**TC**

**Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

**Borçlar Hukuku Genel Hükümler II**

**Final Sınavı**

**25.4.2016**

**SINAV SÜRESİ 90 DAKİKADIR. CEVAPLAR OKUNAKLI, KISA VE GEREKÇELİ OLACAKTIR. EK CEVAP KAĞIDI VERİLMEYECEKTİR. TÜKENMEZ KALEM KULLANILACAKTIR. BAŞARILAR DİLERİM…Yard. Doç. Dr. Sevgi Kayak**

**Olay**

Arsa sahibi A, sahip olduğu arsası üzerinde, dört katlı ve sekiz bağımsız bölümden ibaret bir binanın inşası için M ile 25.6.2014 tarihinde anlaşmaya varır. Taraflar anlaşmada, 7 ve 8 no’lu bağımsız bölümlerin ücret karşılığı M’ye ait olması, inşaatın en geç 25.6.2016 tarihinde tapuda tescil işlemleri de tamamlanmış olarak teslim edilmesi, eğer inşaat zamanında teslim edilmezse, M’nin A’ya 250 000 Tl ödemesi hususlarını kararlaştırırlar. M’nin, inşaatı tamamlamasına birkaç ay kala, ücretlerini alamayan işçilerin başlattığı bir grev nedeniyle, iş zamanında tamamlanıp A’ya teslim edilemez.

**Sorular**

1. İnşaatın zamanında tamamlanıp teslim edilememesi üzerine A, M’ye bir ihtar çekerek, bir ay içinde teslimin yapılması ve gecikme için 250 000 TL’yı ödemesini, aksi takdirde yasal haklarını kullanacağını belirtir. Bu hukuken ne anlama gelir? Açıklayınız. (20 P)

İnşaatın zamanında teslim edilmemesi üzerine borçlu temerrüde düşmüştür. BK m. 117 vd.’da düzenlenmiş olan temerrüt, borcunu zamanında ifa edemeyen borçlunun içine düştüğü durumdur. Borçlu temerrüdü için ifanın mümkün olması, borcun muaccel olması ve ihtar şartları öngörülmüştür. Temerrüt, borcunu ödeyemeyen borçlunun içine düştüğü fiili durum olduğu için kusur şartı aranmaz. Ancak temerrüdün sonucunda zararın tazmini için kusur şarttır. Olayda borç vadeli bir borç olup, vadesinin gelmesine rağmen teslim yapılmamıştır. İfa mümkündür ve ifada gecikme söz konusudur. Bu durumda temerrüt gerçekleşmiştir. Temerrüt sonucunda borçlunun durumu ağırlaşır; borcu daimi hale gelir, gecikme zararlarını ödemek zorunda kalır, eğer bir para borcu ise gecikme faizini de ödemek zorunda kalır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, sözleşmeye devam ederek sözü geçen taleplerde bulunabileceği gibi sözleşmeden dönerek, olumsuz zararlarını (sözleşmeye olan güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan zarar) da isteyebilir. Olayda A, M’ye, temerrüt ihtarında, cezai şartı talep etmiştir. Cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilememesi ihtimalinde borçlunun ceza olarak ödemesi kararlaştırılan bir miktar paradır. Cezai şart sayesinde alacaklı, zararı ispat güçlüğünden kurtulmuş olacaktır. A; sözleşmeye devam ederek aynen ifa+ tazminat istemektedir, buradaki tazminat yerine de cezai şartı istemektedir. A’nın, teslimin yapılmaması halinde kullanacağını belirttiği yasal hakları ise sözleşmeden dönme ve bundan doğan olumsuz zararıdır.

1. Nakit sıkıntısı içinde olan M, A’nın çektiği ihtara rağmen, 250 000 TL’yı ödeyemeyecek durumdadır ve A’dan anlaşma şartlarında değişiklik talep eder. A, ücret olarak kararlaştırdıkları 7 no’lu bağımsız bölümden vazgeçerek sadece 8 no’lu bağımsız bölüme razı olması ister, M de bu teklifi kabul eder. Tarafların aralarında yaptıkları bu anlaşma hukuken ne anlama gelir? Şartları ve sonuçları nelerdir?

Bu halde taraflar, aralarında anlaşarak eski borcu sona erdirip yeni bir borç ilişkisi ihdas etmişlerdir. Bu da yenilemedir. BK m. 133 uyarınca yenileme, yeni bir borçla mevcut borcun sona erdirilmesi demek olup tarafların bu yönde açık irade beyanlarının uyuşması ile meydana gelir. Yenileme ile eski borç sona erdiği ve yeni bir borç ilişkisi ihdas edildiği için, kanunun öngördüğü borcun sona erme hallerinden biridir. Taraflar borcun konusunda, hukuki sebebinde, taraflarında bir değişikliğe giderek yenileme yapabilirler, ancak mevcut sözleşmedeki her değişiklik yenileme değildir. Bunun için yenileme iradesi (animus novandi) nin bulunması şarttır. Tarafların yapmak istedikleri değişikliğin eski borcu sona erdirmek, yeni bir borç ihdas etmek iradesi ile yapılmış olması gerekir. Olayda da temerrüde düşen borçluya karşı temerrüt sonuçlarına başvurmak yerine, borç ilişkisinin devam etmesi, bunun karşılığında da 8 numaralı bağımsız bölümün ifası konusunda taraflar yeniden anlaşmışlardır.

1. İşleri gittikçe kötüleşen M, A’ya söz verdiği inşaat işini yakın dostu ve aynı zamanda kendisi gibi müteahhit olan D’ye devretmek ve D de devralmak istemektedir. M, bu devir işini kaç yolla yapabilir? Hangisini tavsiye edersiniz? Her birinin şartlarını ayrı ayrı değerlendirerek açıklayınız.

Bunu dört yolla yapabilir: 1- Borç üstlenme. A ve borcu üstlenmek isteyen D, aralarında anlaşarak M’nin borcunun D’ye devredilmesini sağlayabilirler. Olayda her ne kadar intuitus persona niteliği söz konusu olsa da eğer alacaklı, borcun ifasının başkası tarafından yapılmasına rıza gösteriyorsa başka bir kimse tarafından da ifa mümkündür. A ile D arasındaki anlaşma M’nin durumunu ağırlaştırmadıkça M’nin rızasına ihtiyaç yoktur. Borç üstlenme (dış üstlenme) M’nin borcunu sona erdirir, yeni borçlu D olur.

2-Borca katılma. A ile D aralarında anlaşarak M’nin borcuna D’nin de katılmasını sağlayabilirler. Bu durumda M’nin borcu sona ermez, fakat M’nin yanında ikinci bir borçlu olan D de yer almış olur. Bu durumda M ile D arasında müteselsil borçluluk ilişkisi doğar; A, isterse M’ye isterse D’ye başvurarak işin ifasını isteyebilir.

3- Sözleşmenin devri. A ile D ve M aralarında anlaşarak, sözleşmeyi tümüyle D’ye devredebilirler. Bu durumda sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar D’ye geçer, M sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar. Sözleşmenin devrinin borç üstlenmeden farkı, sadece borç devredilmiş olmaz, sözleşmeden doğan tüm haklar da D’ye geçer.

4- Sözleşmeye katılma. A ile D aralarında anlaşarak ve M’nin de bu anlaşmaya katılması veya rıza göstermesi şarttır, mevcut sözleşmeye D’nin de katılımını sağlayabilirler. Böylece D, A ile M arasındaki sözleşmenin tarafı haline gelir ve M’nin sahip olduğu tüm hak ve borçlara sahip olur. M, sözleşmenin tarafı olmaktan çıkmaz, sözleşmenin tarafı olarak kalmaya devam eder. Bu durumda borçlu M ile katılan D arasında müteselsil borçluluk ilişkisi oluşur.

Biz bunların arasında borçlunun borcunu tamamen sona erdirdiği için borç üstlenmeyi tavsiye ediyoruz.

1. M ile yakın zamanda ortaklık kurmayı planlayan O, bu gelişmeler üzerine M’yi bu durumdan kurtarmak için, A’yı arayarak, M’ye tanıdığı süreyi uzatmasını, bu sürede teslim yapılamazsa, tüm zararın kendisi tarafından karşılanacağını belirtir. Bu beyan ne anlama gelir? Şartları ve sonuçları nelerdir?

Bu durumda üçüncü kişinin fiilini taahhüt veya kefalet sözleşmesi vardır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, BK m. 128’de üçüncü kişinin fiilini üstlenme başlığı altında düzenlenmiş olup, üçüncü bir kişinin ediminin yerine getirilmemesi halinde bundan doğan zararların üstlenileceğinin alacaklıya söz verildiği bir hukuki ilişkidir. Yeni madde metni borç üstlenme ile karıştırılmaya müsait olduğu için her ne kadar eleştirilse de, burada taahhüt edilen şey, üçüncü kişinin edimi değil, bu edimin yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminidir. Bu nedenle alacaklıda bir güven uyandırılmış olmakta, sözleşmeden bir garanti borcu doğmaktadır.

Kefalet; kefilin, borçlunun borcunu ifa etmemesinden doğan zararlardan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşmedir. Kefalet sözleşmesi de bir kişisel güvence sözleşmesidir. Kefaletin, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden faklı olan tarafı, asıl borca bağlı olmasıdır, yani bağımlılık (ferilik) unsurudur. Kefilin borcu, asıl borcun mukadderatına tabidir, asıl borç geçerli değilse kefilin borcundan da söz edilemez. Oyda üçüncü kişinin fiilini üstlenmede bağımsızlık söz konusudur, asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz olsa bile üstlenenin borcu geçerli olarak devam eder.

Olayda hangi taahhüdün bulunduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Zira üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile kefaleti birbirinden ayırmak kolay değildir, taraf iradelerinin yorumu sonucunda karar verilmelidir. Eğer söz konusu zararlar bağımsız olarak taahhüt ediliyorsa, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, bağımlı olarak taahhüt ediliyorsa kefalet vardır.

1. Çalışmalar sırasında antik Roma dönemine ait kalıntılar bulunmuş ve bunu haber alan Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu, A’nın arsasını sit alanı ilan etmiş, o zamana kadar tamamlanmış olan kısmın da yıkılmasına karar vermiştir. Bu durumun tarafların hak ve borçları üzerindeki nasıl bir etkisi olur? Böyle bir durumda hangi hukuki problemin doğacağını da belirterek cevaplandırınız.

Bu durumda sonradan ortaya çıkan hukuki bir imkansızlık vardır. Hukuki imkansızlık, borcun ifasını engelleyen kamu hukukundan kaynaklanan bir kısıtlamanın bulunmasıdır. BK m. 136/1’e göre sonraki imkansızlık halinde, imkansızlığın kaynağında borçlunun kusuru yoksa borçlunun borcu sona erer. Olayda da antik Roma dönemine ait eserlerin bu arsaya gömülü halde bulunmasında M’nin kusuru olmadığına göre borcu sona ermiştir. Bu durumda hasar problemi ortaya çıkacaktır. Zira hasar, karşılıklı bir sözleşmede borçlunun borcunun kusursuz olarak sona ermesi halinde, diğer taraftan karşı edimi isteyip isteyemeyeceği problemidir. Buna cevap, BK m. 136/2’de yer alır. Buna göre borçlu karşı taraftan karşı edimi de isteyemez. Bu durumda borçlu ve alacaklı, kendi malvarlıklarında meydana gelen zararlara kendileri katlanmış olacaklardır. Başka deyişle, edim hasarı alacaklıya karşı edim hasarı borçluya ait olacaktır.