iade edilmediğinden), Borçlar Kanununun 325. maddesinden farklı bir çözüm söz konusudur.
- 18 Kiralanan yer Yargıtay kararlarında belirtildiği şekilde usulüne uygun olarak kiraya verene iade edilmemiş olsa bile, eğer boşaltılan bu taşınmaz yeni bir kiracıya kiralanmışsa, kiraya veren taşınmazın sadece boş kaldığı süre içerisindeki kira bedelini talep edebilir. Kiracının taşınmazı habersizce tahliye ettiği ve taşınmazın ancak 5 ay sonra kiraya verilebildiği, bu döneme ilişkin kira alacaklarının tahsili amacıyla icra takibi yapılan bir olayda Yargıtay, “Somut olayda, taşınmazın tahliye edildiği konusunda taraflar arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır. İhtilaf, taşınmazın davacı kiralayanın muvafakatı ile tahliye edilip edilmediği

sınırdan fazlaysa, bir hukukî işlem olarak teslimin, kiracı tarafından senet veya diğer kesin delillerle ispatlanması zorunludur<sup>19</sup>. Görüldüğü gibi, şimdye kadarki Yargıtay kararlarında, kiraya verene, dürüstlük kuralına uygun bir sürede kiralananı kiraya verme külfetinin yüklenebilmesi için gerekli olan kullanım hakkından vazgeçmenin, kiralananın anahtarının kiraya verene teslimi veya tevdi suretiyle gerçekleşmesi aranmaktaydı. Anahtar teslimi veya tevdi yapılmadıysa, kiraya veren, dürüstlük kuralına göre belirlenecek kiralananı değerlendirebileceği uygun süre için değil, bütün kira dönemi için kira bedeli talep edebilmekteydi<sup>20</sup>. Fakat anahtar teslimi veya tevdi söz konusu olmaksız-

noktasında toplanmaktadır... Davalı, kira akdinin süresi bitmeden taşınmazın tahliyesi konusunda davacı kiralayanın muvafakatının bulunduğunu ileri sürmekte, davacı ise bu hususu reddetmektedir. Yargılama sırasında dinlenen davalı tanığı apartman görevlisi de çelişkili beyanlarda bulunduğundan, ifadesine itibar edilmesi mümkün görülmemektedir... O halde olayda ispat yükü davalı kiracıya ait olup, davalının da yemin deliline dayandığının anlaşılması karşısında, mahkemece davalı tarafa yemin teklif etme hakkının bulunduğu (tahliye konusunda davacının muvafakatının bulunup bulunmadığına ilişkin) hatırlatılarak, varılacak sonuç dairesinde uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış gerekçeler ile davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” kararına varmıştır. 3.HD., 14.3.2006, 163/2414 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

19 “Davacı kiracı, sözleşmeye uygun olarak üç ay önceden davalı kiralayana feshi ihbarda bulunup mecuru tahliye ettiğini iddia etmiş, davalı ise mecurun ve anahtarının kendisine teslim edilmediğini, tahliyenin gerçekleşmediğini savunmuştur. Taraflar arasındaki ihtilaflın halli için tahliyenin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise hangi tarihte gerçekleştiğinin belirlenmesi gerekir. Taşınmaz tahliye ettiğini ve anahtarı hangi tarihte teslim ettiğini kiracı ispatla yükümlüdür... Gerçek ve usulüne uygun tahliyeden bahsedilebilmesi için kiracının tahliye edeceğini ihtarla bildirmiş olması yeterli değil, aynı zamanda taşınmazı boşaltıp anahtarını da kiralayana teslim etmesi gerekir. Hukukî bir teslimden bahsedilebilmesi için bu hususun yerine getirilmesi şarttır. Mahkemece bu konu üzerinde hiç durulmamış ve araştırma yapılmamıştır. Öncelikle davacıdan tahliye ile ilgili delilleri sorulmalı, varsa davalıdan karşı delilleri istenmeli, tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.” 13.HD., 5.5.2005, 3099/7638 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Dosyada yer alan belge ve davacının anlatımlarından anahtarın davalıya teslim edildiği anlaşılamamaktadır. Davacı, davalıya bu konuda keşide ettiği ihtarnamede mobil telefon numarasını vererek kendisinin aranıp anahtarın gösterilecek yere getirileceğini bildirmiştir. Davalının davacıyı aramak ve anahtarları teslim etmesi için yer göstermesi zorunluluğu yoktur. Davacı, anahtarları tevdi mahalli tayin ettirip oraya veya ihtarname keşide ettiği zaman notere tevdi ettiğini bildirmek suretiyle yükümlülüğünden kurtulabilir. Böyle bir teslim keyfiyeti bulunmadığından davacının kiralardan sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Anahtar teslimi hukukî ilişki olup tanıkla ispat edilemez. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek anahtarı hangi tarihte teslim ettiğine ilişkin davacıdan yemin dâhil olmak üzere tüm yasal delilleri sorulup hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken değinilen bu yönler gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” 13.HD., 22.5.2002, 4969/5996 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. 3.HD., 14.3.2006, 163/2414 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 13.HD., 23.9.2004, 3374/12599 (Ruhi, Ahmet Cemal: Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku, I. Cilt, Ankara 2011, s.611-613).

20 **Gümüş**, s.197. Uzun süredir istikrarlı bir biçimde gerçekleşen bu uygulamayı, Yargıtay'ın yeni Borçlar Kanununun 325. maddesi bakımından da sürdürmesi beklenmektedir.

zın, kiracının taşınmazı terk etmesi (kiracının kiralananı kullanma hakkından açıkça veya zımnın feragat etmesi) ve kiraya verene durumu bildirmesi ya da kiraya verenin durumu bir şekilde öğrenmesi hâlinde de, kanaatimizce dürüstlük kuralı gereği artık kiraya verenin kiralanda tasarrufta bulunma hakkının doğduğu ve bu andan itibaren makul sürenin başlayacağı kabul edilmelidir.

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde, kiracının “*kiralananı geri vermesi*”nden söz ediliyor olsa da, kanaatimizce henüz teslim alınmayan kiralanan için de bu maddenin uygulanabilmesi gerekir. Teslim almaktan kaçınma, kiralananın geri verilmesi hükmünde değerlendirilmelidir<sup>21</sup>.

Kiralananın tamamen geri verilmesi gerekir<sup>22</sup>; örneğin eklenti niteliğinde kömürlüğü bulunan bir konutun kömürlüğünü teslim etmeden sadece evi boşaltmak ve iade etmek, Borçlar Kanununun 325. maddesinin uygulanabilmesi için yeterli değildir.

Kiracının kiralananı kullanmadığı için geri vermesi, şahsıyla ilgili olmayan ve herkes için mevcut objektif bir sebep yüzünden gerçekleşmişse (örneğin binada çıkan bir bulaşıcı hastalık sebebiyle içeriye giremiyorsa), kiracı kusursuz sonraki imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulur (TBK.m.136)<sup>23</sup>. İmkânsızlık derecesinde olmasa bile, kiracının kiralananı kullanamaması sonucunu doğuran engel onun kusuru dışında meydana gelmiş ve sözleşmenin devamını çekilmez hale getirmişse, kiracının önemli sebepler yüzünden kira sözleşmesini olağanüstü fesih yoluyla -yasal bildirim sürelerine uyarak-

21 Kiracı sözleşme kurulduktan sonra kiralananın kullanımını almaktan kaçınmışsa, bir görüşe göre, kiracının satım sözleşmesindeki alıcı gibi bir kabul borcu olmadığından, kiraya veren Borçlar Kanununun alacaklının temerrüdüne ilişkin 110. maddesine göre sözleşmeden dönebilir; bu görüş, kira sözleşmesinde kiralananın 107. maddeye göre tevdiinin mümkün olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Kanaatimizce de isabetli olan diğer görüş ise, Borçlar Kanununun 325. maddesinin, taşınır kiralalarında 107. maddeye göre kiralananın tevdiinden, üzerinde yapı bulunan taşınmaz kiralalarında ise anahtarının tevdiinden itibaren uygulanabileceğini; tevdiiden sonra kiraya verenin, kiracının kiralananı kullanmak için teslim almayacağına açıkça anlaşıldığı tarihe kadar kira bedelini talep edebileceğini; kiracının kiralananı kullanmak için teslim almayacağına açıkça anlaşıldığı tarihten itibaren dürüstlük kuralına göre belirlenecek uygun bir süre içerisinde kiralananı değerlendirmeyen (örneğin, başkasına kiraya vermeyen) kiraya verenin, kiracının kiralananı kullanmak üzere teslim almayacağına anlaşıldığı tarihe kadar işleyen ve sonraki uygun süreye ilişkin kira bedeli dışında kiracıdan ödeme talep edemeyeceğini; yapıya ilişkin olmayan taşınmaz kiralalarında ise, kiracının kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralananın kullanımını almaktan kaçındığı hallerde, alacaklı temerrüdüne ilişkin 110. maddeye göre kiraya verenin kira sözleşmesini, sözleşmenin sürekli borç doğuran bir ilişki oluşturması sebebiyle, ileriye etkili olarak feshedebileceğini savunmaktadır (**Gümüş, Özel**, s.379-380). Kiracının kiralananın kullanımını almaktan kaçınması sözleşmeyi feshettiği anlamına gelmekteyse, yukarıdaki değerlendirmelere gerek kalmaksızın kiraya verenin de sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulduğu, fakat sözleşmeyi haksız şekilde fesheden kiracıdan tazminat olarak makul bir süre için kira bedeli talep edebileceği sonucuna varılmalıdır.

22 **BSK OR I-Weber**, Art.264, N.3.

23 **Becker**, s.263; **Tunçomağ**, s.533-534; **Tandoğan**, s.170; **Zevkliler/Gökyayla**, s.237; **Yavuz**, s.229; **Yavuz, Nihat**, s.3486.



sona erdirebilmesi mümkündür<sup>24</sup>; fakat bu durumda hâkim, durum ve koşulları göz önünde bulundurarak kiracının kiraya verene tazminat ödeyip ödemeye

24 “Dava, haklı bir neden bulunmadığı halde, kiralananın kiracı tarafından kira süresi bitmeden tek taraflı olarak tahliye edildiği iddiasına dayalı alacak ve tazminat istemine ilişkin... Borçlar Kanunu'nun 252/1. maddesi hükmüne göre, kiralayan kiralananı sözleşmeye uygun şekilde kullanıma hazır halde bulundurduğu, eş söyleyişle kusurlu bir davranışıyla kullanımı engellemediği sürece, kiracı kendisinden kaynaklanan zorlayıcı bir nedenle kiralananı kullanmaması veya sınırlı şekilde kullansa bile, kira parasının tamamını ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık, taraflar arasındaki ilişki çerçevesinde, kiralayanın kusuru sonucunda ortaya çıkan ve kiracı yönünden tahliye için haklı neden oluşturan bir olgu yüzünden erken tahliye gerçekleşmişse, kiracının açıklanan yönde bir sorumluluğu doğmayacaktır. Somut olay yönünden bu hükmün ortaya koyacağı sonuç, eğer, davacı kiralayanın, kiralananın sözleşmedeki amaçla kullanılmasını engelleyen herhangi bir kusuru yok ise, onu kullanmayan davalı kiracının, sözleşmenin biteceği tarihe kadar işleyecek kira paralarından kiralayana karşı sorumlu olacağıdır... Davalı vekili, cevap dilekçesinde, davacı kiralayanın davalıya telefonda hakarete bulunduğu ve fahiş kira bedeli istemek suretiyle onu rahatsız ettiğini, kiralananın bu nedenle süre bitiminden önce tahliye edildiğini, bu olguların, tahliye yönünden haklı neden oluşturduğunu savunmuştur. Gerçekten de, kira sözleşmesindeki artış kuralına ve bu kural doğrultusunda bilirkişice yapılan hesaplama sonucuna göre, 1.4.1999-1.4.2000 tarihleri arasındaki bir yıllık dönemde, yıllık kira parasının 258.084.310 TL. olması gerektiği halde, davalı tarafından davacının banka hesabına anılan dönemin kira bedeli olduğu açıklanmak suretiyle 450.000.000 TL. yatırıldığı, buna ilişkin, davacının da itirazına uğramayan banka dekontundan anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, davacı kiralayanın, bu dönemde sözleşmeye aykırı şekilde davalı kiracıdan fazla kira parası almış olduğu sabittir. Ne var ki, bu durum, kiracı yönünden erken tahliye için haklı bir neden oluşturamaz. Kira sözleşmesinde, birinci yılın kira bedeli gösterilmiş, sonraki yıllarda bu miktara hangi artış oranının uygulanacağı da yine açıkça belirtilmiştir. Böylece, kira sözleşmesinde, kiracının her bir yılda ödeyeceği kira bedelinin her iki tarafça da kolaylıkla belirlenmesi olanaklı hale getirilmiştir. O halde, kiracı, bu davada fahiş kira artırımını savunmasına dayanak gösterdiği 1.4.1999-1.4.2000 döneminde, sözleşmeye göre ödenmesi gereken kira bedelinin hangi miktarda olduğunu bilmektir... Somut olayda olduğu gibi, birden çok yılı kapsayan bir kira sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, eğer her bir yılın kira bedeli açıkça gösterilmiş veya miktarının açıkça belirlenmesini sağlayacak artış kuralı getirilmiş ise, her iki taraf, sözleşmeye bağlılık kuralı çerçevesinde bu kurala uymak zorundadır. Bu zorunluluk, kiracı kadar, kiralayan için de söz konusudur. Eş söyleyişle, kiralayan, sözleşme kapsamındaki yılların kira bedellerini, sözleşmeye aykırı miktarlar üzerinden talep edemez; böyle bir talebi hukuken himaye görmez. Dolayısıyla, kiracı, sözleşmeye uygun miktarda kira bedeli ödemekle, buna ilişkin borcundan kurtulur. Kiralayanın, ödenenden daha fazlasını istemek konusunda kullanabileceği hiçbir yasal kurum ve yol yoktur: Kira süresi bitmeden kira tespiti davası açamayacağı gibi, sözleşmedeki artış kuralına göre doğru şekilde hesaplanıp ödenmiş bir kira parasından daha fazlasını da hiç bir şekilde talep edemez. Kiralayanın böyle bir taleple girişeceği icra takibi veya açacağı davanın hukuken sonuçsuz kalacağı açıktır. Yani, kiralayan, kendisine sözleşmedekinden daha fazla miktarda kira parası ödenmesi konusunda kiracısını hiçbir hukukî müesseseye dayanarak zorlayamaz. O halde, kendisinden sözleşmeye aykırı olarak fazla kira parası istenen kiracının bu isteği karşılamasını gerektiren hiçbir nedenin varlığından söz edilemez. Buna rağmen kiracı, kiralayanın fahiş talebini karşılayarak olması gerekenden fazla miktarda kira parası yatırmış ise, kendisini hukuken buna zorlayan herhangi bir nedeni ileri süremez. Bu tür durumlarda, olsa olsa, o dönemin kira parasının sözleşmedekinden daha fazla miktarda ödenmesi yönünden taraflar arasında sonradan gerçekleşmiş zımni bir anlaşmanın varlığından söz edilebilir. Somut olay bu hukuksal çerçevede değerlendirildiğinde:

çeğine ve miktarına karar verir (TBK.m.331, 369)<sup>25</sup>. Önemli bir sebep bulunsa bile yasal bildirim sürelerine uymadan sözleşme feshedilmiş ve kiralanan iade edilmişse, Borçlar Kanununun 325. maddesi uygulanır. Benzer şekilde, kiraya verenin, kiralananın sözleşmedeki amaçla kullanılmasını engelleyen herhangi bir kusuru olmasa ve kiracı da önemli bir sebep olmadığı için olağanüstü fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olmadığından kiralananı kiraya verene iade etse, yine Türk Borçlar Kanununun 325. maddesi uygulanmalı, böylece kiracı sözleşmenin sona ereceği veya taşınmazın yeniden kiralanabileceği tarihe kadar işleyecek kira paralarından kiraya verene karşı sorumlu olmalıdır<sup>26</sup>.

### III. KİRACININ KİRA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARININ MAKUL BİR SÜRE DEVAM ETMESİ

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinin birinci fıkrasında (İsviçre Borçlar Kanununun 264. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak), kiracının kiralananı kiraya verene geri verdiğiğinde, sözleşmenin sona ermesine veya sona erdirilebileceği ana kadar sözleşmeyle bağlı olması değil, kiraya verenin kiralananı benzer şartlarla kiraya verebileceği makul bir süre için bağlı olması düzenlenmiştir. Taşınmazın yeniden kiraya verildiği veya sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar değil de, makul bir süre için kiracının kira bedelini ödeme

---

*Davalı kiracı, hukuken zorunlu olmadığı halde, anılan dönemde davacı kiralayanın fahiş kira istemini kendi iradesiyle yerine getirip, banka hesabına sözleşmede öngörülenden daha fazla miktarda kira parası yatırmıştır. O halde, bu olguya, kiralayanın kusurunu ortaya koyan bir sebep olarak dayanamaz; eş söyleyişle bunu, süre bitiminden önce gerçekleşen tek taraflı tahliyenin haklı sebebi olarak gösteremez. Her ne kadar, bozma ilamında, davalı kiracının, kendisinden sözleşmeye aykırı olarak fahiş kira parası istenilmek suretiyle rahatsız edildiğine dair savunmasını kanıtlayamadığı yolunda bir ifade yer almış ve bu ifadeyle, sanki, davalının bu savunmasının kanıtlanmış olması halinde, erken tahliyenin haklı nedene dayandığının kabulü gerekeceği şeklinde bir intiba uyandırılmış ise de, bunun bir ifade yanlışlığından kaynaklandığı açıkça anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan yasal duruma göre, böyle bir iddianın kanıtlanması halinde dahi, haklı nedenden söz edilmesine hukuken olanak yoktur. Davalı vekili, cevap dilekçesinde, tahliyenin haklılığını ortaya koyan başka bir olgu olarak, davacı kiralayanın davalıya telefonla hakaret etmesini göstermiş ise de, bu iddia yönünden sunulmuş bir delil yoktur. Hal böyle olunca, somut olayda, kira süresi bitmeden ve onay da alınmadan kiralananın tahliye edilmesinin herhangi bir haklı nedene dayalı olmadığını; dolayısıyla, yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde davacı kiralayanın, tahliyeden sonraki döneme ilişkin kira bedellerini, kiralananın aynı koşullarla yeniden kiralanabilmesi için gereken ve miktarı bilirkışı aracılığıyla belirlenecek olan makul süreyle sınırlı olmak kaydıyla talep edebileceğinin kabulü gerekir.” HGK., 19.2.2003, 13-99/87 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

- 25 **Becker**, s.264; **Tunçomağ**, s.536; **Zevkliler/Gökyayla**, s.236-237; **Yavuz**, Nihat, s.3486.  
 26 “BK.nun 252/1. maddesine göre, kiralayanın kusuru söz konusu olmaksızın; kiracının kiralananı kullanmaması durumunda kiracının kiradan sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Anılan yasa gereğince ve kural olarak kiralananın aynı şartlarla yeniden kiraya verildiği tarihe kadar boş kaldığı dönem kirasını kiracı davalı ödemekle yükümlüdür.” 13.HD., 9.5.1990, 1989/8188, 1990/3403 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

borcunun<sup>27</sup> devam ettiğinin kabul edilmesi, kiraya verenin kiracının durumunu ağırlaştırarak davranışlar içerisine girmesini önlemek içindir<sup>28</sup>.

Kiracının makul bir süre için kira bedelini ödeme borcunun devam etmesi, kiraya verenin bu sürenin sonuna kadar uğrayacağı zararları telafi etmek içindir. Burada, kanunkoyucu tarafından öngörülmüş ve miktarı “makul bir süre” kriteriyle her somut olayın özelliklerine göre belirlenecek götürü bir tazminat söz edilmesi uygundur. Kiraya veren makul sürede kiralananı yeni bir kiracı bulamasa bile, önceki kiracıdan makul süre işleyecek kira bedelleri dışında başka bir talepte bulunamaz; makul süre içerisinde kiraya veren yeni bir kiracı bulmuşsa, ancak o ana kadarki kira bedellerini talep edebilir<sup>29</sup>. Davaların uzun sürmesi sebebiyle gerçekleşmesi mümkün gözükmemekle birlikte, teorik olarak, örneğin mahkeme taşınmazın 6 aylık makul sürede yeniden kiraya verilebileceğine hükmetmiş ve bu sürede işleyecek kira bedelleri kiracı tarafından kiraya verene ödenmişse, fakat kiraya veren 4 ayın sonunda kiralananı yeni bir kiracıya kiralama imkânına kavuşmuşsa, önceki kiracının fazladan ödediği 2 aylık kira bedelinin iadesi yönünde kiraya verene dava açması mümkündür; kiraya verenin uğradığı kabul edilen zararının azami sınırını makul süre bellediğine göre, bu sürede işleyecek kira bedelleriyle belirlenen miktardan daha az zarar gördüğü anlaşılan kiraya verenin sadece bu miktardaki zararı tazmin edilmelidir. Kanunun 325. maddesinde öngörülen götürü tazminattan, kiraya verenin yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararların indirilmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi, kanunkoyucu, taraflar arasında devam etmesi gereken sözleşmenin, makul bir sürenin sonuna kadar işlevini sürdüreceği varsayımına dayanmıştır.

- 
- 27 Kiralananın erken tahliyesi durumunda genellikle kiracının kira bedeli ödeme borcunun devam ettiği kabul edilmekle birlikte, taraflar arasındaki kira sözleşmesi makul sürenin sonuna kadar devam ettiğinden, kira bedeli dışındaki borçlardan da kiracının makul süreyle sorumlu olacağı sonucuna varılmalıdır. “...mahkemece kiralananın aynı bedel ve şartlarla ne kadar süre içerisinde yeniden kiraya verilebileceği bilirkişi marifetiyle saptanıp, belirlenen süre ile sınırlı olarak davalının ödemesi gereken apartman aidat giderine hükmedilmiştir.” 3.HD., 27.11.2006, 15093/16158 (Ruhî, s.610-611).
- 28 “Taraflar arasındaki sözleşmeye göre ruhsat alma işlerinin yapımı davalı olan kiracıya aittir. Davalı sözleşme ile öngörülen yükümlünü yerine getirmedeğinden kiralanan kapatılmıştır. Bu durumda davalı kendi davranışıyla yol açtığından dönem sonuna kadar olan kira paralarını ödemekle ne kadar sürede yeniden kiralabileceği bilirkişi marifetiyle tesbit ettirilmeli, belirlenen tarihten sonraki dönem için kira paralarına ilişkin dava sonuna kadar kira paralarını davalıdan alabileceği düşüncesiyle üçüncü kişilere kiralaması davalının durumunu ağırlaştırma sonucunu doğurur.” HGK., 27.5.1985, 1984/6-190, 1985/761 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).
- 29 “Davacının taşınmazı 23.3.2007 tarihinde yeniden kiraya verdiği anlaşıldığına göre, mahkemece; 23.3.2007 tarihini geçmemek kaydıyla davalının sorumlu olduğu kira parasının araştırılarak belirlenecek miktara hükmetmek gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” 3.HD., 16.12.2008, 18503/2150 (Ruhî, s.608-609).

Makul sürenin sonunda kira sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğinden<sup>30</sup>, burada fesih bildirimini benzeri bir sona ermeden söz edilebilir. Bu sebeple, bu fıkra da, bağımsız bir sona erme halinin düzenlendiği kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

Yargıtay kararlarında, kiracının haksız<sup>32</sup> bir şekilde sözleşmeyi feshederek kiralananı kiraya verene iade etmesi ile sözleşmeyi feshetmeden kiralananı kiraya verene iade etmesi arasında bir fark görülmektedir; her iki durumda da, kiraya verenin kiralananı benzer şartlarla kiraya verebileceği makul süre sonuna kadar kiracının kira bedellerinden sorumluluğuna hükmedilmektedir<sup>33</sup>.

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesindeki "... kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre..." kriteri, her taşınmaz için ayrı ayrı tespit edilmelidir<sup>34</sup>; örneğin aynı apartmandaki karşılıklı iki daireden birisi

- 
- 30 Doktrinde, makul sürenin sonunda kira ilişkisinin mi sona erdiği, yoksa kira ilişkisi devam etmesine rağmen kiracının borçlarının mı sona erdiği tartışmalıdır. Burada, kira sözleşmesinin, kiralananın iadesi davranışıyla sona erdirildiğinin, fakat bu davranışın etkisini doğurduğu anın benzer şartlarda kiraya verebilmek için gerekli makul sürenin bitimi olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir. Kira ilişkisinin devam ettiği yönündeki yorumun kabul edilmesi, kiraya verenin borçlarının ve kiracının sonunun ne olacağı gibi sorunlar yaratacaktır. Karşılıklı borç yükleyen kira sözleşmesinde tarafların edimleri birbirlerinin karşılığını oluşturduğundan, makul sürenin sona ermesiyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi şeklindeki çözümün en makul çözüm olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, makul sürenin dolmasına kadar kiracının ve kiraya verenin asli ve yan borçları devam ettiği gibi, hakları da esasen devam etmektedir (**Yavuz**, s.229-230).
- 31 **BSK OR I-Weber**, Art.264, N.7; **Gümüş**, s.193.
- 32 Kira sözleşmesinin önemli sebeplerle haklı bir şekilde feshedilerek kiralananın kiraya verene iade edilmesi durumunda ise, hâkimin, durum ve şartları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildirimimin parasal sonuçları hakkında karar vermesi mümkündür (TBK.m.331/II). Burada hâkim, makul süre kavramıyla bağlı değildir.
- 33 "Kiracının kira süresi sona ermeden kira sözleşmesini tek taraflı olarak feshederek kiralananı tahliye etmesi durumunda, kural olarak kira süresinin sonuna kadar kira parasından sorumludur. Bununla birlikte davacı kiralayanın bu yerin yeniden kiralınması konusunda gayret göstermesi, böylece zararın artmasını önlemesi için kendisine düşen ödevi yapması gerekir. Aksi halde hâkim tarafından tenkise tabi tutulur. Bu durumda davacının zararı tahliye tarihinden kiralananın aynı koşullarda yeniden kiraya verilebileceği tarihe kadar boş kaldığı süreye ilişkin kira parasından ibarettir." (6.HD., 11.10.2010, 1590/10580, **Ruhi**, s.604-605); Ayrıca bkz. 6.HD., 22.4.2010, 2009/11050, 2010/4816 (**Ruhi**, s.606-607); 6.HD., 2.2.2010, 2009/12362, 2010/827 (**Ruhi**, s.607-608); 13.HD., 23.9.2004, 3374/12599 (**Ruhi**, s.611-613); 13.HD., 30.9.1999, 6128/6515 (**Karahasan, Mustafa Reşit**: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3.Cilt, İstanbul 2004, s.1429-1430); 13.HD., 12.5.1994, 3794/4771 (**Karahasan**, s.1432). Bu kararlarda, sözleşmenin sona ermesinden önce kiralananın geri verilmesi ile sözleşmenin haksız şekilde feshedilerek geri verilmesi arasında bir fark olmaksızın, kiralananın yeniden kiraya verilebileceği makul bir süre kadar kiracının kira bedeli ödeme borcunun devam edeceği hükme bağlanmıştır.
- 34 Makul süreyi hâkim takdir eder. Kiralananın özellikleri ve kiralananın bulunduğu yerin durumu gibi etkenler, makul sürenin belirlenmesinde rol oynamaktadır (**Yavuz**, s.229). "Mahkemece, mahallinde keşif yapıp, uzman bilirkişi raporu aracılığıyla, kiralananın cinsi, özellikleri, konumu, bu nitelikte bir taşınmaza o bölgede duyulan ihtiyacın derecesi ve somut olaya özgü başka diğer özellikler çerçevesinde, kiralayanın gereken çabayı gösterme-

konumu veya büyüklüğü bakımından daha kısa sürede kiraya verilebilirken, diğeri daha uzun sürede kiraya verilebilir. Teknik ve hâkimin bilemeyeceği bir konu olduğundan, hâkimin bu konuda bilirkişi görüşüne başvurması zorunlu olmakla birlikte, kararını verirken bilirkişi görüşüyle bağlı değildir. Piyasa şartları gereği aynı kiralananın, farklı zamanlarda (hatta çok kısa zaman aralıklarıyla) kiraya verilebileceği makul süre değişken olabilir; örneğin yeni açılacak bir alışveriş merkezindeki işyerine, bu alışveriş merkezinin çok popüler olacağı düşüncesiyle başlangıçta çok kısa sürede yeni kiracı bulunabilecek olmasına rağmen, açıldıktan ve beklenenin gerçekleşmediği görüldükten sonra yeni kiracı bulmak çok uzun zaman alabilir.

Makul sürenin belirlenmesinde, kiracının kiralananı iade ettiği tarihteki piyasa şartları dikkate alınmalıdır. Bu tarih itibariyle yeni kiracı bulmak mümkün olmuyorsa, kiracının belirli süreli sözleşmelerde azami olarak kendi sözleşmesinin sonuna kadar; belirsiz süreli sözleşmelerde ise, daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmışsa, yasal fesih döneminin sonuna kadar kira bedelini ödemesi gerekir. Başka bir ifadeyle, makul süre daha uzun olmasına (örneğin 5 ay olmasına) rağmen, eğer belirli süreli sözleşmede sözleşmenin kalan süresi 5 aydan kısaysa veya belirsiz süreli sözleşmede kural olarak Borçlar Kanununun 329. maddesindeki fesih bildirim süresi olan 3 aylık kira bedeli ödeneceğinden, makul süredekinden daha az kira bedelinin ödenmesi söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, belirsiz süreli sözleşmelerde kanunda belirtilenden daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmaması durumunda bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olacağından, makul süre kadar kira bedelinin ödenmesi de mümkün olabilecektir; hatta yerel adet varsa, yerel adette belirlenen kira döneminin sonu için sözleşme feshedilebileceğinden, makul sürenin daha uzun olmaması şartıyla bu dönemin sonuna kadar kira bedeli ödenmesi de mümkündür.

Kiracının iade ettiği kiralanan için daha düşük bir kira bedeli talep edilirse, kiralanan kısa sürede yeniden kiraya verilebilir; fakat Kanun 325. maddede, kiralananın “benzer koşullarla kiraya verilebileceği” makul bir süreden söz etmektedir. Eğer kiralanan, örneğin eczane olarak kullanılmak ve aylık 1.000 TL kira bedeli ödenmek üzere kiralandıysa, kiracının kiralananı iade etmesin-

---

*si halinde kiralananı aynı koşullarla yeniden hangi süre içerisinde kiraya verebileceği, eş söyleyişle, aynı koşullarla yeniden kiralama için gereken makul sürenin ne olduğu, Yargıtay'ın denetimine elverişli bir raporla saptanmalıdır.”* 6.HD., 22.4.2010, 2009/11050, 2010/4816 (Ruhî, s.606-607). Eğer kiralananın yeniden kiraya verilebilmesi için tamirat ve tadilat gerekiyorsa, makul sürenin hesaplanmasında bunlar da göz önünde bulundurulmalıdır. 13.HD., 4.7.1994, 4802/6656 (Karahasan, s.1431); 13.HD., 15.11.1984, 6309/7229 (Yavuz, Nihat, s.3487-3488).

den sonra hemen 700 TL bedelle depo olarak kullanılmak üzere kiralanmak istendiğinde, kiraya verenin bu teklifi kabul zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>35</sup>. Kiralananda yürütülecek faaliyet, onun değerini de belirler; uzun süre depo olarak kiralanana bir taşınmazda, daha sonra bazı faaliyetleri yürütmek (önceki faaliyet sebebiyle) mümkün olmayabilir. Hatta örneğimizdeki taşınmaz aylık 1.200 TL'ye depo olarak kiralanmak istense bile, kanaatimizce kiraya verenin bu teklifi de kabul zorunluluğu bulunmamaktadır; çünkü böyle bir teklifi kabul etmesi, taşınmazının gelecekteki kira değerini olumsuz yönde etkileyebilecektir. Bu yüzden, 325. maddedeki “benzer koşullarla kiraya verilebileceği” ifadesinin hâkim tarafından titizlikle değerlendirilmesi gerekir.

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde kiracının, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralanana geri vermesi durumunda “kira sözleşmesinden doğan borçları”nın, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam edeceği düzenlenmiştir. Bu sebeple makul süre içerisinde, kiracının sözleşmeden doğan alacaklarının (talep haklarının) artık sona erdiği, bunların kiraya verenden talep edilemeyeceği sonucuna varılmalıdır. Buna göre, kiralananın sözleşmede öngörülen kullanma amacına elverişli şekilde ve kullanımı sağlamaya uygun zilyetliğin devri yoluyla kendisine teslim edilmesini isteme hakkı, kiralananın sözleşmede öngörülen kullanma amacına elverişli halde bulundurulmasını isteme hakkı ile ayıba ve zapta karşı tekeffülden kaynaklanan talepler artık ileri sürülemez.

#### IV. KİRACININ YENİ BİR KİRACI BULMASIYLA KİRA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARININ SONA ERMESİ

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinin birinci fıkrasında (kiracının makul sürenin sona ermesiyle kira sözleşmesiyle bağlı olmaktan kendiliğinden kurtulması imkânı dışında), kiracıya bir başka imkân<sup>36</sup> daha tanınmıştır: Kiracı, makul sürenin dolmasından önce kiraya verene, onun tarafından kabul edilmesi beklenebilir, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni

35 “Çevredeki taşınmazların kira paraları daha düşük olsa da yukarıda açıklandığı üzere makul süre kirası saptanırken taşınmazın taraflar arasındaki sözleşmedeki aynı koşullar ve kira bedeli ile yeniden ne kadar sürede kiraya verilebileceğinin araştırılması gerekir. Taşınmazın daha düşük bedelle daha kısa sürede kiraya verilmesi doğal olmakla birlikte bu durum sözleşmeye uygun olmayıp süresinden önce tahliye sebebiyle davacı kiralayanların uğramış oldukları zararı karşılamaktan uzaktır.” 6.HD., 2.2.2010, 2009/12362, 2010/827 (Ruhi, s.607-608).

Kiraya veren, kiracının tahliye ettiği taşınmazı daha düşük kira bedeliyle aynı gün kiraya vermişse, kiralananın benzer şartlarda kiraya verilebileceği makul süre içerisinde iki kira bedel arasındaki farkı talep edebilir. 13.HD., 30.9.1999, 6128/6515 (Karahasan, s.1429-1430); kiralanana aynı gün yeniden kiraya verilmişse ve kira farkı yoksa, kiraya verenin zararı olmadığından herhangi bir talepte bulunabilmesi mümkün değildir. 13.HD., 20.5.1981, 3110/3812 (Karahasan, s.1434-1435).

36 Burada kiracı için getirilmiş ne bir borç, ne de bir külfet söz konusu olduğundan, “imkân” ifadesinin tercih edilmesi gerekir (Yavuz, s.230).

bir kiracı bulursa, kira sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yine sona erer<sup>37</sup>.

### A) YENİ KİRACININ KİRAYA VEREN TARAFINDAN KABUL EDİLMESİNİN BEKLENEBİLECEK OLMASI

Kiracının, kiraya verenin kabul etmesinin beklenebileceği yeni bir kiracı bulmak suretiyle, makul sürenin sonuna kadar kira bedeli ödemekten kurtulabilmesi mümkündür. Kiracının kiraya verene bir tane ikame kiracı bulması yeterlidir; birkaç tane bulması ve bunlar arasından kiraya verenin seçmesi gerekmemektedir<sup>38</sup>.

Eğer bulunan yeni kiracı kiraya verenle husumeti bulunan bir kişiye, kiraya verenin onu kabul etmesi beklenemez; benzer şekilde, yeni kiracının kiralanana kullanma amacı da kiraya verenin kabulünde önem taşıyabilir. Örneğin yıllardır eczane şeklinde kullanılan bir taşınmazın yeni kiracı tarafından fırın olarak kullanılmak istenmesi, gerek taşınmazın değerini etkilemesi gerekse binadaki diğer kiracı ve ev sahiplerini rahatsız etmesi sebebiyle kiraya veren tarafından kabul edilmeyebilir. Şüphesiz, yeni kiracının, kiralananı önceki kiracıyla aynı amaçlı kullanması şart değildir. Fakat 325. maddede “kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı”dan söz edildiğinden, kiraya verenin, kiralananı önceki kiracıyla aynı amaçla kullanmayacak yeni kiracıyı kabul zorunluluğu bulunmamaktadır.

Kiraya verenin yeni kiracıyı değerlendirmedeki aşırı hassasiyeti veya onu kabul etmeme yönündeki kötünüyeti, hâkim tarafından göz önünde bulundurulmalıdır.

### B) YENİ KİRACININ ÖDEME GÜCÜNE SAHİP OLMASI

Kiraya verenin yeni kiracıyı kabul etmesinde, onun ödeme gücü de büyük önem taşıdığından, yeni kiracının vergi kayıtlarını ve ücret bordrolarını talep etmesi mümkündür<sup>39</sup>. Kiracı da, kiraya verene ikame kiracının ekonomik durumuna ilişkin olarak elinde bulunan her türlü belgeyi ve bilgiyi vermekle yükümlüdür<sup>40</sup>.

Kiraya verenin yeni kiracıyı kabul etmesinden ve eski kiracının kira bedeli ödeme borcundan kurtulmasından sonra yeni kiracının ödeme gücünü kaybet-

37 **Gümüş**, s.193-194. Örneğin makul sürenin 5 ay olduğu bir durumda kiracı kiralananı iade ettiği tarihten 1 ay sonra uygun bir kiracı bulmuşsa, makul sürenin sonunu beklemeye gerek kalmaksızın (sadece 1 aylık kira bedeli ödeyerek) 4 aylık borcundan kurtulmuş olacaktır (**Yavuz**, s.230).

38 **BSK OR I-Weber**, Art.264, N.4; **OR-Zihlmann**, Art.264, N.5; **Gümüş**, s.194, dn.554.

39 **Gümüş**, s.194, dn.555. İsviçre Hukukunda ikame kiracının ödeme gücüne sahip olduğunun kabul edilebilmesi için, kira bedelinin üç katı gelire sahip olması yeterlidir (**BSK OR I-Weber**, Art.264, N.4).

40 **Gümüş**, s.194, dn.556.

mesi, kiraya verenin eski kiracıya yönelebilmesine imkân sağlamaz; kiraya veren bu duruma katlanmak zorundadır. Bu yüzden, yeni kiracıyı kabul ederken titiz davranması ve birçok yönden kiracının ödeme gücünü değerlendirmesi gerekmele birlikte, bu hakkını kötüye kullanarak yeni kiracıyı kabulden kaçınması eski kiracının sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulmasına sebep olabilir.

### C) YENİ KİRACININ KİRA İLİŞKİSİNİ DEVRALMAYA HAZIR OLMASI

Kiracı, kiraya verenin kabul edebileceği yeni bir kiracı bulmasına rağmen, yeni kiracı kira ilişkisini devralmaya niyetli değilse, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları makul sürenin sonuna kadar devam eder.

Yeni kiracının, önceki kiracının kira sözleşmesini devralması gerekli değildir<sup>41</sup>. Başka bir ifadeyle, Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde düzenlendiği gibi bir sözleşmenin devrinden söz etmek zorunlu değildir. Örneğin belirli süreli önceki kira sözleşmesinin kalan süresi 3 yıl olmasına rağmen, yeni kiracıyla bu sürenin sonuna kadar devam edecek bir kira sözleşmesi yapılabileceği gibi, daha uzun veya daha kısa süreli bir kira sözleşmesi de yapılabilir. Hatta kira bedeli konusunda farklı hükümler içeren yeni bir sözleşme de yapılabilir. Eğer Türk Borçlar Kanununun 205. maddesindeki gibi bir sözleşme devri söz konusu olsaydı, yeni kiracının da önceki sözleşmedekilerle aynı şartlar içeren (aynı süreyle geçerli ve aynı kira bedelinin söz konusu olduğu) bir sözleşmeye tâbi olması gerekirdi. Hatta kanaatimizce, yeni kiracının, önceki kiracının sözleşmeyle bağlı kaldığı makul süre için bulunmuş olması da yeterlidir; buna göre, makul süre 5 ay ise, yeni kiracının 5 ay süreli bir kira sözleşmesine razı olması önceki kiracının sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulması için yeterlidir<sup>42</sup>. Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde, kural olarak

41 Yeni kiracının, mevcut sözleşmedeki şartları kabul eden bir kiracı mı, yoksa kiralanan yeniden kiraya verilseydi yeni şartlara göre kiralama arzusunda olan kiracı mı olduğu sorusu sorulabilir. Çünkü konut ve çatılı işyeri kiralalarında genellikle mevcut kira sözleşmesindeki şartlar (özellikle kira bedeli) zamanın geçmesiyle birlikte kiracı lehine bir hal almaktadır. Bu yüzden, yeni kiracının mevcut kira sözleşmesindeki şartları kabul eden veya daha fazlasını teklif eden kiracı olarak kabul edilmesi gerekir; çünkü bu durumda kiraya verenin mevcut sözleşmede elde ettiğiinden daha azı bulunmamaktadır (Yavuz, s.230).

42 Burada, yeni kiracıyla sözleşmenin devri veya yeni bir kira sözleşmesi yapılması suretiyle önceki kiracının sözleşmeden doğan borçlarından kurtulması yerine, önceki kiracının makul sürenin sonuna kadar devam edecek borçlarının üçüncü bir kişiye (yeni kiracıya) nakledilmesinden (Borçlar Kanununun 195 vd. hükümlerine göre borcun üstlenilmesinden) söz edilmesi mümkün değildir. Çünkü borcun üstlenilmesinde, sözleşmenin tarafı yine önceki kiracı kalmakta, sadece önceki kiracının borçları (özellikle kira bedelini ödeme borcu) üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmektedir. Borçlar Kanununun 325. maddesinde ise, önceki kiracı sözleşmeden kaynaklanan borçlarından tamamen kurtulmakta, yeni kiracı hak ve borçların yeni sahibi olarak kiraya veren karşısında sözleşmede yer almaktadır. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü kapsamında, önceki kiracının makul süresinin sonuna kadar devam edecek borçlarının üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi (hatta kiracının borcu



Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde düzenlenen (asgari olarak makul sürenin sonuna kadar devam edecek) sözleşmenin devri söz konusu olmakla birlikte, kiraya veren ile yeni kiracının yeni şartlarda bir sözleşme yapabilmeleri de mümkündür.

Bu itibarla, yeni kiracının, önceki kiracıyla aynı kira bedelini içeren (daha yüksek bir kira bedelinin yeni kiracı tarafından kabul edilmesi de şüphesiz mümkündür), kiralananın aynı veya benzer şekilde kullanımını içeren ve asgari olarak makul sürenin sonuna kadar devam edecek bir kira sözleşmesi yapmaya hazır olması gerekir; kiraya verenin de yeni kiracıyı ve bu şartları kabul etmesi beklenebiliyorsa, eski kiracı borçlarından kurtulmuş olur.

#### **D) KİRACININ BORÇLARININ SONA ERMESİ**

Yukarıda görüldüğü üzere, kiracı, makul sürenin dolmasından önce kiraya verene, onun tarafından kabul edilmesi beklenebilir, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulursa, kiracının kira sözleşmesinden doğan yükümlülükleri sona ermektedir. İsviçre Hukukunda da “yeni kiracı ikamesi” söz konusu olmakla birlikte, Türk Hukukuna göre sonucu farklıdır: İsviçre Hukukunda kiracı, yeni kiracı ikamesiyle kira sözleşmesinin sona ermesine veya sona erdirilebileceği ana kadar sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulurken; Türk Hukukunda kiracı yeni kiracı ikamesiyle kiralananın benzer şartlarla kiraya verilebileceği makul sürenin sonuna kadar sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulmaktadır. Türkiye’de yoğun bir kiralık konut ve işyeri talebi bulunduğundan, makul süre birkaç ayı geçmeyebilir; bu sebeple Türkiye’deki kiracılar genellikle yeni bir kiracı bulmak için araştırma yapmak zahmetine bile katlanmayabileceğinden, hükmün İsviçre aslına uygun şekilde Kanunumuza alınmasının daha isabetli olacağı ileri sürülmüştür<sup>43</sup>. Türkiye’de yeni bir kiracı aramayan kiracılar, makul sürenin sonuna kadar kira bedelini ödemek zorunda kalacaklarından, kanaatimizce hükmün İsviçre’deki gibi bir metin içermemesi eleştirilecek bir yönü değildir. Aslında hükmün mehz Kanundan farklı bir düzenleme içermesinin sebebi, Türkiye’deki talebin yoğunluğudur; Türkiye’de İsviçre’dekinden farklı olarak daha hızlı kiracı bulunabildiğinden, önceki kiracının ancak makul bir süre kira sözleşmesinden doğan borçlarından sorumlu tutulması yeterli görülmüştür. Başka bir ifadeyle, kiracı yeni bir kiracı aramasa da veya kiraya veren yeni bir kiracı bulmak için yoğun bir çaba içerisine girmese de, makul bir süre içerisinde kiralanan yeniden kiraya verilebileceğinden

---

para ödeme borcu olduğundan, Borçlar Kanununun 83. maddesindeki “Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.” hükmü gereği kiraya verenin rızası gereksizsin üçüncü kişinin kiracının borcunu ödemesi) mümkündür; fakat bunu 325. madde kapsamında değerlendirebilmek mümkün değildir.

43 **Gümüş**, s.193-194.

den, bu süreden sonra kiracının borçlarının sona ermesi Türk kanunkoyucusu tarafından uygun görülmüştür; İsviçre’de makul süre daha uzun olduğundan, kiracının ikame kiracı bulamaması durumunda kira sözleşmesinin sona erdiği veya sona erdirilebileceği ana kadar sözleşmeyle bağlı olduğu kabul edilmiştir; dolayısıyla, bu kadar uzun bir süre kira sözleşmesiyle bağlı kalmak istemeyen İsviçre’deki kiracılar, ikame kiracı bulmak için daha fazla çaba sarfedecektir. Bu itibarla, mehazdan farklı düzenlemesi, Borçlar Kanunumuzun 325. maddesinin bir eksikliği olmayıp, Türkiye’nin şartlarına uyarlanmış halidir.

Kiracı yeni bir kiracı bulmuşsa ve yeni kiracı da kiraya veren tarafından kabul edilebilir niteliklere (özellikle ödeme gücüne) sahipse, mevcut kira sözleşmesini kiracıyla aynı şartlarda yüklenmeye hazırsa, yeni kiracıyı kiraya verenin kabul etmesi beklenebiliyorsa, kiraya verenin uygun bir sürede<sup>44</sup> ikame kiracıyı kabul etmesi veya kabulden kaçınmasıyla, kiracı makul bir süreye kadar devam edecek olan kira bedeli ve diğer borçlarından da kendiliğinden (anında) kurtulmuş olur<sup>45</sup>. Yeni kiracının ödeme gücü yanında, sözleşmede kiracı için belirlenen yükümlülükler, kiraya verenin ve kiracının karşılıklı durumları göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme, kiraya verenin yeni kiracıyı kabul zorunluluğunu ortadan kaldıracaktır. Değerlendirmede objektif ölçütler yanında, subjektif ölçütler de dikkate alınır. Örneğin yeni kiracı olarak önerilen kişi ile kiraya veren arasında bir husumet varsa, kiraya veren dinî ve ahlâkî değerlere önem veren birisi olmasına rağmen yeni kiracı evlilik dışı birliktelik yaşayacaksa, yeni kiracının çok sayıda evcil hayvanı varsa, yeni kiracının çok sayıda çocuğu varsa, yeni kiracı geçmişte kira bedellerini sık sık geç ödemişse kiraya veren yeni kiracıyı kabul etmeyebilir; bu durumda, kiracı borçlarından kurtulmaz. Fakat subjektif ölçütler, ayrımcılığa sebep olacak şekilde ırk, din, dil, cinsiyet, medenî hâl ikame kiracıyı kabul etmemek için haklı bir sebep olamaz<sup>46</sup>.

Yeni kiracı, kiraya verenden önceki kiracıya göre kendisine daha iyi şartlar sunmasını istemeyeceği gibi, kiraya veren de yeni kiracıdan daha fazla talepte bulunamaz<sup>47</sup>; zira ortada, -kural olarak- önceki sözleşmenin devri söz

- 44 Kiraya verene, ikame kiracıyı araştırıp değerlendirme yapacağı ve daha sonra kararını vereceği uygun bir süre tanımalıdır. Her olayın özelliğine göre değişecek bu sürenin, bir hafta-on gün gibi kısa bir süre olması gerektiği ifade edilmektedir (Gümüş, s.195, dn.557). İsviçre Hukukunda ise, kira ilişkisinin türüne, kiraya verenin kişiliğine, kiracı tarafından verilen belgelerin niteliğine göre her olay bakımından kısaltılıp uzatılabilmekle birlikte, normal durumlarda bir aylık süreden söz edilmektedir (BSK OR I-Weber, Art.264, N.5).
- 45 Kiracı bu şekilde düzenlenen özel bir hükümlerle kira bedeli ödemekten kurtulduğu için, ikame kiracıyı kabulden kaçınan kiraya verenin kira bedelini talebini Medenî Kanununun 2. maddesine göre engellemeye çalışmaya da gerek kalmamaktadır (Gümüş, s.195, dn.558).
- 46 Gümüş, s.194-195; BSK OR I-Weber, Art.264, N.4.
- 47 BSK OR I-Weber, Art.264, N.4; OR-Zihlmann, Art.264, N.5. İkame kiracı kira bedelinin indirilmesini istemesine rağmen kiraya veren tarafından bu talep kabul edilmemişse, eski kiracının makul sürenin sonuna kadar aradaki kira farkını kiraya verene ödeyerek sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabileceği kabul edilmelidir. Karş. BSK OR I-Weber, Art.264, N.4; OR-Zihlmann, Art.264, N.5.

konusudur. İsviçre Borçlar Kanununun 264. maddesinin birinci fıkrasında, kira sözleşmesini yüklenmenin “aynı şartlarda” (zu den bisherigen Bedingungen) olacağı belirtilmiş; ayrıca, yeni kiracı bulunamaması durumunda, kiracının kira bedelini (Türk Hukukunda olduğunun aksine makul bir süre değil) kira ilişkisinin sözleşme veya kanuna göre sona erdiği veya sona erdirilebileceği ana kadar yerine getirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu itibarla İsviçre Hukukunda yeni kiracı, önceki kiracının yerine sözleşmeye dâhil olduğundan, sözleşmenin devrinden söz edilmesi zorunludur. Türk Hukukunda ise, kiracının makul bir süre sözleşmeyle bağlı olduğu belirtildiğinden, yeni kiracının da kiraya veren ile asgari bu süre kadar geçerli olacak bir sözleşme ilişkisine girmesi kiracıyı borçtan kurtaracağından, sözleşmenin devrinden söz edilmesi zorunlu değildir; Türk Hukuku bakımından, asgari makul süre kadar devam edecek yeni bir sözleşmenin yapıldığını kabul etmek daha uygundur.

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde yeni kiracının hangi şartlarla kiraya verenle kira ilişkisine gireceği konusunda, İsviçre Borçlar Kanununun 264. maddesindeki gibi bir açıklık yer almasa da, aynı sonuca varılmalıdır. Buna göre kiraya veren, yeni kiracıdan önceki kiracının ödediği kira bedelinden daha fazlasını isteyemez. Kiraya veren yeni kiracıyı kabul ettiğinde, ya kira sözleşmesi yeni kiracıya sözleşmenin devri hükümlerine göre devrolunur<sup>48</sup> ve önceki kiracı kira sözleşmesinden doğan borçlarından kurtulmuş, aynı

48 Devrin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı anın, taraflar arasında ayrıca bir anlaşma yoksa, kiraya verenin yeni kiracıyı kabul tarihi olduğu belirtilmektedir (Gümüş, s.196). Gümüş’e göre (s.196, dn.568), önceki kiracının bulduğu yeni kiracının, kiraya verene kira sözleşmesini aynı şartlarda devralmaya hazır olduğunu kendisinin bizzat veya yetkili temsilcisi aracılığıyla bildirmesi, bir tasarruf işlemi olarak sözleşmenin devri (dış yüklenilmesi) sözleşmesine ilişkin bir icap (öneri) oluşturmakta, kiraya verenin kabulüyle kira sözleşmesi kurulmaktadır. Bu şekilde, sözleşme devrine yeni kiracıyı bulmakla önceki kiracı da katılmaktadır. Böylece, sözleşme devri kiracı, yeni kiracı ve kiraya verenin iradelerinin uyuşmasına bağlı olarak, sözleşmenin devri sözleşmesiyle meydana gelmektedir. Borçlar Kanununun 205. maddesinde de, sözleşmenin devrinin, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatıyla birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma olduğu; sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşmanın da, sözleşmenin devri hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanununun 322. ve 323. maddelerinde kullanım hakkının devri ve kira ilişkisinin devri konuları düzenlenmişken, 325. maddedeki düzenlemenin amacı ve işlevi de belirtilmelidir. Öncelikle Türk Borçlar Kanununun 322. maddesindeki kullanım hakkının devri, kira sözleşmesi dışındaki bir başka kullanım hakkı veren sözleşmeden doğan kullandırma borcunun ifası için de yapılabilir; örneğin kiracı, bir ariyet sözleşmesinden doğan kullandırma borcunu ifa için kira sözleşmesinden doğan kullanma hakkını ariyet alana devredebilir. Kanunun 323. maddesinin birinci fıkrasında, “Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devreder. Kiraya veren, işyeri kiralarda haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermektен kaçınmaz.” denilmiştir. Bu hükme göre kiraya veren işyeri kirası dışındaki kiralarda sebep göstermeksizin rıza vermektен kaçınabilir; 325. madde de de kiraya verenden kabul etmesi beklenebilir bir kiracıya kira ilişkisinin devri söz ko-

zamanda bütün haklarını kaybetmiş olur; ya da yeni kiracı, sözleşmenin devri yerine (325. maddedeki “kira ilişkisini devralma” ifadesine rağmen), “kira ilişkisine” asgari makul sürenin sonuna kadar taraf olmak istediğinde veya sadece önceki kiracının ödemek zorunda olduğu kira bedelini ödemek şeklinde bir irade beyan ettiğinde de önceki kiracı borçlarından kurtulur.

Doktrinde bir görüşe göre, kiraya veren, kanunun aradığı nitelikteki kiracıyı haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemişse, mahkeme kararıyla da devir gerçekleşebilir; yenilik doğurucu nitelikteki bu karara dayalı sözleşme devrinin ileriye etkili olduğu belirtilmektedir. Fakat mahkeme kararıyla sözleşmenin devri teorik olarak mümkünse de, Türk Hukukunda kiracıya yeni bir kiracı bulması için bir aydan daha kısa olması gereken bir araştırma süresi tanınması gerekeceğinden, Türkiye’de davaların uzun sürede sonuçlandığı dikkate alınır, kiracı tarafından dava açılmış olsa bile, dava sürerken Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi gereği kira sözleşmesinin sona ermiş olacağı da göz önünde bulundurulmalıdır<sup>49</sup>. Kanaatimizce kiraya veren kanunun aradığı nitelikteki kiracıyı haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemişse ve bu arada kira sözleşmesi sona ermişse, mahkemenin vereceği karar, makul süre bakımından kiracının borçlarından kurtulduğuna yönelik tespit niteliğindedir. Kiraya veren yeni kiracıyı haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemişse ve kira sözleşmesi hâlâ devam ediyorsa, mahkemenin vereceği karar, kiraya verenin, kiracının bulduğu yeni kiracıya sözleşmenin devredilmesi sonucu zorunlu olarak bir kira ilişkisine girmesi şeklinde değerlendirilmemelidir. Mahkemenin verdiği karar kiraya verenin yeni kiracıyı reddetmekte haklı olmadığını göstermekte, onunla sözleşme ilişkisine girme zorunluluğu yüklememekte, önceki kiracının makul süre bakımından borçlarından kurtulduğunu tespit etmektedir. Bu bakımdan, yenilik doğurucu nitelikte bir mahkeme kararıyla sözleşmenin devrinden söz edilmesi kanaatimizce isabetli değildir.

---

nusudur, fakat 325. maddeye göre kiraya veren işyeri kiralaları dışında da ancak haklı bir sebep varsa devre izin vermeyebilir, aksi halde önceki kiracının kira sözleşmesinden doğan borçlarından kurtulması söz konusu olur. Kanunun 323. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur.”; 325. maddeye göre ise, kiraya veren yazılı rıza vermese bile, rıza vermemesi haksız ise, ikame kiracıyı reddettiği anda önceki kiracı borçlarından kurtulmaktadır. Kanunun 323. maddesinin üçüncü fıkrasında, “İşyeri kiralalarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.” hükmü yer almaktadır; 325. maddeye göre devirde ise, önceki kiracının bu şekilde bir müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır. Görüldüğü gibi 325. madde, 322. ve 323. maddeye göre daha hafif şartlar öngörmektedir.

49 **Gümüş**, s.196-197.

## V. KİRA BEDELİNDEN MAHSUP

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı faydaları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür. Makul sürenin sonunda kira sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğinden, bu mahsup işlemi, kiralananın benzer şartlarla kiraya verilebileceği makul bir sürenin sonuna kadar işleyecek kira bedellerinden yapılır. Hükmün uygulanabilmesi için, kiracının kiralananın kullanımından açıkça veya zımnen feragat etmiş olması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Bu şekilde kiraya veren, özellikle kendisine yüklenilmiş yan giderlerden kurtulmaktadır<sup>50</sup>.

Kiracının bilerek ve isteyerek (örneğin daha ucuz bir yer bulduğu için) kiralananı terk etmesi halinde de mahsup işlemi yapılmalıdır; çünkü kanun, böyle bir ayırım yapmamıştır<sup>51</sup>.

Kiraya verenin kiralananı makul sürenin içerisinde daha yüksek bir bedelle kiraya vererek yeni sözleşmeyle elde ettiği yarar, Borçlar Kanununun 325. maddesinin ikinci fıkrasına göre mahsup edilecek yararlardan değildir<sup>52</sup>;

50 **Gümüş**, s.197-198.

51 **Tandoğan**, s.171; **Yavuz**, Nihat, s.3488.

52 “Davacının isteği, erken tahliye nedeniyle kiralananın tahliye tarihinden, yeniden kiraya verildiği tarihe kadarki kira bedelinin ödetilmesine ilişkindir. Kiralananın sözleşmede öngörülen süreden önce 20.3.1984 tarihinde tahliye edildiği, Ocak-1985 yılında yeniden kiraya verildiği ve daha sonra Nisan-1984 kirasının ödendiğinde uyumsuzluk bulunmamaktadır. BK.nun 252/1. maddesine göre, kiralayanın kusuru söz konusu olmaksızın; kiracının kiralananı kullanmaması durumunda kiracının kiradan sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Anılan yasa gereğince ve kural olarak kiralananın aynı şartlarla yeniden kiraya verildiği tarihe kadar boş kaldığı dönem kiracı davalı ödemekle yükümlüdür. 20.4.1988 günlü bilirkişi raporunda kiralananın, 20.9.1984 tarihine kadar kiraya verilebileceği belirtilerek bu döneme ilişkin kira alacağı tesbit edilmiştir. Bu dönemde davacının kiralananın herhangi bir menfaat elde ettiği iddia ve isbat edilmediğinden kiralananın daha yüksek bedelle kiraya verilmesi nedeniyle kiralayanın yeni sözleşmeyle elde ettiği yarar BK.nun 252. maddesinin 2. fıkrası gereğince mahsup edilemez. Bu durumda bilirkişi raporunda bulunan miktarla sınırlı olarak davanın kabulü gerekirken olaya uygun düşmeyen gerekçe ile reddi usul ve yasaya uygun düşmemektedir.” 13.HD., 9.5.1990, 1989/8188, 1990/3403 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Buna karşılık Yargıtay’ın daha önce verdiği bir kararda farklı bir sonuca ulaştığı görülmektedir: “Süresinden önce tahliye nedeni ile istenilmesi gereken tutar kira dönemi sonuna kadar uğranılan gerçek zarardır. Bu itibarla kiralayan, zararın artmasına yol açmış olmalıdır. Kira süresi 31.12.1976 gününde son bulmaktadır. Davalı haksız olarak 14.4.1976’da kiralananı boşaltmış ve binanın hasar görmesi nedeni ile onarımdan sonra gerekli çaba ile, üçüncü kişiye iki buçuk ay geçtikten sonra 1.08.1976’da kiraya verilebilmiştir. Gerçekten, iki buçuk aylık için davacı 8.332,50 lira kiradan yoksun kalmıştır. Ne var ki, davacının ibraz ettiği kira kontratosuna göre bu yerin yıllık 55.000 liradan kiraya verildiği kabul edildiğinde aylık 1.250 liradan dönem (yıl) sonuna kadar 6.250 lira yarar sağlanmıştır. O halde, bu tutarın indirilmesi ile gerçek zarar 2.082,50 lira tutar ancak, davalı, yıllık 80.000 liraya

önceki kiracının, kiraya verenin yeni bir kiracı buluncaya kadarki kira bedellerinden mutlak sorumluluğu vardır. Kiraya veren, kiralananı başkasına daha yüksek bir bedelle kiraya vermişse, önceki kiracı bu miktardan bir hak talep edemez<sup>53</sup>.

Mahsup bir itiraz olduğundan, dosyadan tespit edilmesi durumunda hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir; kiracı tarafından da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilmesi mümkündür.

### A) KİRAYA VERENİN YAPMAKTAN KURTULDUĞU GİDERLERİN MAHSUBU

Makul sürenin sonuna kadar devam edecek kira sözleşmesinde kiraya verenin yapmak zorunda olduğu bazı yan giderler varsa, örneğin taraflar arasındaki anlaşmaya göre kiranın devamı süresince kiralananın sözleşmeye uygun kullanımı için bakımını veya bazı işletme giderlerini (örneğin elektrik ya da su tüketim bedellerini) kiraya veren üstlenmişse, kiracının kiralananı teslim etmesinden ve faaliyeti durdurmasından sonra kiraya veren bu masrafları yapmaktan kurtulacağı için, bu masrafların kiracının ödemek zorunda olduğu kira bedelinden düşülmesi gerekmektedir<sup>54</sup>.

Kiralananın, örneğin fırın şeklinde işletilmesi için gereken tesisatın masraflarının kiraya verene ait olduğu bir kira sözleşmesinde, kiraya veren masrafları yaptıktan sonra kiracı kiralananı iade ederse, kiraya veren bu masrafları kural olarak kiracıdan ayrıca talep edebilir; şüphesiz, tesisatın satılarak paraya çevrilebilen kısımlarının tazminatın düşülmesi gerekir. Fakat söz konusu tesisat kiralananın yeni kiracısı tarafından kullanılabilir durumda ise, kiraya verenin böyle bir tazminat imkânı kural olarak bulunmamaktadır. Kiraya verenin zararın artmasını engelleyecek şekilde hareket etmesi gerektiğinden, eğer kiralananı fırın olarak kullanmak isteyen yeni bir kiracı varsa, başka amaçla kullanacak bir kiracıyı tercih etmemesi gerekir; bununla birlikte, iki durum arasındaki (örneğin fırın olarak 1.000 TL, eczane olarak 1.500 TL'ye kiraya verebilecekse, eczane olarak kiraya verememesinden kaynaklanan) zarar önceki kiracıdan tazmin edilebilir. Hâkimin bu konuda titiz bir değerlendirme yapması, zararın gerçek miktarını belirlemeye yönelik bilirkişi incelemesi yaptırması gerekir.

Bunun yanında, kiraya verenin yeni bir kiracı bulmak ve zararını azaltmak amacıyla katlandığı giderleri de, kiralananı terk eden kiracıdan talep etmesi mümkündür<sup>55</sup>.

*kiraya verildiğini ileri sürerek davacının zararının doğmadığını savunmuş ve bu yolda delil göstermiştir. Gerçekten, bu savunmasının ispatlanması halinde, davanın bu bölümünün reddi gerekecektir.”* 13.HD., 12.6.1978, 2613/2775 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

53 Tandoğan, s.171.

54 BSK OR I-Weber, Art.264, N.9; OR-Zihlmann, Art.264, N.8.

55 Tandoğan, s.170.

## B) KİRAYA VERENİN KİRALANANI BAŞKA BİR BİÇİMDE KULLANMAKLA ELDE ETTİĞİ YARARLARIN MAHSUBU

Kiracının iade ettiği kiralanan, kiraya veren tarafından başka bir şekilde kullanılarak<sup>56</sup> menfaat sağlanmışsa, bu yararların da kiracının ödeyeceği kira bedelinden mahsup edilmesi gerekir. Örneğin kiraya veren, kiracının teslim ettiği taşınmaza yeni kiracı bulma girişimlerinde bulunurken, kendisine ait eşyaları koyduğu bir depo olarak kullanmışsa veya kendisi kısa süreli işletmişse ya da kiracısı olmadığı için herhangi bir şekilde kullanarak gelir elde etmişse, bu gelirlerin kira bedelinden indirilmesi gerekir<sup>57</sup>.

Görüldüğü gibi kiralananın farklı bir şekilde kullanımı, kiraya verenin boş kiralananı üçüncü kişilere kiraya vermesi veya bizzat kendisinin kullanması tarzında gerçekleşebilir. Dürüst bir kiraya veren gibi hareket etmesine rağmen, kiralananı daha düşük bir bedelle kiralayabilen kiraya veren, aradaki farkı kiracıdan (kira sözleşmesinin sona ereceği veya sona erdirilebileceği ana kadar değil), ancak makul sürenin sonuna kadar talep edebilir. Kiraya veren, kiracının kullanımından feragat ettiği kiralananı makul süre içerisinde kendisi taşınmışsa, taşındığı tarihten makul sürenin sonuna kadar kira bedeli isteyemez<sup>58</sup>.

Kiraya veren, iade edilen kiralananı yeni bir kiracıya kiralayabilmek için tamir ettiriyorsa, tamir süresindeki kira bedelinin de mahsup edilmesi gerekir. Çünkü normal şartlarda eski kiracı kira süresinin sonunda kiralananı ayrılmış olsaydı, kiraya veren tamir için bir süre kiralananı boş tutacak ve bu sürede kira bedeli elde edemeyecekti. Aynı esasın, süresinden önce taşınmazın kiraya verene iade edilmesi durumunda da uygulanması gerekir. Buna karşılık, kiracının sorumlu olduğu zararların tamir edileceği süreye ilişkin kira bedelinin mahsup edilmesi mümkün değildir<sup>59</sup>.

## C) KİRAYA VERENİN ELDE ETMEKTEN KASTEN KAÇINDIĞI YARARLARIN MAHSUBU

Kiraya veren, kiracı tarafından geri verilen kiralananı başka bir biçimde kullanma imkânına sahip olmakla birlikte, bu şekilde kullanıp gelir elde etme imkânından kasten kaçınmışsa, kasten yoksun kaldığı bu gelirlerin de kiracının ödemek zorunda olduğu kira bedellerinden mahsup edilmesi gerekir. Kiraya verenin kiralananı başka bir şekilde değerlendirmesi (kiracının zararını artırmaması) bir yükümlülük değil, külfettir<sup>60</sup>; yerine getirilmemesi durumunda,

56 Kiracı kiralananı açıkça veya örtülü olarak iade etmişse, kiraya veren kiralananı her zaman geri alabilir; kiralananın kiraya veren tarafından başka bir şekilde kullanılabilmesi için, geri alınması gerekir (BSK OR I-Weber, Art.264, N.8).

57 BSK OR I-Weber, Art.264, N.11.

58 Gümüş, s.198.

59 BSK OR I-Weber, Art.264, N.11; OR-Zihlmann, Art.264, N.10.

kiracıdan talep edebileceği kira bedellerinden mahsup yapılması şeklinde bir sonucu vardır.

Burada kanunkoyucu, Türk Borçlar Kanununun 51. maddesinin özel bir uygulama şekline yer vermiştir<sup>61</sup>; söz konusu maddeye göre, “Zarar gören... zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” Türk Borçlar Kanununun 325. maddesi de, temelinde, kiracının kanunda belirtilen sürelerden önce kiralananı geri vermesi durumunda kiraya verenin söz konusu sürenin sonuna kadar uğrayacağı zararları (en azından kira bedellerini ödeyerek) karşılamak şeklinde, kiracıya bir yükümlülük öngörmüştür. Eğer kiraya veren, kiralananı başka biçimde kullanıp gelir elde etmekten kasten kaçınarak bu zararın artmasına sebep olmuşsa (veya azalmasına engel olmuşsa), dürüstlük kuralına uygun olmayan bu hareketi dikkate alınarak hâkim tarafından kira bedellerinden mahsup yapılması gerekir<sup>62</sup>.

Şüphesiz kiraya verenin böyle bir kastının ispatlanması çok zordur. Kiralananın başka şekilde değerlendirilerek gelir elde edilmesinin birçok durumda

- 60 **Gümüş**, s.190. Kiraya veren, makul süre içerisinde yeni bir kiracı bulmak için de gayret göstermek zorunda değildir; çünkü ikame kiracı bulma, kiracının yükümlülüğüdür. Fakat ikame bir kiracı kiraya verene başvurmasına rağmen kiraya veren tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilmemişse, artık eski kiracının yükümlülüklerinden tamamen kurtulduğu kabul edilmelidir (**BSK OR I-Weber**, Art.264, N.10); **OR-Zihlmann**, Art.264, N.9.
- 61 Kiraya verenin özellikle (kasten) elde etmekten kaçındığı yararların mahsup edilmesi, haksız fiillerde geçerli olan “*müterafık (birlikte) kusur*” kavramının, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde Yargıtay uygulamasıyla kira ilişkilerine aktarılmış, daha sonra Türk Borçlar Kanunu’nda yasal bir dayanağa kavuşmuş halidir (Yavuz, s.230).
- 62 “...boşaltılan kiralananın kira süresi bitmeden başkasına kirallanması mümkün olması halinde bu yola başvurulmaması MK.md.2’de gösterilen iyiniyet kaidelerine aykırı bir hal teşkil eder. Mahkemece kiralananın boşaltılmasından itibaren ne kadar süre içinde kiraya verildiği, eğer kiralanmamışsa ne kadar süre içinde verilebilmesinin mümkün olduğu araştırılmalıdır.” 4.HD., 11.12.1959, 1958/10753, 1959/8844 (**Tandoğan**, s.170, dn.146); “...davalının kira sözleşmesine aykırı davranmasıyla oluşan sorumlulukta, giderimden indirim yapılmasını düzene koyan BK.m.44 uygulama alanı bulur. Gerçekten, davacı kiraya veren, zararın çoğalmasına yardım etmiş ve kiracının durumunu ağırlaştırmışsa, giderim tutarının indirimi söz konusu olur. Şu durum karşısında, davalının, kiralanan dönem sonundan önce Ocak başında boşaltılmasından ötürü davacının olayların olağan akışına (örneğin, somut olayda davacının site yöneticisi aracılığıyla yeniden kiraya verebilme gibi bir olanağının varlığının ortada bulunmasına) durum ve öteki koşullara, kiralananın yer aldığı çevrenin özelliğine göre davacının boşaltılmasını öğrenmesinden sonra hangi sürede yeniden kiraya verebileceği, konunun özel bilgiyi gerektirmesi nedeni ile bilirkişi aracılığıyla saptanmalıdır. Böylece, belirlenecek sürenin dışında, kiralayanın artmasına neden olduğu zarardan, kiracı sorumlu tutulmamalıdır. Davacının, boşaltmayı öğrenmesinden sonra uygun bir zaman içinde girişimde bulunmaması, nasıl olsa kiracı kira parasından sorumlu olacaktır diye beklemesi, MK.m.2 ile de bağdaşamaz. Demek ki, BK.m.98/II, 44 olmasa bile MK.m.2, yukarıda belirtilen soruşturmanın yapılmasını zorunlu kılar.” 13.HD., 5.10.1981, 5615/6259 (YKD 1981/12, s.1582-1583); 4.HD., 18.5.1965, 9906/2660 (**Tunçomağ**, s.535-536); 4.HD., 30.12.1971, 10045/11055 (**Tunçomağ**, s.536-537).



mümkün olabileceği göz önünde bulundurulacak olursa, bunlardan hangilerinden kiraya verenin kasten kaçındığını ispat etmek bir hayli güçtür. Örneğin eczane olarak kullanılan bir taşınmaza yeni bir kiracı bulunması için en az 6 ay gerekiyorsa, kiraya verenin bu süre içerisinde taşınmazı depo olarak veya başka bir işletmeye kiraya vermeyerek zararın artmasına kasten sebep olduğunu ispat etmek zordur; zira eczane olarak kullanılan bir taşınmazın başka bir amaçla (örneğin depo olarak) geçici şekilde kiraya verilmesi, bu taşınmazın daha sonra eczane olarak kiraya verilebilmesini zorlaştırabilir. Bu yüzden, kiraya verenin elde etmekten kasten kaçındığı gelirlerin mahsup edilebilmesi için, hem kiralananın başka bir şekilde değerlendirilebileceğini hem de kiraya verenin bundan kasten kaçındığını kiracı ispatlamalıdır. Hâkimin de, ispatlanan bu hususlara ihtiyatla yaklaşması, titiz bir değerlendirme yapması gerekir.

## VI. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalarda da görüldüğü üzere, kanunkoyucu Türk Borçlar Kanununun 325. maddesiyle (İsviçre Borçlar Kanununun aynı konuyu düzenleyen 264. maddesinden farklı olarak) kiracıya daha fazla hukukî imkân sağlamıştır. Öncelikle, özellikle uzun süreli yapılan sözleşmelerde kiraya verenin bu sürenin sonuna kadar sözleşmenin devam edeceğine yönelik beklentileri boşa çıkartılmakta, kiracı sürenin sona ermesinden önce kiralananı iade ettiğinde sadece kiralananı yeni bir kiracı bulununcaya kadar sözleşme hükümleriyle bağlı kılınmaktadır. İsviçre Borçlar Kanununun 264. maddesinde ise, kiracının, kira sözleşmesi devam ederken, herhangi bir sebep göstermeksizin kiralananı kiraya verene geri verdiği, kira bedelini kira ilişkisinin sözleşme veya kanun gereği sona erdiği veya sona erdirilebileceği ana kadar ödemesi gerekmektedir. Böylece Türk Hukukunda kiraya veren, yeni bir kiracı bulma girişimlerine başlamak zorunda bırakılmakta, bulamaması durumunda bunun sonuçlarına kendisi katlanmakta, makul süre sonunda yeni bir kiracı bulmuş gibi önceki kiracı sözleşmeyle bağlı olduğu yükümlülüklerinden kendiliğinden kurtulmaktadır. Bu husus, sözleşmeyle bağlı olunması ve çok önemli bir sebep olmadıkça bu sözleşmenin sona erdirilmesinin mümkün olmadığı gibi uyarlanmasının da talep edilemeyeceği kuralına aykırılık oluşturmaktadır.

İkinci olarak, kiracı tarafından iade edilen kiralananı kiraya verenin farklı bir şekilde kullanmasıyla elde ettiği, hatta kullanmaktan kasten kaçınarak elde etmekten kaçındığı gelirler, kiracının ödeyeceği kira bedellerinden mahsup edilmektedir. Bu düzenleme, İsviçre Borçlar Kanununun 264. maddesine de uygundur. Bu şekilde kiraya veren, hem bir an önce kiralananı yeni bir kiracı bulmak, hem de bu süre içerisinde boş kalan kiralananı başka bir şekilde değerlendirip gelir elde etmemek veya gelir elde edebileceği durumlarda bundan kasten kaçınmamak zorunda bırakılmaktadır. Her iki durumda da, kiracıdan elde edebileceği kira bedelleri azaltılabileceğinden, kiracı yine bundan kazançlı çıkmaktadır.

Üçüncü olarak, Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde, kiracının kiralanı geri vermesinden söz edilmişse de, Yargıtay uygulamalarında bu husus, kiracının sözleşmeyi haksız şekilde feshetmesi durumunda da benzer şekilde uygulanmaktadır. Böylece, kiracı ister sözleşmeyi feshetmeden kiralanı iade etmiş olsun, isterse sözleşmeyi haksız şekilde feshederek kiralanı teslim etmiş olsun, sonuçları bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bu da, haksız fesih durumunda kiracının bundan ayrıca etkilenmemesi sonucunu doğurmaktadır.

Kullanmanın mümkün olamaması konusunu düzenleyen eski Borçlar Kanunumuzun 252. maddesinin üçüncü fıkrasında “Mucip akdin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebepler hudusunda, iki tarafın akdi feshetmek hakları mahfuzdur.” denilmek; kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 257. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, “Haklı sebeplerle sözleşmeden dönme imkânı saklıdır.” kuralı getirilmek suretiyle, eski Borçlar Kanunumuzun 264. maddesine dayalı olarak kira sözleşmesinin feshi imkânına atıfta bulunuluyordu. Böylece, eski Borçlar Kanunumuzun 252. maddesinin üçüncü fıkrası, kullanmanın mümkün olamaması durumunda kira sözleşmesine ilişkin bağımsız bir fesih hakkı olarak değerlendirilmeyordu. Eski Borçlar Kanununun 252. maddesinin üçüncü fıkrası yeni Borçlar Kanununun 325. maddesine alınmamış olsa bile, yeni Türk Borçlar Kanununun 331. maddesine göre, haklı sebeple fesih, şartlarının gerçekleşmesi durumunda her zaman mümkündür<sup>63</sup>.

Önceki Borçlar Kanunu döneminde akdedilen ve Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eden kira sözleşmelerine, bu kira sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin 325. maddenin uygulanacağı belirtilmelidir<sup>64</sup>.

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinden kaynaklanan davalarda, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 4/I-a düzenlemesi gereği sulh hukuk mahkemeleri görevlidir; dava, aynı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşimyeri mahkemesinde açılabileceği gibi, kira sözleşmesinden kaynaklanan bir dava olduğundan 10. madde gereği sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Taraflar kira sözleşmesinde bir yetki kuralı belirlemişse, aksi kararlaştırılmadıkça sadece o yer mahkemesinde dava açılabilir. Açılacak davada zamanaşımı, Türk Borçlar Kanununun 147. maddesinin birinci fıkrasının 1. bendi gereği 5 yıldır.

63 **Gümüş**, s.198; **Yavuz**, s.229. Nitekim Türk Borçlar Kanunu tasarısının 323. (yasalaşan 324.) maddesinin gerekçesinde “818 sayılı Borçlar Kanununun 252 nci maddesinin, aynı Kanunun 264 üncü madde hükmünün saklı olduğuna ilişkin son fıkrası, Tasarıya alınmamıştır. Bunun sebebi, saklı tutulan durumun, Tasarının 330 uncu maddesinde, olağanüstü fesih yollarından birini oluşturan “önemli sebeplerle fesih” olarak düzenlenmiş olmasıdır. Böylece, kiracının kiralanı kullanamaması Tasarının 330 uncu maddesinde tanımlanan önemli sebeplerden birine dayanmadığı takdirde, Tasarının 323 üncü maddesi uygulama alanı bulacaktır.” denilmek suretiyle bu hususa dikkat çekilmiştir.

64 **Gümüş**, s.8.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- **Becker, Herman:** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri (Çeviren: A.Suat Dura, Ankara 1993).
- **Gümüş, Mustafa Alper:** “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK.m.299-356), İstanbul 2011.
- **Gümüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2008 (Kısaltma: Özel).
- **Karahasan, Mustafa Reşit:** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3.Cilt, İstanbul 2004.
- **Ruhi, Ahmet Cemal:** Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku, I. Cilt, Ankara 2011.
- **Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2, 5. Bası, İstanbul 1992.
- **Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977.
- **Weber, Roger:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Oligationenrecht I Art.1-529 (Herausgeber: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), 3. Auflage, Basel 2003 (Atuf: BSK OR I-Weber, Art.264).
- **Yavuz, Cevdet:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011.
- **Yavuz, Nihat:** Türk Kira Hukuku, Cilt 3, Ankara 2003 (Atuf: Nihat).
- **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K.Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010.
- **Zihlmann, Peter:** Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 (Herausgeber: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), Basel 1992 (Atuf: OR-Zihlmann, Art.264).

## 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi

■ Murat SÖNMEZ\*

### GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra yapılan hukuk devriminin bir parçası olarak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan tercüme edilerek 22.04.1926 tarihinde kabul edilen ve 04.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda yürürlükte olduğu 85 yılı aşan süre içinde günün şartlarına göre bazı değişiklikler, yenilikler yapılmış ise de gerek sosyal yaşamdaki gerek teknolojiadaki gerekse de hukuk alanındaki değişiklikler nedeniyle ihtiyaca cevap veremeyecek hale geldiğinden bir bütün olarak yenilenmesi köklü değişiklikler yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir.

TBMM tarafından 11.01.2011 tarihinde kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 04.02.2011 tarihli resmi gazetede yayımlanmıştır. Bu kanunun 647. Maddesi 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükten kaldırıldığı, 648. Maddesi ise 01.07.2012 tarihinden itibaren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe gireceği hükmünü taşımaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanununun Yirminci Bap/Kefalet üst başlığı altında 483 ila 495. Maddeleri arasında düzenlenen Kefalet hükümleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Onbeşinci Bölüm/Kefalet Sözleşmesi başlığı altında 581 ila 603. Maddeleri arasında düzenlenmiştir.

818 Sayılı Borçlar Kanununda; *“Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.”* Şeklinde tanımlanan kefalet 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda *“Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”* diye tanımlanmıştır.

Kefalet sözleşmesi **TEK TARAF BÖRÇ YÜKLEYEN İKİ TARAFLI** bir sözleşmedir. Sözleşmenin tarafları kefil olan ile kefalet sözleşmesinin nedeni olan asıl borç doğuran sözleşmenin alacaklısıdır. Kefil kefalet sözleşmesi ile **KARŞI BİR EDİM ELDE ETMEKSİZİN** borç altına girmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kefaleti tanımlaması karşılaştırıldığında 6098 sayılı kanundaki ibarenin daha doğru olduğunu söylemek mümkündür. Bu tanıma göre kefil, borçlunun borcunu ifa

\* Av. İzmir Barosu Üyesi

etmemesi nedeniyle borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından dolayı alacaklıya karşı kişisel olarak sorumlu olur.

Uygulamada ve Doktrinde kefaletin borçların ifasını sağlamanın zorunlu bir yolu ve borçlar hukukunun vazgeçilmez bir kurumu olarak düzenlenmiş olduğu tartışmasız kabul edilmekte idi.

818 sayılı Borçlar Kanunumuz Kefaletin şartlarını 484 ve 485. maddesinde düzenlemiştir. 484. maddesinde;

*” Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes’ul olacağı muayyen bir mikdar iraesine mütevakıftır.”*

485. maddesinde ise; *”Kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder. Müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallak bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hulülünü ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefaletle raptolunabilir. Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmiyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vaktî ise muteber olur.”*

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ise Kefaletin koşullarını düzenlerken öncelikle asıl borcu sonra da şekle yönelik maddeleri hükme bağlamıştır.

**Madde 582;** *“ Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.*

*Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.*

*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.*

**Madde 583;** *Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*

*Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.*

***Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”***

Yapılan düzenlemeler ile kefalet sözleşmesinin koşulları değişmiştir. Kefaletin iki taraflı bir sözleşme olduğu ve geçerli bir borç veya ileride doğacak bir borç için kefalet sözleşmesi kurulabileceği konusunda bir değişiklik yapılmamıştır.

Hukukumuzda göre mevcut ve geçerli bir borç için kefalet sözleşmesi kurulabileceği gibi ileride doğabilecek bir borç için de kefalet sözleşmesi kurulabilir. Askeri okula giren öğrenci velisinin okul ve yetiştirme masrafları için mecburi hizmet süresi bitmeden askerlikten ayrılması durumunda tazminat ödemek için taahhütte bulunması durumunda buna ilişkin olarak kefalet sözleşmesi kurulabilmesi bunun en tipik örneğidir.

Yeni borçlar kanunumuzda kefalet sözleşmesinin yazılı olması ve kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın net olarak yazılması şartlarına ek olarak getirilen kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet veya bu anlama gelen herhangi bir ifade ile yükümlülük altına girdiğinin kefilin kendi el yazısı ile yazılması şartları kefaletin sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça ancak kefalet sözleşmesinden sonra doğacak borçlar için geçerli olabileceğinin ve kefaletin süreli olması durumunda kefaletin sona erme tarihinin belirlenebilmesi açısından önem taşıdığı da bir gerçektir.

582. maddenin 3. Fıkrasındaki “ Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanına haklardan önceden feragat edemez.” Hükümü İsviçre Borçlar Kanunundan alınmıştır. Bu fıkra ile sözleşmeye konulacak bir madde ile 2. Fıkroda belirtilen “*Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır*” hükmünün etkisiz kılınma ihtimali ortadan kaldırılmak istenmiştir.

Kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen ve kapsamlı değişiklik yapılan 583. maddesindeki “**kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsilen kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlük altına girdiğini kendi el yazısı ile yazma şartı**” kefilin gerçek iradesini gösterme amaçlıdır.

Nitekim Yargıtay içtihatlarında “*Borçlar Kanunu, kefaleti 483. ve ardından gelen maddelerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş; bir çok sözleşme türüne ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak, 484. maddede, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olma koşuluna bağlamış; biçime ilişkin bu koşula içerik yönünden başka bir koşul daha eklemiş; sözleşmenin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesini zorunlu saymıştır.*

*Sözleşme serbestisi ilkesini benimseyen ve kural olarak sözleşmeleri geçerlilik yönünden şekil ( biçim ) koşuluna tabi tutmayan Borçlar Kanunu'nun, bazı sözleşmelerin geçerliliğini şekle bağlamasındaki temel nedenin, tarafları o sözleşme konusunda bir kez daha, etraflıca düşünmeye sevk etmek ve böylece onları sözleşmenin doğurması muhtemel risklerden korumak olduğu, öğretiler ve kararlılık kazanan yargısal kararlarda oybirliğiyle benimsenmiştir.*

*Kefalet sözleşmesi yönünden, geçerliliğin, şekle ilişkin koşula ek olarak, içerikle ilgili başka bir koşula daha ( kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi koşuluna ) bağlamasındaki amacın; kendisine ait olmayan bir borç için sorumluluk altına giren, hatta, müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda asıl borçludan bağımsız olarak tek başına doğrudan doğruya takip edilebilmesi bile olanaklı bulunan kefil, mümkün mertebe korumak olduğu da kuşkusuzdur.”* demek suretiyle amacın, kefilin kefalet konusunda etraflıca düşünmek ve kefil kefalet sözleşmesinin doğurması muhtemel risklerden korumak olduğunu belirtiyordu.

Yeni Türk Borçlar Kanunumuz kefalet sözleşmesinin sadece kefilin borcunun belli bir miktar olarak belirlendiği yazılı bir sözleşme olmakla yetinmemiş aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça kefaletin imza tarihinden sonra geçerli olacağı gerekçesi ile kefalet tarihinin ve kefilin nasıl bir kefaleti öngörmesi için müteselsil veya bu anlama gelecek bir ifade ile kefaletinin türünü belirlemesini de öngörmüştür.

Yeni Türk Borçlar Kanunu düzenlenirken dilin sadeleştirilmesi de öngörülmüş ve eski dilde kullanılan kelimeler yerine günümüz Türkçesi kullanılmaya çalışılmış ise de bazı kelimeler bakımından bu tam olarak gerçekleştirilememiştir. İcap yerine öneri, mütevakkıftır yerine bağlıdır tediye yerine ödeme mutlak butlan yerine kesin hükümsüzlük gibi kelimeler kullanılmış ve kanunumuzda günümüzde geçerli olan dile oranla eskimiş olan ifadeleri kolayca anlaşılabilen ifadelere dönüştürmüştür de bazı terimler bakımından uygun olan arı Türkçe karşılıklıklar bulunamadığından feragat, tasarruf, muacceliyet, menfaat, halefiyet, rücu, mahsup, takip, müteselsil kelimesi vb. leri aynen kullanılmıştır.

Kefaleti düzenleyen hükümlerde yapılan en önemli değişikliklerden biri yeni yapılan düzenleme ile kefil olan kişinin eşinin kefalet sözleşmesi kurulmadan önce veya en geç sözleşme kurulurken “rıza” göstermesidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınan bu yeni düzenlemenin sosyal yaşamı ve ticari yaşamı çok fazla etkileyeceğini söylemek mümkündür.

**MADDE 584-** *Eslerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.*

*Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için esin rızası gerekmez.*

Şirket ortağı olan kişinin şirket adına mal alırken verdiği senette şahsi kefil olması, bir arkadaşına ev kiralarken kefil olması veya kredi kullanan bir arkadaşına kefil olması halinde kefil olacak kişi eşinin rızasını da almak zorundadır üstelik eşin rızası en geç sözleşme kurulurken temin edilmek zorundadır. Bu durumun sosyal yaşamı ve ticari yaşamı büyük ölçüde aksatacağı ve eşler arasında sorunlar doğuracağını öngörmek mümkün.

Bu düzenlemeyi kefalet nedeniyle icra takibine maruz kalan kefilin evine yapılan haciz dolayısıyla ev yaşamını olumsuz etkilediği gerekçesi ile savunanlar olsa da ülkemizin bir çok yerinde eşin özellikle de kadınların eşlerinin işlerini tam olarak bilmedikleri eşlerinin alacaklarını borçlarını ticari yaşamlarını bilmedikleri göz önüne alındığında bu düzenleme sonucunda kefil olmak için eşin rızasının aranması şartının ticari hayata olumsuz etki edeceğini düşünmekteyim.

İcra kefil olmak için de eşin rızasının olması gerektiği düşünülecek olursa uygulamada icra kefil bulmanın neredeyse imkânsız hale geleceğini söyleyebiliriz. Bir esnafın dükkânına hacze gidildiğinde esnafın çevre komşusu mal kaldırılmaması için icra kefil olmak istediğinde kendi iradesi yetmeyecek eşini de getirerek bu icra kefilliğine rıza göstermesi istenecektir. Eşin rızasının olmaması kefaletin geçersizliğine neden olacaktır.

Eşin kefalet sözleşmesine rıza göstermesi zorunluluğu uygulamada kişilerden evlilik cüzdanı ve vukuatlı nüfus aile kaydı istenmesi zorunluluğunu da getirecektir. Kefil olacak kişinin eşinin, eşi olduğunu ispat edebilmesi için bu belgelere ihtiyacı olacaktır.

Bankalardan alınan kredilerde banka bu belgeleri kredi talep esnasında talep edeceğinden bu belgelerin kefil tarafından hazırlanması mümkün ama kefalet sözleşmesi sadece banka kredi sözleşmelerinden ibaret değildir. Ev kiralanırken veya bir mal alınırken yapılacak kefalet sözleşmesinde nüfus idaresinden vukuatlı aile kaydı alınması işi çıkmaza sokabilecek niteliktedir.

Bu durumda eşten daha önceden alınacak genel bir muvafakatnamenin veya vekaletnamenin geçerli olup olmayacağını da incelemek gerekecektir.

Kanun koyucu kefil olanın ana sözleşmedeki tüm unsurları bilmesini ve bunun eş tarafından da gösterilecek rıza ile onaylanmasını öngördüğünden önceden verilecek vekaletnamenin veya muvafakatnamenin kanun koyucunun amacına uygun olmadığını düşünüyorum.

Her ne kadar sınıfsız bir toplum olduğumuz ileri sürülse de televizyonların



izlenme oranının ölçülmesinde bile toplumun sosyoekonomik ve kültür bakımından sınıflandırıldığını görmekteyiz. Bu durumda sosyo ekonomik ve kültür bakımından toplumun en alt katmanında özellikle de kadının söz hakkının çok fazla olmadığı gerçeği karşısında kadının kefalet sözleşmesine rıza göstermede kendi özgür iradesini çok fazla kullanamayacağını söylemek mümkün olacaktır. Ama özellikle orta katmanda kefil olmak aile içinde sorunlara neden olacaktır. Kefil olan kişi kefil olduğu kişinin ödeyeceğine olan inancı ile kefil olur bu nedenle de kefil olurken risk alsın da bunu doğal karşılar. Ve kefil olacağını eşine bildirmez.

Kanun maddesi “*Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça*” ibaresini içermektedir. Bu durumda kişinin açılmış bir boşanma davası olması veya yerel mahkemece verilmiş bir boşanma kararının temyiz aşamasında olması durumunda bile eş rızası aranacak mı sorusu akla gelmektedir.

Türk Medeni Kanunu 170 ve devamında ayrılık kararını 197. maddesinde ise birlikte yaşamaya ara verilmesini düzenlemiştir. Yargıtay içtihatlarında “*boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunmakta*” olduğunu kabul etmektedir.

Bu durumda kişilerin mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı veya birlikte yaşamaya ara verilmesi kararı hatta açılmış bir boşanma davası var ise kefilin eşinin rızasının aranmayacağını söylemek mümkündür.

Burada tartışılması gereken bir konu da, eşler arasında evlilik sözleşmesi ile bir mal rejimi seçildiğinde eşin rızasının aranıp aranmayacağıdır. Mal rejimleri, evlilik birliği içinde elde edilen malların boşanma veya ölüm halinde tasfiyesine yönelik olduğundan, eşler arasında hüküm ifade eder.

Bu nedenle eşin kefil olurken rıza göstermesi halinde seçilen mal rejimi ne olursa olsun ancak ortak malların haczedilebileceğini söylemek mümkündür. Eşlerin kendi kişisel mallarının ise haczedilemeyeceğini düşünmekteyim.

Kefaletin türleri bakımından Borçlar Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında bir fark bulunmamaktadır. Yeni kanunda kefaletin türleri olarak adi, müteselsil ve birlikte kefalet türlerini düzenlemektedir.

Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486 maddesinde ;

*“Adi kefaletten kefilin borç ile mutalep olması ancak kefalet akdinden sonra borçlunun iflas etmesi veya hakkında takibat icra olunupta alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması yahut borçlu aleyhinde Türkiye’de takibat icrasının imkansız hale gelmesi ile mesruttur.*

*Alacaklının alacağı kefaletten evvel yahut aynı zamanda rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde, adi kefalette kefil borcun evvelemerde merhundan*

*istifa olunmasını talep edebilir. Fakat borçlu müflis ise yahut borçlunun iflâsı ilan olunmadıkça rehlin nakde tahvili kabil olmazsa bu hüküm cereyan etmez.”* Şeklinde düzenlenmişti.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise adi kefalette alacaklının, borçluya başvurmadıkça kefil takip edemeyeceği açıkça belirtilmiş ve belirlenen halde alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceğini düzenlemiştir.

*“Âdi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefil takip edemez; ancak, aşağıdaki hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir:*

- 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması,*
- 2. Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi,*
- 3. Borçlunun iflâsına karar verilmesi,*
- 4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.*

*Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehlinde de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflâsına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.*

*Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.”*

Borçluya konkordato mehli verilmiş olması durumu yeni kanunda düzenlenmiştir. Bana göre bu maddedeki eleştirilecek nokta adi kefalette doğrudan borçluya başvurma durumunda kesin aciz şartıdır. Kesin aciz yerine geçici aciz vesikası ile kefile başvurulabilmesi daha hızlı ve pratik olacaktır.

Bu maddenin üçüncü fıkrası yeni bir düzenlemedir. Alacaklının önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğunun sözleşme ile kararlaştırılması açığın kapatılması için kefaletle özgü bir düzenlemedir.

Kefaletin en çok uygulanan müteselsil kefalet türü 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda;

*“ Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehlini nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir.*

*Bu babın hükümleri, bu nevi kefaletle de tatbik olunur.” Şeklinde düzenlenmişti*

Oysa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda müteselsil kefalet;

*“Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.*

*Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.”* Şeklinde düzenlenmiştir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu müşterek müteselsil borçlu ibaresi, kefalet ile borç kelimesinin anlamının farklı olduğu gerekçesi ile kaldırılmıştır.

Yeni kanunda alacaklının kefilini takip etmeden müteselsil kefile başvurabilmesi için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın koşulsuz kalması veya borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olma şartı getirilmiştir. Açıkça ödeme güçsüzlüğü kavramı tartışılacaktır. Kredi borçlusu bankadan aldığı kredinin taksitlerini aksatmadan ödüyorsa, alacaklı ödeme güçsüzlüğü gerekçesi ile kefil nasıl takip edilebilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla tahsil edilemeyeceğinin hakim tarafından önceden belirlenmesi gibi somut bir tespitine bağlayan kanun koyucunun, ödeme güçsüzlüğü konusunda somut bir tespit aramaması düşündürücüdür.

Kefaletin bir başka türü olan birlikte kefalette de kapsamlı değişiklikler söz konusudur.818 sayılı Borçlar Kanunumuzda;

*“Birden ziyade eşhas birlikte mütecezzi bir borca kefil oldukları takdirde bunlardan her biri kendi hisseleri miktarınca adi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil sıfatı ile mesul olur. Kefiller, gerek asıl borçlu ile beraber gerek kendi beyinlerinde müteselsil olmaklığı iltizam etmişler ise her biri borcun tamamından mes’ul olup ancak diğerlerinin hissesi için onlara rücu hakkını haizdirler. Kefaletin, aynı borca diğer kimselerinde kefalet etmesi şartıyla vakı olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mes’uliyetten beri olur.”* denmiştir.

Yeni Türk Borçlar Kanunumuz ise;

*“Birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için âdi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur.*

*Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücutan önce de kullanılabilir.*

*Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de 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 kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.*

*Birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir.”*

Yeni kanun birden çok kişinin AYNİ BORCA birlikte kefil olmasını açıkça belirtmektedir. Yeni düzenleme, birlikte kefil olan tüm kefillere aynı anda takip açılmasını zorunlu kılmaktadır. Eğer bütün kefillere aynı anda takip yapılmaz ise, takip yapılan kefil sadece kendi payını ödeyebilir. Birlikte kefalette bir diğer kefilin kefaletten kurtarılması veya kefaletinin hükümsüz hale gelmesi ya da başka kişilerin kefaletine güvenerek kefil olması durumunda, o kişinin kefil olmaması durumunda kefalet borcundan kurtulmuş olacaktır.

Kefile kefil ve rücu kefil konusunda yeni kanunda sadece metin sadeleştirilmiş, anlam aynen korunmuştur.

Kefalet sözleşmesinde kefil ile alacaklı arasındaki ilişkiyi, kefilin sorumluluğunun kapsamını düzenleyen 589. Madde kapsamlı değişikliğe uğramıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 490. Maddesinde;

*“Kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden mes’uldür.*

*Kefil, alacaklının metalibini ifa ederek dava ikamesini bertaraf etmek için kendisine vakit ve zamaniyle ihtar vuku bulmuş olmadıkça asıl borçlu aleyhinde ikame olunan dava masrafını edaya mecbur değildir.*

*Faiz verilmesi şart edilmiş ise kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir.”*

Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise;

**“Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur:**

**1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları,**

**2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar,**

**3. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.**

**Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.**

**Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.”**

Bu madde ile kefilin sorumlu olduğu miktar ve sorumluluğunun başlangıç tarihi, net olarak düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca kefilin, sözleşmenin kurulmasından sonra kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktar kadar sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

Kefilin sorumluluğunun miktarı da şartlarla belirlenmiştir. Yargıtay, içtihatlarında **“Kefilin sorumluluğu kefalet limiti ve varsa kendi temerrüdünün hukuki sonuçları ile sınırlıdır.”** görüşünde idi. Bu düzenlemeler ile aynı görüşün devam edeceğini söylemek mümkündür.

818 sayılı Borçlar Kanununda “Muacceliyet” başlığı altında düzenlenen madde;

**“Borçlunun iflası sebebi ile asıl borç vadenin hululünden evvel muacceliyet kesbetse bile, kefil, asıl borcun ifası için tayin olunan vadeden evvel borcu ödemeğe icbar olunamaz. Asıl borcun muacceliyet kesbetmesi evvelce borçluya ihbar vukuuna mütevakkıf ise bu ihbar kefile de icra olunmak lazım gelir. Kefil hakkında borcun muacceliyet kesbetmesi ihbar günüünden başlar.”** Şeklinde idi.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise “Kefilin Takibi” başlığı altında;

**“ Borçlunun iflâsı sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.**

***Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.***

***Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar.***

***Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.”*** hükmünü taşımaktadır.

Kapsamlı değişiklikler yapılan bu maddede, borçlunun iflası halinde kefile vadeden önce takip yapılamayacağı ve asıl borcun muaccel olmasının önceden bildirimle ilgili ise kefile de bildirim yapılması şartı aynı şekilde düzenlemiş ise de kefilin aynı güvence karşılığında kendisi hakkındaki takibin mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu hakkında kesin aciz belgesi alınıncaya kadar takibin durdurulmasına karar verilebileceği hususu yeni bir düzenlemedir.

Bu durumda, özellikle banka kredilerinde, borçludan aynı zamanda rehinle teminat alınmış ise, kefil, hakkında açılan takibin aynı güvence karşılığında rehinlerin paraya çevrilmesi sonuçlanıncaya kadar kendi hakkındaki takibin durdurulmasına karar verilmesini talep edebilecektir.

Bu konuda tartışılması gereken aynı güvencenin ne kadar olacağı ve bu kararı hangi mahkemeden ne kadar süre içinde talep edebileceği konusudur.

Ödeme süresi içinde mi, yoksa süresiz şikâyet gibi her zaman mı bu yola başvurulabilecektir?

Bu talep İcra tetkik merciinde mi yoksa başka bir mahkemede mi ileri sürülecektir?

Takip çıkışı kadar mı, yoksa takip çıkışındaki rakamdan rehin bedeli çıktıktan sonra aradaki fark için mi aynı teminat gösterilecektir?

Aynı teminat gösterildiğinde mahkeme tedbir mi koyacak, yoksa başka bir işlemle mi alacağı teminat altına alacaktır?

Aynı teminat ibaresi bulunduğundan icra dairesine yapılacak depo veya sunulacak teminat mektubu kabul edilmeyecek midir?

Açılan bir icra takibi söz konusu olduğu için hakkında takip yapılan kefil, bana göre icra mahkemesinden takibin durdurulmasını isteyebilecektir. Ve bana göre bu hak, itiraz süresi içinde kullanılmalıdır. Hakkında takip yapılan

kefil, borç aynı zamanda rehin yolu ile teminat altına alınmışsa icra mahkemesine takibe itiraz süresi içinde başvurarak aynı güvence karşılığında takibin durdurulmasını isteyebilecektir.

Ancak menfi tespit davalarında teminat karşılığında takibin durdurulmasına karar verilebildiğini göz önüne alırsak, takip kesinleştikten sonra da kefilin bu talepte bulunabileceğini düşünebiliriz.

Bir bankadan 100.000 TL kredi alınmış ve kredi borcuna karşılık 200.000 TL lik gayrimenkul ipotegi tesis edilmiş ise, hakim, kredinin kat edildiği miktar kadar mı yoksa teminat altına alınmamış miktar kadar mı aynı güvence talep etmelidir.

Madde öncelikle rehlin paraya çevrilmesini öngördüğü için, bence rehlin paraya çevrilmesi yolu ile elde edilebilecek en düşük değer hesaplanmalı ve kredinin kat edildiği miktar ile rehlin paraya çevrilmesinden elde edilebilecek en düşük değer çıktıktan sonraki miktar ve yargılama masrafları hesaplanarak elde edilecek bir miktar aynı güvence olarak kabul edilmelidir.

Kanaatimce, hakkında takip yapılan kefil aynı güvence karşılığında takibin durdurulmasını talep ettiğinde, icra mahkemesi hâkimi, aynı güvencenin değerini bilirkişi marifetiyle belirlemelidir. Bu da ayrı bir yargılama demek olduğundan, bu süre içinde takibin geçici olarak durdurulmasına karar verilebilir.

Kanımcı, mahkemece taşınmaz üzerine tedbir kararı konulması yoluyla aynı teminat alınmış olacaktır.

Kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği defileri düzenleyen 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 497. maddesi;

*“Kefil, asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyer etmek hakkını haiz vebununla mükelleftir fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen defiler, müstesnadır.*

*Kefil, kendi kusuru olmaksızın bu defilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette kendisini borcunu edadan vareste edecek bu defileri dermeyer etmesinden nasi, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur.”* Şeklinde düzenlemiş idi.

Oysa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu;

**“Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır.**

**Asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürebilir.**

**Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemededen kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.**

**Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir.”**

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun def'ileri düzenleyen bu maddesinin ikinci fıkrası, yeni bir düzenlemedir. Buna göre asıl borçlunun ileri sürmekten vazgeçtiği def'iyi kefilin alacaklıya karşı ileri sürme hakkını getirilmektedir.

Üçüncü fıkrada ise, kefilin ödemede bulunduğu durumda asıl borçlunun kefilin def'ileri bildiği veya bilmesi gerektiği ve bunları ileri sürseydi borcu ödemedен kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybedeceği düzenlenmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 499 ve 500.maddelerinde “Esbabi subuti-yetin teslimi” ve “ Borçlarını ifa etmeyen alacaklının mesuliyeti” başlığı altında düzenlenen hususlar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 592. maddesinde “ Özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi” başlığı altında düzenlenmiştir.

***Madde 499-*** Alacaklı mekfulünbihi tediye eden kefilin borçluya rücu hakkını kullanmağa ve elinde bulunan rehinleri nakde tahvile medar olabilecek senetleri ona teslim mecburdur.

*Borç bir gayrimenkul rehin ile temin olunmuş ise alacaklı rehin hakkının kefile devri için ifası lazım gelen merasimi icra ile mükelleftir.*

***Madde 500-*** Alacaklı kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefelatin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı kefilin zararına olarak tenkis eder veya elinde bulunan delaili elden çıkarırsa kefile karşı mes'ul olur.

*Resmi memurlar ile müstahdemlere kefalet vukuunda alacaklı, bu borçlular hakkında ifasıyla mükellef olduğu nezareti icrada ihmal eylediği ve borç bu ihmalden tevellüt ettiği yahut ihmal vukubulmamış olsaydı bu nisbette tezayüt etmiyeceği muhtemel bulunduğu takdirde dahi mesuldür.*

**Madde 592-** Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.



Çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefinden isteyemez.

Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacaklıları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıracıya önce geldikleri ölçüde saklıdır.

Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.”

Bu maddede, alacaklının kefilin haklarını gözetme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Alacaklı, kefilin zarar uğratabilecek şekilde rehinleri azaltamayacaktır. Yani bir banka kredisinde aynı zamanda bir rehin var ise, alacaklı, rehni kaldırır ise kefilin sorumluluğu da bu oranda azalacak veya ortadan kalkacaktır.

Alacaklı, borcu ödeyen kefile, kefilin haklarını kullanabileceği borç senetlerini ve gerekli bilgileri verecektir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda “Tediye kabule veya kefaletten tahsile mütedair haklar” başlığı altında;

*Borç muacceliyet iktisap edince, kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten tahsile icbar edebilir. Alacaklı edayı kabul etmez yahut haiz olduğu teminatı ona ita ve nakilden imtina eylerse kefil kendiliğinden kurtulur.”* Şeklinde düzenlenmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise konuyu, “Ödemenin kabulünü isteme” başlığı altında düzenlemiştir.

“Borçlunun iflâsı sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmî ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır.

Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin so-

**rumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.**

**Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.”**

Burada yapılan yenilik, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabullenenden kaçındığı takdirde kefilin borcundan kurtulacağı düzenlemesidir.

Kefilin asıl borcu, borç muaccel olmadan önce alacaklının rızası ile ödemesi halinde borçluya rücu hakkını ancak vadesinde kullanabileceği de açıkça belirlenmiştir.

Alacaklının, borçlunun borcu ödemede gecikmesi ve iflas ile konkordato durumunda alacağını kaydettirme zorunluluğu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde düzenlenmiştir.

*“Borçlu, iflas eder ise alacaklı alacağını iflas masasına kayıt ettirmeğe mecburdur Alacaklı, borçlunun iflasına muttali olur olmaz ondan kefilini haberdar etmekle mükelleftir. Böyle yapmadığı takdirde bu tekasülüünden dolayı kefile terettüp eden zarar nisbetinde kefile karşı haiz olduğu haklarını gaip eder.”*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 594. maddesinde daha detaylı olarak düzenlemiştir.

**“Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde yada yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.**

**Asıl borçlunun iflâsına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflâs ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir.**

**Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmese, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder.”**

Kefil ile borçlu arasındaki ilişki de düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki

*“Aşağıdaki hallerde kefil, borçludan teminat itasını ve eğer borç muaccel ise kendisinin kefaletten kurtulmasını talep edebilir.*

*1- Borçlu kefile karşı vukubulan taahhütlerine ve bilhassa muayyen bir müddet zarfında kendisini kurtaracağına dair olan vaadine muhalif hareket ettiği takdirde.*

2- Borçlu mütemerrit bulunduğu takdirde.

3- Kefil, gerek dışarı olduğu zayıf gerek kendi tarafından irtikap olunan bir kusur sebebi ile kefaleti kabul ettiği zamandakinden ziyade tehlikelere maruz olduğu takdirde.” Şeklindeki düzenleme düzeltme ve sadeleştirilmekle;

**“Kefil, aşağıdaki durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir.**

**1. Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa,**

**2. Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse,**

**3. Asıl borçlunun malî durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa.”** Şeklini almıştır.

Ancak bu madde, uygulamada çok da anlam ifade etmemektedir. Çünkü bu maddedeki hakları kefil borçluya karşı ileri sürebilir. Örneğin bankadan kredi alan kişiye kefil olan kişi, borçlunun kendisini belli bir süre içinde borçtan kurtarma vaadine aykırı davrandığında, kefil kendisinin kefillikten kurtarılmasını istese ama borçlu bunu kabul etmezse, bir müeyyidesi yoktur. Borçlunun temerrüde düşmesi veya mali durumunun bozulması halinde kefil, kendisinin kefaletten kurtarılmasını borçludan talep etse bile alacaklı kefil kefillikten çıkarılamaz.

Kefilin bu hakkını kullanmasının şekli ve zamanının belirlenmemiş olması da, müeyyidesinin olmaması gibi önemli bir eksikliktir.

Kefilin rücu hakkı da, yeni kanunda daha ayrıntılı düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda; *“Kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında, ona halef olur. Bu halefiyet kaidelerinden evvelce feragat etmek caiz değildir. Su kadar ki kefil ile borçlu beynindeki hukuki münasebetlerden mütevellit dava ve defî hakları mahfuzdur.”* şeklindeki düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda;

**“Kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir.**

**Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifade bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir.**

**Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır.**

Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir.

**Kefilin rücu hakkına iliksin zamanaşımı, kefilin alacakhya ifada bulunduğu anda islemeye baslar.**

**Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur”** şeklinde daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

Bu madde uyarınca kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde haklara sahip olacak, kefalet sözleşmesinde verilen güvencelerden ödediği kadar alacaklı olacaktır. Kefilin rücu hakkında zamanaşımının, alacaklıya ifada bulunduğu an başlayacağı da açıkça belirtilmiştir

4 fıkra yapılan düzenleme, bana göre açık değildir. Fıkra “borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde, malikin kefile rücu hakkını ancak kefil ile arasında bir anlaşma olması” halinde kullanabileceğini ifade etmektedir. Diyelim ki bir bankadan kredi kullanan borçluya bir rehin veren kefil ve bir de rehin vermeyen kefil var. Rehin veren malikin rehni paraya çevrildiği takdirde, rehni paraya çevrilen malik diğer kefileden ancak aralarında yazılı bir anlaşma var ise rücu hakkını kullanabilecektir. Kanaatimce fıkra kastedilen budur. Eğer, benim bu yorumum doğru ise kefilin ödediği miktar dolayısıyla diğer kefillere başvurma hakkı anlaşma şartına bağlanmış olur ki bu da kefalet hükümlerindeki ana düşünceye aykırıdır. Kefillerin aralarında da yazılı bir anlaşma yapması yükümlülüğü getirir.

Kefilin bildirim yükümlülüğü konusu ise;

*“Kefil, tediyei asıl borçluya ihbar etmemesinden dolayı asıl borçlu ikinci defa olarak borcunu eda ederse kezaik kefil rücu hakkını gaip eder. Alacaklı, aleyhine haksız mal edinmesinden dolayı dava hakkı mahfuzdur.”* Şeklinde düzenlenmişti.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bildirim yükümlülüğünü daha net ifadelerle düzenlemiştir.

**“Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır.**

**Kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeden borçlu da alacaklıya ifade bulunursa, rücu hakkını kaybeder.**

**Kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır.**

Kefaletın sona ermesi de, bir bütün olarak düzenlenmiştir. Ayrıca” kefaletten dönme” de yeni bir düzenleme olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa getirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu(na göre;”*Asıl borç, her hangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur.*” Şeklindeki düzenleme Türk Borçlar Kanununda kefaletın unsurlarından biri olarak getirilen tarih şartının da nedenini açıklamaktadır.

**“Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur.**

**Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır.**

**Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.**

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

**Kefalet süresi, en erken kefaletın sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir.”**

Borçlar kanununda asıl borcun sone ermesi ile kefilin borçtan kurtulacağına ilişkin hükmün yanı sıra, kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren 10 yıllık süre geçince kefalet sözleşmesinin uzatılmaması halinde kefaletın sona ereceği de, açıkça ifade edilmiştir.

Kefaletın 10 yıllık süre dolmadan en erken 1 yıl önce azami 10 yıllık bir süre için uzatılabileceği açıkça belirtilmiş ise de, bu yenilemenin sadece bir kez mi yapılabileceği açık değildir. Bu durumda 01.01.2012 tarihinde kefil olan kişinin kefaleti 01.01.2021 tarihinden kefaletın sona ereceği 01.01.2022 tarihine kadar olan süre içinde 10 yıl daha uzatılabilmesi mümkündür. 01.07.2021 tarihinde yenilediğinde kefaletın bitiş tarihi 01.07.2031 mi olacaktır yoksa 01.01.2032 mi olacaktır sorusu akla gelecektir. Bana göre uzatma olduğu için kefaletın bitiş süresi 01.01.2032 tarihi olmalıdır. Zira kefalet uzatılmaktadır. Uzatılma da bitiş tarihinden itibaren geçerli olacaktır. Bu durumda da kefaletın yazılı olması, eşin rızası vb şartlar aranacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olmayan "Kefaletten Dönme" konusunu da düzenlemiştir. Buna göre;

## II. Kefaletten dönme

**"Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya malî durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.**

**Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür."**

Buradaki en önemli nokta, gelecekte doğacak bir borç için verilen kefalette kefilin BORÇ DOĞMADAN kefalet sözleşmesinden dönebileceğidir. Borç doğmuşsa, kefaletten dönme söz konusu olmayacaktır. Kanun maddesinde, kefilin alacaklıya yazılı bildirimde bulunması şartı aranmıştır. Kefilin bu şartı yerine getirdiği kanıtlayabilmesi için, bunu noterden bildirmesi gerektiğini düşünüyorum. Kefilin bu hakkı alacaklıya ulaştığı an, borç doğmamışsa kefaletten dönme bir sonuç doğuracaktır. Bir arkadaşının kullanacağı kredi için kefil olan kişi daha kredi verilmeden ama kredi sözleşmesine kefil sıfatıyla imza atmışsa, bankanın borçlunun hesabına krediyi yatıracağı güne kadar kefaletten dönebileceğini söyleyebiliriz.

Maddenin ikinci fıkrasındaki *kefilin, alacaklının kefalete güvenmesi nedeniyle uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü* ifadesi muğlak bir ifadedir. Zira borç doğmamışsa alacaklının nasıl bir zarara uğramış olabileceği tartışılır.

Kural olarak her sözleşmenin bir süresi vardır. Bu nedenle kefalet sözleşmesi de süre bittiğinde sona erecektir. Bu husus 818 sayılı Borçlar Kanununda;

*"Bir kimse mahdut bir zaman için kefil olupta bu zamanın inkızasını takip eden bir ay zarfında alacaklı bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse yahut takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefaletten beri olur."* Şeklinde düzenlenmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise;

**"Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur."** şeklinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, Kefaletin sürelî yapılması alacaklı ile kefil arasında gerçekleşmiş bir anlaşma sonucu olduğundan, süre bittiğinde kefaletin sona ermesinin alacaklının iradesine aykırı bir durum olmadığı belirtilmiştir.

Kefaletin süreye bağlı olmadığı durumlarda ne olacağı ise 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda;

*“Kefalet gayri mahdut bir zaman için akdolanmış ise asıl borç muacceliyet kesbettikten sonra kefil alacaklıdan bir ay zarfında icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini ve uzun müddet fasla vermeksizin takibata devam etmesini talep edebilir.*

*Bir borcun muacceliyet kesbetmesi alacaklı tarafından borçluya ihbar vukuuna mütevakkıf olmadığı takdirde, kefil, kefaleti tarihinden bir sene sonra alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını ve borç muacceliyet kesbedince yukarıda zikrolunduğu veğhile icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini talep edebilir. Alacaklı, kefilin bu talebini nazara almazsa kefil kefaletten beri olur.”* Şeklinde düzenlenmişti.

Oysa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu;

**“Sürelı olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, âdi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.**

**Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.**

**Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmemezse, kefil borcundan kurtulur.”** şeklinde düzenlenmiştir.

Sürelı olmayan kefaletin türlerine göre sona ermesi birinci fıkrada düzenlenmiştir. Madde çok büyük bir değişiklik getirmemiş eski kanundaki madde nin daha arı bir dille yazılmış halidir.

Çalışanlara sürelı olmayan kefaletin sona ermesi şeklindeki düzenleme 818 sayılı Borçlar Kanununda “memur ve müstahdem hakkında kefalet” başlığında düzenlenen;

*“Resmi bir memura gayri mahdut müddet için kefil olan kimse, her üç sene de bir kere ertesi sene nihayetinde muteber olmak üzere kefaleti feshettiğini ihbar edebilir. Bir müstahdem için vukubulan kefalet üç sene devam ettiği takdirde, hüküm yine böyledir.”* Hükümü,

*“Çalışanlara sürelı olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir.”* Şekline getirilmiştir.

Düzenleme ile süresi belli olmayan kefalette, kefil olunan “resmi bir memur” ve “müstahdem” yerine “çalışanlar” ibaresi ile kullanılmıştır. Böylelikle de kapsam genişletilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet hükümlerini düzenleyen son maddesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olmayan bir düzenlemedir. Bu madde;

**“Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve esin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.”** Şeklinde düzenlenmiştir.

Bu madde ile kefil korumak için başka adlar altında (örneğin üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi gibi) yaptıkları sözleşmelerde de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

### **SONUÇ :**

**Yapılacak sözleşmelerde alacaklının, borçlunun edimini yerine getirmesi, borçlunun edimini yerine getirmediği takdirde ise edimin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğrayabileceği zararı temin için bir başka kişinin güvencesini araması özellikle günümüz ticari hayatı için bir gerekliliktir.**

**“İşin yoksa şahit ol, paran çoksa kefil ol” gibi yerleşmiş atasözümüz bile, kefillikten uzak durulmasını öngörüyor ise de kefalet esasında dayanışmanın bir türüdür.**

**6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Kefalet sözleşmesi eski kanunumuza göre daha iyi bir dille tanımlanmış, kefalet sözleşmesinin şekil şartlarını daha da ağırlaştırmıştır. Özellikle, esin rızası konusu nedeniyle kefalet sözleşmeleri kurulması daha zor hale gelmiştir.**

**Kefalet sözleşmesinin, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın ve kefalet türünün müteselsil veya bu anlama gelecek bir tanımla ve kefaletin başlangıç tarihinin kefil tarafından el yazısı ile yazılması suretiyle yazılı bir şekilde yapılması ve kefalet sözleşmesinin kurulacağı ana kadar esin rızasının aranması Yargıtay'ın “kendisine ait olmayan bir borç için sorumluluk altına giren, hatta, müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda asıl borçludan bağımsız olarak tek başına doğrudan doğruya takip edilebilmesi bile olanaklı bulunan kefil, kefalet sözleşmesi konusunda etraflıca düşünmeye sevk etmek ve böylece onları sözleşmenin doğurması muhtemel riskleri tam olarak bilerek hareket etmesi” düşüncesi ile uyumludur.**

Yeni kanun ile kefalet sözleşmelerinin, eskisinden daha zor kurulabileceğini ve özellikle de esin rızası nedeniyle yeni sorunların ortaya çıkacağını düşünüyorum.

Bazı maddelerin uygulanmasının Yargıtay içtihatları ile standarda ulaşabileceğini düşünüyorum.





## 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış

■ Afhan TOPEL\*

### GİRİŞ

*Kefalet Sözleşmeleri*, sözleşmelerin teminata bağlanması ihtiyacı üzerine doğan ihtiyacı gideren ve kendisi de başka bir sözleşmenin yanısıra var olabilen yani “illi” nitelikte, kişisel teminat mahiyeti taşıyan çözümlerdir. Gerçekten gerek toplumsal ve gerek ticari yaşamın eski Roma Hukukundan beri parçası olmuştur. Antik Roma’da bu sözleşmeler Kefalet Sözleşmeleri sözlü akit mahiyetinde “*stipulatio*” olarak vardır ve özü bir kefalet taahhütünü içeren icap-kabul anlaşması niteliğindedir.

Eski İslam Hukukunda son derece ayrıntılı ve çok fonksiyonlu bir kavramlar grubu sayabileceğimiz Kefalet Sözleşmelerine dair Mecelle; kefalet, “*bir şeyin, hak sahibi tarafından talep edilmesi hakkında zimmeti zimmete eklemektir.*” (md.53 Mecelle) şeklinde yaptığı düzenleme ile İslam Hukuk düzenlemesinden kıta Avrupası düzenlemesine bir yakınsama elini uzatmıştır ki bu bir bakıma mülga 818 sayılı B.K. düzenlemesi arasında bir ortalama gibidir.

Mülga eski BK. md. 483. ise; “*Kefalet bir akittir ki, onunla bir kimse (kefil), üçüncü bir şahsın (borçlunun) borcunun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder*” demektedir.

### Md. 581.

6098 sayılı yeni T.B.K. ‘da Onbeşinci bölüm “*Kefalet Sözleşmesi*” başlığı altında ele alınmıştır. Buna göre “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*” (TBK.md 581)

“*Yeni düzenleme, kefilin borcun ifa edilmeyen kısmını tazmin etme dışında bir borcu olmadığını daha iyi yansıtmaktadır.*” (Prof.Dr. Turgut ÖZ-Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler İstanbul-2012)

### Md. 582.

Kefalet sözleşmeleri mevcut ve geçerli doğmuş borç için olabileceği gibi gelecekte doğacak yahut doğması muhtemel bir borç için kurucu şarta tabi

\* Av. İzmir Barosu Üyesi

olarak da yapılabilir.

Yanılma yahut ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olacağı baştan belli olan bir borç ilişkisinde ve bunu bilerek kefalet güvencesi veren kefil daha sonra bu geçersizliği öne sürerek kefillikten kurtulamaz.

Yasa koyucu bu maddeye ilişkin yeni bir düzenleme yaparak zamanaşımına uğramış bir borca da bu mahiyette kefil olunması halinde kefaletin geçerli olacağını düzenleme altına almıştır. Bu halde, ilginç bir sonuç ortaya çıkacaktır asıl borçlu zamanaşımı defini kullanabilirken kefil bu defiden yararlanamayacaktır. Bu maddeye ilişkin zamanaşımına uğramış borcu ödeyen kefil ve asıl borçlu arasındaki rucû ilişkisi bir çok farklı uygulamaya konu olacak gibi görünmektedir.

### **Md. 583.**

Kefalet sözleşmeleri önceki uygulamada adi yazılı şekle tabi bir akitti, yeni düzenlemede bu özel nitelikte bir yazılı akit uygulamasına dönüşmüştür, zira yasa koyucu kefalet sözleşmelerindeki bazı unsurların yazılı hemde *“kefilin el yazısı ile yazılı”* olmasını şart olarak getirmiştir. Bunlar; Kefilin

- a) Sorumlu olduğu azami miktarı,
- b) Kefalet tarihini,

c) Müteselsil kefil, olması durumunda bunun da kefilin el yazısı ile ikrar edilmesini, yeni TBK. diliyle tanınmasını aramıştır (ikrar kelimesi yerine seçilen tanıma kelimesini isabetli bir seçim olarak görmediğimizi, aynı kelimenin gerek yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve gerekse aile hukukunda, nesebin tanınması ile ilgili terimler olarak kullanıldığını, aynı kelimeye bir çok farklı kavramı yüklemenin dilde sadeleşme değil karışıklık yaratma sonucu doğuracağını düşünüyorum) .

Üstelik, bu konuda verilecek vekaletname ve her türlü yetkilendirmelerin de aynı *“asilin el yazısı ile yetkilendirme”* ile olması düzenleme altına alınmıştır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler ile kefilin sorumluluğunda artışa gidilmesi hallerinde aynı şekil şartları ile işlem yapılması gerekecektir.

Bunun yanısıra açıkça düzenlenmemiş olsa da, md. 584 ‘de kefile verilecek eş rızasının da aynı şekil şartına tabi olacağını kıyasen söylemek gerekecektir. Yani eşin rızasının da açıkça yazılı olarak ve 583. madde de yazılan unsurlar çerçevesinde bir kişisel el yazısı ürünü ile alınması gerektiği kanısındayız.

Öte yandan yasanın tasarısı aşamasından bu yana tartışılan birde konu doğmuştur, okuma-yazma bilmeyenler ile yazı yazamayacak durumda olanların kefil olması bu emredici hükümlerle ortadan kalmış gibi görünmektedir (**Prof.Dr.**

**Turgut ÖZ-Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler İstanbul-2012 sf. 120).** Buna karşılık, “özel koşullarda yapılacak irade beyanlarının kayıt altına alınmasından ibaret olan bir çok hukuki işlemi yapabilmeyen şahsın özel olarak bu sözleşmeyi yapamamasının hukuk mantığına aykırı olduğunu düşündüğümüzü belirtmek gerekir. Notere gidip sözlü olarak vasiyet yapabilen, Tapu Müdürlüğüne gidip malvarlığı alıp satabilen bir kişinin kefalet sözleşmesi de yapabilmeyi gerektirir.

#### **Md.584.**

Görüldüğü üzere, kefalet aktinde üçlü bir hukuki ilişki mevcuttur. Bunlar; alacaklı, borçlu ve borçlu adına yükümlülük üstlenen kefiledir. Bu üç tarafın yanısıra birde kefalet ilişkisinin konusunu da dikkate aldığımızda kefalet aktine ait dört ana unsur olduğunu görürüz. Yeni yasa kefalet aktinin bu dört ana unsuruna bizim kanımızca yeni bir unsur eklemiştir buna şartlı unsur da diyebiliriz, şöyle ki, “şartlı unsur” sadece kefilin evli olması halinde devreye girmektedir, bu da TBK. md 584 ‘de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre evli olan kefillerin eşlerinin yazılı rızasının alınması gerekecektir. Tabii bu durumda yukarıda bahsi geçen temel unsurların sayısı değişmektedir. Kanaatimizce bu yasal düzenlemeden sonra eş rızası kurucu ve emredici nitelikte olduğuna göre kefilin eşini de taraf sayma zorunluluğumuz bulunacaktır. Zira, kefalet karşılıksız bir akittir. Zira üçlü akti ilişkide asıl alacaklıya karşı kefil borç yükü altına girse de, asıl alacaklı bakımından kefile karşı bir borç yüklenilmediğinden karşılıksız bir akittir ve teminat gayesi güden bir akittir (**H.Veldet Velidedeoğlu-Medeni Hukukun Umumi Esasları-1948 İstanbul- sf.347-350**). Doğal olarak toplumsal yaşamın gelişimi yasaların değişiklikleri ile eşlerin aile malvarlığı üzerindeki fiili ve hukuki hakimiyetine ilişkin değişiklikler kefalet hukukunda da daha önce Yargıtay Kararları yapılan uygulamaların büyük bir kısmının yasallaşması sonucunu doğurmuştur. Zira, kefalet ilişkisinde kefil ile alacaklı arasında akti karşılıklılık bulunmamaktadır. Kefilin ekonomik kaybının aileyi etkilemesi kaçınılmaz görüldüğünden bu konuda eşe verilen hak ve yetkilere dair yapılan yasal düzenlemenin yerinde olduğu kanısındayız.

Eşlerden biri hakkında mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı yahut yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça eşin rızası aranacaktır.

“*Kefilin sorumluluğunu arttıran*” tüm sözleşme değişikliklerinde aynı eş rızasının aranacağı yine yasa koyucu tarafından düzenlenmiştir, kefil yararına olan düzenlemeleri azaltmayan değişiklikler için rıza şartı aranmayacaktır. Bu konuda md. 583 de belirtilen şekil şartlarının eşin rızasına dair alınacak beyanda da geçerli olacağı kanısındayız.

#### **Md.585.**

Adi kefalette alacaklı öncelikle borçluya başvurmadıkça kefilin takip edemez, ancak bunun istisnaları;

- 1-) Borçlu aleyhine aciz vesikası alınmış olması,
  - 2-) Borçlu aleyhine Türkiyede takibatın imkansız hale gelmesi,
  - 3-) Borçlunun iflasına karar verilmesi, halleri 818 sayılı BK. ‘dan gelen var olan istisnalarda yasa koyucu yeni düzenleme ile buna;
  - 4-) Borçluya konkordato mehli verilmiş olması,
- sebebini de ilave etmiş bütün bu hallerde doğrudan kefile müracaat mümkün bulunmaktadır. Burada kıyasen “*iflas ertelemesi*” hallerinde de aynı hükmün uygulanabileceği düşüncesindeyiz.

Yine md. 585 gereği aynı borç ilişkisinde rahin de mevcutsa kefil öncelikle rehne müracaat edilmesini talep edebilecektir, istisnası ise yukarıda 3 ve 4 maddelerde anlatılan ise iflas ve konkordato halleridir, iflasa karar verilmişse yahut konkordato mehli verilmiş ise bu takdirde önce rehne müracaat hükmü dahi uygulanamaz.

Sözleşme ile yukarıda sayılan dört maddedeki istisnalar değiştirilerek önce borçluya başvuru zorunluluğu da getirilebilir kanun koyucu bu hususu ayrıca bir alt fıkra olarak md.585/3 son cümle ile düzenlemiştir.

#### **Md. 586.**

Bu madde de yeni düzenlemeden önce müteselsil kefil ve müşterek borçlu kavramları yahut bu anlama gelecek bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi taahhüt etmiş ise bu halde alacaklı asıl borçluya yahut rehne müracaat etmeksizin kefile başvurabilmekteydi, oysa yeni düzenleme ile bu sonuca varabilmek için müşterek borçlu yahut müteselsil kefil veya bu anlama gelen denilerek kavramların hukuksal sonucu aynı yahut benzer olmasının yeterliliği öncelikle belirlenmiş sonrasında bu kefile başvuru şarta bağlanmıştır. Zira uygulamada adı farklılaştırılarak fiili kefalet sözleşmelerinin mesela Garanti sözleşmesi adı altında yapılması yaygındır, yeni uygulamadan sonra bu isim farklılaştırması ile kafaletin yasal düzenleme kapsamından kaçış alacaklılar açısından daha zor olacaktır.

Madde kefile başvuru için;

1- “... *Borçlunun, ifada gecikmesi..*” ni esas almış (bu gecikme durumunu temerrüde düşme olarak değerlendirmek gerektiği yolunda doktrinde mutabakat vardır. **(Prof.Dr. Turgut ÖZ-Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler İstanbul-2012 sf. 123)**

2- “...*ve ihtarin sonuçsuz kalmış olması*” ... denmekle de ihtar şartı getirilmiştir, madde;

3- “...*veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir...*” denilmekle konuyu evraka yahut tespite bağlı belgelendirilmiş yahut olguya dönüşmüş bir acizlik durumuna yönlendirmiştir.

Öte yandan 585/2; Alağın teslimine bağı bir taşınır rehni yahut alacak rehni ile teminatlandırılması durumunda rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamayacağı da düzenleme altına alınmıştır. Bunun istisnası ise;

1- Alacağın, rehnin paraya çevrilmesi durumunda bile tamamen karşılanamayacağı hakim hükmü ile anlaşılması hali ile,

2- Borçlunun iflası,

3- Konkordato mehli verilmesi hallerinde,

rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulabilir. Yine burada kanunda açıkça yazılmamakla birlikte, kıyasen iflas erteleme kararıyla aynı nitelikte olduğu düşünülebilir.

### **Md.587**

Bu madde de birden çok kefilin bulunduğu borç ilişkilerine özgü bir değişiklik getirilmiştir, bu değişikliğe göre; “...Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödemiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücuda önce de kullanılabilir.” denmiştir. Burada Prof.Dr. Turgut ÖZ’e göre yeni bir def’i hakkı doğmuştur. Daha önceki yasa da diğer kefillere de icra takibinin yapılmasının def’i olarak ileri sürülebilmesi mümkün değildi. Yine borcu ödeyen kefilin asıl borçludan önce diğer kefillere de müracaatı ilk kez açıkça düzenlenmiştir.

Yine 587 / 3 ile daha önce açıkça yazılmayan başka kişilerle birlikte kefil olmayı ancak bir başkasının da kefil olması ile kabul eden yahut edecek kefile yönelik “...kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması yada kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.” demiştir. Birlikte kefillik açısından daha önce tek tek sayılmayan maddeler açıkça ortaya konmuştur bu haliyle uygulamada sıkça kullanılabilir bir madde olacaktır.

### **Md.588**

Bu maddede kefile kefil olma ve kefilin borçludan rücu alacağı için güvence verenin de kefil olacağı düzenlenmiştir, içerik ve öz olarak eski yasanın 489. maddesi ile aynı olmakla birlikte daha sade bir Türkçe metin söz konusudur, yapısal bir yeni düzenleme bulunmamaktadır.

### **Md.589**

Bu madde de önemli düzenlemeler vardır,

589 / 3 gereği, “sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

589 / 2 ise şöyle demektedir; “Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azami miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden (ferilerden) sorumludur;

1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları.

2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla (ihtar), borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar.

3. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.

589 / 4 ile de yeni bir düzenleme yapılmıştır buna göre; “*Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.*” denmiştir.

### **Md.590**

“Borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.

Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilineceye ve borçlu aleyhine yapılan takip neticesi aciz belgesi alınincaya veya konkordato kararına kadar kendisine yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.” Yeni düzenleme ile aynı güvence karşılığı kefilin takibi durdurma hakkı önemli bir haktır uygulamada takdir olarak kullanılagelen bir hukuki uygulama daha yasalasmıştır.

Öte yandan 590 / 4 nadede de yurt dışında olduğu için borcunu o ülkedeki özel bir durum yahut uygulama yüzünden yerine getiremeyen borçlu için bir düzenleme öngörülmüştür buna göre borçlunun borcunu ödemesi o yabancı ülkenin yasaları gereği imkansız hale gelmiş yahut sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.

### **Md.591**

“Kefil asıl borçluya ve mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.”

Burada def’ilerin kefil için de geçerli olduğu ve bunların süresinde ileri

sürülmelerinin gerekliliği vurgulanmaktadır. Öte yandan asıl borçlunun vazgeçtiği def'ileri de kefilin ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Bunun istisnası ise asıl borçlunun vazgeçtiği bir def'inin kefil tarafından bilinerek kefaletin kabul edilmiş olma halidir, tabii ki ispat yükü alacaklıya düşecektir.

591 son madde de ise *“Kumar ve bahisten doğan kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir”* olarak yeni bir düzenleme getirilmiştir.

### **Md.592**

*“Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağına özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu buna uygun düşen miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.”*

592/1 uyarınca, kefilin zararına isteyerek yahut istemeyerek asıl borçlunun teminatlarının azaltılamayacağı, aksine hareket halinde bunun ödeme sırasında kefil yararına dikkate alınacağını yani borç da bir indirim sebebi olabileceği düzenlenmiştir.

592/3 ise önceki yasada yer aldığı gibi, borcu ödeyen kefile asıl borçlu tarafından sağlanan rehin ve sair teminatları devir yükümlülüğünü düzenlemiştir, yeni yasada devri gereken rehin vesair haklar üzerinde alacaklının başka alacakları nedeniyle var olan rehin ve hapis hakları gibi haklarının, kefilin haklarından sıraya önce geldikleri ölçüde saklı olduğu düzenlenmiştir.

592/4 'de asıl alacaklının haklı bir sebep olmasızın yahut ağır kusuruyla mevcut belgeleri ve rehinleri elden çıkartması yahut gereken özen ve sorumluluğa uygun davranmaması halinde kefilin, borcundan kurtulacağı yahut kısmi ödemeyi geri isteyebileceği hatta doğmuş zarar ve ziyanının tazmini yoluna gidebileceği düzenlenmiştir.

### **Md.593**

Borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini isteyebilir (593/1). Birden çok kişinin kefaletinin sözkonusu olduğu durumlarda alacaklı kefillerden birinin yapacağı ödemeyi, ödemeyi öneren kefilin payından az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır (593/1).

Alacaklının kabulü ile kefil, asıl borcu muaccel olmasından daha önce de ödeyebilir. Ancak bu halde asıl borçluya karşı asıl borcun vadesinden önce rücu edemeyecektir.

### **Md.594**

Asıl borçlu ana paranın veya yarım yıllık yada yıllık, dönemsel faiz öde-



melerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstem halinde kefile her zaman asıl borcun kapsamı hakkında bilgi vermek zorundadır (594/ 1). Uygulamada özellikle finans kuruluşlarından bu bilgilerin alınması avukat sıfatı ile dahi zor olabiliyordu, konunun yasal bir düzenleme ile yapılması uygulama kolaylığı sağlayacaktır. Öte yandan, asıl alacaklının kefil ile iletişim halinde bulunmasına yönelik yasada bir teşvik olduğu göze batıyor, kefiller açısından yararlı olacaktır. Eski yasada konu sadece iflas açısından düzenlenmiş ve asıl borçlunun iflası halinde haber verilmesi gerekiyordu. Konunun konkordato olarak da genişletilmesi yine kıyasen iflas erteleme kararları açısından da kıyasen uygulanabilirliğini tartışmaya açacaktır.

### **Md.595**

Kefil bazı durumlarda kendisinin borçtan kurtarılmasını alacaklıdan yahut güvence verilmesini asıl borçludan talep edebilir, bunlar;

595/1-1 *“Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülükler, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa.”*

595/1-2 *“Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse.”*

595/1-3 *“Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa.”*

Yeni düzenlemede 2. ve 3. bentler eklenmiş ve gelişen ve global olarak büyüyen ekonomik yaşamın çok ülkeliliği ve ekonomideki hızlı değişimleri yasa koyucu dikkate almıştır.

### **Md.596**

Rücu hakkı düzenlenmiştir, kefil alacaklıya karşı yaptığı ifa kadar alacaklının haklarına halef olur. Kefil bu hakkı ancak asıl borç muaccel olunca kullanır (596/1)

Burada özellikle aksi kararlaştırılmamışsa kefalet sırasında var olan haklar ve sonradan özellikle bu alacak için verilmiş olan haklara helefiyet asıldır (596/2)

Kefaletli bir borç ilişkisinde üçüncü şahıs tarafından asıl boka karşılık sonradan rehin verilmesi hali 596/4’de düzenlenmiştir, buna göre rehin veren yani malik rehinin paraya çevrilmesinden yahut asıl borcun malik tarafından ödemesinden sonra sadece iki halde kefile gidebilir, bunlardan birincisi kefile arasında bir kefalet sözleşmesi olması hali ikinci hali ise rehinin kefaletten sonra verilmiş olması halidir (596/4).

### **Md.597**

Bu madde de kefilin bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre ke-

filin borcu kısmen yada tamamen ödediğini asıl borçluya bildirmesi gerekir (597/1), bu bildirim yapılmaması sebebiyle borçlu tarafından ödeme yapılması halinde, kefil kendi yapmış olduğu ödemeyi asıl borçludan rücu ile talep etme hakkını kaybedecektir (597/2). Bu halde kefilin sebepsiz zenginleşme nedeniyle asıl alacaklıdan kefaletle dayalı olarak yapmış olduğu ifayı geri isteme hakkı saklıdır (597/3).

### **Md.598**

Hangi sebeple olursa olsun asıl borç ortadan kalktığında kefaletle sona erecektir (598/1). Borçlu ve kefil sıfatları zamanla aynı kişide birleşmiş olsa dahi, alacaklı açısından lehte sonuçlar doğuran kefaletle dair özel yararlar ortadan kalkmaz (598/2). Kefalet sözleşmeleri için on yıllık süre öngören yeni düzenleme (598/3) bunun aksine yapılan sözleşmeleri de geçersiz saymıştır (598/4) (eski sözleşmeler için uygulama yasasını da dikkate almak gerekir). Yine en erken sözleşmenin dolmasından bir yıl önce yapılmak koşulu ile azami on yıllık süre için yeni dönem uzatma öngörülmüştür (598/5), yapılacak uzatma sözleşmesinin dahi kefalet sözleşmeleri için yasanın zorunlu kıldığı koşullara göre yapılması gerekmektedir (598/5) .

### **Md.599**

Kefaletten dönme sadece gelecekte doğacak bir borca ilişkin olarak öngörülmüştür. Borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu kefalet sözleşmesinin yapılmasından ama borcun henüz doğmasından evvel olmak koşulu ile önemli ölçüde bozulmuşsa veya kefil açısından borçlunun durumu kefalet sözleşmesine imza attığı tarihte varsaydığından çok daha kötü olarak ortaya çıkmış ise kefil yapacağı yazılı bildirim ile kefalet sözleşmesinden dönebilir (599/1). Bu halde kefil, alacaklının bu kefaletle duyduğu güven nedeniyle uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır (599/2).

### **Md.600**

*“Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur”*. Eski yasanın içerik ve dil olarak sadeleştirilmiş halidir, eski kanunda yer alan alacaklının bir ay içinde başvurusuna dair hükümde kaldırılmıştır.

### **Md.601**

Sürelî olmayan kefalette kefil asıl borç muaccel olunca -adi kefalette- her zaman, müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir (601/1). Yeni düzenlemede detaylı olarak adi kefalet ve müteselsil kefalet ayrımı dikat çekici ve yerinde bir düzenleme olmuştur.

Borç alacaklının yapacağı bildirim ile muaccel olacaksa, kefil kefalet söz-

leşmesinin kurulmasından bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirimini yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukardaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir (601/2). Alacaklı bu istemi yerine getirmezse kefil borcundan kurtulur (601/3).

### **Md.602**

Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesinin sonunda (herhalde dönem sonu kastedilmiştir) geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir. Bu maddede sadeleştirilerek dili düzeltilmiş bir metne dönüştürülmüştür.

### **Md.603**

***“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”***. Yasa koyucu kefalet konusundaki yasal düzenlemelerden kaçarak yahut dolanarak başka isimler altında aynı hukuksal kurumun kullanılmasını engellemek için yine Yargıtay kararlarına çokça yansımış ve uygulamaya girmiş temel bir konuyu yasa maddesi haline dönüştürmüştür. Öte yandan, ***“gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan sözleşmeler”*** ifadesiyle garanti sözleşmesinin de bu kapsama gireceğini söyleyebiliriz. Hatta, kefalet sözleşmelerindeki şekil şartlarının yani el yası ile yalın, ehliyet ve eşin rızası ile ilgili hükümleri garanti sözleşmeleri içinde bundan böyle uygulanmak zorundadır.

**Sonuç olarak;** yeni yasa ile arzulanan amacın kefalet sözleşmeleri ile kefilin etraflıca düşünmeden eşinin iznini almadan, neye ve ne kadarlık bir kefaleti kabul ettiğini açıkça yazarak anlamadan bu sözleşmeye dahil olmasını yasa koyucu kesin olarak ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Daha önce büyük oranda içtihat haline gelmiş bir çok uygulama yasa maddesi haline getirilerek önemli bir sadeleşme yada netleşme olduğunu söyleyebiliriz. Bu halde de kefalet sözleşmelerinin pratik olarak uygulanabilmesinin kolay olmaktan çıktığı bir gerçektir, bunun yanlışlıkla değil bir hukuk politikası olduğu ve tercih edildiği kanısındayız. Yine de uygulamanın zaman içinde işlerlik kazanarak yorumlar yoluyla zenginleştirileceği kanaatindeyiz. Buna örnek olarak okuma yazma bilmeyenlerin bu yasal düzenlemeden sonra kefalet sözleşmesi imzalamasının kamu düzeni kuralı sayılarak imkansız olduğunu, ama zaman içinde noterde yapılacak uygulamalara yerel mahkeme kararları ile destek verilebileceğini ve buradan hareketle yeni içtihatlar doğacağını düşünüyoruz.

# **HAKEMLİ MAKALE**

# Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri

## ■ Erdem Özdemir\*

### GİRİŞ

Yeni Borçlar Kanununda, sadece bu kanun kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm işçileri de etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir. Hemen, genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanunkoyucunun çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamadığı, İş Hukukumuza göre geri olan İsviçre Hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilendiğini görülmektedir. Yapılan düzenlemeler, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçiler bakımından kısmen bir “iyileştirme” olarak nitelendirilebilir. Ancak, işçiye yıllık izin hakkı tanımayan, cüzi bir ihbar tazminatı hakkı veren, kötüniyet ve kıdem tazminatı benzeri bir hüküm içermeyen, fazla çalışmanın hukuki sonuçlarını belirsiz ve soyut ölçütlere bağlayan, iş kazalarına karşı önlem alma yükümlülüğünü “hakkaniyet” ile sınırlandıran bir kanunun yerine ne yapılırsa yapılsın bu şekilde vasıflandırmak mümkün olabilecekti. Dolayısıyla, Yeni Borçlar Kanunundaki hükümleri sadece 818 sayılı Kanunun ilerisinde olduğu için “ileri” ve “çağdaş” düzenlemeler olarak değerlendirmemek<sup>1</sup>, bu konuda aceleci davranmamak gerekmektedir.

Borçlar Kanunu hükümleri, genel kanun olması dolayısıyla iş kanunları kapsamındaki işçileri de etkilemektedir. Buna göre iş kanunlarında düzenlenmeyen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Konu ile ilgili yapılan bilimsel toplantılar ve yayınlar incelendiğinde, öğretilerde borçlar kanununun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlan-

---

\* Doç. Dr. Erdem Özdemir, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi  
1 Yeni Borçlar Kanununun “çağdaş” ve “ileri” olduğu yönünde görüşler ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu yönde: E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), SİCİL, Haziran 2011, 30. Bu görüşe katılmadığımızı, Kanunu çağdaş bulmadığımız gibi, ciddi hukuki ve teknik hatalarla dolu olduğunu düşündüğümüzü ifade etmek gerekir. Çalışmamızın hemen her yerinde söz konusu hata ve eksiklikler vurgulanmış bulunmaktadır.

dığı görülmekte; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin iş kanunlarında getirilen tazminat hükümleri ile birlikte uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmektedir<sup>2</sup>.

Aşağıda ayrıntılı olarak izah edeceğimiz üzere, biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağrı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu bağlamında “genel kanun - özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.

Borçlar Kanununun öncelikli işlevi, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçilerin iş ilişkilerini, bu kapsamdaki işçiler ile büyük bir fark yaratmadan düzenlemek, eşit, dengeli ve adil bir düzen getirmektir. Nitekim bu husus Kanunun Genel Gereğesinde “...bu işçiler ile İş kanunun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük bir fark yaratılmamaya çalışılmıştır” anlatımı ile son derece açık biçimde ifade edilmiştir<sup>3</sup>. Ancak Genel Gereğede belirtilen hedefe maalesef ulaşılamamıştır. Çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshi ile ilgili en temel esasları olan işçinin feshe karşı korunması ve işçinin kıdeminin ödüllendirilmesi düşünceleri gözardı edilmiştir. Yine Kanunda getirilen tazminat hükümlerinin dengesi sağlanamamıştır. İş sözleşmesinin sona ermesi ve buna bağlı hukuki sonuçlar son derece tutarsız bir biçimde düzenlenmiştir.

Bu durumda, bize göre öncelikli olarak yapılması gereken, Borçlar Kanunu hükümlerini öncelikle doğru biçimde değerlendirmek (aşağıda, II), ardından İş Kanunu hükümleri ile ilişkisini bu değerlendirme neticesinde elde ettiğimiz sonuçlara göre ele almaktır (aşağıda, III). Bu yapılmaksızın kanunları kıyaslama yoluna gitmenin, Borçlar Kanunu hükümlerini adeta olması gereken isabetli düzenlemelermiş gibi ele almanın ve birebir aynı nitelikte bir düzenleme görülmediğinde İş Kanununda “boşluktan” söz etmenin isabetsiz olduğunu düşünüyoruz. Bu sistematik yapıya uygun olarak temel görüşümüz gereklendirilecektir. Çalışmamızda, konu başlığında da açıkça ifade edildiği üzere 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilerle sınırlı kalmak kaydı ile Borçlar Kanunu hükümlerinin etkisi incelenecektir.

2 P. Soyler, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15; E. Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, SİCİL, Haziran 2011, 32 vd; K. Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler - Tebliğler, On İki Levha yay., İstanbul 2012, 324-325; E. Gülver, Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İHD, Cilt: 8, Sayı: 31, 2011, 1020-1021.

3 E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.

## II. Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri

### 1. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler

#### a) Temel eksiklik: Feshe karşı koruma ve kıdem ödüllendirilmesi işleminin göz ardı edilmesi

Hizmet sözleşmesinin işverence nedensiz olarak feshi durumunda, işçiye kıdem tazminatına karşılık gelecek nitelikte bir tazminat ödenmesinin söz konusu olmaması Borçlar Kanunu'ndaki önemli bir eksiklik<sup>4</sup>. Yeni Borçlar Kanununda bu eksikliği *giderir gibi görünen* bir hükme yer verildiği görülmektedir. Nitekim 438. maddeye göre; işverence yapılan ve haklı sebebe dayanmayan fesihlerde hakim tüm koşulları dikkate alarak işçiye 6 aylık ücretini aşmayacak oranda tazminata hükmedebilecektir.

Ancak bu tazminatın belirttiğimiz işleve sahip olduğunu söylememiz mümkün görünmemektedir. Bu tazminat, **sadece haklı sebebe dayanmayan fesihlerde** söz konusu olacaktır<sup>5</sup>. Buna karşılık işçinin kıdeminin ödüllendirilmesi düşüncesi yeni Borçlar Kanununda cüzi bir ölüm tazminatı dışında yer almamaktadır. Örneğin işveren 30 yıllık kıdemi olan bir işçinin işine ihbar süresine uyarak son verdiğinde, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçinin eline ihbar süresine ait ücret dışında hiçbir şey geçmeyecektir. Diğer iş kanunları ile kıyaslama yaptığımızda, bu durumun **bizce eşitlik ve adalet ile bağdaşır yanı yoktur**.

İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, 4857 sayılı Kanun kapsamındaki işçiler kıdem tazminatından yararlanabilmektedir. Kıdem tazminatı, tarihsel gelişim süreci içinde baktığımızda, bir yandan işçiyi feshe karşı koruma, öte yandan işçinin kıdeminin ödüllendirme işlevlerini kazanmış bulunmaktadır. Esasen bunlar çağdaş iş hukukunun "*olmazsa olmaz*" koşullarıdır. Borçlar Kanunu kapsamında kalan işverenlerin ekonomik güçsüzlüğü de bize göre bu düzenleme biçimine asla gerekçe olamaz. **İşçiyi feshe karşı asgari düzeyde dahi korumayan bir Kanunun çağdaş olarak adlandırılması<sup>6</sup>, hatta İş Kanunundan daha ileri bir kanun olarak görülmesi bizce vahim bir bilimsel yanlılgı olacaktır.**

4 E. Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, SİCİL, Aralık 12011, 107.

5 Tazminata hükmedilirken İsviçre Hukukunda kabul edilen "işçinin yaşı, sosyal seviyesi, feshin kişisel değerlere etkisi, kötü niyetli olup olmaması" gibi ölçütler bunun haklı sebebe dayanmayan fesihlere özgülendiğini göstermektedir. Nitekim, İsviçre 'de bu maddenin getirilmesindeki amacın da "işverenin haklı feshe kolayca sığınmasını önlemek" olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Soyler; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.

6 Bu yönde: Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.

Borçlar Kanunu ile yapılan bilimsel toplantılar ve yayınlar incelendiğinde, bugüne kadar belirttiğimiz hususun gündeme gelmediği görülmektedir. Bu yayınların yaklaşık bir yıllık bir geçmişe yayıldığı dikkate alındığında, **böylesine temel bir hususun iş hukuku akademik camiasının da hiç dikkatini çekmemiş olması son derece düşündürücüdür.**

İşverenin bildirimli fesih hakkının sınırlandırılması (*işçiyi feshe karşı koruma*) konusunda Borçlar Kanununda iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kötüniet tazminatı, diğeri ise ihbar sürelerine ve tazminatına ilişkin düzenlemelerdir. Bu hükümler de aşağıda inceleyeceğimiz üzere işçiyi feshe karşı koruma ve kıdemi ödüllendirme düşüncelerine yeterli düzeyde hizmet etmemekte, çağın çok gerisinde kalmaktadır.

**b) Kötüniet tazminatı: İsaletli olmakla birlikte geniş uygulama alanı bulması mümkün bulunmayan düzenleme**

BK m. 434. hükmüne göre hizmet sözleşmesi işverence kötünietle sona erdirilir ise, işveren, işçiyi fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Tarihsel gelişim süreci ve mukayeseli hukuk bakımından konu incelendiğinde, fesih hakkını kötüye kullanma teorisinin iş güvencesi ile temelde aynı amaca hizmet eden<sup>7</sup>, ancak deyim yerindeyse, daha ilkel bir mekanizma olduğu görülür. Gerçekten iki sistem arasında, önemli farklılıklar vardır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında, fesih haksız veya kötünietli dahi olsa, hakkın kullanıldığı her durumda sözleşme sona erer ve işçi ancak şartları varsa kötüniet tazminatına hak kazanır. Oysa iş güvencesi sisteminde aslanan iş ilişkisinin devamıdır<sup>8</sup>. İki sistem arasındaki ikinci belirgin fark, ispat yükü bağlamında görülür. Nitekim, fesih hakkının kötüye kullanılmasında, ispat yükü, genel kurallar uyarınca işçideyken, iş güvencesi sisteminde, sözleşmenin devamı kural, fesih ise istisnadır; dolayısıyla, feshin geçerli nedene dayandığının ispatı işverenden beklenir<sup>9</sup>.

Kötüniet tazminatına ilişkin 1475 ve 4857 sayılı Kanun dönemlerinde verilen yargı kararları bütünlük içinde incelendiğinde, bu tazminatın çok sınırlı bir uygulama alanı bulduğunu söylememiz mümkündür<sup>10</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kötüniet gibi sübjektif bir olgunun ispat yükünün işçinin

7 Fesih hakkının kötüye kullanılması teorisi, işverenin bildirimli fesih hakkını sınırlandırmak amacıyla hizmet eder. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesini haklı biçimde sona erdirmesi durumunda, fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Nitekim, Yargıtay da sözleşmenin işçinin haklı nedenle ya da başka bir şekilde feshi halinde de kötüniet tazminatına karar verilemeyeceğini kabul etmiştir (Y.9HD, 08.05.2002, 219/7309, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

8 Engin, Hizmet sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003, 20-21.

9 Engin, Hizmet sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, 21.

10 Kötüniet tazminatı ve ispatı konusunda bkz. E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta yay., İstanbul 2006, 339 vd.



üzerinde olması, yine her haksız ve sebebe dayanmayan feshin “kötüniyetli” sayılmasının gerekmemesi, bu tazminatı son derece sınırlı bir alana hapsedmiştir. Deyim yerindeyse, bu derecede sınırlı uygulama alanına sahip bir hükümler Borçlar Kanununda feshe karşı koruma getirildiğinden söz edilmesi bizce temel bir yanlış olacaktır. **Borçlar Kanununda feshe karşı makul ölçülerde dahi bir koruma getirilmemiştir.**

*c) İhbar süreleri ve tazminatı: İşçinin feshe karşı korunmasını değil, “tarafaların eşitliğini” temel alan, çağdışı ve tutarsız düzenleme*

Yeni Borçlar Kanunu’nun 431. maddesine göre taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır. 432. maddeye göre ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez. Yeni Borçlar Kanununda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin arttırılmasıdır. Gerçekten eski kanundaki ihbar süresi yeterli değildi. Buna göre söz konusu **sürelerin arttırılması yerinde olmuştur**<sup>11</sup>.

Ancak sürelerin arttırılması yerinde olmakla birlikte, devamındaki düzenlemeler hiçbir biçimde katılmamızın mümkün bulunmadığı bir nitelik arz etmektedir. Nitekim, ihbar süreleri konusunda getirilen iki temel esas bulunmaktadır:

- Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir.
- Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.

Kanunun ihbar sürelerine ilişkin getirdiği **her iki esas isabetsiz ve çağın gerisindedir**. İhbar sürelerinin kısaltılamayacağı ve arttırılan sürelerde eşitlik anlayışı klasik İsviçre öğreti görüşünü yansıtmaktadır<sup>12</sup>.

Bize göre, bugün, hala Türk İş hukukunda da doktrinde neredeyse büyük

11 Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, 108-109.

12 Bu yönde: P. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15.

bir çoğunluk tarafından benimsendiğini ve eleştiriden uzak kaldığını gördüğümüz **ihbar sürelerinin kısaltılmayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur.** İhbar süreleri işçi açısından kısaltılabilmektedir. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun da benzer şekildeki düzenlemesi de bize isabetli değildir; Borçlar Kanununun düzenlemesi de aynı şekilde yerinde olmamıştır. Gerçekten, Ekonomi'nin de son derece haklı olarak vurguladığı gibi, ülkemizde işçilerin genellikle bildirim süresine uymadıkları, işverenlerin de ihbar tazminatı isteği ile dava açmadıkları, hatta işçilerin, işverenin kabulü dahilinde bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hususta Kanuna uygun düşmeyen davranışlara devam etmek yerine, sözleşmeler veya sadece toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin kısaltılması olanağı getirildiğinde, işçinin yararına olmasının yanında işverenin de kesin olarak uyulmasını bekleyeceği bir sürenin tespiti için geçerli bir çözüm yolu sağlanmış olacaktır<sup>13</sup>.

İkinci olarak, ihbar sürelerinin artırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşü<sup>14</sup> de artık kabul edilebilir değildir. Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı “ tarafların eşitliği” değil, “işçinin korunması” düşüncesine dayanmaktadır.

Mazeaud' nun da son derece isabetli olarak belirttiği gibi, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin fesih bildirimini ile sona ermesinde taraflar arasındaki görünüşteki paralellik yanıltıcıdır. İşverenin sözleşmeyi fesih hakkının sınırlandırılması anlayışı iş hukukunun temel taşlarından birisidir. İşverenin fesih hakkı sınırlandırılarak belirli bir çerçeveye oturtulmadığı sürece işçinin korunmasında bahsetmek mümkün değildir<sup>15</sup>.

Buna göre, ihbar önelleri bakımından da eşitliği değil, işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Nitekim Fransız Hukukunda yer alan düzenlemeler bu konuda güzel bir örnek oluşturmaktadır. Fransız Hukukunda, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar öneli yasa ile düzenlenmişken, işçi bakımından bu husus yasal düzenleme konusu yapılmamış ve taraf iradelerine bırakılmıştır. Uygulamada, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri veya adete göre işçinin uymak zorunda olduğu ihbar öneli belirlenmektedir<sup>16</sup>.

İhbar sürelerinin tek yanlı olarak artırılmasının işçiyi feshe karşı koruyucu bir yönü vardır ve Yargıtayımız da kararlarında ihbar sürelerinin artırılması

13 M. *Ekonomi*, Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 27-28.

14 N. *Çelik* ise mehzaz kanun ve klasik İsviçre öğretisindeki bu görüşü benimsemektedir: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsbetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 7.

15 A. *Mazeaud*, Droit du Travail, LGDJ, Paris 2002, 315.

16 *Pélissier/Supiot/Jemmaud*, Droit du Travail, Dalloz 2002, 482-483.

nın sadece işçi lehinde geçerli olacağını, sözleşmeyi fesheden taraf işçi ise, yasal sürenin uygulanacağını son derece isabetli biçimde uzun yıllardır kabul etmektedir<sup>17</sup>. Dolayısıyla, ihbar sürelerine ilişkin düzenlemede gerek Yüksek Mahkemenin isabetli görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı göz ardı edilmiş bulunmaktadır<sup>18</sup>.

Yine, işçinin ihbar öneline uymaması durumunda; işverenin isteyebileceği tazminat konusunda Borçlar Kanunu belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim, madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Burada ihbar tazminatına karşılık gelecek şekilde, ihbar süreleri esas alınarak bir tazminatın açıkça öngörülmediğini görüyoruz. Yani işçi işi bırakır ise, işveren sadece ¼ maaş tutarında tazminat isteyebilecek, ek zararlarının giderilmesi için bunları ispat yükü altına girecektir. Bu tazminatın neden bu şekilde öngörüldüğünü anlayabilmiş değiliz. **Bu hüküm eğer ihbar tazminatına karşılık geliyor ise; bunun ihbar sürelerini esas alınarak düzenlenmesi gerekirdi**<sup>19</sup>.

Sonuç olarak, kanunkoyucu, feshe karşı koruma konusunda aşgari bir düzeyi dahi sağlayamamış, sınırlı bir uygulama alanına sahip olan kötüniyet tazminatına yer vermiş, ihbar sürelerini ise, **işçiyi feshe karşı koruma değil, tarafların eşitliği ekseninde düzenlemiştir**. İhbar sürelerinin işçiyi feshe karşı koruma işlevi vardır ve bu da uygulamada toplu iş sözleşmelerinde de gördüğümüz üzere, işveren bakımından ihbar sürelerinin tek yanlı olarak arttırılması ile sağlanabilir. Kanunkoyucu ve kanunu hazırlayan Komisyon bu olanağı Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere tanımayarak, **Kanunun hem özünde hem de ruhunda yer alması gereken işçiyi feshe karşı koruma düşüncesini gözardı etmiş, bu suretle bilimsel yanılıklarının boyutlarını arttırmıştır**.

#### **d) Ölüm tazminatı: Geride kalanlara getirilen kısmi koruma**

Borçlar Kanununun 440. maddesinde işçinin ölümü konusunda özel bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Bu hükme göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki

17 Y.9.HD, 11.5.1984, E.1984/4638 K.1984/5209, Yasa D, Kasım 1985, 1601-1602; Y.9.HD, 7.10.1985, E.1985/6513 K.1985/9139 ve *Ekonomi*'nin eleştirisi, İHU, İş K. m. 13, (No.25).

18 E. Özdemir, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz' a Armağan, İstanbul 2011, 565; Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15.

19 N. Çelik de hükmü isabetsiz bulmaktadır: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 7.

aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın Borçlar Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için söz konusu olacağı açıktır. Bunun kısmi bir koruma olduğunu söylememiz mümkün görünmekle birlikte, kanunkoyucudan **öncelikli olarak beklenen, ölen işçinin geride kalanlarını değil, işçinin canlısını korumak olmalı idi.**

Yine, söz konusu tazminattan yararlanabilecek olanlar “...sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişiler” olarak tanımlanmıştır. Kanunkoyucunun neden işçinin mirasçılarını değil de, bu kim-seleri hak sahibi kıldığını anlamak mümkün değildir. Esasen, madde İsviçre BK metninden çevrildiği için bu kişiler kapsama alınmıştır. Bu konuda *Akyiğit*, kapsamlı şekilde kapsama giren kişilere ilişkin açıklamalar getirmekte, bir çok ihtimale göre (bu kişilerin yaşı, erginlikten maksadın ne olduğu, bakmakla yükümlü olmaktan neyin anlaşılacağı, ödemenin sırası) ödemenin nasıl yapılacağına açıklamaktadır<sup>20</sup>. Yazarın incelemesi, **bu ödemeye ilişkin esasların hiç de basit olmadığını** açıkça ortaya koymakta, bu konuda bir çok tartışmanın ortaya atılabileceğini<sup>21</sup> göstermektedir.

İş kanunu kapsamı dışında kalan işverenlerin, özellikle bunların başında gelen küçük esnaf işletmesi sahiplerinin bu denli “*karmaşık*” hukuki sonuçları beraberinde getirme riskini taşıyan bir düzenlemeye dayanarak bir hükmü uygulamalarını beklemek bizce hiç isabetli bir yaklaşım olmamıştır. **Bizce olması gereken; kıdem tazminatı düzenlemesindeki gibi basit ve net bir ölçüt getirmekti; yani işçinin mirasçıları hak sahibi olmalı idi.**

## 2. Belirli Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemeler

### a) Belirli süreli sözleşmelerin yenilenmesine ilişkin esaslar: İş Kanunu ile sağlanan uyum

Borçlar Kanununda belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim; BK m. 430’a göre; belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.

20 *Akyiğit*, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 36-38.

21 Bkz. B. Güneş / F.B. Mutlay, Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunlar Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, Sayı: 30, 2011/3, 272.

Belirli süreli iş sözleşmelerin sürenin dolmasına rağmen süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülmesi durumunda belirsiz süreliye dönüşeceği yolundaki düzenleme isabet taşımaktadır.

**b) 10 yıllık belirli süreli sözleşme yapma düşüncesi: Uygulamada görülmesi mümkün olmayan mantık ve çağdışı düzenleme**

Borçlar Kanunu m.430' a göre; taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilecek; Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade edecektir. Bu düzenlemenin ise isabetsiz olduğu kanısındayız. Bugün Batı Avrupa ülkeleri iş hukuklarında belirli süreli sözleşmelerin genel olarak “en fazla süre” ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığı görülmektedir. 4857 sayılı Kanun hazırlık sürecinde tartışılmakla birlikte, belirli süreli sözleşmeleri ilişkin bir üst sınır getirilmemiştir. Bize göre **4857 sayılı Kanunun belirli süreli iş sözleşmelerine üst sınır getirmeyen düzenlemesi yerinde olmamıştır.**

Yargıtay da bunu bir çok kararında açıkça dile getirmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre; “...Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. **Yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeler için azami bir süreyi hükme bağlaması uygulamayı rahatlatacaktır**”<sup>22</sup>. Yargıtayın tespiti bizce de son derece yerindedir.

Belirli süreli iş sözleşmeleri çağdaş iş hukukunda en fazla süre ile sınırlanırken, kanunkoyucunun 10 yıldan fazla belirli süreli sözleşmeler üzerinde hüküm getirdiği, öğretide de bu hükmün teknik ayrıntıları (6 aylık bildirim süresinin isabetli olup olmadığı, feshin ay sonu hüküm ifade etmesi gibi) üzerinde değerlendirmeler yapıldığı<sup>23</sup> görülmektedir.

Borçlar Kanununda belirli süreli sözleşmenin 10 yıldan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi de, bu hükmün teknik ayrıntıları konusunda değerlendirme yapılması da çok anlamlı değildir. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansız olduğu gibi<sup>24</sup>, böyle bir sözleşme yapmak her iki taraf bakımından da rasyonel değildir. Özellikle işverenin 10 yıl gibi bir süre ile işçiyi istihdam etme yükümlülüğü altına girmesi ve

22 Y.9HD, 16.03.2011, E. 2009/6334, K. 2011/7184, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net).

23 *Soyer*; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 13-14; G. *Alpagut*, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 141-142; *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 326-327.

24 Bu yöndeki eleştiriler için bkz: *Soyer*; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 13-14; *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 326-327.

haksız fesih durumunda ortaya çıkacak ağır sonuçlar dikkate alındığında böyle bir sözleşme yapılmak istenmeyeceği açıktır. Sonuç olarak, bu gibi uygulamada karşılaşılacak konularda düzenleme getirmesi, çalışmamızın hemen her noktasında vurguladığımız üzere **maalesef kanunkoyucunun uygulamaya ne kadar uzak ve çağımızın ne denli gerisinde olduğunun somut kanıtını oluşturmaktadır.**

**c) Haksız fesih tazminatı: Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından gerekliliği tartışılır düzenleme**

Yukarıda belirttiğimiz “fesih tazminatı” belirli süreli iş sözleşmelerinde de bakiye süre ücretinin yanında uygulanabilecek bir tazminat olarak da uygulama alanı bulabilecektir. Başka bir anlatımla; belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshinde de anılan tazminat hükmü uygulanabilecek gibi görünmektedir. Bunun ise isabetli olmadığı kanısındayız. Gerçekten; belirli süreli iş sözleşmesinin işverence zamanından önce haksız şekilde feshi durumunda, işçi İş Kanunu kapsamında ise ve 1 yıldan fazla kıdemi varsa; kıdem tazminatı da alabilmektedir. Yine boşta geçen süre ücreti de buna eklenmektedir.

Esasen, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından **BK m.438 hükmü en geniş uygulama alanını, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçlarını tam ve eksiksiz biçimde düzenlemeyen 4857 sayılı İş Kanunu bakımından bulacaktır.** Bu durumda 1 yılı aşan fiili çalışmalar bakımından zaten kıdem tazminatı da söz konusu olacaktır. Bunlara bir tazminat daha katılmasının gerekçesini anlamak mümkün görünmemektedir.

Doktrinde, İsviçre öğretisine atıf yapılarak bu tazminatın, feshin kişilik haklarına yarattığı aykırılık ile gerekçelendirildiği görülmektedir<sup>25</sup>. Ancak İsviçre Hukukunda ileri sürülen, hukukumuzda da Kanunla birlikte doğrudan ithal edilen esasların isabet derecesi tartışmaya açıktır. **30 yıllık işçinin sözleşmesi ihbar sürelerine uyularak sona erdirildiğinde, kıdemini ödüllendirici küçük bir tazminatı bile çok gören kanunkoyucunun, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kişilik haklarını korumaya bu denli önem verdiğini söylemek hayret vericidir.**

**d) İşçi tarafından nedensiz fesih durumunda öngörülen cüzi, anlamsız tazminat**

Borçlar Kanunu madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının

25 Bkz. *Alpagut*, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 141-142).

giderilmesini isteme hakkı da vardır. Bu tazminat hükmünün hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>26</sup>.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bu tazminat, işçi bakımından ihbar tazminatına karşılık gelmektedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise kanunkoyucu bunu muhtemelen işçinin sözleşmenin sona ermesi ile ortaya çıkan zarara ilişkin olarak maktu bir tazminat olarak öngörmüş, bunu aşan zararın istenebilmesini ispatlanabilmesine bağlamıştır. Yani, işçi işi (haksız olarak) bırakır ise, işveren ¼ maaş tutarında tazminat isteyebilecek, ek zararlarının giderilmesi için bunları ispat yükü altına girecektir. Kanunda ayrıca işverenin bu tazminat talebinin 30 günlük bir hak düşürücü süreye bağlanmış bulunduğu da dikkat çekmektedir.

İşçinin aylık ücretinin ¼'ü gibi son derece küçük bir tazminatın neden Kanunda öngörülmesine gerek bulunduğunu, bunun talep edilme koşullarının neden bu denli “sıkı koşullara bağlandığını” kavramak geçekten güçtür. Bu isabetsiz ve gereksiz düzenlemede öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin sadece aylık ücretin ¼' lük kısmına mı ilişkin olduğu, yoksa işverenin ek zararları bakımından da mı geçerli olduğu belirsizlik arz etmektedir<sup>28</sup>. İşverenin belirli süreli iş sözleşmesinde uğradığı zararları talep hakkını **30 günlük gibi son derece kısa bir süreye bağlamanın hiçbir rasyonel açıklaması olmadığı görüşündeyiz.**

Oturmuş, işleyen bir sisteme ilişkin olarak getirilen her hükmün akıl ve mantığın, yani **“bilimin süzgecinden”** geçmesi gerekmektedir. Bu yapılmaksızın düzenleme yapmak ne denli büyük bir yanılğı ise, sayısal olarak son derece zayıf bir içtihat birikimine sahip İsviçre Mahkemeleri ve birkaç İsviçreli hukukçuya atıf yaparak söz konusu madde hükümlerine anlam kazandırmaya çalışmak da aynı derecede isabetsizdir. **Bir hükmün İsviçre Hukukundan alınması, bizce bunun isabetli olduğu varsayımını da beraberinde getirmemektedir.** Aksine, çalışmamızın bir çok yerinde belirttiğimiz gibi, İsviçre Hukuku, kanunıyla, içtihadıyla Türk hukukunun çok gerisindedir. Bugün, İsviçre’de iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara bakan özel bir Temyiz Dairesi dahi yoktur. Medeni hukuk/borçlar hukuku uyuşmazlıkları ile birlikte iş uyuşmazlıkları incelenmektedir. Oysa, bir ülkede hukuk alanında öğretiyi geliştiren yargı kararlarındaki zenginlik ve canlılıktır. İsviçre bugün, kanunıyla, yargısıyla, öğretisiyle bizim almamız gereken değil, referans vermemiz gereken bir ülke konumundadır<sup>29</sup>.

26 *Soyer*, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 14.

27 Sürenin hak düşürücü niteliği: *Soyer*, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 16.

28 *Doğan Yenisey*, İsviçre Hukukunda 30 günlük sürenin sadece aylık ücretin ¼’üne ilişkin tazminat için söz konusu olduğunu belirtmektedir (Hizmet Sözleşmesi, 332-333).

29 *Özdemir*, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 193.

### e) Ölüm tazminatı

Borçlar Kanununun 440.maddesinde işçinin ölümü konusunda özel bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Bu hükme göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın Borçlar Kanunu kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından da söz konusu olması gerekir. Kanunda sözleşmenin türüne göre bir ayırım yapılmamış olup, sözleşmenin türü ne olursa olsun ölüm tazminatından BK kapsamındaki işçilerin (kanunda sayılan) geride kalanları yararlanacaktır<sup>30</sup>.

## III. Borçlar Kanununda İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerin İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Etkisi Sorunu

### 1. Genel Olarak

Borçlar Kanununda feshe ilişkin olarak yer alan dört hükmün iş kanunu kapsamındaki işçiler bakımından uygulanabilirliği hususunda tartışmalar yoğunluk kazanmış bulunmaktadır. Bunlar, ihbar sürelerine ilişkin hüküm (özellikle ihbar sürelerinin arttırılmasında eşitlik esası), haklı fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 6 aya kadar tazminat ve ölüm tazminatı düzenlemeleridir.

Yeni Kanun ile ilgili olarak yapılan bilimsel toplantılarda dile getirilen görüşler ve yayınlar incelendiğinde, öğretilerde Borçlar Kanununun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlandığı görülmekte; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin iş kanununda getirilen tazminat hükümleri ile birlikte uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmektedir<sup>31</sup>.

Kanımızca, Borçlar Kanununun söz konusu hükümleri, iş kanununda açıkça boşluk bulunduğu görülen belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi durumu dışında uygulama alanı bulmamalıdır. Biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağrı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının **bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.**

Kanımızca, öğretilerde öne sürülen görüşler üç temel açıdan eleştiriye açık

30 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.

31 Bu hükmün İş K. kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu ortaya attıktan sonra *Soyer*; “...Borçlar Kanunundaki düzenlemenin genel nitelikte olması bu sorunun olumlu şekilde yanıtlanmasını gerektirmektedir” demektedir, ancak daha sonra bunun çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu eklemektedir Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.



bulunmakta ve Borçlar Kanunu hükümlerinin son derece sınırlı şekilde yorumlanması gerekli görünmektedir. Belirttiğimiz bu üç gerekçe ve eleştiri aşağıda “*Sosyal alandaki kanunların hassas menfaat dengesi*”, “*Borçlar kanununun isabetsiz yapısı*” ve “*Kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın İş Kanununda “boşluk” anlamına gelmeyeceği*” alt başlıkları altında ayrıntıları ile birlikte açıklanacaktır.

## 2. Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin Sınırlı Etkisini Gerekli Kılan Nedenler

### a) *Sosyal alandaki kanunların hassas menfaat dengesi*

İlk olarak, Kanunların kendilerine ait bir menfaat dengesi olup, sosyal hukuk alanında bu denge son derece hassastır. Gerçekten, İş Kanununda öngörülen her hüküm Bilim Komisyonu tarafından tartışılmış, iş sözleşmesinin sona ermesinde işçiyi koruma ilkesi, işletme menfaatleri ile hassas biçimde dengelenmiştir. Buna göre, söz konusu denge dikkate alınmadan, başka kaynaklardan İş kanunumuza boşluk doldurma gerekçesi ile hükümler ithal etmek isabetli değildir. Kaldı ki, aşağıda da açıklayacağımız üzere, belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi konusu dışında 4857 sayılı İş Kanunumuzda iş sözleşmesinin feshi ve buna bağlı hukuki sonuçlar konusunda “**bilinçli boşluklar**” bulmak da bize göre pek mümkün de değildir.

### b) *Borçlar kanununun isabetsiz yapısı*

İkinci olarak Borçlar Kanunu hükümleri tek tek ayrıntılı bir bilimsel analize tabi tutulmalı ve mehzaz kanun da dahil edilmek üzere isabet derecesi sorgulanmadan bunları bir de 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilere yönlendirmek isabetsiz bir yaklaşım olacaktır. **Bize göre İsviçre Hukukundan tercüme etmek tekniği ile kanun almak yanlış olmuştur.** Aynı bir iş kanunu olmayan İsviçre Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, dengesiz, geri bir zihniyete dayalı, fazlasıyla liberal, hatta kendi içinde dahi tutarsız bir nitelik taşımaktadır. Ancak maalesef İsviçre Hukukunun bu isabetsiz düzenlemeleri kanunumuzun temeline alınmıştır. Üstelik Kanunun tercümelemede dahi ciddi hatalar vardır<sup>32</sup>.

32 Örneğin rekabet yasağına ilişkin Almanca ve Fransızca metinler birbirinden farklıdır. Fransızca metin hatalı olup, çeviriye esas olarak bu metin esas alınmıştır. Fransızca metin: Art. 340/2 : “La prohibition de faire concurrence n’est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d’avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou *d’affaires de l’employeur* et si l’utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l’employeur un préjudice sensible” şeklindedir. Oysa Almanca metin: “Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den **Kundenkreis** oder in **Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt** und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte“ şeklindedir. Dikkat edilecek olursa Almanca metinde **işverenin yaptığı işler değil, ticaret ve üretim sırları**

Borçlar Kanununun hazırlanış süreci ve temel yaklaşım biçimi dikkate alındığında İş Kanunu ile hükümlerin kıyaslanma sürecinde son derece titiz davranılması gerektiği bizce ortaya çıkmaktadır. Zira bizce yeni Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri olarak sunulan düzenlemelere ilişkin bu vahim hukuki ve teknik yanlışlıkların iyice bilincine varmadan kıyaslama yapmak isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

**c) Kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın İş Kanununda “boşluk” anlamına gelmeyeceği**

Nihayet üçüncü olarak, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kıyaslanırken görülen her farklılığa İş Kanununun boşluğu gibi yaklaşmak isabetli değildir. Zira, Kanunkoyucunun hangi hükümleri Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için düşündüğü, hangi hükümleri İş Kanunu kapsamındaki işçiler için boşluk doldurucu olarak ele aldığı konusunda hiçbir açıklık yoktur. Borçlar Kanunundaki düzenlemeleri alınır ve İş Kanununun yanına konulacak olur ise, farklı hükümlerle karşılaşmamız olasıdır. Ancak her “farklılık”; iş kanununda boşluk olduğu anlamına gelmez<sup>33</sup>. **Herhangi bir ülke kanununu alıp iş Kanununun yanına koyduğumuzda da sonuç değişmez; daima birbiri ile farklı hükümler çıkar. Ancak bu her iki ülke kanununda da boşluk olduğu demek değildir.**

Bize göre, kanunkoyucu öncelikle BK kapsamındaki işçiler için olan açık hukuk boşluklarını doldurmak konusunda yeterli ve başarılı olamamıştır. Örneğin **30 yıllık kıdeme dahi sahip olsa, ihbar süresine uyularak iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin eline hiçbir şey geçmemesi kanunkoyucunun ve bunun arkasındaki Bilim Komisyonunun izah etmesi gereken vahim bir durumdur.**

Burada, özellikle İş Kanunundaki “boşluk” kavramına yüklenmesi gereken anlamın da büyük önem taşıdığını düşünüyoruz. **Bize göre Borçlar Kanunundaki her farklılık İş Kanunu açısından bir boşluk değildir.** İş kanu-

---

*ından* söz edilmektedir. Yani Borçlar Kanunumuzun çevirisinde fransızca metin esas alınmıştır. Burada da, “*işverenin yaptığı işler / affaires de l’employeur*” gibi son derece anlamsız ve hatalı bir ölçüt söz konusudur. Yine, Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin 453. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “...Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile, bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı saklıdır” hükmü bu şekli ile hiçbir anlam ifade etmemektedir. Hükmün değerlendirilmesi hatalı olarak düzenlenme nedenleri konusunda bkz. E. Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2001, İstanbul TİSK yay., 179-180.

33 *Alpagut*, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasası Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 128-129.

nunda boşluk olup olmadığının saptanmasında bir hukuki soruna tüm yönleri ile İş Kanununun yanıt verip veremediğine bakılmalıdır. Buna göre Borçlar Kanunundaki “fazlalık” İş Kanununun bir boşluğunu oluşturmayacaktır. Aksi yorum bizce *Alpagut*’ un da haklı olarak ifade ettiği gibi, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından bir “*kurallar demeti*” oluşturulmasına yol açacaktır<sup>34</sup>.

Yeteri kadar tartışmadan, planlamadan İsviçre hukukundan tercüme etme tekniği ile Kanun alınması bizce **Türk Hukuku açısından son derece üzücü bir durumdur**. Öğretide, Borçlar kanunu hükümlerinin geniş bir uygulama olanağı bulacağını savunan yazarların bizce yanıt vermesi gereken bir diğer soru da şudur: Borçlar kanununu hazırlayan Komisyon ve kanunkoyucu, bu hükümlerin hangilerinin genel nitelikte olabileceğine ilişkin bir ayırım yapmış mıdır? Bu konuda bizim tespit edebildiğimiz “cezai şart”, “ibra sözleşmesi” gibi hükümlerde kanunkoyucunun bu yoldaki iradesini tespit etmek mümkündür. Bu hükümler tüm işçi ve işverenler için düşünülmüştür.

Ancak, bunun dışında kalan tazminatlar, ihbar süreleri, feshin şekline ilişkin düzenlemelerin bu şekilde “genel” bir uygulaması olması acaba kanunkoyucu tarafından “bilinçli olarak” istenmiş midir? **Bu soruya olumlu olarak yanıt vermekte zorlanıyoruz**. Kanunkoyucunun temel amacı iş kanunları kapsamı dışında kalan ilişkileri düzenlemektir. Nitekim Genel Gerekçede, “... bu işçiler ile İş kanunun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük bir fark yaratılmamaya çalışılmıştır” anlatımı ile bu hedef son derece net biçimde ifade edilmiştir<sup>35</sup>.

Borçlar Kanunu yapılırken son derece hatalı bir yöntem izlenmiş, **uygulamaya hakim olan iş hukukçuları yeterince etkili olamamıştır**. Bizce, iş sözleşmesine ilişkin hükümler düzenlenirken, Komisyon iki çalışma grubuna bölünmeli, bir kısım Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere ilişkin hükümleri, bir kısım genel hüküm niteliğindeki düzenlemeleri ele almalı idi. Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için, bizce kapsamdaki işverenlerin güçsüzlüğü dikkate alınarak 4857 sayılı Kanundaki haklar kısmen azaltılarak öngörülmeliydi. Başka bir anlatımla, 4857 sayılı Kanun modeli üzerinde kurgulama yapılmalı, bunun dışında genel hüküm etkisi taşıması gereken düzenlemeler ayrıca ama “**planlı olarak**” ve “**herkesin bileceği ve ayırt edeceği şekilde**” düzenlenmeliydi. Daha sonra yapılan bu çalışmalar birleştirilerek kanun hazırlanmalıydı.

Sonuç olarak, bilinçli ve planlı olarak, **4857 sayılı Kanun bakımından etkili olması düşünüldüğü açıkça anlaşılmayan hükümlerin yorumunda son derece hassas davranılması gerektiği kanısındayız**. Bu bağlamda, etkileme

34 *Alpagut*, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasası Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 128-129.

35 E. *Yılmaz*, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.

tartışmalarının odağındaki hükümleri aşağıda inceleyeceğiz.

### 3. Etkileme Tartışmalarının Odağındaki Hükümler

#### a) İhbar süreleri

4857 sayılı Kanunda, ihbar sürelerinin kısaltılamayacağı; ancak sözleşmeyle artırılabilmesi Borçlar Kanununa paralel olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık sözleşme ile arttırılan bildirim sürelerinin taraflar bakımından eşit şekilde uygulanması yolunda bir hüküm yoktur.

Bizce, “Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır” şeklindeki Yeni Borçlar Kanunu hükmünün (m.432) 4857 sayılı İş Kanunu bakımından uygulama alanı bulmaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz **üç temel eleştirinin tümü bu görüşümüzü desteklemektedir.**

Öncelikle, iş güvencesi getiren “işçiyi koruma” yolunda çok büyük bir adım atan 4857 sayılı Kanuna “tarafların eşitliği” ekseninde bir hükmün ithal edilmesi, bu kanuna tabi çalışanlar için öngörülen **hassas menfaat dengesini bozacaktır.**

İkinci olarak, “Borçlar Kanununun İsabetsiz Yapısı” başlığı altında belirttiğimiz her cümle buraya tam manasıyla uymaktadır: **İhbar sürelerinin eşitliği anlayışı, artık çağın gerisinde kalan bir düşüncedir.** Söz konusu anlayış teknik açıdan da eleştiriye açıktır. Nitekim, ihbar sürelerinin teknik yapısı Özdemir tarafından yayınlanan makalede kapsamlı biçimde irdelenmiştir. Bu incelemede belirtildiği üzere, ihbar sürelerini düzenleyen hüküm, tek bir norm olarak görünmekle birlikte, işçi ve işveren bakımından ihbar sürelerinin ayrı birer norm olduğunu kabul etmek isabetli görünmektedir. Zira, artık fesih kavramı, işçi ve işveren bakımından aynı anlama gelmemekte, eşdeğer nitelikte bulunmamaktadır<sup>36</sup>.

Dolayısıyla, işçi ve işveren bakımından **farklı ihbar sürelerinin öngörülmesi, hatta işçi bakımından ihbar sürelerinin kısaltılabilmesi artık çağdaş iş hukukunun bir gereğidir.** İşçinin feshe karşı korunması düşüncesi 4857 sayılı Kanunun ruhuna işlemiş, eksiklik ve hatalarına rağmen, iş hukukumuzu çağdaş Batı Avrupa hukuklarının düzeyine çıkarmıştır. **İş sözleşmesinin fesihinde tarafların eşitliği gibi bir düşüncenin 4857 sayılı Kanun bakımından yeri yoktur.**

Nihayet, bu farklılığın İş Kanununun bir boşluğu olmadığını, 4857 sayılı Kanunu hazırlayan Komisyonun ve Kanunkoyucunun bilinçli olarak ihbar sü-

36 E. Özdemir, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:54, Sayı:3, 113-115.

relerinin eşitliği anlayışını tamamen benimsemediğini düşünüyoruz<sup>37</sup>. Sonuç olarak, bu hüküm 4857 sayılı İş Kanununa tabi ilişkilerde etkili olmamalıdır<sup>38</sup>.

### **b) Haklı fesih ve yazılılık koşulu**

Borçlar Kanununun 435. maddesine göre, taraflardan her biri sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Haklı fesih için öngörülen bu hükmün, 4857 İş Kanununa tabi iş sözleşmeleri bakımından uygulanarak yazılı fesih bildirimini geçerlilik koşulu haline getireceği düşüncesine<sup>39</sup> katılmamaktadır.

*Alpagut*'un da son derece yerinde olarak ifade ettiği gibi, “boşluk kavramının bu denli geniş tutulması, kavramın özüne aykırı olduğu gibi, hukuk güvenliğine de aykırıdır. Üstelik haklı nedenle feshin özünde haklı nedenle feshin özünde sözleşmeye devamin katlanılamaz, beklenilemez hallerde sözleşmeyi sona erdirilmesi imkanının yattığı dikkate alındığında, bu yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesinin isabet derecesi de tartışmalıdır”<sup>40</sup>. Buna göre söz konusu hükmün de 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkiler bakımından etkili olmaması gerektiği kanısındayız.

### **c) (Haksız) fesih tazminatı**

Yine, yeni Borçlar kanununda, 6 aya kadar öngörülen haksız fesih tazminatının aksi yönde ağırlık kazandığı görülen yaklaşıma rağmen<sup>41</sup> 4857 sayılı Kanun'a tabi ilişkiler bakımından **belirsiz süreli iş sözleşmelerinde geçerli olmaması gerektiği kanısındayız. Yukarıda belirttiğimiz gerekçe ve eleştirilerin yine tümü burada da geçerli bulunmaktadır.**

Öncelikle, 4857 sayılı Kanun'da öngörülen her tazminatın işçi ve işveren bakımından hassas bir denge içinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanun'da, iş güvencesi tazminatının mutlak emredici bir yapıda düzenlendiği bir sistem ön-

37 İhbar sürelerinin işçi bakımından azaltılamayacağı öngörüldüğünden, burada “tamamen benimsenmediği” ifadesini kullanıyoruz. Bu anlayış, isabetsiz olarak “kısmen” kanunkoyucu tarafından benimsenmiştir.

38 *Alpagut*'a göre de İş kanununa ilişkiler bakımından mevcut ve isabetli Yargıtay içtihadı korunmalıdır: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 145-146.

39 *Soyer*, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15; *Gülver*, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, 1010-1011.

40 *Alpagut*, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 148-149.

41 Aksi yönde: E. *Gülver*, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, 1020-1021; *Soyer*, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17; *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 332; Manevi zarar ile sınırlı olarak aksi yönde: *Alpagut*, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 149-150.

görülmüş olması, kanunkoyucunun kurmaya çalıştığı dengenin hassasiyetini somut şekilde göstermektedir. Dolayısıyla bu yapıya dışarıdan önemli bir tazminat hükmü ithal edilmesi, bu kanuna tabi çalışanlar için öngörülen hassas menfaat dengesini bozacaktır.

İkinci olarak, “Borçlar Kanununun İsabetsiz Yapısı” başlığı altında belirttiğimiz hususlar yine burada da geçerli bulunmaktadır. Borçlar Kanununda öncelikle yapılması gereken işçiye asgari düzeyde bir iş güvencesi sağlayan ve kıdemini ödüllendiren bir hüküm getirmektir. Bu yapılmaksızın oluşturulan yapı bizce son derece tutarsız olmuştur. İşçiyi asgari düzeyde feshe karşı korumayan bir Kanunun haksız fesih durumunda işçinin kişilik haklarını koruduğunu söylemek bize son derecede çelişkili gelmektedir.

Bizce İsviçre Borçlar Kanunu, “**bilim dışı**” ve “**çağdışı**” bir kanundur. Bir yandan ihbar sürelerinin artırılmasında eşitlikten söz etmekte, öte yandan ihbar sürelerine uymamanın sonuçlarını işçi ve işveren bakımından farklı şekilde düzenlemektedir. Kötüniyet tazminatını, işçi ve işveren bakımından söz konusu olabilecek bir tazminat gibi düzenlemekte, üstelik işçi bakımından söz konusu olabilecek kötüniyetli fesih alternatiflerini tek tek saymaktadır (İBK m.336)<sup>42</sup>.

Kötüniyet tazminatının teorik olarak mümkün görünmekle birlikte, işçinin sözleşmeyi feshi bakımından söz konusu olabileceği bir örneğe Batı Avrupa İş Hukuku tarihinde rastlamanın pek mümkün olmadığı kanısındayız. Ancak, burada vurguladığımız “**kanunun ruhu**”dur. İsviçre Borçlar Kanunu, hala çağdaş iş hukukunun olmazsa olmaz koşulu işçinin feshe karşı korunmasını asgari düzeyde dahi yakalayamamış, “**tarafkların eşitliği**” gibi çağdaş iş hukukuna aykırı bir anlayış, **İsviçre Borçlar Kanununun özüne sinmiştir**. Dolayısıyla, bizce bugün öncelikli olarak yapılması gereken öncelikle bu tutarsız yapıyı objektif biçimde ortaya koymak ve bunun ne şekilde çözümlenebileceğini tartışmaktır. Bu yapılmaksızın **söz konusu tutarsız, isabetsiz, dengesiz hükümleri olduğu gibi kabul etmek, üstüne üstlük 4857 sayılı Kanun’a tabi ilişkilere yansıtma isabetsiz bir yaklaşım olacaktır**.

Üstelik aksi görüşte olan yazarların bile, tereddütlerini gizleyemediği açıkça görülmektedir. Söz konusu tazminatın 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilere de etkisini kabul eden *Soyer*, bu hükmün yaratacağı maddi külfet nedeni ile eleştiri konusu olacağını ifade etmektedir. Yazar ayrıca, Borçlar Kanunu yapılırken izlenen yonteme ilişkin ayrıntılı ve isabetli eleştiriler getirmektedir<sup>43</sup>.

42 İsviçre Borçlar Kanununun, kanımızca tam bir “*garabet*” niteliği taşıyan bu hükmünün aynen benimsenmemesi son derece isabetli olmuştur.

43 *Soyer*; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.

Borçlar Kanunu hükümlerinin yorumu ile temel görüşlerimizin genel olarak yakınlık arzettiği *Alpagut*, söz konusu tazminatın uygulanması konusuna tereddütlü ifadelerle yaklaşmakta, bunun uygulanacağını kabul etmekte, ancak işçinin manevi zararının doğması koşulu ile sınırlandırmaya çalışmaktadır<sup>44</sup>.

Akyiğit, ölüm tazminatı ile ilgili incelemesinde<sup>45</sup>, aksi görüşün de savunulabileceğini “...konu her iki yönde de görüş ileri sürmeye zemin hazırlayacak gibi gözükmektedir” ifadesi ile ortaya koymakta ve “...aslında bu tartışmaların kökeninde İsviçre BK hükümlerini, onlarda farklı iş yasaları veya benzer farklı ödemeler bulunup bulunmadığını araştırmaksızın neredeyse birebir tercüme yoluyla Türk Hukukuna aktarmanın yattığını söylemek yanlış olmaz”<sup>46</sup> diyerek sorunun kaynağını son derece isabetli biçimde dile getirmektedir.

Söz konusu tazminatın İş Kanunu’na tabi ilişkilerde uygulanabileceğini kabul eden *Doğan Yenisey* de, “...bu hükmün kötüniyet tazminatı ile olan ilişkisi İsviçre’de oldukça tartışılmış, kötüniyet tazminatı ile haksız fesih tazminatının aynı olayda birleşmeyeceği kabul edilmiştir. Ancak İsviçre’de bu iki hükmün düzenleniş biçimi ve öngörülen tazminat miktarları aynıdır. Bu açıdan Borçlar kanunundaki düzenleme sorun yaratabilecek niteliktedir”<sup>47</sup> anlatımına yer vererek çekincelerini ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere, aksi görüşteki tüm yazarlar görüşlerini deyim yerindeyse bir takım rezervler koyarak dile getirmekte, neredeyse hiçbiri tam anlamı ile ortaya çıkan tablo için “*olması gereken hukuk budur*” diyememektedir. Bize göre, tam anlamı ile “*olması gereken budur*” diyemiyor ve iş ilişkisini etkileyen hükümleri içimize sindiremiyorsak, yapmamız gereken bu hükümleri kabul etme değil, reddetme yolunu seçmektir.

Kanımızca, 4857 sayılı Kanun, öncelikle sağlam bir güvencesi modeli getirmiştir. Bu sistem içine dışarıdan tazminat ithal etmenin hiçbir mantıklı açıklaması yoktur. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için ise, kıdem tazminatı, ihbar ve kötüniyet tazminatı kurumları mevcuttur. Ayrıca ayırimcılık tazminatı da özel olarak düzenlenmiştir. İşçi bunların dışında haksız fesih neticesinde uğradığı maddi ve manevi zararı varsa, bunları kanıtlamak koşulu ile işveren den isteyebilir. Biz İş Kanununda bu konuda hiçbir boşluk bulunmadığını düşünüyoruz.

44 *Alpagut*, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasası Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 149-150.

45 *Akyiğit*’in, görüşü esasen “ölüm tazminatı” ile bağlantılıdır. Ancak yazarın bu kapsamda referans gösterilebileceği kanısındayız, zira yazar Borçlar Kanununun genel kanun olması dolayısıyla geniş biçimde uygulama alanı bulabileceği görüşüne yakın durmaktadır. Yazar açıkça “...kişisel eğilimimiz, TBK’nın diğer iş yasaları karşısında genel kanun konumunu taşıdığı ve onlarda boşluk bulunan hallerde TBK hükümlerinin bu boşluğu dolduracağı yönündedir” diyerek duruşunu ortaya koymaktadır (Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 39).

46 *Akyiğit*, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.

47 *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 332.

İsviçre Hukukunda, sadece ihbar süreleri ve kötüniyet tazminatı ile işçiye sağlanan korumanın yetersiz kalacağı düşüncesiyle getirilen bu hükmün, haksız fesih durumunda, her çalışma yılı için işçinin 30 günlük ücreti tutarında olan ve oldukça güçlü olarak nitelendirilebileceğimiz kıdem tazminatını öngören bir sistemde yeri olmadığı kanısındayız. Sonuç olarak, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından bu tazminatın 4857 sayılı Kanun'a tabi iş ilişkileri için söz konusu olmaması gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, “*isabetsiz de bulsak*”, bu tazminatın devreye girmesi mümkün görünmektedir. Ancak **buradaki hukuki hata, Borçlar Kanunundan değil; 4857 sayılı İş Kanunu'nun kendisinden kaynaklanmaktadır.** Bize göre, İş Kanununun tüm yönleri ile belirli süreli sözleşmeyi düzenlemesi gerekirdi. Bunun yapılış koşullarını düzenlerken, sona ermesinin hukuki sonuçları ile ilgili düzenlemelerde başka bir kanuna atıf yapılması kanun tekniği açısından isabetsiz olmuştur. Üstelik, 4857 sayılı Kanun yapılırken yürürlükteki BK hükümlerinde, belirli süreli sözleşmelerin sona ermesinin sonuçlarını doğrudan düzenleyen bir hüküm dahi mevcut değildi. BK m.325 hükmü özel olarak belirli süreli sözleşmeler için getirilmiş bir düzenleme olmayıp, esasen işverenin temerrüdünün hukuki sonuçlarını düzenlemekteydi.

Sonuç olarak, belirli süreli sözleşmeleri tüm yönleri ile düzenlememek hatalı bir yaklaşım olmuştur. Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu gibi kanunlar ile bütünlük yaratmak ve Borçlar Kanununu, tüm bu kanunların “*boşluklarını örten*” bir kanun olması gerektiği gibi düşünmek bu hatanın hukuki temelini oluşturmaktadır. Oysa, **Basın ve Deniz İş Kanunlarının durumu ortadadır.** Bunlar yeni gelişmeler karşısında ciddi anlamda erozyona uğramış olup, acilen düzenlenmeleri gerekmektedir. **Bu kanunları bağımsız bir kanun modeli içinde düzenlemek (ki maalesef öyle olacak gibi görünmektedir) bize isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.**

Bu kanunların kapsamı içinde kalan çalışanları, 4857 sayılı Kanun kapsamına almak, ancak gerektiği noktalarda farklı hükümler ya da istisna hükümleri getirmek en isabetli yol olacaktır. İş Kanunu hazırlanırken, kanunkoyucu 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışan işçilerin iş ilişkilerine ilişkin bir kısım düzenlemelerin Borçlar Kanununda yer almasını doğal olarak kabul etmiştir. Oysa bizce, bu tespit “*doğru bilinen bir yanlış*” tır. **Bizce, çağdaş iş hukukunda genel kanunların uygulama alanı mümkün olduğunca daraltılmalı, özel iş kanunları, iş ilişkilerini mümkün olduğunca eksiksiz biçimde düzenlemelidir.** Bunun yapılmaması, 4857 sayılı Kanun'da bu fırsatın kaçırılması, esasen bugün karşılaştığımız olumsuz tablonun başlıca nedenlerinden biridir. Medeni hukukçular ve Borçlar hukukçuları, iş ilişkilerini derinden etkileyecek hükümleri düzenlemeye kalkışmışlar ve sonuçta bir iş hukukçusu olarak içimi-ze sindirmemizin mümkün olmadığı kurallar demeti ortaya çıkarmışlardır.



#### d) Ölüm tazminatı

Borçlar Kanununun 440. maddesine göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulanabileceğine ilişkin görüşler, yeni kanuna ilişkin bilimsel toplantılarda dile getirilmeye başlanmış bulunmaktadır. *Akyiğit*, Basın İş Kanununda bu konuda ölüm tazminatı bulunduğunu belirtmekte, ancak diğer iş kanunları bakımından uygulanabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Yazar, Borçlar Kanununda ölüm tazminatının belirli bir kıdem gerektirmeyişini ve kapsama aldığı kişi farklılığını görüşüne dayanak yapmaktadır<sup>48</sup>. *Doğan Yenisey* de Basın iş kanunun tartışma yaratabileceğini belirtmekte, ancak diğer iş kanunları açısından ölüm tazminatını uygulanabilir bulmaktadır<sup>49</sup>. *Soyer*’ e göre, bu hüküm İsviçre doktrininde ölüm sebebine dayalı kıdem tazminatına eklenmek suretiyle yorumlanmaktadır. Buradan hareket eden ve maddenin kıdem tazminatı ile ilişkisini sorgulayan yazar “... kıdem tazminatına hak kazanılmayan hallerde sadece yeni yasadaki ödemenin yapılacağı açıktır” sonucuna ulaşmaktadır<sup>50</sup>.

Ancak kanımızca, **bu yorumun bu denli açık olduğunu öne sürmek mümkün görünmemektedir**. Yukarıda belirttiğimiz eleştirileri tekrarlamak ve görüşümüze açıklık kazandırmak istiyoruz: Yeni Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ciddi hata ve eksiklikler içermektedir. Bunun ana kaynağı İsviçre’dir ve İsviçre Hukuku’nun kendisi bu tutarsızlıkların kaynağıdır. İhbar süresinin arttırılmasında mutlak eşitlik ararken, ihbar tazminatına ilişkin farklı hüküm getirilmesi bunun en çarpıcı örneğidir. Açıkça ifade etmek gerekir ise, bugün artık İsviçre’den kanun almak, hele iş ilişkilerine ilişkin bir kanun almak bilimsel yönden kabul edilebilir değildir.

Borçlar Kanunu hazırlanırken kanunkoyucu cezai şart, ibra sözleşmesi gibi birkaç hüküm dışında İş Kanunlarını hiç dikkate almamıştır. Bugün “*Borçlar Kanununda pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlenmiş olma nedenini, pazarlamacıların İş Kanunu kapsamına girip girmeyeceği*” ciddi bir tartışma konusudur<sup>51</sup>.

48 *Akyiğit*, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.

49 *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 324-325.

50 *Soyer*, “...Borçlar Kanunundaki düzenlemenin genel nitelikte olması bu sorunun olumlu şekilde yanıtlanmasını gerektirmektedir” demekte, ancak daha sonra bunun çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu eklemektedir Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.

51 Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin olarak bkz. E. *Özdemir*, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku - Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 177 vd.

Buna göre, kanımızca, “*Borçlar kanunu genel kanundur; İş Kanunu özel kanundur*” şeklindeki **klasik anlayışı masaya yatırmak ve bunun isabet derecesini sorgulamak zamanı gelmiş bulunmaktadır**<sup>52</sup>. Bu süreçte ise, öncelikle yapılması gereken, İş Kanununda (bizce varlığı kuşkulu) boşlukları kapatmaya değil; Borçlar Kanununun temel “*boşluklarına*” odaklanmaktır.

Fesih ile ilgili hükümler düzenlenirken, kanunkoyucunun düzenlemesi gereken temel konu belirsiz süreli sözleşmenin feshini bir miktar güçleştirecek ve kıdemi ödüllendirecek bir düzenleme getirmek idi. Yukarıda belirttiğimiz gibi, yeni Borçlar Kanununda 30 yıllık işçinin iş sözleşmesini ihbar süresine uyarak fesheden işverenin işçiye hiçbir tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmemektedir. Yani kanunkoyucu tarafından, **fesih ile ilgili getirilmesi gereken temel hüküm Kanunda yoktur**. Buna karşılık, çalışmamızda önce de vurguladığımız gibi, yapılan yayınlar ve bilimsel makalelerde, **bu konu bugüne kadar gündeme getirilmiş değildir**. Ancak, 6 aylık fesih tazminatın neden öngörüldüğü, 30 günlük sürenin niteliği, aylık ücretin ¼’ tutarındaki tazminatın nasıl hesaplanacağı, ölüm tazminatında geride kalanların kimler olduğu, bunun hesabı ve buna benzer birçok “**ayrıntı**” sayfalarca, Federal Mahkeme kararlarından ve İsviçreli Hukukçular’ dan alıntı ve örnekler ile tartışılmaktadır. **Oysa bizce bu şekilde “büyük resim” son derece vahim bir şekilde gözden kaçırılmaktadır!**

Kanımızca, iş hukuku camiası Borçlar Kanununun “ayrıntı”sıyla değil, **özüyle ve ruhuyla**, hem de hiç vakit kaybetmeden ilgilenmeye başlamalıdır. **Özellikle “ayrıntı” sözünün altını çizmek istiyoruz**. Zira bize göre Borçlar Kanunu çok sayıda “gereksiz” ayrıntı ile doludur. Başından sonuna kadar okunduğunda akılda kalmamakta, hemen her hükmünün uygulanmasında tartışma bulunmaktadır. Bu da bizce son derece yanlış bir durumdur. Artık çağımızın iş hukukunda soyutluğa, belirsizliğe yer yoktur. Günümüz iş hukukunun temel özelliklerinden birisi “**gerçekçilik**” tir<sup>53</sup>. Çağdaş bir iş mevzuatı da “*gerçekçi*”, “*net*”, “*kolay anlaşılır*” nitelikte olmalıdır. Buna karşılık Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin neredeyse tüm hükümleri **tartışmaya açık, belirsiz bir nitelik taşımaktadır**.

Biz, kanunkoyucunun fesih ile ilgili getirdiği Borçlar Kanunu hükümlerinin **bütünlük içinde doğru planlanamadığını düşünüyoruz**. Gerçekten, İsviçre

- 
- 52 Burada “Borçlar kanunu genel kanun değildir” gibi “anlamsız” ve hatalı olduğu kuşkusuz olan bir şey söylemiyoruz. İfade etmek istediğimiz, Borçlar Kanununun “genel kanun” hükmü ile iş ilişkilerinde geniş şekilde etkili olmaması gerektiğidir. Özel İş Kanunlarının, genel kanundan mümkün olduğunca az etkilenecek şekilde düzenlenmesi gerekli olduğu gibi, bunların yorumunda da aynı ilkeden hareket edilmesi gerektiği kanısındayız.
- 53 Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku - Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 170-171.

gibi geri kalmış bir iş hukuku sistemi aynen adapte edilmiştir. Şimdi de, tüm bu eleştiriler ve değerlendirmeler göz önüne alınmaksızın, bizzat kendisi “**esaslı boşluklar**” içeren Yeni Borçlar Kanunu, İş Kanununun yanına konulmakta, her iki kanun kıyaslanmakta, İş Kanununda benzer bir hüküm eğer yoksa, BK’deki hükmün *genel hüküm olması dolayısı ile* uygulanabileceği görüşleri ortaya atılmaktadır.

İş Kanununa göre çok daha ilkel ve geri bir zihniyete sahip bir kanunun, nasıl “*çağdaş*” olarak vasıflandırıldığını, bu Kanunun kendisine göre en az yarım asır ileride olan 4857 sayılı Kanunun varlığı kuşkulu “*boşluğunu*” ne şekilde kapatabileceğini anlamakta gerçekten zorlanıyoruz. Bizce ortada boşluklar vardır; ancak bunlar İş Kanununda değil, Yeni Borçlar Kanunundadır.

**Sonuç olarak, özülüyle, ruhuyla, hemen her hükmü ile geri bir Kanun, nasıl kendisinden kat kat ileri bir Kanunun “boşluğunu” kapatabilir sorusuna biz yanıt veremiyoruz.** Öğretideki aksi görüş bizce bu büyük resmi gözden kaçırmakta, hükümleri tek tek sanki olması gereken isabetli hükümler gibi ele almakta, bunları İş Kanununun yanına koyduğunda görülen farklılıkları (örneğin ölüm tazminatından yararlanacak kişilerde yaratılan bizzetce isabetsiz farklılık olduğu gibi) İş kanununun boşlukları olarak nitelendirmektedir.

Biz bu görüşlere temkinli yaklaşmak gerektiği kanısındayız. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, İş Kanununda boşluk olup olmadığı noktasının, doğrudan İş Kanununa bakarak sorgulamak gerektiği, Borçlar Kanununda farklılık olmasının, İş Kanununda boşluk anlamına gelmeyeceği düşüncesindeyiz. **Özel olarak tüm işçiler için getirildiği açıkça anlaşılmayan hükümlerin, 4857 sayılı Kanun’a tabi ilişkilerde etkili olmaması gerektiği kanısındayız.**

Biz günümüzde, **özel iş kanunlarının, genel kanunlardan mümkün olduğunca az etkilenecek şekilde “tam ve eksiksiz biçimde” düzenlenmesinin gerekli olduğuna yürekten inanıyoruz.** Bizim idealimizdeki iş hukuku, yargısıyla, maddi hukuk boyutu ile genel hukuktan mümkün olduğunca “**bağımsız**” bir iş hukukudur. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun, genel rejime bağlamak sureti ile iş yargısına verdiği zararlar son derece vahim olmuştur. Uzun bir süre, hukukçular ne tür dava açacaklarını tespit edemediklerinden hak arama hürriyeti ülkemizde kısıtlanmıştır. Buradaki hata da bizce aynıdır: İş hukukunun özelliğini gözden kaçırmak ve genel rejim ile iribatlandırmak.

**Biz iş kanunlarının, medeni usul ya da borçlar hukukçularının değil, doğrudan “uygulamayı iyi bilen” iş hukukçularının elinden çıkması gerektiği kanısındayız.** İş hukukunun yargısıyla, maddi hukukuyla kendine özgü kuralları olduğu görüşündeyiz. **Bu yaklaşımı, gerek kanunların düzenleme tekniğinde, gerekse de yorumunda aynı şekilde benimsiyoruz.**

#### IV. SONUÇ

Yeni Borçlar Kanununda, sadece bu kanun kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm işçileri de etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir. Kanunkoyucu çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamamış, İş Hukukumuzla göre geri olan İsviçre Hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilenmiştir.

Borçlar Kanunu hükümleri, genel kanun olması dolayısıyla iş kanunları kapsamındaki işçileri de etkilemektedir. Öğretide Borçlar Kanununun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlanmış; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin İş Kanununa tabi ilişkilerde uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmeye başlanmıştır.

Kanımızca, Borçlar Kanunu hükümlerinin çağı yakalayamamış, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıyan düzenlemeler getirilmiştir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Borçlar Kanununun öncelikli işlevi, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçilerin iş ilişkilerini, bu kapsamdaki işçiler ile büyük bir fark yaratmadan düzenlemek, eşit, dengeli ve adil bir düzen getirmektir. Nitekim Yeni Borçlar Kanununda çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshi ile ilgili en temel esasları olan işçinin feshine karşı korunması ve işçinin kıdeminin ödüllendirilmesi düşünceleri gözardı edilmiştir.

Borçlar Kanununun ihbar sürelerine ilişkin düzenlemeleri isabetli olmamıştır. Bize göre, bugün, hala doktrinde de izlerini gördüğümüz ihbar sürelerinin kısaltılamayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur. Buna göre, ihbar süreleri işçi açısından kısaltılabilir.

İhbar sürelerinin arttırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşünün aşılması gerekir. Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı “*tarafaların eşitliği*” değil, “*işçinin korunması*” düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, ihbar önelleri bakımından da işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Borçlar Kanununun ihbar sürelerine ilişkin düzenlemesinde gerek Yüksek Mahkemenin isabetli görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı göz ardı edilmiştir.

İşçinin aylık ücretinin  $\frac{1}{4}$ 'ü gibi son derece küçük bir tazminatın neden Kanunda öngörülmesine gerek bulunduğunu, bunun talep edilme koşullarının neden bu denli “sıkı koşullara bağlandığını” kavramak geçekten güçtür. Bu isabetsiz ve gereksiz düzenlemede öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin sadece aylık ücretin  $\frac{1}{4}$ 'lük kısmına mı ilişkin olduğu, yoksa işverenin ek zararları bakımından da mı geçerli olduğu belirsizlik arz etmektedir. İşverenin belirli süreli iş sözleşmesinde uğradığı zararları talep hakkını 30 günlük gibi

son derece kısa bir süreye bağlamanın hiçbir rasyonel açıklaması olmadığı görüşündeyiz.

Borçlar Kanununda belirli süreli sözleşmenin 10 yıldan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi de, bu hükmün teknik ayrıntıları konusunda değerlendirme yapılması da çok anlamlı değildir. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansız olduğu gibi, böyle bir sözleşme yapmak her iki taraf bakımından da rasyonel değildir. Özellikle işverenin 10 yıl gibi bir süre ile işçiyi istihdam etme yükümlülüğü altına girmesi ve haksız fesih durumunda ortaya çıkacak ağır sonuçlar dikkate alındığında böyle bir sözleşme yapılmak istenmeyeceği açıktır. Sonuç olarak, kanunkoyucunun bu gibi uygulamada karşılaşılmayacak konularda düzenleme getirmesi, maalesef kanunkoyucunun uygulamaya ne kadar uzak ve çağımızın ne denli gerisinde olduğunun somut kanıtlarını oluşturmaktadır.

Kanunkoyucu fesih ile ilgili getirdiği hükümleri bütünlük içinde doğru planlanmamıştır. Bunların arasında olması gereken denge yoktur. Esasen bizce yapılması gereken şunlar olmalıydı:

4857 sayılı Kanun, genel kanuna yollamayı mümkün olan en aza indirgeyecek şekilde, eksiksiz biçimde düzenlenmeliydi. Örneğin yukarıda da belirttiğimiz gibi, belirli süreli sözleşmenin yapılış koşullarını düzenleyip, sona erme sonuçlarını düzenlememek bizce isabetli olmamıştır.

Basın ve Deniz İş Kanunları zaman içinde İş Kanunu kapsamında ayrı hükümler ile düzenlenebilir, havacılık işleri de kapsam dışına çıkarmak yerine benzer bir model ile düzenlenebilirdi.

Borçlar Kanunu yapılırken ise, iş hukukçuları etkili olmalıydı. Burada komisyon iki çalışma grubuna bölünmeli, bir kısım Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere ilişkin hükümleri, bir kısım genel hüküm niteliğindeki düzenlemeleri ele almalı idi. Borçlar Kanunu kapsamı içindeki işçiler için, bu kanun kapsamındaki işverenlerin güçsüzlüğü dikkate alınarak 4857 sayılı Kanundaki haklar kısmen azaltılarak öngörülmeliydi. İş kanunları kapsamındaki işçilere de uygulanabilecek genel hükümler ise, son derece ciddi şekilde tartışarak, planlayarak getirilmeliydi.

Bunların hiçbirisi yapılmamış; İsviçre gibi geri kalmış bir iş hukuku sistemi aynen adapte edilmiştir. Şimdi de, tüm bu eleştiriler ve değerlendirmeler göz önüne alınmaksızın, bizzat kendisi “*temel hukuki boşluklar*” içeren yeni Borçlar Kanunu, İş Kanununun yanına konulmakta, her iki kanun kıyaslanmakta, İş Kanununda benzer bir hüküm eğer yoksa, Borçlar Kanunundaki hükmün *genel hüküm olması dolayısı ile* uygulanabileceği görüşleri ortaya atılmaktadır.

Bizim idealimizdeki iş hukuku, yargısıyla, maddi hukuk boyutu ile genel hukuktan mümkün olduğunca “bağımsız” bir iş hukukudur. Yeni Hukuk Mu-

hakemleri Kanununun, genel rejime bağlamak sureti ile iş yargısına verdiği zararlar son derece vahim olmuştur. Uzun bir süre, hukukçular ne tür dava açacaklarını tespit edemediklerinden hak arama hürriyeti ülkemizde kısıtlanmıştır. Buradaki hata da bizce aynıdır: İş hukukunun özelliğini gözden kaçırmak ve genel rejim ile irtibatlandırmak.

Biz iş kanunlarının, medeni usul ya da borçlar hukukçularının değil, doğrudan “uygulamayı iyi bilen” iş hukukçularının elinden çıkması gerektiği kanısındayız. İş Hukukunun yargısıyla, maddi hukuka ilişkin normlarıyla *bağımsız ve kendine özgü olması* gerektiği görüşündeyiz. Bu yaklaşımı, gerek kanunların düzenlenme tekniğinde, gerekse de yorumunda aynı şekilde benimsiyoruz.

İş Kanununda boşluk olup olmadığı noktasının, doğrudan İş Kanununa bakarak sorgulamak gerektiği, Borçlar Kanununda farklılık olmasının, İş Kanununda boşluk anlamına gelmeyeceği düşüncesindeyiz. Sonuç olarak, haklı feshin yazılı yapılması, ölüm tazminatı, ihbar sürelerinin arttırılmasına ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanunu bakımından etkili olmaması gerektiği görüşündeyiz. Haksız fesih tazminatı sadece belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanabileceğini kabul ediyoruz.

## KAYNAKÇA

**AKYİĞİT, Ercan:** Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, SİCİL, Haziran 2011, 32 vd;

**ALPAGUT, Gülsevil:** Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 124 vd.

**ÇELİK, Nuri:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 5 vd.

**DOĞAN YENİSEY, Kübra:** Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler –Tebliğler, On İki Levha yay., İstanbul 2012, 297 vd.

**EKONOMİ, Münir:** Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 23 vd.

**ENGİN, Murat:** Hizmet sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, İstanbul 2003.

**GÜLVER, Ender:** Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İHD, Cilt: 8, Sayı: 31, 2011, 999 vd..

**GÜNEŞ, Başak / Mutlay, Faruk Barış:** Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunlar Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, Sayı: 30, 2011/3, 231 vd.

**MAZEAUD, Antoine:** Droit du Travail, LGDJ, Paris 2002, 315.

**ÖZDEMİR, Erdem:** 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, SİCİL, Aralık 12011, 107.

**ÖZDEMİR, Erdem:** Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz' a Armağan, İstanbul 2011, 560 vd.

**ÖZDEMİR, Erdem:** İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:54, Sayı:3, 95 vd.

**ÖZDEMİR, Erdem:** İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta yay., İstanbul 2006.

**ÖZDEMİR, Erdem:** Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 167 vd.

**Pélissier/Supiot/Jeamnaud:** Droit du Travail, Dalloz 2002.

**SOYER, Polat:** Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 12 vd.

**YILMAZ, Ejder:** Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), SİCİL, Haziran 2011, 22 vd.

# Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi

- Yasemin YOKET\*
- Selin GÜLER\*

## GİRİŞ

Değişen ve gelişen dünya karşısında ekonominin ve pazarın hızla gelişmesi sonucunda piyasalarda arz ve talep artmış bulunmaktadır. Kişiler karşılıklı görüşüp anlaşarak sözleşme koşullarını belirlerken bu hızlı değişim ve gelişim karşısında zaman kaybetmemek adına bir takım arayışlara girmektedir. Bu bağlamda, sözleşmede güç dengeleri daha elinde olan taraf, karşı tarafla sözleşme yapmadan önce, sözleşmedeki koşulları önceden tek yanlı olarak belirleme yoluna gitmektedir. Böylece, kişiler genel işlem şartı adını verdiğimiz, önceden hazırladıkları şartlara dayanarak kişilerle hukuki ilişki kurmaktadır.

Her ne kadar bu durum zaman tasarrufu bakımından olumlu gibi gözükse de, bu tür koşulların genellikle sözleşmenin güçlü tarafınca hazırlanması nedeniyle diğer taraf bakımından korunmaya değer menfaatler ortaya çıkmaktadır. Genel işlem şartlarının uygulamadaki bu önemi de dikkate alındığında özellikle tüketiciler bakımından bu durumun daha büyük tehlike arz ettiği düşünülerek, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili yönetmelikte bir takım hükümler düzenlenerek boşluk kapatılmaya çalışılmıştır. Buna karşılık tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan Genel İşlem Şartları düzenleme alanının dışında bırakılmıştır. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na eklenen m.20 vd. ile genel işlem şartları açıkça düzenlenmiştir. Yeni hükümler tüketici/tüketici olmayan sözleşme tarafı ayırımını yapmaksızın koruyucu hükümlerin herkese uygulanmasını sağlamıştır.

Çalışmamızda, birinci bölümde genel işlem şartlarının yorum yoluyla denetimi kapsamında öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili yönetmelikteki hükümler ile 6098 Sayılı Borçlar Kanunu açısından genel bir açıklama yapıldıktan sonra, yorumun konusunu ve yorumda izlenecek yöntemleri incelemeye çalışacağız.

İkinci bölümde ise, genel işlem şartlarında değiştirme yasağı kapsamında öncelikle 6098 Sayılı Borçlar Kanunu öncesi mevzuatta yer alan düzenlemeleri inceleyip ardından 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile getirilen düzenlemeyi inceleyeceğiz. Daha sonra genel işlem şartlarının değiştirilmesine ilişkin kayıtları ve bunların etkisini inceleyeceğiz.

---

\* Av. İzmir Barosu Üyesi



## GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUM YOLUYLA DENETİMİ

### A. Genel Olarak Genel İşlem Şartlarının Denetimi

Genel işlem şartlarının (GİŞ) denetlenmesi konusunda Türk hukukunda uzun yıllar önemli bir düzenleme açığı mevcuttu. Bu açık 2003 yılı Mart ayı itibariyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna (TKHK) eklenen m.6 ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” (Yönetmelik) ile en azından kısmi olarak kapanmaktadır. TKHK m.6 uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem şartlarının denetlenmesi imkanını getirmekte, buna karşılık tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem şartları denetimi, düzenleme alanının dışında kalmaktadır. Diğer yandan, TKHK’deki düzenleme sadece genel işlem şartı sorununa özgülenmemiş, Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartlara İlişkin 1993 tarihli Avrupa Birliği Yönergesi doğrultusunda, tüketici sözleşmelerinde kullanılan, genel işlem şartı niteliği taşımayan ancak pazarlık konusu yapılmamış olan bütün haksız sözleşme koşulları denetime tabi sayılmıştır<sup>1</sup>.

Eski Borçlar Kanunumuzda da, bütün sözleşmeleri kapsayan “genel işlem koşullarına” ilişkin özel bir hüküm yoktu. Uygulamada, genel işlem koşullarının “içerik denetimi” MK. md. 2’ye “hakkın kötüye kullanılmaması” ilkesine veya bir sözleşme hükmünün ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına (vs) aykırı olamayacağına ilişkin( BK. md. 19-20). Dayanılarak yapılmaktaydı<sup>2</sup>.

6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu’na eklenen m.20 vd. ile genel işlem şartları açıkça düzenlenmiştir. Yeni hükümler tüketici/tüketici olmayan sözleşme tarafı ayırımını yapmaksızın genel işlem şartları kullanılan bütün sözleşmelerin denetlenmesi imkanını getirmektedir<sup>3</sup>. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununun genel işlem şartlarının denetimine ilişkin bir düzenlemeyi de içine alarak, tüketici/tacir ayırımı yapmaksızın koruyucu hükümlerin herkese uygulanmasını sağlama yönündeki tercihi son derece yerindedir. Nitekim Almanya, Avusturya, İtalya, Hollanda gibi ülkeler de medeni kanunlarında yer verdikleri hükümlerinde, hem tacirin hem de tüketicinin bu hükümlerden faydalanmasına imkan tanımışlardır. Tacirlerin de genel işlem şartı kapsamında korunma ihtiyacı<sup>4</sup> bulunduğu yadsınamayacağına göre 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu’na herkes

1 ATAMER Yeşim M., Genel İşleme Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Ankara 2004, (Armağan), s. 291.

2 REİSOĞLU Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, s. 74.

3 ATAMER (Armağan), s. 292.

4 Küçük ve orta ölçekli işletmeler nakit ihtiyacı olan ve kredi bulmakta zorlanan kuruluşlardır. Ekonomide önemli bir yer tutan KOBİ’lerin, özellikle bankadan kredi almaları durumunda pazarlık ederek sözleşmenin içeriğine etki edebilme ihtimali neredeyse olanaksızdır. Nitekim Akyol’da “ ne var ki, bankadan kredi almak hemen her tacir için bir zorunluluk-

uygulanabilecek bir düzenleme eklenmiş olması çok uygun gözükmektedir<sup>5</sup>.

Bugün yaygın şekilde kabul edildiği üzere, genel işlem şartlarının denetiminin üç aşama ile sağlandığını söylemek mümkündür. Öncelikle, üzerinde durulan sözleşme hükmünün genel işlem şartı niteliği ile sözleşme içeriği olup olmadığı tespit edilmesi gereklidir. Bu tespit, dürüstlük kuralı uyarınca yapılacaktır. Dürüstlük kuralı uyarınca, genel işlem şartı olup olmadığı irdelecek olan sözleşme hükmünün, sözleşmeyi kuran taraf iradelerinin uyuşması kapsamında olmadığı, dolayısıyla sözleşme parçası olmadığı sonucuna varılabildiği bütün hallerde genel işlem şartı kabul edilecek hükümlerin geçerliliği hakkında bir tartışma anlamını yitirecektir. Dolayısıyla öncelikle sözleşme içeriğini doğru saptamak gerekecektir. Eğer genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olduğu sonucuna varılabiliyorsa aşağıda detaylı şekilde inceleneceği üzere bu sefer bunların yorum yoluyla denetlenmesi de mümkündür. Yapılacak olan, birçok halde genel işlem şartı kullanan aleyhine yorum yöntemini benimsemektedir. Ancak bütün bunların işe yaramadığı durumlarda, son safhada genel işlem şartının geçerliliğinin denetlenmesi gerekecektir. Yani sözleşme içeriği olmuş, yorum yoluyla da genel işlem şartı kullanan aleyhine anlamlandırılmayan bu sözleşme şartlarının hakim tarafından denetlenmesi ve yeri geldiğinde batıl sayılması gerekecektir<sup>6</sup>.

### **B. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu Öncesi Mevzuatta Yer Alan Düzenlemeler Açısından Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi (Tüketici Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik)**

Kanun, ne sözleşmenin içeriğinin saptanmasına ilişkin bir yürürlük denetimi, ne de yorum yoluyla denetim imkanını ele almıştır. Yönetmelik ise içerik denetiminin yanı sıra m.6/4'de, AB Yönergesine paralel olarak tüketici lehine yorum ilkesini kabul etmekte, yani yorum denetimine imkan tanımaktadır<sup>7</sup>.

Uygulamada, genellikle genel işlem şartı uzman kişiler tarafından olabildiğince küçük puntolar halinde, teknik terimler ve ağır bir dil kullanılarak, tüketici tarafından okunmamasına veya okunsa bile anlaşılmasına neden

---

tur. Bir sözleşmeyi kurmak için zorunluluk altında, şartlarını baskısı altında olan kişinin, banka tarafından onu köleleştiren bir kredi açma sözleşmesini imzalamaya zorlanması durumunda, bu olgunun, bu sözleşmenin hukuk düzeni tarafından denetlenmesi de bir zorunluluktur. Genel işlem şartlarının denetlenmesinin, herhangi bir ön şartı ile engellenmesi düşünülemez.” demektedir. KOCAMAN Arif B., “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, Ünal Tekinalp'e Armağan, C:1 Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, s. 1096-1097.

5 ATAMER Yeşim M., “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, HPD, C.IV, Ağustos 2006, s. 109-115 (Tasarı), s.110.

6 ATAMER (Armağan), s. 292.

7 ATAMER (Armağan), s. 293.

olacak şekilde düzenlemektedir. Tüketicie sözleşmeyi inceleme, varsa önerilerini sunma imkanı tanınmış olsa bile; tüketici içeriğine vâkıf olamadığı sözleşmeyi bütün koşulları ile kabul etmek zorunda kalmaktadır<sup>8</sup>. Bunun ise tarafların eşitliği ilkesine, dürüstlük kuralına ne derece aykırı olduğu açıktır.

Gerek AB Yönergesinde gerek yönetmeliğimizde uygulamadaki bu durum göz önüne alınarak, tüketici haksız sözleşme şartları çerçevesinde korunmuştur.

AB Yönergesinin 5. maddesinde; “*Tüketicie sunulan belirli koşulların veya tüm sözleşmenin yazılı olması halinde, bu koşulların daima açık ve anlaşılır bir dilde yazılmış olması gerekir. Bir koşulun anlamı konusunda kuşku varsa, tüketicinin en lehine olan yorum üstün tutulur.” şeklinde; yönergeye paralel olarak Yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrasında da; “*Sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dilde yazılmış olması gerekir.” şeklinde belirtilmiş olup bu kavram sayesinde sözleşme içinde yer alan koşulların anlaşılmasız şekilde kaleme alınmış olması veya başka hükümler arasında gizlenmiş olması saydamlık kuralına aykırılık nedeniyle geçersizlik yaptırımını beraberinde getirecektir; 4. fıkrasında da “*Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.” şeklinde belirtilmiştir.***

Görüldüğü üzere, yönetmelikte AB Yönergesine paralel esaslar benimsenerek, tüketici sözleşmesinin AÇIK ve ANLAŞILIR bir şekilde ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Her iki düzenleme bakımından ortak noktalar olduğu gibi farklılıklar da bulunmaktadır. Yönergede, sözleşme koşulunun net olarak anlaşılabilmesi halinde tüketicinin en lehine olan yorum esas alınarak; anlam belirsizliğinden kaynaklanan riziko bu şartları kullanan tarafa (satıcı/sağlayıcı/kredi veren) yükletilmişken; yönetmelikte ise, böyle bir durumda öncelikle hukukun yorum yöntemlerine göre anlamın belirlenmesi, bunun mümkün olamaması halinde ise tüketici lehine yorum yapılacağı esası benimsenmiştir<sup>9</sup>. Bunun yanı sıra sözleşme şartının kime göre açık ve anlaşılır olması gerektiği hususunda da iki düzenleme bakımından farklılık bulunmaktadır. Yönergede, sözleşme koşullarının ortalama bir tüketici bakımından açık ve anlaşılır olması gerekmesine rağmen; yönetmeliğe göre, hukukun yorumlanması gerektiğinden, hakim anlayışı ölçü olacaktır<sup>10</sup>. Yönetmeliğin lafzına rağmen, aslında burada sözleşme koşullarının AB yönergesinde olduğu gibi ortalama bir tüketici bakımından açık ve anlaşılır olması gerekmekte olup belirsizlik halinde “tüketici lehine yorum” yapılması gerekmektedir<sup>11</sup>.

8 ASLAN İ. Yılmaz, Tüketici Hukuk, 2. Baskı, Bursa 2004, s. 293; ATAMER (Armağan), s. 308; HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 152.

9 ASLAN, s. 293.

10 ASLAN, s. 293.

11 ASLAN, s. 293; DERYAL Yahya, Tüketici Hukuku, Ankara 2004, s. 60.

Tüketici mevzuatında, tüketici sözleşmelerinin sadece açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi aranmamakta, bazı sözleşme tiplerinin belli şekillerde yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Nitekim, TKHK. 6. maddenin 6. fıkrasına göre; “6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir.” şeklinde belirtilerek bu gibi hallerde de yazı karakterinin belli bir ölçüde (12punto) ve renkte (siyah) olması gerektiği belirtilmiştir<sup>12 13</sup>. Bu özelliklere sahip olmayan sözleşmeleri, tüketicinin bu şartlar hakkında bilgi sahibi olmasının olanaksızlığından dolayı, tüketici lehine yorum yaparak geçersiz kabul etmek doğru olacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında<sup>14</sup> da “... Yukarıdaki sözü edilen genel işlem şartında yer alan koşul, açık ve anlaşılabilir olduğundan yanında birden çok anlama gelmeyen, alışılmış olanın dışında bulunmayan bir kayıttır. Aksi takdirde, sözleşmelerin karşılıklı çıkarlarını adil ve hakkaniyete uygun olarak denkleştirmeyen, müşterinin çıkarlarını girişimci (müteşebbis) yararına kısıtlayan şartlar geçersiz olmak durumunda kalacaktır...” şeklinde belirterek ifadelerin açık ve anlaşılır olmasının önemine dikkat çekilmiştir.

Anılan şartlar sadece ilgili madde hükmünde belirtilen sözleşmeler için değil kıyasen tüketicinin korunmaya değer menfaati bakımından, tüm tüketici sözleşmelerinde uygulanabilir bir hükümdür.

### **C. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu Açısından Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi**

Genel işlem koşullarının yorum yoluyla denetimi Yeni Borçlar Kanunu'nun

12 ZEVKLİLER Aydın / AYDOĞDU Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004, s. 160.

13 Yarg. 13. HD., 02.05.2008, 2008/4345E., 2008/6088K., ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))“...Sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. “4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi hükmü gereğince, 6/ A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/ A, 10, 10 / A ve 11/ A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenmelidir.” Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir...”

14 YHGK., 04.12.1996, 1996/3-717E., 1996/850K., ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

23. maddesinde açıkça şu şekilde düzenlenmiştir;

*“Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”*

Madde gerekçesinde, *açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşulları, düzenleyenin aleyhine ve diğer tarafın lehine yorumlanır. Bu esaslar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından özel bir uygulama alanı oluşturur. Gerçekten, düzenleyenden, sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği önemi vererek hazırlaması beklenir. Sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya sebep olan noktalar, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır. Sözleşme hükümlerinin düzenleyen aleyhine yorumlanması için, düzenleyenin o sözleşme bakımından uzman olması da gerekmez. Aksine bir çözüm tarzı, bir genel hukuk ilkesi olan, “çelişkili davranma yasağı”na (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans) aykırı düşer. Sonuç olarak, bu tür genel işlem koşulları daima diğer taraf lehine yorumlanır.*

*Nitekim, Roma hukukundan gelen “in dubio contra stipulatorem” (Sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır. Bu genel ilke ve buna uygun olan madde, sözleşmeyi veya sözleşmedeki bir hükmü ya da bir sözcüğü kaleme alanın, onu istediği gibi ifade etme olanağına sahip bulunması sebebiyle, kaleme aldığı metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Aynı şekilde, bir hükmü düşündüğü gibi yazmamış olan kişinin, “bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır.” şeklinde, sonradan yapacağı yorum haklı sayılamaz. Alman Medenî Kanununun (BGB) 305c maddesinin ikinci fıkrasında benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. denilmiştir.*

Anılan düzenleme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a uygun olup ilgili hükümlerle paralellik arz etmektedir<sup>15</sup>. Bu bağlamda da, genel işlem koşullarının yorumlanmasında her bir koşulun tek tek bu bakımdan incelenmesi gerekmektedir .

## **D. Yorumun Konusu**

### **1. Genel Olarak**

Yürürlük denetiminden geçen genel işlem şartları metni, ikinci adım olarak yoruma tabi tutulacaktır. Yorumun **içerik denetimine nazaran öncelik**

15 ATAMER (Tasarı), s. 112-113.

16 GÜNGÖR Hayriye Gonca, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (II), Legal 2005, C. III, S. 31, s. 2465-2473, s. 2469.

**taşıması gerektiği açıktır.** Zira ancak içeriği tam olarak tespit edilmiş olan genel işlem şartının daha sonra bu içerikle denetimden geçip geçemeyeceği belirlenebilir. Oysa yorum yoluyla ilgili genel işlem şartı yerine taraflar arasında yapılmış bir bireysel anlaşmanın uygulanacağını tespit edilmesi mümkün olduğu gibi, genel işlem şartının anlamının belirsiz olması nedeniyle zaten müşteri lehine olan anlamın tercih edilmesi de söz konusu olabilir; iki halde de içerik denetimi yapma ihtiyacı ortadan kalkar. Dolayısıyla ilk aşamada genel işlem şartına nazaran öncelik uygulanması gereken bir bireysel anlaşmanın var olup olmadığı incelenecek, daha sonra, bunun olmadığı anlaşıldığında ise ilgili genel işlem şartının yorumlanması söz konusu olacaktır. **Genel işlem şartının tam içeriği bulunduktan sonra artık bu içeriğin denetimine geçilmesi mümkündür**<sup>17</sup>.

## 2. Genel İşlem Şartları Karşısında Bireysel Anlaşmaların Önceliği

Genel işlem şartları sayısız sözleşme için önceden kaleme alınmış olan metinler olduğundan, her bir sözleşmenin somut ihtiyaçlarına uygun hükümler içermeleri mümkün değildir. Bu nedenle tarafların, genel işlem şartı kullanımını kabul etmelerine rağmen, aralarında bazı bireysel anlaşmalar yapması normaldir<sup>18</sup>. Bu hallerde genel işlem şartı metni içinde yer alan ve bireysel anlaşma ile çelişen hükmün üzerinin çizilmesi veya sözleşmeye sadece bireysel anlaşmalarla çelişmeyen genel işlem şartlarının uygulanacağını yazılması taraflar arasında ileride tartışma çıkmasını engelleyecektir. Ancak sık sık böyle bir önlem alınmadığı için veya işin niteliği gereği alınmadığı için içerikleri farklı iki hükmün bağdaştırılması sorunu doğmaktadır<sup>19</sup>.

**Sözleşmenin belirli bir hükmü hem genel işlem şartlarında düzenlenmiş hem de taraflarca karşılıklı olarak ele alınmışsa, tarafların bu kişisel düzenlemelerine öncelik tanınır**<sup>20</sup>. Alman Genel İşlem Şartı Yasasında var olan ve fakat yürürlükten kaldırılarak Alman Medeni Kanunu'na dahil edilen bir hüküm ile bu konuda açık bir düzenleme getirilmiş ve böyle bir çatışma halinde taraflar arasındaki bireysel anlaşmanın öncelikle uygulanacağı tespit edilmiştir. Nitekim İsviçre - Türk hukuku açısından da bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır. Schuler'in ifade ettiği gibi genel işlem şartları ancak tarafların ortak iradesini yansıttığı sürece önem taşır. Aksine düzenleme yapılmış

17 ATAMER Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 124.

18 Örneğin GİŞ içindeki aksine düzenlemeler var olmasına rağmen müşteriye iskonto yapılması, verginin işletme tarafından ödeneceğinin kararlaştırılması veya yeni ifa tarihlerinin saptanması gibi, ATAMER, s.124.

19 Örneğin, hazır ev imalatçısı bir işletme ile sözleşme akdedilirken kesin bir vade tespit edilmişse, sözleşmeye ekli bulunan GİŞ içinde yer alan ve ifa tarihinin bir ay geriye atılabileceğini belirten bir hüküm etkili olmaz, ATAMER, s. 125.

20 KOCAMAN, s. 1102; YAVUZ Nihat, Sözleşmedeki Haksız Şartlar, Ankara 2009, s. 35.

olması halinde artık bu ortak irade yoktur ve beyanlarda görünürde bir çelişki olmasına rağmen sözleşmenin güven kuramı ışığında yorumlanması bireysel anlaşmanın öncelikle uygulanması sonucunu doğurur. Raiser'in soruna yaklaşırken başvurduğu, özel hüküm genel hükümden önce uygulanır kuralı ya da Kramer'in, bireysel anlaşmaya rağmen genel işlem şartına dayanmanın çelişkili davranış yaşağına aykırı olacağı görüşü de sonuç itibarıyla aynı çözüme ulaşmaktadır<sup>21</sup>.

Bireysel anlaşmanın yazılı veya sözlü, açık veya zımnî, sözleşme kurulmadan önce veya sonra yapılmış olması kural olarak önem taşımaz. Genel işlem şartı kullanan işletmecinin genel işlem şartının içeriğinden ayrılan tek taraflı hukuki işlemleri veya sadece genel işlem şartından sapıldığı inancını doğurmayacağı elverişli tavırları da genel işlem şartının uygulanmasını engelleyebilir<sup>22</sup>.

## E. Yorumda İzlenecek Yöntem

### 1. Genel Olarak

Genel işlem şartlarının yorumlanmasında iki farklı bakış açısı mevcuttur. İsviçre doktrininde hakim olan görüşe göre, klasik sözleşmelerde olduğu gibi, genel işlem şartları çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde de somut sözleşmenin özelliklerini dikkate alan bir yorum yöntemi uygulanmalıdır (sübjektif yorum yöntemi). Oysa Alman hukukunda bugün için hakim fikir, genel işlem şartlarının tek bir sözleşmeye değil genel olarak birden fazla sözleşmeye uygulanması söz konusu olduğunda yasa benzeri, soyut ve genelleyici bir yorum yöntemi benimsemektedir (objektif yorum yöntemi)<sup>23</sup>.

Alman hukukunda önceleri, genel işlem şartlarının hukuki niteliğinin hukuk normları olarak görülmesi, genel işlem şartlarının yasa hükümleri gibi, yeknesak bir biçimde, ilgililerin anlayış ve düşüncelerinden, özellikle, somut olayın özelliklerinden soyutlanarak yorumlanmasına neden olmuştur. Objektif yorum ilkesi veya olayın özelliklerinden soyutlanmış yeknesak yorum ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, genel işlem şartlarının yasa ile açıkça sözleşme hükümleri olarak tanımlanmasından sonra da, genel işlem şartlarının kitleli niteliği, sözleşmelerin içeriğini genel olarak düzenleyici işlevi gibi farklı gerekçelere dayanılarak savunulmakta ve genel işlem şartlarının yorumunda uygulanmaya devam etmektedir<sup>24</sup>. Bu yorum sonucunda, orta düzeyde makul bir müşterinin anlayışı, her müşteri için benimsenecek anlama temel oluşturacaktır<sup>25</sup>.

21 ATAMER, s. 125-126; YAVUZ, s. 35.

22 ATAMER, s. 126.

23 ATAMER, s. 130.

24 HAVUTÇU, s. 149.

25 BAHTİYAR Mehmet, Makaleler I, İstanbul 2008, s. 118.

Nitekim bugün için Alman Federal Mahkemesinin içtihadı hakkında şu esaslar tespit edilebilir: **1. Sadece genel işlem şartı kullananın bunlara verdiği anlamı esas alma tehlikesine karşı Mahkeme, iki tarafın da içinde yer aldığı çevrelerin menfaatlerini değerlendirmeye katmaktadır. 2. Sadece müşterinin bunlara verdiği anlamı esas alma tehlikesine karşı da somut olayın özelliklerini bir kenara bırakarak ilgili müşterinin değil, bu müşteri çevresindeki ortalama bir müşterinin beklentileri ve kavrayışı esas alınmaktadır.** Mahkemenin bu içtihadı genelde doktrin tarafından da benimsenmektedir. Bunun sonucu olarak **sadece tarafların bildiği ve onlar arasındaki sözleşmede rol oynamış olan hususların genel işlem şartı yorumunda dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir**.<sup>26</sup>

Ancak bu yorum ilkesinin istisnalarının da olabileceği ifade edilmektedir. Buna göre işletmenin ticari faaliyet içinde bulunduğu farklı müşteri gruplarının farklı bir anlayışa sahip olması halinde müşterinin hangi gruba dahil olduğu dikkate alınarak genel işlem şartını nasıl anlamlandıracacağı tespit edilebilir. İkinci olarak, işletmeci ve müşterinin bir şart hakkında objektif yorum sonucu elde edilen anlamdan farklı bir anlam üzerinde anlaşmış olması da mümkündür. Burada taraflar arasında bireysel bir anlaşma yapılmamakta, sadece bir hükmün nasıl anlaşılması gerektiği konusunda taraflar anlaşmaktadır. Bireysel yorumun önceliği ilkesi olarak da adlandırılan bu durumu iddia eden tarafın ispatlaması gereklidir<sup>27</sup>.

Objektif yorum ilkesi, İsviçre Hukukunda kabul görmemiştir. İsviçre Hukukunda genel işlem şartlarının yorumlanmasında, sözleşmelerin, irade beyanlarının yorumlanmasında geçerli olan mevcut düzenlemelerden yararlanılmış, yorum bakımından genel işlem şartları ile bireysel sözleşme hükümleri arasında prensip olarak fark gözetilmemiştir. Yorum uyumsuzluğuna konu olan genel işlem şartının anlamının tespit edilmesinde, öncelikle Borçlar Kanunu'nun 18.maddesine göre tarafların gerçek iradeleri araştırılmaktadır. Bununla bir sonuca varılmazsa, genel işlem şartının yorumunda güven ilkesine başvurulmaktadır. Güven ilkesi çerçevesinde somut olaydaki hal ve şartlar yorumda etkili olmaktadır<sup>28</sup>.

Genel işlem şartlarının yorumunda olayın özelliklerinden soyutlanmış yorum ilkesinin tercih edilmesi, yorumun amacına ve işlevine uygun düşmektedir. Yorumun amacı, anlamı açık olmayan söz ve deyişlerin anlamını, bu söz ve deyişlerle neyin ifade edilmek istenildiğini tespit etmektir. Bu nedenle de, BK m.18, anlamı açık olmayan söz ve deyişlerin anlamının tespit edilmesinde,

26 ATAMER, s. 132.

27 ATAMER, s. 132.

28 HAVUTÇU, s. 149-150.



önce kişilerin gerçek iradesine bakılması gerektiğini belirtmektedir<sup>29</sup>. Gerçek irade tespit edilmezse, güven teorisine göre iradenin normatif anlamı bulunur. Türk hukukunda da değişik görüşler savunulmuştur; Kaplan'a göre; sözleşmelerin yorumunda genel yorum ilkelerinin ve somut olayın özelliklerinin göz önünde tutulması çıkarlar dengesine ve hakkaniyete uygun olur. Çünkü genel koşullar, müşteri için bireyseldir ve sözleşmenin kapsamına tarafların kabulüyle girmektedir. Soyer'in görüşüne göre ise, genel işlem şartları, belirli kişiler ve somut ilişkiler için hazırlanmış olmayıp genel ve soyut olduğuna göre, yorum sırasında genel koşulları hazırlayan kişinin somut olan hakkındaki düşüncelerini araştırmanın anlamı yoktur. Genel işlem şartlarına yansıyan irade, bu şartların müstakil sözleşmelerle bağlayıcılık kazanmaları sırasında kural olarak bir değişime uğramaz, çünkü genel şartlar çoğunlukla tartışma ve pazarlık konusu yapılmaksızın sözleşmeler kurulur. Bu nedenle, genel şartların yorumunda somut olayla ilgili özelliklerin dikkate alınmasını haklı kılacak bir gerekçe yoktur. Ancak bu sonuç, somut olayın özelliklerinin daima bertaraf edilmesini gerektirmez. Eğer genel şartları hazırlayıp **kullanan taraf, müşterinin özel durumunu göz önünde bulunduracağı yönünde bir görünüm yaratmışsa bu halde doğruluk ve güven ilkesi gereğince somut olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır**. Ayrıca bireysel anlaşmalar genel şartlara göre öncelikle uygulanacağından yorumda bireysel anlaşmalarla uyumlu sonuçlara ulaşılmaya çalışılmalıdır<sup>30</sup>.

## 2. Belirsizlik İlkesi

Sözleşmenin kurucu unsuru olan taraf iradelerinin hangi anlama geldiği açık ve net olmayabilir. Taraflardan her biri, diğerinin iradesine farklı anlamlar verebilir. Bu durumda iradenin ve dolayısıyla sözleşmenin yorumu sonucu ortaya çıkar<sup>31</sup>. Yorum, sözleşmede yer alan iradenin gerçek anlamını ve amacını ortaya koymaya hizmet eder. Acaba bu iradenin anlamı kime göre tayin edilecektir?

Burada üç olasılık akla gelebilir; Birincisi, irade sahibinin verdiği anlamın esas alınmasıdır. **Yorumun irade sahibinin amacına göre yapılmasını esas alan bu görüş irade teorisi adını almaktadır. İkincisi, irade sahibinin değil, bunun beyan edildiği karşı tarafın buna verdiği anlamın esas alınmasıdır. Yorumun beyan sahibinin amacına göre yapılmasını esas alan bu görüş beyan teorisi adını almaktadır. Üçüncüsü, sözleşmenin yorumunda ne irade sahibinin ne de bunu beyan edildiği muhatabın değerlendirilmesini esas alır. Bu görüşe göre, sözleşmenin yorumunda doğruluk ve güven kurallarına göre, buna aynı koşullar altındaki üçüncü kişilerin verdiği an-**

29 HAVUTÇU, s.150.

30 BAHTİYAR, s.119; HAVUTÇU, s. 150-151; YAVUZ, s.34-35.

31 KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, s. 248

**İlam esas alınacaktır. Baskın olan bu görüş güven teorisi adını almaktadır.**

Borçlar Kanununda güven teorisinin doğrudan doğruya düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Bununla birlikte, güven teorisinin kaynağını, dürüstlük kuralında bulmak mümkündür. Bu nedenle bu teorinin mesnedi MK m.2’de yer almaktadır. MK m.2/1’e göre herkes haklarını kullanırken, borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun hareket etmek, yani makul ve dürüst bir kişi gibi davranmak zorundadır<sup>32</sup>. Güven teorisinden hareketle yapılan yorumlarda kural olarak sözleşmenin taraflarının sözleşmeye verdikleri subjektif anlamlardan hareket edilemezse de, bazen somut olayın niteliği farklı hareket edilmesini gerektirebilir. Bunların başında “sözleşmelerin yorumunda, sözleşmeyi kaleme alanın aleyhine yorum” ilkesi gelir<sup>33</sup>.

Tarafların sözleşmede kullandıkları sözler bazen amaçlarını ortaya koymaktan uzak olabilir hatta başka anlamlar ifade edebilir. Bu nedenle BK m. 18 hükmü önemli bir ilke getirmiştir. Bu hükme göre: “ Bir akdin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır.” Tarafların gerçek iradeleri farklı bir sözleşmeye yönelik olmasına karşın, bu iradeyle uyumlu olmayan bir beyanda bulunulmuş olabilir. Burada tarafların kullandıkları sözlere bakılmayacak, onların gerçek(yasanın ifadesiyle hakiki) amaçları saptanıp, amaçlanan sözleşmeye itibar edilecektir<sup>34</sup>.

Müzakere edilmiş sözleşmelerde objektif açıdan birden fazla anlama gelebilecek hükümlerin bulunması halinde farklı çözümler söz konusudur. Zira belirsizliğin taraflar için esaslı sayılabilecek bir unsura ilişkin olması halinde sözleşme gizli uyuşmazlık nedeniyle kurulmamış sayılabilir; eğer tali unsurlardan birine ilişkin ise sözleşmede ortaya çıkan boşluğu hakim, yedek hukuk kuralları veya sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yöntemi ile doldurabilir. Halbuki müzakere edilmemiş sözleşmeler içinde yer alan bu tür hükümlerin kaleme alınmasında tüketicinin hiçbir işlevi yoktur, dolayısıyla sorumluluğunu taşıması da söz konusu olmamalıdır. Bu nedenle birden fazla anlam taşıyan bu tür hükümlerde genel kural devreye girmemekte ve doğrudan müşteri lehine olan yorum hangisi ise ona üstünlük tanınmaktadır<sup>35</sup>.

Belirsizlik ilkesi uyarınca, bir genel işlem şartının yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde muhtemel yorumlardan en fazla müşteri lehine olanı, yani genel işlem şartı kullanan aleyhine sonuç doğurana tercih edilir. Özellikle genel işlem şartlarının yorumu açısından belirsizlik

32 EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 140

33 KILIÇOĞLU, s. 249.

34 KILIÇOĞLU, s. 250.

35 ATAMER (Armağan), s.301.

ilkesinin uygulanması Türk doktrininde zaten yaygın kabul görmekteydi. Yargıtay da 1998 yılında verdiği bir kararda, bu yorum kuralından söz etmiştir<sup>36</sup>. Sözleşmelerde açık olmayan veya çeşitli anlamlara gelebilen sözcüklerin ve hükümlerin bulunması halinde, bunların sözleşmeyi ve o sözcüğü kaleme alan aleyhine yorumlanması kuralı, gerekçe de belirtildiği üzere Roma hukukundan gelen bir kuraldır. Söz konusu kural, genel işlem şartları ile yeni ve geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Bu kural, sözleşmeyi veya kelimeyi ya da hükmü kaleme alanın, onu tam istediği gibi ifade etmek imkanına sahip olması nedeniyle, bunu isteğine uygun olarak yazmamışsa, metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması düşüncesine dayanır<sup>37</sup>.

Genel işlem şartı kullanarak sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü tek taraflı olarak kullanan işletmenin bunların kaleme alınmasında özel bir sorumluluğu vardır. Kendisinden anlaşılır ve birden fazla yoruma imkan tanımayacak şekilde genel işlem şartını kaleme alması beklenir. Tüketicinin haklarının neler olduğunu sözleşmenin çok farklı yerlerinde ve anlaşılmaz şekilde yansıtan ve bu şekilde müşterinin yasal haklarını kullanmasını engelleyen, faizin hesaplanması yöntemlerini bir uzman dışında kimsenin anlayamayacağı biçimde kaleme alan, kendisine sınırları belirlenmiş bir takım takdir hakları tanıyan işletme de müşteri aleyhine sözleşme dengesinin bozulmasına sebep olmaktadır. Sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleyen kişinin, bunları, karşı taraf için açık ve anlaşılır bir içerik taşıyacak şekilde düzenleme yükümlülüğü vardır<sup>38</sup>. Ancak belirsizlik ilkesinin uygulanması için muhakkak genel işlem şartını ilgili işletmenin kendisinin kaleme almış olması gerekmez. Başka bir işletmenin genel işlem şartını kullanmayı teklif etmesi halinde de belirsizliklerin kendisi aleyhine yorumlanmasını kabul etmesi gerekir. Aynı şekilde genel işlem şartının başka bir makam tarafından onaylanmış olması da bunların bu konuda masuniyet kazandıkları anlamına gelmez<sup>39</sup>.

Aynı şekilde, işletme, hükmü açıkça kaleme almamak konusunda tüm sorumluluğu taşımalıdır. Genel işlem şartı içinde sorumluluğu sınırlandıran bir hükmün açık olmaması halinde bunun sözleşmeden doğan tali talepler kadar

36 Yarg. 3. HD., 2.6.1998, 4263/6098, YKD. 1998, 1140,1141 "...Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı(...) ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır." ATAMER (Armağan), s. 300.

37 KOCAMAN, s. 1102; Söz konusu ilke açık olmama kuralı olarak da açıklanmaktadır, açık olmama kuralı ile, genel işlem şartının yorumlanması sonucunda birden fazla anlamı bulmuyorsa, bunlardan hazırlayan aleyhine olan anlama itibar edilmesi bir değer hükmüne dayanmaktadır. Sebabi, sözleşme hükmünü tek başına hazırlayan tarafın, açık biçimde kaleme alma imkanı varken bunu yapmayarak anlam bakımından belirsizliğe kendisinin yol açmasıdır, HAVUTÇU, s. 152

38 ATAMER (Armağan), s.308.

39 ATAMER, s. 134-135; YAVUZ, s. 32.

örneğin haksız fiilden kaynaklanabilecek talepleri de sınırladığı kabul edilmemelidir. Uygulanacağı kişiler açısından da bu kaydın işletmenin yanı sıra yardımcı şahısları da kapsayacak şekilde yorumlanmaması gerekir. Bireysel sözleşme hükümlerinin yorumunda kabul edilebilecek olan bu tür bir yorum, genel işlem şartı çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde değerini kaybeder. Her ne kadar, Lörtscher sorumsuzluk kaydının örneğin haksız fiil sorumluluğunu da kapsayacak şekilde yorumlanmaması halinde bir anlam taşımayacağını dolayısıyla da müşteriden hükme bu şekilde anlam vermesinin beklenebileceğini kabul ediyorsa da, burada aksine bir yorum yapmak daha doğru gözükme-  
dir<sup>40</sup>.

**Bu yorum kuralı, bir kelimenin hem bir meslek dalında özel hem de günlük hayatta genel bir anlama sahip olduğu ve hükmü kaleme alanın “özel” anlamı açıkça belirtmediği durumlarda, müşteriye bu kuralı o meslek mensuplarına uygulandığı gibi değil, fakat herkesin anlayacağı biçimde değerlendirmek imkanını verir.** Bunu “genel kredi sözleşmeleri” açısından düşünürsek, genel işlem şartları içinde yer alan açık olmayan ve tereddüt yaratan bir hüküm bankacılıktaki özel anlamıyla değil de, günlük dildeki anlamıyla yorumlanacaktır<sup>41</sup>. Bir örnek vermek gerekirse; genel kredi sözleşmelerinde kredi alan kişiye kefil olanların “müteselsil kefil ve müşterek borçlu” sıfatıyla sorumlu olacakları yolundaki hükmün, bu yorum kuralı çerçevesinde sadece “müteselsil kefil” olduğu kabul edilmek gerekir. “Müşterek borçlu ve müteselsil kefil” olarak sözleşmeyi imzalayanın, asıl borçlu ile birlikte borçluluğu kabul edilemez; “müteselsil kefalet” sorumluluğu ile yükümlü tutulması gerekir<sup>42</sup>.

Genel işlem şartları içinde yer alan bir hükmün belirsizlik yaratacak şekilde iki anlamlı değil de hiçbir anlam verilemeyecek şekilde kaleme alınması halinde ise bu hükmün yürürlük denetimine takılacağı ve hiç sözleşme içeriği olamayacağı kabul edilmelidir. Bu hallerde güven kuramı uyarınca hiçbir anlam verilemeyen hükmün sözleşme içeriği olacağı konusunda işletmenin korunması mümkün değildir<sup>43</sup>.

### 3. Daraltıcı Yorum

Belirsizlik ilkesinin yanı sıra genel işlem şartlarına özgü başka yorum kurallarının olup olmadığı hayli tartışmalıdır. Özellikle daraltıcı yorum yöntemi, yani müşteri aleyhine olan bir genel işlem şartına mümkün olan en sınırlı uygulama alanının tanınması düşüncesi bu bağlamda savunulmaktadır<sup>44</sup>.

40 ATAMER, s. 138.

41 KOCAMAN, s. 1102.

42 ATAMER, s. 139; KOCAMAN, s. 1102.

43 ATAMER, s. 139-140.

44 ATAMER, s. 140.

Türk bankacılık uygulamasında sık karşılaşılabilecek bir hüküm bu açıdan ele alınacak olursa:

*“İşbu kredi sözleşmesine göre verilen veya verilecek olan güvencelerle ilgili olarak elde edilen her türlü haklar ve alacaklar; akreditif konusu mallar; bankanın merkez ve şubelerinden herhangi birinin her ne yönde olursa olsun mevcut ve ileride doğabilecek vadesi gelmiş veya gelmemiş bütün alacaklarının da güvencesini oluşturur” (...Bankası Genel Kredi Sözleşmesi m.11)*

Halen mevcut olan alacaklar kadar ileride doğması muhtemel olan, şarta veya süreye bağlı alacaklar da teminat altına alınabilirler. Nitekim MK m.796 bu hususu taşınmaz rehni açısından açıkça ifade etmektedir. Doktrin ve uygulama taşınır rehni açısından da aynı ilkenin geçerliliğini kabul etmektedir. Bu açıdan ilgili hüküm kural olarak batıl değildir. Fakat bu kapsam ile geçerli sayılmalarının mümkün olmadığı İsviçre Federal Mahkemesi tarafından henüz 1925 yılında verilen bir kararda ifade edilmiştir. Buna göre ancak banka ile müşteri arasındaki ilişkide doğması beklenen borçlar için ilgili teminatlar geçerlidir. Yoksa bankanın bir üçüncü kişiden temellük edeceği alacaklar için, borçlunun daha önce vermiş olduğu teminatların geçerliliğini koruması söz konusu değildir. Bu şekilde daha önce teminatsız olan alacakların bankaya temlik edilmek suretiyle teminat kapsamına alınmasını mahkeme uygun görmemiştir. Ayrıca borçlunun, banka ile ilişkileri sona ermiş olmasına rağmen ileride yeni bir borcun doğması ihtimali nedeniyle banka tarafından teminatların serbest bırakılmamasına karşı da korunması gereğini mahkeme ifade etmiştir<sup>45</sup>.

Görüldüğü gibi burada da, belirsizlik ilkesinde olduğu gibi, ilgili genel işlem şartı hükmüne verilebilecek birden fazla anlamdan bir tanesi, somut olarak müşteri lehine olanı tercih edilmektedir. Yani ancak “ taraflar arasındaki ilişki çerçevesinde doğması beklenen” borçlar teminat kapsamında sayılmaktadır. Nitekim doktrinde bu yorum yöntemi ile belirsizlik ilkesinin iç içe geçtiği ifade edilmektedir. Ancak belirsizlik ilkesinden farklı olarak dar yorum yöntemi uygulanırken o hükmeye objektif olarak verilebilecek birden fazla anlamda yoktur. Sadece daha “dar” veya daha “geniş” bir yorum söz konusudur. Bu yöntem ise bugün Alman hukukunda genelde reddedilmektedir. Zira dar yorum yöntemi ile üstü örtülü şekilde bir içerik denetimi yapılacak olması; tarafların iradelerini gayet açık olarak ifade etmelerine rağmen bu iradeye farklı anlamlar yüklenmesi eleştirilmektedir<sup>46</sup>.

## **F. Yargısal Denetim**

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi hakim öncelikle genel işlem şartının sözleşmenin unsuru halinde olup olmadığını değerlendirmeli, daha sonra da anı-

45 ATAMER, s. 140.

46 ATAMER, s. 141.

lan şartların taraf menfaatlerine uygunluğunu denetlemelidir<sup>47</sup>. Ancak bütün bu anlatılanların gerçekleşebilmesi için, hakimin önüne gelen bir uyuşmazlık olmalıdır. Aksi halde hakim, kendiliğinden sözleşmeleri değerlendirmeye tabi tutamaz, bu tip sözleşmelerin bir şekilde yargılamada konu edilmesi halinde hakimin anılan değerlendirmeyi yapması söz konusu olacaktır.

AB Yönergesinde de, üye devletlere haksız şartları önleyici tedbir almaları; milli hukuklara göre mahkemelere veya yetkili idari makamlara başvurabilme hakkı tanınmıştır. Öncelikle, haksızlığın tespiti ile ilgili davayı; daha sonra tazminat ve geçersizlikle ilgili davaları açabileceklerdir (m.7)<sup>48</sup>.

## GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA DEĞİŞTİRME YASAĞI

### A. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu Öncesi Mevzuatta Yer Alan Düzenlemeler

Hukukumuzda, bu hükme benzer yasal kurallar, 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bazı tüketim sözleşmelerindeki haksız şartlarla ilgili hükümlerinde yer almaktadır.

TKHK 6/A maddesinde, “Sözleşme şartları tüketici aleyhine hiçbir şekilde değiştirilemez.” şeklinde ele alınmıştır. Aynı Kanunun tüketici kredisine ilişkin 10.maddesinde, taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartlarının sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği öngörülmüştür.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Yönetmeliğin, haksız şartların örnek olarak sayıldığı Ek’inde yer alan benzer düzenlemede, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirilebileceğine ilişkin şartlar haksız olarak kabul edilmekte ve batıl sayılmaktadır<sup>49</sup>.

### B. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Düzenleme

Genel işlem şartlarında değiştirme yasağı Yeni Borçlar Kanunu’nun 24. maddesinde açıkça şu şekilde düzenlenmiştir;

*“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi içeren kayıtlar yazılmamış sayılır.”*

Yasal değiştirme yasağı getirilmek suretiyle, değiştirme ve/veya sapma

47 ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 164.

48 ASLAN, s. 297.

49 ALTOP Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e Armağan, s. 8.

olanağı sağlamaya yönelik bu kayda karşı tarafın rıza göstermesinin beklenebilir olamayacağı noktasında, bu türden kayıtların yasa gereği geçersiz sayılması yolu kabul edilmektedir. Bu madde nedeniyle, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, kendisi lehine saklı tuttuğu değiştirme yetkisine dayanarak, sözleşmeden tek taraflı irade beyanında bulunmak suretiyle dilediği zaman kurtulamayacağı gibi, dilediği biçimde içeriksel değişiklikleri de yapamayacaktır. Ancak, sadece düzenleyen lehine değişiklik yapabilme yetkisi veren genel işlem şartlarının geçersizliği kabul edilmiş olduğu için, diğer taraf lehine bir değişiklik ya da yeni düzenleme yapabilme yetkisi veren kayıtlar geçerli olacak ve bu nedenle de sözleşmenin taraflarını bağlayacaktır<sup>50</sup>.

Madde hükmünde belirtilen yazılmamış sayılma ibaresinin sözleşmeye etkisi aynı Kanununun 22.maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” şeklinde belirtilmiştir. Düzenleyen tarafından yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmayacağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağıının ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Burada, sözleşmenin kısmen geçerli kısmen geçersiz sayıldığı durumlarda söz konusu olan kısmı butlan yaptırımından farklı olarak, düzenleyen yazılmamış sayılan koşulların yer almadığı ve sadece diğer hükümlerle sözleşmesel borç ilişkisini kurmayacağı iddiasını ileri sürerek sözleşmeyi yapmaktan kurtulma olanağından yoksun bırakılmaktadır. Yazılmamış sayılan GİŞ içeren sözleşme, bu koşullar dışında kalan diğer hükümleriyle birlikte varlık ve geçerliliğini sürdürecektir<sup>51</sup>. BK m.20/2’de yer alan ve kısmi hükümsüzlük halinde taraflara, sözleşmeyi tümel olarak batıl kılma imkanı veren düzenleme bertaraf edilmek istenmiştir. GİŞ’in sözleşme içeriği olamadığı hallerde taraflara sözleşmenin kalanını ayakta tutma veya tutmama konusunda bir opsiyon zaten tanınmamıştır. Bu hallerde ihtilaf çıkması halinde hakim, her sözleşmede olduğu gibi, tarafların üzerinde anlaşığı diğer hususların bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığına bakacaktır. Yani objektif olarak esaslı noktalar üzerinde anlaşma var mı yok mu ona bakılacaktır. Eğer bu kabul edilebiliyorsa o zaman sözleşmede düzenlenmemiş hususlar nedeniyle doğan boşlukları hakim dolduracaktır<sup>52</sup>.

50 DEMİR Mehmet, 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel İşlem Koşulları’na İlişkin Maddelerinin (m.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD, Sayı:76, Mayıs-Haziran 2008, s. 222.

51 DEMİR, s. 220-221.

52 ATAMER (Armağan), s. 325.

## C. Sözleşme Şartlarının Değiştirilmesine İlişkin Kayıtlar

### 1. Maddi olmayan edimi sonradan tek taraflı değiştirme yetkisi

Kural olarak sadece edime uygun ifa borcu sona erdirir. Yani sözleşmede tam olarak ne borçlanılmışsa onun ifa edilmesi gerekir. Farklı bir şeyin ifa edilmesi halinde alacaklının bunu reddetme ve sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurma imkanı vardır. Ancak sık sık genel işlem şartı içinde, edimi ifa edecek olan tarafa bu edimin bazı özelliklerini veya tamamen konusunu değiştirme hakkı verilmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir satış sözleşmesinde satıcıya malın miktarını, adedini, rengini, modelini, hammaddesini vb. değiştirme imkanı verilmesi veya tümünden bir aliud<sup>53</sup> ifasına imkan tanınması halinde bu durumla karşılaşılmaktadır. Bu şekilde hem ayıba karşı tekeffül hükümlerinin hem de ifa etmeme hükümlerinin tümünü bertaraf eden bir sonucun doğması dikkat çekicidir. Oysa Borçlar Kanununa göre asıl olan edimin aynen ifa edilmesi hususudur. Kaldı ki borcun kısmen tediyesine dahi kural olarak olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle genel işlem şartı içinde yer alan ve borçluya edimi dilediği gibi değiştirme hakkı veren bir hüküm, sapılan hukuksal ilkenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılması mümkün olmayan bir hüküm olarak batıldır<sup>54</sup>.

Ancak bir mobilya satımında belirli bir model seçilmiş ve ardından teslim edilen mobilyanın renginin kaçınılmaz olarak bir ölçüde asıl renkten saptığı anlaşılmışsa, genel işlem şartı içinde yer alan ve bu tür küçük çaplı değişiklikleri yapma hakkını işletmeye tanıyan bir hüküm geçersiz sayılamaz. Bu hallerde MK m.2 dikkate alınacak ve menfaatler dengesini zedelemeyen değişikliklere izin verilecektir. Kuşkusuz, yapılan değişikliğin müşteri açısından tahammül edilebilir sınırdan olduğunu ispat etmek işletmeye düştüğü gibi, değişiklik yapma hakkının da sadece belirli hallere hasredilmiş olması gerekir<sup>55</sup>.

Nitekim gerek AB Yönergesi gerekse Alman Genel İşlem Şartı Yasası, edimi tek taraflı değiştirme yetkisinin genel işlem şartı kullanana verilmiş olması durumunda bunun ancak önemli bir sebebinin varlığı halinde veya müşteri için önemli bir külfet olmaması halinde geçerli sayılabileceğini öngörmüştür<sup>56</sup>.

### 2. Maddi edimi sonradan tek taraflı değiştirme yetkisi

Sözleşmenin kurulması tarihi ile borcun ifa edileceği tarih arasında belirli

53 Asıl kararlaştırılan edimden başka bir edimin ifası, borcun ifası sayılamaz ve aliud ifanın kabul edilmesinden kaçınarak borçlu temerrüde düşürebilir, ancak alıcının aliud ifayı asıl ifa yerine kabul etmesi mümkündür. [http://www.odakhukuk.net/akademik/BK\\_ve\\_CISG\\_cercesinde\\_saticinin\\_yukumlulukleri.pdf](http://www.odakhukuk.net/akademik/BK_ve_CISG_cercesinde_saticinin_yukumlulukleri.pdf)

54 ATAMER, s. 236-237; YAVUZ, s.213.

55 ATAMER, s. 237.

56 ATAMER, s. 237; YAVUZ, s. 211.



bir sürenin geçtiği sözleşmelerde, sunulacak olan edimin değerinde artış olma olasılığı nedeniyle semenin de arttırılması imkanını getiren hükümlere rastlamak mümkündür. Örneğin, belirli bir vadede teslim edilecek bir arabanın satışına ilişkin sözleşmede; “Teslim tarihine kadar fiyatlarda gerçekleşen artışlar müşteriye yansıtılır.” şeklinde bir ibare yer alması halinde bunların nasıl değerlendirileceği sorun yaratacaktır. Sözleşme hukukuna hakim olan pacta sunt servanda ilkesi uyarınca kural, değişen koşullara rağmen sözleşmenin ilk başta tayin edilen içerikle ifa edilmesidir. Daha sonra fiyatın dilendiği gibi değiştirilebileceği hükmü sözleşme hukukundaki denklik ilkesi ile de çelişir; yani bir sözleşme kurulduğunda edim ve karşı edimin belirli bir denge içinde olduğu, dolayısıyla söz konusu hüküm bu dengenin bozulamayacağı varsayımına da aykırı düşer<sup>57</sup>.

Bu tür genel işlem şartı kayıtlarının saydamlık gereğine cevap verebilmesi için fiyat artırımının hangi hallerde yapılabileceği konusunda bir açıklık getirilmesi aranmalıdır. Kuşkusuz işletmenin, indi bir şekilde, piyasada herhangi bir değişiklik olmadan fiyatı arttırması bu hükümler çerçevesinde mümkün değildir<sup>58</sup>.

Alman Genel İşlem Şartı Yasası m.11/1,1 uyarınca, sözleşmenin kurulmasından itibaren 4 ay içinde ifa edilecek mal veya hizmetlerin bedelinin arttırılmasını öngören bir hüküm batıldır. Buna göre 4 aydan uzun bir ifa süresi olan sözleşmelerde kural olarak fiyat artırımını yapılabilir. Ancak Alman Federal Mahkemesi ifa süresi 4 aydan uzun olan araba satış sözleşmelerinde fiyatın arttırılmasına imkan tanımakla birlikte müşteriye de sözleşmeden dönme hakkının verilmesini müstakar içtihat haline getirmiştir. Aynı şekilde bir turistik gezi sözleşmesinde uçak fiyatları, vergiler ve harçlar alanında gerçekleşen artışların müşteriye yansıtılacağı hükmü de geçerli sayılmış ancak müşterinin bu şartlar altında sözleşmeden dönmesine imkan tanınmıştır<sup>59</sup>.

Bankacılık sözleşmelerinde, müşterinin bazı edimler karşılığı ödemesi gereken masraf, komisyon, kurtaj gibi bedellerin tek taraflı arttırılması imkanının bankaya verildiğine rastlanmaktadır. Ekonomik gerekçelerle böyle bir artışın haklı sayılabileceği hallerde hüküm başlı başına batıl sayılamaz. Ancak, menfaatler dengesini kurmak üzere, müşteriye derhal haberdar etme ve ona sözleşmeyi feshetmek için münasip bir süre vermek gereklidir. Dolayısıyla bir bankanın bireysel bankacılık hizmetleri sözleşmesinde yer alan; “...Bankanın komisyon ve kurtaj oranlarını tek taraflı olarak arttırabileceğini ve tarafına ihbar edilmesine gerek olmaksızın oranlara uyacağını ve oran değişiklikleri ne miktarda olursa olsun bunu göze aldığı ve bu bapta ileride herhangi bir indirim

57 ATAMER, s. 238.

58 ATAMER, s. 238.

59 YAVUZ, s. 239.

talebinde veya bu sonucu doğuracak sair bir hukuki talepte bulunmayacağını kabul ve taahhüt eder.” şeklindeki bir hükmünü geçerli kabul etmek mümkün değildir<sup>60</sup>.

### 3. Faiz oranını sonradan tek taraflı değiştirme yetkisi

Tüketici Kredileri Açısından; bir mal veya hizmetin satın alınması amacıyla verilen tüketici kredileri açısından kesin bir yasak bulunmaktadır. Şöyle ki, Tüketici Kredileri Kanununun 10/1. maddesi uyarınca sözleşme (kredi) şartları daha sonra asla değiştirilemez. Bu nedenle faiz oranları bilahare arttırılamaz. O halde, bu tarz bir sözleşme hükmü emredici hükümlere aykırılık nedeniyle batıl sayılacaktır. Ancak belirli bir süre ve amaçla bankadan alınan kredinin geri ödeme koşulları, özellikle aylık taksitler ve faiz oranı taraflar arasında tek tek saptandığından burada bireysel sözleşme hükmünün var olduğu ve bunun karşısında zaten faiz artırımına ilişkin GİŞ hükmünün sözleşme içeriği olmadığı da ileri sürülebilir. 4822 sayılı Kanun ile sözü edilen hüküm, “ Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez.” şeklinde değiştirilmiştir<sup>61</sup>.

Kredili Mevduat Hesapları ve Kredi Kartı Sözleşmeleri Gibi Sabit Bir Faiz Oranının Olmadığı Sözleşmeler Açısından; bu tür hükümlerin, arttıştan müşterinin derhal haberdar edilmesi ve kendisine sözleşmeyi fesih hakkının tanınması koşuluyla baştan geçersiz olmadığı kabul edilmelidir. Belirsiz süreli sözleşmelerde, ekonomik ortamdaki değişiklikler nedeniyle zaman zaman faiz uyarlaması yapılması bankaların haklı bir ihtiyacına cevap vermektedir. Şu var ki, bu hakkın kullanılmasında dürüstlük kuralına uygun davranılması gerekir, Yargıtay ve doktrin de aynı görüştedir, yani bankanın faizi fahiş bir oranda arttırması mümkün değildir<sup>62</sup>.

Her halde yapılacak faiz değişikliğinin ancak ileriye doğru uygulanması mümkündür. Geriye doğru yeni ve yükseltilmiş faiz oranının geçerli olacağına ilişkin bir hüküm batıldır. Diğer yandan finans piyasalarında yaşanan değişikliklerin faiz oranında bir indirim imkan tanıdığı hallerde bu sefer müşteri lehine bu indirimin yapılması zorunluluğu da kayıtsız kabul edilmelidir. Zira bu genel işlem şartı hükmünü geçerli saymanın amacı bankayı değişen koşullar karşısında mağdur etmemektir; yoksa ona hak etmediği bir menfaat sağlamak değil<sup>63</sup>.

Faizin artımı konusunda bankaya bir takdir hakkının tanınmış olmasının başlı başına saydamlık kuralının ihlali olarak görülmesi ise kural olarak müm-

60 ATAMER, s. 240; YAVUZ, s. 214.

61 YAVUZ, s. 214.

62 ATAMER, s. 243; YAVUZ, s. 215.

63 ATAMER, s. 244; YAVUZ, s. 215.

kün değildir. Zira bu hükmün haklı ekonomik gereklere dayandığı açıktır. Ancak en azından ilgili hükümlerde bu artırımın, ekonomik koşullardaki önemli değişimlere bağlı olarak yapılacağını aramak doğru olacaktır. Zira bu koşullarda hiçbir değişim olmadan, yani sözleşme koşullarını “uyarlama” ihtiyacı doğmadan bu yetkinin bankaca kullanılması kabul edilemez<sup>64</sup>.

## SONUÇ

Günümüz sosyal ve ekonomik gelişmeleri, sanayileşme ve artan nüfus ile paralel olarak kitlelere yönelik hizmet edimi gereksinimini doğurmuştur. Bundan dolayı özellikle müteşebbisler, kişilerle kuracakları sözleşme koşullarını önceden tek taraflı olarak tespit edip sözleşmenin diğer tarafına sunmayı tercih etmektedir. Bu doğrultuda genel işlem şartı adını verdiğimiz bu tür şartlar, gittikçe uygulamada önem arz etmektedir. Ancak pratik bakımından zaman kaybına yol açmaması nedeni ile olumlu görülse de, bu tür şartların genellikle sözleşmenin daha güçlü tarafınca hazırlanmış olması ve karşı tarafın içinde bulunduğu durum sebebiyle bunu neredeyse kabul etmek zorunda kalması bakımından bu tür şartlara karşı kişilerin korunması ihtiyacı doğmuştur.

Türk Hukukunda, genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme mevcut değilken, dürüstlük kuralı, gabin, ahlaka aykırılık gibi genel hükümlerden yararlanarak doktrin ve Yargıtay tarafından yasada var olan boşluk geliştirilen çözüm önerileriyle doldurulmaya çalışılmıştır. Bu alanda ilk önemli adım ise ancak 2003 yılında atılabilmiş; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a eklenen madde 6 ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ile var olan boşluk giderilmeye çalışılmıştır. İlgili düzenlemenin de uygulama alanı Avrupa Birliği Hukuku ile paralel olarak mevzuat kapsamına giren tüketici sözleşmeleri ile sınırlıdır. Düzenleme bu yönü ile de eksik kalmıştır.

6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu’nun 20-25. maddeleri arasında düzenleme alanı bulan genel işlem koşulları –Almanya, Avusturya, İtalya, Hollanda gibi ülkelerde olduğu gibi Borçlar Kanunu içine alarak, tüketici/tacir ayırımı yapmaksızın koruyucu hükümlerden herkesin yararlanmasını sağlamayı tercih ettiği görülmektedir. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu’na eklenen m.20 vd. ile genel işlem şartları açıkça düzenlenmiştir. Yeni hükümler tüketici/tüketici olmayan sözleşme tarafı ayırımını yapmaksızın genel işlem şartları kullanılan bütün sözleşmelerin denetlenmesi imkanını getirmektedir.

Genel işlem koşullarının yorum yoluyla denetimi Yeni Borçlar Kanunu’nun 23. maddesinde açıkça şu şekilde düzenlenmiştir. Belirsizlik ilkesi uyarınca, bir genel işlem şartının yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşan-

---

64 ATAMER, s. 244; YAVUZ, s. 214.

ması halinde muhtemel yorumlardan en fazla müşteri lehine olanı, yani GİŞ kullanan aleyhine sonuç doğurana tercih edilir. Sözleşmeyi veya kelimeyi ya da hükmü kaleme alanın, onu tam istediği gibi ifade etmek imkanına sahip olması nedeniyle, bunu isteğine uygun olarak yazmamışsa, metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanır.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile yasal değiştirme yasağı getirilmek suretiyle, değiştirme olanağı sağlamaya yönelik kayda karşı tarafın rıza göstermesinin beklenebilir olamayacağı noktasında, bu türden kayıtların yasa gereği yazılmamış sayılması yolu kabul edilmektedir. Bu madde ile, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, kendisi lehine saklı tuttuğu değiştirme yetkisine dayanarak, sözleşmeden tek taraflı irade beyanında bulunmak suretiyle dilediği biçimde içeriksel değişiklikler yapamayacaktır.

## KAYNAKÇA

**ALTOP Atilla**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, <http://demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf>.

**ASLAN İ.Yılmaz**, Tüketici Hukuk, 2. Baskı, Bursa 2004.

**ATAMER Yeşim M.**, Genel İşlem Şartlarının Denetimi, 2. Baskı, İstanbul 2001.

**ATAMER Yeşim M.**, "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 291-331 (Anılış: Armağan).

**ATAMER Yeşim M.**, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", HPD, C.IV, Ağustos 2006, s. 109-115 (Anılış: Tasarı).

**BAHTİYAR Mehmet**, Makaleler I, İstanbul 2008.

**DEMİR Mehmet**, 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD, Sayı:76, Mayıs-Haziran 2008.

**DERYAL Yahya**, Tüketici Hukuku, Ankara 2004.

**EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.

**GÜNGÖR Hayriye Gonca**, "Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (II)", Legal 2005, C. III, S. 31, s. 2465-2473.

**HAVUTÇU Ayşe**, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

**KILIÇOĞLU Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.

**KOCAMAN Arif B.**, “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C:1 Ticaret Hukuku, İstanbul 2003.

**REİSOĞLU Safa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012.

**YAVUZ Nihat**, Sözleşmedeki Haksız Şartlar, Ankara 2009.

**ZEVKLİLER Aydın / AYDOĞDU Murat**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.

# Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri

## ■ Damla Gürpınar\*

### GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49-76. maddeleri arasında "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" düzenlenmiştir. Kanunun birinci kısmının birinci bölümünün ikinci ayırımını oluşturan bu maddelerin bazıları, gerek kusur sorumluluğunun gerekse kusursuz sorumluluğun oluşum koşullarına ilişkin düzenlemeler içerir iken, bazıları oluşan zararın tazminine ilişkindir. Bu makalede kimlerin, hangi koşullar altında, hangi sorumluluk türü çerçevesinde sorumlu olduğunu tespitiye yarayan hükümler incelenmeyecektir. İnceleme konumuzu oluşturan hükümler, tazminatın düzenleniş biçimine ilişkin olanlardır. Ancak bu hükümlerin incelenmesinden önce, konu bütünlüğünü sağlamak için, haksız fiillere ilişkin tüm düzenlemelerde kullanılan yeni dil ve ifade biçimi ile sistematik bakımından oluşturulan farklılıklara da kısaca değinilecektir.

### I. 6098 SAYILI BORÇLAR KANUNU'NUN "HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ" BAŞLIKLILIK AYRIMINA GENEL BAKIŞ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, haksız fiillerin düzenlenmesi bakımından çeşitli noktalarda 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olduğu söylenebilir. Bu farklılık, bazen sistematikte benimsenen yeni bir anlayışa, bazen kullanılan dile, ağırlıklı olarak da içeriğe ilişkindir. İçerik farklılıklarının bir kısmı mevcut hükümlerin yeniden ele alınmasıyla oluşmuş bir kısmı yeni getirilen hükümlerle sağlanmıştır. Tazminata ilişkin içerik değişikliklerini ve yeniliklerini çalışmamızın ikinci kısmında ele alacağımız için, burada genel olarak haksız fiillerin düzenlenmesi bakımından dikkatimizi çeken kanun sistematığına ve kanunda kullanılan dil ve ifadeye ilişkin değişiklikleri belirtmekle yetineceğiz.

#### A. Haksız Fiiller Bakımından Kullanılan Dil ve İfade

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, daha haksız fiillere ilişkin ayırımın başlığında "Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar" ifadesinin yerine "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" başlığı kullanılarak isabetli bir ifade düzelt-

\* Yrd. Doç. Dr. 9 EÜ Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

mesi yapılmıştır. 818 Sayılı Kanun'da kullanılan dil ve ifadeye ilişkin düzeltmeler, bununla sınırlı da kalmamış, haksız fiile ilişkin olup da yeniden ele alınan her maddede günümüz Türkçesine uygun sözcükler ve daha özlü bir ifade kullanılmaya çalışılmıştır. Örneğin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde aynen şu ifade yer almaktaydı: “*Gerek kasten, gerek ihmal ve te-seyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.*” Bu ifade yerine, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinde “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” ifadesi kullanılmıştır.

Yukarıdaki örnekte, kanun koyucunun yaptığı ifade değişikliği, hükmün sadece daha anlaşılır olmasını sağlamakla kalmamış, hukuka aykırılık unsurunun tespitinde başvurulacak teorinin hukuki dayanağını da net bir şekilde ortaya koymuştur. Gerçekten de, öğretide yazarların çoğunca objektif hukuka aykırılık teorisinin benimseniyor olmasına rağmen, önceki yasada kullanılan “*haksız surette*” ifadesi, hukuka aykırılığın tespitinde subjektif hukuka aykırılık teorisinin esas alınması gerektiği düşüncesini destekler nitelikteydi. Oysa 6098 Sayılı Kanunda “*hukuka aykırı bir fiille*” ifadesi kullanılarak, öğretide benimsenen teorinin hukuki dayanağı güçlendirilmiş oldu. Kanaatimizce artık hukuka aykırılığın tespitinde subjektif hukuka aykırılık teorisinin izlenmesine kesinlikle olanak kalmamıştır.

Çalışmamızın tazminata ilişkin hükümleri tek tek ele alacağımız üçüncü kısmında, her bir hükmün dil ve ifade bakımından incelemesi yapılacağı için bu konuyu şimdilik burada kapatmayı uygun görüyoruz.

## **B. Haksız Fiiller Bakımından Benimsenen Sistematik**

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri bakımından benimsenen sistematik pek çok bakımdan mülga Kanuna benzemekle birlikte, yine de bazı değişiklikler söz konusudur. Ne var ki, gerek benzerliklerin gerekse değişikliklerin tümüyle isabetli olduğu söylenemez.

Kanun koyucu mülga Kanun zamanında da 6098 sayılı Kanun zamanında da haksız fiil kaynaklı sorumluluğun oluşum koşulları ile sorumluluğun sonuçları bakımından düzenlenmesini, yani tazminata ilişkin hükümleri birbirinden ayırmamıştır. Oysa Kanunun birinci kısmının “*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*” başlıklı ikinci ayırımı “*A. Sorumluluk*”, “*B. Kusursuz Sorumluluk*”, “*C. Zamanaşımı*”, “*D. Yargılama*” başlıkları altında ele almak pek de isabetli olmamıştır. Mülga Kanun zamanında da bundan çok farklı bir sistematik benimsenmemiştir. “*A. Umumi Kaideler*”, “*B. Temyiz Kudretini Haiz Olmayanların Mes'uliyeti*”, “*C. İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*”, “*Hayvanlar Tarafından Yapılan Zarardan Mes'uliyet*”, “*Bina ve Diğer Şeylerde Mes'uliyet*”, “*F. Mürruruzaman*” başlıkları yer alıyordu. 6098 Sayılı Kanunda, “*B. Kusursuz Sorumluluk*” başlığını “*I. Hakkaniyet Sorumluluğu*”, “*II. Özen*

*Sorumluluğu*”, “*III. Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme*” alt başlıklarına ayırma tercihinin yapmış olan kanun koyucunun sistematikte bu yüzden gittiği zorunlu değişiklik pek de ciddi bir farklılık sayılamaz.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, haksız fiillere ilişkin hükümlerin “*C. Zamanaşımı ve D. Yargılama*” başlıklı hükümlerle sona ermesi bizce pek isabetlidir; ama yeterli değildir. Bu eleştirimizin gerekçesi de, her iki Kanunda da benimsenen sistematikğin yanlış anlamalara yol açmaya elverişli ve konu bütünlüğünü bozucu nitelikte olmasıdır. Şöyle ki, zararın ve kusurun ispatına, tazminatın belirlenmesine ve indirilmesine, ölüm ve bedensel zarar durumlarında tazmini gereken zarar kalemlerine, manevi tazminata, kişilik hakkının zedelenmesine ilişkin hükümler, sadece kusur sorumluluğu bakımından uygulanmadığı halde, “*B. Kusursuz Sorumluluk*” başlığının dışında tutulmuştur. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu ve müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler de, “*A. Sorumluluk*” başlığı altında yer alsın da, “*B. Kusursuz Sorumluluk*” başlığından ayrı tutularak esasen kusur sorumluluğunun düzenlendiği hükümler içinde ele alınmıştır. Oysa müteselsil sorumluluğa ve özellikle sorumluluk sebeplerinin çokluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanına giren olaylarda çoğu zaman kusur sorumluluğunun yanı sıra kusursuz sorumluluk da söz konusu olacaktır. Gerçi, Kanun koyucunun sistematik bakımından kanaatimizce isabetli olmayan bu tutumu önceki Kanun zamanında da geçerliydi; ama yeni Kanunda bu aksaklığın giderilmesi fırsatı bulunmaktaydı.

İşte bu bakış açısıyla, zamanaşımına ve yargılamaya ilişkin hükümlerin haksız fiillere ilişkin ayırma da yer alan en son hükümler olmasını isabetli görüyoruz. Gerçi yeni Kanunda zamanaşımına ilişkin hükmün sistematik açısından bir değişiklik yapılmış sayılmaz; ama yargılamaya ilişkin hükümler, önceden kusursuz sorumluluk hallerinden önce ele alınıyordu. O zamanlar bu ayırma da ilk kısmın başlığı “*A. Umumi Hükümler*” şeklinde olduğu için, şu anda yaptığımız eleştiri belki pek de haklı görülmebilir. Ama ister “*A. Umumi Hükümler*” başlığı altında ele alınsın, ister “*A. Sorumluluk*” başlığı altında ele alınsın, eski 41. maddede de yeni 49. maddede de kusur sorumluluğu düzenlenmektedir ve her iki Kanunda da sonraki başlıklar altında kusursuz sorumluluk halleri hükme bağlanmaktadır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin sistematik açısından yapacağımız diğer bir eleştiri de, önceki Kanunun 54. maddesinde yer alıp da ayırt etme gücü olmayan kişilerin haksız fiillerinden sorumlu olup olamayacaklarına ilişkin hükmün<sup>1</sup> yeniden düzenleniş biçimine

1 818 Sayılı Borçlar Kanununun 54. maddesi şu şekildeydi: “Hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkûm eder. Temyiz kudretini muvakkaten ızaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat eder ise mes’ul olmaz.”



ilişkindir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu konu 59. ve 65. maddeler olmak üzere iki ayrı maddede düzenlenmiştir. “*A. Sorumluluk, IV. Özel Durumlar, 4. Ayırt Etme Gücünün Geçici Kaybı*” başlığı altında yer alan 59. madde şöyledir: “*Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.*” “*B. Kusursuz Sorumluluk, I. Hakkaniyet Sorumluluğu*” başlığı altındaki 65. madde ise şu şekildedir: “*Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.*”

Her iki maddede yer alan düzenlemeler art arda okunduğu zaman mülga Kanunda yer alan düzenlemenin günümüz Türkçesine uygun olarak yeniden kaleme alındığı görülmektedir; ama sistematik açıdan yaratılan farklılık bazı tereddütlere yol açabilecektir. Mülga Kanun zamanında, hakkaniyet sorumluluğunun, ayırt etme gücünü kusuru dışında olsa bile geçici bir sebepten kaybetmiş olan kişiler bakımından da uygulanacağı görüşü egemendi<sup>2</sup>. Bu düşünce, bir yandan, ilgili maddenin birinci fıkrasında ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebebin niteliğinin anılmaması gerçeğine dayandırılabilirdi. Diğer yandan, ikinci fıkrada geçici sebeplerle ayırt etme gücünü kaybedenlerin durumu düzenlendiği için, birinci fıkranın ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş olanlara yönelik olduğunun düşünülmesi de mümkündür. Bu ihtimalde de, evleviyet kuralı, hakkaniyet sorumluluğunun ayırtım gücünü geçici bir sebeple kaybedenlere de uygulanmasını gerektirirdi. Yeni Kanunda, hakkaniyet sorumluluğu düzenlenirken, ayırtım gücünü ortadan kaldıran sebebin niteliği bakımından bir sınırlandırma söz konusu olmadığı için aynı düşünceyi savunmak kanaatimizce hâlâ mümkündür; ancak öğretilde veya uygulamada bu düşüncenin aksinin de savunulması ihtimali artmıştır<sup>3</sup>. Çünkü kanun koyucu maddeyi ikiye ayırarak ayırtım gücünü geçici bir sebeple kaybedenlerin sorumluluğunu, hakkaniyet sorumluluğundan koparmış gibi görünmektedir.

Her iki maddenin ayrı yerlerde düzenlenmesi daha başka açılardan da eleş-

- 
- 2 Örneğin bkz. **von Tuhr, Andreas**, Çev.: Cevat Edege, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt:1-2, Ankara 1983, s. 382; **Tandoğan, Halûk**, Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 58; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 607,608; **Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atillâ**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988, s. 676; **Hatemi, Hüseyin**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt), İstanbul 1994, s. 65; **Zevkililer, Aydın/Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre**, Zevkililer Medeni Hukuk, Ankara 1999, s. 359; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006, s. 71; **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 137; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 306; **Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 172; **Antal-ya, Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 541; **Tiftik, Mustafa**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 41.
- 3 Örneğin bkz. **Kılıçoğlu**, s. 311, 312.

tirilebilir. Bu eleştirilerden biri 59. maddenin sistematik konumuna ilişkindir<sup>4</sup>. “*A. Sorumluluk, IV. Özel Durumlar*” başlığı altında düzenlenmiş olan diğer maddelerin tümü, zararın ortaya çıkış biçimlerine ve bunların tazmini şekillerine ilişkindir. Oysa aynı başlıklar altında yer alan 59. madde, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin bu sırada verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğunu; ama kişinin bu duruma düşmekte kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceğini hükme bağlamaktadır. Aynı başlıklar altındaki diğer maddeler sorumluluğun sonuçlarına ilişkin iken, sorumluluğun oluşum koşullarına ilişkin bu madde, burada diğerlerinden ilgisiz kalmaktadır. Üstelik bu madde, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmiş olsa da kişinin sorumlu olduğunu düzenlemekle, pekâlâ kusursuz sorumluluk halleri içinde ele alınmayı hak etmektedir. Kişinin ayırtım gücünü kaybetmekte kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmesi, bunu ispatlayamadığı durumlarda, söz konusu olan sorumluluğun bir kusur sorumluluğu sayılmasını gerektirmez<sup>5</sup>. Ama eğer kanun koyucu ayırt etme gücünü kaybetmedeki kusuru, haksız fiildeki kusura eş değerde görmek niyetindeyse, o zaman da hükmün yeri 49. maddeye eklenecek bir üçüncü fıkra olabilirdi. Böylece birinci fıkrada, kural olarak, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranıştan sorumluluk doğacağını kabul eden kanun koyucu, ikinci fıkrada hukuka aykırılık yerine ahlâka aykırılığı, üçüncü fıkrada da kusur yerine ayırtım gücünü geçici olarak ortadan kaldıran sebebe kusurla yol açılmış olmasını sorumluluğun kurulması için yeterli görmüş olurdu.

Ancak kanaatimizce daha isabetli olan çözüm, bu maddenin, önceki Kanunda da olduğu gibi, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin maddeden koparılmadan düzenlenmesi olurdu. Böylece, ayırtım gücünü geçici olarak kaybetmiş olan kişinin, bu duruma düşmekte kendi kusuru varsa, ortaya çıkan sorumluluğunun aslında bir kusursuz sorumluluk hali olduğu gerçeği de gözden kaçırılmamış olurdu. Böyle bir çözüm, “*I.Hakkaniyet Sorumluluğu*” başlıklı maddeyi de içi büyük ölçüde boşaltılmış bir madde olmaktan biraz olsun çıkartabilirdi. Gerçi 6098 Sayılı Kanun henüz tasarı halindeyken bu madde çok daha kapsamlı bir maddeydi (Tasarının 64. maddesi). Bilim Komisyonunca maddenin birinci fıkrasında, ayırtım gücü bulunmakla birlikte, kusuru olmaksızın zarar verenle-

4 **Koçhisarhoğlu, Cengiz / Erişgin, Özlem**, Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Haksız Fiiller, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, CiltII, İstanbul 2010, s. 1254.

5 Burada ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu bulunduğu görüşüne katılmıyoruz. Bu görüşte olan yazarlar için bkz. **Tandoğan**, s. 61 (Yazar burada hem ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğundan hem de sebep sorumluluğu hallerine benzer bir sonucun doğduğundan söz etmektedir); **Zevkliler/Acabey/ Gökayla**, s. 360; **Kılıçoğlu**, s. 310. **Reisoğlu** ise burada ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğundan değil de önceden işlenmiş bir kusura dayanan sorumluluktan söz etmektedir (**Reisoğlu**, s. 172). Bu son görüş, bir kusur sorumluluğunun söz konusu olduğunu açıkça iddia etmediği için kendi görüşümüze daha yakındır. **Koçhisarhoğlu/Erişgin** ise, bizimle aynı yönde görüş belirtmektedir, **Koçhisarhoğlu/Erişgin**, s. 1255.

rin, tarafların ekonomik durumu göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa sebep oldukları zararı uygun bir şekilde gidermesi gerektiği yolunda bir düzenleme öngörülmüştü. Ancak Tasarıdaki maddenin bu fıkrası Adalet Komisyonu tarafından Tasarı metninden çıkarılmıştır. Ayırtım gücünü geçici olarak kaybedenlerin sorumluluğu da zaten Bilim Komisyonu tarafından 59. maddeye alınmış olduğundan, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin hükmün içi, önceki Kanuna göre ciddi anlamda boşalmış oldu. Oysa ayırtım gücünü geçici olarak kaybetmiş olan bir kişinin bu duruma düşmekte kusurlu olduğu durumlarda, ortada bir kusur sorumluluğu bulunduğu için değil, hakkaniyet öyle gerektirdiği için sorumluluk doğmaktadır<sup>6</sup>. Çünkü “hakkaniyet” kavramı, sadece zarar görenle zarar verenin ekonomik durumları arasındaki ciddi farklılıkla açıklanamaz<sup>7</sup>. Ayırtım gücünü geçici olarak kaybeden kişinin, ortaya çıkan zararlı sonuca ilişkin davranışı kusurlu olmadığı halde, hakkaniyet kendisini bu duruma düşürmekte kusuru olan kişinin de sorumluluk üstlenmesini gerektirir. İşte bu yüzden 59. madde hükmünün 65. maddenin ikinci fıkrası olarak hükme bağlanması daha isabetli olacaktır.

## II. HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN TAZMİNATIN DÜZENLENİŞ BİÇİMİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK VE YENİLİKLER

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun birinci kısmının “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlıklı ikinci ayırımında yer alan bazı hükümler, doğan bir zarardan kimlerin hangi sebepten sorumlu olduğunu belirlemeye yararken, bazıları da tazminatın düzenlenmesine ilişkindir. Çalışmamızın bu ikinci; ama asıl kısmında, tazminatın düzenlenmesine ilişkin tüm hükümleri tek tek irdelleyeceğiz.

### A. İspat Yüküne İlişkin Düzenleme

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrası ispat yüküne ilişkin olup 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasına karşılık gelir. Ancak önceki Kanunun 42. maddesinden farklı olarak, bu hükümde, zarar görenin sadece zararını değil zarar verenin kusurunu da ispat yükü altında olduğu vurgulanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında uğranılan zararın tam olarak ispatlanamaması ihtimalinde hâkime verilen bir takdir yetkisi de söz konusu olmakla birlikte, biz bu ikinci fıkrayı ispat yükünden ziyade, zararın belirlenmesi başlığı altında ele almayı uygun görüyoruz.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alıp da ispat yüküne ilişkin olarak değerlendirilebilecek bir diğer hüküm de, 59. maddede yer alan, ayırtım gücünü geçici olarak kaybeden kişinin bu haldeyken verdiği zararı ödemekten

6 Aynı yönde bkz. **Hatemi/Gökyayla**, s. 137.

7 **von Tuhr, Andreas**, s. 382; **Tandoğan**, s. 59; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 674; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 357, **Eren**, s. 608; **Hatemi/Gökyayla**, s. 142; **Antalya**, s. 543; **Koçhisarlıoğlu/Erişgin**, s. 1259.

kurtulabilmesi için, bu hale düşmekte kendisinin bir kusuru olmadığını ispatlaması gerektiğine ilişkin hükümdür. Bu hükümle ilgili yukarıda yeterince açıklama yaptığımız için burada da o açıklamalara yollama yapmakla yetineceğiz.

## **B. Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Düzenlemeler**

### **1. Zararın Belirlenmesine İlişkin Düzenlemeler**

#### ***a. Maddi Zararın Belirlenmesine İlişkin Olarak TBK. m. 50/II***

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun bir önceki başlık altında birinci fıkrasına değinmiş olduğumuz 50. maddesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 42. maddesine karşılık gelir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun da 42. maddesi bu hükümle karşılamaktadır. 6098 sayılı Kanunda, bu maddenin başlığı "I. Zararın ve kusurun ispatı" olarak değiştirilmiş olsa da, bu maddede, önceki Kanun zamanında "II. Zararın tâyini" başlığını taşıyan 42. maddeden pek de farklı bir hüküm getirildiği söylenemez. Bu yüzden zararın belirlenmesine ilişkin düzenlemeler arasında incelemeyi uygun gördüğümüz ilk hüküm, bu maddenin ikinci fıkrasıdır. İncelememizi kolaylaştırmak açısından aşağıda bu hükmün yer aldığı maddelerin yürürlükteki, mülga olan ve mehaz Kanundaki hallerinin tümüyle aktarmayı yararlı görüyoruz<sup>8</sup>.

#### ***II. Zararın ve kusurun ispatı***

*"Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler"* (TBK. m. 50).

#### ***II. Zararın tâyini***

*"Zararı ispat etmek müddeiye düşer. Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazarı itibara alarak onu adalete tevfiқан tayin eder"* (BK. m. 42).

#### ***II. Zararın belirlenmesi***

*"Zararının tazminini isteyen kişi, zararı ispatlamak zorundadır. Rakamsal olarak ispatlanamayan zarar, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde, olayların olağan akışı ve zarar görenin almış olduğu önlemler göz önünde bulundurularak tahmin edilir. Malvarlıksal veya mesleki olmayan amaçlarla evlerde barındırılan hayvanlarda, tedavi masrafları hayvanın ekonomik değerini aşsa bile zarar olarak ileri sürülebilir"* (İBK. m. 42).

Her üç madde incelendiğinde, kanun koyucunun madde başlığını değiştirmeyi tercih ettiği görülmekle birlikte, bu durumun madde içeriğine bir etkisinin olmadığı da söylenebilir. Hükmün dili, günümüz Türkçesine daha uygun hale getirilmiş, özellikle de "zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün ol-

8 Bundan böyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu için TBK, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu için BK, İsviçre Borçlar Kanunu için de İBK kısaltmasını kullanacağız.

madığı takdirde” ifadesinin yerine, daha isabetli bir şekilde, “uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa” ifadesi kullanılmakla mehzaz metne daha uygun bir çeviri de sağlanmıştır. Böylece, zararın gerçek miktarı yerine “uydurma bir miktar” tespit ediliyormuş izlenimi ortadan kalkmış, zararın tam olarak miktarı tespit edilemediği için “yaklaşık bir miktar” tespitiyle yetinilmesi şeklinde daha makul bir ifade biçimi benimsenmiştir.

Kanun koyucu, İsviçre Borçlar Kanunu’nun karşılık maddesine 2002 yılında eklenmiş olup 2003 yılı Nisan ayında yürürlüğe girmiş olan üçüncü fıkrasını ise hükme almamıştır. Hayvanların korunması ile ilgili olarak üstlenmiş olduğumuz uluslararası yükümlülüklerimiz düşünüldüğünde, bu konuda yapılan düzenlemelerin Hayvanların Korunmasına Dair Kanun ile sınırlı kalmaması ve İsviçre’de olduğu gibi gerek Medeni Kanunda gerekse Borçlar Kanunu’nda da bir takım düzenlemelerin yapılması zorunludur. Ancak kanun koyucumuz 4721 sayılı Medeni Kanunu kabul ederken de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nu kabul ederken de, bu konuya gereken hassasiyeti göstermeyi maalesef ihmal etmiştir. Kanaatimizce, bu fıkranın da Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesine alınması çok daha isabetli olurdu.

Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinde kastedilen zarar, maddi zarardır. Maddi zararın belirlenmesi bakımından çok önem taşıyan bir konu, zararın hesaplanması anıdır. Zararın doğduğu an itibariyle mi, dava anı itibariyle mi, hüküm anı itibariyle mi hesaplanacağı konusu 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda açıkça hükme bağlanmamış olduğu gibi, bu durum yeni Kanun zamanında da değişmemiştir. Öğretideki yazarların bir kısmı, zararın hüküm anına göre hesaplanması gerektiği görüşünde iken<sup>9</sup>, diğer bazı yazarlar zararın doğduğu ana göre hesap yapılması gerektiği görüşündedir<sup>10</sup>. Kanun koyucunun önceki Kanun zamanından beri mevcut olan bu tartışmayı sonlandıracak bir düzenleme yapmaması, bu konuda bilinçli bir kanun boşluğu bıraktığını düşündürmektedir. Kanaatimizce kanun koyucunun bu tutumu çok da isabetlidir. Çünkü şeye gelen zararların ortaya çıkış anı ve tarzı öyle farklılıklar arz edebilmekte ve piyasa dalgalanmalarına göre haksız fiilden sonra ama hüküm anından önce söz konusu şeyin ekonomik değerinde öyle değişiklikler olabilmektedir ki, her durumda âdil olacak tek bir yanıtın kanun koyucu tarafından önceden verilme-

9 Hükümün verildiği tarihin esas alınması gerektiği görüşünde olan yazarlar için bkz. **Tandoğan**, s. 265; Eren, s. 694; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 813; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul 2012, s. 84.

10 **Kılıçoğlu**, zararın hesaplanmasında haksız fiilin işlendiği anın, yani olay anının esas alınacağını kabul etmektedir, **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 399; Antalya, zarar verici fiilin sonuçları doğduğu an itibariyle hesap yapılması gerektiği görüşündedir, ancak yazar çoğu zaman bu anın haksız fiilin de gerçekleştiği an olduğuna dikkat çekmektedir (**Antalya**, s. 452); **Nomer** de zararın hüküm anı esas alınarak tespitine karşıdır ve malvarlığında eksilme hangi anda gerçekleşmişse zararın da o an itibariyle tespit edileceğini kabul eder (**Nomer, Halûk N.**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, (Maddi Tazminat), s. 15-16).

si mümkün olamaz<sup>11</sup>.

Hemen belirtelim ki, sözünü ettiğimiz bilinçli boşluk da, tartışma da, sadece şeye gelen maddi zararlara ilişkindir. Kişiye gelen maddi zarar (cismani-bedensel zarar) söz konusu olduğunda kanun koyucunun tavrı eskiden olduğu gibi, 6098 sayılı Kanun çerçevesinde de, açıktır. Bunu da Türk Borçlar Kanununun 75. maddesindeki düzenlemeden çıkarmak mümkündür ki, bu düzenleme önceki Kanunun 46. maddesinin ikinci fıkrasına karşılık gelmektedir. Bu hükme göre, “*bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir*”. Görüldüğü gibi, kanun koyucu, bedensel zararın kapsamını kural olarak hüküm anına göre tespit etmekte, ama zararın hüküm sonrasında bile artabilmesi ihtimalini de göz ardı etmeyerek, hâkimin hükmü değiştirme yetkisini saklı tutma olanağını getirmektedir.

Kanun koyucu, şeye gelen maddi zararın hesaplanması anı ile ilgili olarak 50. maddede herhangi bir açıklık getirmemeyi tercih etmiş görülmekle birlikte, borçlunun temerrüdüne ilişkin 117. maddeye eklediği ikinci fıkrada, haksız fiilde fiilin işlendiği tarihte borçlunun temerrüde düştüğünü açıklaması, zararın da fiilin işlendiği tarihe göre hesaplanmasını tercih ettiği düşüncesini uyandırmaktadır. Bu hüküm, şeye gelen zararların doğum anına göre hesaplanması gerektiği yolundaki görüşe paralel olmakla birlikte<sup>12</sup>, kanaatimizce ancak ve ancak zararın doğum anına göre hesaplandığı durumlarda uygulanabilmelidir<sup>13</sup>. Bu yüzden, öğretideki zararın hangi ana göre hesaplandığının bir önemi olmaksızın temerrüt faizinin fiilin işlendiği tarihten itibaren yürütüleceği yönündeki görüşe katılmıyoruz<sup>14</sup>.

### **b. Ölüm ve Bedensel Zarara İlişkin Olarak TBK. m. 53-54**

Türk Borçlar Kanunu’nun “IV. Özel durumlar” başlığı altında düzenlenen 53. ve 54. maddeleri de, mülga Borçlar Kanunu’nun 45. ve 46. maddelerinin günümüz Türkçesine uygun hale getirilmesinden ibarettir. Bu maddelerde ölüm ve bedensel zarar halleri bakımından tazmini mümkün olan zarar kalemleri sayıldığı için, bu hükümleri de zararın belirlenmesine ilişkin hükümler arasında değerlendiriyoruz. Kanun koyucu bu iki maddede zarar kalemlerini bentler halinde düzenlemekle, kanaatimizce hükmün anlaşılabilirliğini artırmıştır; ama bundan başka bu maddelerde incelemeyi gerektiren bir değişiklik görül-

11 Her iki görüş taraftarlarının da hüküm tarihine dek zarar gören şeyin değerinde ortaya çıkabilecek değişiklikleri göz önünde bulundurma eğilimi de bu düşüncemizi haklı çıkarmaktadır. Bkz. Tandoğan, s. 265; Eren, 695; Antalya, s. 453.

12 Bkz. Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 12.

13 Tandoğan, s. 478; Nomer, Maddi Tazminat, s. 221; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 417.

14 Eren, s. 696; Oğuzman/Öz, s. 105, 124.

memektedir<sup>15</sup>.

### c. Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Yeni Bir Düzenleme: TBK. m. 55

Türk Borçlar Kanunu'nda zararın belirlenmesi bakımından getirilmiş olan ilgi çekici bir düzenleme, 55. maddede yer almaktadır. "A. Sorumluluk, IV. Özel durumlar, 1. Ölüm ve bedensel zarar, c. Belirlenmesi" başlığı altında yer alan 55. madde, Türk Borçlar Kanunu'nun Tasarısına Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir ve benzer bir hüküm mehz Kanunda da bulunmamaktadır. Açıklamalarımızı kolaylaştırmak için hükmü aşağıda aynen aktarıyoruz.

*"Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetimez; zarar veya tazminat indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.*

*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yadakişinin ölümüne bağlı zararlarla ilişkin istem ve davalarda da uygulanır" (TBK.m. 55).*

İki fıkradan oluşan bu madde, ölüm ve bedensel zararların belirlenmesi başlığı altında yer alsa da, birinci fıkrası tazminatın belirlenmesi ile de ilgili bir hüküm içermektedir. Ayrıca ikinci fıkra, zararın veya tazminatın belirlenmesine ilişkin değil, Kanun hükümlerinin idarenin sorumluluğu bakımından da uygulama bulacağına ilişkindir. Dolayısıyla maddenin başlığı ile içeriğinin pek de uyumlu olduğu söylenemez. Ancak maddeyi bir bütün olarak incelemek istediğimizden dolayı, maddenin tümüne ilişkin açıklamalarımızı hemen burada yapmayı tercih ediyoruz.

Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı hükmünü içerir. Oysa böyle bir hükmün hiçbir anlamı yoktur<sup>16</sup>. Çünkü zaten bu Kanunun 49. maddesi başkasına verilen zararın tazmin edilmesi gerektiğini, 53. maddesi destekten yoksun kalanların bu sebeple uğradıkları kayıpların ölüm halinde uğranılan zararlar arasında olduğunu, 54. maddesi de bedensel zararların özellikle hangi kalemlerden oluştuğunu hükme bağlamaktadır. Kanunun 50. maddesi zararın, 51. ve 52. maddeleri de tazminatın belirlenmesine ve belirlenen tazminat miktarının hangi koşullarda indirilebileceğine ilişkindir. Kanunda açıkça ifadesini bulmasa da, öyle bazı sorumluluk hukuku ilkeleri de vardır ki, bunlar da tazminata iliş-

15 Mülga Borçlar Kanunu'muzun 45. ve 46. maddelerinde bir sayım söz konusu değildir; ama sözü edilen her bir zararın tazmininin istenebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Oysa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 53. ve 54. maddelerinde, uğranılan zararların tek tek sayılmış olmalarına rağmen, bunların tazmin edileceğinin ayrıca vurgulanmadığı görülmektedir. Ancak bu durum sadece bir ifade zaafı sayılabilir, yoksa her halde kanun koyucu tazmin edilmesi söz konusu olmayacak zararları bir madde hükmünde ifade etmekle uğraşmazdı.

16 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 413.

kin hükmü verirken hâkim tarafından göz önünde tutulur. Bu ilkeler arasında tazminatın hiçbir şekilde zarar miktarını aşamayacağı, haksız fiilin zarar gören için bir zenginleşme kaynağı olamayacağı, haksız fiille uygun nedensellik bağı içinde ortaya çıkıp da zarar görenin yararına olan sonuçların da zararlar denkleştirilmesinin gerektiği yönündeki ilkeler de yer alır. Gerek Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri, gerekse sorumluluk hukuku ilkeleri, her tür zararın ve tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulur. Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde bu hususun tekrar edilmesinin hiçbir gereği olmadığı gibi, bu cümle sanki sadece destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararlar bakımından bu kurallara uyulmasının gerektiğini düşündürdüğü için yanıltıcıdır. Çünkü bu kurallar, şeye gelen zararlar da, tazminatın mümkün olduğu durumlarda salt malvarlığı zararlarında da, hatta manevi zararlar söz konusu olduğunda da uygulanır.

Kanunun 55. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, destekten yoksun kalma zararı ve bedensel zararlar bakımından bir çeşit denkleştirme yasağının getirildiği izlenimini vermektedir. Oysa bu cümlenin de Kanunda yer alması hiç isabetli değildir. Çünkü gerek rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri, gerek rücu edilemeyen sigorta alacakları, gerekse zarar görene üçüncü kişiler tarafından yapılan ifa amacı taşımayan ödemeler zaten hiçbir zarar türü bakımından denkleştirmeye elverişli değerler olarak nitelendirilemez. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri de sigorta alacakları da zarar görenin vaktiyle ödemiş olduğu primlerin karşılığı olarak ona ödenen değerlerdir ve haksız fiil ile arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu zaten söylenemez<sup>17</sup>. Rücu edilebilen ödemeler ise, zarardan denkleştirilebilen yararlar sayıldıkları için değil, zarar verence mükerrer ödeme yapılmasını önlemek için zararın hesabında göz önünde tutulur. Bu açıklamaların ışığı altında, Kanunun 55. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi de tıpkı birinci cümlesi gibi hem gereksizdir hem de yanlış anlamalara yol açabilecek niteliktedir. Zira birinci cümlede de vurgulanan sorumluluk hukuku ilkeleri, bu sonucu, sadece destekten yoksun kalma zararlarının ve bedensel zararların değil her tür zararın hesaplanması için zaten doğurmaktadır. Oysa Kanundaki bu vurgu, sanki bu sonucun sadece destekten yoksun kalma zararlarına ve bedensel zararlara özgü olduğu izlenimini yaratmaktadır. Bu cümlede geçen “*ifa amacı taşımayan ödemeler*” ifadesi de pek isabetli sayılmaz. Üçüncü kişilerce zarar görene sağlanan yardımlar, önce bir bağışlama taahhüdü arkadan bunun ifası şeklinde gerçekleşecek olursa, her halde bu ödemelerin zararın hesabında göz önünde bulundurulması, yani zarardan indirilmesi istenmiş olamaz<sup>18</sup>; ama söz konusu ifade üçüncü kişilerce bu yolla yapılan yardımların denkleştirilmesine olanak tanır gibi görünmektedir. Bunun yerine, “*tazminat borcunun ifası amacını ta-*

17 Adalet Komisyonunun bu maddeye ilişkin önerge gerekçesinde de bu hususa dikkat çekilmiştir.

18 Oğuzman/Öz, s. 87.



*şımayan ödemeler*” ifadesinin kullanılması daha isabetli olabilirdi; ama yine de maddenin sözünü yorumlamakla yetinmeyip özünü de yorumladığımız takdirde sakıncalı bir sonuç doğmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi de isabetli değildir. Bu hükme göre, Kanuna ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılmaz veya azaltılamaz. Oysa hakkaniyet düşüncesi ile olsun başka herhangi bir gerekçe ile olsun hesaplanmış olan tazminatın miktar esas alınarak arttırılması hukukumuzda yabancısıdır<sup>19</sup>. Sorumluluk hukukumuzda tazminatın olsa olsa indirilmesi söz konusu olabilir ve bu husus da Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesinde (mülga BK. m. 44) hükme bağlanmıştır. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, tazminatın indirilmesinde hakkaniyet düşüncesi de rol oynar; ama bunun için tazminat yükümlüsünün zarara hafif kusuruyla sebep olması ve tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması da gerekir. Yoksa sırf belirlenen tazminatın miktarı esas alınarak, bu miktarın hâkim tarafından çok yüksek görüldüğü durumlarda hakkaniyet düşüncesi ile tazminattan indirim yapılmaz. Ayrıca 52. maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde yapılan indirim, şeye gelen zararlar ve diğer malvarlığı zararlarının tazmini ile sınırlı olmayıp, destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararlar için de söz konusu olabilir. Adalet Komisyonunun bu maddeyle ilişkin önergesinin gerekçesinde, “bundan böyle hâkimin genel takdir hakkı (TMK. m. 4) yahut hakkaniyet (818 sayılı BK. m. 43) kurallarına dayanarak müdahale edemeyeceği” ifade edilmiştir. Oysa Türk Medeni Kanunu’nun 4. maddesinde ifadesini bulan takdir hakkının zaten, genel olarak hesaplanan tazminatın yüksek bulunduğu durumlarda indirilmesine yol açacak bir etkisi yoktur. Mülga Borçlar Kanunu’nun 43. maddesinde ise (TBK. m. 51), tazminatın indirilmesi değil belirlenmesi söz konusudur ve bu hükme göre, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirlerken durumun gereğini ve özellikle kusuru ağırlığını göz önünde bulundurur. Durumun gereğinin göz önünde bulundurulması elbette ki hakkaniyet düşüncesinin bir sonucudur; ama burada hakkaniyet, hesaplanmış olan tazminatta indirim değil, tazminatın hesaplanmasına yarayan bir araç olmaktadır. Kaldı ki, Adalet Komisyonunun Raporuna göre de, 55. maddenin varlığı, destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararlar bakımından bile, hakkaniyet düşüncesinin mülga 44. madde (TBK. m. 52) çerçevesinde söz konusu olan etkisini bertaraf edici nitelikte değildir.

Bu açıklananlar, 55. maddenin birinci fıkrasının son cümlesinin de gereksiz olduğunu ortaya koymaya yeterli olmalıdır; ama bu cümlenin gereksiz olmaktan daha öte iki de sakıncası vardır. Birinci sakınca, Adalet Komisyonunun raporu ve hükmün gerekçesi dikkate alınmadığı takdirde, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar bakımından Türk Borçlar Kanunu’nun

19 ÖZ, s. 9; Oğuzman/Öz, s. 104; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 415.

52. maddesinin ikinci fıkrasındaki hakkaniyete dayalı indirimin de söz konusu olmadığını düşünülebilmesi tehlikesidir<sup>20</sup>. İkinci sakınca hükmün ters kavramı incelendiğinde ortaya çıkar. Şöyle ki, hükmün ters kavramından, destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararlar dışındaki zararlar bakımından, hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılmasının veya azaltılmasının mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır. Oysa böyle bir sonuç, ne Türk Borçlar Kanunu'ndaki tazminatın indirilmesine ilişkin 52. madde hükmü ile ne de sorumluluk hukuku ilkeleri ile bağdaştırılabilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasında, Borçlar Kanunu hükümlerinin, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme de kanaatimizce pek fazla bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, her ne kadar İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku ilkeleri gözetilse de, Borçlar Hukukunun sorumluluğa ilişkin ilkelerinden zaten yararlanılmaktadır. Üstelik bu yararlanma vücut bütünlüğünün yitirilmesine ya da ölüme bağlı zararlarla sınırlı da değildir.

## 2. Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Düzenlemeler

### a. Maddi Tazminatın Belirlenmesine ve İndirilmesine İlişkin Düzenlemeler

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun maddi tazminatın belirlenmesine ve indirilmesine ilişkin hükümler bakımından bir yenilik getirdiği söylenemez. Kanunun 51. ve 52. maddeleri, mülga Kanunun 43. ve 44. maddelerini karşılamakta olup, bu maddelerin günümüz Türkçesine uygun hale getirilmesinden ibarettir. Mülga Kanunun 43. maddesinde, tazminat belirlenirken göz önünde tutulacak ölçütler bakımından "hatanın ağırlığı"ndan söz edilmesine rağmen, 51. maddede "özellikle kusurun ağırlığı" denilerek daha uygun bir ifade kullanılmıştır. Mülga Kanunun 42. maddesini karşılayan 52. maddede göze çarpan ifade değişikliği ise, birinci fıkrada "zararı yapan şahıs" ifadesi yerine "tazminat yükümlüsü" ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Böylece, buradaki tazminattan indirim sebeplerinin kusur sorumluluğu dışında da göz önünde bulundurulacağı vurgulanmış olmaktadır. Aynı durum ikinci fıkradaki indirim sebebi için de geçerlidir; ama oradaki ifade "zarara sebep olan tazminat yükümlüsü" olarak değiştirilmeden önce de, zaten aynı sonucun çıkartılmasına elverişli

20 Nitekim **Öz** ve **Antalya** maddeyi bu şekilde yorumlamıştır, bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 123; **Antalya**, s. 483. **Kılıçoğlu** da gerekçe de hakkaniyet indirimine izin verilirken maddede bunun yasaklanmasını bir çelişki olarak nitelendirdiğine göre, maddeyi aynı şekilde yorumlamak tadır ve maddede yasaklanan hakkaniyet indirimini 52. maddenin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirmektedir. Böyle olunca da, yazar, haklı olarak, diğer kişilik hakkı ihlalleri bakımından buna izin verilirken sadece ölüm ve bedensel zararlarda hakkaniyet indiriminin yasaklanmasının adaletsizliğine dikkat çekmektedir (**Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 415-416).

olan “borçlu” ifadesiydi. Bu yüzden ikinci fıkradaki ifade değişikliğini pek de önemli görmüyoruz.

Gerek 51. maddenin gerekse 52. maddenin mehzaz metindeki karşılıklarını göz önünde bulundurduğumuz zaman, kanun koyucunun getirdiği yeni hükümlere iki eleştirimiz söz konusu olabilir. Bunlardan birincisi 51. madde ile ilgilidir. Türk Borçlar Kanununun 51. maddesinin mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanununun 43. maddesi üç fıkradan oluşmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu 43. maddesinin bizim Kanunumuzda bulunmayan ikinci fıkrası, Kanuna 2002 yılında eklenmiş olup 2003 yılı Nisan ayında yürürlüğe girmiştir ve şöyledir:

*“Malvarlıksal veya mesleki olmayan amaçlarla evde barındırılan bir hayvanın yaralanması veya ölümü halinde, hâkim, hayvanı tutan kişinin veya yakınlarının bu hayvana affettiği duygusal değeri de uygun bir şekilde göz önünde bulundurabilir.”*

İsviçre Borçlar Kanunu’nun daha önce sözünü ettiğimiz zararın belirlenmesine ilişkin 42. maddesinin üçüncü fıkrası için de söylediğimiz gibi, hayvanların korunmasına dair uluslar arası yükümlülüklerimiz, hayvanlara yönelik olarak gerçekleştirilmiş olan haksız fiiller bakımından da daha etkili tazminat olanaklarını gerekli kılmaktadır. Gerçi bu durumda tazminat olanağının artırılması hayvana değil de hayvan sahibinin yararına gözükmektedir; ama bir başkasının hayvanına yönelik olarak işlenmiş bir haksız fiilin onun otomobili-ne yönelik olarak işlenmiş bir haksız fiilden farklı kılınması, hayvanların korunmasına da mutlaka daha fazla hizmet edecektir. Daha önce 50. madde için de ifade ettiğimiz gibi burada da bu hükmün Kanunumuza alınmamış olması kaçırılmış bir fırsattır<sup>21</sup>.

Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesine yönelik eleştirimiz ise, bir hüküm eksikliğine değil de, kullanılan ifadede arılaştırmaya gidilmeye çalışılırken ortaya çıkan bir ifade zaafına ilişkindir. Kanun koyucu bu fıkrada, tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması halinde hakaniyet gerektiriyorsa tazminatın indirilebilmesi için, zarara hafif kusurla sebep olunmasını “aramış” görmektedir. Zarara hafif kusurla sebep olmak ayrı bir şeydir, zarara kasten veya ağır ihmalle yol açmamış olmak ayrı bir şeydir. İkincisinin içine zarara kusur olmaksızın yol açmak da girer<sup>22</sup>. Oysa birincinin içine, sadece, hafif kusura dayansa da kusur sorumluluğu halleri girer. Kanundaki bu ifade değişikliği, gerekçe birlikte okunmadığında, kanun koyucunun artık kusursuz sorumluluk hallerinde bu indirim sebebinin uygulamak istemediğini düşündürülebilir. Gerçi gerekçede, maddede yapılan arılaştırma dışında, 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği bulunmadığı ifade

21 Hukukumuzda **Antalya** da “...hayvanın eşya dışında özel bir statü içinde korunmasına, bu kapsamda hayvan üzerinde hak sahibinin zararlarının (manevi zararları dahil) tazmininin genel hükümlere göre talep edilebileceğine ilişkin TMK.’nda bir düzenlemeye gidilmesi gerekir” diyerek benzer bir düşüncüyü savunmaktadır (**Antalya**, s. 496).

22 **Eren**, s. 735; **Antalya**, s. 720; **Nomer**, s. 152; **Tiftik**, s. 93.

edilmiştir; ama böyle bir yanlış anlamaya fırsat vermeden de ifadeyi arılaştırarak mümkün. Zira gerekçe okunmadığında hükümden çıkartılabilecek sonuç hiç de mantıksız değildir. Kusursuz sorumluluk düşünüldüğünde, kanun koyucuyu, kusuru olmayan kişiyi bile sorumlu tutmaya iten etkenler, pekâlâ hakkaniyet indirimini bu kişilere uygulamamaya da itmiş olabilir. Madem kanun koyucunun böyle bir niyeti yok, o halde hükümde kullanılan ifade daha açık olmalıydı.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alıp da tazminatın belirlenmesine ilişkin olan bir hüküm de bir önceki başlığımızın altında ele aldığımız 55. maddede yer alır; ama hükmü orada incelediğimiz için burada bir kez daha üzerinde durmayacağız.

### **b. Manevi Tazminata İlişkin Düzenlemeler**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun manevi tazminata ilişkin düzenlemeleri 56. ve 58. maddelerde yer almaktadır. Bu maddeler mülga Borçlar Kanunumuzun da İsviçre Borçlar Kanununun da 47. ve 49. maddelerine karşılık gelmektedir.

Bedensel bütünlüğün zedelenmesi veya ölüm halinde ödenecek manevi tazminata ilişkin hüküm 56. maddede yer almaktadır ve mülga 47. maddeye oranla kapsamı oldukça genişletilmiştir. Bu genişletme sayesinde mehz Kanundakinden de daha kapsamlı bir hüküm elde edilmiştir. Şöyle ki, mülga Borçlar Kanunumuzda da İsviçre Borçlar Kanunu'nda da, sadece ölüm halinde ölenin ailesi (BK) veya yakınları (İBK) lehine manevi tazminat ödenebileceği hükme bağlanmıştır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir. Böylece sadece ölüm halinde değil ağır bedensel zarar halinde de, ölenin veya ağır bedensel zarar görenin sadece aile üyelerine değil yakınlarına da<sup>23</sup> manevi tazminat olarak uygun bir miktar para ödenebilecektir<sup>24</sup>. Gerçi ölen veya bedensel zarar gören kişinin yakını kavramının içeriği

23 Aile üyeleri yerine mehz metinde olduğu gibi yakın kavramının esas alınması, öğretide uygulamada zaten uzun zamandan beri benimseniyordu. Öğretide çoktan beri bu görtüştü olan yazarlar için bkz. örneğin **Tandoğan**, s. 335; **Eren**, s. 764; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 884; **Oğuzman/Öz**, s. 272; **Erlüle** de hükmün bu şekilde genişletilmesini yerinde bulduğunu açıklamıştır, **Erlüle, Fulya**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Beden Bütününlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 145.

24 Ashında mülga Kanun zamanında da bedensel zarara uğrayanların yakınlarının kendi kişisel değerlerinin de ihlâl edildiğini ileri sürerek manevi tazminat istemeleri mümkündür; ama o zaman uygulanacak olan hüküm mülga 49. madde idi. Oysa şimdi uygulanacak olan 56. maddede (mülga 47. maddenin karşılığıdır) mutlaka bir miktar parasal tazminat ödenmesi söz konusudur.

doldurmak aile kavramının içini doldurmak kadar kolay değildir. Ama zaman zaman kişinin ölümü veya ağır bedensel zarar görmesi, her zaman onun yanında olup acısıyla üzülen sevinciyle mutlu olan fakat kişiye hiçbir akrabalık bağıyla bağlı olmayan bireyleri, aile üyelerine göre daha derinden etkileyebilir. Yalnız Öz'ün de ifade ettiği gibi, yakın kavramının yorumu, failin sorumluluk çevresini kanunun amacını aşacak derecede genişletmeyecek şekilde yapılmalıdır<sup>25</sup>.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "A. Sorumluluk, I. Özel durumlar, 3. Kişilik hakkının zedelenmesi" başlıklı 58. maddesi, mülga Kanunumuzun 49. maddesine karşılık gelmektedir. Ancak mülga hüküm üç fıkradan oluşurken, yeni hüküm iki fıkra halindedir. Çünkü mülga hükmün ikinci fıkrası yeni Kanuna alınmamıştır. Mülga maddedeki birinci ve üçüncü fıkralar, günümüz Türkçesine daha uygun sözcükler tercih edilerek yeniden kaleme alınmış; ama bu arada birinci fıkranın ifadesinde bir değişikliğe de gidilmiştir. Şöyle ki mülga Kanun zamanında "şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi"den söz edilmekte iken, yeni Kanunda sadece zarar görenin "kişilik hakkının zedelenmesi"nden<sup>26</sup> söz edilmektedir. Dolayısıyla artık hukuka aykırılık unsuruna vurgu yapılmamaktadır. Bu durum, yeni maddenin mehz Kanundaki maddeden de farkını oluşturmaktadır; ancak kişilik hakkı hukuken korunan bir değer olduğuna göre kural olarak her kişilik hakkı zedelenmesinin altında bir hukuka aykırılık görmek mümkündür. Ne var ki, bazen ortada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum da söz konusu olabilir. Kanundaki bu ifade, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir halin varlığında bile, kişilik hakkı zedelenen kişinin uğradığı manevi zarar karşılığında manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebileceğini düşündürmektedir. Böylece mülga 47. maddeden, önce maddenin 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile geçirdiği değişiklik sonucunda, saldırıda bulunanın ağır kusurlu olması ile saldırıdan ağır bir zarar doğmuş olması şartları çıkartılmış, şimdi de saldırının hukuka aykırılığı şartı kaldırılmış olmaktadır. Bu durumda, kanun koyucunun kişilik hakkı ihlalleri halinde manevi zararın tazminini gittikçe daha kolay hale getirmeye çalıştığı söylenebilir. Fakat kanun koyucu bu maddeye ilişkin gerekçede böyle bir hüküm değişikliği yaptığına işaret etmemiştir. Bundan çıkan sonuç da, kişilik hakkı zedelenmesinin hukuka aykırılığının, maddede açıkça vurgulanmasa da, aranmaya devam edecek olmasıdır. Ancak kanun koyucunun madde metninde böyle bir ifade değişikliği yapmasına rağmen bunu gerekçelendirmemiş olması isabetli olmadığı gibi, eğer kanun koyucunun "hukuka aykırılık" unsurundan vazgeçme niyeti olmadığı için gerekçede bir açıklık yok ise, bu durumda da, ortada ciddi bir ifade zaafının olduğu söylenmelidir.

25 Oğuzman/Öz, s. 272.

26 Erlüle, "zedelenme" kavramı yerine "ihlâl" kavramının kullanılmasını daha doğru bulduğunu ifade etmiştir, bkz. Erlüle, s. 144.

Mülga Kanundaki manevi tazminata ilişkin hükmün ikinci fıkrasının yeni Kanuna alınmamış olması, kanaatimizce, çok daha önemli ve isabetsiz bir değişikliktir. Mehaz Kanunda da bulunmayan bu hüküm, hâkimin manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alacağına ilişkindi. Kanun koyucu 6098 sayılı Kanunun 58. maddesine ilişkin gerekçede bu hükmün Kanuna alınmama sebebini şu şekilde açıklamıştır: “818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 49. maddesine, 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkrası gereksiz görülerek, Tasarının 58. maddesine alınmamıştır. Gerçekten, 818 sayılı Borçlar Kanununun 43 üncü ve Tasarının 51 inci maddeleri uyarınca, hâkim tazminat miktarını belirlerken. ‘hâl ve mevkiin icabını / durumun gereğini’, yani saldıranın kişilik hakkı zedelenen kişinin manevi kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur. Bu nedenle, Tasarının 58. maddesinde, hâkimin manevi tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür.” Kanunun ölüm ve bedensel zararlar bakımından manevi tazminata ilişkin 56. maddesine (Tasarının 55. maddesine) ilişkin gerekçede ise şu ifadeler bulunmaktadır: “Tasarının kişilik hakkının zedelenmesi sebebiyle istenecek manevi tazminat hükmünün (Tasarı m. 57) gerekçesinde öngörülen eşitlik düşüncesi bu maddede düzenlenen manevi tazminatlar bakımından da geçerlidir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sıfat ve ihraz ettiği makamlar, ayrı bir takdiri kriter oluşturmaz. Burada aslolan insan ve insanın manevi değerleri soyutlamasıdır. Yoksula az seçkine çok tazminat fikrinin manevi tazminat hukukunda yeri yoktur.”

Kanunun 58. maddesine mülga Kanunun 49. maddesinin ikinci fıkrası alınmadığına göre, eleştirilerimizi, fikranın alınmamasına ilişkin gerekçeler üzerinden yapacağız. Bir kere, 58. maddenin gerekçesi okunduğunda, kanun koyucunun, ikinci fıkrayı gereksiz gördüğü, çünkü ikinci fıkrayla sağlanmak istenen sonucun zaten 51. madde (mülga 43. madde) ile elde edildiğini düşündüğünü görüyoruz. Oysa Borçlar Kanununun 51. maddesi manevi tazminatın değil maddi tazminatın belirlenmesi için öngörülmuş bir hükümdür. Her ne kadar, 51. maddede sözü geçen tazminatın maddi tazminat olduğu açıkça vurgulanmış olmasa da, bunu manevi tazminata ilişkin iki ayrı maddenin (BK. m. 56 ve m. 58) ayrıca kabul edilmiş olmasından kolaylıkla anlamak mümkündür. Bu bakımdan maddi tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulan ölçütler ancak kıyas yoluyla manevi tazminatın belirlenmesine de uygulanabilirler. Mülga Kanun zamanında ikinci fıkra var olduğu için böyle bir kıyasa gerek kalmamaktaydı. Şimdi ise, hâkim, ne tür bir tazminata hükmedeceğine, para-

sal bir manevi tazminata hükmedecekse bunun miktarına karar verirken takdir yetkisini kullanacağına göre, Medeni Kanunun 4. maddesi uyarınca hukuka ve hakkaniyete göre hareket etmek zorundadır. Bu da zaten durumun özelliklerini, manevi zarar doğuran olayın oluş biçimini, ihlâl edilen değerleri, yerlerine yeniden konmalarının kısmen veya tamamen mümkün olup olmadığını, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da göz önünde tutmasını gerektirir. Bu nedenle yine 51. maddeye göre yapılacak bir kıyas gereksiz kalır.

Kanun koyucu gerekçede, yeni Kanuna alınmayan ikinci fıkranın, 51. madde gereğince zaten gözetilen hususlara ilişkin olduğu için maddeye alınmasının gereksiz olduğunu ifade etmiştir. Bunların gereksiz yere tekrar edilmesini de eşitlik ilkesine aykırı görmüştür. Oysa kanaatimizce bu husus eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı gibi, kanun koyucunun tutumu, eşitlik ilkesine aykırı gördüğü bir uygulamadan vazgeçmek değil, bunu uyguladığını saklamaya çalışmaktır ki böyle bir tutumu hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Her iki gerekçe beraber okunduğunda, kanun koyucunun bir çelişkiye düştüğü de görülmektedir. Şöyle ki, Kanunun 56. maddesine ilişkin gerekçede, “tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sıfat ve ihraz ettiği makamlar, ayrı bir takdir kriteri oluşturmaz” diyen kanun koyucu, 58. maddenin gerekçesinde, hâkimin manevi tazminat miktarını belirlerken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması ‘gerektiğinin’ belirtilmesinde bir zorunluluk bulunmadığını ifade etmektedir. Bunlar manevi tazminat bakımından kesinlikle başvurulmaması gereken kriterler midir, yoksa başvurulması gerekli olmakla birlikte bu gerekliliğin ifadesinden kaçınılması gereken kriterler midir? Her iki maddenin gerekçesi birlikte, bu soruları ortaya çıkarmaktadır; ama yanıt gerekçelerden anlaşılamamaktadır. Gerçi kanun koyucu gerekçede, 51. madde üzerinden uygulanabilir gördüğü “durumun gereğini” gözetmekten, sadece, saldırının kişilik hakkı zedelene kişinin manevi kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmayı anlamaktadır; ama “durumun gereğini göz önünde tutmak” bu kadar dar yorumlanamayacak bir ifadedir.

Kanunun 56. maddesine ilişkin gerekçede, hükme alınmayan fıkrada sayılan hususların ayrı bir takdir kriteri oluşturmayacağı ifade edildikten sonra, “burada aslolan insan ve insanın manevi değerleri soyutlamasıdır” denilmiştir. Bu ifade ile neyin kastedildiğini ise anlayamadığımızı belirtmeliyiz.

Kanun koyucunun 58. maddeye ilişkin gerekçede kullandığı bir ifadeye tamamen katılıyoruz. Gerçekten de kişilik hakkındaki eksilmenin, “sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok,

diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur<sup>27</sup>. Ancak yeni maddeye alınmayan ikinci fıkranın sonucu böyle bir kural olmak zorunda değildir<sup>28</sup>. Kanuna alınmış olsaydı ikinci fıkranın ne gibi bir sonucu olacağına, her somut olayın özelliklerini birlikte değerlendiren hâkim karar verebilecekti. Böylece, belki de ekonomik durumu çok iyi olan bir kişi, sırf bu yüzden astronomik bir manevi tazminat isteyemeyecekti. Zaten çok yoksul olan bir kişinin ve kişiliği zedelenmiş olmasaydı da perişan koşullarda yaşayan bir kişinin, ne tür bir kişilik değerinin ne kapsamda ihlâl edildiği de göz önünde bulundurulmak koşuluyla, belki ciddi bir miktar para olarak manevi tazminat alması, şimdi bulunmayan o fıkra sayesinde mümkün olabilecekti.

Kanun koyucunun 56. maddeye ilişkin gerekçesindeki bir ifadesini ise çok büyük bir üzüntüyle karşıladığımızı belirtmek zorundayız. Kanun koyucu gerekçede, “yoksula az, seçkine çok tazminat fikrinin manevi tazminat hukukunda yeri yoktur” diyor. Kanun koyucunun neyi kast ettiğini anlıyor ve sonuna kadar katılıyor; ama sözcük seçimini toplumun çok büyük kesimini oluşturan vatandaşları rencide edici bulduğumuzu belirtmek isteriz. “Seçkin”, Türk Dil Kurumunun Büyük Türkçe Sözlüğü’ne göre, “benzerlerinin arasında niteliklerinin yüksekliğiyle göze çarpan, üstün, mümtaz, güzide, mutena” anlamına gelmektedir. Aynı Sözlüğe göre, bu sözcüğün ikinci anlamı, “bir toplumun büyük kütlelerini oluşturan halk kütleleri dışında kalan küçük bir aydın kesiminden oluşan kütle”dir. “Yoksul” sözcüğünün zıttı olan sözcük ise, “zengin”dir. Bu veriyi de Türk Dil Kurumunun Zıt Anamlı Kelimeler Sözlüğünden teyit etmek mümkündür. Pek çok yoksul kişi pekâlâ seçkin kişi olabileceği gibi, pek çok zengin kişi de seçkin olmanın yanına bile yaklaşamayabilir. Bu terim seçimi, yoksul kişileri küçümseyen bir nitelik taşıdığı için çok rahatsız edicidir. Sözcük seçimine ilişkin eleştirimiz bir yana bırakılacak olursa, yeni maddeye alınmayan ikinci fıkra yoksula daha az, zengine daha çok manevi tazminat ödenmesine hizmet eden bir hüküm değildir. Tam tersine belki de yoksula daha çok, zengine daha az veya sembolik tazminat ödenmesine hizmet edebilir. Ne de olsa, para her yarayı sarmaz, ihlâl edilen kişilik değerini geri getiremez; ama kişilik hakkı zedelenmesi için sorunlarına sorun eklenmiş yoksul bir kişinin bu yeni sorunla başa çıkma gücünü arttırabilir. Bir ferahlama, telafi, tatmin duygusu sağlayabilir. Kişilik hakkı ihlâl edilmiş kişi zaten çok zengin ise, yaşama sevincine kavuşabilmesi için paranın en ufak bir etkisi bile bulunmayabilir, işte bu durumda hâkim hükmedeceği parasal tazminatı sembolik bir miktarda tutabileceği gibi, parasal giderimden daha başka bir giderim yolunu da arayabilir<sup>29</sup>. O halde, bazı yaraların sarılması bakımından kişilerin ekonomik

27 Böyle bir yanlışla ilişkin çarpıcı örnekler için bkz. **Serozan, Rona**, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, MHAD, 1977, S. 14, s. 99 vd.

28 Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 266.

29 Aynı yönde bkz. Nomer, Borçlar Hukuku, s. 166. Serozan, “ne kadar büyüğe kişi o kadar küçük tutulmalıdır onun korunma ölçüsü” diyor. Gerçi yazar, bu sözleri yazarken, kal



durumunun önem taşımadığı söylenemez. Kanun koyucunun endişesi yoksula az, zengine daha çok tazminat ödenmesi tehlikesi ise de, bu endişe, yoksula daha çok zengine daha az ödenmesi olanağını da tehlikeye atmaktadır. Neyse ki, hâkim takdir yetkisini kullanırken hakkaniyete göre hareket edecektir; ama somut olayda karar vermek zorunda kalan bir hâkimin, kanun koyucunun bu fikrayı kaldırmış olmasını, kişileri ekonomik durumlarından tamamen soyutlaması gerektiği şeklinde değerlendirmeyeceğinin garantisini kim verebilir?

Ülkemizde manevi tazminat adı altında yüksek meblağlara zaten hükmedilmediği herkesçe bilinen bir gerçektir; ama yeni düzenleme zengin kişilerce gerçekleştirilmiş ihlaller sonucunda bile yüksek meblağların ödenmesini engelleme sonucunu doğurmaya elverişlidir. Soruna sadece kişilik hakkı ihlâl edilen kişinin ekonomik durumu bakımından yaklaşmak hatalı olur. Elbette ki sınırları açığa çıkan, uygunsuz resimleri basına verilen, hakarete maruz kalan, beden bütünlüğü ihlâl edilen veya bir yakını kaybeden kişi zengin de olsa fakir de olsa, eğitilmiş de olsa eğitimsiz de olsa, halktan da olsa seçkinler arasında da bulunsa, insandır. Hak ettiği koruma kendisiyle aynı duruma düşürülen başka hiçbir kişiye göre daha az değildir. Ama soruna bir de ihlalde bulunan kişinin ekonomik durumu yönünden bakalım. Sadece ekonomik gücünü değil, sosyal durumunu, işgal ettiği makamı, taşıdığı unvanı düşünelim ve bir örnek verelim. Acaba bir öğrencisine sınıfta hakaret eden bir öğretim üyesinin mi, bir arkadaşına yemekhanede hakaret eden bir öğrencinin mi daha yüksek tazminat ödemesi beklenir? Herkesin, bir gün, bir yerde, bir kişinin kişilik hakkını ihlâl etmesi mümkün olduğuna göre, saldırganlar arasındaki eşitliği sağlamak için en yoksul saldırgan tarafından bile ödenmesi mümkün olan asgari miktarı tespit ederek, herkesin ödeyeceği tazminat miktarını bu asgari miktarla sınırlı mı tutalım? Böyle bir mantık, bizi, sonunda manevi tazminatı sembolik miktarla sınırlamaya götürmez mi? O zaman manevi tazminata bir miktar para olarak da hükmedilebileceğini Kanundan tamamen çıkarıverelim olsun. Ne de olsa para bütün sorunları çözemiyor, ne de olsa zaten zengin olanları büyük tazminatlar ödemek zorunda bırakmak bile yeterince caydırıcı sonuçlar veremiyor<sup>30</sup>.

dırılmasına karşı çıktığımız fıkradan önceki çarpık uygulamaları eleştiriyor ve o dönemde yürürlüğe yeni konulmuş olan bu fıkranın söz konusu uygulamaları körükleyeceği endişesini taşıyordu. Bkz. Serozan, Rona, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 99-100. Korkarız, hüküm getirilirken Serozan'ın taşıdığı endişeler hüküm kaldırılırken de gündemde kalmaya devam edecek.

- 30 Kanaatimizce, zaten çok zengin olan kişilerin büyük miktarlar ödemek zorunda bırakılmasının caydırıcı olamayacağı düşüncesi (bkz. **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 542) pek isabetli değildir. Elbette ki, kişilik hakkı ihlâl edilen kişi için daha isabetli başka bir giderim olanağı varsa ki, böyle bir olanağın her zaman olacağı şüphelidir, o zaman manevi tazminat adı altında bir miktar paraya hükmetmeye gerek yoktur. Saldırganın çok zengin bir kişi olması bile, varsa paradan daha etkili olan yolun işletilmesi yerine, manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine karar verilmesi için yeterli bir sebep olamaz. Ama olayların çoğunda kişilik hakkı ihlâl edilen kişi, paranın, yetersiz de olsa rahatlatma gücüyle ye-

Ancak kanun koyucunun bu düşüncede olduğunu sanmıyoruz. Çünkü kanun koyucu ağır bedensel zarar halinde bile zarar görenin yakınlarına manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini hükme bağlamıştır. Böyle bir hüküm öngören kanun koyucunun manevi tazminat olarak para ödenmesine karşı olduğunu söylemek herhalde tutarlı olmayacaktır. Kaldı ki, bu durumlarda öleni veya ağır bedensel zarara uğrayan kişinin eski durumunu hiçbir para geri getiremeyecek olsa da, paradan da daha etkili bir tazminat yolu da zaten akla gelemiyor.

Söz konusu fıkranın 6098 sayılı Kanun'daki 58. madde metnine alınmamasına öğretilerde Öz'de karşı çıkmıştır. Konuya daha farklı; ama bizim de tamamen katıldığımız bir açıdan yaklaşan yazara göre, kişiler içinde buldukları sosyal ve kültürel durum sebebiyle aynı tecavüzdən daha fazla veya daha az zarara uğramaya yatkın olabilirler<sup>31</sup>. Ayrıca kişilerin sosyal, kültürel ve ekonomik durumlarına ilişkin unsurlar, manevi zararın derecesinden başka, failin kusurunun ve mağdurun birlikte kusurunun varlığını veya derecesini belirlemede de önem taşıyabilir. Üstelik failin yoksulluğuna yol açacak veya mağduru tecavüze uğradığına sevinecek boyutta bir tazminata hükmetmek için de tarafların ekonomik durumunun bilinmesi gereklidir<sup>32</sup>. Ancak yazar, yeni Kanuna alınmayan bu hükmün mülga Kanuna alınmasından önce de, hâkimin manevi tazminata hükmederken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarının gözetileceğinin öğreti ve yargı kararlarında benimsendiğine<sup>33</sup> dikkat çekmektedir. Böylece, yazara göre,

---

tinmek zorunda kalacaktır. Böyle durumlarda saldırgan üzerinde caydırıcı etki yapmak için çok yüksek meblağlarda tazminatlara karar verilmesi mümkün olabilir. Kişi çok zenginse, ödediği miktar onun canını nasıl olsa acıtmayacak diye, davranışını kınama kararıyla veya 1 TL. gibi sembolik bir tazminat miktarıyla yetinmek, zarar görene bir darbe daha vurmaktan ve saldırganı ödüllendirmekten başka bir şey değildir. Kaldı ki manevi tazminatın amacının saldırganı caydırmaktan ibaret olduğu söylenemez, burada amaç kişisel değerlerinde eksilme olan kişiyi rahatlatmak, ona bir çeşit telafi sağlamaktır (Tandoğan, s.330-331; Eren, s.749vd.; Antalya, s.488; Oğuzman/Öz, s.245; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 877; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 423; Reisoğlu, s. 222, Nomer, Borçlar Hukuku, s. 166.)

- 31 Oğuzman/Öz, s. 264; Oğuzman, M. Kemal, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Halük Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 48.
- 32 Oğuzman/Öz, s. 266. Gerçi ülkemizde yaygın olduğu üzere manevi tazminat olarak hükmedilen meblağlar o kadar düşük tutulmaktadır ki bu son endişenin pek bir anlamı kalmamaktadır. Yalnız artık tarafların ekonomik ve sosyal durumunun gözetilmeyeceği düşüncesi hükmedilecek manevi tazminat miktarlarının daha da düşük miktarlarda kalmasına yol açabilecektir.
- 33 Reisoğlu, s. 253; Kılıçoğlu, Ahmet M., Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993, s. 257; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 541; yargı kararları için de örneğin 10. HD. 20.05.1976, E. 1976/7355 K. 1976/3924 (YKD 1977/1, s. 69); 9.HD., 27.12.1988, E. 1988/12583, K. 1988/12585 (YKD, 1989/8, s. 1116).

fıkra kaldırılmış olsa da, uygulamada değişen bir şey olmayacaktır<sup>34</sup>. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, manevi tazminatı hukuka ve hakkaniyete göre takdir edecek olan hâkimin bu hususları göz önünde tutmaya devam etmesi bizce de mümkün olmakla birlikte, gayet açık bir hükmün kanundan çıkarılması yine de doğru olmamıştır.

Yine de belirtmek gerekir ki bu fıkranın kaldırılmasını isabetli bulan yazarlar da mevcuttur<sup>35</sup>. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**'a göre, tazminatın miktarı, sıfat veya makamdan ziyade saldırının mağdurda yarattığı acı ile ilgilendirilmiş olmalıdır, örneğin “bir işçiye yönelik tecavüzün, onda yaratacağı tahribat, aynı tecavüzün işçinin amirinde yatacağı tahribattan pekâlâ daha ağır olabilir”<sup>36</sup>. Bu örneğe katılmamak mümkün olmasa da, çıkartılan hükmün neden işçinin duyacağı acının amirinin duyacağı acıdan daha az olacağı ve bu yüzden işçiye amirinden daha az ödeme yapılması gerektiği şeklinde yorumlanmak zorunda olduğunu anlayamıyoruz.

### C. Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğuna İlişkin Düzenlemeler

#### 1. Sebeplerin Yarışmasına İlişkin Düzenleme

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “1. Sebeplerin Yarışması” başlıklı 60. maddesi ile mülga Borçlar Kanunumuzda da İsviçre Borçlar Kanunu'nda da yer almayan bir hüküm öngörülmüştür. Hüküm şöyledir:

*“Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.”*

Sorumluluk sebeplerinin yarışması halinde, hâkimin hangi sebebe göre karar vereceğine ilişkin bir hüküm olan bu yeni düzenleme, zaten sorumluluk hukukunda eskiden beri kabul gören temel bir ilkenin kaleme alınmış olmasından

34 **Oğuzman/Öz**, s. 267.

35 **Tekinay, S. Sulhi**, Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990., s. 65, Hükmü daha yürürlüğe girer girmez eleştiren Tekinay da Serozan gibi (bkz. dn. 28), resmi sıfatı olan ya da yüksek makam işgal eden kimselerin şeref ve haysiyetlerinin o makamlara gelememiş olanlardan daha üstün tutulmasını eleştirmiş ve hükmün, bizim de anladığımız şekilde, yani resmi sıfatı olanlar lehine manevi tazminata hükmedilirken daha dikkatli ve çekingen davranılması yönünde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. **Burcuoğlu, Halûk**, “Borçlar Kanunu Tasarısının Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, İsviçre Medeni Kanununun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul 2007; **Hatemi/Gökyayla**, s. 174; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 928/b; Eren de şimdi kaldırılmış olan fıkranın yürürlüğü zamanında fıkraya karşı şöyle bir tereddüt açıklamıştı: “Bu hükümle ihlâl edilen aynı kişilik değerinin, zarar görenin sosyal, ekonomik ve siyasal durumuna göre farklı değerlendirmeye tâbi tutulacağı ve dolayısıyla subjektif sonuçlar doğuracağı ileri sürülebilir” (**Eren**, s. 762).

36 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 928/b.

37 Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 278 vd.; aksi görüşte Koçhisarhoğlu/Erişgin, s. 1256, yazarlara göre “bu düzenleme keyfi olup zenginın sırtından fakir zarara uğrayanı koruyup kollamak fikri esas alınmaktadır”.

ibarettir<sup>37</sup>. Böyle bir hüküm Kanuna alınmadan önce de zaten hâkimin daha farklı hareket etmesi söz konusu olamazdı. Çünkü zarar gören, dava açarak hâkimden hukuki koruma talep eder. Hâkim de hukuku re'sen uygulama yetkisine sahiptir<sup>38</sup>. Elbette ki koruma talep edenin yararlanmayı hak ettiği daha etkili bir sorumluluk sebebi varken diğer sebeplere öncelik tanınması düşünülemez. Böyle bir durumda diğer sebeplere ancak özel kanun-genel kanun ilişkisi nedeniyle veya hâkimin talepten daha fazlasına karar vermesi söz konusu olamayacağına göre zarar görenin istemi üzerine başvurulabilirdi. Yeni getirilen düzenleme de işte bu ilkeleri teyit eden bir hükümdür.

## 2. Müteselsil Sorumluluğa İlişkin Düzenleme

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenleme de yeniden kaleme alınmıştır. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'muz zamanında 50. ve 51. maddelerde yer alan hükümler, öğretilerde ve yargı kararlarında tam teselsül ve eksik teselsüle ilişkin düzenlemeler olarak nitelendiriliyordu. Bir zarara birlikte sebep olan kişiler arasında tam teselsül bulunduğu kabul edilir iken, aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olan kişiler arasındaki teselsül de eksik teselsül olarak adlandırılıyordu. Ancak öğretilerde bu ayrımın gereksiz olduğuna ilişkin görüşler de dile getiriliyordu. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu eleştiriler de göz önünde bulundurularak birtakım değişiklikler yapılmış; ama yine de müteselsil sorumluluk 61. ve 62. maddeler olmak üzere iki ayrı maddede ele alınmıştır. Böylece mehzaz Kanun'daki düzenlemeye göre de farklılık oluşturulmuştur. Türk Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumluluk düzenlenirken 61. maddede dış ilişki, 62. maddede de iç ilişki düzenlenmiştir. Fakat müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler bunlarla sınırlı da değildir. Şöyle ki, zamanaşımına ilişkin 73. maddede, müteselsil sorumlular arasındaki rücu istemine uygulanacak zamanaşımı süreleri hükme bağlanmıştır. Aşağıda sırasıyla bu maddeleri inceleyeceğiz.

### a. Dış İlişki

#### aa. Müteselsil Sorumluluğun Oluşumuna İlişkin Hüküm

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki, müteselsil sorumluluğun hangi koşullar altında ortaya çıkabileceğini hükme bağlayan 61. madde şöyledir:

*“Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır” (TBK. m. 61).*

Yukarıdaki hükmü incelediğimizde, birden çok kişinin birlikte zarara sebebiyet vermesi halî ile aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olması halinin artık birbirinden ayrı tutulmadığını ve tek bir maddede düzenlendiğini görüyoruz. Kanun koyucu da 61. maddeye ilişkin gerekçesinde bu durumla

38 Antalya, s. 769.

ilgili olarak şu açıklamayı yapıyor: “... 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 51 inci maddesinin birinci fıkrasındaki hâl için 'eksik teselsül', aynı Kanununun 50 nci maddesindeki hâl için de 'tam teselsül' şeklinde yapılan ayrımın öğretide eleştirildiği göz önünde tutulmuş ve Tasarıda bu ayrıma yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ikili teselsül sistemi terk edilmiş ve her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip aynı hükümlere tâbi tutulmuştur.” Elbette ki, mülga Kanunda olduğu gibi iki ayrı madde arasında atfı yoluyla bağlantı kurmaktansa, iki hususu tek bir madde altında toplamak tam teselsül-eksik teselsül ayrımını<sup>39</sup> terk etmiş sayılmak için yeterli değildir. Müteselsil sorumluluktaki bu ikili sistemin giderilmesi, ancak ve ancak, öğretinin vaktiyle tam teselsüle ve eksik teselsüle bağladığı sonuçlar arasındaki farklılıkların giderilmesiyle olur.

Mülga Kanun zamanında, öğretiden tarafından, tam ve eksik teselsüle bağlanan farklı sonuçlar şu şekilde özetlenebilirdi: Tam teselsül halinde müteselsil sorumlulardan birine karşı zamanaşımı kesildiğinde diğerlerine karşı da zamanaşımı kesildiği halde, bu durum eksik teselsül için kabul edilmiyordu. Tam teselsül söz konusu olduğunda sorumlulardan herhangi birinin zarar görene karşı sadece kendi yararlanabileceği tazminattan indirim sebeplerini ileri sürüp süremeyeceği tartışmalı iken, eksik teselsülde her bir sorumlu kendisine ilişkin indirim sebebinin doğrudan doğruya zarar görene karşı ileri sürebiliyordu. Tam teselsülde, rücu hakkından yararlanmak isteyen müteselsil sorumlu, zarar görene ödemiş olduğu miktar ölçüsünde onun haklarına halef olabilir iken, eksik teselsülde halefiyet söz konusu olamıyordu. Tam teselsülde, zarar gören alacaklı, müteselsil sorumlulardan birinin durumunu iyileştirdiği takdirde, bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalıyordu. Örneğin, zarar gören, müteselsil sorumlulardan birini ibra ettiği için bu müteselsil sorumlu lehine sağlanmış olan teminat ortadan kalkmışsa, zarar gören, bu şekilde rücu alacaklarını tehlikeye düşürdüğü ölçüde, diğer müteselsil sorumlulara başvurma şansını da kaybediyordu. Oysa eksik teselsülde, sorumlulardan birini ibra etmiş olan zarar görenin, diğer sorumlulardan alacağının tamamını isteme yetkisi ortadan kalkmıyordu<sup>40</sup>.

Şimdi sorulması gereken soru, kanun koyucunun 6098 sayılı Türk Borç-

39 Bu ayrımın öğretilerde eleştirildiği doğrudur (bkz. Eren, s. 1167; ama bu ayrımın varlığını gerekli bulan yazarlar da mevcuttur (bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M., “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, (makale), s. 170; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 141). Sorumluluk sebepleri çok farklı olan kişilerin bir zarara birlikte sebep olan kişilerle her bakımdan aynı kefeye konulması bize de isabetli gelmediği için, biz de bu ayrımın terk edilmemiş olmasını tercih ederdik. Çünkü tam ve eksik teselsül hâlleri oluşum bakımından öyle farklıdır ki sonuçları bakımından da birtakım farklılıkların korunması daha âdil olurdu.

40 Tandoğan, s. 382 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 434; Kılıçoğlu, makale, s. 165.

lar Kanunu çerçevesinde, birden çok kişinin birlikte sorumlu olduğu her hali, aynı hukuki sonuçlara bağlamış olup olmadığıdır? Birden çok kişinin birlikte sorumlu olduğu her hâl bakımından, müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacağına göre, bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Buna göre, zamanaşımı sorumlulardan birine karşı kesilirse diğerlerine karşı da kesilmeyecektir (TBK. m. 155); zarar gören kişi, eğer müteselsil sorumlulardan birinin durumunu diğerleri aleyhinde iyileştirmiş olursa, bunun sonuçlarına katlanacak (TBK. m. 168/II); zarar görene ödemedeki bulunmuş olan müteselsil borçlu, yaptığı ödeme oranında onun haklarına halef olabilecek (TBK. m. 62/II, m. 168/I); müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilecektir (TBK. m. 164/I). Bu sonuçların her biri zaten, Türk Borçlar Kanununun müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerinin birer uygulamasıdır. Bu noktada sormamız gereken soru ise, eskiden tam ve eksik teselsül olarak adlandırılan hallerin hepsinin yukarıda açıklanan sonuçlara bağlanmış olmasının isabetli olup olmadığıdır.

Öğretide tam teselsül eksik teselsül ayrımının terk edilmesi gerektiğini savunan Eren bile, zamanaşımının kesilmesine ilişkin bu sonucun adaletsizliğine dikkat çekerek Kanundan çıkartılmasını öneriyordu<sup>41</sup>. Oysa değişiklik tam ters yönde olmuş ve önceleri sadece tam teselsül hallerinde görülen zamanaşımının kesilmesine ilişkin bu adaletsiz sonuç eksik teselsül olarak nitelendirilen hallere de sirayet ettirilmiştir.

Zarar gören kişinin, eğer müteselsil sorumlulardan birinin durumunu diğerleri aleyhinde iyileştirmiş olursa, bunun sonuçlarına katlanacak olması şeklindeki sonucun eksik teselsül hâllerini içerecek kadar genişletilmesi de, zarar görenin aleyhine olmuştur; ama bu durumu sakıncalı bulduğumuzu söyleyemeyiz. Kanun koyucunun rücu hakkına sahip olan müteselsil sorumluyu yaptığı ödeme oranında zarar görenin haklarına halef kılmasının doğal sonucu budur.

Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilecektir (TBK. m. 164/I). Bu noktada, müteselsil sorumlulardan biri lehine olarak bir tazminattan indirim sebebi mevcut ise bunun, doğrudan doğruya zarar gören karşısında ileri sürülebilecek bir kişisel def'i olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusunun yanıtı önem kazanmaktadır. Bu soru, Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında özel olarak tartışıldığı için aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

---

41 Eren, s. 787.

## bb. Tasarıda Yer Alıp Da Kanunlaşamayan Hüküm

Türk Borçlar Kanunu'nun Tasarısını hazırlayan Bilim Komisyonunun önerdiği 61. madde metninde (Tasarıda 60. madde), bu konuya ilişkin ikinci bir fıkra söz konusuydu. Bilim Komisyonunca bu fıkra için hazırlanmış olan gerekçeyi aynen aktarıyoruz:

*“Müteselsil sorumluların yükümlü tutulacakları tazminat miktarının üst sınırına ilişkin Tasarının 61 inci maddesinin ikinci fıkrası<sup>42</sup>, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, her bir müteselsil sorumlunun yükümlü tutulacağı tazminat miktarı, tek başına sorumlu olması durumunda yükümlü tutulacağı tazminat miktarından fazla olamaz. Bu yeni düzenlemeyle, müteselsil sorumlulardan her birinin, kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenlerin, dış ilişkide göz önünde tutulmasının hakkaniyete uygun olacağı kabul edilmiştir. Böylece her bir müteselsil sorumlunun kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenleri, sadece iç ilişkide diğer sorumlulara karşı ileri sürmesi yerine, bunu dış ilişkide zarar görene karşı da ileri sürmesi olanağı sağlanmıştır.”*

Görüldüğü gibi Bilim Komisyonu, müteselsil sorumluların kendilerine özgü tazminattan indirim sebeplerini dış ilişkide zarar görene karşı da ileri sürebilmesini arzu etmiştir. Ancak Tasarının 60. maddesinde yer alan bu ikinci fıkra hükmü, Adalet Komisyonu tarafından Tasarıdan çıkartılmıştır. Buna ilişkin Adalet Komisyonu Raporu ise şöyledir:

*“Tasarının 60. maddesinin son fıkrası, zincirleme sorumluluğun hukuki yapısına ilk bakışta aykırı görüldüğü ve uygulamada sorun doğurmaya elverişli bulunduğu için madde metninden çıkarılmış, madde teselsül nedeniyle 61 inci madde olarak kabul edilmiş ve madde hakkında aşağıdaki görüşler ifade edilmiştir.*

*Tasarının 60 uncu maddesi, birden çok kişinin birlikte zarar vermeleri hâlinde ‘paylaşım lı’ sorumluluğu esas almıştır (m. 60/II). Oysa birlikte zarar verenlerin sorumluluğunu düzenleyen tüm hükümler, zarar verenlerin birlikte sorumlulukları/müteselsil borçluluk esasları üzerinde kuruludur (Türk Medeni Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Çevre Kanunu ve diğerleri). Mukayeseli hukuk, özellikle Avrupa Birliği hukuku da aynı ilkeyi benimsemiştir. Öte yandan Tasarının esin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısındaki paylaşım dayalı model, İsviçre’de kabul görmemiştir. İliyet bağı var olmak şartı ile zarar göreni, zarar verenlerin iç ilişkisine mahkûm etmek, sorumluluk hukukunun temellerinden olan zarar göreni koruma ilkesiyle bağdaşmaz. İç ilişkideki paylaşım kriterleri (örneğin kusur derecelendirmesi), her zaman nesnel ve gerçeği yansıtan veriler içermez. Aslolan illiyet bağının varlığı ve eylemin birlikteliğidir. Değerli komisyon üyelerimizden bazılarınca öne sürülen ‘hakkaniyetle bağdaşmazlık argümanını telafi eden koruyucu hüküm yürürlükteki hukukumuzda ve Tasarıda yer almaktadır. Buna göre, tazminatın miktarı, zarar göreni<sup>43</sup> yoksulluğa düşürecek boyutta ise, kusurunun haff olması ve hakkaniyetin gerekli kılması hâlinde bu borçlu yönünden tazminat indirilebilecektir (818 sayılı BK. m. 44/II, Tasarı m. 55). Kuşkusuz bu durum, koşulların lehine gerçekleştiği borçlunun ancak yararlanabileceği (kişi ile sınırlı etki doğuran) ve diğer borçluların sorumluluğunu etkilemeyen şahsi bir defî (kişisel savunma) oluşturur (818 sayılı BK. m. 143, Tasarı m. 163). Ayrıca müteselsil sorumluluğun, sorumluluk sigortasını teşvik edici bir işlevi de vardır.*

42 Gerekeçde “61. madde” ifadesi geçse de, bunun “60. madde” olması gerekiyor.

43 Raporıda “zarar gören” ifadesi kullanılsa da, “zarar veren” denilmek istenmiştir.

*Belirtilen nedenlerle müteselsil sorumluluğu tasfiyeye yönelik hüküm metinden çıkartılmıştır.”*

Gerek Bilim Komisyonunca önerilen fıkrayı ve bu fıkra için hazırlanan gerekçeyi gerekse Adalet Komisyonunun raporunu değerlendirdiğimizde, Tasarının 60. maddesinin ikinci fıkrasının kanunlaştırılmamış olmasının, 6098 sayılı Kanundan önce öğretilerde mevcut olan görüşlerin ve tartışmaların geçerliliklerini korumaları gibi bir sonucu olacağını söyleyebiliriz<sup>44</sup>. Zarardan değişik sebeplerle sorumlu olan kişiler arasında bulunup da önceleri eksik teselsül olarak nitelendirilen ilişki bakımından, her bir sorumlunun kendisine özgü indirim sebeplerini ileri sürmesinin mümkün olduğu, öteden beri kabul edilmekteydi. Bu durumda, eksik teselsül hâlleri için, sorumluların kendilerini ilgilendiren indirim sebeplerini dış ilişkide de ileri sürebilecekleri yolundaki yorum halen yapılmaya devam edebilir. Zarara birlikte sebep olan kişiler bakımından kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülebilip sürülemeyeceği konusu önceki Kanun zamanında tartışmalıydı; ama gittikçe taraftar kazanmaya başlayan görüş, bu sebeplerin tam teselsül halinde de dış ilişkide ileri sürülebileceği yolundaydı<sup>45</sup>. Kaldı ki, Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçluların savunmalarına ilişkin 164. maddesi de (mülga BK. m. 143) bu görüşü destekler niteliktedir. Böyle olunca ikinci fıkranın maddeye alınmamış olmasının ciddi bir sonucu olmayacaktır<sup>46</sup>; ama ikinci fıkranın Tasarıdan çıkartılma sebebinin açıklandığı Adalet Komisyonu Raporundaki düşünceler pek isabetli değildir.

Adalet Komisyonunun Raporundaki düşüncelere değişik açılardan katılamıyoruz. Bir kere, müteselsil sorumluların tek başına sorumlu olsalardı ödemekle yükümlü tutulacak oldukları miktardan fazlasını ödemek zorunda bırakılmamalarına ilişkin bir düzenleme, müteselsil (zincirleme) sorumluluğun yapısına ters değildir<sup>47</sup>. Ayrıca böyle bir düzenlemenin kabulü, paylaşımlı

44 **Antalya, Gökhan**, Değerlendirme Konuşması, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 347; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 112.

45 **Eren**, s. 785; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 936 vd.

46 Aksi görüşte **Acar, Faruk**, “Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayırımı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 345. Kanaati mizce, bu fıkranın kaldırılması üzerine, eski görüşler sürdürülmez ve 164. madde çerçevesinde de hareket edilmezse, o zaman tam teselsül – eksik teselsül ayırımının kaldırılmış olması bir sakınca daha taşır. Çünkü böylece mülga Kanun zamanında eksik teselsül için tartışmasız kabul edilen ve adil bulunan kişisel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesi olanağı kaybolmuş olur.

47 **Antalya**, Borçlar Hukuku, s. 782, dn. 135; **Kılıçoğlu** da Adalet Komisyonunun bu endişesi ne katılmakta ve sorumluluk miktarının bu şekilde sınırlanmasını, müteselsil sorumluluk değil de kısmi sorumluluk olarak değerlendirmektedir, **Kılıçoğlu**, makale, s. 172. Bu noktada aklımıza şöyle bir soru geliyor. Kişinin zarardan tek başına sorumlu tutulsa ödemekle



sorumluluğun benimsendiği anlamına da gelmez. Müteselsil borçlulukta borçlulardan her birinin sorumluluğunun miktarının diğerinkinden farklı olması pekâlâ mümkündür. Bu durumda, üstlendiği miktar en az olan kişiyle diğerleri arasındaki müteselsil borçluluk, bu düşük miktar üzerindedir<sup>48</sup>. Kaldı ki, Adalet Komisyonu dahi raporunda hakkaniyet indiriminin müteselsil borçlulardan biri için tazminattan indirim sebebi sayılacak bir kişisel defî olduğunu zaten kabul etmiştir. Komisyonun Tasarıdaki ikinci fıkrayı kabul etmezken asıl engel olmak istediği hususun ise, müteselsil borçlulardan birinin kusurunun hafifliğini ileri sürerek tazminatta indirim istemesi olduğu anlaşılmaktadır. Oysa Türk Borçlar Kanununun tazminatta indirim sebeplerinin hükme bağlandığı 51. maddesi (mülga BK. m. 44) göz önünde tutulduğunda borçlunun kusurunun hafifliğinin zaten tek başına tazminattan indirim sebebi sayılmadığı görülecektir. Eksik teselsül hallerinde çoğu zaman müteselsil sorumlulardan en az biri kusursuz sorumlu olacaktır. O haller bakımından nasıl kişi kusursuzluğunu ileri sürerek tazminattan indirim sağlayamıyorsa, zarara birlikte sebep olanlardan biri de sadece kendi kusurunun hafifliğini ileri sürerek zaten indirim sağlayamaz. Çünkü ne kadar hafif olursa olsun onun kusurlu davranışı da diğerlerininle bir araya gelerek zararlı sonucun doğumunda etkili olmuştur<sup>49</sup>. Adalet Komisyonun Raporu da, “*aslolan illiyet bağının varlığı ve eylemin birlikteliğidir*” diyerek bu noktaya işaret etmiştir. Böyle bir durumda, zarara birlikte sebep olanların içinde en ağır kusurlu olanın kusur derecesi hepsi açısından tazminat belirlenirken göz önünde tutulabilir<sup>50</sup>. Ancak haksız fiil sonucunda belirlenen tazminat her zaman zararın tamamını karşılamadığı gibi, çoğu zaman belirlenen tazminatın tümü de ödenmez, çeşitli sebeplerle bu tazminatta indirime gidilebilir. İşte zarara birlikte sebep olan kişilerden birinin bir bütün teşkil eden olay içindeki kusuru ağır olmasa da, önce, diğer sorumlularla birlikte bu kişinin de aleyhinde olarak tek bir tazminat miktarı belirlenecektir.

---

yükümlü tutulacağı miktar ile iç ilişkide ona düşecek miktar her zaman aynı mıdır? Toplam da 100.000 TL’lik zarara sebep olan kişilerden biri hafif kusurlu olsa ve 100.000 TL. ödemekle yoksulluğa düşecek olsa ve zarara tek başına sebep olsaydı hakkaniyet tazminatta 20.000 TL indirim gerektirecek olsa; müteselsil sorumlusu ise ağır kusurlu olsa ya da hiç kusuru olmasa; ama ödeme yapmak onu yoksulluğa düşürmeyecek olsa, zarar gören hafif kusurluya dava açtığında, hafif kusurlu kişinin 20 TL’lik indirim ileri sürmesi, sadece kendi payını ödemesi sayılır mı? “Ödemek zorunda kaldığı miktar bu kişinin iç ilişkideki payıdır” denilebilir mi? Yoksa bu kişi yine de iç ilişkideki payından fazlasını ödemiş olabilir mi? Bu iki miktar her zaman eşit olmuyorsa, o zaman kanunlaşmayan ikinci fıkranın hiç de paylaşımlı (kısmi) sorumluluğu öngördüğü iddia edilemez.

- 48 **Eren**, s. 1154; **Oğuzman/Öz**, s. 441; **Nomer**, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. Murat Inceoğlu, İstanbul 2012, (Müteselsil Sorumluluk) s. 58; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 142.
- 49 **Antalya**, Borçlar Hukuku, s. 781; **Oğuzman/Öz**, s. 288; ancak tam teselsül halinde kişisel indirim sebeplerinin kabulü gerektiğini ileri süren yazarların, salt hafif kusuru tazminatta indirim sebebi olarak nitelendirdiklerini de belirtmeliyiz, bkz. **Eren**, s. 784; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 936 vd.
- 50 **Oğuzman/Öz**, s. 288; **Acar**, s. 346.

Sonra da bu kişi, kusurun hafifliği, yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin öyle gerektirmesi koşullarıyla tazminatta indirim isteyebilecektir. Aslında bu sonucun doğması için Tasarıdan çıkartılmış olan madde gerekli bile değildir<sup>51</sup>. Bu yüzden söz konusu fıkranın müteselsil sorumluluğu tasfiyeye yönelik olduğunun ifade edilmesi yersizdir. Bu durumda müteselsil sorumluluğun sorumluluk sigortasını teşvik edici olduğunu belirtmenin de bir anlamı kalmamaktadır.

### **bb. Mülga Kanunda Olup Da Yeni Kanuna Alınmayan Hüküm**

Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil sorumlulukta dış ilişkiye dair 61. maddesinde, mülga Kanundan farklı olarak, zarara birlikte sebep olanların haksız fiildeki rollerinin de ayrı ayrı sayılmadığını görüyoruz. Mülga Kanun zamanında bile ayırım yapılmaksızın müteselsilen sorumlu olan bu kişilerin ayrı ayrı sayılmasının gerçekten de pratik bir faydası bulunmuyordu. O dönemde sadece yataklık eden kimselerin sorumluluğu için ayrı koşullar aranıyordu; bu kişilerin müteselsil sorumlular arasına girebilmeleri için ya kârdan pay almaları ya da katılımlarıyla bir zarara yol açmaları gerekiyordu. Yeni Kanunda bu hususa da yer verilmiyor; ama bu durum, davranışlarının ortaya çıkan zararlar uygun nedensellik bağı içinde bulunması koşuluyla, yataklık edenlerin müteselsil olarak sorumlu tutulmalarına engel olmayacaktır. Ancak mülga Kanun zamanında yataklık eden kişinin davranışı bir zarara sebebiyet vermese bile, kârdan pay almış olması, aldığı pay oranında sorumlu tutulması için yeterli oluyordu. Şimdiyse, yataklık eden konumunda olsa bile, davranışı zararlar uygun nedensellik bağı içinde bulunmayan bir kişinin salt kârdan pay alması, müteselsil sorumlular arasında sayılmasını gerektiremeyecektir<sup>52</sup>.

### **b. İç İlişki**

Müteselsil sorumlulukta sorumlular arası iç ilişki denilince, sorumlulardan birinin zararın tamamını veya en azından kendi payına düşenden fazlasını zarar görene ödedikten sonra diğer sorumlulara hangi koşullar altında ve ne ölçüde rücu edebileceği sorularının yanıtı aranır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 62. maddesi bu soruya yanıt vermektedir. Aşağıda önce 62. maddeyi, sonra da rücu isteminde söz konusu olan zamanaşımına ilişkin 72. maddeyi ele alacağız.

### **aa. Rücu Düzeni**

Mülga Borçlar Kanunu'muzun 50. maddesinde, zarara birlikte sebep olan kişiler bakımından, bu kişilerin birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığı-

51 **Nomer**'e göre ise, "bir boşluk olduğu kabul edilerek, müşterek kusur hali dışında, sorumlulardan her biri hakkında, kendisi açısından tazminatta indirimi gerektiren sebeplerin dikkate alınacağını kabul etmek uygun bir çözüm tarzı olacaktır"(Nomer, Borçlar Hukuku, s. 142).

52 **Acar**, s. 346; **Oğuzman/Öz**, s. 288; **Kılıçoğlu** bu hükmün kaldırılmasını isabetli bulmamaktadır, **Kılıçoğlu**, makale, s. 172.

nı takdir etme ve gerektiğinde rücuun kapsamını belirleme yetkisini hâkime bırakılmıştı; ancak hâkimin bu yetkiyi kullanırken göz önünde bulundurması gereken ölçütlere yer verilmemişti. Değişik kişilerin çeşitli sebeplerle aynı zarardan sorumlu tutuldukları hallerde yine 50. maddeye göre hareket edilmesi gerekiyordu (mülga BK. m. 51/1). Mülga Kanununun 51. maddesinde bir de sorumluluk sebepleri arasında sıralama öngörülmüştü. Buna göre, kural olarak zarara kusuruyla sebep olan kişinin ilk planda, kusuru olmadığı gibi sorumluluğu sözleşme ile de üstlenmiş olmayan kişi son planda sorumlu tutulmalıydı. Fakat bu sıralamanın bağlayıcı olmadığı, sadece rücu düzenini belirleyecek olan hâkime yol gösterici bir nitelik taşıdığı söylenebiliyordu<sup>53</sup>.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konuyu düzenleyen hükmü ise aynen şöyledir:

*“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar; özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.*

*Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur”* (TBK. m. 62).

Görüldüğü gibi, tazminatın aynı zarardan müteselsil sorumlu olanlar arasında paylaştırılmasında, hangi ölçütlerin göz önünde tutulacağı artık Kanunda açıkça hükme bağlanmıştır. Gerçi mülga Kanun zamanında, 50. maddenin bu konuda bir açıklık içermiyor olması da pek bir eksiklik sayılmazdı. Çünkü tek bir sorumlunun söz konusu olduğu olaylar bakımından tazminatın belirlenmesine ilişkin mülga 43. madde hükmüne (TBK. m. 51), müteselsil sorumluların iç ilişkideki paylarını belirlemek bakımından da başvurulabiliyordu<sup>54</sup>. Yani mülga Kanunun deyimıyla “hâl ve mevkiin icabı ve hatanın ağırlığı” pekâlâ yeterli ölçütler sayılabilirdi. Yeni Kanunda, konu, müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenleme içinde, eski hareket tarzından çok da farklı olmayan bir içerikle yeniden kaleme alınmış oldu<sup>55</sup>. Şimdi kanunda sayılan ölçütler, bütün durum

53 Eren, s. 789; Nomer, Müteselsil Sorumluluk, 59.

54 Tam teselsül halleri bakımından iç ilişkide zararı paylaştıran kusurun esas alınacağı yönünde bkz. örneğin Eren, s. 788; Kılıçoğlu, makale, s. 165; sorumluların kusurunun ağırlık derecesinin ve zararın ortaya çıkmasında özellikle kimin yararının olduğunun gözetileceği yönünde Tandoğan, s. 377; haksız fiilde oynanan rollerin öneminin ve elde edilen menfaatlerin bölünüş tarzının gözetileceği yönünde Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 939.

55 Aynı yönde Nomer, Müteselsil Sorumluluk, s. 59; Ancak öğretilerde bu hükmü oldukça farklı yorumlayan yazarlar da mevcuttur: Kılıçoğlu'na göre, tam teselsül - eksik teselsül ayırımının kaldırılması nedeniyle, değişik hukuksal sebeplerle sorumlu olan kişilerden birinin zararı ödemesi halinde, sorumluluk sebebi ne olursa olsun diğerine rücu hakkı olacaktır, çünkü madde kimin kime hangi oranda rücu edebileceği konusunda hâkime takdir yetkisi vermiştir, (Kılıçoğlu, makale, s. 171). Acar'a göre ise, “...rücu ve halefiyet hâkimin takdir yetkisi kapsamında çıkarılmış, yasallaştırılmıştır. Böylece hâkim rücu hakkının olup olmadığını takdir edemeyecektir” (Acar, s. 345). Kanaatimizce hâkimin takdir yetkisi halen mevcuttur ve bu

ve koşullar, özellikle her bir sorumluya yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğudur. “Yaratılan tehlikenin yoğunluğu”, kulağa daha önce var olmayan yeni bir ölçüt gibi gelse de, kanaatimizce, “hâl ve mevkiin icabı” kavramının içinde zaten eskiden beri yer almaktaydı. Mülga Kanun zamanında hâkime yol gösterici olarak ifade edildiği kabul edilen, değişik sebeplerden sorumlu olan kişiler arasındaki sıralama da, yeni Kanunda açık bir şekilde yer almamaktadır; ama yukarıda anılan ölçütlere başvurulması olayların çoğunda zaten o sıralamanın geçerli olmasını sağlayacaktır.<sup>56</sup>

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin, bu fazla ödemesi için, diğer sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olduğunu içeren ikinci fıkra hükmü, mülga Kanuna göre bir değişiklik sayılabilir. Şöyle ki, mülga Kanun zamanında, eksik teselsül halleri bakımından da rücu söz konusu oluyordu; ama halefiyet kabul edilmiyordu. Yeni Kanun, bu ayrımı kaldırmayı hedeflediğine ve tüm durumlarda müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağını hükme bağladığına göre, zaten müteselsil borçluluğa ilişkin 167. maddenin ikinci fıkrasından da aynı sonuca ulaşmak mümkün olabilecekti.<sup>57</sup>

### bb. Rücu İsteminde Zamanaşımı

Müteselsil sorumlular arasındaki rücu alacağı bakımından uygulanacak olan zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıç anı konusu mülga Kanun zamanında öğretide tartışmalıydı. Türk Borçlar Kanununun 73. maddesinde bu konu özel olarak hükme bağlanmış ve bu tartışmalar sonlandırılmıştır. İlgili hüküm aynen şöyledir:

*“Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*

*Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar” (TBK. m. 73).*

Maddeye göre, rücu istemi, tazminatın tamamının ödenmesinden sonra, yani belki de haksız fiilden çok uzun yıllar sonra işlemeye başlayabilecektir. Öğretide Nomer, müteselsil sorumlu olan kişinin, bu yolla, tek başına sorumlu olsaydı içinde bulunacağı durumdan çok daha ağır bir duruma düşmesini isabetli bulmadığını açıklamıştır. Yazara göre, zarar görenin açacağı tazminat davası için öngörülen üst süre ile ceza zamanaşımına ilişkin sürenin rücu hakkı bakımından da göz önünde bulundurulması ve bu üst sürenin de haksız fiilin

---

yetkinin kapsamına, kimin kime rücu etme hakkının olduğu hususu da girer, rücu hakkı olanın ne oranda rücu edebileceği de. Dolayısıyla hâkim takdir yetkisini kullanarak sorumlulardan birinin diğerine rücu edemeyeceğine de karar verebilir.

56 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 442.

57 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 442.

işlendiği tarihte başlaması daha uygun olurdu<sup>58</sup>. Aslında 73. maddenin Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmeden önceki hâli de **Nomer**'in görüşüne uygundu.

Müteselsil sorumlulardan birinin diğerleri karşısında rücu isteminin doğabilmesi için öncelikle, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödemesi gerekir. Dolayısıyla on yıllık uzun sürenin bu tarihten itibaren işlemeye başlaması bizce makuldür. Aksi takdirde rücu isteminin daha doğmadan zamanaşımına uğraması söz konusu olabilirdi. Rücu istemi, zarar görenin sahip olduğu alacak hakkından farklı bir alacak olduğuna göre, buna ilişkin zamanaşımı süresinin zarar görenin alacak hakkından farklı bir zamanda başlaması da doğaldır. Bu durumda, rücu istemi haksız fiilin işlenmesinden çok uzun yıllar sonra bile zamanaşımına uğramamış olabilir; ama bu durumda kendisine rücu edilen müteselsil sorumlunun tek başına sorumlu olsaydı içinde bulunacak olduğu durumdan daha ağır bir duruma düşürülmüş olduğu düşüncesine katılmıyoruz. Çünkü bu kişi, kendisinin de sorumlusu olduğu bir zararla ilgili olarak yıllarca zarar görenden kaçmayı başarmış bir kişidir. Ona rücu edecek olan kişi ise, bunu başaramadığı için tazminatı ödemek zorunda kalmış olan kişidir. Bu durumda ödemededen yıllarca kaçmış olan müteselsil sorumluyu, ödeme yapmış olan müteselsil sorumlu karşısında korumak bize isabetli görünmüyor. Kaldı ki, tazminatı ödeyen kişiye karşı alacak davası açıldıktan sonra, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra, asıl alacak hakkına ilişkin olan zamanaşımı da yeniden işlemeye başlar. Zamanaşımının bu şekilde kesilmesi de zaten bütün müteselsil sorumlulara karşı etkili olur. Davada verilen hüküm zamanaşımını bir kez daha keser ve özellikle bundan sonra ödeme yapan borçlu tazminatın tümünü ödemişse, zamanaşımı bir kez daha kesilir. Dolayısıyla, rücu istemi bakımından zamanaşımı süresinin tazminatın ödenmesi anından itibaren hesaplanmasıyla, kendisine rücu edilen müteselsil sorumlunun tek başına sorumlu olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha ağır bir durum içine düşürüldüğü doğru değildir.

Bu noktada bir hususa dikkat çekmemiz gerekiyor. Kanun koyucu, rücu istemine ilişkin zamanaşımını düzenlerken üst sürenin “tazminatın tamamının” ödenmesinden itibaren işleyeceğini ifade etmiştir. Oysa tazminatın tamamını ödemesi de tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin de rücu hakkı vardır. Bu durumda, ya kanun koyucunun bir ifade zaafı içinde olduğunu ve kişinin payından fazlasını ödemesi halinde zamanaşımının bu andan itibaren işleyeceğini ya da payından fazlasını ödese de tazminatın tamamını ödemiş müteselsil borçlu (rücu alacaklısı) bakımından rücu isteminin

58 Nomer, Halûk N., “Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, (Rücu), s. 255.

zamanaşımına uğramayacağını kabul etmek gerekir. İkinci çözüme katılamayız<sup>59</sup>. Çünkü zarar görene kendi payından fazlasını ödemiş olmakla birlikte yine de kısmi ödeme yapmış olan bir müteselsil borçluyu tazminatı tamamen ödemiş olan bir müteselsil borçludan daha avantajlı kılmamanın hiçbir haklı gerekçesi yoktur.

Kanuna göre, iki yıllık süre de tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği an başlayacaktır. Uzun sürenin başlangıcı açısından tazminatın tamamının ödenmesiyle ilgili olarak söylediklerimizi burada da tekrarlayabiliriz. Ayrıca, kısa sürenin başlangıcı için tazminatın ödenmesi adına bir kez daha değinilmesini isabetli bulmadığımızı da söylemeliyiz. Tazminat ödenmeden rücu istemi doğmayacağına göre, elbette ne kısa zamanaşımı süresi ne de uzun zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Ama tazminatı ödeyen kişinin, bu an itibarıyla diğer sorumluları da biliyor olması her zaman mümkün olmayabilir. Bu yüzden ödemesinden itibaren en geç on yıl içinde diğer müteselsil sorumluları araştırması gerekir ve onları öğrenmesinden itibaren de en geç iki yıl içinde, on yıllık sürenin dolmasına iki yıldan az zaman kalmışsa da kalan bu süre içinde, rücu davasını açmalıdır. Aksi halde zamanaşımı savunmasıyla karşılaşabilir.

Rücu isteminde zamanaşımına ilişkin 73. maddenin ikinci fıkrasında, tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişinin, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere de bildirmesi istenilmiştir. Böylece, diğer sorumlular da içinde buldukları durumu bir an evvel kavrayabilecekler, belki üzerlerine düşen ödemeyi hemen yapmayı tercih edecekler, belki de ileride karşılaşabilecekleri rücu davası için tedbirler alabilecekler, örneğin sahip oldukları delilleri saklayabileceklerdir<sup>60</sup>. Kanuna göre, eğer bu bildirim yapılmazsa, o zaman iki yıllık kısa zamanaşımı süresi, birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenildiği tarih itibarıyla değil de dürüstlük kuralları çerçevesinde bildirim yapılabilceği tarih itibarıyla işlemeye başlar. Yalnız bu son hükümde bize göre ciddi bir aksaklık söz konusudur<sup>61</sup>. Çünkü bu düzenlemeye göre, rücu isteminde bulunacak kişinin, birlikte sorumlu olduğu kişiye durumu bildirmiş olması koşuluyla, kısa zamanaşımı süresi, birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır. Kişi bu bildirim yapmadığı takdirde ise, kısa zamanaşımının başlayacağını kabul edildiği dürüstlük kuralı çerçevesinde bildirim yapılabilceği tarih, her zaman için, birlikte sorumlu olan kişinin öğrenildiği tarihten hiç olmazsa birkaç gün daha sonrasına denk gelmez mi?

Normal olarak yükümlülüklerini ihlâl eden kişilere bir yaptırım uygulanır. Kanunda öngörülen bir külfete katlanmayan kişilere ise bir yaptırım uygulanmasa bile, bu kişiler de avantajlı bir durumu kaybetme sonucuyla karşılaşılır.

59 Nomer, Rücu, s. 254. Aksi görüşte Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 485.

60 Nomer, Rücu, s. 255.

61 Koçhisarhoğlu/Erişgin, s. 1268.

Rücu isteminin zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasının gecikmesi, istem sahibinin yararına değildir. Oysa bu hüküm çerçevesinde bildirimde bulunmayı ihmal eden kişi avantajlı duruma geçmektedir. O halde bu durumu ne yükümlülük ne de külfet olarak adlandırmak isabetli olur. Böyle bir bildirim gerekliliği gören kanun koyucu iki yıllık kısa süreyi, birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenilmesi anından itibaren değil de, birlikte sorumlu olunan kişiye dürüstlük kuralına göre bildirim yapılabileceği tarihten itibaren işletmeye başlasaydı, daha isabetli olurdu<sup>62</sup>.

#### D. Zamanaşımına İlişkin Düzenleme

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi haksız fiil zamanaşımına ilişkindir. Madde, esas itibarıyla mülga maddenin dilinin arılaştırılması ve günümüz Türkçesine çevrilmesinden ibarettir, ancak önemli bir de fark içerir. Mülga maddede bir yıl olan kısa zamanaşımı süresi artık iki yıldır. Ancak maddeye ilişkin olarak Tasarıda yer alan metnin çok daha ciddi farklılıklar içerdiğinin belirtilmesi gerekir. İnceleme konumuzda ele aldığımız pek çok hükümden olduğu gibi bu hükümden de Adalet Komisyonunun ciddi bir etkisi olmuştur. Maddenin yorumlanması açısından hazırlık çalışmaları büyük önem taşıyacağına göre, aşağıda hem Bilim Komisyonunca hazırlanmış olan Tasarı gerekçesini hem de Adalet Komisyonunun raporunu aktarmayı yararlı görüyoruz.

Kanunun 72. maddesine (Tasarının 71. maddesine) ilişkin olarak Bilim Komisyonunca hazırlanmış olan gerekçe şöyledir:

*“818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 60 nci maddesini karşılamaktadır. Tasarının iki fıkra dan oluşan 72 nci maddesinde, haksız fiilden doğan tazminat istemenin zamanaşımı süresi düzenlenmektedir: 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun söz konusu maddesinin kenar başlığında kullanılan “F. Mürruzaman” şeklindeki ibare, Tasarının 72 nci maddesinde, yine “C. Zamanaşımı/I. Kural” şeklinde değiştirilmiştir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 60 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü, Tasarının 72 nci maddesinin birinci fıkrasıyla birleştirildiği için 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda üç fıkradan oluşan madde, Tasarıda iki fıkraya dönüştürülmüştür. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 60 nci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava” şeklindeki ibare yerine, Tasarının 72 nci maddesinin birinci fıkrasında kısaca “tazminat istemi” ibaresi kullanılmıştır. Gerçekten tazminat isteminin mutlaka bir dava açılarak ileri sürülmesi şart olmayıp bu istem dava dışında da ileri sürülebilir. Haksız fiil tazminatı için, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda öngörülen bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin yetersiz bulunması nedeniyle Tasarıda iki yıla çıkarılması öngörülmüştür. Nitekim, motorlu taşıt işletenlerin sebep oldukları maddi zararlar da, niteliği itibarıyla bir haksız fiil oluşturduğu halde bu tür zararlardan doğan sorumluluk, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda iki yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 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 şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare “her halde, fiilin işlendiği tarihten başlaya-*

62 Benzer bir çözüm önerisi için bkz. **Koçhisarlıoğlu/Erişgin**, s. 1268-1269.

rak” şeklinde değiştirilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür. Nitekim, haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medeni Kanunu’nun “BGB” 852. maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür. 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “eğer haksız bir fiil mutazarır olan taraf aleyhinde bir alacak tevhit etmiş olursa” şeklindeki ibare, “haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımdan bir borç doğmuşsa” şeklinde değiştirilmiştir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “mutazarır kendisinin tazminat talebi müruvuzaman ile sakit olsa bile o alacağı vermekten imtina edebilir” şeklindeki hüküm ise, Tasarının 72. maddesinde “zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınamaz” şeklinde ifade edilmiştir.

Tasarının Bilim Komisyonunca hazırlanan 71. maddesini değiştiren Adalet Komisyonunun raporu ise şöyledir:

“Tasarının 71. maddesi deprem ve benzeri olaylarda uzun zamanaşımını benimsemeye temeline dayanarak yirmi yıllık genel bir süre öngörmüştür. Deprem üzerine yüksek mahkemenin geliştirdiği yorum, bu düzenlemeyi etkilemiş olmalıdır (YHGK. 04.06.2003 t., 4-400/393-E/K, YCGK. 4.3.2003 t. 9-314/15-E/K).

Komisyon, bu gibi sonuçlarda çözümün haksız fiil kurumunun analizinde aranması gerektiği değerlendirmesinde bulunmuş, süreyi on yıla indiren önergede temel çözümü ortaya koymuştur. Buna göre, haksız fiilin “sonuç” unsurunun üzerinde durulması gerekir. “Sonuç” eylemin, “hareket” unsurunun dış dünyada meydana getirildiği ve hukukun tertip ettiği “değişiklik”tir (Prof. Dr. Kaneti, Selim. Haksız Fiilde Ani Sonuçlu - Olaylarda Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 19 ve civ.). Hareketten hemen sonra meydana gelen ölüm, yaralanma ve hasar gibi ani sonuçlar yönünden bir sorun yoktur. Bu hallerde hareketle sonuç arasında uzun bir zaman bulunmamaktadır. Hareketle sonuç arasında uzun bir zaman girdiği hallerde sorun doğmaktadır. Sözgelimi kimi kimyasal ya da radyoaktif kökenli kazalarda hareket unsuru ile dış-dünyadaki değişiklik (sonuç) unsuru arasında, yarım asrı aşan bir süre girebilir. Radyoaktif kaza çevresinde elli yıl sonra elsiz kolsuz doğumun gerçekleşmesi farazi örneği uyarıcıdır. İliyet bağıntı varlığı halinde bu örnekte nükleer santraldaki “patlama” haksız fiilin “hareket” unsurunun, “noksan doğum” ise, haksız fiilin “sonuç” unsurunu “cismani zararı” ifade eder. Bu somut örnekte, haksız fiilin işlendiği tarih, hareketin oluştuğu “patlama” tarihi değil; sonucun meydana geldiği “noksan doğum” tarihidir. Haksız fiil, noksan doğum tarihinde tamamlanmış olmaktadır. (Prof. Dr. Pierre Tercier. Sorumluluk Hukuku. Selim Özdemir çevirisi, Ankara 1983. s.12-13). Hareket ve sonuç haksız fiil bütünü oluştururken kurucu undurlar olup sonucu meydana gelmemiş harekete bir hüküm tertip olunamaz. Öte yandan aynı hareketin farklı zamanlarda birden fazla sonuç doğurması mümkündür. Çernobil kazasından sonra birden fazla özürsüz doğum gibi her sonucun meydana geldiği tarihe göre zamanaşımının başlangıcı farklı olacaktır. Bu gibi hallerde zarar ancak ve ancak sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş olacağından kısa süreli zamanaşımının da başlangıç tarihi zorunlu olarak sonucun meydana geldiği tarih sonrasındaki öğrenme tarihi olacaktır. Tasarının 71. maddesinin birinci fıkrası, uzun zamanaşımı başlangıcına temel alınan fiil terimi eylemin sonuç unsurunun meydana geldiği tarihi içerdiğine; fiilin sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayıldığına göre, sonucu on yıl sonra meydana gelen fiillerde dahi zamanaşımının dolmamış bulunması karşısında “yirmi yılın” ibaresi “on yılın” şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 72. nci madde olarak kabul edilmiştir.

Alacaklılar açısından bakıldığında hiç âdil görülme de, zamanaşımı kavramı, borç ilişkileri bakımından gerekliliği artık tartışılmayan bir kavramdır.



Dolayısıyla sorumluluk hukuku alanında da zamanaşımı sürelerinin söz konusu olmaya devam edeceği açıktır. Önemli olan, zamanaşımı sürelerini düzenlerken alacaklı ve borçlunun karşılıklı menfaatlerini doğru tartıp dengelemektir<sup>63</sup>. Bir alacak hakkının zamanaşımına uğraması, alacaklının zararına olsa da, çoğu zaman zamanaşımı süresi kolaylıkla dolacak kadar kısa bir süre değildir. Bu yüzden zamanaşımı hükümlerinin uygulanmasıyla alacaklıların o kadar da mağdur edildiği söylenemez. Üstelik zamanaşımını durduran ve kesen sebepler de alacaklının yararınadır. Ancak, haksız fiiller alanında, öyle atipik olaylar yaşanabilir ki, zamanaşımı süreleri ne kadar uzun tutulmuş, zamanaşımını durduran ve kesen sebepler ne kadar isabetli bir şekilde düzenlenmiş olursa olsun, zarar görenin tazminat alacağına kavuşması yine de tehlikeye düşebilir. Bu açıdan bakıldığında, zararın ona yol açan olaydan veya fiilden çok ama çok uzun yıllar sonra ortaya çıktığı ve atipik olarak nitelendirdiğimiz durumlar için Adalet Komisyonunun raporunda yapılan açıklamalara katılmamak elde değildir<sup>64</sup>. Fakat yine de Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımının 72. maddesini isabetli bulmadığımızı da söylemeliyiz. Öyle ki, metin bu şekilde kalacağına, Adalet Komisyonunun kanaatimizce son derece isabetli olan değerlendirmesine rağmen, Bilim Komisyonunca önerilmiş olan metnin kanunlaşması çok daha iyi olurdu<sup>65</sup>. Çünkü metnin bu haliyle, kanun koyucu, yukarıda da söylediğimiz gibi bir yıllık süreyi iki yıla çıkarmaktan öteye geçmemiştir.

Mülga Kanun zamanında zarar görenin aleyhine yapılan yorumların yeni Kanun zamanında da yapılmasına engel hiçbir durum göremiyoruz. Adalet Komisyonu, raporunda haksız fiilin sonuç doğduğunda tamamlanmış sayılacağı yaklaşımıyla hareket etmiştir; ama hazırladığı metinde kolaylıkla “zararın doğduğu andan itibaren on yıl” ibaresini kullanabileceken<sup>66</sup> yine “fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl” ibaresini kullanmayı tercih etmiştir. Hukukumuzda göre kanunları yorumlama yetkisi hâkimdedir. Hâkim yorum yaparken metnin hazırlık çalışmalarından da yararlanır; ama maddenin metniyle bağlıdır. Mevcut düzenlemeyle, eski yorumların aynen devam ettirilmesi tehlikesi

63 **Nart, Serdar**, Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 247.

64 **Hatemi** de zarar doğmadan haksız fiil söz konusu olmayacağı düşüncesinde olduğu için Adalet Komisyonunun endişelerine katılır görünmektedir; ama yazar mala gelen zararlar, bedensel zararlar ve diğer zararlar bakımından farklı zamanaşımı süreleri öngörülmesini önermekle Adalet Komisyonundan ayrılmaktadır (**Hatemi, Hüseyin**, Prof. Dr. Özer Selçik’ye Armağan, Ankara 2006, s. 228).

65 Hükümün Adalet Komisyonunca hazırlanmış olan halini, Komisyon raporunu göz ardı ederek Bilim Komisyonunca hazırlanmış gerekçeye bağlı kalarak uygulamak görüşünde olan **Nart**’a katılmıyoruz (**Nart**, s. 244). Çünkü Bilim Komisyonu zamanaşımını fiil anından başlatırken uzun süreyi yirmi yıla çıkarmak gibi bir tercih yapmıştı. Söz konusu gerekçe metnin mevcut halinin gerekçesi olarak değerlendirilemez.

66 **Erдем, Mehmet**, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 189.

yüksektir<sup>67</sup>. Oysa uzun zamanaşımı süresinin fiilden itibaren on yıl şeklinde düzenlenmesi ve “fiil”den ne anlaşıldığının raporda açıklanması yerine, Bilim Komisyonunun önerdiği gibi zamanaşımının fiilden itibaren yirmi yıl olarak düzenlenmesi bile zarar görenlerin çok daha yararına olabilirdi<sup>68</sup>. Komisyonun raporda yaptığı tüm açıklamalara rağmen, önerdiği metinde neden “zararın doğmasından başlayarak on yıl” yerine “filin işlendiği tarihten başlayarak on yıl” ibaresini kullandığını anlamak mümkün değildir. Bu durumda Adalet Komisyonu adeta Dimyat’a pirince giderken vatandaşı eldeki bulgurdan da etmiştir.

Ayrıca zarar görenin aleyhine bir yorum olsa da şunu söylemeden geçemeyeceğiz. Adalet Komisyonunun, fiilden elli yıl sonra ortaya çıkan zararlar bakımından bile zamanaşımının dolmamış sayılacağı düşüncesi zamanaşımını gerektiren sebeplere ters düşer<sup>69</sup>. Korkunç bir felakete sebep olmuş olan zarar verenin bile, bir an geldiğinde sorumluluktan kurtulacağını bilmeye ihtiyacı vardır. O an belki çok çabuk gelmemelidir; ama aksi düşünce zamanaşımı fikrini kökünden reddetmekle aynı kapıya çıkar<sup>70</sup>. Tabii ki bu konudaki tercih kanun koyucundur. Kanun koyucu zamanaşımı kurumunu tamamen ortadan kaldırmaya da yetkilidir; bu süreyi oldukça kısa tutmaya da<sup>71</sup>. Ancak hangi tercihi yaparsa yapsın, hazırladığı metnin açık olması, metnin yorumuyla ulaşılabilecek sonucun gerekçesine ters düşmesi gibi bir tehlikenin bulunmaması gerekir.

### E. Yargılamaya İlişkin Düzenlemeler

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlıklı birinci kısmının ikinci ayırımının “D. Yargılama” alt başlığı altında, üç madde bulunmaktadır. Haksız fiillere ilişkin yargılamanın ceza hukuku ile ilişkisinin düzenlendiği 74. madde, mülga Kanunun 53. maddesine karşılık gelmektedir ve mülga hükümdeki ifadenin günümüz Türkçesine uy-

67 Eski yorumlardan kastımız Marmara Depreminden sonra, zamanaşımının zarar doğmadan başlamayacağı yolunda yapılmaya başlayan uygulamadaki yorumlar değil (bu yorumlara ilişkin ayrıntılı bir özet için bkz. **Başpınar, Veysel / Altunkaya, Mehmet**, Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi, AÜHF, Yıl: 2008, Cilt 57, Sayı: 1, s. 110 vd.), öğretilde egemen olan ve aslında zamanaşımı kurumunun bünyesine de uygun olan zamanaşımının fiilden itibaren başlayacağı yolundaki yorumlardır. Nart ise zamanaşımı kurumunun bünyesine ters düşen yorumların yapılacağı yönünde endişelidir (Nart, s. 244). Bundan hareketle, Adalet Komisyonunun tutumunun, hukuk güvenliğini ciddi bir şekilde sarstığını söyleyebiliriz.

68 Öğretilde fiil anından başlatılacak olsa bile on yıllık zamanaşımı süresi yeterli bulunmaktadır (bkz. **Başpınar/Altunkaya**, s.125; **Nart**, s. 246).

69 **Başpınar/Altunkaya**, s. 122

70 Bu yüzden zamanaşımı süresinin başlangıcı belirsiz olan zararın doğması anı, yani haksız fiilin tamamlanmış sayıldığı an değil, hareket unsurunun gerçekleştiği an olmalıdır. Bu yönde bkz. **Burcuoğlu**, s. 90; **Başpınar/Altunkaya**, 107; **Erdem**, s. 192; **Nart**, s. 244; **Antalya**, Borçlar Hukuku, s. 757; **Oğuzman/Öz**, s. 73; **Eren**, s. 797; **Kılıçoğlu**, s. 469; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 957; **Tandoğan**, s. 360.

71 **Başpınar/Altunkaya** s. 121, 125, 126; **Erdem**, s. 189; **Nart**, s. 247.

gun hale getirilmesinden ibarettir. Bu hükümle ilgili üzerinde durmamızı gerektiren herhangi bir özellik bulunmamaktadır. Ancak hükmün sistematikteki yeri, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, mülga Kanundaki hükmün yerine göre daha isabetlidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yargılamaya ilişkin ikinci düzenlemesi 75. maddede yer alır. Bu madde de, mülga Kanunun 46. maddesinin ikinci fıkrasına karşılık gelmektedir. Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa, hâkimin, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabileceğine ilişkin bu hüküm, mülga maddeye göre ciddi bir farklılık içermektedir. Mülga maddenin metnine göre, hâkimin hükmü değiştirme yetkisi hükmün tefhimi tarihinden iki yıl için saklı tutulabiliyor iken, artık bu yetkinin kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıl için saklı tutulması mümkündür<sup>72</sup>. Böylece, kanun koyucunun madde gerekçesinde de ifade ettiği gibi, iki yıllık sürenin hükmün kesinleşmesine kadar geçecek süre içinde dolması tehlikesi de bertaraf edilmiştir. Kanaatimizce de çok isabetli bir değişikliktir. Kanun koyucu bu değişiklikte İsviçre Borçlar Kanunu'ndan da farklı bir düzenlemeye gitmiş olmaktadır; ama iki ülkenin nüfusları ve buna bağlı olarak mahkemelerinin çalışma hızları arasındaki fark gözetildiğinde İsviçre için belki de söz konusu olamayacak bir tehlike, ülkemiz için mevcuttu ve bu düzenlemeyle söz konusu tehlike de aşılmış oldu.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yargılamaya ilişkin düzenlemeleri arasında yer alıp da ne mehaz Kanunda ne de mülga Kanunda karşılığı olan hüküm ise, "III. Geçici Ödemeler" başlıklı 76. maddedir. Hüküm şöyledir:

*"Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.*

*Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir" (TBK. m. 76).*

Söz konusu madde, Tasarının 75. maddesini karşılamaktadır ve Bilim Komisyonunca önerilmiş olan bu madde Adalet Komisyonunca da kabul edilmiştir. Ancak bu kabul oybirliğiyle olmamış ve komisyon raporuna hükme karşı olan görüşler de yazılmıştır. Öğretide de bu maddenin hem lehine hem aleyhine görüşler ileri sürülmüş olduğu için, hem maddenin Bilim Komisyonunca hazırlanmış olan gerekçesini hem de Adalet Komisyonu raporunu aşağıda aynen aktarmayı yararlı görüyoruz:

72 **Koçhisarhoğlu/Erişgin**'e göre, "iki yıllık sürenin, modern yaşamın yol açabileceği yepyeni uzun süreli zarar olasılıkları hesaba katılarak uzatılmasında fayda vardır" (**Koçhisarhoğlu/Erişgin**, s. 1270).

## Tasarının 75. maddesine ilişkin gerekçe şöyledir:

“818 Sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen,” III. Geçici Ödemeler” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının iki fıkradan oluşan 75 inci maddesinde, geçici ödemeler düzenlenmektedir. Bu yeni düzenlemeyle, mesela, hiçbir sosyal güvenceden yararlanmayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtların sunulması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak fıkra yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihai kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise hâkim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği öngörülmektedir.”

## Adalet Komisyonunun Tasarının 75. maddesine ilişkin raporu şöyledir:

Tasarının 75 inci maddesi teselsül nedeniyle 76 ncı madde olarak aynen kabul edilmiş, ancak Komisyon çoğunluğu tarafından kabul edilen bu hükme karşı şu görüşler ileri sürülmüştür:

\*Hüküm, tazminat ve yargılama hukukunun gerekleri ile bağdaşmamaktadır.

\*Geçici ödemenin miktar bakımından ölçütleri yasada yer almamaktadır. Takdir hakkı sınırlarını zorlayacak keyfîlik alanı üretilmiş olmaktadır.

\*Tazminat tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı ihtiyati tedbir yolu açıktır.

\*Hüküm, hâkimi ihsas-ı reye zorlamaktadır.

\*Davanın reddi ve davacının geçici ödemeleri geri verememesi, sübjektif ifa imkânsızlığı, hâlinde kanun bir çözüm (koruma normu) öngörmemektedir. Bu durumda ancak devletin sorumluluğu ikame edilebilir. Kanun ve hükümle ihdas olunan zararın sorumlusu, bu tasarrufların nihai faili olan devlet olmak gerekir (Yargı veya yasa, sorumsuzun sırtına hiçbir yükü yükleyemez). Aksi durumda yasanın meşruluk (adalete uygunluk) koşulu ortadan kalmaktadır. (Any. m.2)

\*Nafaka ve benzeri geçici veya sürekli ödemelerin borçlularının alacaklı ile aile yahut akrabalık hukukundan kaynaklanan bir statü-koruma bağı içinde oldukları hatırlanmalıdır. Başka deyimle bu durumlar, tazminatta geçici ödemeye meşruiyet zemini oluşturmaz.

\*Mukayeseli sorumluluk hukuku, bize, bu tür atipik düzenlemenin tek örneğini dahi sunmamaktadır.

Kabul edilen madde lehine olarak; maddenin bir reform niteliğinde olduğu, aile hukukundaki tedbir nafakası gibi hukukumuzda bazen geçici ödemeye dair hükümlere yer verildiği, madde hükmünde geçici ödemenin yapılabilmesinin inandırıcı deliller sunulması ve zarar görenin ekonomik durumunun bu ödemeyi gerekli kılmaması gibi koşullara bağ-

*landığı ve bu kapsamda yapılacak ödemelerin de cüz’i miktarlar olacağı ifade edilmiştir.”*

Kanaatimizce, 76. madde hükmünün kabulü çok isabetli olmuştur. Bu hükme karşı çıkan üyelerin Adalet Komisyonu raporunda ifade ettikleri eleştirileri değerlendirdiğimizde tüm endişelerin hükmün yanlış biçimde uygulanması ihtimaline dayandığını görüyoruz<sup>73</sup>. Eğer hükmü uygulayacak olan hâkim tiz bir araştırmayla hükmün koşullarının sağlandığını tespit ederse, bu endişeler yersiz olacaktır. Hâkimin bu hükmü uygulamak için davacıdan teminat isteyebileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır; ama bu durumun, geçici ödeme yapılmasına veya yapılmamasına karar vermek bakımından takdir yetkisine sahip olan hâkimin, kendi belirleyeceği türde ve tarzda bir teminatı istemek koşuluyla geçici ödemeye karar vermesine engel olamayacağı düşüncesindeyiz<sup>74</sup>.

Adalet Komisyonu Raporunda, bu hüküm çerçevesinde yapılacak ödemelerin cüz’i miktarlar olacağı ifade edilmiştir. Aslında, 76. maddeye göre, ödenecek miktarın cüz’i olacağına ilişkin hiçbir açıklık yoktur. Sadece gerekçede ifade edildiği üzere kesin hüküm sonucunun eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi anlamına gelmeyecek bir ödeme ile yetinilecektir. Bu durumda, yapılan geçici ödemeler, zararın çok yüksek olduğu olaylarda

73 Hükme sadece Adalet Komisyonunun bazı üyeleri karşı çıkmakla kalmamış, hüküm öğretide de ciddi tepkilere yol açmıştır. Hükme karşı çıkan yazarlar arasında bkz. Kılıçoğlu, makale, s. 181 vd.; Hatemi, Armağan, s. 229; Hatemi/Gökayla, s. ; Koçhisarlıoğlu/Erişgin, s. 1270 vd.

74 Hükümde yer almasa da hâkimin geçici ödemeye teminat karşılığında karar verebilmesi gerektiği görüşünde Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 421; Teminat gösterebilecek durumda olan kişilerin zaten ekonomik durumunun kötü sayılamayacağı, bu yüzden bu maddenin uygulama alanının teminat kabul etmeyeceği ileri sürülebilir (Erişir, Evrim, İhtiyati Tedbir Türleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010, s. 365) . Ancak kanaatimizce böyle bir düşünce her zaman isabetli olmaz. Düzenli bir geliri olmayan; ama aile üyelerine bakmakla yükümlü olan hali hazırda işsiz bir aile babasının haksız fiil mağduru olduğunu ve acilen geçirmesi gereken ameliyatın parasını karşılayacak sigortasının da birikiminin de olmadığını düşünelim. Bu kişinin üzerinde babadan kalma 100.000 TL. değerinde bir apartman dairesi bulunuyor olsun. Gördüğü zarar toplam 200.000 TL. tutarında olsun, ama acilen 20.000 TL. bulamazsa iyileşme olanağını kaybedeceğini ve zararının daha da büyüyeceğini düşünelim. Şimdi bu kişi, üzerinde kayıtlı bir evi var diye zengin muamelesi mi görmeli ve böylece 100.000 TL. değerindeki evini alelacele her tür pazarlık gücünü kaybetmiş bir şekilde belki de 80.000 TL.’ye elden çıkartması mı beklenmeli, yoksa bu taşınmaz üzerine ipotek kurulması şartıyla, davalının acilen 20.000 TL. ödemesine karar mı verilmelidir? Başka bir örneği de üçüncü kişiden sağlanabilecek kişisel teminatla ilgili olarak verebiliriz. Acilen geçici ödemeye ihtiyacı olan davacının kendisi aynı teminat sağlayamayacak durumda olabilir, borç verecek ya da yardım edecek güçte bir yakını da olmayabilir; ama bir ya da birkaç yakını dava sonunda haksız çıkacak olursa geçici ödemeyi geri vereceğine ilişkin kefalet üstlenebilir. Kanaatimizce böyle bir durumda da geçici ödememin, gerekirse iade edilmeyeceği endişesi bertaraf edilmiş olur. Hiçbir teminatın sağlanamadığı durumlarda bile, davacının durumunun vahameti ve iddiasının haklılığı hakkındaki kanıtların gücü, hâkimin cüzü de olsa geçici ödemeye hükmetmesini adil gösterebilir.

hatırı sayılı miktarları bulabilecektir. Bu durumda davacının haksız çıkması ihtimali, sonra da ödeme gücü olmadığı için geri ödeyememesi ihtimali gerçekten ürkütücüdür; ama öte yanda da, acilen geçici bir ödeme alamazsa, zararının büyümesi<sup>75</sup> ihtimali olan çaresiz durumdaki zarar gören vardır<sup>76</sup>. Üstelik hukukumuzda zararın büyümesini önleyecek şekilde hareket etmeyen, erken davranılırsa hayatını kurtaracak bir ameliyata razı olmayan zarar gören, kendi kusuru nedeniyle tazminatta yapılacak bir indirim katlanmak zorunda kalabilmekte iken, bu maddeye bu kadar olumsuz yaklaşmak doğru olmaz<sup>77</sup>. Ancak yine de birtakım endişeleri bertaraf etmek için bir yöntem daha düşünülebilir. Bu da söz konusu geçici ödemelerin bir an evvel giderilmezse bir daha giderilmesi imkânsız veya aşırı derecede güç olacak bedensel zararlarla sınırlı olarak uygulanmasıdır<sup>78</sup>. Kanaatimizce hiç kimse “*Davalı, arabamı yaktı. Kaskom yoktu, zaten işsizim. Şimdi yeni bir araba almam imkânsız. Davayı kazanıp da tazminatımı alana kadar param pul olacak, o parayla ayağımı yerden kesecek bir araç almam imkânsız olacak. O halde bana geçici olarak ödeme yapılınsa da davayı kazanana kadar en azından taksit binebileyim*” diyememelidir<sup>79</sup>. Böyle bir zarar gören bunu dese bile, hâkim bunu kabul etmemelidir. Hatta davacının iddiasının haklılığına ilişkin inandırıcı kanıtlar olsa bile. Çünkü hâkim hâlâ kesin hükmü verecek durumda olmadığına göre, ortada birtakım soru işaretleri var demektir. Üstelik böyle bir durumda davacı haklı olsa ve sonunda davayı kazansa bile nasıl olsa hüküm verilirken zararı tam olarak hesaplanacak ve muhtemelen de tam tazminat alabilecektir. Oysa bedensel zarar durumunda,

75 **Topuz, Murat**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 271.

76 Geçici ödeme kararı iki tarafın menfaatleri arasında âdil bir denge kurulmasını amaçlar, **Erişir**, s.336 vd,-360; Topuz, s. 270.

77 Aynı yaklaşım için bkz. **Burcuoğlu**, s. 91.

78 **Reisoğlu**, s. 221.

79 Öğretide, bir tüzel kişinin bir an evvel geçici ödeme almazsa işçi çıkarmak zorunda kalabileceği hallerde de bu maddeden yararlanılabileceği ileri sürülmüştür (bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 128). Kanaatimizce, patronu geçici ödeme alamazsa işini kaybedebilecek durumda olan işçilerin durumu gerçekten vahimdir; ama bu kişilerin zararı sadece yansıma zararıdır ve haksız fiiller alanında yansıma zararları kural olarak karşılanamaz. Kaldı ki, işçilerin işi, patronları bir haksız fiil mağduru olsa da olmasa da, zararını bir an evvel tazmin ettirse de ettirmese de zaten hiçbir zaman yeterince güvence altında değildir. Onların durumunu bu şekilde öne sürmek olsa olsa geçici ödeme alabilmek için bir bahane olabilir. Kanunun 76. maddesinde, geçici ödemeye temel olabilecek zararları bedensel zararlarla sınırlamış olmasa da, maddeyi uygulayacak hâkimlerin bedensel zararlar dışındaki zararlar bakımından çok daha katı ve dikkatli olması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 114. maddesinin ikinci fıkrası dolayısıyla (mülga 98. maddenin ikinci fıkrası), sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanabilecek olan bu hükmün, o durumlar için bile ancak bedensel zararlarla ilgili olarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz (aksi görüşte bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 129).

iki yıl önce yapılması gereken bir ameliyatın parasının bugün ödenmesi, hiç anlam ifade etmeyebilecektir. Böyle bir menfaat çatışması halinde, bedensel zarar gören davacı, kanaatimizce daha çok korunmaya muhtaçtır<sup>80</sup>.

Bazı yazarların haklı olarak ifade ettiği gibi<sup>81</sup>, keşke böyle bir durumda, sosyal devlet devreye girebilse de, tazminat yükümlüsü olduğu henüz kesinleşmemiş olan kişi de, belki de geri alması ihtimalinin zayıf olduğu bir ödemeyi yapmak zorunda kalmasa. Ama böyle bir sistem kurulmadığı sürece çaresiz durumda kalan zarar görenleri korumak için daha uygun bir yol göremiyoruz. Hem peşinen bir miktar ödeme yapmak davalının da yararına olabilir<sup>82</sup>. Kaldı ki, geçici ödeme yapmak zorunda bırakılan davalının da yoldan geçen herhangi biri olmadığını göz önünde bulundurmalıyız<sup>83</sup>. Herhangi bir şekilde zarar görmüş bir kişinin gözüne kestirdiği, ekonomik durumu iyi olan herhangi bir başka kişiye açacağı uydurma bir davada böyle bir geçici ödemeye hüküm verilebilecekmiş gibi endişelenmek yersiz olur. Bu kararın verilebilmesi için bütün koşullar, hâkimi bu karara yönlendirmiş olmalı. Buna rağmen hak etmeyen birine bir geçici ödeme yapılmış ise o zaman ne olur? Bu kişi aldığı parayı iade etmek zorunda kalır. Zaten ekonomik durumu kötü olduğu için geçici ödemediği yararlanmış olan kişi açtığı davayı kaybedince, aldığı ödemeyi iade edemezse, o zaman ne olur? O zaman bu zararı görmesinin sebebi olan bir başka kişi var demektir. Kanaatimizce faiziyle birlikte geçici ödeme ondan alınmalıdır. Ya davacı aslında herhangi bir zararı bile olmadığı halde geçici ödeme elde ettiyse, o zaman bu zararı Devlet'in ödemesini sağlayacak bir sistem, bizce de olmalıdır.

80 Dava reddedilecek olursa yapılmış olan geçici ödemenin geri alınmaması tehlikesini sadece zarar görenin geri ödemeyi elde edememesi tehlikesiyle karşılaştırmak da yeterli değildir. Çünkü korkulan sonuç, bir kişinin belki yaşam kalitesini belki de yaşamını kurtarmak uğruna, aslında borçlu olmadığı bir ödeme yapmış olan kişinin, bunu tahsil edememesidir. Bu kişi, yine de haksız yere geçici ödeme elde etmiş kişiye karşı bir aciz belgesi temin edebilir. Bu durumu karşılaştırmak için bir de şu durumu düşünelim: Kendisine araba ile çarpıp kaçan bir sürücünün kimliğini bir türlü öğrenemeyen zarar gören, olaydan on yıl geçtikten sonra faili doğru olarak tespit etse bile, ona karşı tazminat alacağı zamanaşımına uğradığı için alacağını tahsil edemeyebilir. Oysa burada da alacağına kavuşamayan kişi, gerçekten alacaklı; burada da faili on yıllık süre içinde öğrenememiş olması veya zararının bu süre içinde doğmamış olması alacaklının kusurundan kaynaklanmıyor. Üstelik bu kişi, karşısındaki borçlu ne kadar zengin olursa olsun onu rahatsız etme olanağına da sahip değil. Yani bir aciz belgesi alması da mümkün değil. Buradaki alacaklı, belki de bir kişinin hayatını kurtarmış olmak gibi bir ferahlama içinde de değil, tam tersine kendi canını yakan kişinin avantajlı çıkmasının öfkesiyle yaşıyor. Ama hukuk düzeni alacak haklarının zamanaşımına uğramasını gerekli görür. Her iki durum birbiriyle hukuken ne kadar ilgisiz görünürse görünsün, kanaatimizce, zamanaşımı kurumuna bu kadar sempatik bakan bir sistemin iadesi gereken geçici ödemelerin tahsil edilememesi tehlikesini de içine sindirmesi gerekir.

81 **Hatemi, Armağan**, s. 229; **Hatemi/Gökyağla**, s. 162; **Koçhisarhoğlu/Erişgin**, s. 1271.

82 **Oğuzman/Öz**, s. 127.

83 Hüküm, “ekonomik durumu tazminat davaları için cazip görünen kimselere karşı mesnedsiz tazminat davaları açılmasını kışkırtabilecek” bir düzenleme olarak değerlendiren **Hatemi**'ye bu yüzden katılmıyoruz, bkz. **Hatemi, Armağan**, s. 229.

Bugün haksız fiil olaylarında dava açacak gücü ve enerjisi, dava sonucunu bekleyecek sabrı olmayan pek çok zarar görenin tazminat yükümlüsüyle sulh görüşmelerine giriştiği bilinen bir gerçektir. Bu görüşmelerin çoğunda, zarar gören, hem şikâyetini geri çekmek hem de dava yoluyla birkaç yıl sonra tam alacağını tahsil etmektense bir an evvel gerçek zararından çok daha az bir ödemeyle yetinmek durumunda kalmaktadır. Çünkü davaların çok uzun sürdüğünü, bu süre boyunca bir de avukata ödeme yapacağını, belki de avukatının yapacağı bir yanlışlık yüzünden davayı kaybetme ihtimalinin olacağını hesaba katan zarar gören, o kadar beklerse belki de tedavi için başlangıçta sahip olduğu fırsatı kaçıracağını düşünmekte haklıdır. Diğer taraf da onun bu endişesini sömürerek avantaj kazanmaktadır. İşte 76. maddede getirilmiş olan geçici ödeme olanağı bu gibi adaletsiz sulh sözleşmelerini de engelleyecektir. Ayrıca Adalet Komisyonunun müteselsil sorumluluğa ilişkin 60. maddeye dair raporunda arzu ettiği, sorumluluk sigortasını teşvik edici rolü, bu geçici ödemelere ilişkin hüküm de pekâlâ oynayabilir.

Maddeye ilişkin değerlendirmelerimizi bu şekilde ortaya koyduktan sonra, Adalet Komisyonu raporunda 76. madde aleyhinde dile getirilen görüşleri tek tek ele almak istiyoruz:

Hükümün tazminat hukukunun ve yargılama hukukunun temel kurallarına ters düştüğü söylenebilir de, kanaatimizce yukarıda açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, hukuk düzenimiz böyle bir istisnai hükmü kaldırabilir ve hatta böyle bir hükme ihtiyaç da vardır<sup>84</sup>. Geçici ödemenin ölçütlerinin miktar olarak kanunda ifade edilmemiş olduğu doğrudur; ama Komisyon Raporundaki endişeleri hâkim de bizzat taşıyacaktır. Dolayısıyla hâkimlerimizin vicdani kanaatlerine güvenmemiz gerekecektir. Takdir hakkının sınırlarını zorlayacak bir keyfilik alanı üretilmiş olduğu kesinlikle söylenemez. İddianın haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar ve ekonomik zorunluluk halinde, gerekiyorsa teminat isteyerek, yarayı iyileştirmese de enfeksiyon kapmasını engelleyecek kadar bir ödeme yapılmasına karar veren hâkimin, takdir yetkisini kullanırken keyfi davrandığını söylenemez. Tazminat tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı açık olan ihtiyati tedbir yolu, 76. maddenin sağladığı sonucu sağlaya-

84 Hükümün tazminat hukukuna ters düştüğünü kabul etmek, salt davalının henüz borçlu olmadığı düşüncesiyle açıklanmaktadır (bkz. **Adalet Komisyonu Raporu**: “Yargı ve yasa sorumluzun sırtına hiçbir yükü yükleyemez”; **Koçhisarlıoğlu/Erişgin**, s. 1271: “Hukukta hiç kimse borç olmayan bir şeyi ödemekle yükümlü tutulamaz.”). Oysa dava kazanılacak olursa, bu doğru bir yargı olmaz. Sorumluluk hukuku alanında, davalı ancak ve ancak ödemeye mahkûm edildiği andan itibaren değil, zarara sebep olduğu andan itibaren borçlu olur. Sadece dava sonuçlanmadan önce alacaklısından başka hiç kimse onun borçlu olduğunu bilmemektedir. Hükümün yargılama hukuku ilkelerine ters düştüğü iddiasıyla, herhalde yargılama hukuku alanında daha ziyade teminat amaçlı tedbirlere rastlanıyor olmasıyla açıklanabilir. Oysa hukukumuzda eda amaçlı ihtiyati tedbirler de mevcuttur (bkz. **Erişir**, s. 326 vd.). **Erişir** de, hükümün yargılama hukukuyla bağdaşmadığı iddiasını yeterince açık bulmadığı için bu iddia üzerinde tartışmamayı tercih etmiştir (bkz. **Erişir**, s. 359).



maz. Ancak bugün yapılırsa başarılı olacak bir ameliyatın parasının iki yıl sonra ödenmesinin bugünden teminat altına alınması, yarayı iyileştirmediği gibi enfeksiyon kapmasına da engel olmaz. Hüküm hâkimi ihsası reye zorlamak gibi bir anlam taşımaz. Eğer bu hüküm hâkimi ihsas-ı reye zorluyorsa Medeni Yargılama Hukuku alanındaki her ihtiyati tedbir kararı, İdari Yargılama Hukukunda her yürütmenin durdurulması kararı, Ceza Yargılama Hukukunda her tutuklama kararı için de aynı şeyin söylenmesi mümkün olur. Oysa bu gibi kararlar yargılama hukuklarının olmazsa olmazlarıdır. Hükme meşruiyet zeminini sağlamak için nafakaya ilişkin hükümler yeterli olmayabilir; ama gerekli de değildir. Böyle bir düzenlemenin henüz mukayeseli hukukta bir örneğinin olmaması, hukukumuzda kabul edilmesine engel olamaz<sup>85</sup>.

### SONUÇ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun birinci bölümünün "*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*" başlıklı ikinci ayrımı mülga Kanuna göre ciddi değişiklikler içermektedir. Bu başlık altındaki hükümlerin dili daha anlaşılır hale getirilmiş; ama sistematikte gerekli düzeltmeler yapılmadığı gibi, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin hüküm de gereksiz yere ikiye bölünerek birbirinden ilişkiz yerlere konulmuştur.

Tazminata ilişkin düzenlemelerde Adalet Komisyonunun yoğun müdahalesi göze çarpmaktadır. Bu müdahale 55. maddede, hiç gereği olmayan bir hükmün Kanuna alınması şeklinde ortaya çıkmıştır. Müteselsil sorumluluğa ilişkin 61. maddesinin ikinci fıkrasında ise, öğretide kabul gören ve Bilim Komisyonunca benimsenen fıkranın metinden çıkarılması şeklinde görülmüştür. Zama-naşımına ilişkin 72. maddedeki müdahale ise, hukuk güvenliğini zedeleyecek farklı yorumlara çanak tutacak niteliktedir ve böylece bir kaos yaratılmıştır.

Varlığının da yokluğunun da yorumlanması bakış açısına göre çok değişebilen, manevi tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulan kriterlere ilişkin 58. maddenin ikinci fıkrası hükmünü (mülga 49. maddenin ikinci fıkrası), yeni metne almayan ise Adalet Komisyonu değildir. Bu değişikliğe daha Bilim Komisyonunda karar verilmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce yerinde bir değişiklik de değildir.

Gerek Adalet Komisyonunda gerekse öğretide çok farklı seslerin duyulmasına yol açan hüküm, 76. maddede yer alan geçici ödemelere ilişkin hükmüdür. Kanaatimizce, bir takım sakıncaları görmezden gelinemesi de bu maddenin varlığı yokluğundan çok daha olumludur. Hükmün yetkin hukukçuların elinde çok yararlı sonuçlar verebileceğini düşünüyoruz.

85 Kaldı ki, hükmün mukayeseli hukukta bir örneğinin olmadığı iddiasını çürüten **Erişir**, Alman Hukukunda her nevi para alacağı için benzer uygulamaların olduğunu tezinde ayrıntılı olarak anlatmaktadır (**Erişir**, s. 348 vd.).

Maddi zararın ve tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümlerde hayvanlar üzerinde ortaya çıkan zararlar bakımından mehz Kanunda yer alan düzenlemelerin göz önünde bulundurulmamış olmasını ise üzüntüyle karşılıyoruz. Dileğimiz en kısa zamanda gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerekse Türk Medeni Kanunu'nda bu konuya ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılmasıdır.

## KAYNAKÇA

- **Acar, Faruk**, “Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayırımı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 339-351.
- **Antalya, Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- **Antalya, Gökhan**, Değerlendirme Konuşması, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 347-351.
- **Başpınar, Veysel / Altunkaya, Mehmet**, Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi, AÜHFİD, Yıl: 2008, Cilt 57, Sayı: 1, s. 96-131.
- **Burcuoğlu, Halûk**, “Borçlar Kanunu Tasarısının Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, İsviçre Medeni Kanununun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul 2007, s. 87-119.
- **Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006.
- **Erdem, Mehmet**, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- **Erişir, Evrim**, İhtiyati Tedbir Türleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010.
- **Erlüle, Fulya**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 144-164.

• **Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, K. Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

• **Hatemi, Hüseyin**, “Borçlar Hukukunun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 223-230,(Armağan).

• **Hatemi, Hüseyin**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku (Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt), İstanbul 1994, (Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku).

• **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, (makale), s. 163-183.

• **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

• **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993.

• **Koçhisarlıoğlu, Cengiz / Erişgin, Özlem**, Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Haksız Fiiller, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt: II, İstanbul 2010, s. 1243-1271.

• **Nart, Serdar**, Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 227-248.

• **Nomer, Halûk N.**, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, s. 53-60 (Müteselsil Sorumluluk).

• **Nomer, Halûk N.**, “Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 249-255, (Rücu).

• **Nomer, Halûk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

• **Nomer, Halûk N.**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, (Maddi Tazminat).

• **Oğuzman, M. Kemal**, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Halûk

Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 7-53.

• **Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul 2012.

• **Öz, Turgut**, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.

• **Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

• **Serozan, Rona**, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, MHAD, 1977, S. 14, s. 93-112.

• **Serozan, Rona**, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 67-101.

• **Tandoğan, Halûk**, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010.

• **Tekinay, S. Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988.

• **Tekinay, S. Sulhi**, Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 55-65.

• **Tiftik, Mustafa**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

• **Topuz, Murat**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, s. 257-295.

• **Von Tuhr, Andreas**, Çev.: Cevat Edege, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt:1-2, Ankara 1983.

• **Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre**, Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara 1999.

## 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi

■ Özge ÖNCÜ\*

### I. GİRİŞ

Kira sözleşmesinin asıl unsurlarından birisi olan kira bedelinin belirlenmesinde, kural olarak “sözleşme özgürlüğü” prensibi geçerli olup, kira sözleşmesinin tarafları, kira bedelini, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilirler (TBK<sup>1</sup> madde 26-27)<sup>2</sup>. Bununla birlikte söz konusu serbesti, kira sözleşmesinin başlangıcındaki bedelin belirlenmesine ilişkin olup, izleyen dönemler bakımından ise Türk Borçlar Kanununda, kira bedelinin belirlenmesinde bir takım sınırlandırmalar getiren özel hükümler düzenlenmiştir.

Tarihi gelişimine baktığımızda, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin sorunun temelinde, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkan<sup>3</sup> 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna<sup>4</sup> tabi taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri bakımından, taşınmazları yapıldıkları yıllara göre ayırarak kira artış miktarlarına belirli sınırlandırmalar getiren ve aynı zamanda kira bedellerini üst sınır olarak 1953 yılı rayicinde donduran 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun<sup>5</sup> madde 2-3'ün Anayasa Mahkemesi tarafından, mülkiyet hakkının özünü zedeleyen bir sınırlama olarak görülerek iptal edilmesinin yattığını görebiliriz<sup>6</sup>. Anayasa Mahkemesi, kira bedelinin sınırlandırılmasını prensip olarak reddetmemekle beraber, sınırlandırmanın mülkiyet-

\* Yrd. Doç. Dr. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi.

1 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, T. 04.02.2011, S. 27836).

2 Ayrıca bkz. “aşırı yararlanma”ya ilişkin TBK madde 28 ve irade bozukluklarına ilişkin TBK madde 30 ve devamı.

3 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun madde 10. (RG, T.04.02.2011, S. 27836).

4 RG, T. 27.05.1955, S. 9013.

5 Zira GKHK, sosyal gereksinimler karşısında çıkarılmış, genelde kiracıyı konut ve iş yeri yetersizliğine karşı korumak amacıyla olan sosyal içerikli bir Kanundu. (6. HD, T. 8.2.1991; E. 1991/1189, K. 1991/1626, www.kazanci.com)

6 Anayasa Mahkemesi, T. 26.3.1963; E.1963/3; K. 1963/67, (RG, T. 31.5.1963, S. 11416).

hakkının özüne dokunup dokunmadığını incelemiş ve sonuçta Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 2 ve 3'ncü maddelerindeki düzenlemelerin mülkiyet hakkının özüne dokunur nitelikte olduklarını ifade ederek, bu maddeleri iptal etmiştir<sup>7</sup>. Anayasa Mahkemesi kararında, bu iptal hükmünün karar tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe gireceği ifade edilmişti. Ancak gerek söz konusu altı aylık süre içerisinde, gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar kira bedelinin belirlenmesi hususunda temel nitelikte bir düzenleme yapılmamıştır<sup>8</sup>.

Kira bedelinin belirlenmesi sorunu, aslında yürürlükten kalkan Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 11'nci maddesiyle yakından ilişkilidir<sup>9</sup>. Bu madde gereğince, kiracı, kira süresinin bitmesinden en az on beş gün önce taşınmazı tahliye edeceğini yazıyla bildirmediği takdirde sözleşme aynı şartlarla

- 
- 7 Anayasa Mahkemesi kararında, kanun koyucunun, kira konusunu düzenlemesi ve bu alanda sınırlama yapmasının mülkiyet hakkının özüne dokunmamak şartıyla caiz olduğuna ve bu müdahalenin kamu yararına olduğuna işaret etmiştir. Kararda özetle, Devletin, toplumu hayat pahalılığından korumak amacıyla kiraları kontrol altına almak amacıyla tedbirler almasının mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğini ön gören Anayasa'nın 36'ncı maddesinin kapsamına girdiği ifade edilerek, ülkemizde taşınmaz darlığı devam ettiği sürece, kanun koyucunun, kira konusunu düzenlemesinin ve bu alanda sınırlama yapmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunmamak şartı ile caiz bulunduğu ve bu müdahalenin kamu yararına olduğu ifade edilmiştir; Anayasa Mahkemesi, kira parasının sınırlandırılmasını prensip olarak reddetmemiştir. Ancak bu sınırlamanın gerçekçi ve günün koşullarına uygun olması gerekir, bkz. Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, 2009, s. 260.
- 8 6570 sayılı GKHK'a, 4531 sayılı Kanunla (RG, T.18.02.2000, S. 23968) eklenen Geçici 7. maddenin birinci fıkrasına göre ise, "Sözleşmelerde kararlaştırılan kira paraları 2000 yılında yıllık %25, 2001 yılında ise yıllık % 10 oranında artırılabilir. Ancak, taşınmazın bulunduğu bölgede rayiç kira parasındaki artış bu oranların altında ise bu oranlar uygulanmaz." Düzenlemenin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki, "... 2001 yılında ise yıllık %10" ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 19.7.2001 tarihli, E.2001/303, K. 2001/333 sayılı kararı ile iptal edilmiştir(RG, T. 15.9.2001, S. 24524). Geçici madde 7'nin ikinci fıkrasında ise, kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği sözleşmelerde ayrıca yıllık artış uygulanmayacağı; üçüncü fıkrasında ise kira parasının artış sınırlarının aşılması amacıyla yeniden kira sözleşmesi yapılamayacağı düzenlenmişti. Yargıtay, 4531 sayılı Kanun ile 6570 sayılı Kanuna eklenen geçici 7. maddenin 2000 ve 2001 yıllarına ilişkin olduğunu kabul etmektedir, (3.HD, T. 29.3.2010; E. 2010/3713; K. 2010/5246, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); "...Süreli hüküm niteliğinde olan 6570 sayılı Yasa'nın geçici 7.maddesi daha sonraki yıllar için uygulanamaz...", 3.HD, T. 1.4.2008; E. 2008/2091, K. 2008/5618, **Erdoğan, Hasan**, Tahliye Kira Tespiti Kira Alacağı ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 1481.
- 9 Kira bedelinin belirlenmesi sorununun temelinde kira sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farklı olarak zımnen yenilenmesi hususunun yattığı, ancak Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, kira bedelinin belirlenmesinin, sözleşmenin zımni olarak yenilenmesinden kaynaklanan bir sorun olmaktan çıkacağı yönünde, İnceoğlu, M. Murat, "Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, Derleyen: **İnceoğlu, M. Murat**, İstanbul, 2012, s. 255.

bir yıl uzatılmış sayılıyordu<sup>10</sup>. Bu noktada, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun kira bedelinin sınırlandırılmasına ilişkin 2 ve 3'ncü maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden sonra, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 11'nci maddesi gereğince yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmıştı. 18.11.1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>11</sup>, *bu durumda kiraya verene, kira bedelini serbestçe belirleme yetkisinin verilemeyeceği aksi takdirde, kiralanana ne yapıp edip tahliye ettirmek isteyen kiraya verenin, yüksek bir kira bedeli belirleyerek kiracıyı kiralanandan çıkmaya zorlayacağı ve bunun da 6570 sayılı Kanunun kiralananın tahliyesini sınırlandıran hükümlerini işlemez hale sokacağını belirtmiş; eski sözleşmedeki kira parası koşulunun Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten sonraki bir günde başlayacak olan dönem için de yenilenmiş olduğunun da kabul edilemeyeceğini ifade ederek kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun hâkim tarafından doldurulacağını kabul etmiştir*<sup>12</sup>. Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna tabi kira sözleşmelerinde, kira bedelinin sınırlandırılması alanında ortaya çıkan kanun boşluğu<sup>13</sup>, günümüze kadar Yargıtay'ın verdiği kararlar ile (TMK madde 1/f.2 gereğince) doldurulmaya çalışılmış<sup>14</sup> ve tabiri yerindeyse kira bedelinin belirlenmesi bakımından bir içtihat hukuku yaratılmıştır<sup>15</sup>.

- 10 Benzer düzenlemeye "konut ve çatılı işyeri" kiraları bakımından TBK madde 347'de de yer verilmiştir.
- 11 İBK, T. 18.11.1964; E. 1964/2; K. 1964/4. (RG, T.27.11.1964, S. 11867).
- 12 Kararda, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun yalnız 2 ve 3'ncü maddelerinin iptal edilmiş olup, diğer maddelerinin yürürlükte bulunduğu ve bu Kanunun yürürlükte kalan maddeleri uygulanırken de bir sınır aramanın gerektiği ifade edilmiştir. Ancak Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun yürürlükteki maddelerinin dayandığı 2 ve 3'ncü maddeler iptal edilmiş olduğundan, bu konuda bir boşluk bulunduğu ve konun koyucunun da bunu henüz yapmadığı dikkate alındığında sınırlama için kanuni bir hüküm bulamayan hâkimin, Medeni Kanunun 1'nci maddesi uyarınca bu boşluğu dolduracağı ve kendisi yasa koyucu olsaydı bu olay için nasıl bir kural koyacak idiyse o kuralı bularak ona göre hüküm vereceği belirtilmiştir.
- 13 Yargıtay'ın 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, tarafların kira sözleşmesinde herhangi bir artış oranı kararlaştırılmaması durumunda da kira artış oranının ne kadar olması gerektiği hususunda bir kanun boşluğu olduğunu kabul ederek bu boşluğu TMK madde 1/II hükmüne göre doldurduğu; ancak Yargıtay'ın söz konusu uygulamasının isabetli olmadığı, burada ancak bir sözleşme boşluğunun bulunduğundan söz edilebileceği yönündeki görüş ve açıklamalar için bkz. Topuz, Seçkin/Topuz, Gökçen, "Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davanın Hukuki Niteliği", ABD, Y. 66, S. 2, Bahar 2008, s. 82.
- 14 Buna karşılık, Anayasa'nın 35'nci maddesi de dikkate alındığında, temel hakların ancak kanunla sınırlandırabileceği bu açıdan yenilenen ve taraflarca sözleşmede belirlenen artış oranına, mülkiyet hakkının özüne zarar vermeyecek şekilde sınırlandırma getirilmesine ilişkin kanun boşluğunun, hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulmasının isabetli olmadığı yönünde, **Topuz/Topuz**, s. 79.
- 15 Yargıtay'ın kira bedelinin belirlenmesine ilişkin olarak dönem dönem değişen uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1/2, İstanbul, 1988, s. 18 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, Özel Hükümler, s. 260 vd.; **Burcuoğlu**,

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise 339-357'nci maddeleri arasında düzenlediği "Konut ve Çatılı" işyeri kiralarına ilişkin olarak, kira bedelinin belirlenmesi bakımından, ayrıldığı noktalar olmakla birlikte büyük oranda Yargıtay'ın kira bedelinin belirlenmesi alanında yarattığı içtihatlardan yararlanarak<sup>16</sup>, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanununda ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda bulunmayan yeni hükümler getirmiştir<sup>17</sup>. Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinde, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin esaslar; 345'nci maddesinde ise dava açma süresi ve kararın etkisine ilişkin hükümler getirilmiştir. Türk Borçlar Kanununda kira bedelinin belirlenmesine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler, madde 343'de düzenlenen "kira sözleşmelerinde kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı" kuralının da istisnasını oluşturmaktadır<sup>18</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kira bedelinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde, kanun koyucunun, kira bedelinin sözleşme tarafları arasında belirlenmediği durumlarda nasıl belirleneceğini düzenlemenin yanında, taraflarca belirlenen kira bedeli artışlarına da bir takım sınırlandırmalar getirdiği görülmektedir. Türk Borçlar Kanununda getirilen yeni düzenlemelerle, tarafların, kira sözleşmesinin devamında ödenecek kira bedelleri bakımından yaptıkları anlaşmalara sınırlandırmalar getirilerek, borçlar hukuku alanında geçerli olan "sözleşme özgürlüğü" ilkesi de kira bedelinin belirlenmesi bakımından sınırlandırılmıştır. Burada kiracının korunması ilkesinden hareket edilmiştir<sup>19</sup>. Nitekim kanun koyucu daha önce de 4531 sayılı Kanunla, kira sözleşmesindeki

---

**Halûk**, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler", Prof. Dr.Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008, s.29 vd.; **Zevkililer, Aydın/Gökayla, Emre**, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara, 2010, s. 194 vd.; ayrıca bkz. **Yavuz, Nihat**, "Kira Parasının Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararlarındaki Gelişimin Sistematik Açıklaması (I)", Yargıtay Dergisi, C.14, Ocak-Nisan 1988, S. 1-2, s. 134 vd. (Yargıtay Kararlarındaki Gelişimin Sistematik Açıklaması).

- 16 344'ncü maddenin gerekçesinde de, 6570 sayılı Kanunun 2 ve 3'ncü maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali üzerine bu konuda ortaya çıkan kanun boşluğunun, uygulamada kabul edilen esaslar göz önünde tutularak, yasal bir düzenlemeye kavuşturulmasının amaçlandığı belirtilmiştir.
- 17 Bu noktada önceki Kanun zamanında Yargıtay içtihatlarıyla şekillendirilen ve özellikle uzun süreli kira sözleşmelerinde hal ve koşullarda meydana gelen objektif nitelikteki önceden öngörülemez değişiklikler nedeniyle kabul edilen kira bedelinin uyarlanması imkânı, Türk Borçlar Kanununun "Aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138'nci maddesi kapsamında yasal dayanağa kavuşmuştur. Bununla birlikte TBK madde 344-345'de düzenlenen kira bedelinin belirlenmesinden farklı bir kurum olan kira bedelinin uyarlanması çalışmamızın konusu dışındadır.
- 18 TBK madde 343'de, "Kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz" denilmektedir.
- 19 Nitekim Kanunun gerekçesinde de, 6570 sayılı Kanunda olduğu gibi, Tasarıda da, kiracının korunması esası gözetilerek düzenleme yapılmasının benimsendiği ifade edilmiştir; düzenlemelerde, ülkemizdeki ekonomik gelişmeler ne yönde olursa olsun, kiracıların büyük çoğunluğunun dar ve sabit gelirden oluştuğu hususunun dikkate alındığı yönünde,



kira bedeli artışları konusunda tarafların yaptıkları anlaşmalara müdahale eden ve 2000 ve 2001 yılındaki kira artış miktarını sınırlandıran hükümler getirmişti. Anayasa Mahkemesi ise sözleşmede kararlaştırılan kira bedelinin 2001 yılında yıllık %10 oranında artırılabilceğini kabul eden 4531 sayılı Kanunun geçici 7. maddesindeki düzenlemeyi iptal etmekle birlikte, kararında taşınmaz kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılmasının esasen Anayasa ile çelişmeyeceğine işaret etmişti<sup>20</sup>. Anayasa Mahkemesi, 6570 sayılı Kanuna 4531 sayılı Kanunla eklenen geçici 7'nci maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki “2000 yılında yıllık %25” ibaresinin Anayasaya aykırı olup olmadığı ile ilgili olarak verdiği 16.11.2000 tarihli kararında da, kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde, Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırılmasının Anayasaya aykırı olmayacağına karar vermişti<sup>21</sup>.

- 
- Burcuoğlu**, s. 33; öğretide, ülkemizde inşaat sektöründe meydana gelen olumlu gelişmeler, kiracının hep zayıf kişiler olduğu yönündeki anlayışın doğru olmaması, büyük şirket ve holdinglerin bile mülkiyet edinme yerine kiralamayı tercih etmeleri karşısında kira bedeli açısından kiracının korunması gerektiği görüşünün artık doğru olmadığı kabul edilmesi gerektiği, ancak bu konuda halen kiracıların korunması gerektiği düşünülüyorsa da, kalıcı genel bir yasa yerine mevcut uygulamanın bir süre daha devam ettirilmesi yönünde, **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler - Rapor, Ankara, 2008, s. 77.
- 20 “...*Ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makul bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmadığı...*”. Anayasa Mahkemesi bununla birlikte 4531 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artışın, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmasından dolayı, kira bedellerine getirilen sınırlamanın, amacını aşarak kiracı ile kiraya veren arasında bulunması gereken adil dengenin kiraya veren aleyhine demokratik bir toplumda makul, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurduğunu ve bu durumda itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığının ileri sürülebileceğini ifade etmiş ve söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, T. 19.7.2001; E. 2001/303; K. 2001/333, (RG, T. 15.09.2001, S. 24524).
- 21 Anayasa Mahkemesi, T.16.11.2000; E. 2000/26; K. 2000/48 (RG, T. 15.3.2002; S. 24696): “...*Konut ve işyeri darlığı bulunan ülkelerde devletçe önlem alınmadığı takdirde talebin fazlalığı nedeniyle kiraların aşırı şekilde yükseleceği, bu yükselişin tüketim maddelerinin fiyatları üzerinde etkili olarak hayat pahalılığına sebep olacağı açıktır. Türkiye’de kiraların tüketici fiyat endeksi içindeki oranının yüksek olduğu, bunun hak ve adaletin gerçekleşmesini engelleyen önemli faktörlerin başında geldiği bilinmektedir. Bu nedenlerle, taşınmaz mal kiralarının sürekli yükselişi ve içinde kira paralarının önemli etkisi olan fiyat artışlarının ekonomik ve dolayısıyla sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi karşısında Devletin, sosyal huzurun sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin korunması amacıyla kiracı kiralayan ilişkilerini düzenlemesi, böylece insanımızı hak ettiği yaşam düzeyine kavuşturması, gelir dağılımını düzeltmesi ve yoksullukla mücadele etmesi Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir... Konut ve işyeri olarak çeşitli yönleriyle toplumu etkileyen taşınmaz mal kirası, özel hukuk yanında kamu hukukunu da ilgilendirmektedir. Taşınmaz mal darlığının, Devletçe önlem alınmaması durumunda kiraların*

## II. Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerin (TBK madde 344-345) Uygulama Alanı

Kira sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanununun, “Özel Borç İlişkileri” başlıklı İkinci Kısım altında “Kira Sözleşmesi” başlıklı Dördüncü Bölümde 299-378’nci maddeler arasında üç ayırım altında düzenlenmiştir Birinci ayırımda, “Genel Hükümler” yer almakta (madde 299-338); ikinci ayırımda “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” (madde 339-356); üçüncü ayırımda ise “Ürün Kirası”(madde 357-378) düzenlenmektedir<sup>22</sup>. Türk Borçlar Kanununda, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlere(madde 344-345), “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” başlıklı ikinci ayırım altında yer verildiğinden, bu hükümlerin konut ve çatılı işyeri kiralarında uygulanabileceği söylenebilecektir<sup>23</sup>. Zira kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlere, “Genel Hükümler kapsamında yer verilmemiştir.

Bu açıdan, konut ve çatılı işyeri kirası niteliği taşımayan kira sözleşmelerinde, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin Türk Borçlar Kanununun 344-345’nci

*normalin üstünde artacağı açıktır. Kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırılık yoktur...”.*

- 22 818 sayılı önceki Borçlar Kanununun “Kira” başlıklı Sekizinci Bapında ise birinci fasılda “adi kira” (madde 248-269); ikinci fasılda ise “Hasılat Kirası” (madde 270-298) düzenlenmişti. Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlarda bulunan üstü örtülü taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinde ise özel bir kanun olan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun uygulanmaktaydı. 818 sayılı Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri, bu taşınmazlar bakımından ancak 6570 sayılı Kanuna aykırı olmamaları durumunda uygulanabilmekteydi(GKHK madde 1). 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10’ncü maddesiyle 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları”na ilişkin ikinci ayırımda yer alan düzenlemelerin, büyük oranda 6570 sayılı Kanundan bir takım değişikliklerle alındığı da söylenebilir. Zira Türk Borçlar Kanununun gerekçesinde de, “... Esas itibarıyla, 818 sayılı Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri göz önünde tutulmakla birlikte, ülkemizde son derece yaygın bir uygulama alanı olan 18/5/1955 tarihli ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri de, Tasarı metnine alınmıştır. Çünkü, Tasarının yasalaşması durumunda, hem 818 sayılı Borçlar Kanununun hem de 6570 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılması öngörülmektedir. Ancak, 6570 sayılı Kanun kapsamına giren uyumsuzluklara ilişkin olarak, Türk hukuk uygulamasının çözümleri de göz önünde tutulmuştur. 6570 sayılı Kanunda olduğu gibi, Tasarı da, kiracıların korunması esası gözetilerek düzenleme yapılması benimsenmiştir...” denilmektedir.

- 23 Yargıtay da, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun zamanında, kira bedelinin belirlenmesi davalarının konusunu 6570 sayılı Kanun kapsamına giren taşınmazların oluşturduğunu kabul etmekteydi: “...Kira parasının tespiti davalarının konusunu 6570 Sayılı Kanun kapsamına giren taşınmaz mallar oluşturur ve bu dava 6570 Sayılı Kanunun uygulandığı yerler ve taşınmazlar için söz konusudur.” HGK, T. 18.5.2011, E.2011/3-283; K. 2011/333; 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, bu Kanunun 1’nci maddesinde düzenlenen nitelikteki taşınmazlar bakımından uygulama alanı bulurken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenen “konut ve çatılı işyeri” kiralarının kapsamı ise TBK madde 339 tarafından belirlenmektedir.

maddeleri uygulanamayacak; diğer bir deyişle bu sözleşmeler bakımından Türk Borçlar Kanunu madde 345 anlamında kira bedelinin belirlenmesi davası açılmayacaktır<sup>24</sup>. *Gümüş*, Türk Borçlar Kanunu madde 339 kapsamında konut ve çatılı işyeri kirası niteliği taşımayan taşınmaz ve taşınır kiralari bakımından kural olarak kira tespit davası açılmayacağını ifade etmektedir. Zira konut ve çatılı işyeri kirası niteliği taşımayan kira sözleşmelerinde, kiraya veren, belirlenen kira süresinin sonunda, genel hükümler kapsamına giren kira sözleşmelerinde Türk Borçlar Kanunu madde 327/f.2 uyarınca kira sözleşmesinin, belirsiz süreli bir kira sözleşmesine dönüşmesini önleyebilecek durumdadır<sup>25</sup>. Belirli süreli kira sözleşmesinin<sup>26</sup>, süresinin dolmasına rağmen kiracının kiralananı kullanmaya kiraya verenin de kira bedelini tahsile devam etmesi suretiyle örtülü olarak yenilenerek(TBK madde 327/f.2) belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşmesi durumunda, öğretilerdeki hâkim görüş, yapılmış olan kira sözleşmesinin uzatılmasını değil, örtülü olarak içeriğini sona eren önceki sözleşmeden alan yeni bir sözleşmenin kurulduğunu kabul etmektedir<sup>27</sup>. Yani taraflar, sonradan örtülü olarak yeni bir sözleşme ilişkisi içerisine girmektedirler. Bu durumda, örtülü olarak yapılan sözleşme içeriğini önceki sözleşmeden

- 24 **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen Burak**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 10.Baskı, İstanbul, 2012, s. 278.
- 25 **Gümüş, Mustafa Alper**, “Yeni” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2012, s. 69. TBK madde 327/f.1’e göre, açık veya örtülü biçimde bir süre belirlenmişse, kira sözleşmesi bu sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Ancak kira sözleşmesinin süresinin sona ermesine rağmen, taraflar açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir (f.2). Ürün kirası bakımından ise, TBK madde 367’ye göre, belirli süreli kira sözleşmesi, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer (f.1). Ancak, tarafların örtülü olarak sözleşmeyi sürdürmeleri halinde, aksi kararlaştırılmadıkça, kira sözleşmesi birer yıl için yenilenmiş sayılır(f.2). Belirli süreli kira sözleşmelerinde, kira sözleşmesinin, sürenin sonunda kendiliğinden sona ermeyip, aynı koşullarla uzamış sayılması imkânı TBK’da sadece konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından kabul edilmiştir. TBK madde 347/f.1-c.2’de, kiraya verenin, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremeyeceği açıkça düzenlenmiştir. TBK madde 347/f.1-c.3’de düzenlenen 10 yıllık süre geçmedikçe, kiraya verenin, kira sözleşmesini feshedebilmesi ancak Kanunda yazılı sebeplere dayanması halinde mümkün olabilecektir. Bu durumda, kiraya veren artık kira ilişkisini sürdürmek istemese bile, Kanunda yazılı diğer tahliye sebepleri oluşmadığı sürece en azından TBK madde 347/f.1’de kira sözleşmesini sebep göstermeksizin feshetme imkânına sahip olacağı süre sonuna kadar kira ilişkisine devam etmek zorundadır. Kira sözleşmesinin sürekli olarak aynı koşullarla uzaması durumunda ise kira bedelinin sürekli aynı kalması –özellikle enflasyon olgusu da dikkate alındığında- beklenemeyecektir. Bu husus ise kira bedelinin belirlenmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. Aynı yönde bkz. **İnceoğlu, M. Murat/Baş, Ece**, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi”, Prof.Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 523.
- 26 TBK madde 300’e göre kira sözleşmesi, belirli veya belirli olmayan bir süre için yapılabilir(f.1). Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli sürelidir; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır (f.2).
- 27 **Zevkililer/Gökyayla**,s.251;**Yavuz/Acar/Özen**,s.255;**Topuz,Seçkin/Canbolat,Ferhat**,“Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Y. 2011, s. 18.

aldığından, kira bedelinin de taraflar aksine bir anlaşma yapmadığı sürece önceki sözleşmeyle aynı olacağı da ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Dönüşen belirsiz süreli kira sözleşmesindeki kira bedelinden memnun olmayan kiraya veren ve kiracı, sözleşmeyi Türk Borçlar Kanununun 328–330'ncü maddeleri kapsamında fesih bildirimini ile her zaman feshedebilirler. Aynı husus, fesih bildirimini ile sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı mevcut olduğundan (TBK madde 328–330), belirsiz süreli olarak yapılan ve konut ve çatılı işyeri kiralara kapsamında olmayan kira sözleşmeleri bakımından da geçerli olacaktır<sup>29</sup>.

Taraflar, belirli süreli bir kira sözleşmesi yaptıktan sonra, sözleşme süresinin sona ermesine rağmen, sözleşmenin süresini yine belirli bir süre için uzatan bir anlaşma da yapabilirler. Bu durumda, genel hükümlere tabi kira sözleşmelerinde, kira sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununun 327'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki durumdan farklı olarak, tarafların anlaşmada öngördükleri belirli süre için yenilenmiş olacak ve burada belirsiz süreli değil, belirli süreli yeni bir kira sözleşmesinin varlığından söz etmek gerekecektir. Taraflar belirli süreli bir kira sözleşmesinde, yine sözleşme süresi içerisinde de anlaşarak sözleşmenin süresini uzatabilirler. Böylelikle kira sözleşmesinin önceden belirlenen süre sonunda sona ermesini engellerler. Bu noktada, genel hükümlere tabi belirli süreli bir kira sözleşmesinde, tarafların kira sözleşmesinin süresinin sona ermesine rağmen kiralananın bir bedel karşılığında kullanımının belirledikleri belirli bir süre daha devam edeceği veya kira sözleşmesinin süresi içerisinde anlaşarak, kiralananın bir bedel karşılığında kullanımının belirledikleri bir süre daha devam edeceği hususunda anlaşmaları<sup>30</sup>, ancak ödenecek kira bedelinin miktarı hususunda anlaşmalarında kira bedelinin hâkim tarafından belirlenip belirlenemeyeceği sorusu ortaya çıkar. Ancak tarafların kira süresinin uzatılmasına ilişkin anlaşmalarındaki irade beyanlarından, uzatılan belirli sürede de kira bedelinin daha öncekiyle aynı olacağı hususunda anlaşmış oldukları sonucu çıkartılabiliyorsa, kira bedelinin belirlenmesi bakımından herhangi bir sorun olmayacaktır. Bununla birlikte, tarafların açık irade beyanlarından ya da irade beyanlarının özellikle güven teorisi çerçevesinde yorumundan, belirlenen yeni sürede kira bedelinde değişiklik olacağı hususunda anlaşmış oldukları

28 Gümüş, s. 69; Zevkliler/Gökyayla, s. 252.

29 Gümüş, s. 69; kira sözleşmesinin belirsiz süreli yapılması veya TBK madde 327 (BK madde 263) gereğince yenilenip süresiz hale gelmesi durumunda, mevcut kira bedelini beğenmeyen tarafın TBK madde 328'de (BK madde 262) belirtilen sürelerle uyarak sözleşmeyi feshetme imkânı bulunduğundan, Borçlar Kanununun sistemi içerisinde kira sözleşmesi yenilediğinde kira parasının yeniden tespitinin uygulamada sorun doğurmayacağı yönünde, Ertaş, Şeref, "Kira Parasının Tespiti İçin Kıstaslar", DEÜHFD, Y. 2(1981), S. 2, s. 275.

30 Zira bu durumda, taraflar arasındaki sözleşme belirsiz süreye dönüşmediğinden, tarafların TBK madde 328-330'da düzenlenen fesih bildirimini yolundan faydalanmaları da söz konusu olamayacaktır.

sonucuna varılması<sup>31</sup>, ancak tarafların bu bedeli belirlememeleri ya da belirlenebilir kılmamaları halinde burada hâkim tarafından tamamlanabilecek bir sözleşme boşluğundan söz edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelir. Aslında aynı soru, tarafların daha kira sözleşmesinin başında, bir kira bedeli ödenmesi karşılığında kiralananın kullanımının devredileceği hususunda anlaşmakla beraber, kira bedelinin miktarı hususunda anlaşmamış olmaları durumu için de söz konusudur. Zira öğretilde, kira bedelinin belirli veya en azından objektif olarak belirlenebilir olması<sup>32</sup> gerektiği, aksi halde kira bedeli kira sözleşmesinin objektif esaslı noktasını oluşturduğundan, sözleşmenin kurulamayacağı ifade edilmiştir<sup>33</sup>. Kira miktarı belirlenmeden kira sözleşmesinin uygulanmaya başlaması ve özellikle kira konusunun kiracıya teslimi halinde ise kiraya verenin kendisine ödenen kira bedelini itirazsız kabul etmediği takdirde, sadece kullanılan döneme ilişkin kira bedelinin hâkim tarafından belirleneceği de ifade edilmiştir<sup>34</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli bir kararında, kiraya veren ve kiracının aralarındaki kira ilişkisini ilk kira sözleşmesi sürerken aralarında düzenledikleri bir anlaşmayla on yıl daha uzatmaları, ancak uzatılan on yıllık kira süresi için bir kira bedeli belirlemedikleri bir olayda, tarafların kiralananın kullanımının bir bedel karşılığında devredileceği hususunda anlaşmakla birlikte, kira bedelinin miktarını belirlememeleri durumunda, hâkimin bu sözleşmeyi tamamlayacağına karar vermişti<sup>35</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, başka bir kararında da kiralananın kullanımının dahi devredildiği ancak kira bedelinin miktarının belirlenmediği bir olayda, kira sözleşmesinin kurulduğunu ve buradaki boşluğun hâkim tarafından tamamlanacağına karar vermişti<sup>36</sup>. Daha sonraki kararlarında ise kira sözleşmesinin kurulması için kira bedelinin miktarında da anlaşma olması gerektiğine karar vermiş ve hâkimin kira bedelinin miktarını belirlemesinin sadece kiralananın kullanıldığı dönem için olabileceğine hükmetmiştir<sup>37</sup>.

31 Nitekim ekonomik göstergelerin sürekli değişmesi ve enflasyon dikkate alındığında çoğunlukla bu yönde bir yorum yapılacaktır.

32 Hatta kira bedelinin dürüstlük kuralları çerçevesinde sübjektif olarak belirlenebilir olmasını, örneğin, kira bedelinin belirlenmesinin taraflardan birisi veya üçüncü bir kişiye bırakılmasının da yeterli olduğunu kabul eden görüşler de bulunmaktadır, **Gümüş**, s. 35.

33 **Gümüş**, s. 36; bkz. **Aral, Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010, s. 210.

34 **Aral**, s. 210; **Gümüş**, s. 36; bununla birlikte bir görüş hâkimin bu durumda kira bedelini dürüstlük kurallarına göre tespit edeceğini (**Aral**, s. 210); diğer görüş ise burada kiracının elde ettiği kullanma çıkarının, kiraya veren tarafından gerçekleşmeyen sebebe dayalı bir edim zenginleşmesi olarak, kişisel nitelikli bir sebepsiz zenginleşme talebi ile istenebileceğini kabul etmektedir, **Gümüş**, s. 36.

35 BGE 100 II 330-331.

36 BGE 108 II 113-114.

37 BGE 119 II 347.

Aslında bu sorun, hâkimin sözleşmeyi objektif esaslı nokta bakımından tamamlayıp tamamlayamayacağı konusuyla yakından ilgilidir. Öğretide, hâkim tarafından sözleşme boşluğunun tamamlanabilmesi için temel koşullardan birisinin ortada kurulmuş bir sözleşme bulunması olduğu ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Sözleşmenin kurulabilmesi için ise kural olarak tarafların objektif esaslı noktalarda uyuşması gerekir<sup>39</sup>. Zira kira sözleşmesinin kurulduğundan söz edebilmek için tarafların, kira konusu ve kira bedeli üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Bununla birlikte sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanabilmesi bakımından objektif ya da sübjektif esaslı noktalarda uyuşulmasa bile sözleşmenin kurulmuş sayılabileceğini belirtilen ve böylelikle sözleşmenin kurulması koşulunu biraz daha yumuşatan görüşlerin de bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır<sup>40</sup>. Öğretide ileri sürülen bir görüş, karşı edim üzerinde uyuşma olmadan sözleşmenin kurulduğunun kabul edilebilmesi için tarafların sonraki davranışlarından veya halin icabından bağlanma iradesinin varlığının kesin bir şekilde anlaşılması yani yapılan yorum sonucunda sözleşmenin iki tarafının da söz konusu sözleşmeyle bağlı kalmak istediklerinin anlaşılması gerektiğini, objektif esaslı noktadaki eksikliğe rağmen sözleşmenin kurulmuş olduğuna dair bağlanma iradesinin tespit edilmiş olması halinde hâkimin boşluğu tamamlayabileceğini ifade etmektedir<sup>41</sup>. Kanımızca da, tarafların kira süresini uzatan anlaşmalarındaki irade beyanlarından uzayan dönemde kira bedelinin değişeceği hususunda anlaşıklarının çıkarılması ancak bunun miktarını tespit etmemeleri halinde, uzayan dönemde de kiraya verenin kiralananı kiracının kullanımına bırakması, kiracının da kira bedelini ödemeye devam etmesi durumunda tarafların uzayan dönem için de sözleşme ile bağlanmak istedikleri kabul edilebilir. Bu noktada kiracının halen eski kira miktarını ödemesi ve kiraya verenin de bunu itirazsız kabul etmesi, dürüstlük kurallarına göre tarafların kira bedelinde değişiklik yapılmayacağı hususunda anlaşıklarının kabul edilebileceği bir süre devam etmediği sürece, kiraya verenin önceki kira bedelini kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

Kira sözleşmelerinde tarafların sadece kira bedeli ödenmesi karşılığında kullanımın devri hususunda anlaşmalarının kira sözleşmesinin kurulması için yeterli olabileceğinin kabulü halinde, kira bedelinin miktarı bakımından oluşan boşluğun tamamlanmasında, özellikle önceliğin yedek hukuk kurallarına mı yoksa hâkim tarafından tarafların farazi ortak iradesine göre yapılacak ta-

38 **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 433; **Kaplan, İbrahim**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 2007, s. 109; **Aksoy Dursun, Sanem**, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008, s. 59; bkz. **Akyol, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006, s. 40.

39 **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul, 2011; **Eren**, s. 209.

40 Bu hususta ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy Dursun, s. 62 vd.

41 Aksoy Dursun, s. 69, 81.

mamlayıcı yoruma mı verileceği hususu tartışmalı olmakla birlikte<sup>42</sup>, öğretideki hâkim görüş<sup>43</sup> sözleşme boşluklarının doldurulmasında, bir yedek hukuk kuralının bulunmaması durumunda örf ve adet hukuku kuralları, böyle bir kural da yoksa tarafların farazi iradesine göre hâkim tarafından yapılacak tamamlayıcı yorum yoluyla doldurulacağı yönündedir<sup>44</sup>. Türk Borçlar Kanunu, kira sözleşmesinin objektif esaslı noktası olan kira bedelinin belirlenmesi bakımından da, örneğin satım sözleşmesinde bu sözleşmenin objektif esaslı noktası olan satım bedelinin belirlenmesine ilişkin düzenlemenin benzeri bir hükme yer vermemiştir<sup>45</sup>. Hâkim, sözleşmeyi kendi koyacağı bir hükümle tamamlarken ise tarafların farazi ortak iradesinden hareket edecektir. Makul ve dürüst kimseler, bu sözleşmeyi yaparken boşluğu önlemek isteselerdi nasıl bir çözüm kabul edecekler idiyse bu çözüm, tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde varsayımsal ortak arzuları olarak kabul edilecektir<sup>46</sup>.

Zira tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında uyuşamadıkları ancak düzenlenmesini ileriye bıraktıkları yan noktalar hâkim tarafından işin özelliğine bakılarak tamamlanabilir (TBK madde 2/f.2). Yukarıda belirtilen görüş çerçevesinde tarafların özellikle ifa sürecini başlatmaları gibi sonraki davranışlarından bağlanma iradelerinin anlaşıldığı hallerde bu kuralın objektif esaslı noktalar bakımından da uygulanabileceği öğretide ileri sürülmüştür<sup>47</sup>. Özellikle, tarafların kira sözleşmesi devam ederken kira süresini uzatmak konusunda anlaşmaları ancak, kira bedellerinin ekonomik gelişmelere ve kiralananın niteliği ve çevresine göre değişim göstermesinin olağan olmasından dolayı ileride uygulanacak kira bedeli miktarını belirlemeyi daha sonra görüşülmek üzere

42 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Kaplan, s. 95–96; Atamer, Yeşim, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFİM, C. LXIII, S. 1-2, Y.2005, s. 178 vd.; Aksoy Dursun, s.110 vd.

43 Kaplan, s. 95 vd., 104; Oğuzman/Öz, s. 206 vd.; Eren, s. 433 vd.; bkz. Topuz/Topuz, s. 84.

44 Bu noktada TBK madde 2/f.2’de yer alan, sözleşmenin işin özelliğine göre tamamlanacağı yolundaki hüküm genel bir tamamlama hükmü olarak değil, sadece düzenlenmesi ileriye bırakılan yan noktaların ne şekilde tamamlanacağını gösteren bir hüküm olarak kabul edilmektedir. Kaplan, s. 93, 104; Eren, s. 434–435.

45 Zira TBK madde 223/f.1’e göre, alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır. Yargıtay da 18.11.1964 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında: “... karşılıklı borçları kapsayan sözleşmelerde karşılıklı borçlardan birisinin sözleşme yapanlarca belli edilmemesi halinde bu borç mahkemece rayiç esas tutularak belli edilir. Nitekim bir satım sözleşmesinde mal parası yahut kira sözleşmesinde kira parası, hizmet sözleşmesinde işçi parası, istisna sözleşmesinde ise iş parası belli edilmiş değilse bu karşılıklar, rayice göre hükmedilir. Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir...” demektedir. Bu karar öğretide, Yargıtay’ın bu görüşüne katılabilmek için esaslı nokta teşkil eden edimlerin ya bir kanun hükmüne ya da tarafların ileride objektif kistaslara dayalı olarak mahkemece veya taraflardan birisince ya da üçüncü bir şahıs tarafından belirlenebilir nitelikte olması gerektiği belirtilerek eleştirilmiştir, Eren, s. 208.

46 Oğuzman/Öz, s. 206; bkz. Kaplan, s. 93; bkz. Atamer, s. 179.

47 Bkz. Aksoy Dursun, s. 158.

saklı tutmaları sıkça rastlanan bir durumdur. Bu durumda tarafların sözleşmeye bağlanma iradesi de varsa, kira bedellerinin miktarının belli olmamasından dolayı bu anlaşmayı da geçersiz saymak doğru olmayacaktır<sup>48</sup>.

Türk Borçlar Kanununun kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümleri, esas olarak, kira sözleşmesinin yenilenmesi halinde uygulama alanı bulur<sup>49</sup>. Belirli süreli kira sözleşmelerinde, kira sözleşmesinin, sürenin sonunda kendiliğinden sona ermeyip, aynı koşullarla uzamış sayılması imkânı Türk Borçlar Kanununda sadece konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından kabul edilmiştir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiralari Hakkında Kanun zamanında Yargıtay da kira bedelinin tespitini, kira sözleşmesinin yenilenmesiyle ilişkilendirmekteydi. Bu açıdan örneğin, kira süresinin bir yıldan uzun belirlendiği sözleşmelerde, kira süresi içerisinde, kira bedelinin belirlenmesi davasının açılmayacağını ifade etmekteydi<sup>50</sup>. Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin birinci fıkrasında da açıkça “yenilenen kira dönemlerinden” bahsedilmiştir. Bununla birlikte aynı fıkranın son cümlesinde<sup>51</sup> ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında kira sözleşmesi yenilenirse de bu hükümlerin uygulanabileceği haller vardır. Bu hususa ileride daha ayrıntılı olarak değinilmiştir.

Türk Borçlar Kanununun kira bedelinin belirlenmesini düzenleyen hükümlerinin, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde de uygulanıp uygulanamayacağı noktasında, öğretide farklı görüşler vardır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, konut ve çatılı işyeri kirası niteliğindeki belirsiz süreli kira sözleşmeleri bakımından da, Türk Borçlar Kanununun 347'nci maddesinin ikinci fıkrası dikkate alındığında<sup>52</sup> bu maddede öngörülen on yıllık sürenin dolmasından itibaren kiraya verenin de kira sözleşmesini sebep göstermeksizin fesih bildirimini ile sona

- 
- 48 Kiracı ve kiraya verenin sözleşmenin yapıma aşamasında açıkça bir bedel belirlemeyip, daha sonra belirlemeleri hususunda anlaşmış olmaları ancak sonradan aralarında anlaşamamaları durumunda kira bedelinin mahkemece belirlenmesinin mümkün olduğu yolunda, **Özer, Tülay**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Kira Tespit Davasının Niteliği,” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, C. VIII, Sayı 2, Y.2011- C. IX, S. 1, Y. 2012, s. 104. Tarafların üzerinde durdukları konunun düzenlenmesini ileriye bırakmaları ancak daha sonra bu düzenlemeyi yapmada anlaşamamaları durumunda, hakim TBK madde 2/f.2 gereğince işin özelliğini dikkate alarak sözleşme boşluğunu dolduracaktır, **Oğuzman/Öz**, s. 207.
- 49 **Yavuz/Acar/Özen**, s. 278.
- 50 HGK, T.9.2.2005, E. 2005/3-23; K. 2005/48 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); HGK, T. 8.12.2004, E. 2004/3-718; K. 2004/644 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); HGK, T.12/12/1990; E. 3-527;K. 627; 3. HD, T.13.11.1990; E.6350; K. 9176 **Karahasan, Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, C. 1, İstanbul, 2002, s. 729.
- 51 Zira bu cümlede, TBK madde 344/f.1'de yer alan düzenlemenin bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanacağı ifade edilmiştir.
- 52 TBK madde 347/f.2'ye göre, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından 10 yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler.



erdirebilme imkânı bulunduğundan, on yıllık süre içinde kira bedelinin belirlenmesi davası açılabilir; on yıllık süre dolduktan sonra ise bu dava açılmaz<sup>53</sup>. *Yavuz/Acar/Özen* ise, kira sözleşmesinin yenilenmesinin ancak belirli süreli kira sözleşmelerinde mümkün olması itibarıyla, kira bedelinin belirlenmesinin belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarında olabileceğini ifade etmektedir<sup>54</sup>.

### III. Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanması

Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1'nci maddesine 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 gerçekleşmişse, 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 düzenlemeye göre kural olarak, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce kurulmuş sözleşmelere 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu uygulanmaya devam etmekle (eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi)<sup>55</sup> birlikte; istisna olarak temerrüt, sona erme ve tasfiye bakımından Türk Borçlar Kanunu derhal yürürlüğe girecektir. Bununla birlikte, aynı Kanunun 2'nci maddesinde, Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı dü-

53 Gümüş, s. 70; *Akyiğit* de, TBK madde 344/f.1'deki düzenlemeyle ilgili olarak yaptığı açıklamalarda, sözleşmenin belirsiz süreli olması durumunda ilk belirlemenin bir yıl için geçerli olduğunu; izleyen yıllar için kira bedelinin TBK madde 344/f.1 kapsamında belirleneceğini ve sonraki belirlemelerin de bir yıl süreli olacağını ifade ederek, bu hükmün belirsiz süreli kira sözleşmelerinde de uygulanabileceğini ifade etmiştir. *Akyiğit, Ercan*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Ankara, 2012, s. 153; Yavuz da, bu durumda saptanacak kira parasının geçerli olacağı tarihin TBK madde 328 hükmü dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği görüşündedir, bkz. *Yavuz, Nihat*, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, Ankara, 2012, s. 283; 6570 sayılı Kanun zamanında Yargıtay'ın belirsiz süreli kira sözleşmelerinde de kira bedelinin tespiti davası açılabilceği ve davacının Borçlar Kanununun 262'nci(TBK madde 328) maddesi gereğince ihbar yapması durumunda ihbarın tebliğ tarihi ve kira sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı günün yeni dönem başlangıcı kabul edilerek kira sözleşmesinin başlangıç tarihi ile yeni dönemin başladığı tarihe kadar toptan eşya fiyat endeksindeki artışın her kira yılına yansıyan bölümleri toplamı kadar kira ilişkisinin kurulduğu tarihteki ilk kira parasının artırılması gerektiği yönündeki kararı için bkz, 3. HD, T. 28.1.1982; E. 82; K. 344, *Erdoğan*, s. 1509.

54 *Yavuz/Acar/Özen*, s. 278.

55 *Baysal, Başak*, "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü", İÜHF, C. LXX, S. 1, s. 232. Nitekim kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak ileri sürülen modern teori, klasik teorinin, yürürlüğe giren kanunun kazanılmış haklara etki edememesi olarak anladığı kanunun geçmişe etkili olmaması ilkesini, kanunun kazanılmış hakka değil, tamamlan-

zenlenmiştir<sup>56</sup>. Bu açıdan Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ilişkin hükümleri, derhal yürürlüğe girecektir.

Sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla getirilmiş kurallar da kamu düzeninden sayılacaktır<sup>57</sup>. Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmelerinde kiracıyı koruyan hükümleri de kamu düzenine ilişkin olduğundan<sup>58</sup>, bu nitelikteki kuralları derhal yürürlüğe girecektir. Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümler de kiracıyı koruma amacıyla getirilmiş hükümlerdir. Bu açıdan, Türk Borçlar Kanununun kira bedelinin belirlenmesine ilişkin 344 ve 345'nci maddeleri de 01.07.2012 tarihinden itibaren derhal yürürlüğe girecektir. Öğretide, kiracının korunmasının, önceki Borçlar Kanunu zamanında kurulan bir kira sözleşmesi için mutlak olarak Türk Borçlar Kanununun uygulanmasını gerektiren bir kamu yararı oluşturmayacağı ileri sürülmüş ve özellikle Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun tasarısının ilk halinde "Özel Durumlara İlişkin Hükümler" başlıklı ikinci bölümde yer alan ve Türk Borçlar Kanunun kira sözleşmesine ilişkin maddelerinin kiracıyı koruyucu nitelikteki hükümlerinin Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kira sözleşmelerine de uygulanacağı hükmünü getiren "kira sözleşmesi" başlıklı madde 9/f.1'in<sup>59</sup> sonradan tasarıdan çıkartılmasıyla,

---

miş bir hukuki duruma müdahale edememesi olarak kabul etmektedir. Zira modern teoriye göre, önceki kanun zamanında doğan ancak yeni kanun zamanında da etkilerini sürdürmeye yani hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eden hukuki durumlar bakımından, yeni kanunun derhal yürürlüğü ve eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkeleri yarışmaktadır. Bu iki ilkeden hangisinin uygulanacağına karar verilirken ise hukuki durumun meydana gelmesinde bireylerin iradesinin mi yoksa kanun koyucunun iradesinin mi ön planda olduğuna bakılır. Zira sözleşmeler esasen bireylerin iradelerinin ön planda tutulduğu durumlardan olduğundan, taraf iradelerinin olduğu zaman yürürlükte bulunan kanunun yürürlükte kalmaya devam etmesi yani eski kanunun yürürlükte kalması ilkesine öncelik vermek gerekecektir, **Baysal**, s. 228, 230; ayrıca bkz. **Gümüş**, s. 5-7; ancak istisnai olarak, taraf iradelerinin ön planda olduğu sözleşmelerden özellikle zayıf tarafı koruyan yeni kanun hükümlerinin derhal yürürlüğe girmesi ilkesi geçerli olabilir, **Baysal**, s. 230; *Oğuzman/Barlas*, yürürlükten kalkan bir kanunun, kendi yürürlük döneminde iktisap edilen haklara veya durumlara uygulanmaya devam olunması durumunda, yeni kanunun eskiye etkili olmaması değil, eski kanunun yeni kanun zamanında da etkisini sürdürmesi söz konusu olduğunu ifade etmekte ancak eski kanunun yeni kanun zamanında etkisini devam ettirmesinin kazanılmış haklar için söz konusu olduğunu belirtmektedir, **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, İstanbul, 2007, s. 65. Klasik ve modern teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal, Başak**, "Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 475 vd. (Zaman Açısından Yürürlük).

56 Bu hükmün başlığına rağmen, kamu düzeninden olan kanunların derhal yürürlüğü ilkesinin uygulanacağı belirtilmesinden ibaret olduğu yönünde, **Baysal**, s. 236.

57 **Baysal**, s. 230.

58 **İnceoğlu/Baş**, s. 542.

59 Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun tasarısının ilk halinde "Özel Durumlara İlişkin Hükümler" başlıklı ikinci bölüm altında sadece kira sözleşmesine ilişkin değil, aynı zamanda genel işlem koşulları, kısmi ödemeli satışlar, hizmet sözleşmeleri ve kefalet sözleşmelerinin yürürlüğü bakımından da özel dü-

önceki Borçlar Kanunu zamanında yapılan ve hüküm ve sonuçlarını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu zamanında da doğurmaya devam eden kira sözleşmeleri bakımından Türk Borçlar Kanununun kiracıyı koruyucu hükümlerinin uygulanmasının engellendiği ifade edilmiştir<sup>60</sup>. Ancak bu görüş dahi, Anayasa Mahkemesi'nin 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna 4531 sayılı Kanunla eklenen geçici 7'nci maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde kira bedelindeki artışı 2000 yılında %25, 2001 yılında ise %10 ile sınırlayan hükümlerinin Anayasaya aykırılığıyla ilgili olarak verdiği 16.11.2000<sup>61</sup> ve 19.7.2001<sup>62</sup> tarihli kararlarındaki gerekçeler dikkate alındığında kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlerin kamu düzeniyle ilgili olduğunun kabulü gerekeceğini ifade etmiştir<sup>63</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 6570 sayılı Kanuna 4531 sayılı Kanunla eklenen geçici 7'nci maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki "2001 yılında ise yıllık %10" ibresinin Anayasaya aykırılığını incelediği davada esasen, "*ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makul bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözeticilerle taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmadığını*" ifade etmiştir. Yargıtay da 6570 sayılı Kanun zamanındaki içtihatlarında, kira bedelinin belirlenmesini kamu düzeni ile ilgili görmektedir<sup>64</sup>.

Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 7'nci maddesi gereğince, "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76'ncı, faize ilişkin 88'nci, temerrüt faizine ilişkin 120'nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138'nci maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır." Bu kapsamda kamu düzenine ilişkin olan kira bedellerinin belirlenmesine ilişkin Türk Borçlar Kanununun 344 ve 345'nci maddeleri de görülmekte olan davalarda uygulanacaktır.

---

zenlemeler vardı.(bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0674.pdf>). Ancak bu bölüm daha sonra tasarıdan çıkartılmıştır.

- 60 **Gümüş**, s. 8. Buna karşılık tasarının ilk halinde yer alan bu hükmün yasalasamış olmasının, kanun koyucunun her sözleşme tipinde yürürlük hukuku ilkelerinin tekrarlanmasından kaçınmasından doğduğu ve hükmün yasalasamış olmasının kira sözleşmelerinde yürürlük hukuku ilkelerinden zımnen sapma gösterdiği şeklinde yorumlanamayacağı yönünde, Baysal, s. 241; aynı yönde İnceoğlu/Baş, s. 543.
- 61 Bkz. Anayasa Mahkemesi, T.16.11.2000; E. 2000/26; K. 2000/48, RG, T. 15.3.2002; S. 24696.
- 62 Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 19.7.2001; E. 2001/303; K. 2001/333, RG, T. 15.9.2001, S. 24524
- 63 **Gümüş**, s. 13.
- 64 HGK, T. 20.2.1985; E.1983/3-265; K. 1985/110 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); HGK, T. 18.05.2011; E. 2011/3-283; K. 2011/333([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

#### **IV. Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğünün Ertelenmesine İlişkin Olarak 6217 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Getirilen Hükümler**

6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun<sup>65</sup> geçici 2'nci maddesiyle, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, düzenlemede sayılan Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmelerine ilişkin bazı maddelerinin ve bu arada 345'nci maddesinin de 01.07.2012 tarihinden itibaren beş yıl süreyle uygulanmayacağı düzenlenmişti. Maddenin son cümlesinde ise bu halde, kira sözleşmelerinde, bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmişti. Belirtmek gerekir ki, 6217 sayılı Kanunun geçici 2'nci maddesi, bu Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclis'indeki görüşmeleri esnasında verilen bir önergeyle Kanuna eklenmiştir.

6353 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"<sup>66</sup> ise 53'ncü maddesiyle 6217 sayılı Kanunun geçici 2'nci maddesini değiştirmiştir. Yeni düzenleme şu şekildedir: "Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." Maddenin gerekçesinde, düzenlemenin amacının, maddenin önceki halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa yapılan hatalı atıfların düzeltilmesi olduğu ifade edilmiştir.

Aslında bu düzenleme kanun teklifinde, "Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346, 347 ve 354'ncü maddeleri 1.7.2012 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur." şeklindeydi. Plan ve Bütçe Komisyonu'nun kabul ettiği metinde ise geçici 2'nci madde, "Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098

65 RG, T. 14.4.2011, S. 27905.

66 RG, T. 12.7.2012, S. 28351.

sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346, 347 ve 354'ncü maddeleri 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur" şeklindeydi. Meclis Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında verilen önerge üzerine, maddede geçen 347 ibaresi metinden çıkartılmış ve maddenin sonuna "kira sözleşmelerinde hüküm bulunmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır" ibaresi eklenmiştir.

Geçici 2'nci madde son haliyle, daha önceki düzenlemede Türk Borçlar Kanunu'na yapılan yanlış atıfları düzenlemenin dışında, önceki düzenlemede yer alan beş yıllık erteleme süresini sekiz yıla çıkarmıştır. Ayrıca maddeye eklenen son cümleyle kira sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde yürürlükten kalkmış olan Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanununun kira bedelinin belirlenmesine ilişkin 344'ncü maddesi, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler<sup>67</sup> ile tacir niteliği taşımaları bile özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralaları için 01.07.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle uygulanmayacaktır. Geçici madde 2'ye göre, bu durumda sözleşme serbestisi gereği, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşmedeki düzenlemeler uygulanacaktır. Bir düzenleme bulunmaması durumunda ise yürürlükten kalkmış olan 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bu noktada, öğretide, ertelenen hükümlerden bazılarının dayanağının 818 sayılı Borçlar Kanunu değil, yine yürürlükten kalkan 6570 sayılı Kanun olduğu belirtilerek, burada kanun koyucunun ihmeline dayalı bir kanun boşluğu olduğu ve hükmün 818 sayılı Borçlar Kanunu yanında 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunu da kapsadığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>68</sup>.

Kanun koyucunun geçici 2'nci maddede, kira bedelinin belirlenmesi bakımından uygulanacak hükümleri belirleme yetkisini sözleşme serbestliği ve sınırları çerçevesinde öncelikle tarafların iradesine bıraktığı görülmektedir. Taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olmaması durumunda ise kira bedelinin belirlenmesi bakımından, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu gibi, aslında on birinci maddesindeki düzenlemeyle kira bedelinin belirlenmesi gerekliliğine de bir bakıma temel teşkil eden yürürlükten kalkan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda da bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak kira bedelinin belirlenmesini kamu düzeni ile ilgili gören Yargıtay, 1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda bu boşluğu doldurmaktaydı. Geçici 2'nci madde düzenlemesi kapsamına giren çatılı işyeri kiralaları

67 Kiracı tacirin gerçek veya tüzel kişi olması önem taşımayacaktır, **Gümüş**, s. 16.

68 **Gümüş**, s. 17.

bakımından da<sup>69</sup> hâkimin kanun boşluğunu 1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda doldurarak, kira bedelini belirleyeceği ve bu açıdan çatılı işyeri kiralari bakımından sekiz yıl süresince -Yargıtay'ın uygulaması değişmediği sürece-, 6570 sayılı Kanun zamanındaki yerleşik uygulamasının devam edeceği söylenebilir<sup>70</sup>.

Bununla birlikte Yargıtay 6570 sayılı Kanun zamanında kira bedelinin belirlenmesini kamu düzenine ilişkin görerek, taraflar arasında kira bedeline ilişkin olarak düzenlenen sözleşme hükümlerine de müdahale etmekteydi<sup>71</sup>. Bu bakımdan geçici 2'nci madde kapsamına giren konularda sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı yönündeki düzenlemeyi de bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Bu açıdan Yargıtay 3'ncü Hukuk Dairesinin özellikle taraflar arasındaki kira bedelinin artış miktarına ilişkin anlaşmayı ilk yenileme dönemi için geçerli sayan kararlarını geçici 2'nci madde kapsamına giren kira sözleşmeleri bakımından sürdürüp sürdürmeyeceği zaman içinde görülecektir. Bununla birlikte, kanun koyucunun geçici 2'nci madde kapsamındaki kira sözleşmelerini kira bedelinin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerden sürekli olarak ayrı tutmaması, bu kira sözleşmeleri bakımından da kiracının korunması eğiliminde olduğunun göstergesidir. Esasen bu kira sözleşmeleri bakımından ilk olarak 6217 sayılı Kanunla getirilen beş yıllık erteleme, Kanunun meclis görüşmeleri sırasında verilen bir önerge ile eklenmiş, meclis görüşmelerinde ise bu ertelemenin gerekçesi, gelen bir soru üzerine “uzun vadeli finansman sorunlarını aşmak amacıyla” şeklinde ifade edilmiştir<sup>72</sup>. Bu kanunun aslında alışveriş merkezlerinin yoğun lobisi üzerine çıktığı da bir gerçektir<sup>73</sup>. Özellikle tacir niteliğindeki kiracıların ekonomik olarak dar gelirli konut kiracısına nazaran daha güçlü olduğu söylenebilmekle birlikte, öğretide de ifade edildiği üzere, kiracının korunmasının nedeni ekonomik olarak zayıf durumda olması değil, pazarlık güçlerinin bulunmaması ve bu nedenle irade serbestisi ilkesinin zedelenmesidir. İşyeri kiralalarında kiracı

69 Zira çatılı olmayan işyeri kiralari TBK madde 339 kapsamında değildir. Bu açıdan TBK madde 344 bu tür kira sözleşmeleri bakımından zaten uygulama bulmayacak, bu sözleşmeler hakkında TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır.

70 Aynı yönde, **Gümüş**, s. 20, yazar, TBK madde 344 hükmü bakımından, Geçici madde 2 kapsamındaki çatılı işyeri kiralalarında, kira bedelinin tespiti bakımından, Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanunun yürürlüğü sırasındaki kanun boşluğunu doldurma uygulaması ile kurduğu başarılı kira tespit sisteminin, uzayan bir yıllık kira dönemine ilişkin kira bedelinin tespit edilmesi bakımından, erteleme süresi içerisinde aynen uygulama bulacağını ifade etmektedir.

71 Örneğin taraflar arasındaki yenilenen kira dönemlerindeki kira artışlarının hangi oranda olacağına ilişkin olarak yapılan anlaşmaların tarafları sadece ilk yenileme dönemi için bağladığını kabul ediyordu, HGK, T.12.12.1990; E. 3/527; K. 627, **Karahasan**, s. 732-733.

72 Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 23. Dönem 5. Yasama Yılı 85. Birleşim 31.3.2011, s. 32 ([http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=20907&P5=B&PAGE1=32&PAGE2=32](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20907&P5=B&PAGE1=32&PAGE2=32)).

73 Bkz. **Gümüş**, s. 14.

ekonomik olarak daha güçlü olabilmekle birlikte, ticari faaliyetini sürdürebileceği işyeri bulmakta güçlük çekmesi, pazarlık gücü kalmaması sebebiyle de irade serbestisi ilkesi zedelenebilir<sup>74</sup>.

Son olarak, kira bedelinin belirlenmesi davasının açılma zamanı ile ilgili 345<sup>nci</sup> madde bakımından bir erteleme getirilmediğinden, bu hükmün uygulama alanı bulacağı da belirtilmelidir<sup>75</sup>.

## **V. Kira Bedelinin Belirlenmesi Esasları**

### **A- Kira Bedelinin Türk Parası Olarak Kararlaştırılması Durumunda aa- Tarafların Yenilenen Kira Dönemlerinde Uygulanacak Kira Bedeli Üzerinde Anlaşmış Olmaları Durumunda (TBK madde 344/f.1)**

#### **aaa. Genel Olarak**

TBK madde 344/f.1'e göre, *“Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır.* Bu maddeye göre, kira sözleşmesinin tarafları, yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedellerini belirlemişlerse, bu anlaşma ancak TBK madde 344/f.1'de yer alan sınırlama kapsamında geçerli olabilecektir. Taraflar arasında, yenilenen kira dönemleri için belirlenen kira bedelleri, bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki<sup>76</sup> artış oranını hiçbir şekilde geçemeyecektir.

Kira sözleşmelerinde ilk yıla ait kira bedeli belirlendikten sonra, gelecek dönemlerdeki artış oranları da sözleşmede belirtilebilmektedir. Ancak özellikle konut ve işyerine duyulan ihtiyaç nedeniyle kiracı daha başlangıçta gelecek kira dönemlerine ilişkin yüksek orandaki artırımları kabul etmek zorunda kalabilmektedir<sup>77</sup>. TBK madde 344/f.1'de yer alan düzenlemenin amacı da, kiracı aleyhine oluşabilecek böyle durumları önlemek olsa gerektir.

Bu itibarla, taraflar kira bedelinin her yıl belirli bir oran veya miktarda artırılmasını kararlaştırmış olsalar bile, bu artış oranının bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranından daha fazla olması durumunda, kira artışı üretici fiyat endeksi oranında gerçekleşecektir<sup>78</sup>. *Örneğin*, bir yıl süreli bir kira sözleşmesinde, taraflar kira bedelini 800 TL olarak kararlaştırmışlar ve

74 Akıncı, Şahin, “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 40, 41.

75 Bkz. Gümüş, s. 20.

76 Maddenin gerekçesinde, “uygulamada uzun bir süreden beri Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından yayımlanan toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranı göz önünde tutulmuş olmakla birlikte, adı geçen Enstitüce bir süreden beri bu endeks yerine üretici fiyat endeksindeki artış oranları yayımlandığı için, kira bedelinin belirlenmesinde objektif bir ölçüt olarak üretici fiyat endeksindeki artış oranından yararlanılmasının benimsendiği” belirtilmiştir.

77 Ayrıca bkz. Aydemir, Efrail, s. Kira Hukuku, Ankara, 2012, s. 230.

78 İnceoğlu/Baş, s. 527.

yenilenen kira dönemi için %20 oranında artış öngörmüşlerse, %20 oranındaki artış ancak sona eren kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmiyorsa geçerli olacaktır. Örneğin sona eren kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranı %10 ise, yeni dönemdeki kira bedeli tarafların sözleşmede kararlaştırdığı %20'lik artış oranı üzerinden değil, %10 üzerinden hesaplanacak ve yeni dönemde kira bedeli 880 TL olacaktır. Tarafların yenilenen dönemdeki kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmiyorsa, kira bedeli, taraflar arasındaki anlaşmaya göre tespit edilecektir.

Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1'de yer alan düzenleme, kira bedelinin belirlenmesinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlı bir biçimde uygulanacağına işaret etmektedir<sup>79</sup>. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun zamanında ise tarafların kira sözleşmesinde yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeli bakımından bir miktar veya bir artış oranı tespit etmeleri durumunda, Yargıtay 3'ncü Hukuk Dairesi, yerleşik kararlarında<sup>80</sup> tarafların kararlaştırdıkları miktar veya artış oranının sadece yenilenen ilk dönem için geçerli olduğunu kabul etmekteydi<sup>81</sup>. 6. Hukuk Dairesinin ise taraflarca kira

79 Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 279.

80 "... Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, kira sözleşmesindeki artış şartı yenilenen ilk dönemde tarafları bağlar. Tespiti istenilen dönem ilk dönem olmadığından sözleşmedeki artış şartı esas alınarak, kira tespiti yapılması doğru değildir..." , HGK, T. 6.7.2005, E. 2005/3-396, K. 2005/443([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); aynı yönde: 3.HD, T. 29.1.2004; E. 2004/352; K. 2004/535; 3.HD, T. 1.4.2008, E. 2008/2841; K. 2008/5706 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); 3. HD, T.22.2.2010, E. 2010/1309, K. 2010/2674 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); 3.HD, T. 29.3.2010, E. 2010/3718; K. 2010/5224 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); HGK, T. 12.12.1990, E. 3/527; K. 627, **Özkan, Hasan**, Açıklamalı-İçtihatlı Tahliye ve Kira Tespiti Davaları ve Tabkikatı, İstanbul, 2007, s. 1136; Yargıtay eski tarihli bazı kararlarında ise kira sözleşmesindeki artış oranları ve yöntemlerinin geçersiz olduğunu kabul etmekteydi, 3. HD, T. 28.3.1985; E.1866;K. 2104, **Karahasan**, s. 731; yine kira sözleşmesindeki kira parasının artırılmayacağına ilişkin kaydın da ancak bir dönem tarafları bağlayacağı; sonrasında kanun gereği yenilenen kira yıllarında bu hükmün uygulanmayacağı yolunda, 3. HD, T. 27.6.1983; E. 2801/K. 2978, **Yavuz**, (Yargıtay Kararlarındaki Gelişimin Sistematik Açıklaması), s. 147.

81 HGK'nun 12.12.1990 tarihli kararı da bu yöndedir. "... 18.11.1964 günü, 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile, tarafların sözleşme süresince kararlaştırabilecekleri kira parasına müdahale edilmeyerek, ancak akdin sona ermesiyle başlayan "yeni dönemde" kira parasının hakim tarafından belirleneceği kararlaştırılmıştır. Bu kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir. Bu durumda, taraflar kira sözleşmesinde, akdin süresinin sona ermesinden sonra yasa gereği yenilenen dönem için bir kira parası saptanmış ya da saptamaya esas olacak yöntemler belirlemiş iseler, bunlar geçersiz olup, onun yerine tevhidî içtihadın kabul ettiği esasın geçeceği, bu kabulün doğal sonucu olacaktır. GKHK'un sözleşmenin aynı şartlarla bir yıl uzatılmış sayılacağını öngören 11. maddesi karşısında, "aynı şartlarla" yenilenme durumunun sadece ilk yıl için söz konusu olduğu ve bu nedenle taraflar bu ilk yenilenen yıl için kira parasının tespitinde uygulanacak yöntem konusunda bir şart kabul etmişler ise, bu şartın yalnız ilk yıl için olmak üzere geçerli olacağı kabul edilmelidir. Böyle bir kabulün kira parasının saptanmasına dair özel şartın yenilenen diğer dönemlerde geçerli olmayacağına ilişkin yukarıda belirtilen görüşe ters düşmediği açıktır..." HGK, T. 12.12.1990; E. 3-527; K. 627, **Karahasan**, s. 733.



sözleşmesinde kararlaştırılan artış koşullarının, tarafları bağlayıcı nitelikte olduğu yönünde kararları bulunmaktadır<sup>82</sup>. Bu yönden Yargıtay uygulamasında da çelişkiler olduğu görülmektedir. Hukuk Genel Kurulu bir kararında taraflar arasındaki yenilenen dönemlerdeki kira bedeline ilişkin anlaşmaların geçerli olmayacağı ve bu anlaşmalar yerine 1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararındaki esasların geçerli olacağı ilkesini belirttikten sonra<sup>83</sup> aynı kararda, taraflar arasındaki anlaşmanın ilk yenilemede geçerli olacağını kabul etmiştir. Kararda bu görüşün gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: "...GKHK'nın sözleşmenin aynı şartlarla bir yıl uzatılmış sayılacağını öngören 11. maddesi karşısında, "aynı şartlarla" yenilenme durumunun sadece ilk yıl için söz konusu olduğu ve bu nedenle taraflar bu ilk yenilenen yıl için kira parasının tespitinde uygulanacak yöntem konusunda bir şart kabul etmişler ise, bu şartın yalnız ilk yıl için olmak üzere geçerli olacağı kabul edilmelidir...". Ancak yürürlükten kalkan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda aynı koşullarla yenilenme durumunun sadece ilk yıl için olduğu yolunda bir hüküm olmadığı gibi uygulamada da bu şekilde kabul edilmemekteydi<sup>84</sup>. Bu açıdan Yargıtay'ın söz konusu gerekçesi haklı değildir.

Türk Borçlar Kanununda ise, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları kira bedelinin uygulanabilmesi bakımından süre yönünden bir sınırlandırma yapılmamakla birlikte, kararlaştırılan artış oranının miktarı bakımından bir sınırlandırma getirilmiştir. Buna göre, taraflar arasında yenilenen dönemlere ilişkin olarak kararlaştırılan kira bedeli ya da artış oranı, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla, sadece yenilenen ilk dönem değil, -kira bedelinin hâkim tarafından Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre belirlenebileceği beş yıllık süre geçinceye kadar- daha sonraki dönemler için de geçerli olacaktır. Aşağıda da ifade edileceği üzere, 6570 sayılı Kanun zamanında Yargıtay, kira sözleşmesindeki artış şartının yenilenen ilk dönem için tarafları bağlayacağından yola çıkarak, sözleşmedeki artırıma ilişkin özel koşul uygulandıktan sonra ard arda iki dönem toptan eşya fiyat endeksine göre, sonraki dönem için hak ve nesafet ilkesine göre artış yapılarak kira bedelinin tespit edilmesi gerektiğini ifade etmekteydi<sup>85</sup>. Yargıtay, toptan eşya fiyat endeksine göre belirlenecek artışın da özellikle enflasyonun oldukça yükseldiği bir dönemde verdiği kararlarında, yüksek enf-

82 "... Öte yandan sözleşmedeki artış şartı kira ilişkisi boyunca ve her yenilenen dönem için geçerli olduğundan kira ve alacak miktarının buna göre belirlenmesi gerekir..." 6. HD, 23.5.2005, E. 2005/3651, K. 2005/5261, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); 6.HD, T. 21.2.2012; E. 2011/14413, K. 2012/2552 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); 3.HD, T.14.4.2011; E. 2011/1988; K. 2011/6353([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); ayrıca bkz. Gökçe, Erdoğan, "Kira Hukukunda Özel Kurallar", İBD, C.80, S. 1, Y.2006, s. 141

83 HGK, T. 12.12.1990; E. 3/527; K. 627, **Karahasan**, s. 733.

84 Bkz. **Karahasan**, s. 735; bu kararın ayrıntılı eleştirisi için bkz. **Karahasan**, s. 735.

85 3. HD, T. 11.4.1996; E. 3773; K. 4694, **Erdoğan**, s. 1472.

lasyon karşısında gelirindeki artış endeksteki artışın gerisinde kalan dar gelirli kiracıların da durumunu dikkate alarak, hakkaniyet gereği %65'i geçemeyeceğini kabul etmekteydi<sup>86</sup>.

Özetleyecek olursak 6570 sayılı Kanun zamanında Yargıtay 3'ncü Hukuk Dairesi yerleşik kararlarında, taraflar arasında yenilenen dönemlerdeki kira artışlarına ilişkin anlaşmaları sadece ilk yenileme dönemi için geçerli kabul ettiğinden, sonraki (iki) yenileme döneminde kira bedelini belirlerken toptan eşya fiyat endeksini dikkate almakla birlikte, bu endeksi %65 oranı ile sınırlı olarak uyguluyordu. Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1 hükmüne göre ise taraflar arasında yenilenen dönemlerdeki kira artışına ilişkin anlaşma olması durumunda, bu anlaşma sadece ilk yenileme döneminde değil Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin üçüncü fıkrası kapsamındaki beş yıllık süre doluncaya kadarki tüm yenileme dönemlerinde üretici fiyat endeksindeki artış geçmemek koşuluyla geçerli olacaktır. Böylelikle kira sözleşmesindeki artış koşullarının yenilenen dönemlerdeki geçerliliği bakımından yargı kararlarındaki çelişki giderilmiştir. Ancak şu anda ekonomik veriler daha istikrarlı olmakla birlikte, ileride ekonominin istikrarsızlaşması ve üretici fiyat endekslerinde ciddi artışlar olması durumunda, taraflar arasındaki yenilenen kira dönemlerindeki kira artışına ilişkin olarak kararlaştırılan, üretici fiyat endeksinin altında olmakla birlikte üretici fiyat endeksindeki artış oranına çok yakın olan bir artış oranının, 6570 sayılı Kanun zamanında Yargıtayca kabul edilen %65 ile sınırlı artırıma benzer bir uygulama yapılarak sınırlandırılması imkânı esasen olmayacaktır. Bu durum da kiracının önceki uygulamalara nazaran daha aleyhine bir durum oluşturabilecektir<sup>87</sup>.

Bu noktada, Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesi öğretide<sup>88</sup>, ekonomik koşulların değişmesi ihtimali dikkate alınmadan hazırlandığı, ilerleyen zamanlarda özellikle enflasyonun piyasa etkisinin öngörülebilmemesinin güç olduğu ve ekonominin değişkenliği nedeniyle endeksin dikkate alınmasının

86 Yargıtay kararlarında bu uygulamanın gerekçesi şu şekilde ifade edilmektedir: "...Gelirlerindeki artış, endeksteki artışın altında kalan ve büyük bir çoğunluğu teşkil eden kiracıların yaşamlarının korunması ve kira parasını ödeyemez duruma sokulmalarındaki kamu yararı ve kiralayanın aynı dönemde taşınmaz malındaki değer artışı ve bunun miktarı da dikkate alınarak; endeksteki artışın gelirdeki artışın çok üstünde olduğu ve normal kazanç ölçülerini de aştığı dönemlerde, bir yarar denkleştirmesi sağlayabilmek için, ileri sürülüp kanıtlanmış özel bir neden bulunmayan hallerde, toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranının bir bölümünün yansıtılarak yeni dönem kira parasının tespiti hak ve nesafet kurallarını da uygun düşer..." HGK, T. 20.9.1995; E. 539; K. 766, **Erdoğan**, s. 1450.

87 Tarafların yenilenen kira dönemlerindeki artış miktarı hususunda anlaşmalarını durumunda ise TBK madde 344/f.2 gereğince, hâkimin hakkaniyete göre üretici fiyat endeksindeki artış oranından daha az bir oran belirleyebilme imkânı vardır.

88 **Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehmet/Yaşar, Mert/Koç, Sedef**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, Mayıs 2005, s. 186.

menfaatler dengesi açısından istenilen sonucu sağlayamayacağı, hatta kiracıların bile mağduriyetine yol açabileceği ifade edilerek eleştiriye uğradığı da belirtilmelidir. Öğretide, Yargıtay'ın günün koşullarına göre içtihatları aracılığıyla kira bedeli konusunu düzenlemesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>89</sup>. Yargıtay'ın, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 2 ve 3'ncü maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden sonra günümüze kadar gelen uygulamasında, kiracı ve kiraya veren arasındaki menfaat dengesini sürekli olarak değişen ekonomik koşullar nedeniyle dengelemek için kira bedelinin belirlenmesi hususunda günün ekonomik koşullarına göre değişen kıstaslar uyguladığı görülmektedir. Bu da kira bedelinin belirlenmesi konusunun ekonomik ve sosyal koşullarla ne denli bağlantılı olduğunu göstermeye yeterdir. Ekonomik koşulların sürekli olarak değişen bir yapıya sahip olduğu düşünüldüğünde, kira bedelinin belirlenmesinin Kanunla düzenlenmesinden ziyade mevcut uygulamada olduğu gibi Yargıtay içtihatlarıyla belirlenmeye devam etmesinin makul olduğu söylenebilir<sup>90</sup>. Ancak kira bedelindeki artış oranı gibi sosyal ve ekonomik sonuçları çok geniş olan bir konunun Kanunla düzenlenerek yeknesaklığın sağlanmasının özellikle Yargıtay'ın bu konuda zaman zaman verdiği çelişkili kararları da dikkate alındığında, hukuki istikrar ve güven bakımından daha doğru bir tercih olduğu kanısındayız.

Bunun yanında, 6353 sayılı Kanunla Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin uygulanmasının sekiz yıl ertelendiği kira sözleşmeleri bakımından, Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun zamanında taraflar arasında yenilenen dönemlerdeki kira artışlarına ilişkin anlaşmanın sadece ilk yenileme dönemi için bağlayıcı olduğu yolundaki uygulamasını sürdürmesi imkan dahilindedir. Zira Yargıtay, kira bedelinin belirlenmesini kamu düzenine ilişkin olması gerekçesine dayandırdığı gibi<sup>91</sup>, kira bedelinin belirlenmesini aynı zamanda bir sınırlama olarak görmekte<sup>92</sup> ve 6570 sayılı Kanun döneminde kira bedelinin belirlen-

89 **Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Moralı/Çavuşoğlu Işıntan/İpek/Yaşar/Koç**, s. 186; Türkiye'nin ekonomik istikrarını tam olarak sağlayamadığı kabul edilebilirse de, bu halde bir süre daha geçici düzenlemelerin uygulanmasına devam edilmesinin kanunun amacına daha uygun düşeceği yönünde, **Özer**, s. 1031; Tandoğan da, 1988 basım tarihli eserinde, yasal bir düzenlemenin değişen koşullara göre yeni ayarlamaları güçleştireceğini ve Yargıtay'ın kira sınırlaması konusundaki yeni koşullara göre değişen ve kiracılarla kiraya verenlerin menfaatleri arasında bir denge sağlamaya çalışan içtihatlarıyla sorunun çözülmeye devam edilmesinin daha isabetli olacağını ifade etmiştir, **Tandoğan**, s. 90.

90 Tandoğan, bununla birlikte, bu yolun istikrarlı olmamak, kanun koyucunun yapması gerekli bir görevi yargı organının üstlenmesi gibi sakıncaları olduğunu da ifade etmiştir, **Tandoğan**, s. 90.

91 **Özer**, s. 1023.

92 "Kira parasının tespiti yöntemini belirleyen 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı İçtihatı Birleştirme kararında da kira parasının "hak ve nefasete uygun" seviyede takdiri ile sınırlı artışı öngörülmektedir. O nedenle kira parasının tespiti bir sınırlamadır ve hakim kira parasını takdir ederken bunun bir sınırlama olduğunu gözetmelidir..." 3. HD, T. 18.6.2009; E. 2009/10189; K. 2009/10494, **Erdoğan**, s. 1494. Yargıtay'ın kira bedelinin belirlenmesi yö-

mesinde işyerleri için farklı kıstaslar kabul etmemekteydi<sup>93</sup>. Yargıtay'ın aynı görüşünü sürdürmesi durumunda ise 6353 sayılı Kanun kapsamında kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile tacir niteliği taşımaları bile özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiraları bakımından, tarafların kira sözleşmelerinde yaptıkları yenilen döneme ilişkin anlaşmalar sadece ilk yıl için geçerli olacak, ondan sonraki iki dönem için ise kira bedelleri %65 ile sınırlı olmak üzere üretici fiyat endeksine göre belirlenecektir. Bu uygulamanın aynen devam etmesi ise sekiz yıllık dönem içinde ekonomik parametrelerin değişerek, enflasyonun yükselmesi durumunda adaletsiz sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin Türk Borçlar Kanunu madde 339 kapsamındaki bir konut kirasında taraflar arasındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmeyen ancak yüksek orandaki bir artış oranı tarafları bağlarken, 6353 sayılı Kanun kapsamında ekonomik olarak daha güçlü olduğu varsayılacak özellikle bir tacir bakımından ilk yenileme yılından sonraki yenilemelerde %65 sınırının uygulanmasının ne derece haklı olacağı da tartışılabilir.

### **bbb. Türk Borçlar Kanununun 344'ncü Maddesinin Bir Yıldan Uzun Süreli Sözleşmeler Bakımından Uygulanması**

Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1-son cümlede, fıkra 1'de yer alan kuralın, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerine de uygulanacağı belirtilmiştir. Öğretide, tarafların, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi içerisinde birer yıllık dönemler için kira bedelinde belirli bir miktar veya oranda artış yapılmasını kararlaştırmaları durumunda, artışın Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1-c.1'de yer alan sınırlama çerçevesinde yapılabileceği ifade edilmiştir<sup>94</sup>. Öğretide diğer bir görüş ise, böyle bir durumda, Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1-cümle 1'in uygulanmasını tartışmalı olduğunu ifade etmektedir<sup>95</sup>. Bu görüş, kiraya verenin, konut ve çatılı işyeri kiralarında, kira sözleşmesini kural olarak sona erdirememesi karşısında, kiraya verenin muhtemel bir süreyi sözleşme süresi olarak kabul edip, her yıl için bir artış oranı belirleyerek Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1 ve 2'nin denetiminden kurtulmak isteyebileceğini ve ayrıca kiraya verenin bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi yapmak suretiyle Türk Borçlar Kanunu madde 350 ve devamında düzenlenen fesih hakkından vazgeçerek gösterdiği fedakârlığın karşılığı olarak edim dengesi-

nündeki şimdiki kadarki uygulamaları dikkate alındığında da, kira bedelinin belirlenmesinde tam bir serbestinin bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı yönünde, **Burcuoğlu**, s. 33.

93 3. HD, T.13.4.1981; E. 1981/1936; K. 1981/1875 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com));

94 **Gümüş**, s. 71; **İnceoğlu/Baş**, bu konuda şu örneği vermiştir: 3 yıllık bir kira sözleşmesinde, birinci yıl için 1000 TL; ikinci yıl için 1500 TL; üçüncü yıl için ise 2000 TL olarak belirlenen kira bedelleri, üretici fiyat endeksindeki artış oranına uygun olduğu oranda uygulanabilecektir. Üretici fiyat endeksindeki artış oranının %10 olduğu bir ihtimalde, ikinci yıla ilişkin kira bedeli, sözleşmede kararlaştırıldığı gibi 1500 TL değil, 1100TL olacaktır. **İnceoğlu/Baş**, s. 529.

95 **Yavuz/Acar/Özen**, s. 280.

ni korumak amacıyla sözleşmeyle bağlılık ilkesine üstünlük tanımak imkânı olduğundan, her bir yıl için kira artış oranı belirlenmiş bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerini TBK madde 344/f.1-cümle 1'in denetimi dışında tutmanın kabul edilebilir gözüktüğünü ifade etmektedir<sup>96</sup>.

Yargıtay ise 6570 sayılı Kanun zamanında, birden çok yılı kapsayan kira sözleşmelerinde, her bir yıl için kira bedelinin açıkça gösterilmesi veya bir artış kuralı getirilmesi durumunda, sözleşmeyle bağlılık kuralı gereği, tarafların bu miktar ya da oranlara uyması gerektiğine karar vermektedir<sup>97</sup>. Kanımızca, TBK madde 344/f.1-son cümlede geçen “*Bu kural, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır*” ifadesi, aynı maddenin ilk cümlesinde getirilen sınırlandırmanın, kira sözleşmesi bir yıldan uzun süreli olup da taraflarca sözleşme süresindeki her bir yıl için kira bedelinin miktarının veya artış oranının belirlenmesi hali için de uygulanacağını belirtmek için getirilmiştir. Zira konut ve çatılı işyeri kiralari kapsamındaki bir kira sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu madde 347/f.1 kapsamında bir yıl süreyle yenilenebilmesi için, kira sözleşmesinin başlangıçta bir yıl için yapılmış olması gerekli değildir. Bir yıldan uzun süreli, örneğin üç yıllık bir kira sözleşmesi de kira süresinin bitiminde, madde 347/f.1 uyarınca bir yıl süre ile yenilenir. Bu açıdan örneğin üç yıllık bir kira sözleşmesinde de (bir yıllık bir kira sözleşmesinde olduğu gibi), sözleşme süresinin dolmasıyla yenilenen ilk dönem için tarafların belirli bir artış oranı kararlaştırmaları durumunda, Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1-cümle 1 doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Kanun koyucunun böyle bir durumda da Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1'in uygulanacağını ayrıca söylemesinin zaten bir gereği yoktur. Bu açıdan, Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1-son cümlede geçen ibarenin, düzenlemenin isabetli olup olmadığı tartışılabilir

96 Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 280; **İnceoğlu/Baş** ise, TBK'da, madde 344/f.1'in uygulama alanının yenileme dönemleri ile sınırlanmayıp, ilk sözleşme süresinin sona ermediği ve bu nedenle yenilemenin aslında gündeme gelmediği durumlara da genişletildiğini; TBK madde 344/f.1-son cümle gereği, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde de, her yıl için farklı farklı kira bedellerinin belirlenmesinin TBK madde 344/f.1- birinci cümledeki kurala tabi olacağını; ancak 6570 sayılı Kanun zamanında Yargıtay'ın tarafların yaptığı bir yıldan uzun süreli sözleşmelerdeki sözleşme süresi içindeki artışlara yenileme söz konusu olmadığı için müdahale etmeyen anlayışının Borçlar Kanununun genel yapısına ve sözleşme özgürlüğü ilkesine daha uygun olduğunu; sözleşme süresi içerisinde belirlenmiş olan bedele emredici hükümlerle müdahale edilmesinin sözleşme özgürlüğüne getirilmiş aşırı ve gereksiz bir müdahale olduğunu ifade etmiştir. **İnceoğlu/Baş**, s. 528-529; Kılıçoğluna göre ise, “Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır” hükmündeki “de” bağlacı yersizdir. Kılıçoğlu, bu kuralın ancak bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde uygulanabileceğini, zira kira sözleşmesinin yenilenmesi ve yenilenen yılda kira artışının uygulanmasının bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde gündeme geleceğini ifade etmiştir. **Kılıçoğlu**, s. 78.

97 HGK, T.9.2.2005, E. 2005/3-23; K. 2005/48 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); HGK, T. 8.12.2004, E. 2004/3-718; K. 2004/644 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); HGK, T.12/12/1990; E. 3-527;K. 627, **Karahasan**, s. 729.

olmakla birlikte, esas olarak, bir yıldan uzun süreli olup, kira süresi içinde tarafların uygulanacak kira bedellerini ya da artış oranlarını her yıl için tespit etmeleri halini düzenlediğini kabul etmek gerekir<sup>98</sup>.

*Gümüş*, TBK madde 344/f.1-c.1'deki kuralın bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerine uygulanabilmesi için, artış oran veya miktarının birer yıllık dönemler için kararlaştırılmalarının şart olmadığını ifade ederek; buna göre tarafların, örneğin, on yıllık bir kira sözleşmesi bakımından iki yılda bir belirli oranda veya miktarda artış yapılmasını kararlaştırmış olsalar bile, kira bedelinin tespitinin madde 344/f.1-cümle 1'deki kurala göre yapılacağını ifade etmektedir<sup>99</sup>.

Son olarak belirtilmesi gereken husus da, kira bedelinin Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin birinci fıkrası gereğince belirlenmesinin, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren beş yıl ile sınırlı olduğu ve bu süre geçtikten sonra kira bedelinin hâkim tarafından "üretici fiyat endeksi" üst sınırı olmaksızın Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında belirlenebileceğidir. Bu hususa aşağıda değinilmiştir.

#### **bb. Tarafların Yenilenen Kira Dönemlerinde Uygulanacak Kira Bedeli Üzerinde Anlaşmamış Olmaları Durumunda (TBK madde 344/f.2)**

Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeli konusunda bir anlaşma yapmamaları durumunda, kira bedeli bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir.

Buna göre taraflar, yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinde artış yapılacağını kararlaştırmamışlar veya artış yapılacağını kararlaştırmış olsalar bile artışın miktarını belirlememişlerse<sup>100</sup>, kira bedeli 344'ncü maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenecektir. Bu durumda, hâkim, kira bedelini kiralananın durumunu göz önüne alarak hakkaniyete göre belirleyecek, ancak belirlenecek bu miktar bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçemeyecektir<sup>101</sup>. Hâlbuki aynı maddenin birinci fıkrasına göre sözleşmede bir artış kaydı varsa ve bu miktar üretici fiyat endeksindeki artış oranını aş-

98 Bu düzenlemenin, uzun süreli kira sözleşmelerinde, yenileme döneminden önceki dönemin ÜFE artış oranlarını değil, yenileme döneminden önceki yılın ÜFE artış oranlarının dikkate alınması gerektiğini anlattığı yolunda, **Özer**, s. 1026.

99 **Gümüş**, s. 71.

100 Bkz. **Gümüş**, s. 74.

101 6570 sayılı Kanun zamanında, Yargıtay'ın kira sözleşmesinde herhangi bir artış oranı kararlaştırılmaması durumunda kira artış oranının ne kadar olması gerektiği hususunda bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmesi ve bu boşluğu TMK madde 1/II hükmüne göre doldurmasının isabetli olmadığı; burada ancak bir sözleşme boşluğunun bulunduğundan söz edilebileceği yönündeki görüş için bkz. **Topuz/Topuz**, s. 82.

miyorsa geçerli olup, hâkimin hakkaniyete göre bir bedel belirleme imkânı yoktur. Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.2 gereğince, hâkim, kiralananın durumunu da dikkate alarak, hakkaniyet gereği bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranından daha düşük tutarda bir kira bedeline hükmedebilecektir<sup>102</sup>. Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3'e göre, beşinci kira yılının bitiminin takiben altıncı kira yılında ise kira bedeli artık madde 344/f.2, değil, madde 344/f.3 hükmüne göre belirlenecektir.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun zamanında ise 1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre, kira bedeli, rayiç kira esasına; rayiç kiranın belli edilmesine esas tutulacak ve benzer mallara ilişkin kira parasını tespitte yarayacak olan sözleşmelerin bulunmaması halinde dahi, ekonomi esasları ve hak ve nesafet uyarınca belirlenecektir<sup>103</sup>. Söz konusu içtihadı birleştirme kararından, hâkimin olağan rayice öncelik tanıyacağı, kira bedelinin ekonomik esaslara göre belirlenmesinin ancak olağan rayicin tespit edilemediği hallerde söz konusu olacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, 1975'li yıllardan itibaren oturmuş, uzun süredir uygulanabilen, her an kira tespit davasına konu olamayacak olağan rayiçler bulmanın mümkün olmamasından dolayı, kira bedelinin olağan rayice göre belirlenmesi esastan ayrılarak kira bedelinin ekonomik esaslara göre belirlenmesi yoluna gidilmiştir<sup>104</sup>. Yargıtay daireleri genel bir uygulama sağlamak amacıyla<sup>105</sup> toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranlarından hareket ederek kira bedelini ekonomik esaslar doğrultusunda tespit etmeye başlamış ve tespit edilen bu miktarlar üzerinde de hakkaniyet gereği -dönem dönem farklı uygulamalarla<sup>106</sup>- özellikle toptan eşya fiyat endeksindeki artışın belirli bir kısmını yansıtmak suretiyle kira bedelini belirleyen kararlar vermiştir.

Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun zamanındaki son dönem içtihatları dikkate alındığında, tarafların kira sözleşmesinde, yenilenen dönemler için uygulanacak kira artışı konusunda bir düzenleme yapmamaları durumunda, şartlar değişmediği ve özel gelişmelerin varlığı iddia ve ispat edilmedikçe, kira sözleşmesinde olağan rayice uygun olarak kararlaştırılan<sup>107</sup> kira bedeline toptan eşya fiyat endeksinin (son dönem kararlarında ÜFE)<sup>108</sup> üç yıl için (ard arda üç

102 **Gümüş**, s. 74; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 280; **İnceoğlu/Baş**, s. 531. Yargıtay da, 6570 sayılı Kanun zamanındaki uygulamasında, TEFE artış oranını dikkate alırken dahi, TEFE oranı %65'den fazla ise bu oranı uygulamamakta ve %65 ile sınırlı tutmaktaydı.

103 İBK, T. 18.11.1964, E. 1964/2; K. 1964/4. (RG, T.27.11.1964, S. 11867).

104 Bkz. **Ertaş**, s. 278.

105 **Erdoğan**, s. 1427.

106 Bu uygulamalar hakkında bkz. **Aral**, s 218; bkz. **Burcuoğlu**, s. 30vd.

107 "...Tarafların her türlü etken dışında ve serbest iradeleri ile yaptıkları, kira sözleşmesinde belirledikleri kira parasının aksi iddia edilip kanıtlanmadıkça o dönemin olağan rayicine uygun olduğu kabul edilmelidir..." 3.HD, T. 18.4.2002; E. 2002/3787; K. 2002/4153 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

108 "... Yerleşmiş Yargıtay uygulamalarına göre de; ilk kira dönemini takip eden üç dönem

defa) artırımı esas alınarak-toptan eşya fiyat endeksi %65'i geçtiği dönemde %65 ile sınırlı olarak<sup>109</sup>- bulunacak kira bedelinin o dönemin hak ve nesafet kurallarına uygun ve aşırı olmayan bir kira bedeli olduğunu kabul etmektedir. Üç yıldan sonra ise yeniden hak ve nesafete uygun bir kira bedeli tespit edilecektir<sup>110</sup>. Bununla birlikte şartların değişmesi ve özel nedenlerin bulunması durumunda, hâkim, -üç yıllık dönem içinde de- kira bedellerinin toptan eşya fiyat endeksindeki artışa göre belirlenmesi ilkesinden ayrılabilir<sup>111</sup>. Yargıtay'a göre, toptan eşya fiyat endeksinin üç kez artırımının esas alınmasından sonraki dönemlerde, yörede ve sosyo-ekonomik alanlarda değişiklikler olabileceğinin kabul edilerek, hâkim tarafından "hak ve nesafete" uygun bir kira bedelinin belirlenmesi gerekir. Yani 6570 sayılı Kanun zamanındaki Yargıtay uygulamasına göre kira bedelinin emsal kira bedellerinin dikkate alınarak belirlenmesi, örneğin bir yıllık bir kira sözleşmesinde, bu sürenin sona ermesinden itibaren

---

*objektif ve özel şartlarda bir değişiklik olmadığı sürece ÜFE oranı (%65 ile sınırlı olarak) uygulanarak yeni dönem kira parası tespit edilmelidir...* 3. HD, T. 12.3.2009; E. 2009/2758; K. 2009/3908, **Ruhi, Ahmet Cemal**, Kira Hukuku, I. Cilt, Ankara, 2011, s. 807; "... Eğer dava konusu dönem ard arda üç TEFE(ÜFE)nin uygulanmasından sonra hak ve nefaset kurallarına göre tespiti gereken dönem ise o takdirde...." 3. HD, T. 25.11.2008; E. 2008/19506; K. 2008/20451, **Ruhi**, s. 815.

- 109 Yargıtay artış oranının %65 ile sınırlayan uygulamasına 1994 yılından itibaren başlamıştır.
- 110 HGK, T. 6.7.2005, E. 2005/3-396; K. 2005/443 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); "... Kira sözleşmesinin yapıldığı dönemi takip eden 3 dönem ard arda T.E.FE uygulanmasıyla bulunacak bedelin kural olarak hak ve nesafeti yansıttığı Yargıtay'ın yerleşik uygulamasıyla benimsenmiştir. Bilirkişi raporunda açıklanan değişikliklerin ve özel nedenlerin ne olduğu kira bedelini etkileme oranları belli değildir. Çevredeki özel gelişmeler tek tek açıklanmalı, somut, özel nedenler ortaya konulmalıdır. Mahkemece somut özel gelişmelerin varlığının saptanması halinde kira parası hak ve nesafet ilkesine göre belirlenmelidir. Özel nedenler ve gelişmeler tespit edilmeden yukarıda açıklanan ilke göz ardı edilerek yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir ..." 3.HD, T. 15.7.2008; E.2008/10169; K. 2008/13367 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); 3. HD, T. 18.4.2002; E. 2002/3787; K. 2002/4153, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); bkz. 3. HD, T. 16.07.2009; E. 2009/9021; K. 2009/12655, **Ruhi**, s. 788.
- 111 "...Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre şartlar değişmediği ve özel nedenler bulunmadığı takdirde kira ilişkisinin kurulduğu tarihte tarafların serbest iradeleriyle kararlaştırdıkları kira parasının takip eden üç dönem (yıl) TEFE( ÜFE ) artış oranının yansıtılması suretiyle bulunacak kira parasının 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı YİBK da öngörülen "hak ve nesafet" kurallarına da uygun olduğu kabul edilmekte ve kira parası üç dönem TEFE(ÜFE) oranında artırılarak tespit edilmektedir. Aynı yöntem, önceki dönem kira parasının mahkemece hak ve nesafet kurallarına uygun olarak ve kiralananın serbestçe getirebileceği kira parası gözetilmek suretiyle takdir edilmesi halinde de uygulanmaktadır. Mahkemenin uygulaması bu yöndedir ve kira parası mahkemece tespit edilen önceki dönem kira parasının TEFE( ÜFE ) oranında artırılması suretiyle tespit edilmiştir. Ancak davalı vekili tarafından yeni dönemde kira paralarının ekonomik nedenlerle artmadığı, aksine, azaldığı savunulmuştur. Nitekim kira parasının tespiti istenen dönemlerde konut ve işyeri kiralarının genel fiyat artışları kadar artmadığı hatta azaldığı da bilinen bir gerçektir. O nedenle davalı vekilinin bu savunması üzerinde durulmalı gerçekten çevrede oluşan kira paralarının genel fiyat artışları kadar artmadığı yahut kira paralarında bir düşüş saptandığı takdirde kira parasının TEFE( ÜFE ) artırılmak isteği reddedilmeli ve önceki dönemde ödenen kira para-



dördüncü yenileme dönemi için geçerli olacak ve<sup>112</sup> dördüncü yenileme döneminde hâkim artık toptan eşya fiyat endeksi artış oranı ile bağlı olmayacaktı. Yine 6570 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay uygulamasına göre, kira bedeli, hak ve nesafete göre belirlendikten sonraki üç dönem tekrar ekonomik verilere dayalı olarak yani toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranlarına göre tespit edilecek, dördüncü dönemde tekrar hak ve nesafet ilkesi uygulanacaktır<sup>113</sup>. Yargıtay, kira sözleşmesindeki artış şartının yenilenen ilk dönem için tarafları bağlayacağından yola çıkarak, sözleşmedeki artırıma ilişkin özel koşul uygulandıktan sonra ard arda iki dönem toptan eşya fiyat endeksinde artış olduğundan sonra ard arda iki dönem toptan eşya fiyat endeksinde artış olduğundan sonraki dönem için hak ve nesafet ilkesine göre artış yapılarak kira bedelinin tespit edilmesi gerektiğini de ifade etmekteydi<sup>114</sup>.

Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.2'nin düzenlenmesinde ise Yargıtay'ın bugüne kadar benimsediği formülde bazı farklılıkların bulunduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle Yargıtay, 6570 sayılı Kanun döneminde, kira sözleşmesinde kararlaştırılan kira bedeline toptan eşya fiyat endeksinin üç yıl için artırımını esas alınarak-toptan eşya fiyat endeksi %65'i geçtiği dönemde %65 ile sınırlı olarak- bulunacak kira bedelinin o dönemin hak ve nesafet kurallarına uygun ve aşırı olamayan bir kira bedeli olduğunu kabul etmekte ve bu ilkedan ayrılınması ve kira bedelinin hakkaniyete (hak ve nesafete) göre belirlenmesi için özel gelişmelerin varlığının ispatlanması gerektiğini kabul etmekteydi. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin ikinci fıkrasına

---

*sına hükmolunmalıdır...”, 3.HD, T. 7.4.2009; E. 2009/3529; K. 2009/6062 (www.kazanci.com); “...Davacı dava dilekçesinde, ilk kira dönemini izleyen ve davaya konu yapılan dönemde kira parasının düşüş göstermesine olağan rayiç dışında neden olan faktörlerden örneğin, kiralananın yüzölçümünde veya diğer niteliklerindeki değişimlerinden, kiralananın bulunduğu yerdeki ticari durum değişikliklerinden ve genellikle memleketteki ticari ve ekonomik dalgalanmaların, paranın satın alma gücündeki değişiminin memur maaşlarındaki katsayı ve işçi ücretlerindeki asgari ücret değişikliklerinin kendi lehine olarak kira parasına etki yaptığından söz etmemiştir. Hükmeye dayanak yapılan bilirkişi raporunda bütün bu hususları içeren bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Raporunda endekse göre hesaplanan kira parasının yüksek olup hak ve nesafet kuralları sarsılır denilmiş, taşınmazın mevkii, özellikleri dikkate alındığında vicdani kanaate göre brüt 2.500.000.000 liranın uygun olduğu bildirilmiştir. O halde mahkemeye yukarıda anlatılan ilke ışığında endeks uygulanmak suretiyle kira parasının saptanması ve karşı dava hakkında hüküm kurulması gerekirken gerekçesiz ve objektif incelemeden uzak bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle sonuca gidilmesinde isabet görülmemiştir...”, 3.HD, T.19.1.2004; E. 2004/7; K. 2004/23.*

- 112 “... O durumda 4. döneme ilişkin kira miktarı; dava konusu yerin yeniden kiralananması halinde getirebileceği kira parasının bilirkişiler aracılığıyla ve benzer nitelikteki taşınmazların kira sözleşmeleri incelenip, dava konusu yer ile ayrı ayrı karşılaştırılmak, kira parasına etki eden hususlar üzerinde de ayrıca durulmak suretiyle belirlenmesi gerekir...”, HGK, T. 06.07.2005; E. 3/396; K. 443, **Özkan**, s. 1161.
- 113 Bkz. HGK, T. 13.12.1995; E. 946; K. 1127, **Erdoğan**, s. 1454; 3. HD, T.7.4.2009; E. 2009/3529; K. 2009/6062, **Erdoğan**, s. 1490.
- 114 3. HD, T. 11.4.1996; E. 3773; K. 4694, **Erdoğan**, s. 1472.

sına göre, hâkim, -önceki Yargıtay uygulamasının tersine olarak- esas olarak kiralananın durumunu da dikkate alarak hakkaniyete göre bir değerlendirme yapacak ancak bu değerlendirmesinde üretici fiyat endeksi üst sınır olacaktır. Bunun dışında, Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun zamanında uyguladığı formüle göre, örneğin bir yıllık bir kira sözleşmesinde, kira süresini takip eden üç yenileme döneminde kira bedeli endekse göre artırılabilecekti. Yani Yargıtay 3+1 formülünü benimsemişti. Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin üçüncü fıkrası da dikkate alındığında ise Türk Borçlar Kanunu bakımından bu formülün 4+1 olduğu anlaşılacaktır.

Bu noktada, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde, tarafların sözleşme süresi içerisinde kira artışının yapılmasına ilişkin olarak bir oran veya miktar belirlememeleri durumuna da değinilmesi gerekir. Tarafların yenilenen kira dönemlerine ilişkin artış oranlarını belirlemeleri durumunda uygulanacak madde 344/f.1'in son cümlesinde, bu maddede getirilen düzenlemenin bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre, örneğin, üç yıllık bir kira sözleşmesinde, taraflar, kira bedelinin her yıl belirli oranlarda veya miktarlarda arttırılacağını kararlaştırmışlarsa, kira bedelinde yapılacak artış Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen sınırlandırmalar çerçevesinde belirlenecektir. Buna karşılık, taraflar bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesi yapmışlar ve fakat kira sözleşmesinde kira süresi içerisinde kira bedelinde artış yapılacağına ilişkin bir hüküm getirmemişlerse, bu durumda madde 344/f.2 uygulama alanı bulamayacaktır<sup>115</sup>.

Bu durumda, örneğin iki yıllık bir kira sözleşmesinde, sözleşmede iki yıllık süre için herhangi bir kira artışı belirlenmediyse, bu süre içerisinde kira bedelinde bir artış olmayacak; ancak ikinci yılın sonunda Türk Borçlar Kanununun 347'nci maddesinin birinci fıkrası gereğince yenilenen kira döneminde kira bedeli madde 344/f.2 uyarınca, üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla kiralananın durumu da göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenecektir. Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3 uyarınca bir kira bedeli belirlenmesi ise ancak dördüncü yenileme döneminde (yani altıncı kira yılı için) söz konusu olabilecektir.

115 Aynı yönde bkz. **İnceoğlu/Baş**, s. 530; **Gümüş**, s. 76, yazar, tarafların bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinin süresi içerisinde kira artışı olacağını kararlaştırmaları ancak oran veya tutarını belirlememeleri durumunda TBK madde 344/f.1-c.2'nin atfı sadece TBK madde 344/f.1-c.1'e ilişkin olduğundan, kira bedelinin TBK madde 344/f.2'ye göre belirleneceğini ifade etmektedir, **Gümüş**, s. 75.

### cc. Beş Yıldan Uzun Süreli veya Beş Yıldan Sonra Yenilenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi

Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, “Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkeleri göre değiştirilebilir<sup>116</sup>. Maddede açıkça belirtildiği gibi bu hükmün uygulanması, tarafların kira bedelinin artış oranına ilişkin anlaşmış olup olmamalarına bağlı değildir.

Bu düzenlemenin amacı, taşınmazın önemli ölçüde değer kazanmasına ve özellikle taşınmazın bulunduğu bölge veya cadde üzerinde kiraların aşırı oranda artmasına rağmen üretici fiyat endeksi sınırlaması nedeniyle beş yıl boyunca az kira geliri elde etmek zorunda kalan kiraya verenin, beş yılın sonunda rayiç oranında kira bedeli elde edebilmesi imkânını ona sağlamaktır<sup>117</sup>. Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3'e göre hâkim, kira bedelini belirlerken üretici fiyat endeksinin de dikkate alınmasıyla birlikte, üretici fiyat endeksi hâkim için üst sınır olmayacaktır<sup>118</sup>.

Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3'de yer alan “beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmeleri” ifadesi nasıl anlaşılacaktır? Öğretide, hükümde geçen “beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde” ifadesinin lafzına rağmen, beş yıldan önce yapılan yenilemelerle beşinci yılın dolması durumunun da bu hükmün kapsamında olduğu ifade edilmiştir. Bu itibarla, örneğin, bir yıllığına yapılmış ve dört kez yenilenmiş kira sözleşmesi bakımından beşinci yenileme dönemi için<sup>119</sup> kira bedeli, madde 343/f.3 kapsamında belirleneceği gibi; iki yıllık bir kira sözleşmesinin üçüncü kez yenilendiği kira yılının bitiminden sonraki dördüncü yenileme yılında da kira bedelinin belirlenmesi, madde 344/f.1 veya 344/f.2'ye göre değil, artık madde 344/f.3 hükmüne göre yapılacaktır<sup>120</sup>. Zira aksi bir görüşün kabulü, bu tür sözleşme-

116 Üretici fiyat endeksindeki artış oranlarının yetersizliğinin, kira sözleşmesinin akdedilmesinin üzerinden bir yıl, iki yıl veya üç yıl geçmeden de gerçekleşebileceği; bu tür değişikliklere rağmen beş yıl geçmeden endeksteki artış dışındaki değişimlerin göz önünde tutulmasının adil ve mantıklı bir çözüm olmadığı yolunda, **Kılıçoğlu**, s. 79.

117 **Acar, Faruk**, s. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum, Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Y.3, S. 34, s. 3685.

118 **İnceoğlu**, s. 258, dipnot 41; **Acar**, s. 3688; **Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Morali/Çavuşoğlu Işıntan/İpek/Yaşar/Koç**, s. 186.

119 Yani, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren yenilemelerle ulaşılan altıncı kira yılı için.

120 Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 281; bkz. **Gümüş**, s. 72.

lerde en azından kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından feshedilebileceği Türk Borçlar Kanununun 347'nci maddesinde belirtilen on yıllık süre sonuna kadar kira bedelindeki artış hususunda tarafların anlaşıp anlaşmamlarına göre Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1 veya f.2 hükmünün uygulanmasına ve bu nedenle de özellikle kiralananın bulunduğu yerde emsallerin değişmesi durumunda bu değişikliğin bütün bu süre boyunca dikkate alınmaması ve yapılacak artışların üretici fiyat endeksi ile sınırlı olması sonucun yol açacağından, hakaniyete de uygun olmayan bir sonuç doğuracaktır<sup>121</sup>.

Yine, beş yıllık belirli süreli bir kira sözleşmesinin süresinin sona erip, Türk Borçlar Kanunu madde 347 gereği ilk kez bir yıllığına yenilendiği kira sözleşmelerinde de kira bedelinin tespitinde madde 344/f.3 hükmü uygulanacaktır<sup>122</sup>. Kira sözleşmesinde, beşinci yıldan sonrasına ilişkin kira bedeli artış kaydı bulunsa bile Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3 hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>123</sup>.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş, madde 344/f.3 hükmünün, taraflarca kira bedeli artışı konusunda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli (örneğin yedi yıl süreli) bir kira sözleşmesinde de uygulanabileceği yönündedir<sup>124</sup>. Buna göre, örneğin, yedi yıl süreli bir kira sözleşmesinde taraflar, kira süresi içerisinde belirli dönemler için (örneğin her yıl için) kira bedelinin miktarı veya artış oranını kararlaştırmışlarsa, bu durumda yukarıda da belirttiğimiz gibi madde 344/f.1-son cümlelerin yollamasıyla madde 344/f.1-cümle 1 uygulanacaktır. Bununla birlikte beşinci yılın sonunda<sup>125</sup> kira bedeli artık Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3 kapsamında hâkim tarafından belirlenebilecektir<sup>126</sup>. Taraflar bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde, kira artışı yapılacağını kararlaştırmışlar ancak miktar veya artış oranı belirlememişlerse, beşinci yılın sonuna kadar madde 344/f.2 hükmü uygulanarak kira bedeli belirlenir. Beşinci yılın sonunda ise, artık madde 344/f.3 hükmü uygulama bulabilecektir. Buna karşılık, tarafların, belirli süreli

121 *Akyiğit* ise, TBK madde 344/f.3 hükmünün, belirsiz süreli ya da süresi 5 yıldan az olup yenilemeler yoluyla 5 yıldan uzun süredir devam eden sözleşmeler hakkında uygulanmamasının nedenini anlamanın zor olduğunu ifade etmekle birlikte, bu tür sözleşmelerde, zaten 344/f.1 ve 2 hükümleri uygulanacağından TBK madde 344/f.3'ün uygulanmasına gerek olmayacağı ve bunun kiracının daha lehine olduğunu söylebileceğini ifade etmiştir. *Akyiğit*, s. 155.

122 Bkz. *Gümüş*, s. 72; TBK madde 344/f.3'de belirtilen beş yıllık sürenin hesabında ilk kira yılı da dahil sayılarak, kiranın başlangıcından itibaren beşinci yılın bitimiyle birlikte TBK madde 344/f.3'ün uygulama alanı bulacağından bahsetmek gerekir, *Yavuz/Acar/Özen*, s. 281; bkz. *İnceoğlu*, s. 258.

123 *Yavuz/Acar/Özen*, s. 281.

124 *Gümüş*, s. 73; aynı yönde *İnceoğlu/Baş*, s. 533 ve dipnot 35.

125 *Gümüş*, örneğin kira artışının iki yılda bir yapılması durumunda ise altıncı yılı takip eden yedinci kira yılının başı için TBK madde 344/f.3'ün uygulanabileceği görüşündedir, *Gümüş*, s. 75.

kira sözleşmesinin süresi içerisinde, kira bedelinde artış yapılacağı hususunda hiç anlaşmalarını durumunda yukarıda da belirttiğimiz gibi madde 344/f.2 uygulanmayacak, Türk Borçlar Kanununun 138'nci maddesi gereği uyarılma imkânı saklı kalmak üzere, ancak beşinci yılın sonunda(altıncı kira yılı için) madde 344/f.3 hükmü uygulama alanı bulabilecektir<sup>127</sup>.

Öğretide başka bir görüş ise, beş yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesi yapılması durumunda(örneğin altı yıllık bir kira sözleşmesi), sözleşmeyle bağlılık ilkesi gereği, uyarılma hakkı saklı kalmak üzere, kira sözleşmesi süresi boyunca belirlenen kira bedeli üzerinden kira ilişkisinin yürütüleceğini; beş yıldan uzun süreli kira sözleşmesi süresinin sonunda(örneğin altı yıllık bir kira sözleşmesinde altıncı yılın sonunda) madde 347/f.1 gereğince yenilenen kira dönemi için ise kira bedelinin madde 344/f.3 uyarınca tespit edileceğini ifade etmektedir. Aynı görüş, beş yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde her bir yıl için sözleşme ile kira artış oranının kararlaştırılmış olması durumunda da taraflarca kararlaştırılan artış oranına itibar edilmesi gerekeceği ve beşinci yıl dolduğunda madde 344/f.3'e başvurulamayacağı görüşündedir. Zira bu görüşe göre, madde 344/f.3'de geçen "anlaşma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın" ifadesi yenileme durumuna özgüdür<sup>128</sup>.

Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3'ün metninde geçen, "...bundan sonraki her beş yılın sonunda..." ifadesini, öğretide bir görüş, Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3'e göre artışın öncelikle on ikinci uzamış kira yılında, sonrasında da on sekizinci kira yılında yapılması gerektiği şeklinde anlamaktadır<sup>129</sup>. Diğer bir görüş ise rayiç bedel tespitinin Kanunun açık ifadesi karşısında, her beş yılda bir yapılması mümkün olduğu için, bu davanın onuncu ve on beşinci yılların sonunda açılacağını ifade etmektedir. Bu durumda da, rayiç bedel tespiti davası sonunda belirtilen oranlar, on ikinci ve on sekizinci kira yılına değil, on birinci ve on altıncı kira yılına ilişkin olarak uygulanabilecektir<sup>130</sup>. Kanımızca, bu düzenlemeyi, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren toplamda beş yıl geçtikten sonra yenilenen ilk dönemde (yani altıncı kira yılı için) kira bedeli hâkim tarafından belirlendikten sonra, kira bedelinin artık altıncı yenileme yılını takip eden beş yılın sonunda tekrar hâkim tarafından belirleneceği şeklinde anlamak gerekir. Yani kira bedeli on birinci uzama döneminin sonunda on ikinci yıl için hâkim tarafından belirlenecektir. Zira kanımızca Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3'de geçen "beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda" ifadesinden, beş yıllık dönemin altıncı yenileme yılından sonraki yıllar sayılarak tespit edileceği anlaşılmaktadır.

126 Aynı yönde bkz. **Gümüş**, s. 75; **İnceoğlu/Baş**, s. 533, dipnot 35.

127 **Gümüş**, s. 73.

128 **Yavuz/Acar/Gümüş**, s. 282.

129 **Gümüş**, s. 75.

130 **İnceoğlu/Baş**, s. 535, dipnot 39.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde ise Yargıtay, daha önce de değindiğimiz gibi, kira sözleşmesinde olağan rayice uygun olarak kararlaştırılan kira bedeline toptan eşya fiyat endeksinin üç yıl için artırımı esas alınarak-toptan eşya fiyat endeksi %65'i geçtiği dönemde %65 ile sınırlı olarak- bulunacak kira bedelinin o dönemin hak ve nesafet kurallarına uygun ve aşırı olamayan bir kira bedeli olduğunu kabul etmekte ve üç yıldan sonra ise yeniden hak ve nesafete uygun bir kira bedeli tespit edileceğini kabul etmekteydi<sup>131</sup>. Yani, Yargıtay'ın deyimiyle hak ve nesafete dayalı kira bedeli tespitinin yapılabilmesi için kira sözleşmesinin başlangıcından sonra üç yenileme döneminin geçmesi gerektiğinden, 3+1 formülü benimsemişti. Türk Borçlar Kanununda ise tarafların bir yıllık bir kira sözleşmesi yapmış olmaları durumunda, daha önce de belirtildiği üzere Yargıtay'ın 3+1 formülünün 4+1'e dönüşmüş olduğu söylenebilir<sup>132</sup>. Yargıtay'a göre, emsal ve rayicin tespitinde, kiralananın konumu, çevresi, niteliği, kullanım şekli, kira başlangıç tarihlerinin yakınlığı, kira süreleri gibi hususlar da dikkate alınmalıdır<sup>133</sup>. Emsal ve rayic değerlerin tespitinde, kiralananın özellikleri ve kiralanan yerle civarında aynı nitelikte kabul edilebilecek ve tespiti istenilen döneme yakın tarihte yapılmış birden fazla kira sözleşmesinin esas alınarak karşılaştırma yapılması gerekir<sup>134</sup>. Ayrıca, Yargıtay'a göre hak ve nesafete göre belirlenecek kira bedelinin, endeks uygulamasına göre tespit edilecek miktardan da daha az olmaması gerekmektedir birlikte<sup>135</sup>; bazı kararlarında, kiralananın çevresinde oluşan kira paralarının genel fiyat artışları kadar artmadığı veya kira paralarında bir düşüş saptanması durumunda, kira bedeli hak ve nesafete göre belirlenirken de kira parasının endeksin altında tespit edilebileceğini ifade etmiştir<sup>136</sup>.

131 Yargıtay, 6570 sayılı Kanun zamanında, "hak ve nefasete" dayalı olarak kira bedelini tespit ederken, öncelikle tarafların tüm delillerinin varsa emsal kira sözleşmelerinin aslı veya onaylı örnekleri dosyaya alınacağını; bilirkışı marifetiyle kiralanan taşınmaz ve taraf emsallerinin tek tek görülüp incelenmesi gerektiğini, böylece elde edilen veriler somutlaştırılarak, dava konusu yer ile ayrı ayrı ( konumu, çevresi, kullanım şekli, kira başlangıç tarihi, kira süreleri vb. ) kira parasına etki eden tüm nitelikleri karşılaştırması gerektiğini; emsal kira bedellerinin niçin uygun emsal olup olmadığı somut gerekçelerle açıklanmasını, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi (boş olarak) halinde getirebileceği kira parası belirlenerek, hâkim tarafından bu kira parası dikkate alınmak suretiyle hak ve nefasete; özellikle tarafların kira sözleşmesinden bekledikleri amaçlarına uygun makul bir kira parasına hükmedilmesi gerektiğini kabul etmekteydi", 3. HD, T. 24.2.2009; E. 2009/732; K. 2009/2648.([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); 3.HD, T.22.1.2008; E. 2007/20027; K.2008/836, **Erdoğan**, s. 1478.

132 Bkz. **İnceoğlu**, s. 258; **İnceoğlu/Baş**, s. 533.

133 3. HD, T. 8.3.2010; E. 2010/875; K. 2010/3721. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

134 3.HD, T. 22.1.2008; E. 2007/20027; K. 2008/836, **Erdoğan**, s. 1477;3. HD, 31.3.2008; E. 2008/1303; K. 2008/5489, **Erdoğan**, s. 1479.

135 3. HD, 31.3.2008; E. 2008/1303; K. 2008/5489, **Erdoğan**, s. 1479; "... Ancak yerleşmiş Yargıtay uygulamalarına göre hükmedilen kira parası, davalı tarafından yeni dönemde artırılarak ödenen miktardan ve endeks uygulamasına göre belirlenecek tutardan daha az olmaz..." , 3. HD, T. 19.2.2009; E. 2009/1683; K. 2009/2327, **Erdoğan**, s. 1488.

136 3. HD, T. 06.07.2010; E. 2010/10123; K. 2010/12127, **Ruhi**, s. 761.

Olağan rayiç, Yargıtay kararlarında, belirli bir çevrede muntazaman ve devamlı sürelerde yapılmış kira sözleşmelerinde kiraya verenler ve kiracılar tarafından kabul edilmiş, istikrar kazanmış kira paralarının ulaştığı belli değer olarak kabul edilmektedir<sup>137</sup>. 1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre rayiç, olağan şartlar altında yapılmış sözleşmeler ile kabul edilegelecek bir karşılık olduğundan, olağanüstü ve özel şartlar altında yapılmış bulunan sözleşmelere bakılarak rayiç belli edilemeyecektir. Özellikle belli bir yerde oturmak veyahut iş yeri açmak için her fedakârlığı göze alan kimselerin yapmış oldukları sözleşmeler ve benzeri özel durumlarda yapılan sözleşmeler özel şartlar altında yapılmış sayılır ve sınırlama için temel olamaz<sup>138</sup>.

Kiralananın durumu ile kastedilen, kiralananın büyüklüğü, yaşı, kullanılan malzemenin kalitesi ve taşınmaza bağlı olarak sunulan diğer imkânlar gibi kiralananın nitelikleridir<sup>139</sup>. Gümüş, bu unsurlar sonrasında kiralananın çevresel konumunun da, kiralananın durumu kapsamında değerlendirileceğini ifade etmektedir<sup>140</sup>. Öğretide bir başka görüş ise, “çevresel konumun” emsal kira bağlamında zaten dikkate alındığını; kiralananın durumunun ise kiralananın yaşı, büyüklüğü ve kullanılan malzemenin kalitesi gibi söz konusu taşınmazın emsal teşkil eden diğer taşınmazlara göre farklı olduğu hususları ifade ettiğini ifade etmektedir. Buna göre hâkim, esasen bilirkişilerce belirlenen ve büyük oranda kiralananın konumunun da etkisiyle oluşan emsal kira bedelini temel alacak, ancak kiralananın niteliklerine göre bu emsal kira bedellerinden bir sapmaya gidip gitmeyeceğini değerlendirecektir<sup>141</sup>.

Türk Borçlar Kanununun 344’ncü maddesinin üçüncü fıkrasında, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri dışında bunları göz önünde tutularak, hakkaniyette göre bir belirleme yapılacağı ifade edilmiştir. Öğretide, Yargıtay’ın 6570 sayılı Kanun zamanında, “eski kiracı indirimi” olarak da bilinen, emsal kira bedeline ilişkin tespit yapıldıktan sonra kiralananın yeniden (boş olarak) kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira bedeline eşit veya buna çok yakın bir miktarda kira bedelinin tespit edilemeyeceği zira bunun hakkaniyete aykırı olacağı yönündeki görüş ve uygulamasının, madde 344/f.3’de “hakkaniyete” yapılan atfı dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu döneminde de devam edeceği görüşü ifade edilmiştir<sup>142</sup>.

137 HGK, T.21.3.1990; E. 1990/3–13;K. 1990/193 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

138 Örneğin, bankanın şube açmak için kiraladığı bir taşınmaza olağanüstü kira bedeli ödemesi gibi, **Yavuz**, s. 284.

139 **İnceoğlu/Baş**, s. 535–536; **Gümüş**, s. 73.

140 **Gümüş**, s. 73.

141 **İnceoğlu/Baş**, s. 536.

142 **İnceoğlu/Baş**, s. 536; “...Ancak, mahkemece dava konusu yerin boşalması ve yeniden kiralanması halinde getirebileceği kira parasına hükmedilmiştir. Böyle bir uygulama 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına ve orada belirlenen “hak ve nesafet” ilkesine aykırı olur. Zira HGK. 21.03.1990 gün ve 13/193 sayılı kararında da açıklandığı üzere,

## B. Kira Bedelinin Yabancı Para Olarak Kararlaştırılması Durumunda Kira Bedelinin Belirlenmesi

Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.4 uyarınca, “Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı İfa Güçlüğü” başlıklı 138’nci madde hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkraya hükmü uygulanır.” Bu hüküm emredici niteliktedir. Kira sözleşmesinde kira bedelinin yabancı para olarak belirlenmesi durumunda, tarafların sözleşmeyle bir artış oranı getirmeleri kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılayacaktır<sup>143</sup>. Bu açıdan beş yıl boyunca yabancı para olarak belirlenen kira bedelinde herhangi bir değişiklik yapılamayacaktır<sup>144</sup>.

6570 Sayılı Yasanın 11.maddesi gereğince kira sözleşmesi yıldan yıla yenilenmekte olduğundan taşınmazın boş olduğu farz ve kabul edilerek sonuca gidilemez. Bu nedenle kiralananın boş olarak kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira parasına eşit olacak şekilde veya bunun çok yakınına ulaşan bir kira parasına hükmedilmemesi gerekir...” 3. HD, T.13.12.2010; E. 2010/19945; K. 2010/20447 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); 3.HD, T. 29.9.2009; E. 2009/13830; K. 14352, **Erdoğan**, s. 1496.

143 **Gümüş**, s. 76; öğretilerde bir görüş bu hükmün, mutlak emredici olmadığını, kiracı yararına kira bedelinin azalması sonucunu doğuracak anlaşmaların yapılmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir, **Yavuz/Acar/Özen**, s. 283; beş yıl içinde de tarafların anlaşarak özellikle kiracı yararına kira bedelini düşürmek yolunda bir düzenleme yapabileceği yönünde, **Akyiğit**, s. 155; burada getirilen beş yıllık sürenin çok uzun olduğu; ayrıca Türkiye'nin ekonomik koşulları dikkate alındığında yabancı para değerindeki öngörülemez ve önlenemeyen değişikliklerin sadece kiracıyı değil, kiraya vereni de etkileyebileceği yönünde, **Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Moralı/Çavuşoğlu Işıntan/İpek/Yaşar/Koç**, s. 187.

144 6570 sayılı GKHK'a, 4531 sayılı Kanun ile eklenen Geçici 7. maddenin ikinci fıkrasında, “Kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği sözleşmelerde ayrıca yıllık artış uygulanmaz.” hükmü getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, daha önce de ifade edildiği gibi söz konusu Geçici 7. maddenin ilk fıkrasını iptal etmiştir. “Sözleşmelerde kararlaştırılan kira paraları 2000 yılında yıllık %25, 2001 yılında ise yıllık % 10 oranında artırılabilir. Ancak, taşınmazın bulunduğu bölgedeki rayiç kira parasındaki artış bu oranların altında ise bu oranlar uygulanmaz” şeklindeki birinci fıkrasındaki “...2001 yılında ise yıllık %10” ibaresinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında açıklanan, yabancı paraya endeksli kira sözleşmelerinde sözleşmede öngörülen artışın yapılamayacağına ilişkin düzenlemenin uygulanıp uygulanamayacağı uyuşmazlık konusu olmuştur. HGK, uyuşmazlık konusunun 01.05.2000-01.05.2001 tarihleri arasındaki kira dönemindeki kira bedeline ilişkin olan kararında, Anayasa Mahkemesi'nin sadece 4531 sayılı Kanunun 1. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “%10'luk artışa ilişkin cümleyi iptal ettiğini, ikinci fıkradaki hükmün ise yürürlükte kaldığını kabul etmiş ve ikinci fıkra hükmünü uygulamıştır (HGK, T.27.4.2005, E. 2005/6-233; K. 2005/279 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))). Bununla birlikte, Yargıtay, 4531 sayılı Kanun ile 6570 sayılı Kanuna eklenen geçici 7. maddenin 2000 ve 2001 yıllarına ilişkin olduğunu kabul ederek, bu hükmün sadece iki yıl için geçerli olduğunu kabul etmektedir. 3.HD, T. 29.3.2010, E. 2010/3713, K. 2010/5246 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); “...Sürelî hüküm niteliğinde olan 6570 sayılı Yasa'nın geçici 7.maddesi daha sonraki yıllar için uygulanamaz...” , 3.HD, T. 1.4.2008, E. 2008/2091, K. 2008/5618, **Erdoğan**, s. 1481. Öğretilerde, söz konusu ikinci fik-



Sözleşme süresinin bir yıl ya da bir yıldan uzun olması da bu hükmün uygulanması bakımından bir farklılık yaratmayacaktır<sup>145</sup>. Örneğin, kira sözleşmesi bir yıllık yapılmış ve kira bedeli yabancı para üzerinden belirlenmişse, dört yıllık yenileme dönemlerinde, başlangıçta belirlenen bu kira bedeli bakımından sözleşme ile bir artış kararlaştırılmışsa, bu artış uygulanmayacağı gibi, söz konusu dört yıllık yenileme dönemlerinde Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gibi dördüncü fıkrası da uygulama alanı bulmayacaktır<sup>146</sup>. Beşinci yenileme dönemi için ise madde 344/f.4 hükmü uygulanacaktır. Aynı husus, kira sözleşmesinin bir yıldan uzun süreli yapılmış olması için de geçerlidir. Örneğin, kira bedeli yabancı para üzerinden belirlenmiş üç yıllık bir kira sözleşmesinde, tarafların üç yıllık dönem içinde ikinci ve üçüncü yıllar için kira bedelinde artışa ilişkin getirdikleri hükümler geçersiz olacaktır. Sözleşme süresi olan üç yıl dolduktan sonra iki yenileme yılında da kira bedelinde bir artış yapılmayacak, ancak altıncı kira yılı yani üçüncü yenileme dönemi için madde 344/f.4 gereğince hâkim tarafından, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önüne alınarak, üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde kira bedeli belirlenecektir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanununun aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138'nci maddesinin saklı olduğu da belirtilmelidir.

Gümüş'e göre, Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.4 hükmü, yabancı para endeksine dayalı Türk lirası üzerinden belirlenen kira bedelleri bakımından uygulama alanı bulmayacaktır<sup>147</sup>. Öğretide bir başka görüş ise, hükmün yerinde olup olmadığı tartışmalı olsa bile aksine bir yorumun hükmün kolaylıkla dolanılmasına yol açacağından, kira bedelinin yabancı paraya endeksli olarak kararlaştırıldığı durumlarda da kıyasen uygulama alanı bulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>148</sup>.

Yabancı para değer kaydı ile yapılan kiralamaların temelinde, alacaklının paranın temsil ettiği satın alma gücünü elde etmek ve para değerinin düşmesinden alacaklının korunmasını sağlamak yatmaktadır<sup>149</sup>. Türk parası ile belirlenen kira bedellerinde sözleşmenin ilk beş yılı paranın değerindeki düşme

---

radaki düzenlemenin isabetli olmadığı ancak bu geçici hükmün uygulama alanının iki yıla sınırlanmış olmasının sakıncayı önemli ölçüde giderir nitelikte olduğu ifade edilmiştir, **İnceoğlu/Baş**, s. 538.

145 **İnceoğlu/Baş**, s. 537; bu düzenlemeyle söz konusu artış yasağını dolanmak amacıyla sözleşmenin bir yıldan uzun süreli yapılması ve her yıl farklı bir kira bedelinin tespit edilmesine olanak tanınmamıştır, **İnceoğlu**, s. 259.

146 Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 283.

147 **Gümüş**, s. 76.

148 **İnceoğlu/Baş**, s. 538; **Yavuz**, s. 286; kıymetli madene endeksli olan kira sözleşmelerinde de, yıllık artışın uygulanmayacağı yönünde, **Ruhi** s. 733.

149 Bu konuda bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 318.

bakımından üretici fiyat endeksindeki artış üst sınır olarak kabul edilirken, tarafların daha sözleşmenin başında paranın değerinin düşmesine karşı önlem almak ve kiraya vereni korumak için yabancı para değer kaydı getirdikleri<sup>150</sup> ve bu açıdan madde 344/f.4'deki yasaklamanın yabancı para değer kaydı ile yapılan kiralamalarda da uygulanması gerektiği düşünülebilir. Öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi<sup>151</sup>, kira bedelinin yabancı paraya endeksli olarak belirlendiği kira sözleşmelerinde madde 344/f.4'de yer alan sınırlamanın kabul edilmemesi hükmün kolaylıkla dolanılmasına yol açabilecektir. Halbuki yabancı para değeri kaydı içeren borçlar yabancı para borcu olarak nitelendirilmemekle birlikte, bu tür borç ilişkilerinde de amaç, yabancı para ile borçlanmalarla aynı olup, para değerindeki düşmelerden korunmaktır<sup>152</sup>.

Yürürlükten kalkan Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde, Yargıtay, kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği bir kira sözleşmesinde, yeni dönemde kira bedelinin tespiti için dava açılırsa, iki taraf da yabancı para üzerinden belirlenmesinde mutabık kalmadığı sürece, kira bedelinin Türk parası üzerinden belirlenmesi gerektiğini kabul ediyordu<sup>153</sup>. Gümüş ise, Türk Borçlar Kanunu zamanında, artık, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de kira bedelinin tespitinde madde 344/f.3'deki ölçütlerle birlikte dikkate alınacağından, artık beşinci yılın sonunda tespit edilecek kira bedelinin yabancı

150 Ancak öğretide haklı olarak, özellikle ekonomik istikrarın olduğu dönemlerde döviz fiyatlarında değişme olmayacağı -hatta bazen yabancı paranın Türk lirası karşısında değer kaybettiği- dikkate alındığında, Türk lirası üzerinden karşılaştırılan kira bedellerinde artış kabul edilirken, yabancı para üzerinden belirlenmiş kira bedelinin değişmeyeceğini kabul edilmesi hakkaniyete uygun olmayıp, yabancı para değer kaydı böyle bir durumda kiraya vereni de kira bedelinde artışa gerek olmayacak derecede korumayacağı ifade edilmiştir. **Doğan Murat**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel sayısı, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, 2011, s. 510; 4531 sayılı Kanun bakımından aynı yönde, **Altaş, Hüseyin**, "Kira Parası Artışlarının Sınırlanması", AÜHFĐ, C. 49, S.1-4, Y.2000 s. 111, bu açıdan kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği durumlarda, en azından yabancı paranın yıllık değer kaybı oranında artırılabilmesi gerektiğini ifade etmiştir; maddenin yabancı paraları her zaman sağlam ve yıllık artışları gerektirmeyecek kadar kiraya vereni koruduğu mantığının isabetli olmadığı, zira bu durumun ekonomik etkenlere göre değişebildiği yolunda, **Kılıçoğlu**, s. 80.

151 Bkz. **İnceoğlu/Baş**, s. 538.

152 **Baygın, Cem**, Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 1997, s. 26.

153 "...O halde, yeni dönemde kira parasının tespitinin istenilmesi halinde sözleşmedeki kiranın yabancı para ile ödenmesine ilişkin hükmün yenilendiği kabul edilemez. Bu nedenle hâkim anılan İBK'da öngörülen sınırlamayı yaparken, ( davalı kiracının bu yönde açık bir kabulü bulunmadığı sürece ) Borçlar Kanunu'nun 83/1. hükmü uyarınca kira parasını Türk Lirası olarak takdir etmek ve sözleşmede yer alan boşluğu ona göre doldurmak durumundadır. Yargılama sırasında davacı vekili kira parasının yabancı para üzerinden istediklerini Türk

para üzerinden belirlenebileceğini hatta artık bu durumda karşı tarafın kabulü olmadıkça hâkimin, Türk lirası üzerinden kira bedelini tespit edemeyeceği görüşündedir<sup>154</sup>.

Sözleşmede yabancı para üzerinden kararlaştırılan kira bedeli, Türk Borçlar Kanunu madde 344/son fıkraya gereği, hâkim tarafından beşinci yılın sonunda yeniden belirlenirken, hâkimin yabancı para üzerinden karar vereceğini kabul ederse, hâkim tarafından yabancı para üzerinden belirlenen kira bedelinin sonraki kira dönemlerinde belirlenmesinin nasıl olacağı sorunu ortaya çıkar. Türk Borçlar Kanununun 344'ncü maddesinin dördüncü fıkrasında ise madde 344/f.3'deki düzenlemenin aksine bu yönde bir açıklık yoktur. Kanımızca, maddede beş yıldan sonraki dönemlerde kira bedelinin tespitine ilişkin açık bir hüküm olmasa da, kira bedelinin yabancı para üzerinden belirlenmesi halinde, Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.1-cümle 1'in uygulanarak beş yıl boyunca bir artış yapılamayacağını kabul edilmesi gerekirdi. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.4-cümle 1 hükmünün isabet derecesinin tartışıldığı noktada, bu kez hâkim tarafından belirlenen kira bedelinde beş yıl geçmedikçe taraflarca değişiklik yapılamaması ise özellikle sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereğinden fazla sınırlandırılması sonucunu doğuracaktı. Kira bedelinin Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.4 kapsamında hâkim tarafından Türk lirası üzerinden belirlenmesi durumunda ise, taraflar en azından Kanunda öngörülen sınırlandırmalara uygun olarak kira bedelinde değişikliğe gidebi-

---

*Lirası üzerinden tespitini istemediklerini açıklamıştır. Ancak Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, davalının kira parasının yabancı para üzerinden tespitine muvafakat etmemesi halinde kira parasının Türk Lirası üzerinden yapılabileceği açıklanarak, davacının buna rağmen yabancı para üzerinden tespitini istemesi halinde davanın reddine karar verilmelidir. Mahkemece, bu yönde yargılama yapıp, davacı Türk Lirası üzerinden kira parasının tespitini istediği taktirde mahallinde keşif yapılmalı, dava konusu yerin yeniden kiralanması halinde getirebileceği kira parası bilirkişiler tarafından belirlenmelidir. Dava konusu taşınmazın yeni dönemde boş olarak yeniden kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira parası Türk Lirası olarak açıklatılmalı son dönem kira parasının Dolar tutarından az olmayacak şekilde hak ve nesafete uygun kira parası Türk Lirası olarak mahkemece tespit edilmelidir...*" 3. HD, T. 25.11.2008, E. 2008/18533; K. 2008/20391 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); 3. HD, T. 29.3.2007, E. 2007/4352, K. 2006/4650 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); buna karşılık süresi henüz sona ermeyen kira sözleşmesinde, kira tespiti istenen dönem kira süresi içinde olduğundan, kira bedelinin yabancı para üzerinden kararlaştırıldığı gözetilerek yabancı para olarak hükmedilmesi gerektiğine ilişkin olarak, 3. HD, T. 1.10.2009; E. 2009/12435; K. 2009/14578, **Erdoğan**, s. 1496; her iki tarafın da açık kabulünün olması durumunda kira bedelinin yabancı para cinsinden belirlenebileceği yönünde, **Aydın, Sevgican**, "Kira Bedelinin Tespiti ve Uyarlama Davaları", Terazi, Y.5, S. 45, Mayıs 2010, s. 54.

- 154 **Gümüş**, s. 77; Aydemir ise, endeks artış oranı, kiralananın durumu, emsal kira bedelleri de göz önüne alınarak kiralananın ülke parasıyla ne kadar kira getirebileceği yaklaşık olarak saptandıktan sonra hakkaniyet ölçütlerine göre kira miktarının bulunmasıyla bunun sözleşmede öngörülen yabancı paraya çevrilmesi yönteminin izlenmesi gerektiği görüşündedir, Aydemir, s. 236.

leceklerdir. Kanımızca kanun koyucunun madde 344/f.3'de hâkim tarafından belirlenen kira bedelinin sonraki dönemlerde akıbetinin ne olacağını açık hükümle düzenlerken, yabancı para üzerinden yapılan kira sözleşmeleri bakımından bu yolda açık bir düzenleme yapmamasını ve maddede beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesi bakımından yabancı paranın değerindeki değişikliklerin de göz önünde tutulacağını belirterek kira bedelinin Türk parası üzerinden belirlenmesini esas alan Türk Borçlar Kanunu madde 344/f.3'e atf yapmasını, kira bedelinin madde 344/f.4 gereğince hâkim tarafından belirlenirken bu belirlemenin Türk lirası üzerinden yapılacağını kabul ettiği şeklinde yorumlamak da mümkündür.

#### **VI- Kira Bedelinin Belirlenmesi Davasının Açılma Zamanı (TBK madde 345)**

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun zamanında Yargıtay, 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme kararıyla<sup>155</sup> kira tespit davasının açılabilmesi zaman ve tespit kararının uygulanacağı dönem ile ilgili olarak bir takım ilkeler getirmişti. Kararda her ne kadar bu davanın kiracı tarafında da açılabilmesi belirtilmese de, Yargıtay sonraki kararlarında bu davanın kiracı tarafından da açılabilmesini kabul etmektedir<sup>156</sup>. 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince, kira tespitine ilişkin davanın görülebilmesi için kiraya verenin kiracı aleyhine ihtar yapması bir ön koşul niteliği taşımaz<sup>157</sup>. Kararda, kira tespit davasının her zaman açılabilmesi, yani bu davanın kira dönemi başlangıcına nazaran belli bir zaman önce veya sonra açılması zorunluluğu bulunmadığı; dava tarihinin, sadece karar verilen kira bedelinin hangi tarihten itibaren geçerli olacağı hususunda önem gösterdiği belirtilmiştir.

Kira sözleşmesinde kira bedelinin artırılmasına ilişkin olarak bir düzenleme yoksa özellikle 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme kararı dikkate alındığında, hâkim tarafından tespit edilecek kira bedelinin, kiraya verenin ihtar ya da dava dilekçesinin tebliğini izleyen yeni kira döneminden başlayarak yürürlüğe girmesi için, kiraya verenin ihtarının veya açılan tespit davasına ilişkin dava dilekçesinin, kiracının yürürlükten kalkan Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 11'nci maddesinde düzenlenen on beş günlük süreden önce, düşünüp

155 İBK, T. 21.11.1966;E. 1966/19; K. 1966/10, RG, T. 29.12.1966; S. 12490.

156 HGK, T. 06.04.1968; E. 189; K. 232, **Erdoğan**, s. 1391; 3.HD, T.10.4.1967; E. 1307; K. 1877, **Olgaç, Senai**, Kira Parasını Tesbit ve Tahliye Davaları, İstanbul, 1968, s. 54; bkz. 3. HD; T. 1.4.2008; E. 2008/2841; K.2008/5706; öğretilerde de genellikle bu davayı kiraya verenin açacağı belirtilmekle birlikte, kiracının da bu davayı açmasına engel bir hususun bulunmadığı ifade edilmiştir, **Yavuz/Acar/Özen**, s. 283; Ayrıca 18.11.1964 tarihli ve E.1964/2-K.1964/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da, kiracının da bu davayı açabileceği ifade edilmiştir; TBK'da bu konuda açık bir düzenleme bulunmaması da, hem kiracının hem de kiraya verenin dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir, **Özer**, s. 1027.

157 Aynı husus kiracı tarafından açılacak davalar için de geçerlidir.

madde 11'deki on beş günlük süreden önce kiralananı tahliye edeceğine ilişkin yazıyı kiraya verene tebliğ etmesine imkân tanıyacak uygun bir süre içerisinde tebliğ edilmesi gerekirdi<sup>158</sup>. Bu süre somut olayın koşullarına göre en az kira döneminin bitmesinden önceki on beş günlük süre olacak; en fazla süre ise kural olarak on yedi, on sekiz günü geçmeyecektir<sup>159</sup>. Bununla birlikte, ihtar süresi içerisinde yapılmış olsa bile ihtar izleyen yeni kira dönemi sonuna kadar davanın açılması, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin mahkeme kararının ihtar izleyen kira döneminden başlanarak uygulanabilmesi için bir gereklilik arz eder<sup>160</sup>. Yargıtay'a göre, yukarıda belirtilen süreye uyulmaması durumunda, mahkemece tespit edilen kira bedeli, ihtarın veya dava dilekçesinin tebliğini izleyen kira döneminden itibaren değil, aksine bir sonraki kira yılından başlayarak yürürlüğe girer<sup>161</sup>.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun zamanındaki Yargıtay uygulamasına göre, taraflar kira sözleşmesini yaparken, yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin artırılacağı üzerinde açıkça veya örtülü olarak anlaşmışlarsa, hâkim tarafından tespit edilecek kira bedeli, kiraya veren ihtar çekmese bile, kira bedelinin tespiti davasını tespitin istendiği dönem içerisinde açması

158 İBK, T. 21.11.1966; E.1966/19; K.1966/10 10: "... Kiralayan tarafından kiracı aleyhine açılan kira bedelinin tespiti davasında, tespit edilecek yeni kira parasının o davaya ait arzuhalin kiracıya tebliğini takip eden kira dönemi için kiracıyı ilzam edeceğine, ancak arzuhalin tebliği tarihi ile yeni kira döneminin başladığı tarih arasında on beş günden fazla bir sürenin geçmiş olması gerektiğine, bu fazla sürenin ise en az kiracı için düşünülüp on beş günlük süreden önce mecuru tahliye edeceğini yazı ile kiralayana bildirmesine yetecek kadar olması icap ettiğine, dava arzuhalı bugünden sonra kiracıya tebliğ edilmiş olursa kiracının tespit edilen yeni kira parası ile bir sonraki dönem için sorumlu olacağına, fakat davadan önce ihtar(ihtar) yapılmışsa ihtarın kiracıya ulaştığı tarih göz önünde tutularak yukarıdaki yazılı esasların uygulanacağına..."; HGK, T. 21.3.1979; E. 1977/3-821; K. 1979/277; bkz. 3. HD, T.11.5.2010; E. 2010/6940; K. 2010/8503 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul, 2008, s. 330. (Özel Hükümler)

159 **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 330, dipnot: 1674.

160 Bkz. 3. HD, T.21.10.2010; E. 2010/13408; K. 2010/17084, **Ruhi**, s. 851.

161 "...Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin 01.10.2000 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli olduğu, sözleşmede artış şartı bulunmadığı dosyada mevcut kira sözleşmesinden anlaşılmaktadır. Dava konusu olayda 21.11.1966 gün ve 19/10 sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararında anılan ihtar veya dava dilekçesinin tebliğ tarihi önem kazanmaktadır. Dava dilekçesinin davalıya 22.4.2004 tarihinde tebliğ edildiği, bu durumda ancak 01.10.2004 tarihinde başlayan dönem için tespit yapılabileceği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş, davacı vekiline tespitin bir sonraki döneme sarktığı ( 01.10.2004 ) hatırlatarak, bu tarihten itibaren tespit isteyip istemediği sorulup, 01.10.2003 tarihinden başlayan dönem için tespit istediği takdirde davanın reddedileceği açıklandıktan sonra, davacı vekilince 01.10.2004 tarihinden başlayan dönem için tespiti istenmediği takdirde davanın reddine karar verilmelidir...". 3. HD, T. 14.10.2004; E. 2004/10546; K. 2004/10948 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); "...Taraflar arasındaki kira sözleşmesi sözlü olarak düzenlenmiş olup, süresinde gönderilmiş ihtarname de bulunmadığına göre dava tarihinde başlayan dönem için kira parasının tespitine karar verilemez. Şu halde mahkemece, kira sözleşmesinin baş-

koşuluyla<sup>162</sup>, bu dönem başından itibaren geçerli olacaktır<sup>163</sup>.

Türk Borçlar Kanunu madde 345/f.1'de ise, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın her zaman açılabilceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile de uyum içerisindedir. Buna göre, madde 345'de getirilen zamansal düzenlemeler kira bedelinin belirlenmesi davasının açılabilmesi ile ilgili olmayıp, mahkeme kararının ne zamandan itibaren geçerli olacağı ile ilgilidir. Türk Borçlar Kanunu madde 345'de kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın her zaman açılabilceği belirtilse bile, bu davanın her zaman açılmasında bir menfaat olmayabilir. Örneğin, beş yıllık bir kira sözleşmesinin birinci yılında, altıncı yılın kira bedelinin belirlenmesine ilişkin dava açılması mantıklı değildir. Zira bu dönem için emsal kiralardan, üretici fiyat endeksinin, kiralananın durumunun belli olması söz konusu değildir<sup>164</sup>.

Türk Borçlar Kanunu madde 345/f.2'ye göre, kira sözleşmesinde, yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm yoksa kira bedelinin belirlenmesi davasının, yeni kira döneminin başlangıcından en geç otuz gün<sup>165</sup> önceki bir tarihte açılması veya kiraya veren tarafından bu süre içinde kira

---

*langıç tarihinin tespit edilmesi gerekir. Davacı tarafın ispat edememesi durumunda davalı tarafından açıklanan tarih başlangıç kabul edilmeli ve bir sonraki dönem için kira parasının tespitini isteyip istemediği davacı taraftan sorularak istemesi halinde bu dönemin kira parasının tespitine karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...*" (3. HD; T. 7.6.2010; E. 2010/5854; K. 2010/10024); aynı yönde, 3. HD, T.2.12.2008; E. 2008/18670; K. 2008/20924, **Erdoğan**, s. 1515.

162 "... Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre taraflar yenilenen dönemde kira parasının artırılmasını kararlaştırmış olsalar dahi kira parasının tespiti istenilen dönem sona erdikten sonra açılması halinde o dönem için kira parasının tespitine karar verilemez..." , 3. HD, T. 10.12.2001; E. 2001/10190; K. 2001/10653, **Erdoğan**, s. 1511.

163 HGK, T. 9.2.2005; E. 2005/3-23; K. 2005/48; 3.HD, T.11.10.2010; E. 2010/16715; K. 2010/16129; "...Dosyada mevcut kira sözleşmesinin incelenmesinden, özel şartlar 1. maddede, ilk yılın kirası belirlenip, ikinci yılın kira bedelinin ise endeks oranında arttırılacağı kararlaştırılmıştır. Her ne kadar, sözleşmede mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, sadece ikinci kira yılında kira artışının ne şekilde yapılacağı kararlaştırılmışsa da, bu tespit taraflar arasındaki kira artış iradesini ifade etmektedir. Bu açıdan taraflar arasındaki kira sözleşmesinde artış şartı bulunduğu kabulü gerekir. Bu şart tarafların yenilenen dönemde de artış iradesini yansıtmaktadır. Böyle bir şart, 21.11.1966 gün ve 19/10 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında anılan ihtarin hukuksal önemini ortadan kaldırmaktadır. Başka bir ifade ile sözleşmede böyle bir şartın kabul edilmesi halinde, kiralayan ihtar çekmeye gerek kalmaksızın, o dönem içinde kira parasının tespiti için dava açabilir..." , 3. HD, T. 19.10.2010; E. 2010/12927;K. 2010/16964 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

164 Aynı yönde **Akyiğit**, s. 156; uzun süreli kira sözleşmelerinde, davanın erken açılmasının davacıya bir yarar sağlamayacağından dolayı bu davanın hiç olmazsa sözleşmenin sona ereceği yılda açılması gerektiği yolunda, **Erdoğan**, s. 1372.; "... Uzun süreli kira akitlerinde kiranın bittiği tarihten senelerce önce yeni kira parasının tespitini istemekte bir fayda bulunmadığı gibi bir çok hallerde senelerce sonrasına ait rayiç kiranın tespiti mümkün olmaz..." HGK, T. 11.01.1969; E.4-69; K.27, **Erdoğan**, s. 1378.

165 TBK madde 345/f.2'de geçen "otuz gün" ifadesi, bir ay ya da dört hafta olarak anlaşılabilir.

bedelinin artırılacağına ilişkin olarak kiracıya yazılı bildirimde bulunulmuş olması koşuluyla<sup>166</sup>, izleyen yeni kira döneminin sonuna kadar açılması durumunda, mahkemece belirlenecek kira bedeli, yeni kira döneminin başlangıcından itibaren(geriye etkili olarak) geçerli olacaktır. Örneğin, 7.8.2012 başlangıç tarihli bir yıl süreli bir kira sözleşmesinde, kiraya veren en geç 07.07.2013 günü dava açmış (08.07.2013 tarihinde olursa, bir sonraki döneme kalır) veya karşı tarafa yazılı bildirim tebliğ edilmiş olmalıdır ki, mahkemece belirlenen kira bedeli 07.08.2013’de başlayan yeni kira dönemi için uygulama alanı bulabilsin. 07.07.2013 tarihinden daha geç bir tarihte dava açılır veya yazılı bildirim karşı tarafa tebliğ edilirse, mahkemece belirlenecek kira bedeli ancak 07.08.2014’de başlayacak kira dönemi için uygulama alanı bulacaktır.

Yeni düzenlemeyle uygulamada 6570 sayılı Kanun zamanında belirlenen ilke bazı farklılıklarla benimsenmiştir. Önceki uygulamadan farklı olarak davanın açılması ya da bildirim yapılması için gereken süre 30 gün olarak kanun koyucu tarafından açıkça tespit edilmiştir. Bunun dışında, önceki uygulamada kabul edilen, dava dilekçesinin kiracıya tebliğ tarihi yerine, dava tarihi esas alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu tasarisında, “dava dilekçesinin yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte kiracıya tebliğ edilmesinden” söz edilmektedir<sup>167</sup>, Adalet Komisyonu’nda “bu davanın yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açılması” şeklinde değişikliğe uğramıştır.

Kira sözleşmesinde, yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenen kira bedeli de, yeni dönemin başından itibaren geçerli olacaktır(TBK madde 345/f.3) Bu düzenleme 6570 sayılı Kanun zamanındaki Yargıtay uygulamasıyla da paralellik göstermektedir. Örneğin, 01.09.2012 tarihinde başlayan yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağı kararlaştırılmışsa, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın 01.09.2012–31.08.2013 tarihleri arasında açılması koşuluyla mahkemece verilen karar 01.09.2012 tarihinde başlayan dönemden itibaren uygulanacaktır.

---

166 Buradaki “yazılı bildirimde bulunulmuş olması” ibaresi, yazılı bildirim tebliği olarak anlaşılmalıdır, **Gümüş**, s. 79, dipnot: 194.

167 Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>

Yargıtay, 6570 sayılı Kanun zamanında, ihtarın tebliğinden ve davanın açılmasından sonra kira bedelinin ihtirazi kayıt ileri sürülmeden alınmış olmasının, kiraya verenin o dönem için kira tespit davası açmasına engel olmayacağı görüşündeydi<sup>168</sup>. Ayrıca sözleşmede bir artış kuralına yer verilmesi halinde de kiraya verenin yeni döneme ilişkin kira paralarını ihtirazi kayıtsız almış olmasının dava açma hakkını engellemeyeceğini kabul etmekteydi<sup>169</sup>.

---

168 3.HD, T.11.3.1987; E.12525; K. 2304 (Erdoğan, s. 1382).

169 HGK, T. 9.2.2005; E. 2005/3–23; K. 2005/48 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); HGK, T. 21.10.1992; E. 1992/3-479;K. 1992/616 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)). *Gümüş* ise, kiraya verenin yeni kira döneminde ihtirazi kayıt koymaksızın kira bedelini önceki dönemdeki tutar üzerinden veya kendisinin kabul etmediği artış tutarı üzerinden elden teslim alması durumunda, kira bedelinin belirlenmesi davası açma hakkını kaybedeceğini ifade etmiştir. Bu görüşe göre, kira bedelinin banka hesabına yatırılması durumunda ise kiraya veren, hesabına yeni dönem kira bedeli olarak yatırılmış tutarı ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin çekse bile kira tespit davası açabilecektir, *Gümüş*, s. 81; Inceoğlu/Baş ise *Gümüş*'e katılmamaktadır, *İnceoğlu/Baş*, s. 541–542.



## SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna tabi taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri bakımından, kira artış miktarlarına belirli sınırlandırmalar getiren ve aynı zamanda kira bedellerini üst sınır olarak 1953 yılı rayiçinde donduran 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun madde 2 ve 3'ün Anayasa Mahkemesi tarafından, mülkiyet hakkının özünü zedeleyen bir sınırlama olarak görülerek iptal edilmesinden sonra, kira bedelinin sınırlandırılması alanında ortaya çıkan kanun boşluğu, günümüze kadar Yargıtay'ın verdiği kararlar ile doldurulmaya çalışılmıştır. Kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa kadar, kira artış miktarlarına bir takım sınırlandırmalar getiren geçici nitelikte düzenlemeler yapmışsa da, bu konudaki temel nitelikteki düzenlemelere ilk kez 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 344 ve 345'nci maddelerinde yer vermiştir. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde ise kanun koyucunun kira bedelinin belirlenmesi bakımından bu güne kadarki Yargıtay uygulamasını temel alarak, ondan ayrıldığı noktalar olmakla birlikte büyük oranda bu uygulamalara benzer düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Bu açıdan hukuku uygulayanlar Türk Borçlar Kanununun bu hükümlerine oldukça aşınadılar.

Türk Borçlar Kanununun kira bedelinin belirlenmesine ilişkin düzenlemelerinin temelinde kiracının korunması ilkesinin yattığı söylenebilir. Son dönemde ekonomi ve özellikle inşaat sektöründeki gelişmeler dikkate alındığında, kiracıların halen bu kadar korunmasına gerek olmadığı yolundaki görüşler de sıklıkla ortaya atılmaktadır. Ancak genç nüfusun ve evlilik oranının yüksek olduğu ülkemizde, konut sıkıntısının bulunmadığından söz etmek pek gerçekçi gözükmemektedir. Nitekim bazı yerlerde konut darlığı probleminde önemli aşamalar kaydedildiği kabul edilmekle birlikte, bazı yerlerde ise bu sıkıntının halen devam ettiği söylenebilir. Zira konut darlığının oranı şehirden şehre hatta ilçeden ilçeye dahi farklılıklar göstermekte ve birçok etkene göre değişmektedir. Bu açıdan kiracıların kira bedelinin belirlenmesi hususunda korunmaları mutlaka gerekir. Ancak bu düzenlemeler yapılırken kiraya verenin menfaatlerinin de gözetilmesi, Anayasa Mahkemesinin de defalarca ifade ettiği gibi mülkiyet hakkının özüne dokunulmaması gerekir.

Türk Borçlar Kanununun kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlerinde ise bu menfaatlerin kısmen dengelendiği söylenebilir. Taraflar kira sözleşmesinin başlangıcında Kanunla getirilen genel nitelikteki sınırlandırmalar çerçevesinde kira bedelini serbestçe belirledikten sonra, ileriki dönemlerdeki kira bedeli artışlarına ilişkin anlaşmaları bakımından ise kanun koyucu 6570 sayılı Kanun zamanındaki Yargıtay uygulamasına paralel bir şekilde üretici fiyat endeksindeki artış oranlarını kıstas almış ve esasen bu oranları kira artışında üst sınır olarak kabul etmiştir. Ancak kiraya verenlerin, kira süresinin devamı sü-

resince özellikle taşınmazın bulunduğu mevkide kiraların artması gibi olgulara rağmen, üretici fiyat endeksi sınırlaması nedeniyle emsallerden daha az kira geliri elde etmek zorunda bırakılmamaları için de, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren beş yıllık bir süre geçtikten sonra kira bedelinin emsallere göre belirlenmesi imkânı getirilmiştir. Kanımızca söz konusu beş yıllık süre makul bir süredir. Bununla birlikte, yabancı para üzerinden yapılan kira sözleşmelerinde, kira bedelinde beş yıl geçmedikçe bir değişiklik yapılamayacağı yolundaki düzenleme, özellikle yabancı paranın Türk lirası karşısında değer kaybettiği dönemlerde kiraya vereni korumayacak ve kiraya veren aleyhine olacaktır. Bu açıdan kiraya verenin menfaatleri de düşünülerek yabancı para üzerinden yapılan kira sözleşmelerinde, kira artışına ilişkin anlaşmalara da prensip olarak izin vermek, ancak bu artış miktarlarına da bir takım sınırlandırmalar getirmek daha doğru bir çözüm olabilirdi.

Ekonomik koşulların sürekli olarak değişen bir yapıya sahip olduğu düşünüldüğünde, kira bedelinin belirlenmesinin Kanunla düzenlenmesinden ziyade mevcut uygulamada olduğu gibi Yargıtay içtihatlarıyla belirlenmeye devam etmesinin makul olduğu söylenebilir. Ancak kira bedelindeki artış oranı gibi sosyal ve ekonomik sonuçları fazla olan bir konunun Kanunla düzenlenerek yeknesaklığın sağlanmasının, özellikle Yargıtay'ın bu konuda zaman zaman verdiği çelişkili kararları da dikkate alındığında, hukuki istikrar ve güven bakımından daha doğru bir tercih olduğu kanısındayız.

## KAYNAKÇA

- Acar, Faruk**, s. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum, Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Y.3, S. 34
- Akıncı, Şahin**, “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008
- Aksoy Dursun**, Sanem, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008
- Akyiğit, Ercan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, Ankara, 2012
- Akyol, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul, 2006
- Altaş, Hüseyin**, “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, AÜHFD, C. 49, S.1-4, Y.2000
- Aral, Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010
- Atamer, Yeşim**, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFM, C. LXIII, S. 1-2, Y.2005
- Aydemir, Efrail**, s. Kira Hukuku, Ankara, 2012
- Aydın, Sevgican**, “Kira Bedelinin Tespiti ve Uyarlama Davaları”, Terazi, Y.5, S. 45, Mayıs 2010
- Baygın, Cem**, Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 1997
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, İstanbul, 2007
- Baysal, Başak**, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü”, İÜHFM, C. LXX, S. 1
- Burcuoğlu, Halûk**, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, Prof. Dr. Turkut Akıntürk’e Armağan, İstanbul, 2008
- Doğan Murat**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel sayısı, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, 2011
- Erdoğan, Hasan**, Tahliye Kira Tespiti Kira Alacağı ve Tazminat Davaları,

2. Baskı, Ankara, 2010

**Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011

**Ertay, Şeref**, "Kira Parasının Tespiti İçin Kıstaslar", DEÜHFD, Y.2(1981), S.2

**Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul, 2008 (Özel Hükümler)

**Gümüş, Mustafa Alper**, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2012

**Gökçe, Erdoğan**, "Kira Hukukunda Özel Kurallar", İBD, C.80, S. 1, Y.2006

**İnceoğlu, M. Murat/Baş, Ece**, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi", Prof.Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011

**İnceoğlu, M. Murat**, "Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler, Derleyen: İnceoğlu, M. Murat, İstanbul, 2012

**Kaplan, İbrahim**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 2007

**Karahasan, Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, C. 1, İstanbul, 2002

**Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler - Rapor, Ankara, 2008

**Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işın-tan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, Mayıs 2005

**Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul, 2011

**Olgaç, Senai**, Kira Parasını Tesbit ve Tahliye Davaları, İstanbul, 1968

**Özer, Tülay**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Kira Tespit Davasının Niteliği," Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, C. VIII, Sayı 2, Y.2011- C. IX, S. 1, Y. 2012

**Özkan, Hasan**, Açıklamalı-İçtihatlı Tahliye ve Kira Tespiti Davaları ve Tatbikatı, İstanbul, 2007

**Ruhi, Ahmet Cemal**, Kira Hukuku, I. Cilt, Ankara, 2011

**Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, İstanbul, 1988

**Topuz, Seçkin/Topuz, Gökçen**, “Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davanın Hukuki Niteliği”, ABD, Y. 66, S. 2, Bahar 2008

**Topuz, Seçkin/Canbolat, Ferhat**, “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Y. 2011

**Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, 2009 (Özel Hükümler)

**Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen Burak**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 10.Baskı, İstanbul, 2012

**Yavuz, Nihat**, “Kira Parasının Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararlarındaki Gelişmenin Sistematik Açıklaması (I)”, Yargıtay Dergisi, C.14, Ocak-Nisan 1988, S. 1–2 (Yargıtay Kararlarındaki Gelişmenin Sistematik Açıklaması)

**Yavuz, Nihat**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, Ankara, 2012

**Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara, 2010