

BK. 19- 20 VE TBK. 27’NİN KARŞILAŞTIRILMASI

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ*

I. BK.19’UN ANLAMAMI

BK. 19; İsviçre Borçlar Kanunu’nda aynı sayı ile yerini koruyan önemli bir kuraldır. Anlamsız bir süsleme malzemesi değildir.

OR.19 da (ikinci fıkra), emredici kanun kurallarının nasıl belirleneceği belirtilir. Önce yazılı kanun kuralının sözüne (lâfzına) bakılır. Kural açıkça “**aksine sözleşme yapılamaz**” demiş veya açıkça bu anlama gelen bir ifade kullanmış ise bu kural emredici kuraldır. İkinci olarak: Yazılı Kanun kuralı Kamu düzeni kuralı ise, Anayasa ilkelerine dayanan ve Hukuk Devleti düzeninin korunması için uyulması gerekli bir yazılı kanun kuralı ise, sözünde (lâfzında) emredici olduğu açıkça belirtilmiş olmasa bile yine emredici bir kural karşısındayız demektir. Üçüncü olarak: Bir ahlak kuralı yazılı kanun kuralı haline getirilmiş ise, ahlak kuralları esasen yazılı olmasalar dahi emredici olan kurallar oldukları için (BK:20) yine açıkça emredici olduğu belirtilmemiş olsa dahi, ahlaktan iktibas edilen bir yazılı kanun kuralı da emredicidir.

Dördüncü olarak: Her ne kadar kişiliğin korunması da bir ahlak sorunu ve dolayısıyla buna ilişkin kurallar da ahlaktan iktibas edilmiş kurallar ise de, özellikle Liberalizm’in saptırılması dolayısıyla bu gerçek üzerinde uzlaşma bozulabileceğinden, kişilik hakkının ve dolayısıyla kişilik hakkının korunma kapsamına giren değerlerin korunması amacıyla konan, özet olarak: insan onuru (insanlık değeri, insan haysiyeti) na ilişkin yazılı kanun kuralları da emredicidir.

BK:19/ OR.19 da yer alan emredici kurallara aykırı sözleşme yapılamayacağı kuralı, bu maddenin önemini daha da arttırmaktadır. Sözleşmenin sadece “**konusu**” değil, kuruluş sürecinde uyulması gereken usuller; belirten, yapan kişi açısından da emredici kurala uyulmuş değilse bu sözleşme veya MK. 5 delaletiyle hukuki muamele batıl (kesin hükümsüz) olur. Şu halde BK.19 “ yasak işlem” (Verbotenes Geschäft, acte interdit) kavramının temelini oluşturmaktadır. İsviçrede **Eugen Huber**’in mensup olduğu hukukçu neslinin hukuki irfanı haleflerine tam olarak intikal edemedi. Edebilse idi, aile konutu üzerinde eşin rızasıyla yapılması gereken işlemler konusunda da “ehliyetsizlik” daha doğru bir deyişle “ehliyet sınırı” açıklamasına başvuracak yerde “**yasak işlem**” kavramına başvururlardı.

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

İsviçre’de böyle olunca biz de bu kuralı yapanın bile beğenmediği bir “Kar helvası kuralı” zannettik ve Kanun’dan sopyayla kovaladık. Ben, 2005 yılı sonlarında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapılan Sempozyumdan itibaren **“bu muameleyi saygıdeğer 19. maddeye reva görmeyin”** diyerek çok feryat ettim ise de sonuç şairin tasvir ettiği gibi oldu. **Gül’e gûş ettiremez, boş yere bülbül inler! / Varak-ı mihr-u vefayı kim okur, kim dinler?**

Şimdi Türk Borçlar Kanunu yayımlandıktan sonra, BK.19’un yerinin boş kalması bana acı veriyor. Burada mademki bir hayır sahibi hamam yaptırmış ve beni de türkü söylemeye lütfen davet etmiş, yanlış anlamıyla değil, BK.19 anlamıyla bir **“ondokuzcu”** olarak “ Kanunkoyucu” denen saygıdeğer kavrama sesleniyorum: 2012 Temmuz’nu beklemeksizin, halen yürürlükte olan kanunda son günlerini yaşayan 19. maddeye itibarını iade edelim, gönlünü alalım, özür dileyelim ve yeni Borçlar Kanunu’nda ona da yer verelim. İtiraz veya bahaneyi biliyorum; **-Yeni Kanunun bütün kadroları doldu. 27. maddeyi 27.a yapamayız!**

Cevabımız şudur: TBK. 27’nin başına bir veya iki fıkra olarak BK./OR.19 kuralını yerleştirebiliriz.

Şu halde gelecek yılın temmuzundan önce bu kanun değişikliğini yapmakla zarar süreci başlamadan, zarardan dönmüş olacak ve kazançlı çıkacağız.

II. TBK.27 DEKİ FUZÛLİ ŞÂGİL

BK. 19 kanundan gereksiz yere çıkarılırken, batırılan BK.19’un enkazından “kamu düzeni” teriminin BK.20/ TBK.27 olmadığına farkına varıldı ve BK. 27 rafına BK.19 daki kökünden sökülmüş bir kamu düzeni terimi yerleştirildi. Oysa bu da son derece sakıncalıdır ve yine gelecek yılın temmuzundan önce TBK.27 deki “kamu düzeni” ibaresinin kanundan çıkarılması gerekir. – Niçin? Çünkü:

1) Her şeyden önce, TBK. 27 (BK.20) BK.19 da belirleyici ölçütü verilen emredici kanun kurallarına aykırılığı esasen **“Kanunun emredici hükümlerine aykırılık”** olarak ifade etmektedir. Kamu düzeni kuralları da “emredici hükümler” in kapsamına girdiğine göre burada gereksiz bir tekrar vardır.

2) Sadece **“gereksiz tekrar”** sakıncası söz konusu olsa idi, belki TBK.27 de bu ibarenin varlığına katlanılabılırdi. Ne var ki asıl büyük sakınca şuradadır: Ahlak kuralları yazılı Hukuk kuralı haline getirebileceği gibi (BK.19), getirilmese dahi BK.20 TBK. 27 anlamında **“yazılı olmayan emredici kural”** sayılırlar.

Maalesef ahlak kavramının içeriği konusunda uzlaşma, bizde de batıda da tahribata uğradığı için yazılı olmayan ahlaki töreler (Gute Sitten, boni mores, bonne moeurs), gitgide **“ismi var cismi yok”** hale gelmektedirler. Ayrıca, Anayasa’nın 13. maddesini 2001 yılında değiştirilmesi ve ahlakın genel bir sınırlama gerekçesi olmaktan çıkarılarak ilgili maddede sınırlama gerekçesi

belirtildikten sonra bir de özel kanun aranması, sözleşme hürriyeti maddesinde ahlakın korunması sınırlama gerekçesinden söz edilmediği için (Anayasa m.48) TBK 27/BK.20'yi Anayasa'ya aykırı sayılabilecek bir kanun kuralı konumuna getirmiştir. “Kamu düzeni” nin yazılı bir kanun kuralından anlaşılması gereğinden söz edilmeyip de kamu düzenine aykırılık, ahlaka aykırılık gibi yazılı olmayan töreler ile de ifadesini bulabileceğinin kabul edilmesinin vahim sakıncaları vardır. Osmanlı dönemi'nin çok sakıncalı “örfi” “nizam-i âlem” anlayışı; 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde **“milli menfaate aykırı hiçbir faaliyet, Anayasa'nın metin kısmına aykırı olmasa bile, koruma görmez”** kuralıyla canlanmış iken, TBK. 27 nin bugünkü metniyle, “ahlâk” üzerinde uzlaşma kalmadığı ve esasen ahlak sınırlamasının sözleşme hürriyeti alanında Anayasal temeli çöktüğü için sadece bir zevahiri kurtarma ibaresi haline gelerek ahlaka aykırılığa kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanamayacak, “kamu düzeni” kavramı ise, Anayasa'nın başlangıç bölümünün desteği ile yazılı kanun kuralları alanın sınırları içine, BK.19'a dönmeyip TBK.27'de yazılı olmayan ahlak kurallarına ayrılan yeri işgal edecektir. Bunun ne vahim sakıncalar doğuracağını ârif olan anlar. TBK.27'den kamu düzeni kavramının çıkarılması ve bu kavramın BK.19'daki “emredici kanun kuralları” çerçevesine sokulması zaruridir. İlgi ve sabrınız için çok teşekkür ederim.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ**

I. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin sistemini kural olarak korumuştur. Bu kapsamda, Türk Borçlar Kanunu'nda da sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin temel müeyyide, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik tarzında varlığını korumaktadır. Bununla beraber, Türk Borçlar Kanunu'ndaki sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin hükümlerin içeriğinde farklı düzenlemeler de bulunmaktadır. Aşağıda, önce Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlükteki Borçlar Kanunu'na göre değişiklik içermeyen düzenlemelerine kısaca değinilecek, sonra yürürlükteki Borçlar Kanunu'na göre değişiklik içeren hükümlere değinilecektir.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK İÇERMİYEN HÜKÜMLERİ

1) Sözleşmelerin şekline ilişkin yürürlükteki BK m. 11/f.1 hükmünü karşılayan TBK m.12/f.1 hükmünde, sözleşmeler açısından şekil serbestisi ilkesi korunmuştur. Keza, TBK m. 12/f.2'de kanunun geçerlilik şekline tabi tuttuğu sözleşmeler açısından öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğu vurgulanmış ve şekle uyulmadığı takdirde sözleşmenin "hüküm doğurmayacağı" öngörülmüştür. Bu düzenleme de, ilk cümledeki hüküm dışında, BK m.11/f.2 ile büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Bununla beraber, yürürlükteki Borçlar Kanunu açısından da kanunun öngördüğü şeklin, ispat şekli olmadıkça veya kanun başka müeyyide öngörmedikçe geçerlilik şekli olduğu kabul edilmekteydi¹. Bu bakımdan, TBK m. 12/f.2 gerekçesinde, hükümdeki ilk cümle ile tereddütlerin giderildiği yönündeki ifade kanaatimce isabetli değildir. Yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu açısından da, yukarıda belirttiğim ayrımlar varlığını koruduğu cihetle, Türk Borçlar Kanunu düzenlemesi açısından da durum farklı değildir. Şu halde, TBK m. 12 hük-

* Makale hakemsiz olarak yayımlanmıştır.

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

¹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s.116; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul, 2010, s. 272-273; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s. 240-241, 260.

münde de geçersizliğin türü bakımından bir düzenleme yapılmış değildir. Dolayısıyla, sözleşmelerin şekle aykırılığı açısından kesin hükümsüzlük görüşü hâkim olmaya devam edecektir. Belirtmek gerekir ki, yasa koyucu, sözleşmelerin geçersizliği açısından azınlıkta kalan kendine özgü (sui generis) geçersizlik görüşünü dikkate almamıştır. Hatta, gerekçede yer alan **“Tasarının 12’nci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ilk cümle hükmüyle, Kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin, kural olarak geçerlilik şekli olduğu belirtilerek, bu konudaki duraksamalar ortadan kaldırılmak istenmiştir. Aynı fıkranın son cümlesinde de, öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olduğu açıklanmıştır”** ifadesi göz önünde tutulduğunda, yasa koyucunun doktrinde tartışılan görüşlerden biri yönünde tutum almasının eleştirilmesi de mümkündür.

2) TBK m. 13, yürürlükteki BK m. 12 hükmünü karşılamaktadır. Borçlar Kanunu hükmünde sadece yazılı şekilden söz edilirken, TBK m. 13/f.2 hükmünde, maddede öngörülen esasın yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekline tabi sözleşmelerde de uygulanacağı öngörülmüştür. Bu esas, yürürlükteki Borçlar Kanunu açısından da doktrinde ve uygulamada kabul edilmekteydi². Bu sebeple, TBK m. 13/f.1 düzenlemesinin tüm şekle tabi sözleşmeleri kapsayacak tarzda düzenlenmesi, daha isabetli olurdu³. Bu ifade aksamayı, kanaatimce Türk Borçlar Kanunu hazırlanmasında yer yer yürürlükteki kanun metinlere gereksiz sadık kalma kaygısından kaynaklanmaktadır.

3) Yürürlükteki BK m. 16 hükmünü karşılayan TBK m. 17 hükmü iradi şekil açısından ifade farklılıkları dışında değişiklik içermemektedir.

4) TBK m. 27 kesin hükümsüzlük kenar başlığı altında, yürürlükteki BK m. 20 hükmünü karşılamaktadır. Gerek TBK m. 27/f.1’de gerekse kısmi geçersizliği düzenleyen TBK m. 27/f.2’de hüküm değişikliği yoktur. Bununla beraber, Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) yapılan değişiklikler ile imkânsızlığın sözleşmenin geçersizlik sebebi olmaktan çıkarılması yönündeki eğilimin yasa koyucu tarafından benimsenmediği⁴, dolayısıyla sözleşmenin konusunun yapıldığı anda objektif imkânsız olmasının geçersizlik sebebi olarak korunduğuna işaret edilebilir.

² Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007, s.88-89; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 305-306; Eren, s. 258-259; Oğuzman/Öz, s.126.

³ Bkz. Turgut Öz, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul, 2011, s. 6.

⁴ Bu hususta bkz. Mehmet Serkan Ergüne, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Hâlleri Ve Sonuçları”, İÜHFİM, Cilt: LXII, Sayı: 1-2, İstanbul, 2004, s. 367-368.

III. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK İÇEREN HÜKÜMLERİ

1) TBK m. 14 yazılı şeklin gerçekleşmesine ilişkin olarak 2. fıkrada, BK m. 13'de öngörülen telgrafname dışında başka metinlerin de kullanılabilceğini öngörmüştür. TBK m. 14/f.2 hükmü şöyledir: **“Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer”**.

2) TBK m. 15/f.son'da yer alan “Usûlüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, körlerin imzaları onları bağlamaz” hükmü Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden değiştirilmiş; hüküm “Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir” tarzında düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer alan son fıkra, "Açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksini göstermedikçe, yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükü, açığa imza atana düşer" hükmü kanuna alınmamıştır. Oysa, gerekçede varlığını korumaktadır.

3) TBK m. 16 hükmünde imza yerine geçen işaretler arasında "parmak izi"ne de yer verilmesi yeni hükümdür. Uygulamada parmak izinin kullanılmasının dikkate alındığı söylenebilir.

4) TBK m. 28 hükmü, BK m. 21 hükmünü karşılamakta, aşırı yararlanmayı, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun ifadesi ile “gabin” kurumunu düzenlemektedir. TBK m.28/1 düzenlemesinde, zarar görene, sözleşme ayakta tutularak edimler arasındaki oransızlığın=dengesizliğin giderilmesini isteme imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme, BK m. 21'de yer almamaktaydı; ancak doktrin kısmi iptal ya da içerik değiştirici kısmî hükümsüzlük ilkesi olarak bu esasın uygulanabileceğini kabul ediyordu⁵. Dolayısıyla, pahalıya satın alınan malın semeni indirilecek ya da ucuza satılan malın semeni düzeltilecek veya yüksek faiz gabin varsa makul seviyeye indirilebilecektir. Bu düzenleme, sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyen kişinin, sözleşmenin geçersiz hale gelmesi sonucunu doğuracak tarzda iptal beyanında bulunanın aksine, geri verme yükümlülüğünün bulunmamasına hizmet ettiği için isabetlidir.

⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s.466; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.494 vd.; Eren, s. 382; Kılıçoğlu, s. 153-154.

TBK m. 28 hükmünde öngörülen ikinci yenilik, aşırı yararlanmada zarar görenin haklarını kullanması için uyulması gereken sürenin başlangıcının değiştirilmesi ve bu hususta üst süre öngörülmesidir. TBK m. 28/f.2 hükmü şöyledir: **“Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir”**. Bu düzenleme, isabetlidir. Dolayısıyla, gabin halinde, aynı zamanda şartları gerçekleştiği için irade sakatlıklarına başvurulması ihtiyacına da gerek bırakmaz⁶.

5) Yanılma (hata) hallerini düzenleyen TBK m. 31, yürürlükteki BK m. 24 hükmünü karşılamaktadır. TBK m. 31 hükmü şöyledir: **“Özellikle aşağıda sayılan yanılma hâlleri esastır:**

1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.

2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.

3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.

4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.

5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.

Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir”.

Bilindiği üzere, yürürlükteki BK m. 24 hem beyan, hem saik hatalarını düzenlemektedir. Türk Borçlar Kanunu’nda ise, m. 31 beyan hatalarına tahsis edilmiş, saik hatasını TBK m. 32 düzenlemiştir. TBK m. 31/b.1 ile BK m. 24/b.1 ve TBK m.31/b.2 ile BK m. 24/b.2/c.1 hükümleri aynı içeriktedir.

TBK m. 31/b.3 ve b.4 kişide yanılmayı düzenliyor. Gereğede, TBK m. 31/b.3 hükmünün karşı sözleşenin şahsında yanılma; TBK m. 31/b.4 karşı sözleşenin niteliğinde yanılma olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Gereğenin ifadesi aynen şöyledir: **“Maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde, yanılanın, sözleşme yapma iradesini gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklaması söz konusudur. Gerçekte (B) ile sözleşme yapmak isteyen (A)’nın yanılarak bu iradesini (C)’ye açıklamasında olduğu gibi.**

⁶ Gabin ile irade sakatlıkları ilişkisi açısından bkz.: Oğuzman/Öz, s. 115; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 464-465; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 496-498.

Maddenin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde öngörülen esaslı yanılma halinde yanılan, sözleşmeyi yaparken belli bir kişiyi göz önünde tuttuğu halde, sözleşme yapma iradesini başka bir kişi için açıklamaktadır. Mesela, belirli kişisel veya mesleki özellikleri olan (B) ile sözleşme yapmak isteyen (A)nın, yanılarak, sözleşme yapma iradesini, bu özelliklerden yoksun olan ya da farklı özellikleri bulunmakla birlikte, aynı adı taşıyan (B) isimli başka bir kişiye açıklamasında olduğu gibi”.

Oysa BK m. 24/b.2 ifadesi farklıdır. Doktrinde yürürlükteki BK m. 24/b.2 hükmünde yanılma konusu kişiyi, sadece karşı sözleşen olarak anlayanlar bulunduğu gibi, “başlıca nazara alınan şahıs” olarak karşı sözleşen dışında bir kişinin de dikkate alınabileceği ifade edenler bulunmaktadır⁷. Örnek olarak A ile yapılan sözleşmede, B tarafından, A'nın çocuğu Ç'ın yerine yanılarak Ç'nin bakımının üstlenilmesinde durum böyledir. Dolayısıyla, kanaatimce TBK m. 31/b.4 bu ikinci durum için uygulanmalıdır. Bu sebeple, TBK m. 31/b.4 gerekçesindeki örnek isabetli değildir. Şöyle ki, bir kere, gerekçedeki örnek TBK m. 31/b.3 ile ilgilidir. Öte yandan örnekte ifade edilen vasıf eksikliği, şartları gerçekleştiği takdirde saik hatasını ifade eder, beyan hatası söz konusu olmaz.

6) TBK m. 32 saik hatasını düzenlemektedir. BK m. 24/b.4'ü karşılayan TBK m. 32 hükmü şöyledir: “Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir”. TBK m. 32/son cümle’de yer alan, “ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir” tarzındaki düzenleme BK m. 24 hükmünde yer almamaktadır. BK m. 24/b.4’de yer almayan bu cümle, bir önceki cümledeki durumun, yani saikte hataya düştüğünün bilinebilir olmasının aranması tarzında anlaşılmaya elverişlidir. Oysa, saik hataları açısından önemli olan karşı tarafın saikte hataya düştüğünü bilebilecek olması değildir. Nitekim, BK m. 26 hükmünü karşılayan TBK m. 35 ise karşı tarafın yanılmayı bilmesi halinde tazminat ödenmeyeceğini öngörüyor ve bilindiği gibi anılan hüküm sadece saik hatalarında uygulanabilir⁸.

Bu sebeple, eğer TBK m. 32 hükmündeki “bilinebilir olma”, saikte yanılmanın bilinebilir olması olarak ifade edilirse, TBK m.35 hükmü anlamsızlaşır. Dolayısıyla, doktrinde söylendiği gibi, bilinebilir olma, sadece saikler içindir, yoksa aynı zamanda saik hatasına düştüğünün bilinebilir olmasını ifade

⁷ Oğuzman/Öz, s.82-83; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 397.

⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 130-131; Oğuzman/Öz, s. 93; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 451; Eren, s.356-357.

etmez⁹. Bu bakımdan, TBK m. 32/c. son ifadesi isabetli değildir. Oysa, Tasarı hükmü, doğru şekilde "Ancak yanılanın, karşı tarafça bilinebilir biçimde yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde, yanılma esaslı sayılır" tarzında düzenlenmiş idi. Meclis görüşmelerinde verilen önerge ile metin değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesi, hükmün "daha anlaşılır hale getirmesi" olarak ifade edilmiş ise de, yapılan değişiklik ile hüküm tamamen yanlış bir düzenleme halini almıştır.

7) TBK m. 38/f.l'de irade sakatlığı hallerinden korkutmanın şartları arasında, tehlikenin yöneleceği kişiler açısından "yakın" terimi kullanılmıştır. TBK m. 38 hükmünü karşılayan BK m. 30'da yakın akraba terimi yer almaktadır. Doktrin BK m. 30 hükmündeki yakın akraba terimini, BK m. 47'deki aile kavramında olduğu gibi, yakın olarak anlamakta idi¹⁰. Dolayısıyla, ifade düzeltilmesi isabetli olmuştur.

8) TBK m. 88/f.1, anapara faizi açısından 3095 sayılı Kanun hükümlerine gönderme yapmaktadır. Hüküm şöyledir: "**Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir**". TBK m. 88/f.2, sözleşme ile belirlenecek faiz oranının yasal faizin ancak %50 fazlası olarak kararlaştırılmasına izin vermektedir. Bu oranın üzerindeki sözleşmeler geçersiz sayılacaktır. Bu, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda yer almayan bir düzenlemedir. Gerekçede borçlunun korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir. Gerekçede bu hususta şu ifadeler yer verilmiştir: "**Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmede kararlaştırılacak yıllık faiz oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı öngörülerek, bu emredici hükümlerle, uygulamada örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında, borçluların korunması amaçlanmıştır**". Belirtmek gerekir ki, sözleşmede kararlaştırılan aşırı faize karşı yasal sınır öngörülmesinin dışında başka hukuki koruma imkânlarının uygulanması, faizin aşırı kısmının özellikle gabin, ahlâka aykırılık sebebiyle geçersizlik yaptırımına tabi tutulması mümkündür. Zira, yasal faizlerin yükseldiği dönemlerde, sözleşmede yasal faizin ancak %50 fazlasının kararlaştırılabilmesine ilişkin düzenleme arzu edilen sonucu sağlamayabilecek, somut duruma göre yüksek bir oran teşkil edebilecektir. Bu sebeple sözleşme ile kararlaştırılan faize bu tarzda bir yasal oran sınırlaması öngörülmesi kanaatimce isabetli değildir.

⁹ Oğuzman/Öz, s. 89-90; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 404 vd.; Eren, s.351-352.

¹⁰ Oğuzman/Öz, s. 98; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 473; Eren, s. 364-365; Kılıçoğlu, s. 144-145; Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s.122.

Kaldı ki, TBK m. 88/f.1 hükmünün uygulama alanının sınırlı olduğuna da işaret etmek gerekir. Zira, 6102 sayılı TTK m. 8 faiz oranının serbestçe belirlenmesini öngörmektedir. Dolayısıyla, TBK m. 88/f.1 hükmü tacirler açısından uygulanmayacaktır. TTK m. 8/b.3 hükmü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin saklı tutulduğunu ifade etmiştir. Belirtelim ki, TKHK anapara faizi için yasal sınırlama öngören bir hüküm içermemektedir. Sadece temerrüt faizi açısından TKHK'da **taksitle satışı düzenleyen m. 6/A, tüketici kredisini düzenleyen m. 10 ve konut finansmanı sözleşmelerini düzenleyen m. 10/B hükümlerinde, akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı belirlenebileceği ifade edilmiştir.** TBK m. 120/f.2 ise, temerrüt faizi açısından yasal faizin yüzde yüz fazlasını aşamayacağı hükmünü taşımaktadır. Bu hükümler çerçevesinde, TBK m. 88/f.1 hükmünün ticari işler dışında ve tüketici işlemleri açısından uygulanacağı görülmektedir.

9) Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK m. 115 hükmü, yürürlükteki BK m. 99 hükmünü karşılamaktadır. TBK m. 115 hükmü şöyledir: **"Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma 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.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür".

Bu düzenlemeye göre, bir kere, yürürlükteki BK m. 99 hükmünden farklı olarak, sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliği açısından takdiri butlan söz konusu değildir. İkinci olarak, TBK m. 115/f.2'de sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılacağı hallerden bir olarak alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesi bulunmasından söz edilmiştir. Oysa, bilindiği gibi, hizmet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Dolayısıyla, TBK m. 115/f.2 hükmünün bu metni işçi lehine yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını da kapsamaktadır. Bu düzenlemenin yasa koyucunun amacına aykırı olduğunda tereddüt yoktur.

TBK m. 115/f.2 hükmünün Tasarı'da yer alan metni şöyleydi: "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Hafif kusur hâlinde borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin önceden anlaşma yapılırken, alacaklı borçlunun hizmetinde bulunuyorsa hâkim, bu anlaşmayı hükümsüz sayabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif

kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür".

Tasarının anılan hükmünde değişiklik yapan Adalet Komisyonu'nun değişikliğe ilişkin "**Hizmet ediminin, insanın bizzat varlığından bir parça olması, emeğin, Borçlar Kanununun kaynak ülkede kodifikasyonu dönemindeki emek anlayışı ile çağımızdaki değerlendirme kriterlerinin değişmesi, angarya yasağı ve hizmet ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminatların tam ödenmesi ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde, bu konudaki hafif kusura veya diğer sebeplere dayalı sorumsuzluk ve tasfiye anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağına açık olması, esasen benzeri çözümün Karayolları Trafik Kanununun 111'inci maddesine kısmen intikal etmiş olması, anlaşmanın kusurun hafifliğine ya da başka bir sebebe dayalı olması yahut alacaklının sorumsuzluk sözleşmesi yapılırken borçlu hizmetinde bulunmasının geçersizlik bakımından sonuca etkili olmaması**" gerekçesi isabetli değildir. Dolayısıyla, TBK m. 115/f.2 hükmünün amaca uygun şekilde düzeltilmesi gerekir.

10) Yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluğu düzenleyen, TBK m. 116/f.son hükmünde, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın m. 115/f.son hükmündeki "Alacaklı, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde ise, sözleşmeyle borçlunun ancak hafif kusurdan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir" hükmüne yer verilmemiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak Tasarı m. 115/son fıkranın TBK m. 115 hükmünde yer aldığı gösterilmiştir. Adalet Komisyonu Raporu'nda yer alan gerekçe şöyledir: "**Alt Komisyonca, Tasarının 115 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümleleri, birbiriyle zorunlu bağlantısı bulunmayan iki ayrı hükme yer verildiği göz önünde tutularak, ikinci cümle, maddenin üçüncü fıkrasına dönüştürülmüş ve böylece madde dört fıkradan oluşur hale getirilmiştir. Komisyonumuzca ise maddenin dördüncü fıkrası, Tasarının 114 üncü maddesinde yapılan değişiklik dikkate alınarak, madde metninden çıkarılmış ve madde teselsül nedeniyle 116 ncı madde olarak bu değişik şekliyle kabul edilmiştir**". Belirtmek gerekir ki, TBK m. 115 borçlunun sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarını düzenlemektedir. Oysa, TBK m. 116 borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkindir. Bu sebeple, TBK m. 115 ve TBK m. 116 hükümlerinde farklı hususların düzenlendiğinin gözden kaçırıldığı açıktır. Dolayısıyla, TBK m. 116 hükmünde değişiklik yapılarak, Tasarı m. 115/f.son'daki "Alacaklı, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde ise, sözleşmeyle borçlunun ancak hafif kusurdan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir" hükmünün maddeye eklenmesi gerekir.

AŞIRI YARARLANMA (TBK.m.28) *

Yrd. Doç. Dr. M. Beşir ACABEY**

GİRİŞ

Bilindiği üzere, Liberal Hukuk Sistemlerinde Borçlar Hukukunun en temel ilkelerinin başında, “irade özerkliği” ve “sözleşme özgürlüğü” gelir. Sözleşme özgürlüğünün bir yönünü de tarafların, sözleşmenin konusunu ve içeriğini diledikleri gibi belirleyebilmeleri oluşturur. Bu çerçevede; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar, sözleşme konusu olan “edimi” ve “karşı edimi” (yasal sınırlar içinde) özgürce belirler. Ancak bütün özgürlükler gibi, Borçlar Hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü de sınırsız bir özgürlük değildir. Sözleşme kurulurken tarafların belirlediği edimler arasında, ekonomik anlamda bir dengenin olması kural olarak zorunlu değildir. Bir başka ifadeyle sözleşmelerde, edimler arasında oransızlık (dengesizlik) bulunabilir ve bu oransızlık aşırı da olabilir. Fakat edimler arasındaki aşırı oransızlık, taraflardan birinin içinde bulunduğu özel durumdan yararlanılarak, diğer tarafça meydana getirilmişse; zayıf durumda olan tarafı korumak amacıyla (6098 Sayılı) Türk Borçlar Kanunu, yürürlükteki (818 Sayılı) Borçlar Kanunu gibi, sözleşme özgürlüğüne bu noktada müdahale ederek, bu özgürlüğü sınırlama yoluna gitmiştir¹.

Bazı durumlarda, aşırı yararlanmanın (gabinin) irade bozukluğu halleriyle (yerine göre saikte yanılma, aldatma veya korkutma durumuyla) genişmesi, aynı olayda bunlarla bir arada olması mümkün ise de; aşırı yararlanma (gabin), irade bozukluğu hallerinden biri değildir. Aşırı yararlanmanın (gabinin), sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğu genellikle kabul edilmektedir². Aşırı yararlanmanın, irade bozukluğuyla bir arada olduğu hal-

* Makale hakemsiz olarak yayımlanmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ **Fikret EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, 2010- İstanbul, sh. 377 ; **M. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul-2006, sh. 113-114; **Selahattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Haluk BURCUOĞLU / Atilla ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul-1993, sh. 458; **Burcu KALKAN**, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul-2004, sh. 47-48

² **Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul- 2008, sh. 479, knr. 2. Ancak yazar, sözleşme özgürlüğüne getirilen genel sınırlamanın yaptırımının kesin hükümsüzlük (butlan) olmasına rağmen, aşırı yararlanma (gabin) için öngörülen yaptırımın “iptal edilebilirlik” olduğunu da vurgulamaktadır (bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 480, knr. 39). Gabine

lerde zarar gören dilerse aşırı yararlanma hükümlerine; dilerse irade bozukluğu hükümlerine dayanabilir³. Bu durumda hakların yarışması söz konusudur.

Aşırı yararlanmaya (Gabine) ilişkin hükümler esas itibariyle, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için öngörülmüş ise de; ortaklık sözleşmeleri ve miras paylaşım sözleşmelerinde olduğu gibi, çok taraflı sözleşmelerde de uygulama alanı bulacağı genellikle kabul edilmektedir⁴. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere bu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır⁵.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu bu kurumu 21. maddede “**Gabin**” başlığıyla düzenlemişken; yeni Türk Borçlar Kanunu aynı kurumu bazı değişikliklerle 28. maddesinde “**Aşırı yararlanma**” başlığı altında düzenlemiştir. Tebliğimizde önce, “Aşırı Yararlanmanın” koşullarına kısaca değindikten sonra, yeni Kanunda zayıf durumda olan tarafa tanınmış olan “**seçimlik hakları**” ele alacağız. Daha sonra, yeni Kanuna göre bu seçimlik hakların **hangi sürelerde** kullanılabilmesi ve bu sürelerin başlangıcı konusunu irdeleyip; tebliğimizi, yeni Kanunda bu kurumla ilgili hükümlerde yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi ve vardığımız sonuçları belirterek tamamlayacağız.

I. AŞIRI YARARLANMANIN KOŞULLARI

Aşırı Yararlanmanın koşullarına ilişkin olarak, Yeni Türk Borçlar Kanunu ile yürürlükteki Borçlar Kanununun arasında bir düzenleme farkı yoktur. Sadece yeni Kanunda düzenleme, arı bir Türkçeyle kaleme alınmış olup, ifade sadeleştirilmiştir. Öğretide Gabinin koşullarına ilişkin değişik ayrımlar yapılmıştır. Bazı yazarlar Gabinin koşullarını iki başlık altında incelemişken; bazıları ise üç başlık altında ele almıştır. Biz de Aşırı Yararlanmanın koşullarını üç

ilişkin kuralların sözleşme özgürlüğüne getirilen özel bir sınırlama olduğu yönünde; **Eraslan ÖZKAYA**, Gabin Davaları, Ankara-2000, sh.17-18; **Hasan Halis SUNGUR**, Gabin, İstanbul-1953, sh.15. Öğretide hâkim olan bu görüş ve bu görüşü savunan yazarların ileri sürdüğü gerekçeler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ; **Çiğdem Mine ASLAN**, Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara- 20006, sh. 42-54; bu durumlarda tarafların özgür iradeye sahip olduklarından bahsedilemeyeceğini; bu nedenle burada irade özgürlüğünün kısıtlanması değil; aksine güvenceye bağlanmasının söz konusu olduğu görüşünde, **Vedat BUZ**, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl-1998, C.XIX, Sayı.4, sh. 59-60.

³ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 479, knr. 2; **Mustafa Fadıl YILDIRIM**, Hile, Ankara-2002, sh.27-28; **Kalkan**, sh.175-178

⁴ **Eren**, sh.377-378; **Oğuzman/Öz**, sh.113; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 484, knr. 10

⁵ **Eren**, sh.377-378; uygulanabileceği görüşünde, **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 485, dpn. 13'te anılan İsviçreli yazarlar; uygulanamayacağı görüşünde, **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop**, sh. 458; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 484-485, knr. 10

başlık altında irdeledik. Bu koşullar; karşılıklı edimler arasında açık oransızlık; zarar gören tarafın zayıf (özel) durumda bulunması ve yararlanma kastıdır.

A. Karşılıklı Edimler Arasında Açık Oransızlık

Bu koşul öğretilerde, “**objektif koşul**” olarak da nitelendirilmektedir. Edimler arasındaki açık oransızlık bulunup bulunmadığı, edimlerin sözleşmenin kurulduğu andaki objektif değerleri göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir⁶. Sözleşme kurulduktan sonra edimlerin değerinde meydana gelen değişiklikler dikkate alınmaz. Aynı şekilde tarafların edimlere verdikleri subjektif değer de dikkate alınmamalıdır⁷.

Türk-İsviçre Hukuklarında edimler arasındaki oransızlığın, ne zaman “açık bir oransızlık” sayılacağı konusunda bir oran belirlenmemiş; bu konudaki belirlemeyi hâkime bırakmıştır⁸. Hâkim somut olayın bütün özelliklerini ve bu arada varsa bütün yan edimleri de dikkate alarak yapacağı değerlendirme sonucunda, karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık bulunup bulunmadığını takdir edecektir. Eğer edimler arasında herkesin kolayca gözüne çarpan bir oransızlık varsa; “edimler arasında açık oransızlık” koşulu gerçekleşmiş sayılır⁹.

B. Zarar Gören Tarafın Zayıf (Özel) Durumda Bulunması

Bu koşulda, zarar görenin sözleşme kurulurken üç alternatif durumdan birinin içinde bulunması aranmıştır. Zarar görenin içinde bulunduğu bu özel durumlar, 818 sayılı yürürlükteki Borçlar Kanununda, “muzayaka halinde bulunmak”, “hiffet” ve “tecrübesizlik” şeklinde sayılmışken; yeni Türk Borçlar Kanununda “zor durumda kalma”, “düşüncesizlik” ve “deneyimsizlik” şeklinde ifade edilmiştir. Hükümdeki sayımın sınırlayıcı (tahdidi) olup olmadığı öğretilerde tartışmalı olup; Türk hukukunda baskın görüş, bu sayımın sınırlayıcı olduğu yönündedir¹⁰.

İsviçre’de ise son zamanlarda gittikçe taraftar toplayan görüşe göre, buradaki sayım örnekleyicidir (tadadidir). Bu son görüşe göre, bu üç durum dı-

⁶ Eren, sh. 378-379; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 484, knr. 9; Oğuzman/ Öz, sh.114; Aslan, sh.67-69; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 459; Kalkan,sh.112,116

⁷ Eren, sh.378-379 ; Oğuzman/ Öz, sh.114; Kalkan,sh.116; Aslan, sh.74-75

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 459-461; Aslan, sh.80-83; Kalkan,sh.76; yasada dayanağı olmamakla birlikte, Yargıtay Kararlarında bazı oranlar saptandığı görülmektedir. Bu kararlara göre gabinden bahsedebilmek için, edimler arasında en az %25 e üstünde bir oransızlık bulunması zorunludur (bkz. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 483-484, knr. 7; Aslan, sh.73-74)

⁹ Eren, sh. 378; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 483, knr. 5,7; Oğuzman/ Öz, sh.114; Aslan, sh.72

¹⁰ Kalkan, sh.133-135; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 489, knr. 19; Aslan, sh.95

şında kalan, fakat bunlara benzer;”uyuşturucu yada alkol bağımlılığı”, “ileri derecede yaşlılık” “hasta yada bitik olma”, “bir kimseye karşı minnet duygusu içinde olmak”, “saldırgan satış metotlarının etkisi altında kalmak” gibi durumlar da, aşırı yararlanmanın bu koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir¹¹.

1. Zor durumda kalma

Öğretide ifade edildiği üzere zorda kalma ekonomik nitelikte olabileceği gibi, tamamen kişisel (manevi, psikolojik) nitelikte de olabilir¹². Zorda kalmanın kişinin kusuruna dayanması da, zorda kalanın bu hükümden yararlanmasına engel değildir¹³. Örneğin küçük bir kasabada gece tek nöbetçi eczaneden, acil bir tedavi için ilaç satın almak zorunda kalan birinden, ilaç bedelinin 10 katı bir fiyat talep edilmesi durumunda, kişisel-manevi anlamda bir zorda kalma durumu vardır.

Ekonomik anlamda zorda kalma için kişinin mutlaka yoksul olmasına da gerek yoktur. Varlıklı bir kimse de bazı dönemde nakit sıkıntısı çekebilir ve malvarlığı değerlerini de paraya çeviremediği için zorda kalabilir¹⁴.

Yargıtay’ın bazı kararlarına göre; kişilerin yaşlılık, hastalık veya yalnızlık kıskacında olmalarını da manevi anlamda zorda kalma sayılır¹⁵.

2. Düşüncesizlik

Yürürlükteki kanunda “hiffet” olarak isimlendirilen durumda bulunan kişi, ayırt etme gücünden yoksun olmayıp; yaptığı işlemin muhtemel sonuçlarını gereği gibi dikkate almadan, düşüncesizce ve çok rahat davranır. Bunun sürekli tekrarlanan, kişilik zayıflığı şeklinde olmasına da gerek olmayıp, sadece somut olayda bu şekilde davranmış olması bile yeterlidir¹⁶.

3. Deneyimsizlik

Burada da deneyimsizlik, genellikle olduğu üzere, zarar görenin genç yaşta bulunması ve genel hayat deneyiminden yoksun bulunması nedeniyle olabileceği gibi; kişinin yaş olarak genç ve deneyimsiz olmamasına rağmen, sadece somut olaydaki işleme ilişkin bilgi eksikliğine dayalı bir deneyimsizliği

¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 489, knr. 19; Aslan, sh.95-96 ;Kalkan, sh.134, dpn.259 da anılan eser.

¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 462; Eren, sh.379, 380; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 487, knr. 16; Oğuzman/ Öz, sh.114; Kalkan, sh.123

¹³ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 487, knr. 16 ; Kalkan, sh.122; Aslan, sh.90

¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 487, knr. 16 ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 461; Kalkan, sh.123; Aslan, sh.91

¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 487-488, knr. 16; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 462; Kalkan, sh.124-125

¹⁶ Eren, sh.380; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 486, knr. 14; Aslan, sh.84

de söz konusu olabilir. Günümüzde teknolojinin muazzam gelişimi, yaşça epey olgun kişilerin de, birçok konuda “deneyimsiz” sayılmalarını gerektirebilir¹⁷. Örneğin bilgisayarla ilgilenmeyen ve bu alandaki gelişmelerden habersiz olan yaşlı bir kişi, bu konuda deneyimsiz sayılabilir.

C. Aşırı Yararlanma (Sömürme) Kastı

Aşırı yararlanmadan söz edebilmek için diğer koşulların bulunması yeterli olmayıp, üçüncü koşul olarak; edimler arasındaki açık oransızlığın, zarar görenin (yukarıda bahsedilen) zayıf durumundan yararlanarak, karşı tarafça meydana getirilmiş olması da gerekmektedir. Bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için, aşırı yararlananın, karşı tarafın içinde bulunduğu zayıf durumu (zorda kalma, düşüncesizlik, deneyimsizlik) bilmesi ve bundan yararlanarak sözleşmeyi yapmış olması gerekir¹⁸. Bu nedenle bu koşulu, “yararlanma kastı” olarak isimlendirmeyi tercih ettik.

Yararlanma kastının gerçekleşmiş sayılabilmesi için, zarar görenin zayıf durumda olmasının bilinmesi yeterli olmayıp; edimler arasında açık bir oransızlığın bulunduğu da bilinmesi gereklidir. Ancak öğretilerde haklı olarak ifade edildiği üzere bu bilginin kesin bir bilgi olması zorunlu olmayıp, sömürenin “çok karlı” bir iş yaptığının bilincinde olması yeterlidir¹⁹. Diğer yandan, sömüren tarafta diğer tarafı mahvetmek kastı aranmadığı gibi, sömürme kastının mutlaka “doğrudan kast” olmasına da gerek yoktur; sömürenin tarafta, sömürmeye yönelik “ihtimali kastın” (*dolus eventualis*) bulunması yeterlidir²⁰. Fakat “ihmal” şeklinde beliren kusur, aşırı yararlanma (gabin) için yeterli değildir²¹.

İsviçre öğretisindeki bazı yazarlara göre, gabin hükümlerinin uygulanabilmesi için; sömürenin, diğer tarafın zayıf durumunu ve edimler arasındaki açık oransızlığı “bilmesi” de zorunlu olmayıp, bunları “bilebilecek durumda olması” yeterlidir²². Biz kanuna açıkça aykırı olan bu görüşe katılmıyoruz. Kocayusufpaşaoğlu’na göre ise, sömürenin tarafın bu hususları “bildiğini” ispat etmek her zaman kolay olmadığından; “apaçık bilinebilir olma”, bilme ile bir tutulmalıdır²³.

¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 486-487, knr. 15; Eren, sh.380; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 463; Kalkan, sh.128; Aslan, sh.86-89

¹⁸ Eren, sh.380-381; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 490, knr. 21; Oğuzman/ Öz, sh.115; Aslan, sh.97

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 491, knr. 21; Aslan, sh.98

²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 491, knr. 21

²¹ Eren, sh.381

²² Kocayusufpaşaoğlu, sh. 491, dpn. 46 da anılan eser.

²³ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 491, knr. 22

Aşırı yararlanma (sömürme) kastı, sömüren tarafta, “bilme” ve “isteme” unsurlarının birlikte bulunmasını gerektirir; bu unsurlardan biri mevcut değilse, bu koşulun gerçekleştiğinden bahsedilemez²⁴. Yani sömürenin, hem karşı tarafın “zayıf durumunu bilmesi”, hem de bundan yararlanarak onu “sömürmeyi istemesi” gerekir. Ancak bu iki unsur birlikte gerçekleştiğinde, aşırı yararlanma kastı (sömürme kastı) söz konusu olur.

Diğer yandan, aşırı yararlanma kastının gerçekleşmiş sayılması için, sözleşme teklifinin (icabın) mutlaka aşırı yararlanan tarafından yapılmış olması da zorunlu değildir. Teklif zarar gören tarafından da yapılmış olabilir²⁵. Nihayet, zarar gören tarafın mutlaka gerçek kişi olması da gerekmez; tüzel kişiler de, aşırı yararlanmanın mağduru olabilir²⁶.

II. ZARAR GÖREN TARAF TA TANINAN SEÇİMLİK HAKLAR

A. Genel Olarak Tanınan Hakların Niteliği

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, aşırı yararlanmadan zarar gören tarafa, yürürlükteki Kanundan farklı olarak, iki seçimlik hak tanımıştır. Bu haklardan biri, yürürlükteki Kanunda da tanınmış olan sözleşmeyi “İptal Hakkı” ve ikinci olarak (yürürlükteki Kanunda öngörülmemiş olan) “Edimler Arasındaki Oransızlığın Giderilmesini Talep Hakkıdır”. Türk Borçlar Kanununun aşırı yararlanmayı düzenleyen 28. maddesinin, 2. fıkrasında öngörülen süreler içinde²⁷, zarar gören taraf, bu seçimlik haklardan birini kullanabilecektir. Bu hak yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, karşı tarafa yöneltilmesi gereken, tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanılır. Bu hak kullanılmakla sona erer ve kullanıldıktan sonra (kural olarak) geri alınması veya değiştirilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde bu hakkın, koşula (şarta) bağlı kullanılması da mümkün görülmemektedir²⁸.

Bu yenilik doğuran haklardan ilki, yani “İptal Hakkı”, kullanılmakla sözleşmeyi sona erdirdiğinden “**bozucu yenilik doğuran hak**”²⁹; “Edimler Arasındaki Oransızlığın Giderilmesini Talep Hakkı” ise, sözleşmenin içeriğini, karşılıklı edimlerin oranını değiştirdiği için, “**değiştirici yenilik doğuran hak**” niteliğindedir.

²⁴ Eren, sh.381

²⁵ Eren, sh.379; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 491, knr. 23; Oğuzman/ Öz, sh.115; Aslan, sh.100

²⁶ Eren, sh.380; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 489, knr. 18; Oğuzman/ Öz, sh.115; Kalkan, sh.125

²⁷ Sürelere ilişkin yapılan değişikliği ileride ele alacağız.

²⁸ Eren, sh.381; Aslan, sh.112-116

²⁹ Eren, sh.381; Aslan, sh.114

Hükümde “**durumun özelliğine göre**” zarar görenin, sözleşmeyi iptal hakkını veya edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebileceği belirtilmiştir. Kanımızca bu ifade, hükümde öngörülen hakların “seçimlik hak” niteliğinde olmadığı anlamına gelmez; sadece bazı durumlarda seçim hakkın sınırlanabileceği ve zarar görenin hakkının bunlardan birine hasredilebileceği anlamına gelir. Fakat kanımızca bu durum sadece çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Görüşümüze göre; zarar görenin tercih ettiği hakkın kullanılması, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, MK.m.2 ye göre “hakkın kötüye kullanılması” niteliğindeyse; bu durumda zarar gören bu hakkı kullanamayacak, sadece diğer hakkın kullanılması mümkün olabilecektir.

Bazı durumlarda da somut durumun özellikleri, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasına başvurmaya gerek olmaksızın da; seçim hakkının sınırlanması ve zarar görenin hakkının sadece bunlardan birine hasredilmesini gerektirebilir. Örneğin zarar görenin, acil durumda kasabanın tek eczanesinden fahiş fiyata satın aldığı ilacı kullanıp tüketmişse; sözleşmenin iptalini istemesi bu durumda haklı değildir ve ancak oransızlığın giderilmesini isteyebilmelidir.

B. İptal Hakkı

Yürürlükteki kanunda da aşırı yararlanmanın (gabinin) yaptırımı olarak düzenlenmiş olan İptal yaptırımının etkisi öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre gabin sözleşmeyi (irade sakatlığı hallerinde olduğu gibi) baştan itibaren sakatlar; fakat iptal hakkı süresi içinde kullanılmazsa, sözleşme geçerli hale gelir. Yani burada, irade sakatlığı durumlarında olduğu gibi, “**düzelebilir geçersizlik**” durumu vardır³⁰. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, aşırı yararlanma durumunda sözleşme yapıldığı anda geçerli olmakla birlikte, süresi içinde iptal hakkının kullanılmasıyla, baştan itibaren geçersiz hale gelir; yani burada “**bozulabilir geçerlilik**” durumu söz konusudur³¹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, iptal hakkı “yenilik doğuran bir hak” olmasına rağmen; bu hakkın kullanılmasıyla sadece ileriye yönelik sonuçlar doğmaz; iptal hakkının kullanılması, sözleşmeyi yapıldığı andan itibaren geçersiz hale getirir³². Bu durumda sözleşme kesin geçersiz hale gelir ve eğer taraflar sözleşmede öngörülen edimleri yerine getirmişlerse; verilen şeylerin iadesi istihkak davası veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilir³³.

Aşırı yararlanma (gabin) niteliği gereği “sözleşme müzakerelerinde kusurlu davranış” (culpa in contrahendo) sayıldığı için; zarar gören tarafın, sömü-

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 492-493, knr. 26 ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 464-465; Kalkan, sh.139-142

³¹ Aydın ZEVLİLER/ M. Beşir ACABEY / K. Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Bası, Ankara – 2000, sh.35; Oğuzman/ Öz, sh.115

³² Eren, sh.381

³³ Eren, sh.382; Aslan, sh.118-127

renden uğradığı “menfi zararlarını” da ayrıca isteyebileceği kabul edilmektedir³⁴.

İptal hakkının, yasada öngörülen süreler içinde kullanılmaması durumunda ise; aşırı yararlanmaya rağmen sözleşme tamamen geçerli hale gelir.

C. Edimler Arasındaki Oransızlığın Giderilmesini Talep Hakkı

Edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilme hakkı, yürürlükteki Kanunda düzenlenmiş olmamasına rağmen; zarar görenin, sözleşmenin iptali yerine bu yönde bir talepte bulunabileceği, son zamanlarda öğretide değişik gerekçelerle savunulmaktaydı³⁵. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu hakkı açıkça düzenleyerek, tartışmalara son vermiş oldu.

Yukarıda belirtildiği üzere, “Edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı”; niteliği gereği “değiştirici yenilik doğuran bir hak” olup; iptal hakkı gibi, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanılabilir. Bu hakkın kullanılması için dava açılması zorunlu değildir³⁶. Ancak taraflar karşılıklı edimler arasındaki oransızlığın nasıl giderileceği konusunda anlaşamazlarsa, dava açılması gerekecektir.

Bu bağlamda şu noktanın açıklığa kavuşturulması gerekir: Acaba aşırı oransızlık giderilirken, malın piyasadaki ortalama fiyatı mı esas alınacak; yoksa edimler arasındaki aşırı oransızlığın, kabul edilebilir orana çekilmesiyle mi yetinilecektir? Burada sömüren tarafın korunmaya değer bir menfaati olmadığından, malın piyasadaki ortalama değerinin esas alınması daha isabetli olacaktır³⁷. Örneğin piyasa değeri 50 TL olan bir mal, 100 TL ye satılmışsa, zarar gören alıcı, oransızlığın giderilmesi seçeneğini kullanmışsa; malın değeri olarak, ortalama piyasa değeri olan 50TL kabul edilmelidir; yoksa “aşırı oransız” sayılamayacak olan 60 TL ye değil.

Bu konuda akla gelebilecek bir başka problem, sömürülen tarafın oransızlığın giderilmesini istediği durumlarda; sömüren tarafa, yürürlükteki BK.

³⁴ **Eren**, sh.382; **Kalkan**, sh.184; **Aslan**, sh.128; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 497, knr. 31 (yazar, zarar gören tarafın sözleşmeye onay verdiği durumlarda bile, bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak, yürürlükteki BK.m.31/f.II (TBK. m 39/f.II) hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, zarar görene menfi zararlarını tazmin ettirebilme hakkının tanınabileceğini savunmaktadır)

³⁵ Bu değişik gerekçeler için, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 494-495; ayrıca, **Kalkan**, sh.149-154; knr. 28 ; **Eren**, sh.382; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, sh. 466; **Buz**, sh. 64 vd.

³⁶ İsviçre Hukuku yönünden bu görüşte, **Gauch**, Der Fussballclub und sein Mitvertrag, Ein Markenter Entscheid zur Übervorteilung, recht 1998/2, sh. 59; bu hususta İsviçre Hukuku'ndaki tartışmalar için bkz. **Kocayusuf-paşaoğlu**, sh. 494-495, knr. 28; krş. **Buz**, sh. 68

³⁷ Bu görüşte, **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 497, knr. 30

20/f.II/c.2 (TBK. M.27/f.II/c.2) hükmünde olduğu gibi, durumu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürerek, sözleşmenin bütünüyle geçersiz olmasını sağlayıp, sağlayamayacağıdır. Öğretide, hiçbir şekilde hukuki himayeye layık olmayan sömürene, böyle bir hak tanımının isabetli olmayacağı haklı olarak ifade edilmiştir³⁸.

III. SEÇİMLİK HAKLAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN SÜRELER

I. Genel Olarak

Yukarıda değinildiği üzere yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda, gabin durumunda zarar gören tarafa sadece sözleşmeyi iptal edebilme hakkı tanınmış ve bu hakkını bir yıllık süre içinde kullanabileceği kabul edilmişti. İrade sakalığı (hata, hile, ikrah) hallerinden farklı olarak bu sürenin **sözleşmenin kurulduğu andan itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmüştü**. Fakat bu düzenleme şekli öğretideki bazı yazarlar tarafından eleştirilmekte; müzayaka (zorda kalma) durumunda bunun haklı görülebileceği, çünkü bu durumda zarar gören taraf, zorda durumda olduğu için sözleşmeye razı olsa da sömürülüğünün bilincinde olduğu; fakat “hiffet” ve “tecrübesizlik” durumunda aynı şeyin söylenemeyeceği ifade edilmekteydi³⁹.

Ayrıca, iptal hakkı için **bir üst süre** öngörülmemiş olması da, eleştiri konusu yapılmaktaydı. 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 28.maddesinin 2. fıkrasındaki hükümde biri kısa (bir yıl) ve biri uzun (5 yıl) olmak üzere iki süre öngörmüş; diğer taraftan bir yıllık süreyi, sözleşmenin kurulmasından başlatmayarak, her iki yöndeki eleştiriye bertaraf edecek bir düzenleme getirmiştir.

Zarar gören tarafa tanınan seçimlik hakların her ikisi için de, yani hem iptal hakkı ve hem de edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkının kullanılmasında, uygulanması gerektiğini düşündüğümüz bu iki süre, niteliği gereği hak düşürücü süreler olup; bu süreler geçirilmişse, hakkın sona erdiği hâkim tarafından res’en (görevi gereği) dikkate alınmalıdır. Şimdi bu iki süreyi daya yakından irdeleyelim:

B. Bir Yıllık Kısa Süre

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunundaki bir yıllık süreyi muhafaza etmiş; fakat yürürlükteki kanundan farklı olarak, sürenin başlangıcında bir değişiklik yapmıştır. Yukarıda kısaca değinildiği üzere; yürürlükteki kanun, bir yıllık sürenin başlangıcı olarak, sözleşmenin kurulmasını kabul etmişken; yeni kanunda bir yıllık sürenin, zarar görenin **“düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu**

³⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 496-497, knr. 29 ve aynı yerde dpn. 63’te anılan yazarlar; **Buz**, sh.72-73; **Kalkan**, sh.154-155 ; **Aslan**, sh.140-142

³⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 465-466; Krş. **Oğuzman/ Öz**, sh.115, dpn. 334; **Aslan**, sh.117-118

durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren” başlayacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemenin, irade sakatlığında iptal hakkının bağlı olduğu bir yıllık sürenin başlangıcıyla uyumlu olduğu görülmektedir.

Bu süre hak düşürücü süre olduğundan, zamanaşımı süreleri için öngörülmüş hükümler, burada uygulama alanı bulmaz; zamanaşımını kesen veya durduran sebepler, bu sürenin kesilmesi veya durması sonucunu doğurmaz⁴⁰. Zarar gören bu süre içinde seçimlik haklarından birini kullanmazsa; henüz beş yıllık üst süre dolmuş olmasa bile, seçimlik haklarının her ikisi de düşer ve zarar gören artık bunları kullanamaz. Bu durumda zarar gören, sözleşmeye icazet vermiş sayılır ve sözleşme artık tamamen geçerli hale gelir.

C. Beş Yıllık Uzun Süre

Yürürlükteki Kanunda zarar görenin hakkını kullanmada geçerli olan bir “üst sürenin” bulunmadığını ve bunun öğretide bazı yazarlar tarafından eleştirildiğini daha önce belirtmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bu eleştirileri karşılayacak şekilde bir üst süre öngörüldüğünü ifade etmiştik. Yeni Kanunda öngörülen bu süre; “**sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl**” şeklinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu Komisyonu tarafından “on yıl” olarak düşünülen bu üst sürenin; Adalet Komisyonu tarafından, “sözleşmelerdeki güven ve ahde vefa ilkelerinin sağlanması amacıyla” beş yıla indirildiği, madde gerekçesinden anlaşılmaktadır.

Bir yıllık süre gibi, beş yıllık üst süre de hak düşürücü süre niteliğinde olup, sürenin geçmiş olması hâkim tarafından res’en dikkate alınmalıdır. Zamanaşımını kesen veya durduran sebepler bu süre için de geçerli değildir; bu sebeplerle sürenin durması veya kesilmesi söz konusu olmaz.

Sözleşmenin kurulmasından itibaren beş yıllık sürenin geçmiş olması durumunda; artık zarar görenin “düşüncesizlik ve deneyimsizliğini” öğrenmiş olup olmadığı veya “zorda kalma durumunda” bu durumun ortadan kalkıp kalmadığı artık önem taşımaz. Beş yıllık üst sürenin dolmasıyla, zarar görene tanınmış olan haklar sona ermiş olur. Sözleşmenin kurulmasından itibaren henüz beş yıllık süre dolmadan zarar gören, “düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini” öğrenmiş ya da “zorda kalma durumu” ortadan kalmış, fakat beş yıllık sürenin dolmasına “bir yıldan az süre” kalmışsa; artık zarar gören haklarını bir yıl içinde değil, beş yıllık sürenin sona ermesine kadar kullanabilir. Örneğin zarar görenin zorda kalma durumu beş yılın dolmasına iki ay kala ortadan kalkmışsa; zarar gören haklarını ancak bu iki ay içinde kullanabilir; bir yıl içinde değil.

⁴⁰ Eren, sh.381; Kalkan, sh.146-147; Aslan, sh.117

IV. DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

818 sayılı yürürlükteki Borçlar Kanununun 21. maddesinde düzenlenmiş olan “Gabin”; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, önemli bazı değişiklikler yapılarak, “Aşırı Yararlanma” başlığıyla 28. maddede düzenlenmiştir.

Daha önce anlatıldığı üzere, bu değişikliklerin ilki; zarar görene “sözleşmeyi iptal hakkı” yanında, “**edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı**” tanınmış olmasıdır. Yürürlükteki Kanun döneminde de, en azından “olması gereken hukuk” (de lege feranda) yönünden benimsenen bu hakkın; yeni Kanunda tanınmış olması kanımızca olumludur.

Yapılan diğer değişiklik ise; hakların kullanılabilceği sürelerle ilgilidir. Yeni Kanunda sözleşmenin kurulmasından itibaren her durumda uygulanacak olan “**beş yıllık bir üst süre**” getirilmiş olması ve “**bir yıllık sürenin**” **başlangıcıyla ilgili** yapılan değişiklikleri de genelde isabetli buluyoruz. Ancak iki noktada farklı düzenleme yapılabileceğini düşünüyoruz. Bunlardan ilki, Aşırı Yararlanmada isabetli olarak beş yıllık bir üst süre getirilmiş olmasına rağmen; “İrade Bozukluklarında” (Yanılma, Aldatma ve Korkutmaya) paralel bir düzenlemeyle bir üst süre öngörülmemiş olmasıdır. Çünkü İrade Bozuklukları ile Aşırı Yararlanmada menfaat durumları benzer olduğu gibi; her iki kurumun da “iptal edilebilirlik” yaptırımına bağlı olduğu genellikle kabul edilmekte ve öğretide İrade Bozukluğu durumunda da, iptal hakkının kullanılmasında geçerli olacak bir üst süreye ihtiyaç olduğu savunulmaktadır.

İkinci olarak; kanımızca “bir yıllık” süre hem aşırı yararlanma, hem de irade bozukluğu halleri için uzun bir süredir. Aşırı yararlanma da “**düşüncesizlik veya deneyimsizliğin**” öğrenildiği; “**zorda kalma durumunda**” bu durumun ortadan kalktığı andan itibaren başlayan sürenin bir yıl bırakılması, kanımızca isabetli olmamıştır. Durumu öğrendikten sonra veya zorda kalmanın ortadan kalkmasından itibaren, hakkaniyete uygun bir düşünme süresi geçtikten sonra derhal veya örneğin bir aylık gibi kısa bir süre içinde hakların kullanılması tarafların menfaatlerinin dengelenmesi yönünden daha isabetli olabilirdi.

YENİ BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KEFİLİN DEF'İ - İTİRAZLARI VE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Prof. Dr. Gülçin Elçin GRASSINGER *

Tebliğimizin konusu yeni Türk Borçlar Kanunu'nda kefalet hükümlerinden, kefilin def'i ve itirazları ile kefalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerdeki yenilik ve değişikliklerin ortaya konulmasıdır. Tebliğin ilk bölümünde, kefalet sözleşmesinde kefilin def'i ve itirazlarından söz edilecektir. Ancak kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına uyulmamış olması da kefil için her ne kadar birer itiraz sebebi teşkil ederse de, tebliğ konusu sınırlandırmak amacıyla kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları (şekil ve ehliyet) üzerinde durulmadan BK md.585 vd.'da yer alan savunma imkanlarından söz edilmiştir. Tebliğin ikinci bölümünde ise, münhasıran kefalet sözleşmesine özgü ve Türk Borçlar Kanunu'nun getirmiş olduğu yeni sona erme sebepleri incelenmiş, kefalet sözleşmesinin fer'iliği sonucu asıl borcun sona ermesi sebebiyle kefaletin sona erdiği hallerden söz edilmemiştir. Son olarak belirtmek isteriz ki, tebliğin konusu yeni Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği yeniliklerle sınırlı olduğundan, mevcut kanunda hiçbir değişikliğe uğramamış itiraz veya def'i hakları ile sona erme sebepleri üzerinde durulmamıştır.

I- KEFİLİN DEF'İ VE İTİRAZLARI

A- Adi Kefalette Kefilin Def'ileri:

Peşin dava def'i bakımından yeni Türk Borçlar Kanunu md.585/I hükmü ile eski BK md.486 hükmüne bazı yenilikler getirilmiş ve ayrıca mevcut BK md.486 hükmündeki ilk fıkradaki cümle de çıkarılmıştır. Buna göre mevcut BK md.486/I uyarınca adi kefalette kefilin peşin dava def'ini ileri sürememesi ve kefalet borcu sebebiyle hemen takip edilebilmesi için peşin dava def'ine imkan veren hallerin kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmaları gerekmekte idi. Oysa yeni MK md.585'de peşin dava def'ini bertaraf eden hallerin kefalet sözleşmesinden evvel mi, yoksa sonra mı mevcut olduklarının bir öneminin olmadığı görülmektedir.

Türk Borçlar Kanunu yenilik olarak 585.maddenin 1.bendinde doktrinin kabul ettiği fakat mevcut BK md.486'da takibin semeresiz kalması olarak tanımlanan aciz belgesinin alınması gerekliliği açıkça hükme koymuştur.

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

Esaslı yenilik olarak sayılmasa da 2.bentteki “veya önemli ölçüde güçleşmiş olma” terimi yenidir. Aslında gerekçede bu yeniliğin neden konulduğu anlaşılamamaktadır. Zira kaynak İBK md.495’de İsviçre dışında yaşayan borçlunun (örneği Almanya’da yaşıyor, ikametgahı Almanya), Almanya’daki ikametgahını başka bir ülkeye nakletmesi halinde alacaklının asıl borçluyu takibi bu nedenden dolayı imkansız olmasa da çok güç olacağından, kefilin peşin dava def’i hakkı elinden alınmaktadır. Türk Hukukunda bu bent konulurken neyin kastedildiği kanımca bilinmeden veya dikkate alınmadan hükme konulmuştur. Zira böyle bir hükmün konulmasına ilişkin ne uygulamada ne de doktrinde bir ihtiyacın varlığı mevcuttur.

TBK md.585/b.3’deki “iflasına karar verilmesi” ifadesi de getirilen bir diğer yeniliktir. Her ne kadar mevcut BK 486 zamanında doktrinde bu görüş kabul edilmekte ise de, yenilikte bu husus açıkça ortaya konulmuştur. Bu itibarla artık iflasın açılmış olması gerekli ve yeterlidir.

Maddedeki bir diğer yenilik 4.bendde yer almaktadır. Peşin dava def’inin ileri sürülmesi bakımından doktrinde kabul edilmekte olan “ borçlu hakkında konkordato mehlinin verilmiş olması”, hükmü, md.585/b.4’ de açıkça peşin dava def’inin ileri sürülmesine engel olan bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Konkordato mehlinde kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra konkordato mehli verilmesi, def’i hakkı için yeterlidir. Alacaklının konkordato anlaşmasını beklemesine gerek yoktur.

Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.

Rehlin Paraya çevrilmesi def’i ile ilgili olarak mevcut MK md.486/II son cümlesi, doktrinde de dikkate alınmıyordu bu sebeple yeni TBK md 585 metninde bu cümle çıkartılmıştır. Ayrıca TBK md.585/II’de konkordato mehli verilmesi ihtimali de, yeniliktir.

Maddede “rehinle” güvenceye alınmasından söz edilmektedir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1942 tarihli değişiklikte rehinle teminat altına alınmışsa ibaresi, bu terimin, hapis hakkını da kapsaması amacıyla değiştirilmiştir.TBK md.585 bu hükmü kaynak kanundan aynen aldığından ikinci fıkra hükmünün Türk Hukukunda da bu şekilde yorumlanması gerekecektir.

Belirtelim ki, İİK md.45 çerçevesinde rehni kimin verdiği önemli değildir önemli olan asıl borç için rehlin mevcut olmasıdır. Rehlin kefalet aktinden evvel veya onunla aynı zamanda verilmesi şartı sadece rehlin 3.kişilerce verilmesi halinde söz konusu olacaktır.

Açığa Kefalette Kefilin Def'ileri

TBK md. 585/son göre : 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.

Hemen belirtelim ki fıkranın son cümlesi bu haliyle anlamsızdır. Burada ne demek istediği madde hükmünden anlaşılamamaktadır. Kaynak İBK md.495/son fıkraya bakıldığında, Türk Kanun Koyucusunun bu cümle ile olsa olsa BK md.585/son fıkrası hükmünün emredici olmadığını ifade etmek istediği sonucuna varılabilir. Zaten eğer kefil açıkça zarara kefaleti üstlenmemişse normal bir kefalet türü olmadığından, kural olarak açığa kefalet vardır, denilemez. Son fıkrada “ Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa...” denilerek bu tür kefaletin özellikle bu hususiyeti vurgulanmadığı takdirde, söz konusu olamayacağı anlatılmak istenmektedir. Nitekim kaynak kanunda da, kefil arta kalan (bakiye) alacağın ödenmesini tekeffül etmişse denilerek, bu kefaletin açıkça kararlaştırılmış veya işin mahiyetinden anlaşılır olması gerektiğini ifade etmektedir.

Zarara kefalet, tali niteliğin çok baskın olduğu bir türdür. Bunu, zarara kefil olmuş kişiye ancak asıl borçlu hakkındaki takip veya konkordatonun en son aşamasına kadar gidilmiş ve fakat bir sonuç alınamamış olması gerektiğinden anlamaktayız.

Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi, asıl borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz vesikasıyla sonuçlanması, iflas söz konusu ise iflasın sonuçlanmış olması gerekir. Konkordato da ise konkordatonun kesinleşmiş olması gerekmektedir. Bu koşullardan evvel kefile başvurulamaz. Başvurulduğu takdirde ise kefilin geçici def’i ileri sürerek ödememe hakkı vardır.

Açığa kefalette, asıl borç için ayrıca rehin verilmiş ise rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesi gerektiği, zaten işin mahiyetinden çıkar.

B- Müteselsil Kefalette Kefilin Def'ileri

TBK md. 586/I hükmüne göre kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, asıl borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması halinde borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir. Eğer asıl borçlu, ifada gecikmemiş veya ifada gecikmiş ama ihtar sonuçsuz kalmamış yani ihtardan sonra ödemişse veya asıl borçlu açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde değilse, ala-

çaklı önce asıl borçluyu takip edebilir veya taşınmaz rehnini paraya çevirir, ondan sonra müteselsil kefile gider.

Kısaca müteselsil kefalette asıl borcun vadesi gelmiş, borçlu ödeyecek durumda, gecikme söz konusu değil ya da geciktiği için ihtar çekilmiş ama ihtardan sonra ödenmiş ise alacaklı önce müteselsil kefile gidemez. Aksi takdirde, müteselsil kefil önce borçlunun takip edilmesi veya mevcut olduğu takdirde ipoteğin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilecektir.

TBK md.586/ II göre ise, müteselsil kefilin tekeffül ettiği asıl borç için teslim şartlı menkul rehni veya alacak rehni varsa alacaklı önce müteselsil kefile gidemez. Önce rehinlerin paraya çevrilmesi gerekecektir. Ancak şayet alacağın, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağı önceden hâkim tarafından belirlenmişse veya asıl borçlu iflas etmiş ya da borçluya konkordato mehli verilmiş ise, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilecektir.

C- Birlikte Müteselsil Kefalette Kefilin Def'i ve İtirazı TBK md.587

Eğer müteselsil birlikte kefalette kefiller BK md.586'daki koşullar gereğince önce asıl borçlu veya ipoteğin paraya çevrilmesinden sonra takip edileceklerdir.

Müteselsil birlikte kefalette, her bir müteselsil birlikte kefil kefalet borcunun tamamından mesul olur. Ancak bunun için alacaklının tek bir müteselsil birlikte kefil takip etmemesi, bütün müteselsil birlikte kefilleri aynı anda yani birlikte takip etmesi gerekir. Eğer alacaklı birlikte müteselsil kefillerden sadece birini takip ederse, takip edilen müteselsil birlikte kefil bölme def'ini ileri sürebilir. Diğer müteselsil birlikte kefiller kendi paylarını ödemiş veya ödeyeceklerine ilişkin alacaklıya aynı teminat vermiş olduklarında dahi bölme def'ini ileri sürebilir. Dolayısıyla müteselsil birlikte kefalette bölme def'i hakkı da yeni kanunda getirilmiştir. Şöyle ki, MBK 1; MBK 2; MBK 3 varsa alacaklı üçüne aynı anda takip yapması için üç MBK kefaletin de muaccel olması gerekir. Alacaklı üçüne aynı zamanda takip yapmazsa sadece MBK 1'i takip etmişse ve MBK 2 ve 3'ü Türkiye'de hukuken takip etme imkanı varsa ya da MBK 2 - 3 kendi paylarını ödemişlerse ya da aynı teminat vermişlerse, yine MBK 1 bölme def'ini ileri sürebilir.

Fakat örneğin MBK 2 'nin Türkiye'de takibi mümkün değilse, o zaman MBK 1 bölme def'ini ileri süremez ve MBK2'nin payını MBK 1 ve MBK 3 eşit oranda paylaşırlar. Bu halde bölme def'i kullanılamaz.

MBK kefiller 2 ve 3'ün Türkiye'de takibi mümkün değilse, MBK 1 bölme def'ini ileri süremez. Bunu anlamı ya bu kişilerin Türkiye'de yerleşim yerleri yoktur veya Türkiye'de haklarında icra takibi yapılamıyor, mal varlıkları mevcut değildir.

MBK 2 ve 3 kendi paylarını ödemiş iseler ya da aynı teminat göstermiş iseler bu takdirde MBK 1 bölme def'ini ileri sürer yani kefalet borcunun tamamını ödemez.

Madde hükmünde geçen ve müteselsil birlikte kefillerin teminat göstermesinde, teminatı kime verilecektir? Kanunun md.587'in ikinci fıkrasına ilişkin gerekçesinde, teminatın alacaklıya verileceği ifade olunmuştur. MBK1'in bölme def'i hakkı varsa o oranda yaptığı ödemeyi alacaklının kabul etme borcu vardır.

Unutmamak gerekir ki her bir müteselsil kefilin peşin dava def'i veya ipotegin / rehnin paraya çevrilmesi def'i hakkı mevcuttur.

Birlikte Kefalette Kefaletin Sona Erdiği İtirazı

587/III : 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.

3.Fıkra mevcut BK md.488/son c. cümlesinin, Türk Hukukunda doktrinde kabul edilmiş olan şeklidir. Hüküm değişikliği yoktur. Ancak İsviçre Borçlar kanunu'nda kefalet borcundan kurtulma yanında hakim hakkaniyet gerektiriyorsa kefilin sorumluluktan tamamen kurtulmasına değil, kefalet sorumluluğunun indirilmesine de karar verebilir. Tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesi sonucu hâkimin takdir yetkisini kullanarak kefalet sözleşmesinin sona ermesinden ise kefilin sorumluluğunun azaltılmasına karar verebilme imkanının Türk Hukukuna neden alınmamış olduğu belli değildir.

D- Kefilin Takibi - Muacceliyet Def'i-Takibin Durdurulduğu Def'i-Takip Edilmezlik Def'i

TBK md. 590/I hükmünde muacceliyet def'inden söz edilmektedir ve hükümde değişiklik yoktur. Mamafih hükümde muacceliyet ile ilgili olarak mevcut kanun hükmünde yer alan hataya devam edilmektedir. Şöyle ki, muacceliyet bakımından kanunda (BK md. 491 = TBK 590/ III) asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar, denilmektedir. Oysa kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkinin tarafı olmadığından, hukuki ilişkinin taraflarının yapacakları muacceliyet ihbarının kefile ancak "haber verilmesi veya bildirilmesi" hukuken bir anlam taşır. Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanunu md. 501/III'de açıkça "haber verilmişse" ifadesine yer verilmektedir. Türk doktrinde de aynı görüş kabul edilmektedir. Oysa yeni TBK md. 590/III'de,

muacceliyet ihbarının kefile yapılmasından söz edilmekle, aynı hataya devam edilmiştir.

BK md. 590/ II, takibin durdurulması hakkı: Bu hüküm yenidir. İsviçre'de 1941 tarihli değişiklikle bu hükmün konulmasının sebebi, müteselsil kefile, - asıl borçlunun ödeme imkanı olsa ya da başka teminatlar verilmiş olsa bile- doğrudan gidilebilmesi sebebiyle, özellikle müteselsil kefilidir. Ancak hükümden İsviçre Kanun Koyucusu tüm kefilleri yararlandırmak istemiştir. Hükümle kefil adeta zarara kefil durumuna gelmiş olmaktadır. Kefil, alacaklının zararını engelleyebileceği ölçüde aynı teminat vermek suretiyle, alacaklının diğer rehin hakkından, asıl borçludan alacağını alabilmesi için yapacağı takip sonuna kadar kendisine karşı başlamış takibin durması için hakime başvurabilecektir. Alacaklı kefile karşı takibin durması nedeniyle zarara uğramamalıdır.

Bu hüküm gereği alacaklı kefil geçici süre takip edemeyecektir. Ancak alacaklı yine de kefil takip etmek isterse, kefil, **“takibin durdurulduğu” def’inde** bulunabilecektir. Kefilin sunduğu aynı teminatın yeterli olup olmadığına hakim karar verecektir. Teminat verildikten sonra teminatın yetersizliği anlaşılacak olursa, hakim eksik kalan teminatı tamamlattırabilecektir. Teminat, ana para, faiz, yargılama masraflarının karşılayacak miktarda olacaktır. Teminat tutarı, kefalet tutarına eşit olmak zorunda değildir. Bu nedenle eğer borçlunun başka teminatları varsa, borçlunun borcunu ödeme imkanı varsa aynı teminatın miktarının belirlenmesinde bunlar dikkate alınacaktır. Benzer sebeple kefilin, kendisine karşı takibin durdurulduğu dönemde iktisadi durumunun kötüleşebilme imkanı da teminatın belirlenmesinde ölçü olarak alınabilecektir. Aynı teminat verilerek kefile karşı takibe ara verilmesi kefaletin sona erme sebebi değildir. Kefil, alacaklının uzun süre takibe ara vermesi durumunda kıyasen belirsiz süreli kefalette kefilin kefaletten kurtulmasına ilişkin hükümden yararlanabilecektir.

BK md. 590/ son, (takip edilemezlik def’i): 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. Bu fıkra hükmünde İsviçre Kanun Koyucusu kefilin, yerleşim yeri yurtdışında olan asıl borçlunun borcunu ödemesine, yaşadığı ülkedeki hukuki mevzuat gereği engeller çıktığında kefilin bu engellere rağmen alacaklıya bu riskleri üzerine alarak ödeyeceğine dair bir teminat vermediği yönünde bir karine kabul etmektedir. Böylelikle yurtdışında yerleşim yeri olan asıl borçluya kefil olan kişi, asıl borçlunun borcunu zamanında ve tam olarak ödemesi, yabancı ülkedeki kanunlar gereği hukuken kısmen veya tamamen imkansızlaşması sebebiyle ödemekten kurtulmasına rağmen kefilin ödemesi gerektiğine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararının doktrinde eleştirilmesi sonucu, bu hüküm İsviçre’de konulmuştur. Söz konusu hükmün, bu konuda bir

ihtiyaç veya tartışma olmadığı halde, hükmün sadece kaynak kanunda olması sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'na alınmış olması eleştirilebilir

Bu fıkradaki koşullar gerçekleştiğinde kefil, alacaklıya karşı takip edilemeyeceği def'ini ileri sürebilecektir. Yalnız İBK md.501 /son fıkradaki bu def'i hakkından kefil feragat edebilecektir. Hüküm emredici değildir.

E- Genel Olarak Kefilin Def'ileri TBK md. 591:

Kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına 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.

Birinci fıkranın ilk cümlesi, mevcut BK md.497 ile aynıdır. İkinci cümlesi ise mevcut BK md.485/son c. deki hususunda kısmen değiştirilmesi suretiyle ortaya çıkmaktadır. BK md.485/ son c. de zamanaşımı söz konusu değildir ama doktrinde bunu da madde kapsamında olması gerektiğini ifade etmekte idi. İkinci cümlede yer alan yanılma zaten BK md.485/son c. mevcuttu. Yenilik zamanaşımı bakımındandır.

Asıl borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek teminat borcu altına giren taraf, sonradan alacaklıya karşı asıl borcun zamanaşımına uğramış olduğu def'ini ileri süremeyecektir. Zira teminat borcu altına giren bu durumu bilerek taahhütte bulunduğundan, sonradan taahhüdünün mahiyetine aykırı düşecek şekilde zamanaşımı define dayanamayacaktır.

BK.md.485/son c. hükmü, hata ile aynı hukuki sonucu doğuran hile, ikrah ya da gabini kapsamaz. Özellikle hile, ikrah ya da gabin sebebi ile geçersiz olan asıl borcun teminat altına alınması amacıyla kurulan akit, ahlâka aykırılık sebebi ile geçersiz olacağından, kanunun koruyucu hükmünden yararlanılamayacaktır. Öte yandan maddede işlem ehliyetsizliğinden söz edilmekle kastolunan sınırlı ehliyetsizlerle, evli kadının kocası lehine yaptığı borçlandırıcı muamelelerdir. Madde sonradan icazetle düzelebilecek olan hükümsüzlükleri kapsadığından, tam ehliyetsizlerin yaptıkları ve icazetle düzelmeyecek akitler için verilen kefalet bakımından uygulanmayacaktır. TBK md. 591/ I'de bu inceliğe dikkat çekilmesi şarttır.

TBK md.591/IV Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir. Bu hüküm de doktrinde tartışmalı olan bir husustu. Kanun Koyucu İsviçre'deki düzenlemeye benzer hüküm getirmiştir.

F- Kefilin Kefalet Borcundan Kurtulduğu Savunması

TBK md. 592 hükmüne göre “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 kefilinden 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 alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıracı önce geldikleri ölçüde saklıdır”.

TBK md. 592’de kefilin kefalet borcundan kurtulduğu savunması söz konusudur. Bu hüküm, mevcut BK md.499, 500 hükümlerini bir araya getirip kaynak kanuna uygun ve Türk doktrininde savunulan görüşleri de dikkate alarak yeni bir düzenleme yapmıştır. Madde hükmünde kısaca, alacaklının elindeki teminat ve delilleri muhafaza etme borcu ile bunların değerlerini azaltmama borcu düzenlenmiştir. 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 alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıracı önce geldikleri ölçüde saklıdır. Bu fıkranın son cümlesi yeniliktir. 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.

G- Ödemenin kabulünü isteme; Kısmi İfada Alacaklı Temerrüdü Sebebiyle Kefilin Kefaletten Kurtulduğuna İlişkin Savunması TBK md. 593

Kefil asıl borç muaccel olduktan sonra kefalet sözleşmesi henüz muaccel olmasa bile her an kefalet borcunu ifa etmek suretiyle borcundan kurtulabilecektir.

Yeni BK md. 593 /I, c.2 göre birlikte kefalette, alacaklı kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödeme, en az kefilin payına düşen miktar kadar ise, alacaklı kısmi ifayı kabule zorunludur. Yeni BK 593/I, c.2 göre ; (İBK 504/I) ; Kaynak kanunda bu hükmün konulma gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: Genel prensiplere göre alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğu yoktur. Benzer şekilde kefalet borcunun tamamı mevcut ve muaccel ise, alacaklı kısmi ifayı kabul zorunluluğunda değildir. Ancak İsviçre Kanun Koyucusu birlikte kefalet için özel bir istisna getirmiştir. Bu istisnanın getirilmesinde özellikle müteselsil birlikte kefalette (İBK md.497/II) yapılan yenilik dikkate alınmış ve o hükümle benzer bir sonuç kabul edilmek istemiştir. Gerçekten, müteselsil birlikte kefalette belli koşullarda müteselsil birlikte kefilin bölme def'i söz konusudur.TBK md. 593'de açıkca birlikte kefalet denmese de, kastolanının birlikte kefalet olduğu kaynak kanundan anlaşılmaktadır

Alacaklının, birlikte müteselsil kefalette alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda TBK md. 593/II c.2 göre, kısmi ödeme teklifinde bulunan kefil kefaletin den kurtulacaktır ancak onun birlikte müteselsil kefalet ilişkisinden çıkması, geride kalan birlikte kefillerin durumunu ağırlaştırmayacağından, geride kalanların sorumluluğu, kefaleti sona eren kefilin payına düşen miktara göre azalacaktır

II- KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

A- TBK md.598 Göre Sona Erme Halleri

Bu maddede yenilik olarak düzenlenmiş sona erme sebepleri şunlardır:

TBK md. 598/II Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olması

Kefil ile asıl borçlunun sıfatlarının aynı kişide birleşmesi durumunda (ki bu asıl borçlu mirasçı kefil miras bırakan olduğunda gerçekleşir) BK md. 116 anlamında alacaklı borçlunun birleşmesi gibi borç sona ermez. Zira burada karşılıklı alacaklılık ve borçluluk olarak sona erme söz konusu olmayıp iki borç aynı içerikte birbirinin içine girerler. Adeta borçların yarışması durumu söz konusu olur. İki ayrı borç birbirini karşıladığı / örttüğü ölçüde biri diğerine karışır. Karışan kefalet borcu olur zira kefalet borcu asıl borcun fer'i olduğundan, kefalet asıl borcun içinde kaybolur. Bu sonuç, 1942 tarihli değişiklikten evvel İsviçre BK'da doktrinde savunulan görüştü. Sonra 1942 tarihli değişiklik ile İsviçre'de kanuna girdi.

Bu halde acaba alacaklı, kefalete bağlı yan haklarını kaybeder mi? İsviçre'de kabul edilen çözüm, bize de aynen alınmış olup, alacaklının yararına olan kefalete bağlı yan haklardan alacaklı istifade edebilecektir. Buna göre kefalet borcu için yani asıl borç için değil de kefil yararına verilmiş rehin hakkı varsa veya kefile kefalet söz konusu ise, ortaya çıkan bu birleşmeye rağmen, alacaklı bu haklardan yararlanabilecektir.

TBK md.598/III = On Yıllık Süre

Madde fıkrasına göre bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.

Kefalet borcunun uzun yıllar süren bir durum arz etmesinden rahatsızlık duyan olan İsviçre kanun Koyucusu 1942 tarihli değişiklikte, İBK md.509 /III. fıkraya, bize 2012 yılında yürürlüğe girecek olan, hükmü koymuştur. Belirli ve belirsiz süreli kefalet hükümlerinin de yeterli olmayışı sonucunda yürürlüğe konulmuş bu hükümle, karşılıksız olarak borç altına giren kefilin özellikle korunması amaçlanmıştır.

Yeni BK md. 598. hükmü, kişilik hakkının kişinin bizzat kendi eylemleri ile zedelenmemesine ilişkin MK md.23 hükmü keza benzer yöndeki BK md. 343 hükmü ile aynı çizgide olan bir hükümdür.

Azami kefalet süresine ilişkin bu 598.madde hükmü emredici bir hükümdür. Gerçek kişi kefil, ilk başta kefil olurken, 10 yıldan fazla bir süre için kefalet altına giremez.

Madde hükmü sadece gerçek kişileri düzenlediğinden, tüzel kişilikler açısından bir süre sınırlaması yoktur. Her türlü borca gerçek kişinin kefaletinde bu süre geçerli olacaktır. Türk Hukukunda, İsviçre Hukukunda olduğu gibi, kamu kurumlarına karşı kamu hukukuna ilişkin borçlara kefalette bu anlamda gümrük, vergi gibi işlemler için verilmiş kefaletlerde keza periyodik dönemsel edimlere ilişkin kefalette süre sınırı olmamasına olanak tanınmamıştır. Ama cari hesaba kefalet veya ard arda teslim satışına (sukzessivlieferungsvertrag) kefalette süre sonunda kefalet de kendiliğinden sona erecektir.

On yıllık sürenin başlangıcı, kefalet sözleşmesinin kurulması anıdır. On yıllık süre, tarafların yazılı anlaşması ile bir on yıl daha uzayabilir.

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.

Eğer kefil başlangıçta 10 yıl üzerinde bir kefalet sözleşmesi imzalamış ise, kefalet sözleşmesi geçersiz olmaz, sadece on sene sonra kefalet kendiliğinden kanun hükmü gereği sona ermiş olur.

Kefaletin sona ermesi ile kefil kefaletinden kurtulmuş olur. Ancak süre sona ermeden evvel kefilin kefalet borcunu kısmen ödemiş ise veya dönemsel edimlere kefalette kefalet sona ermeden evvelki dönemde doğmuş olan kefalet yükümlülüğü sebebiyle kefil ödemedi bulunmuş ise, kefalet sözleşmesi 10 sene sonunda sona ermiş olsa bile, kefilin daha evvelden yaptığı ifa bakımından asıl borçluya karşı rücu hakkını ileri sürebilir. Süre sona ermeden kısa zaman evvel kefilin takibine girilmiş olması halinde de, 10 yıl dolsa bile kefilin takibine devam edileceği, ancak bu takdirde alacaklının takibine uzun süre ara vermesi gerektiği İsviçre doktrininde ileri sürülmektedir.

Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir.

B- Kefaletten dönme

TBK md. 599 hükmüne göre “Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali 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”.

Hâkimin, sözleşmede değişiklik yapılmasına karar verebilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir:

a) Değişen durum önceden öngörülememiş, taraflarca dikkate alınmamış olmalıdır. Örneğin devalüasyon sebebiyle yabancı para üzerinden sorumluluk altına girmiş kefilin kefalet borcunun aşırı derecede artmış olması durumunda, devalüasyon sebebiyle para değerinin düşüşünün, o zamana kadar tahmin edilenlerin çok üzerinde gerçekleşmiş olması gerekir. Yoksa Türkiye'nin içinde bulunduğu ekonomik durum sebebiyle normal koşullarda yapılması beklenen ya da tahmin edilebilen yabancı para değerindeki artışlar kefilin sorumluluğunda bir değişiklik yapmayacaktır,

b) Kefalet sözleşmesinde söz konusu olan teminat amacının bu tür riskleri kapsamaması, kefilin bu riskleri üstlenmemiş olması gereklidir. Bu şart özellikle asıl borçlunun mali durumunun bozulması, ifa aczine düşmesi sebebi ile kefilin kefalet sözleşmesinden kurtulma imkânını sınırlandıracaktır. Şöyle ki kefilin asıl borcun borçlu tarafından ödeneceği ve kendisi hakkında takibat yapılmayacağı veya asıl borç için kefil olduğu takdirde asıl borçlunun kredi ilişkisinin gelişeceği ya da asıl borçlunun çıkacak af kanunu sebebi ile borcundan kurtulacağı yolundaki düşünceleri kefile akitten kurtulma imkânı vermeyecektir.

c) Kefilin kefalet borcunun ağırlaşmasında kendi kusurlu davranışı söz konusu olmamalıdır.

d) Kefalet borcu henüz ifa edilmemiş olmalıdır.

e) Gerek objektif olarak, gerek söz konusu kefalet sözleşmesi açısından değişen durumun kefilin ifa yükümlülüğünü etkilemiş olması gereklidir. Öyle ki kefilin kefalet sözleşmesi ile bağlı kalması kendisi açısından tahammül edilmez hal almalıdır.

Birinci fıkra uyarınca kefil sözleşmeden her an dönebilir. Dönme beyanının yazılı şekil şartına bağlı tutulduğunu görmekteyiz. Kefilin yazılı beyanında, kefalet sözleşmesinden döndüğünü, kefalet taahhüdünü geri aldığını bildirmesi gereklidir.

Kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi BK md.108 anlamındaki dönme değildir. Burada widerruf, borç taahhüdünü geri alması söz konusudur. Burada alacaklının menfi zararının tazmin edilmesi gerekmektedir. Kefalet sözleşmesine güveninin boşa çıkmasından dolayı uğranılan zarardır. Bu anlamda alacaklının dürüstlük kuralına uygun olarak yaptığı harcamalar örneğin kefalet senedinin düzenlenmesi için noter masrafı vs. yapılmışsa bunlar istenebilir.

C- Süreli Kefalet

TBK md. 600 göre” Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur”.

Hükümde belirli süreli kefalette sürenin sonunda kefil kendiliğinden kefalet sözleşmesindeki borcundan kurtulacağı ifade edilmektedir. Belirli süreli kefalette kefilin kefalet borcundan kurtulmasına ilişkin mevcut BK md. 493 de aranan diğer koşulları (alacaklının süre bitiminden itibaren bir ay içinde alacağını takip etmesi veya başladığı takibe uzun süre ara vermemesi gibi) kanun koyucu yeni düzenlemesinde dikkate almamıştır.

D- Süreli Olmayan Kefalet

TBK md. 601’de, mevcut BK md.494’deki hükme benzer bir hüküm düzenlenmiştir. Hüküm, adi kefalet ve özellikle müteselsil kefalettaki değişiklikler dikkate alınarak düzenlenmiş fakat esaslı bir değişikliğe gidilememiştir.