



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TÜRK BORÇLAR
KANUNU TASARISI'NA
ELEŞTİRİLER

Rapor

Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI'NA ELEŞTİRİLER

Rapor

Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

346.0770265

K45

2008

k. 1

000466

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler
Ahmet M. Kılıçoğlu

ISBN: 978-9944-234-37-5
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Mart 2008, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI'NA ELEŞTİRİLER

Rapor

Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

SUNUŞ

Türk hukuk mevzuatının Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlaması amacıyla yapılan yoğun yasama faaliyetleri arasında, pek çok yasa yanında, Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu gibi temel yasalar da yenilenmiştir. Yeni temel yasaların uygulamaya yansımaları, maalesef olumlu olmamaktadır. İstenen kolaylık ve çabukluk sağlanamadığı gibi yeterli olgunluğa erişmeden yasaladışıkları için sık sık değişikliklerle karşı karşıya kalmışlardır.

Türk Ticaret Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu tasarıları da Adalet Bakanlığı tarafından iki ayrı komisyona hazırlatılarak Türkiye Büyük Millet Meclisi önüne gelmiştir. Aynı sorunlarla karşılaşılmaması için yasama aşamasında azami dikkatin gösterilmesi, eleştirilerin önemle göz önüne alınması gerekmektedir.

Türkiye Barolar Birliği, Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu hazırlık çalışmalarında olduğu gibi, özel hukukun bu çok önemli iki temel yasası ile de yakından ilgilenmiş, komisyon çalışmalarına katılmıştır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu ile ilgili olarak özgün raporlar yayınlamış; kurulan bir komisyonun tutanakları bin sayfalık bir kitap halinde ilgililerin incelemesine sunulmuştur.

TBMM Adalet Komisyonu önünde bulunan Türk Borçlar Kanunu tasarısı ile ilgili olarak Ankara Barosu üyesi ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi sayın Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu, Türkiye Barolar Birliği adına bir çalışma yapmıştır. Hazırladığı rapor, TBMM Adalet Komisyonu Başkanlığı'na gönderilmiştir. Rapor, TBB üyelerine, baro başkanlıklarına ile bilim çevrelerine de gönderilecektir.

Amacımız yukarıda da değindiğim gibi, bütün yasalar için önemli olmakla birlikte, temel yasaları mümkün olduğunca hatasız çıkması, uygulamada sıkıntı yaratabilecek özensizliklerden arındırılması ve sık sık değişiklik yapılmasının önlenmesi olarak özetlenebilir. Genel, soyut ve objektif olması gereken yasaların hatalardan dolayı sürekliliğin sağlanamaması, “*hukuk devleti*” idesinin yara almasına ve maalesef kötü alışkanlıkların -karşı karşıya kalınan sorunların yasa ile aşılması gibi- oluşmasına ve yaygınlaşmasına neden olduğunu da unutmamak gerekmektedir.

Özel hukuk yaşamamıza katkısı bulunacağını umut ettiğim bu raporu hazırlayan Av. Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu ile kitabı yayına hazırlayanlara teşekkürlerimi sunarım. Saygılarımla.

Av. Özdemir Özok
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

GİRİŞ

“Devrim Kanunları” arasında Türk Medeni ve Borçlar Kanunu’nu oldukça farklı ve önemli yeri vardır. Her ikisi de toplumsal yaşantımızda her gün karşılaştığımız hukuksal olaylarda uygulama bulurlar. Toplumumuz açısından bunların önemini kavrayabilmek için eski 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (Türk Kanun-u Medenisi’nin) Esbabı Mucibe Layihası başlıklı “Genel Gerekçesi”ne bakmak gerekir.

Bu genel gerekçede de ifade edildiği gibi, toplumsal ihtiyaçlar zaman içinde değişmektedir. Yasaların bu yeni ihtiyaçları karşılayabilmeleri için zaman içinde değişmesi kaçınılmazdır.

743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi 17 Şubat 1926’da kabul edilmiş, 4 Nisan 1926’da yayımlanmıştır.

818 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise 22 Nisan 1926’da kabul edilmiş, 8 Mayıs 1926 tarihinde yayımlanmıştır.

Her iki yasa 4 Ekim 1926 tarihinde aynı anda yürürlüğe girmiştir.

İki yasa farklı adlar ve madde numaraları taşımalarına rağmen birbirini tamamlamaktadırlar. BK’nın 544. maddesi bu hususu, açık bir biçimde “Kanunu Medenin’inin mütemmimi olan işbu kanun, merbut tashihler ile beraber kabul edilmiştir” hükmüyle ortaya koymaktadır. Bununla ifade edilmek istenen husus Borçlar Kanunu’nun, Türk Kanun-u Medenisi’nin ayrılmaz bir parçası olduğudur.

Kabul edilişlerinden sonra değişen ihtiyaçlar karşısında bu yasalarda zaman zaman değişiklikler yapma gereği ortaya çık-

muştur. Bu değişiklikler, bu yasaların kaynağı olan İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunlarında olduğu gibi zaman zaman bazı maddelerin değiştirilmesi ya da yasalarda olmayan yeni maddelerin eklenmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Ancak 1994 yılında, aradan geçen 68 yıl sonra, çok daha önemli değişiklikler yapılması gerektiği görüşü hakim olmuştur. Bu ihtiyaç kendisini Medeni Kanun'da çok daha fazla hissettirmiştir. Özellikle aile hukuku alanında görülen değişimler yönünde yasanın gözden geçirilmesi gereği gittikçe ağır basmaya başlamıştır.

Bu amaçla o tarihlerde Adalet Bakanlığı bünyesinde uzmanlardan bir komisyon oluşturulmuştur. Uzun yıllar bu komisyonun başkanlık görevini yürüttüm. İktidar değişikliği sonucu bu görevden ayrıldıktan yaklaşık iki yıl sonra yeniden bu komisyonda bu kez üye olarak görev aldığımda yeni bir Türk Medeni Kanunu Taslağı çalışmasının sonuna gelinmişti. Bu taslakla yeni madde numaraları ile yeni bir Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi amaçlanmıştı.

Çalışmalar tamamlandı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilip 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girdi.

Sıra yeni bir Borçlar Kanunu hazırlanmasına gelmişti. Bu amaçla Adalet Bakanlığı tarafından kurulmuş olan uzmanlar komisyonu tarafından çalışmalar yapılmıştı. Bu komisyona üye olarak görevlendirildiğim tarihlerde taslak çalışması oldukça ilerlemiş, istisna sözleşmesine gelinmişti.

Türk Borçlar Kanunu Taslağı'nı hazırlamada komisyonun işi, Türk Medeni Kanunu Taslağı'nın hazırlanmasından daha zordu. Zira Türk Medeni Kanunu Taslağı'nın hazırlanmasında, daha önceden Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu başkanlığındaki komisyon ile bundan sonra Prof. Dr. Kemal Oğuzman başkanlığındaki komisyon tarafından hazırlanmış olan taslaklar mevcuttu. Komisyon bu taslaklardan büyük oranda yararlanmıştı. Borçlar Kanunu ile ilgili olarak daha önceden yapılmış böyle bir çalışma mevcut değildi.

Komisyon çalışmasını tamamladığında, ortaya çıkan taslağı incelediğimde, oldukça büyük eksiklikler içerdiğini gördüm. Taslağa son şeklini vermek amacıyla başkan sayın Prof. Dr. Turgut Akıntürk tarafından yapılan toplantıya katıldım. Bu toplantıda *“taslağın büyük eksiklikler içerdiğini, yeni bir Borçlar Kanunu konusunda büyük bir ihtiyaç ve aciliyet olmadığını, ya yeni bir komisyon oluşturulmasını ya da mevcut komisyonun birkaç oturum yerine zamanla sınırlı olmaksızın taslağı yeni baştan ele alıp gözden geçirmesini, taslağın bu haliyle mevcut Borçlar Kanunu’nu aratacak nitelikte olduğunu”* belirttim. Bu görüşüm kabul görmedi. Bunun üzerine birkaç oturumla taslağa son şeklini verebilme sorumluluğunu taşıyamayacağımı belirtip komisyondaki görevimden istifa ettim.

Komisyon kısa bir süre içinde taslağa son şeklini verip, Adalet Bakanlığı’na teslim etti. Bakanlık bünyesinde son şekli verilen taslak kamuoyuna açıklandı, ilgili birim ve kişilere gönderildi.

Taslak üzerinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi bilimsel etkinlikler, açık oturumlar düzenledi. Benzer etkinlikleri diğer üniversiteler ve ilgili kurumlar da yaptılar. Bu arada Galatasaray Üniversitesi tarafından taslakla ilgili eleştirileri içeren bir kitap da yayımlandı.

Bakanlık tarafından son şekli verilen taslak Bakanlar Kurulu’na sunuldu ve TBMM Adalet Komisyonu tarafından bariolardan ve üniversitelerden görüş talep edildi.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı toplanarak taslak ile ilgili değerlendirmelerin yapılması için öğretim üyeleri arasında görev bölümü yaptı. Ben bu konuda *“Genel Hükümler”* ve *“Yayın Sözleşmesi”* maddelerini inceleme görevini üstlendim.

Bu arada Türkiye Barolar Birliği de bir çalışma başlattı. Ankara Barosu’nun ve dolayısıyla Barolar Birliği’nin bir üyesi olarak aynı çalışmayı birlikte yapmayı da kabul ettim.

Tasarı ile ilgili incelemem özellikle *“Genel Hükümler”* ve *“Yayın Sözleşmesi”*ne ilişkin olmasına rağmen, *“kira sözleşmesi”*ni de

ele aldığım gibi diğer sözleşmelere ilişkin olarak da sınırlı bazı değerlendirmeler yaptım.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı üzerinde bu amaçla yaptığım incelemede, taslak aşamasındaki birçok maddenin, yapılan eleştiriler yönünde yeniden gözden geçirilmiş olduğunu ve düzeltmeler yapıldığını memnuniyetle tespit ettim. Ancak buna rağmen bu çalışmada ele aldığım, hatalı bulduğum hükümlerin aynen korunduğunu gördüm. Bunlar oldukça ciddi konulardan oluşmaktadır. TBMM Adalet Komisyonu'ndan, Türk Medeni Kanunu çalışmalarına katılan bir kişi olarak bu ve benzeri görüşlerin ne derecede değerlendirilebileceğinden oldukça kuşkuluyum. Öncelikle TBMM Adalet Komisyonu'nun çalışma şekli itibariyle sayın milletvekillerinin, "*Borçlar Hukuku*" açısından oldukça teknik olan bu konuları incelemeye ne kadar zaman ayırabileceğini bilemiyorum. Öte yandan TBMM Adalet Komisyonu, maddelerde değişiklik yaptığı halde, gerekçelerde değişiklik yapmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda birçok maddelerle gerekçeleri arasındaki çelişkiler TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan madde değişikliklerinden kaynaklanmıştır.

Bu çalışmamızda ağırlıklı olarak tasarının "*Genel Hükümler*", "*Kira Sözleşmesi*" ve "*Yayın Sözleşmesi*" ile ilgili maddeleri değerlendirilmiştir. Bu anlamda olmak üzere bazı maddelerin değiştirilmesi, birçok maddenin çıkartılması önerileri yer almıştır.

TBMM Adalet Komisyonu'nun yapısı, çalışma kuralları ve yöntemi göz önüne alındığında, bu ve benzeri eleştirilerin değerlendirilmesinde en sağlıklı yol, komisyon tarafından bir alt komisyon oluşturulması ya da tasarının Bakanlar Kurulu'na iade edilmesidir. TBMM Adalet Komisyonu'nun, tasarı ile ilgili görüşlere başvurmasının "*demokrasinin gereğinin yerine getirildiğini, ilgili kişi ve kurumların görüşlerinin alındığını*" kanıtlama amacına değil, mevcut Borçlar Kanunu'nu aratmayacak yeni bir 82 yılı kucaklayan yasa yapma amacına yönelik olmasını diliyorum.

Ankara 21 Mart 2008

TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI

I. GENEL OLARAK

1. Tasarı dil bakımından oldukça başarılıdır. Bazı maddelerde terim birliğine uyulmamış ise de bunlar düzeltilebilir. Yeni kuşağın anlayabileceği arı bir Türkçe ile kaleme alınmıştır.

2. Yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun 1926 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınışı sırasında yapılan çeviri hataları düzeltilmiştir. Bu açıdan başarılı bir çalışma olmuştur.

3. 1926'dan bu yana geçen dönemde Borçlar Hukuku alanında yeni gelişmelere olanaklar ölçüsünde yer verilmiştir.

4. Yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun önemli bir eksikliği olan genel gerekçe ile madde gerekçeleri bu tasarıda yer almıştır. Genel gerekçe ile ilgili değerlendirmemizi aşağıda yapacağız. Madde gerekçelerinin bir kısmında hatalar mevcuttur. Bunlar düzeltilebilir. Bazı madde gerekçeleri ise yetersizdir. Bunlar telafi edilmelidir.

5. Genel gerekçe yeniden kaleme alınmalı, yeni yasanın ruhunu yansıtmalıdır.

Borçlar Kanunu 1926 yılında Medeni Kanun ile birlikte yürürlüğe konulmuştur. O tarihte Medeni Kanun için "*Esbab-ı Mu-cibe Layihası*" başlığı altında çok anlamlı bir genel gerekçeye yer verilmiş, Borçlar Kanunu'nda ise genel gerekçeye yer verilmemiştir. Aradan geçen 82 yıllık dönem içinde birbirini tamamlayan iki kanun olmasına rağmen tamamen farklı uygulama ve de-

neyimler gerektiren her iki yasa için farklı genel gerekçeler mevcuttur. Öte yandan her iki yasa 1926 yılında aynı anda yürürlüğe girdiği halde, yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 01.01.2002 tarihinde yani bundan altı yıl önce kapsamlı bir genel gerekçe ile yürürlüğe konulmuştur. Ancak incelendiğinde görüleceği gibi, Türk Medeni Kanunu'nun genel gerekçesi gereksiz bir şekilde oldukça uzundur. Genel gerekçede adeta bir tez çalışmasında olduğu gibi yasanın hangi bölümünde hangi konuların düzenlendiği anlatılmıştır. Onlarca sayfada yer alan bu genel gerekçenin basılan her "Medeni Kanun"da çok büyük bir israf sebebi olduğu kanısındayım. Bunun yerine 1926'da Mahmut Esat Bozkurt tarafından kaleme alınan genel gerekçe Türkçeleştirilmek suretiyle korunmalı, aradan geçen 76 yıllık dönem içinde yeni bir "Medeni Kanunu"na ihtiyaç duyulmasının sebepleri özetlenmeliydi.

Bununla aynı hatanın Borçlar Kanunu genel gerekçesinde de tekrar edilmekte olduğunu ifade etmek istiyorum.

"Genel Gerekçe"de taslakta yapılan çalışmaların özeti ve hangi kısımda ne yapıldığı yerine 82 yıllık dönem içinde Borçlar Kanunu'nun getirdiği kazanımların neler olduğu, neden yeni bir Borçlar Kanunu yapma ihtiyacı doğduğu, Türk Medeni Kanunu ile olan bağlantısı ve bunun devam etmekte olduğu, farklı tarihlerde yeni yasaların kabul edilmiş gerekçeleri kısaca özetlenmelidir.

6. Madde numaralarının değiştirilmesi hatalıdır.

Bu hata 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yapılmış olup, burada tekrar edilmemelidir. Yeni bir yasa olması mevcut maddelerin korunmasına ve eklenen maddelerin ilgili maddelerin altında harflendirilmesine engel olmamalı, buna ilişkin varsa hukuksal ve yönetsel engeller aşılmalıdır.

İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu 1912 yılından beri yürürlükte. Bugüne kadar bugün bizim yapmak istediğimiz değişikliklerden daha fazlasını İsviçre yapmıştır. Ancak mevcut yasa korunmuş, yeni bir yasa yapılmamış, yaşaya harflerle ifade edilen rakamlar (712 a, 712 b, 712 c. gibi) eklenmiştir.

7. Tasarının hazırlık çalışmasında yararlanılan kaynaklar:

a. Tasarıda en çok yararlanılan kaynak İsviçre Borçlar Kanunu Ön Tasarısı olmuştur. Yararlanılan bu ön tasarının İsviçre'de ne olacağı halen belli değildir. Henüz tartışma aşamasında olup parlamentoya sevk edilip edilmeyeceği, dolayısıyla kanunlaşmış kanunlaşmayacağı belli olmayan, İsviçreli birçok hukukçu tarafından şiddetli eleştiriler alan bu ön tasarıdaki hükümlerin bir kısmı olduğu gibi tasarıya alınıp bizde kanunlaştırılmak istenmektedir.

b. Alman Medeni Kanunu'ndan (BGB) Genel İşlem Şartları ve diğer bazı hükümler kısmen alınmıştır.

Bir yasa çalışmasında değişik ülke yasalarından parça parça alıntılar yapılması yasanın bir sistem ve ilkedен yoksun olması sonucunu doğurur.

Borçlar Kanunu'nun 82 yıllık uygulamasında bu kanunu aldığımız İsviçre öğreti ve uygulamasından yararlanılmış, yasanın yorumlanmasında ya da boşlukların doldurulmasında büyük başarılar elde edilmiştir.

Tasarının kabul ettiği, kısmen İsviçre'den kısmen Almanya'dan alıntılar yapılması maddeler ve kurumlar arasındaki bağlantıyı ve sistemi yok etmektedir.

c. Tasarının hazırlanmasında istatistik verilerinden yararlanılmamıştır.

Madde gerekçelerinde yapılan değişiklikler ve getirilen yeniliklerle ilgili hiçbir istatistik veriye yer verilmemiştir. Örneğin: Kira sözleşmelerinde kiracıdan güvence parasının en fazla üç aylık kira bedeli ile sınırlandırılmasının sebebi nedir? Bu konuda açılan dava sayısı ve verilen kararlara ilişkin hiçbir bilimsel veriye yer verilmemiştir.

Aynı şekilde tasarıda haksız fiillerde, satımda ayıba karşı garanti sorumluluğunda zamanaşımı süreleri arttırılırken bunun sebepleri ve hangi verilerden hareket edildiği belli değildir.

II. MADDELERLE İLGİLİ DEĞERLENDİRMELER

1.

Madde 2

“İkinci derecedeki noktalar

Madde 2- Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.

İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı için özelliğine bakarak karara bağlar.

Sözleşmelerin şekline ilişkin hükümler saklıdır”.

Yürürlükteki BK m. 2’de kenar başlık *“ikinci derecedeki noktalar”*dır. Madde içinde *“sözleşmenin esaslı noktalarında”* uyuşulursa sözleşmenin kurulmuş sayılacağı ifadelerine yer verilmele sözleşmenin kurulmasında *“esaslı olan ve olmayan noktalar”* kavramları geliştirilmiştir. Hal böyle iken yani sözleşmenin esaslı noktaları kavramı kullanılmışken esaslı olmayan noktalar yerine ikinci derecedeki noktalar ifadesini kullanmak isabetli değildir. Eğer ikinci derecedeki noktalar ifadesi doğru ise sözleşmenin esaslı noktaları yerine de *“birinci derecedeki noktalar”* demek; yok esaslı noktalar ifadesi doğru ise bu durumda ikinci derecedeki noktalar yerine de esaslı olmayan noktalar terimini tercih etmek gerekir.

2.

Madde 4

“2. Süresiz öneri

a. Hazır olanlar arasında

Madde 4- Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur.

Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır”.

Madde 4 f. II’de “Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.” hükmü yer almıştır. Bu maddenin mevcut BK’daki hükmünde “İki taraf yahut vekillerinin bizzat telefon ile yaptıkları akitlere, hazırlar arasında icra olunmuş nazariyle bakılır” ifadesi yer almaktadır.

Maddeye telefon yanında günlük yaşantımızın bir parçası haline gelen internet yoluyla yapılan sözleşme görüşmeleri eklenmek istenmiştir. Ancak maddede “bilgisayar gibi iletişim araçları” ifadesi doğru değildir. Bilgisayar bir görüşme aracı değildir. Bilgisayar ile sağlanan internet görüşmeleri bir görüşme aracıdır. Bu nedenle maddedeki bilgisayar yerine “internet” ifadesi kullanılmalıdır.

3.

Madde 5

“b. Hazır olmayanlar arasında

Madde 5- Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan öneri, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlar.

Öneren, önerisini zamanında ulaşmış sayabilir.

Zamanında gönderilen kabul, önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu hemen kabul edene bildirmek zorundadır”.

BK m. 5 hazır olmayanlar arasında sözleşme görüşmelerinde süre belirtilmeksizin yapılan önerilerin bağlayıcılık süresini hükme bağlamıştır.

Maddenin 1. fıkrası eski maddenin Türkçeleştirilmiş olarak tekrarı niteliğindedir.

Maddenin 2. fıkrası eski yasada yer alan “*Bir kimsenin, icabını zamanında vasıl olmuş addetmeğe hakkı vardır*” hükmünü “*Öneren, önerisini zamanında ulaşılmış sayabilir*” şeklinde kaleme almıştır. Bu değişikliğin haklı ve isabetli olmadığı kanısındayım. Öncelikle bu hüküm uygulamada sorun yaratmış değildir. Mevcut maddede Türkçeleştirilmek suretiyle korunabilirdi. Yapılan değişiklik sonucu hükmü anlamak zorlaştırılmıştır. “*Öneren*” önerisini “*zamanında ulaşılmış sayabilir*” hükmü önerene keyfi hareket etme olanağı veren bir nitelik taşımaktadır. Halbuki hükmün amacı önerene, süre tayin etmeden yaptığı önerisinin zamanında karşı tarafa ulaştığını ileri sürme hakkı verildiğini ortaya koymaktır.

Maddenin 3. fıkrası Türkçeleştirilmek suretiyle tekrar edilmiş, DERHAL sözcüğü yerine HEMEN sözcüğü kullanılmıştır. Derhal sözcüğü dilimize yerleşmiş, anlaşılır bir sözcüktür. “*Vakit geçirmeksizin*” ifadesini daha güzel vurgulamaktadır. Bunun yerine HEMEN sözcüğünün kullanılmasının nedeni anlaşılamaştır.

4.

Madde 8

“5. Bağlayıcı olmayan öneri ve herkese açık öneri

Madde 8- *Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz.*

Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.”

Madde 8 f. II’de “*Fiyatını göstererek mal sergilemesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır*” hükmü getirilmiştir.

BK'nın 7. maddesinde bağlayıcı olmayan ve umuma icap düzenlenmektedir. Bu maddenin II ve III. fıkraları şu şekildedir:

“Tarife ve cari fiyat irsali, icap teşkil etmez.

Semenini göstererek emtia teşhiri kaideten icap addolunur”.

Maddenin II. fıkrası tarife ve cari fiyat gönderilmesinin icap oluşturmadığını, III. fıkrası ise bedel gösterilmek suretiyle mal teşhir edilmesinin kural olarak icap sayıldığını hükme bağlamaktadır.

Bu düzenleme kaynak İBK'dan alınmış olup, halen kaynak kanunda bu konuda hiçbir değişiklik yapılmamıştır.

Tasarı sözünü ettiğimiz iki fıkrayı tek fıkra haline getirmek- te, bu konuda önemli bir değişiklik öngörmektedir.

Yürürlükteki yasada bağlayıcı olmayan ve umuma yönelik *“Tarife ve cari fiyat gönderilmesini”* icaba davet olmaktan çıkarmakta, icap haline getirmektedir.

Tasarı gerek tarife ve cari fiyat gönderilmesini gerekse fiyat göstermek suretiyle mal teşhir edilmesini *“aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır”* hükmü ile bu tür irade açıklamalarını karine olarak icap saymakta, bunun icap olmadığını ispat yükünü bu iradeyi açıklayan kişiye yüklemektedir.

Bu düzenleme isabetli değildir.

“Tarife ve cari fiyat gönderilmesi” günümüzde özellikle yeni teknolojilerin kullanılması suretiyle ihtiyaç sahiplerine mal veya hizmetlerin tanıtılmasında çok sık başvurulan bir yöntem olup, geniş kitlelere sunulan bir irade açıklamasıdır. Bu açıklamayı yapanlar ne kadar bir taleple karşılaşacaklarını bilmezler. Bunlar büyük oranda tanıtım ve reklam niteliğindeki açıklamalardır. Büyük marketler mallarına, bankalar verecekleri kredilere, sigorta şirketleri sigorta hizmetlerine ilişkin fiyat, faiz, bedel gibi koşullarını da içerecek şekilde belirsiz geniş kitlelere tanıtım yaparlar. Bunu yaparken, talipli bulup bulamayacakları ve sayıları

hakkında bilgi sahibi değillerdir. Bunu ancak kendilerine yapılan başvuru üzerine tespit edebilirler. Bu nedenle bu tür tanıtım açıklamalarını bağlayıcı bir icap haline getirmek isabetli değildir, çok büyük ihtilaflara sebebiyet verecek niteliktedir. Bir marketin, bankanın ya da sigorta şirketinin fiyat belirleme suretiyle yaptıkları tanıtımları üzerine, birdenbire stokları ve imkanlarını aşan talepleri icap olarak değerlendiren kabul iradeleri ile kendilerini sözleşme içinde bulmaları suiistimallere, sayısız uyuşmazlıklara yol açar. Bunu düşünen 818 sayılı kanunumuz bu tür irade açıklamalarını icap değil icaba davet saymıştır. Bunun sonucu olarak bu tür tanıtımlar üzerine başvuran ihtiyaç sahiplerinin iradeleri icap sayılmış, bu tür icaplarla muhatap olan mal veya hizmet sektörünün imkan ve stoklarına uygun olarak bunları karşılayabildikleri oranda kabul etmeleri halinde sözleşmenin kurulmasını öngörmüştür. Tasarının bu düzenlemeyi değiştirip, bu tür tanıtım iradelerini icap sayması, ancak bunun “*aksinin açıkça ve kolaylıkla anlaşılabilmesi*” halinde icap değil icaba davet sayılması çözümünü getirmesi mevcut sistemi karıştırmaya yol açacak ve uyuşmazlıklara kaynaklık edecektir.

Tasarının bu konuda yaptığı diğer değişiklik “*fiyat göstermek suretiyle mal sergilenmesi*” ile ilgilidir. 818 sayılı yasa bu tür irade açıklamalarını kural olarak icap saymıştır. Tasarı aynı çözümü farklı ifadelerle kabul etmiştir. Tasarı da bu tür iradeleri “*aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmama*” koşuluna bağlı olarak icap saymıştır. Getirilen çözüm yürürlükteki yasadaki çözüm ile aynı fakat ifade tarzı farklıdır.

5.

Madde 13

“II. Yazılı şekil

1. Yasal şekil

a. Kapsamı

Madde 13- *Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak,*

sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.

Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır”.

Tasarının 13. maddesi kanunda öngörülen yazılı şekle bağlı bir sözleşmenin değiştirilmesinin de aynı şekle tabi olup olmadığı konusu düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında kanunda yazılı geçerlilik şekline bağlanmış bir sözleşmenin değiştirilmesinin de yazılı şekilde olması öngörülmüştür.

Maddenin II. fıkrasında *“Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır”* hükmü getirilmiştir.

818 sayılı kanununun 12. maddesi tek fıkradır. Tasarı birinci fıkrasıyla bu fıkrayı Türkçeleştirmek suretiyle tekrar etmiş, maddeye yeni bir fıkra eklemiştir.

İkinci fıkra ile ilgili gerekçede birinci fıkrada yer alan kanunla yazılı geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kuralın adı yazılı şekil ile ilgili olduğu, halbuki adı yazılı şekil dışında resmi yazılı şeklin ve onama şeklinde işlemlerin de olduğunu, aynı kuralın bu tür şekiller için de geçerli olduğunu ikinci fıkranın bunları kapsadığı ifade edilmeye çalışılmıştır.

İkinci fıkranın konulmasının gerekçesi *“kanunen yazılı şekle bağlı bir sözleşmenin değiştirilmesinin de aynı şekle bağlı olduğunu”* açıklamak ise, bunun için yeni bir fıkraya gerek yoktur. Madde şu şekilde kaleme alınmak suretiyle bu sorun aşılabilir:

“Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de AYNI ŞEKLE uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.”

818 sayılı kanununun 12. maddesinin yarattığı sorun şudur.

Madde kanunen yazılı şekle bağlı bir sözleşmenin değiştirilmesinin de yazılı şekle bağlı olduğunu ifade etmek suretiyle sanki kanunen resmi yazılı şekle bağlı bir sözleşmenin adi yazılı şekil ile değiştirilebileceği kanısını uyandırmaktadır. Bu duraksamayı ortadan kaldırmak için maddenin yukarıdaki şekilde kelle alınması yeterlidir.

Öte yandan maddenin II. fıkrasının ifadesi de isabetli değildir. *“Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri”* ifadesinde bu fıkranın sanki yazılı şekil dışında yazılı olmayan şekiller için uygulanabileceği kanısı uyanmaktadır. Gereçede açıklandığı gibi bu fıkranın amacı resmi yazılı şekle bağlı sözleşmelerin de birinci fıkraya hükmüne tabi olmasını sağlamak olduğuna göre resmi yazılı şekil de yazılı şekildir, yoksa *“Yazılı şekil dışındaki bir şekil”* değildir.

Birinci fıkrada yukarıdaki düzeltme yapılmak suretiyle ikinci fıkraya tasarıdan çıkartılmalıdır.

6.

Madde 14

“b. Unsurları

Madde 14- Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.

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”.

Tasarının 14. maddesinin 1. fıkrası yazılı geçerlilik koşulunun nasıl gerçekleştiğini hükme bağlamaktadır. Buna göre yazılı şekilden söz edebilmek için borç altına girenlerin imzaları gerekir. Bu hüküm 818 sayılı yasanın I. fıkrasındaki hükmü tekrar etmektedir.

Maddenin 2. fıkrası yenidir. Yeni fıkra şu yenilikleri getirmektedir:

a. Bu hükümle imzalı mektubun yazılı şeklin yerine geçtiği ifade edilmektedir. Bu bir yenilik değildir. Gereksizdir. Zira “*imzalı mektup*” yazılı şeklin yerine geçmez yazılı şeklin kendisidir. Yani imzalı mektup zaten maddenin 1. fıkrasındaki unsurları içermektedir. Birinci fıkra “*yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur*” demektedir. Mektup yazılı metin olduğuna göre, altında da borç altına giren kişinin imzası yer alıyorsa birinci fıkra hükmüne uygun yazılı bir sözleşme doğmuştur. Örneğin: B, A’ya yazdığı imzalı mektubunda “*C’ye vereceği borç için kefil olmayı kabul ettiği*” beyan edip imza etmişse, burada “*yazılı şekil yerine geçen*” bir sözleşme değil yazılı şeklin kendisi söz konusudur.

b. Asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf için de yukarıdaki eleştirilerimi ve açıklamalarımı aynen tekrar ediyorum. Burada da telgraf metninin altına borç altına girenler imza atmışlarsa yazılı şeklin yerine geçen bir sözleşme değil yazılı şeklin ta kendisi söz konusudur. Zira yazılı geçerlilik şeklinin doğması için imzanın atılma zamanı ve tarihi önem taşımaz.

c. Teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks

Bu hükümle geçerlilik şekline bağlı hukuksal işlemler:

aa. imzalı yazılı geçerlilik koşuluna bağlı hukuksal işlemler

bb. İmzasız fakat metni teyit edilmiş yazılı geçerlilik şekline bağlı hukuksal işlemler.

Getirilen bu düzenleme de isabetli değildir. Yazılı geçerlilik şeklinin varlığı imza ile kanıtlanabilir. Tasarı bu düzenlemesiyle yazılı geçerlilik şeklinin varlığında imzanın yerine “*teyit*” getirmektedir. Teyidin kanıtlanması imzanın kanıtlanmasına nazaran oldukça zor ve uyuşmazlıkları arttırıcı niteliktedir. Bu nedenle faks metni teyit edilmek suretiyle değil telgraf metninde olduğu gibi imza edilmekle yazılı şeklin yerini alabilir.

d. Buna benzer iletişim araçları ifadesi ise yasa koyucunun yazılı geçerlilik şekline tabi tuttuğu sözleşmelerdeki amacı zayıflatan bir çözümdür.

e. Güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler

Tasarı 15. maddenin 1. fıkrasında güvenli elektronik imzanın da el ile imza yerine geçtiğini kabul etmiştir. Hal böyle iken 14. maddede güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin yazılı şeklin yerine geçtiğini hükme bağlamak isabetli olmamıştır. Güvenli elektronik imzanın bulunduğu yerde yazılı şekil yerine geçen şekil değil, imza koşulunun gerçekleştiği yazılı şeklin kendisi mevcuttur.

6.

Madde 15

"c. İmza

Madde 15- İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurur.

İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.

Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, körlerin imzaları onları bağlamaz.

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".

a. Tasarının 15. maddesinin III. fıkrası yürürlükteki yasanın 14. maddesinin III. Fıkrasındaki hükmü değişik ifadelerle tekrar etmektedir.

Yürürlükteki 14. maddenin III. fıkrası 5378 sayılı “ÖZÜRLÜLER VE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN” ile yürürlükten kaldırılmış, bunun yerine 1512 sayılı Noterler Kanunu’nun 73 ve 75. maddelerinde değişiklikler yapmak suretiyle, âmâların noterlerde yapacakları işlemlere ilişkin yeni düzenlemeler getirmiştir.

Bu anlamda olmak üzere Noterlik Kanunu’nun 73. maddesi: *“Noter, ilgilinin işitme, konuşma veya görme özürlü olduğunu anlarsa, işlemler özürünün isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma özürlü olması ve yazı ile anlaşma imkanının da bulunmaması halinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur”*

Bu hüküm imza atabilen görme engelliler için düzenleme getirmiştir.

Noterlik Kanunu’nun 75. maddesinin II. fıkrası ise imza atamayan görme engelliler için şu hükmü getirmiştir:

“İmza yerine işaret, mühür veya parmak izi kullanılması:

Bir noterlik işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgisi ister veya adına işlem yapılan ve imza atabilen görme özürsüzler hariç olmak üzere noter işlemin niteliği, imzayı atan veya el işaretini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usul dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması halinde parmağın da bastırılması zorunludur.”

Görüldüğü gibi yasa koyucu 01. 07. 2005 tarihinde yani yakın bir tarihte 5378 sayılı yasanın 24. maddesi ile yukarıdaki değişikliği yapmış, BK. muzun 14. maddesinin 3. fıkrasında yer alan âmâların imzasına ilişkin hükmü yürürlükten kaldırmıştır.

Söz konusu değişikliğin gerekçesini 5378 sayılı yasadan çıkarmak mümkün olmamaktadır.

Tasarının 14. maddenin III. fıkrası ile ilgili gerekçesinde 5378 sayılı yasa ile getirilen değişiklik isabetli bulunmamış, eski hükme dönüldüğü ifade edilmeye çalışılmıştır. Ancak bu durumda bu hükümle 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun yukarıda sözünü ettiğimiz maddeleri arasında uyum sorunu gündeme gelecektir.

Bundan başka 15. maddede kullanılan "körler" ifadesi yerine 1926 yılından beri yasada yer alan "âmâlar" sözcüğü korunmalıdır. Kör sözcüğü, görme engelliler için incitici, kaba ve argo bir sözcük olarak kalmaktadır. 1926'dan bu yana kullanılan "âmâ" sözcüğü dilimize yerleşmiş olup, bunun yerine kör sözcüğünün kullanılmasını gerektiren haklı bir neden yoktur.

b. Tasarının 15. maddesinin IV. fıkrasında açığa atılan imzanın, metnin doldurulması halinde imza edenin iradesine uygun olduğu kuralı getirilmiş, durumun aksini göstermedikçe metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükünün imza sahibine ait olduğu kabul edilmiştir.

Bu düzenleme uygulamada öğreti ve yargı kararlarıyla kabul edilmiştir. Sorun maddi hukukla değil, ispat hukukuyla ilgilidir. Bu nedenle böyle bir konunun yasa hükmü haline getirilmesi isabetli değildir. Bu düzenleme ile açığa atılan imzalı boş belgenin üzerinin doldurulması meşru hale getirilmektedir.

7.

Madde 17

"2. İradî şekil

Madde 17- Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin belli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, bu şekilde yapılmadıkça tarafların bu sözleşmeyle bağlı olmak istemedikleri kabul edilir.

Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır”.

a. Tasarının 17. maddesinin 1. fıkrası yürürlükteki 16. maddenin 1. fıkrasını karşılamaktadır. Ancak yürürlükteki metinde iradi şekle uyulmaması halinde tarafların *“bununla ilzam olunamaz”* ifadesi yer almakta, yani bu durumda sözleşmenin tarafları bağlamayacağı öngörülmekte iken, tasarı bu konuda adı bir karine getirmektedir. Bu çözümün doğru olmadığı kanısındayım. Kanunen yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşme ile taraf iradeleriyle yazılı geçerlilik şekline bağlanan sözleşme arasında etkileri bakımından bir fark yoktur. Nasıl ki kanunen şekle bağlı bir sözleşme bu şekle uygun olarak yapılmadığı takdirde tasarının 12. maddesinin II fıkrası *“sözleşmenin hüküm doğurmayacağını”* kabul etmişse, taraf iradeleriyle yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşme de bu şekilde yapılmazsa hüküm ifade etmemelidir. Tasarı ile bu durumda sözleşmenin hüküm ifade etmemesi çözümü yerine *“tarafların bu sözleşmeyle bağlı olmak istemedikleri kabul edilir”* ifadesini kullanarak, tarafların yazılı geçerlilik şekline uymamaları halinde bu sözleşmeyle bağlı olmak istemedikleri karinesine yer verilmiş, bunun aksini iddia ve ispat edebilme olanağı açık tutulmuştur.

b. Maddenin 2. fıkrasında *“Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır”* ifadesinde *“yasal yazılı şekle”* yerine, tasarının 13. maddesindeki kenar başlığa uygun olarak *“yasal şekle”* ifadesi kullanılmalıdır.

8.

Madde 18

“C. Borç tanınması

Madde 18- Borç tanınması, borcun sebebini içermemiş olsa bile geçerlidir.”

Madde yürürlükteki 17. maddeyi tekrar etmektedir. Hüküm değişikliği yoktur, yalnız ifade değişikliği vardır. Yürürlükteki 17. maddede *“Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile BORÇ İKRARI muteberdir”* hükmünde yer alan *“borç ikrarı”* tasarıda *“borç tanınması”* olarak Türkçeleştirilmiştir. Ancak *“borç tanınması”* ifadesi *“borç ikrarı”* kavramını tam olarak karşılamaktan uzaktır. Gerek Türkçe’de gerekse Alman dilinde tanıma (Anerkennung) ve borç ikrarı (Schuldbekennntnis) tamamen farklı kavramlardır. İkrar yerleşik teknik bir hukuksal terimdir. Birçok yasamızda yer almaktadır. Bu terimi ne *“tanuma”* ne *“kabul etme”* ne *“benimseme”* gibi sözcüklerle ifade ve ikame etmek mümkün değildir. Tasarının bizzat kendisi de bu gerçeği kabul etmiş olmalı ki diğer maddelerinde *“ikrar”* sözcüğünü kullanmak zorunda kalmıştır. Örneğin, tasarının 83. maddesinin II. fıkrasında *“ikrar”* sözcüğü kullanılmaya devam edilmiştir.

Öte yandan maddenin *“Borç tanınması, borcun sebebini içermemiş olsa bile geçerlidir”* ifadesinde bir ifade zayıflığı vardır. Bu maddede *“borç ikrarı”* değil, *“borcun sebebini içermeyen borç ikrarı”* ön plandadır. Vurgulanması gereken *“borç ikrarı”* değil, *“Borcun sebebini içermeyen borç ikrarı”*dır. Bu nedenle cümlenin başında borç ikrarı değil, *“Borcun sebebini içermemiş olsa bile”* ifadesi yer almalıdır.

Bu nedenlerle maddenin kenar başlığında ve içinde bu terimi korumak gerekir. Bunun sonucu olarak madde şu şekilde olmalıdır:

“C. Borç İkrarı

Madde 18- Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç ikrarı geçerlidir. ”

9.

Madde 19

“D. Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler

Madde 19- *Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*

Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına muvazaalı alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin danışıklı olduğu savunmasında bulunamaz”.

Tasarının 19. maddesinin II. fıkrasında yer alan “borç tanınmasına” ifadesi de 18. maddedeki teklifimiz yönünde “borç ikrarına” şeklinde düzeltilmelidir.

9.

Madde 27

“II. Kesin hükümsüzlük

Madde 27- *Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

Yürürlükteki yasanın 19. maddesinin II. fıkrası ile 20. maddesinin I. fıkrası birleştirilmek suretiyle isabetli olarak Tasarı'nın 27. maddesinin I. fıkrasına alınmıştır. Ancak yürürlükteki yasa da “hükümsüzlüğün bu maddedeki derecesi” olarak “butlan” sözcüğü kullanıldığı halde, tasarıda maddenin kenar başlığında “kesin hükümsüzlük” içeriğinde ise “kesin olarak hükümsüzdür” ifadesine

yer verilmiştir. Madde gerekçesinde de “*butlan*” yerine “*kesin hükümsüzlük*” ifadesinin kullanıldığı yazılmıştır.

Bu tercih isabetli değildir.

Hükümsüzlük borçlar hukukunda sözleşmelerin geçersizliğini ifade eden bir üst kavramdır. Sözleşmelerde geçersizlik ya butlan ya da iptal şeklinde karşımıza çıkar. Butlan hükümsüzlüğün en ağır derecesidir. Bu tür sözleşmelere batıl sözleşmeler denir. Hiçbir şekilde hüküm ifade etmeleri, geçerli hale getirilmeleri mümkün olmadığı gibi, yargıç tarafından da re’sen nazara alınırlar. Bu nedenle bu tür sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu ifade edilir. Ancak bu bir tanımlama değildir, yoksa isimlendirme değildir.

Butlan sözcüğünün Türkçe karşılığı yoktur. Ancak hukuk dilinde 82 yıldan beri yerleşmiş teknik bir tabirdir. Kendisine özgü nitelikleri ve anlamı vardır. Bu tür teknik tabirlerin değiştirilmesi doğru değildir. Nitekim bu nedenledir ki aynı anlayış 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun hazırlanması sırasında hakim olmuş; evlenmeyle ilgili olarak 145. madde ile başlayan ayırım başlığı “*Batıl olan evlenmeler*” şeklinde kullanılmış, maddede ise “*butlan*” sözcüğü korunmuştur. (TMK m. 145; 148).

Bu açıklamalar karşısında tasarının 27. maddesinin kenar başlığının “*Butlan*” olarak değiştirilmesi, madde içeriğinde de “*batıl*” ifadesinin kullanılması gerekir.

10.

Madde 28

“III. Aşırı yararlanma

Madde 28- Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin

geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini rendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak on yıl içinde kullanabilir”.

Madde yürürlükteki 21. maddeyi karşılamaktadır.

Maddenin 2. fıkrası yürürlükteki maddenin 2. fıkrasındaki hak düşürücü süreye ilişkin hükmü değiştirmektedir.

Yürürlükteki maddede sadece bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmüş ve bunun sözleşmenin kurulduğu andan itibaren işlemeye başladığı kabul edilmiştir. Tasarı ise aşırı yararlanmada zamanaşımını aynen haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmede zamanaşımına benzer şekilde hükme bağlamaktadır. Buna göre aşırı yararlanmada da iki süre söz konusu olmaktadır. Kısa süre yürürlükteki yasada olduğu gibi bir yıl; uzun süre ise on yıl olarak kabul edilmiştir.

Kısa süre olan bir yıllık hak düşürücü sürenin işlemeye başladığı an “zarar görenin düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği, zorda kalmada ise bunun ortadan kalkması” olarak kabul edilmiştir.

Öncelikle aşırı yararlanma halinde bir yıllık hak düşürücü sürenin sözleşmenin akdinden itibaren işlemeye başlamasına ilişkin mevcut düzenlemeden neden ayrılma ihtiyacı hissedildiği ve bu sürenin neden zarar görenin düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği ya da zor durumun kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlamasının uygun olduğu anlaşılammaktadır. Gerçekcede bu konuda bir açıklık yoktur.

Aşırı yararlanma, kişinin kendi özgür iradesiyle akdettiği sözleşmeyi, edimler arasında aşırı oransızlık mevcut ise bunu deneyimsizlik, düşüncesizlik ve zor durumda kalması gibi subjektif nedenlerine dayanarak geçersiz hale getiren bir yaptırımdır.

Bu nedenle aşırı yararlanma gerekçesine dayanarak sözleşmenin geçersiz hale getirilmesi gerek koşulları gerekse bunun ileri sürülmesi bakımından dar tutulmuştur. Yasa koyucu deneyimsizliği, bilgisizliği ya da darda bulunması nedeniyle sözleşmeyi iptal etmek isteyen tarafın, bu hakkını sözleşmenin akdinden itibaren bir yıl içinde kullanmasını aksi halde sözleşmeye güven ilkesinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

Hal böyle iken tasarı bir yıllık hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması konusunda bu maddenin amacı ve niteliği ile bağdaşmayan bir çözüm getirdiği gibi, on yıllık uzun bir süreye de yer verebilmiştir.

Öncelikle bir yıllık sürenin zarar gören kişinin "*düşüncesizlik veya deneyimsizliğini*" öğrenme ya da zor durumun ortadan kalma anından itibaren işletilmesi isabetli değildir.

Bir kimsenin düşüncesiz ya da deneyimsiz davranıp davranmadığını sözleşmenin akdinden itibaren bir yıl yerine, bunu öğrenme anından itibaren fark etmesi ve sözleşmeyi iptal etmesi keyfiliğe neden olacak niteliktedir. Yürürlükteki yasada bir kimsenin düşüncesiz veya deneyimsiz olduğunu öğrenme anının esas alınmasının büyük keyfiliklere neden olacağı düşüncesi ile bir yıllık sürenin işlemeye başlama anı konusunda objektif bir kriter olan sözleşmenin akdedilmesi esas alınmıştır.

Tasarının getirdiği düzenleme karşısında davalının, zarar görenin "*deneyimsizliği ve tecrübesizliğini öğrendiğini ve bu nedenle bir yıllık sürenin geçtiğini*" ispat etmesi asla mümkün olmayacaktır. Zira "*deneyimsizlik ve tecrübesizlik*" zarar görenin tamamen kendi beyni, kendi çevresi ve kendi algılaması ile ilgili bir durumdur. Davalı bunu hangi ispat araçları ile, yani "*zarar görenin deneyimsizliğini ve tecrübesizliğini*" öğrendiğini nasıl kanıtlayacaktır?

Bu imkansızlık nedeniyle zarar gören kişi, on yılın sonuna kadar her zaman ortaya çıkıp "*deneyimsizlik ve tecrübesizliğimi yeni öğrendim*", davalıya da "*aksini ispat edemezsin*" diyebilecektir.

Tasarının bu düzenlemesi hukuk sistemimizde buna benzer hatta bundan daha önemli olan başka hukuksal kurumlarda kabul edilen çözüm tarzı ile uyumlu da değildir.

Örneğin: TMK m. 733'de önalım hakkının kullanılmasında, satışın öğrenildiği tarihten itibaren üç ay, satıştan itibaren iki yıllık süre öngörülmüştür.

Mülkiyet hakkına getirilen önemli bir sınırlama olan önalım hakkında dahi bu kadar uzun bir süre kabul edilmemiştir.

Bütün bunlar dışında tasarı ile getirilmek istenen çözüm önerisinin karşılaştırmalı hukukta bir örneği mevcut değildir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda müteaddit değişiklikler yapılmasına rağmen 21. maddede böyle bir değişiklik yapılmadığı gibi öğreti ve yargı kararlarında mevcut düzenlemeyi eleştirip tasarıdaki gibi bir öneri de getirilmemektedir.

Sözleşmelerin aşırı yararlanma gerekçesiyle on yıl gibi uzun bir süre belirsizlik içine itilmesi, alışveriş hayatındaki güven ve sözleşmelerde ahde vefa ilkesiyle bağdaştırılamaz.

11.

Madde 29

"IV. Önsözleşme

Madde 29- Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.

Kanunlarda öngörülen ayrık durumlar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır".

Maddenin II. fıkrasında yer alan "ayrık durumlar" ifadesi doğru değildir. "Ayrık" sözcüğü "hariç" sözcüğünün karşılığıdır. Burada ifade edilmek istenen "istisnai durumlar"dır. Bunun Türkçe karşılığı "ayrık durumlar"dır.

12.

Madde 35

“4. Yanılmada kusur

Madde 35- Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez.

Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.”

Maddenin kenar başlığı *“Yanılmada kusur”* şeklindedir. Yürürlükteki 26. maddede *“İhmal yüzünden hata”* olarak ifade edilmiştir.

Maddede kusuruyla yanılan kişinin sözleşmeyi bu nedenle iptal etmesi hükme bağlanmaktadır. Bu nedenle maddenin kenar başlığının bu içeriğe uygun olarak *“Yanılanın sorumluluğu”* şeklinde olması gerekir.

13.

Madde 37

Maddenin I. fıkrasındaki baskı hatası giderilmelidir.

14.

Madde 46

Maddenin II. fıkrasındaki *“... bu hukuki işlemi onayıp anamayacağı”* ifadesindeki *“anamayacağı”* şeklindeki baskı hatasının *“onamayacağı”* şeklinde düzeltilmesi gerekir.

15.

Madde 55

“c. Manevî tazminat

Madde 55- Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

Maddede yürürlükteki 47. maddede kullanılan “*cismani zarara düşer olan*” kişi yerine “*bedensel bütünlüğü zedelenen*” kişi ifadesi kullanılmıştır.

Bu maddede kişilik hakkını oluşturan maddi kişisel varlıkların yani bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi nedeniyle manevi zararın tazmin edilmesi hükme bağlanmıştır.

Türk hukuk dilinde “*kişilik hakkının ihlali*”, “*kişilik hakkının saldırıya uğraması*”, “*bedensel bütünlüğün ihlali*”, “*bedensel bütünlüğün saldırıya uğraması*” ifadeleri kullanılmakta ve bu tabirler yerleşmiş bulunmaktadır. “*Zedeleme*” sözcüğünü de kullananlar vardır. Ancak bu sözcük diğerlerine nazaran yerleşik olmayıp, anlamı da tam olarak ifade etmemektedir. Bu nedenle bu tabir yerine “*bedensel bütünlüğü ihlal edilen*” ya da “*saldırıya uğrayan*” ifadesinin tercih edilmesi gerekir. Nitekim yasa koyucu tasarının 57. maddesinin II. fıkrasında Türk hukukunda artık yerleşmiş olması nedeniyle “*saldırı*” sözcüğünü farkında olmadan kullanmak zorunda kalmıştır.

Zedeleme sözcüğü Türk Medeni Kanunu tarafından da tercih edilmemiştir. Altı yıl önce yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda “*kişilik hakkı saldırıya uğrayan*” tabiri kullanılmaya devam edilmiştir (m. 121; m. 174) . Türk Borçlar Kanu-

nu, Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasıdır. Nitekim Tasarı'nın 646. maddesinde bu kural tekrar edilmektedir. Birbirini tamamlayan iki kanunun aynı konuda birbirinden tamamen farklı kavramlar ve tabirler kullanması terim kargaşasına neden olur.

Aynı hata tasarının 57. maddesinde hem maddenin kenar başlığında hem de içeriğinde yapılmıştır.

55. maddenin II. fıkrasında "Ağır bedensel zarar" ifadesi yerine "Bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlal edilmesi veya ölüm halinde..." ifadesi kullanılmalıdır. Zira bu fıkrada yakınların zararı "bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlal edilmesi" halinde gündeme gelecektir. Bu fıkrada saldırıya uğrayanın yakınlarının manevi tazminat talep edebilmelerinin sebebi saldırıya uğrayanın "ağır bedensel zararı" değil "Bedensel bütünlüğün ağır ihlalidir".

16.

Madde 57

"3. Kişilik hakkının zedelenmesi

Madde 57- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

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

a. Öncelikle 55 ile 57. maddenin ayrı hükümler olarak tasarıda yer almasının doğru olmadığı üzerinde duralım:

1926 yılında Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinde kişilik hakkını oluşturan bedensel bütünlüğün (maddi kişisel varlıkların) ihlali ile diğer kişisel varlıkların ihlali (maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların) arasında fark yaratılmış ve bu ne-

denle iki kişisel varlığın ihlali halinde manevi tazminatın iki ayrı maddede düzenlenmesi zarureti ortaya çıkmıştır.

TBK m. 47'de bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm halinde manevi tazminat hükme bağlanırken, sorumluluk için kusurun herhangi bir derecesine yer verilmemiş, bu sorumluluk için herhangi bir kusur yeterli bulunmuştur. Bunun dışında bu maddeye dayanan manevi tazminat taleplerinde tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına önem verilmemiştir.

TBK m. 49 diğer kişisel varlıkların ihlali halinde manevi tazminat davaları için ayrılmıştır. Buraya kişilerin şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim gibi kişisel varlıklarının ihlali nedeniyle açılacak olan manevi tazminat davaları girmektedir. Bu tür kişisel varlıkların ihlali özellikle basın yoluyla gerçekleşmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında basın mensuplarınca, kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılacak olan manevi tazminat davaları nedeniyle zor durumda kalacakları belirtilerek 47. madde dışında ayrı bir maddenin bu konuyu düzenlemesi gerektiği ileri sürülmüş; bu öngörülen maddede manevi tazminata hükmetmenin koşullarının ağırlaştırılması istenmiştir. Basın çevrelerinden gelen bu baskılar sonucu ayrı bir 49 maddeye yer verilmiş ve bu maddede 47. maddeden farklı olarak manevi tazminata hükmedebilmek için kişilik hakkını ihlal edenin herhangi bir kusurunun değil "*ağır kusurunun bulunması*" gerektiği koşulu öngörülmüştür. Bunun dışında yine 47. maddeden farklı olarak 49. maddenin II. fıkrası ile hükmedilecek manevi tazminat miktarı için tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının da nazara alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. İş bununla bitmemiş yine 47. maddeden farklı olarak 49. maddenin III. fıkrasında manevi tazminat olarak bir miktar para yerine, diğer bir tazmin şekline, tecavüzü kınayan bir karar vermeye, hükmün basın yoluyla ilan edilmesine olanak tanınmıştır.

Görüldüğü gibi 49. maddenin ayrı bir madde halinde getirilmesinin tarihsel sebepleri vardır ve bu madde İsviçre'de basın çevrelerinin baskısı sonucu yasaya girmiştir.

Ancak zaman içinde kişilik hakkının basın yoluyla pervasız şekilde ihlal edilmesi ve saldırıya uğraması karşısında bu düzenlemenin doğru olmadığı anlaşılmış, İsviçre’de 1984’te 49. maddede yapılan değişiklik sonucu maddedeki “kusurun ağırlığı” koşulu yasadan çıkartılmış, aynen 47. maddede olduğu gibi tazminata hükmedebilmek için herhangi bir kusurun varlığı yeterli kabul edilmiştir.

Benzer gelişmelerden Türk yasa koyucusu da etkilenmiş ve 1988 yılında 3444 sayılı yasa ile 49. maddede yapılan değişiklik ile maddedeki kusurun ağırlığı koşulu çıkartılmıştır. Böylece manevi tazminata hükmedebilmek için 47. ve 49. madde arasında kusur koşulu bakımından mevcut fark ortadan kalkmıştır.

Geriye ne kalmıştır? Geriye 49. maddenin II. fıkrasındaki “manevi tazminata hükmetmek için tarafların işgal ettikleri mevkileri, sıfatları, sosyal ve ekonomik durumlarının” göz önünde tutulması ile III. fıkrada yer alan para olarak tazminat yerine ya da bununla birlikte saldırının kınanması veya kararın basın yoluyla yayımlanması kalmıştır.

Tasarı bu kalan iki farktan 49. maddenin II. fıkrasındaki “Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır” hükmünü de kaldırmaktadır. Bir tek geriye 49. maddenin III. fıkrası kalmaktadır.

Bu gelişme karşısında kanımca artık BK’da 47. ve 49. maddenin tek bir çatı altında birleştirilmesi zorunlu hale gelmiştir. Aksi halde iki madde arasındaki farkı anlamak ve anlatmak mümkün olmayacaktır.

Bu amacı gerçekleştirmek üzere 55. maddenin kenar başlığı “2 Manevi Tazminat” şeklinde olmalı, bu maddenin iki fıkrası olduğu gibi kalmalı, buna aşağıdaki III ve IV. fıkra eklenmelidir.

“Diğer kişisel varlıkların saldırıya uğraması halinde zarar gören uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Bu kişisel varlıkların ağır bir şekilde ihlal edilmesi halinde zarar görenin yakınları da aynı talep hakkına sahiptir.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırılabilir veya bu tazminata ekleyebilir, özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir”

b. Bu önerimiz kabul görmediği takdirde mevcut madde ile ilgili aşağıdaki düzeltmeler yapılmalıdır.

Yukarıda 55. maddede “zedeleme” ifadesi için yaptığımız eleştiri ve öneri 57. madde için de geçerlidir. Bu maddede de “Kişilik hakkının zedelenmesinden” ifadesi yerine aynen 4721 sayılı TMK’da olduğu gibi “Kişilik hakkının ihlal edilmesinden zarar gören....” ifadesi kullanılmalıdır.

Tasarının 55. maddesinin II. fıkrası ile “Bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlal edilmesi halinde” saldırıya uğrayanın yakınları için de manevi tazminat talep edebilme olanağı getirilmiştir. Bu değişiklikle yürürlükteki 47. maddede ölüm halinde ölenin yakınlarının manevi tazminat talep edebilme olanağı, bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlal edilmesi için de kabul edilmiştir. Böylece 47. maddede ölüm halinde yansıma yoluyla zarar bedensel bütünlüğün ağır ihlali için de genişletilmiştir.

Bu çözüm tarzı uygun ise, aynı çözümün bedensel bütünlüğün (maddi kişisel varlıkların) ihlali dışında diğer kişisel varlıkların (maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların) ağır ihlali için de kabul edilmelidir. Bir çocuğun annesinin trafik kazası sonucu aylarca komada kalması nedeniyle duyduğu acı ve ıstırap ile annesi hakkında bir gazetede fotoğrafı ile birlikte “hayat kadını” olarak haber konusu yapılması halinde duyduğu acı ve ıstırap arasında bir fark yoktur; hatta ikincisinde bu acı ve ıstırap daha fazladır. Bu nedenle 55. maddenin 2. fıkrasındaki çözüm korunacak ise, 57. maddeye II. fıkra eklenmeli “Kişilik hakkının ağır bir şekilde ihlal edilmesi halinde, zarar görenin yakınları da aynı talepte bulunabilirler” hükmü kabul edilmelidir.

Maddenin II. fıkrası yürürlükteki 49. maddenin III. fıkrasını Türkçeleştirmek suretiyle tekrar etmekte; yürürlükteki hükümde “*basın yolu ile ilanına da hükmedebilir*” ifadesi yerine “*yayımlanmasına hükmedebilir*” ifadesi kullanılmıştır. Bu değişiklik sonucu mahkeme kararının basın yoluyla yayımlanmasının şart olmadığı kanısı doğabilir. Zira sadece yayımlanma sözcüğü basın dışındaki araçlarla yayımı da kapsar. Bu nedenle yürürlükteki maddede olduğu gibi tasarıda “*bu kararın basın yoluyla yayımlanmasına hükmedebilir*” şeklinde düzeltilmesi gerekir.

17.

Madde 60

“2. Müteselsil sorumluluk

a. Dış ilişkide

Madde 60- Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlıdır”.

Madde yürürlükteki 50 ve 51. maddeleri tek madde haline getirmekte ve tam-eksik teselsül ayırımını kaldırmaktadır.

Önce bu ayırımın kaldırılmasının doğru olmadığı konusu üzerinde durmak gerekir.

A. MÜTESELSİL SORUMLULUK

1. Dış İlişkide

Bu madde ile BK m. 50’de düzenlenmiş olan ortak kusurlarıyla birlikte zarara sebebiyet verenlerin müteselsil sorumlulu-

ğuna ilişkin kısaca öğretisi ve yargı kararlarında tam teselsül diye adlandırdığımız sorumluluk ile BK m. 51'de düzenlenmiş olan değişik nedenlerle birden fazla kişinin müteselsilen sorumluluğuna ilişkin kısaca öğretisi ve yargı kararlarında eksik teselsül diye adlandırdığımız sorumluluk ayrımı kaldırılmış, tek maddede "müteselsil sorumluluk" başlığı altında düzenlenmiştir. Maddenin II. fıkrasında müteselsilen sorumlu kişilerin sorumluluklarının iç ilişkide tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

Tasarının 60. maddesiyle tam ve eksik teselsül ayrımı kaldırılmakta, ayrıca bu maddenin II. fıkrası ile müteselsil borçluluk ile bağdaşmayan bir düzenleme getirilmektedir. Getirilen bu düzenlemeyle, müteselsil borçlulardan her birinin tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlı olarak sorumlu tutulabilecekleri hükme bağlanmaktadır. Bu hükümle getirilen teselsülün bu şekline "farklılaştırılmış teselsül" adı verilmekte ve öğretide bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır. Bu düzenleme İsviçre Öntasarısı'nın 53 b - 53 c maddelerinden alınmıştır.

Burada önce maddenin tam ve eksik teselsül ayrımını kaldırmasının, daha sonra da farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesinin doğru olmadığı üzerinde durmak istiyoruz:

a. Tasarının 60. maddesinin I. fıkrası ile tam ve eksik teselsül ayrımının kaldırılmasının doğru olup olmadığını tayin edebilmemiz için BK m. 50 ile 51'deki sorumluluk arasındaki farkları ortaya koymamız gerekir.

BK m. 50'deki tam teselsül diye adlandırdığımız sorumluluk ile BK m. 51'deki eksik teselsül diye adlandırdığımız sorumluluk arasında şu farklar vardır:

aa. Tam teselsülde birden fazla kişinin ortak kusurlarıyla verdikleri zarardan dolayı sorumlu tutulurlar.

Eksik teselsülde ise birden fazla kişinin değişik hukuksal nedenlerle (kusursuz sorumlu kişi, kusurlu kişi, sözleşmeden dolayı sorumlu kişi gibi) sorumluluğu söz konusudur.

bb. Tam teselsülde sorumlulardan birine karşı zamanaşımını kesilince diğerlerine karşı da kesilmiş olur (BK m. 134).

Eksik teselsülde ise sorumlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin diğerlerine karşı da kesilme sonucunu doğurmayacağı, burada BK m. 134 hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmektedir.

cc. Tam teselsülde zararı tazmin eden kişinin diğer sorumlulara rücu hakkı, kusur oranına göre hakim tarafından tayin edilir.

Eksik teselsülde ise zararı tazmin eden kişinin diğer sorumlulara rücu sırası BK m. 51'de düzenlenmiştir. Bu sıraya göre zarara katlanması gereken kişi kusuruyla sebebiyet veren kişi olup, zararı kusursuz sorumlu kişi tazmin etmişse, sözleşmeden dolayı ve kusurlu kişiye, sözleşmeden dolayı sorumlu kişi tazmin etmişse kusurlu kişiye rücu edebilecek; kusurlu kişi zararı tazmin etmişse kimseye rücu edemeyecektir.

dd. Tam teselsülde zararı tazmin eden kişinin alacaklıının haklarına halef olabileceği kabul edildiği halde (BK m. 147); eksik teselsülde halefiyetin olmadığı kabul edilmektedir.

Tam teselsül eksik teselsül ayrımının isabetli olmadığı kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak buna rağmen kaynak kanun olan İsviçre'de bu ayrım halen muhafaza edilmektedir.

Taslak bu ayrımı kaldırdığı için iki sorumluluk türü arasındaki farklar da ortadan kalkmaktadır.

Kanımcı bu ayrımın kaldırılması isabetli değildir. Değişik hukuksal nedenlerle sorumlu tutulan kişilerin durumları ve iç ilişkileri ile ortak kusurlarıyla zarara sebebiyet verenlerin durumları ve iç ilişkileri aynı değildir.

Taslakta iç ilişki ile ilgili 61. maddede rücu konusunda bütün durum ve koşullar, özellikle sorumlulardan birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattığı tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağı gibi son derece soyut ifadelere yer verilmiştir. Halbuki BK m. 51'e dayanan sorumlulukta iç ilişkide rücu sırası açık ve net bir biçimde ortaya konulmuştur.

Bu ayırım kaldırıldığında, örneğin; sigortacı, zararı tazmin ettiğinde, kusuruyla kazaya sebebiyet veren kendi sigortalısına hatta kusursuz sorumlu kişiye bile rücu edebilecektir.

b. Tasarının 60. maddesinin II. fıkrası ile getirilen "*farklaştırılmış teselsül*" hükmüne gelince:

Maddedeki düzenleme karşısında müteselsil borçlulardan herhangi birinin iç ilişkide tek başına sorumlu olsaydı yükümlü tutulacağı miktar ile sınırlı olarak sorumlu olması kabul edilmiştir. Örneğin: A, B ve C isimli üç kişi haksız fiilleriyle D isimli kişiye 800 YTL zarar vermişlerdir. İç ilişkide A, olayda 1/8 oranında, B ve C 7/8 oranında kusurludur. Bu durumda D, A'yı 100 YTL için müteselsil B ve C ise 700 YTL için müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Bu düzenlemeyi müteselsil sorumluluğun amacı ve niteliği ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Müteselsil sorumluluğun bu şekilde düzenlenmesi gerektiğini öğretide savunan bazı yazarlar vardır. Ancak bu henüz bir teorik tartışmadan ibarettir. Öte yandan bu düzenleme İsviçre Öntasarısı'nın 53 b - 53 c maddelerinden alınmıştır; ancak İsviçre'de bu düzenlemenin henüz kabul edilip edilmeyeceği belirsizdir, zira söz konusu teklif sadece bir Öntasarı aşamasındadır.

Bütün bunlar dışında tasarının 60. maddesi haksız fiil sorumluluğunda müteselsil sorumluluğu oldukça değişik bir şekilde hükme bağlarken müteselsil borçluluk ile ilgili genel hükümler olan tasarının 161-167. maddelerinde de buna paralel bir değişiklik getirmemektedir.

Müteselsil borçlulukta, sorumlu kişilerden her birinin tek başına sorumlu olsalardı sorumlu tutulacakları tazminat miktarıyla sorumlu olmalarına ilişkin düzenleme haklı ise, aynı haklılık sözleşmeden doğan müteselsil sorumluluk için neden geçerli olmasın? Örneğin: A, B ve C isimli kişi sözleşmeye aykırı eylemleriyle D'ye 800 YTL zarar vermişlerdir. A'nın sözleşmeye aykırı davranışındaki kusuru 1/8 ise, aynı tasarının 60. maddesinin II. fıkrasında olduğu gibi neden D'ye karşı 100 YTL için değil de 800 YTL için sorumlu tutulmaktadır?

B. Bu nedenlerle tasarının 60. maddesindeki tam ve eksik teselsül ayırımının kaldırılmasına ilişkin düzenlemesi ile II. fıkradaki farklılaştırılmış teselsül hükmünün kaldırılması, yürürlükteki yasada mevcut düzenlemenin Türkçeleştirilmek suretiyle kabul edilmesi gerekir.

Bu önerimiz kabul edilmediği takdirde maddede bazı düzeltmelerin yapılması gerekir.

Maddenin I. fıkrasında "... veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları ..." ifadesi kullanılmıştır. Burada yer alan "çeşitli sebeplerden" ifadesi isabetli değildir ve amacı ifade etmekten uzaktır. "Birden fazla kişinin çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olması" denildiğinde buraya bu kişilerin sorumluluk sebepleriinn çeşitliliğinin girdiği kanısı uyanmaktadır. Hâlbuki maddenin amacı "birden fazla kişinin değişik hukuksal sebeplerle sorumlu olmalarıdır". Değişik hukuksal sebepler haksız fiil, kusursuz sorumluluk, sözleşme olabilir. Bunun dışında bir çeşitli sebep yoktur.

18.

Madde 61

"b. İç ilişkide

Madde 61- *Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle*

onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

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

Maddenin II. fıkrası ile yürürlükteki aynı konuyu düzenleyen ne 50 ne de 51. maddede yer almayan bir hüküm getirmiştir. Bu hükümlerle zararı tazmin edenin iç ilişkide diğerlerine rücu hakkı ve bu hakkın halefiyete dayandığı öngörülmüştür. Burada bu hükme gerek yoktur. Zira gerek yürürlükteki 50 ve 51 gerekse bunları karşılayan tasarının 60 ve 61. maddeleri kanundan doğan müteselsil borçluluk halini düzenlemekle sınırlı bir amaç taşımaktadır. Müteselsil borcun ne olduğu, kaynakları, dış ve iç ilişkideki etkileri bu konuda genel hüküm olan yürürlükteki 141-147 maddelerinde, tasarının 161-167 maddelerinde düzenlenmiştir. Bu anlamda olmak üzere müteselsil borçlarda zararı tazmin edenin diğerlerine rücu hakkı ve bunun niteliği genel hüküm olan yürürlükteki 147 madde, tasarıda 167 maddede yer almaktadır.

Hal böyle iken, tasarının 61. maddesinin II. fıkrasında genel hükümlerde yer alan düzenlemeyi özel olarak tekrar etmesi kanun yapma tekniği bakımından isabetli değildir.

19.

Madde 64

“B. Kusursuz sorumluluk

I. Hakkaniyet sorumluluğu

Madde 64- Tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararın, uygun biçimde giderilmesine karar verebilir.

Ayirt etme gücü olmayanın verdiği zarar için de aynı hüküm uygulanır”.

Madde “B. Kusursuz sorumluluk” kenar başlığı altında kusursuz sorumluluk hallerini, bunun kabul edilmesine ilişkin üç ilkeye göre üç grup altında hükme bağlamaktadır. Birinci grupta 64. maddede hakkaniyet sorumluluğu, ikinci grupta “özen sorumluluğu”, üçüncü grupta ise “Tehlike sorumluluğu” düzenlenmiştir.

Madde 64, BK’nın 54. maddesindeki öğreti ve yargı kararlarında kısaca “Hakkaniyet sorumluluğu” olarak adlandırdığımız “Ayirt etme gücünden yoksun olanların” kusursuz sorumluluğunun yerini almış görünmekte ise de bu husus maddenin II. Fıkrasında hükme bağlanmış, I. fıkrada ise oldukça farklı bir düzenleme getirilmiştir.

Maddenin 1. fıkrasında “hakkaniyet” bir genel kusursuz sorumluluk sebebi haline getirilmiştir. Buna göre “ tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulmak suretiyle hakkaniyet gerektiriyorsa, zararın doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişi dahi sorumlu tutulabilecektir.

Maddenin gerekçesinde bu önemli değişikliğin haklı sebebi konusunda hiçbir inandırıcı açıklama yer almamıştır. Gerekçede “ayirt etme gücüne sahip olmakla birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaları zorunlu görülmüştür” gibi soyut bir açıklama yer almıştır.

Taslağın hazırlanmasında etkili olduğu anlaşılan İsviçre Öntasarısı’nın bu maddeyi karşılayan 48b maddesinde böyle bir düzenleme yoktur. 48 b maddesi “ayirt etme gücünden yoksun olanların hakkaniyet sorumluluğu” ile sınırlı bir düzenleme getirmektedir.

Bu denli önemli bir yasa ve sistem değişikliğinin gerekçede haklı ve inandırıcı açıklamalar yer almalıydı. Neden böyle bir değişiklik zorunlu görülmüştür? Öğreti ve yargı kararlarında böyle bir hükmün bulunmamasından kaynaklanan ne gibi adaletsizlikler, sisteme aykırılıklar, çarpıklıklar olmuştur? Böyle bir

düzenlemeyi haklı kılacak mukayeseli hukuk araştırması yapılmış mıdır? Yabancı ülkelerde özellikle kaynak kanunumuzda böyle bir değişiklik olmuş mudur?

Bu soruların yanıtı yoktur.

Bu düzenleme ile Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğunda kural olan kusur sorumluluğu istisna, kusursuz sorumluluk ise kural haline getirilmiştir. Aslında bu düzenleme karşısında ayrıca diğer kusursuz sorumluluk hallerini saymaya da gerek yoktur. Zira HER HAKKANİYETİN GEREKTİRDİĞİ HALDE KUSURSUZ SORUMLULUĞA KARAR VERİLEBİLDİĞİNE GÖRE TEK TEK KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİNİ AYRICA SAYMANIN bir anlamı kalmamıştır.

Zararın doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişinin sorumlu tutulmasını gerektiren HAKKANİYET ne olabilir? Maddede bunun ölçüsü olarak TARAFLARIN EKONOMİK DURUMLARI GÖZ ÖNÜNDE TUTULDUĞUNDA ifadesi yer almıştır. Bunun anlamı çok açıktır ve bu maddenin uygulanmasının tek mantığı olabilir: KUSURU OLMASA DA DAVALIDAN AL FAKİR OLDUĞU İÇİN DAVACIYA VER. Burada Borçlar Kanunu mu yoksa Sosyal Yardım Kanunu mu yapılmaktadır? Kusuru olmadan başkalarına verilen zararlar nedeniyle, mağdur kişileri korumak gerekiyorsa, bu amaç temel bir kanun olan Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin temel ilkeleriyle bağdaşmayan çözüm getirme yoluyla değil, bu tür olaylar için bir sosyal fon oluşturma yoluyla gerçekleştirilmelidir. Hiç kusuru olmayan bir kişi sırf ödeme gücüne sahip olduğu için, neden fakir olan kişinin uğradığı zararı tazmin etsin? Hukukta ve özellikle haksız fiil hukukunda böyle bir mantık olabilir mi? Bu mantık doğru ise haksız fiilin tanımını yapan 49. maddedeki kusur koşuluna, 64 vd. maddelerinde kusursuz sorumluluk sebeplerini sınırlandırmaya gerek yoktur.

Borçlar Kanunu'nda ve özel yasalarda oldukça çok sayıda özel kusursuz sorumluluk hallerine yer verilmiştir. Araç işleten, bina ve inşaa eseri sahibinin, adam çalıştıranın, hayvan sahibinin,

ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin, çevreyi kirletenlerin, noterlerin, basın yoluyla süreli yayın sahiplerinin vs. kusursuz sorumluluk hallerine özel olarak ve sözü edilen düzenlemedeki özel şartlar altında yer verilmiş ve düzenlenmişken, BUNLARA GENEL BİR HÜKÜM OLARAK HAKKANİYETE DAYANAN KUSURSUZ sorumluluğu eklediğinizde geride kusura dayanan hangi sorumluluk kalmaktadır?

Bu açıklamalarımız karşısında son derece tehlikeli ve haksız fiil hukukuna ters olan 64. madde hükmünün tasarıdan çıkartılması gerekir.

Maddenin 2. fıkrası birinci fıkra hükmünün ayırt etme gücünden yoksun olanlar için de uygulanacağını öngörmüştür. Burada BK m. 54'den önemli bir sapma vardır. BK m. 54'te ayırt etme gücünden yoksun olanların hakkaniyet sorumluluğunda hiçbir ölçü konulmamış, hakkaniyetin gerektirdiği her durumun buraya gireceği kabul edilmiştir. Tasarı ise 1. fıkraya yollama yapmakta, 1. fıkroda ise hakkaniyet " *tarafların ekonomik durumlarının gerektirmesi*" ölçüsüne bağlanmaktadır. Maddenin 2. fıkrası İsviçre Öntasarısı'nın 48 b maddesindeki düzenlemeyle paraleldir.

20.

Madde 71

"C. Zamanaşımı

I. Kural

Madde 71- Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir”.

Madde haksız fiillerde zamanaşımı süresine ilişkin yürürlükteki 60. maddeyi karşılamaktadır. Ancak yürürlükteki 60. maddede yer alan kısa ve uzun zamanaşımı süreleri uzatıldığı gibi, maddede bazı ifade değişiklikleri yapılmıştır.

Önce maddede yer alan kısa ve uzun zamanaşımı sürelerinin uzatılmasının doğru olmadığı üzerinde duracak daha sonra maddede yapılan bazı ifade değişikliklerini ele alacağız.

A. Sürelerin uzatılması isabetli değildir.

a. Kısa zamanaşımı süresi bir yıldan iki yıla,

b. Uzun zamanaşımı süresi on yıldan yirmi yıla çıkartılmıştır.

Değişiklik gerekçesinde *“Borçlar Kanunu’nda öngörülen bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin yetersiz bulunması nedeniyle tasarıda iki yıla çıkarılması öngörülmüştür”* ifadeleri yer almıştır.

Bu düzenlemede de İsviçre Öntasarısı’nın 55. maddesinden yararlanılmıştır. İsviçre Öntasarısı’nın 55. maddesinde kısa zamanaşımı süresi üç yıla, uzun zamanaşımı süresi ise yirmi yıla çıkartılmaktadır.

On yıllık sürenin yirmi yıla çıkartılmasının gerekçesi olarak da maddedeki *“her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren”* ifadesine ilişkin olarak haksız fiildeki zarar unsuru gerçekleşmedikçe fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin zamanaşımının doğmayacağı ifade edilmiştir.

Bu gerekçelere katılmak olanaksızdır.

Öncelikle haksız fiil nedeniyle zamanaşımı süresinin kabul edilmesinin gerekçesi kişilerin bu tür uyuşmazlıklarla yıllarca karşı karşıya gelmelerini önlemek, toplumsal huzuru temin et-

mektir. Öte yandan zaman içinde kanıtlar yok olmakta, kaybolmaktadır. On yıllarca sonra açılacak bir davada tarafların kanıtlarını toplamak çok büyük güçlükler göstermektedir.

Kaynak kanunda bu konuda bir değişiklik yapılmamıştır.

Alman Medeni Kanunu'nda 2 Ocak 2002 tarihli son reform çalışmaları sonunda zamanaşımı süreleri kısaltılmıştır. Örneğin: 124. maddenin son fıkrasında irade bozukluğu nedenleriyle sözleşmeden dönme için 30 yıllık süre, 10 yıla indirilmiştir.

Taslaktaki bir yıllık sürenin iki yıla çıkartılması gerekçesi haklı bir gerekçe değildir. Zira soyut ifadelerle bu sürenin yetersiz bulunduğu açıklanmaktadır. Kim bunu yetersiz bulmuştur? Bu konuda bir istatistik mi yapılmıştır? Zararı ve faili öğrendiği halde bir yıllık sürede davasını açamayan kişilerin mağduriyetleri mi dile getirilmiştir?

Haksız fiillerin en yaygın halini oluşturan araç işletilmesi nedeniyle doğan yani trafik kazalarından doğan zararlar için zaten 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesinde, BK m. 60 hükmünden ayrılarak, özel bir hüküm getirilip bir yıllık süre iki yıla çıkarılmıştır. Bu tür özel hükümler varken, tüm haksız fiiller için bir yıllık süreyi iki yıla çıkarmak suretiyle genelleştirmek doğru değildir.

1926 yılında bu süreler belirlenirken, teknoloji bu kadar ilerlemiş değildi. Haberleşme olanakları bu kadar gelişmemişti. İnsanların hak arama anlayışları ve eğitimleri bu denli ileri değildi. Buna rağmen BK m. 60'da bir ve on yıllık süreler kabul edilmişti. 2005 yılında 1926 yılından daha da geri gidilerek bu sürelerin soyut ve inandırıcı olmayan ifadelerle uzatılması isabetli olmamıştır.

On yıllık sürenin yirmi yıla çıkartılması gerekçesine de katılmak olanaksızdır. Maddedeki ifade on yıllık sürenin "*haksız fiilin zarar unsuru gerçekleşmedikçe*" işlemeyeceği iddia ediliyorsa bunu çözümü on yılı yirmi yıla çıkarmak değil, bu ifadeyi daha anla-

şılır ve yanlış anlamayı önler şekle sokmaktır. Mevcut ifadenin yanlış anlaşılması nedeniyle haksız fiillerde yirmi yıl sonra açılan bir davaya kim tanık olmuştur? Kaldı ki maddedeki ifadenin bu şekilde anlaşıldığı gerekçesi de doğru değildir. On yıllık süre olaydan yani haksız eylem tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Bu süre zararı ve faili öğrenmeme halinde gündeme gelmektedir. Günümüzde bir kimsenin haksız fiil sonucu zarara uğradığı halde bunu ve faili öğrenememiş olması çok istisnai hallerde gündeme gelebilir. Bu istisnai haller için ise olaydan itibaren işlemeye başlayan on yıllık süre yeterlidir. Bu süre yeterli değilse tüm haksız fiiller için genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süreyi yirmi yıla çıkarma yerine, özel durumlar için özel yasalar çıkarmak ve düzenlemeler getirmek gerekir.

Bütün bu gerekçeler dışında, yürürlükteki 60. maddenin II. fıkrası ile aynı konuyla ilgili tasarının 71. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi bir yıllık süreyi iki yıla, on yıllık süreyi yirmi yıla çıkarmayı gerektirmeyecek hüküm içermektedir. Söz konusu hükme göre, haksız fiil aynı zamanda suç teşkil etmekte ise, ceza yasaları bu suç için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüşse tazminat davasına da bu uzun süre uygulanacaktır. Türk hukuk sistemimizde haksız fiillerin büyük bir çoğunluğu aynı zamanda suç teşkil etmektedir. Suç teşkil etmeyen haksız fiil sayısı oldukça sınırlıdır. Bunun sonucu olarak haksız fiillerin büyük bir çoğunluğu aynı zamanda suç teşkil etmeleri nedeniyle bu suç için daha uzun olan ceza zamanaşımı süresine tabidir. Yeni 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ceza davası zamanaşımı sürelerini oldukça uzatmıştır. Bu nedenle aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiiller için de zamanaşımı süresi uzamış bulunmaktadır. Haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, kısa veya uzun zamanaşımını uzatmaktadır. Örneğin: Yaygın bir suç ve aynı zamanda haksız fiil teşkil eden hakaretle ilgili olarak TCK m. 125 gereğince hakaret suçları üç aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu suç için ceza davası zamanaşımı süresi TCK 66 e hükmü gereğince sekiz yıldır. Bu durumda hakarete uğrayan kişinin bu haksız fiil nedeniyle açacağı tazminat davasında kısa

zamanaşımı süresi olan bir yıl sekiz yıla çıkmakta, olaydan itibaren on yıllık süre geçerliliğini korumaktadır.

Bu örnek karşısında tasarı ile haksız fiillerde genel olarak kısa sürenin iki yıla, uzun sürenin yirmi yıla çıkartılmasının isabetli olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Bütün bu açıklamalar dışında tasarının haksız fiillerde zamanaşımı süresini yetersiz bulup uzatması mantığı doğru ise, aynı mantık sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda uzun zamanaşımı süresi için neden doğru değildir? Sebepsiz zenginleşmeden doğan davalarda yürürlükteki yasada mevcut olan on yıllık süre neden korunmuş, yirmi yıla çıkartılmamıştır? Aynı şekilde sözleşmeden doğan borçlarda 125. maddenin karşılığı olan tasarıdaki 145. maddede yer alan on yıllık zamanaşımı süresi neden uzatılmamıştır?

B. Maddenin ifade şekline gelince:

Maddenin 71. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde “*Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır*” ifadesi düzeltilmeye muhtaçtır.

Bu cümlede yer alan “*Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa*” ifadesindeki “*tazminat*” sözcüğü yerine “*zarar*” sözcüğünü kullanmak gerekir. Daha uzun bir zamanaşımı öngören cezayı gerektiren fiile sebebiyet veren “*tazminat*” değil, zarardır. Aynı zamanda suç teşkil eden fiil zarara yol açan haksız fiildir. Yoksa bu haksız fiilin sonucu olan tazminat değildir.

Öte yandan cümledeki “*bu zamanaşımı uygulanır*” ifadesi eksik bir ifadedir. Bunu “*tazminat davasına da bu zamanaşımı süresi uygulanır*” şeklinde düzeltmek gerekir.

21.

Madde 72

“II. Rücu istemi

Madde 72- Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar”.

Madde haksız fiilden dolayı müteselsilen sorumlu kişilerden birinin zararı tazmin etmesi halinde, diğer sorumlulara rücu hakkını düzenlemektedir. Buna göre zararı tazmin eden kişi zararı tazmin ettiği ve rücu edeceği kişiyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl içinde rücu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi halde rücu alacağı zamanaşımına uğrayacaktır.

Maddede uzun zamanaşımı süresi olarak 20 yıl öngörülmüştür.

Madde İsviçre Öntasarısı'nın 55 c maddesinden esinlenerek kaleme alınmıştır. 55 c maddesinde kısa zamanaşımı süresi üç yıl, uzun zamanaşımı süresi ise yirmi yıl olarak öngörülmüştür.

Haksız fiillerde zamanaşımı süreleri aynen rücu alacakları için de kabul edilmiştir. Bu sürelerin uzunluğu ile ilgili eleştirilerimiz burada da aynen geçerlidir.

Bunun dışında bu maddeyle ilgili önemli ve fahiş bir başka hataya değinmek gerekir.

Uzun zamanaşımı süresi olan 20 yılın başlaması konusunda *“her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”* ifadesi yer almıştır.

Bu ifadenin ne anlama geldiği konusunda gerekçede bir açıklık yoktur.

Bu ifade hatalıdır.

Fiilin işlendiği tarihten yirmi yıl geçmişse, alacak zamanaşımına uğramıştır. Zamanaşımı nedeniyle zarar tazmin edilmiştir ki rücu hakkı söz konusu olabilsin. Madde bu şekliyle olayın üzerinden yirmi yıl geçmesine rağmen henüz yargılaması ya da icrası devam eden haksız fiillerde zararın tazmin eden kişinin diğer sorumlulara rücu etmesini engellemektedir. Fiilin işlendiği tarihin üzerinden yirmi yıl geçmesine rağmen açılmış bir tazminat davası devam etmekte ise, sorumlu kişi zararı tazmin edecek fakat diğer sorumlulara rücu edemeyecektir.

Uzun zamanaşımı süresinin işlemeye başlama tarihi ancak zararı tazmin tarihi olabilir. Bu nedenle maddede *“her halde zararın tazmin edildiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”* demek gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında *“Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu oldu kişilere bildirmekle yükümlüdür”* ifadesi yer almıştır.

Öncelikle *“Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi”* ifadesi yerine İsviçre Öntasarısı'nda olduğu gibi *“Kendisine karşı tazminat davası açılan kişi”* demek gerekir.

Maddenin 2. fıkrasında kendisine karşı tazminat davası açılan kişinin, bunu tazmin etmesi halinde diğerlerine rücu hakkının zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiş, dava edilen sorumlu kişinin, bu davayı diğer sorumlulara ihbar etmesi gerektiği, zamanaşımı süresinin bu ihbar tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı, bu ihbarı yapmadığı takdirde ise çözümün ne olacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin bu durumda bulduğu çözüm ise, **BÖYLE BİR İHBARIN DÜRÜSTLÜK KURALLARINA GÖRE YAPILMASI GEREKEN** tarihte zamanaşımının işlemeye başlamasıdır.

MADDENİN İKİ FIKRASINI BAĞDAŞTIRMAK VE YORUMLAMAK MÜMKÜN DEĞİLDİR.

Maddenin 1. fıkrasında birlikte sorumlulardan birinin zararı tazmin etmesi halinde diğerlerine rücu hakkının zamanaşımı süresinde iki koşul aranmaktadır:

- a. Zararın tamamını tazmin etmiş olmalıdır.
- b. Rücu edeceği diğer sorumluları bilmelidir.

Bu iki koşul gerçekleştiğinde zararı tazmin eden kişi iki yıl içinde rücu hakkını kullanabilecektir.

Dönüp maddenin 2. fıkrasına baktığımızda rücu hakkının zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasında ise farklı bir çözümün getirildiğini görmekteyiz. İkinci fıkraya göre zamanaşımı süresi şu şekilde işlemektedir.

- a. Birlikte sorumlu kişilerden birinin dava edilmesi

b. Davalının bu davayı diğer sorumlulara ihbar etmesi veya etmemişse, dürüstlük kurallarına göre ihbar etmesi gereken tarihin bulunması

Bu iki koşul gerçekleştiğinde rücu hakkı için zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

Maddenin birinci fıkrasında rücu hakkının zamanaşımının işlemeye başlaması için davanın sonuçlanması, tazminatın tamamının ödenmesi gerektiği halde, ikinci fıkraya göre daha dava açılır açılmaz, diğer sorumlulara ihbar tarihinden ya da ihbarın yapılması gereken tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır.

Bu çelişkinin giderilmesi gerekir.

22.

Madde 74

“II. Tazminat hükmünün değiştirilmesi

Madde 74- *Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir”.*

Madde bedensel zararların tazmini ile ilgili yürürlükteki yasa olmayan yeni bir hüküm getirmektedir. Bu hükme göre bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa, hakim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.

Bu maddeye neden ihtiyaç duyulduğunu gerekçesinden çıkarmak mümkün değildir. Maddeyle ilgili gerekçe hiçbir doyurucu açıklama getirilmeden böyle bir hükme yer verildiğini açıklamaktadır.

a. Öncelikle haksız fiil nedeniyle zarar devam etmekte, kapsamını belirlemek mümkün bulunmamakta ise, zamanaşımı süresi işlemediği için, zarar gören kişi her zaman artan her zarar için, önceden hüküm altına alınan zararıyla ilgili hükmün değiştirilmesine gerek olmaksızın her artan ve yeni doğan zararı için zamanaşımı süresi içinde yeni dava açabilir. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için zararın varlığı yeterli olmayıp, kapsamının tam olarak bilinmesi gerekir. Bu nedenle ortada bir zarar olduğu halde bunun kapsamı ve sonuçları belirli değilse, zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

b. Öte yandan madde sadece bedensel zararlarla sınırlı bir düzenleme getirmektedir. Bu mantık ve düzenleme haklı ise bunu sadece bedensel zararlarla sınırlı tutmak doğru değildir. Malvarlığı zararları için de aynı durum söz konusu olabilir. Örneğin: Bir bankada işlenen yolsuzluk sonucu ortada bir zarar bulunduğu halde, soruşturmalar devam etmekte ve zararın hakiki

miktarını belirlemek henüz mümkün değilse önce talep edilen zararın tazminine ilişkin hükmün değiştirilmesi de bir ihtiyaçtır.

23.

Madde 75

“III. Geçici ödemeler

Madde 75- Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir”.

Bu madde ile tazminat davası görülmekte iken, zarar görene geçici olarak bir ödeme yapılabilmesine olanak sağlamaktadır. Madde İsviçre Öntasarısı'nın 56 h maddesinden alınmıştır.

Geçici ödemeye karar verilebilmesi:

a. İddianın haklılığını gerçeğe yakın gösteren kanıtlar sunulmuş olması,

b. Zarar görenin ekonomik durumunun da bunu gerekli kılması unsurlarına bağlanmıştır.

Madde gerekçesinde böyle bir istisnai düzenlemeye neden ihtiyaç hissedildiği konusunda hiçbir açıklama mevcut değildir.

Bu düzenlemeyi haklı ve isabetli bulmak mümkün değildir:

Öncelikle karşılaştırmalı hukukta buna benzer bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Kaynak kanunda da böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Öntasarının 56 h maddesinin henüz yasalaşıp yasalaşmayacağı belirsizdir.

Öte yandan maddeyi mantıklı bulmak mümkün değildir. “İddianın haklılığını gerçeğe yakın gösterme” neye göre belirlenecektir? Her davada davacı başlangıçta ya da yargılama aşamasında iddiasının haklılığını gerçeğe yakın gösterebilmekte, ancak çoğu zaman yargılama sonunda bunların haklı olmadığı ortaya çıkabilmektedir. Daha önemlisi mahkeme davayı haklı bulsa bile Yargıtay aşamasında hiç düşünülmeyen noktalardan dolayı kararın bozulduğuna tanık olunmaktadır. Ülkemizde mahkemelerde verilen kararların Yargıtay tarafından bozulma oranı çok yüksektir. Bu durum çok fazla adli hata yapıldığının kanıtıdır. YARGITAYDA KARARLARIN BOZULMA ORANI GÖZÖNÜNE ALINDIĞINDA getirilen düzenlemede “iddianın haklılığını gerçeğe yakın gösterme” ölçüsünün ne kadar belirsiz bir ölçü olduğu, yargılama ve özellikle Yargıtay aşamasında bunun tersine sonuçların doğduğu gerçeği göz ardı edilmektedir. BUGÜN TÜRK YARGISINDA AÇILAN BİR DAVANIN SONUCUNU TAHMİN VE GARANTİ ETMEK ASLA MÜMKÜN DEĞİLDİR. Hal böyle iken daha yargılama devam ederken, davalıdan bir miktar tazminatın alınıp davacıya verilmesi büyük bir haksızlığa yok açacaktır.

Bunun dışında iddianın haklılığını gerçeğe yakın olarak gösteren kanıtlar sunulmuşsa, geriye ne kalmıştır? Davanın kabulüne karar verilecekse, neden geçici ödemeye karar verilmektedir?

Nihayet geçici ödemeye karar verildiği halde, davacının davada tamamen ya da kısmen haksız çıkması halinde, davalının verdiği nasıl geri alabileceği konusu açık kalmaktadır. Davalı taraf, yaptığı ödemeyi özellikle ekonomik açıdan güçsüz olan kişiden nasıl geri alacaktır?

Bütün bunlar dışında, Türk Hukukunda davacının alacağını garanti altına alabilecek ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz olanakları varken, DAVANIN DEVAMI SIRASINDA DAVALIDAN BİR TAHSİLATA KARAR VERİLMESİ oldukça gereksiz ve haksız bir düzenlemedir.

23.

Madde 80

“C. Geri istenememe

Madde 80- Hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir”.

Maddenin ikinci cümlesi yenidir. Bununla hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun elde edilmesi için verilen şeyin açılan dava sonunda devlete mal edilmesine olanak getirilmiştir. Ancak maddede “... bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir” cümlesindeki “bu şeyin” yerine “zenginleşmenin” demek gerekir. Zira sebepsiz yere zenginleşen kişinin iade borcu her zaman zenginleşmiş olduğu ve elinde olan şeyin iadesi şeklinde gerçekleşmez. Zenginleşen kişi şeyi elinden çıkarmışsa onun yerine geçen değer iadesi gerekir.

24.

Madde 82

“A. Genel olarak

I. Şahsen ifa zorunluluğunun olmaması

Madde 82- Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir”.

Maddede kullanılan “alacaklının menfaati” ifadesi yerine diğer maddelerle terim birliğini sağlamak üzere “alacaklının yararı” şeklinde düzeltilmelidir. Zira tasarıda “menfaat yerine yarar sözcüğü” kullanılmaktadır. Örneğin: 62 f. II’de “üstün nitelikte özel veya kamusal YARAR” madde 123 b 2’de “borçun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa” gibi.

25.

Madde 85

“3. Çeşit borcu

Madde 85- Çeşit borçlarında hukukî ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz”.

Maddede çeşit borçlarında borçluya tanınmış olan seçimlik hakkın “ortalama nitelikten” daha düşük olamayacağı hükme bağlanmıştır. Maddede kullanılan “ortalama” sözcüğü isabetli değildir. Bunun yerine “orta” sözcüğünün kullanılması gerekir. Orta sözcüğü bir derecelendirmeyi ifade eder. Maddede borçlunun seçim hakkını pekiyi veya iyi nitelikte olanı değil “orta” nitelikten daha düşük olamayacağı ifade edilmek istendiğinden burada “ortalama nitelik” ifadesi isabetli değildir.

26.

Madde 87

“5. Faiz

Madde 87- Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz”.

Maddenin II. fıkrasında “Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz” hükmü getirilmiştir.

Bu hükümle sözleşme gereğince ödenmesi gereken faiz konusunda yapılacak anlaşmaya bir sınır getirilmektedir. Buna göre sözleşme ile kararlaştırılan faiz oranı yasa ile öngörülen yıllık faiz oranının % 50 sinden fazla olamayacaktır.

Benzer hüküm temerrüt faizi ile ilgili olarak 119. maddenin II. fıkrasında yer almaktadır.

Madde yürürlükteki 72. maddeyi karşılamaktadır.

BK'nın 72. maddesi 1984 yılına kadar sözleşme faizinin sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda senelik faiz oranının % 5 olduğunu kabul etmişti.

Ülkemizde gittikçe artan enflasyon karşısında bu oran yetersiz kalmış ve 3095 sayılı yasa yürürlüğe konulmuştur. Bu yasa ile Türk hukukunda faiz ile ilgili tüm konular düzenlemeye bağlanmıştır. 3095 sayılı yasa sözleşme faizi konusunda sözleşmede bir hüküm bulunmaması halinde yıllık % 30 oranını kabul etmiş ve 72. madde bu yönde değiştirilmiştir.

3095 sayılı yasada yürürlüğe girmesinden itibaren enflasyonda meydana gelen değişimlere paralel olarak faizle ilgili hükümlerde sık sık değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu konuda getirilen her oran kısa sürede ihtiyacı karşılamaz hale gelmiştir.

Tasarı ise tamamen farklı bir yöntem izlemekte ve sözleşme faizinin serbestçe kararlaştırılmasına bir sınır getirmektedir. Bu düzenleme isabetli değildir. Yasa ile sözleşme faizine yasalarla öngörülen oranın belirli bir oranı için getirilen sınırlama sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun değildir. Bu durum özellikle finans kurumları ve bankalar tarafından akdedilen kredi sözleşmeleri açısından kabul edilemez.

Yasanın amacı zayıf korumak ise, sözleşme gereği faiz ödeme borcunun borçlusunun her zaman zayıf olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Sözleşme ile faiz ödeme borcunu üstlenen birçok hallerde güçlü şirketler olmaktadır.

Öte yandan sözleşme faizine zayıf korumak amacıyla sınır getirilmesi buna ilişkin özel yasalarla sağlanabilir. Nitekim 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da bu amaçla getirilmiş olan sınırlamalar vardır.

Hal böyle iken genel bir kanun olan Borçlar Kanunu ile sözleşme faizine temel bir kural olarak bir sınır getirilmesi isabetli değildir.

Bütün bunlar dışında maddedeki bir ifade değişikliği gereğine de değinmek gerekir.

Bu cümledeki “birinci fıkra uyarınca” yerine “mevzuat hükümlerine göre” ifadesinin kullanılması daha isabetli olur.

27.

Madde 88

“B. İfa yeri

Madde 88- Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır:

1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,
2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,
3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir.

Alacaklının yerleşim yerinde ödenmesi gereken bir borcun ifası, borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir”.

Maddenin 1. bendinde para borçlarında ifa yeri hükme bağlanmaktadır. Bu hüküm yürürlükteki 73. maddenin 1. bendi hükmünü karşılamaktadır.

Yürürlükteki hükümde “Borç bir miktar paradan ibaret ise tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vukubulur”

ifadesi yerine tasarıda “*Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilir*” düzenlemesi getirilmek istenmektedir.

Bu maddede sözü edilen para borçlarından maksat, yani kaynağı ne olursa olsun bütün para borçlarıyla mı yoksa sözleşmeden doğan para borçlarıyla mı ilgili olduğu, açık değildir.

Madde ifa yeriyle ilgilidir. Bu nedenle büyük önem taşımaktadır. Zira özellikle yetkili mahkemeyi ve icra merci tayin bakımından, tevdi yerini belirleme bakımından, yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde uygulanacak hukuk bakımından ifa yeri önemlidir.

Tasarıda “*alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeri*” hükmü “*alacaklının parayı borçluya verdiği zaman*” şeklinde yorumlayacak olursak, maddenin sadece sözleşmeden (karz sözleşmesinden) doğan para borçlarıyla sınırlı bir ifa yeri kuralı getirdiği sonucuna varmamız gerekir. Zira alacaklının bir miktar parayı borçluya vermesi ancak sözleşme ilişkisinde gündeme gelebilir. Bir haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmede, alacaklının borçluya iade edilmek üzere bir miktar para vermesi sonradan bunu geri istemesi söz konusu olamaz.

Yürürlükteki m. 73/b. 1 deki “*Alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu*” tasarının m. 88/b1’deki “*alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeri*” olarak yorumlarsak, borcun kaynağı ne olursa olsun, alacaklıya ödenmesi gereken tüm para borçlarında ifa yeri bu hükümlere tabi olacaktır. Bu durumda haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan para borçlarında da ifa yeri alacaklının yerleşim yeri olacak, ifa yeri alacaklının yerleşim yeri olduğunda ise, alacaklı kendi yerleşim yerindeki mahkemelerde borçlu aleyhine bir alacak davası açabilecek, icra takibinde bulunabilecektir.

Kaynak İBK m. 74 hükmü bu ikinci yorum tarzına elverişli bir ifade içermektedir. Zira İBK m. 74’te para borçlarının “*alacaklının ifa zamanında yerleşim yerinin bulunduğu yer*” ifadesi kullanılmış olup, borcun kaynağı ister sözleşme, ister haksız fiil, isterse

sebepsiz zenginleşme olsun, önemli olan ifa zamanında alacaklının yerleşim yerinde para borcunun ifa edilmesidir.

Gerek yürürlükteki m. 73/b. 1 gerek tasarıdaki m. 88/b. 1 hükmündeki para borçlarında ifa yeriyle ilgili kuralı, kaynağı ne olursa olsun bütün para borçları için getirilmiş kural olarak görmek doğru değildir. Aksine yorum tarzı, borç ilişkilerinin büyük kısmında ifa yerinin alacaklının yerleşim yeri olması sonucunu doğuracaktır. Zira sözleşmelerin büyük kısmında borcun konusu para olduğu gibi, haksız fiillerde ve sebepsiz zenginleşmede de borçlunun borcu para borcudur. Aksine yorumla BK m. 73/b. 3 - tasarı m. 88/b. 3'te *"Bunların dışında bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde"* şeklindeki ana kural istisna, tasarı m. 88 b. 1 ise kural haline gelmiş olacaktır. Bunun dışında HUMK'nın 10. maddesinde sözleşmelerde yetkili mahkemenin sözleşmenin yapıldığı veya ifa edileceği yer mahkemesi olduğuna ilişkin kuralın da alanı oldukça daraltılmış olacaktır.

Bütün bu açıklamalarımızdan sonra tasarının m. 88 b. 1 ile ilgili kuralı alacaklının borçluya verdiği bir miktar paranın borçlu tarafından alacaklıya iadesi borcu yani karz sözleşmelerinden doğan borçların ifa yeriyle sınırlı olarak ele almak gerekir.

Tasarı, yürürlükteki m. 73 b. 1'deki *"alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yer"* ifadesi yerine *"alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde"* ifadesini kullanmıştır. Ancak bu ifade değişikliğinin de yukarıda yaptığımız açıklamalardaki sorunları giderecek nitelikte olmadığı açıktır. Bu nedenle m. 88 b. 1 deki hükmü şu şekilde düzeltmek gerekir:

"Borç, verilen bir miktar paranın ifasıyla ilgili ise, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde",

"Para borçları, borçluya verildiği sırada alacaklının yerleşim yerinde"

veya

*“Borç, verilen bir miktar paranın ifasıyla ilgili ise, vadede alacak-
lının yerleşim yerinde”.*

28.

Madde 98

“D. Ödeme

I. Ülke parası ile

Madde 98- *Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir.*

*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması karar-
laştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade
bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla
da ödenebilir.*

*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleş-
mede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça,
borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının ay-
nen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası
ile ödenmesini isteyebilir”.*

Maddenin 1. fıkrasında “ödeme günündeki” ifadesi “vadede-
ki” şeklinde düzeltilmelidir. Zira tasarının 90-91. maddelerinde
kenar başlıklarda ve madde içeriğinde “vade” sözcüğü kullanıl-
mıştır. Terim birliği açısından 90-91’de olduğu gibi vade ifadesi
kullanılmalıdır.

Maddenin II. fıkrası yürürlükteki 83. maddenin 2 ve 3. fıkra-
larını birleştirerek tek fıkra haline getirmiştir.

Yürürlükteki 83. maddeye III. fıkra 1990 yılında 3678 sayılı
yasa ile eklenmiştir. Eklenen III. fıkra ile sözleşme ile para borcu-
nun yabancı para olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde,
alacaklı taraf, temerrüde düşen borçluya karşı yabancı para ala-
cağının vade veya fiilî ödeme günündeki Türk Lirası karşılığının
tahsilini talep edebilme olanağını elde etmiştir.

Hukuk sistemimizde sözleşme ile para borcunun yabancı para olarak kararlaştırılması mümkündür. Borçlu yabancı para borcunu aynen yabancı para olarak ifa edebilir. Ancak borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklının yargı mercileri ve icra organlarından yabancı para alacağının aynen tahsil edilmesini talep etmesi mümkün değildir. Zira yargı organları ve icra daireleri yabancı para borçlarının ancak Türk Lirası karşılıklarının tahsiline karar verebilirler.

Hal böyle iken tasarı alacaklıya yabancı para borcunun aynen tahsiline karar verilmesini talep edebilme olanağı tanınmıştır.

Bu değişiklik doğru değildir. Bu nedenle II. fıkra hükmü kaldırılmalı, yürürlükteki 83. madde hüküm değişikliği yapılmadan üç fıkra halinde Türkçeleştirilmek suretiyle kaleme alınmalıdır.

29.

Madde 113

“II. Sorumluluğun ölçüsü ve giderim borcunun kapsamı

1. Genel olarak

Madde 113- Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun ölçüsü, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır”.

Maddenin 1. fıkrasında “sorumluluğun ölçüsü” isabetli değildir. Burada ifade edilmek istenen husus “sorumluluğun kapsamı”dır. Ölçü ve kapsam farklı kavramlardır.

30.

Madde 114

"2. Sorumsuzluk anlaşması

Madde 114- 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".

Maddenin III. fıkrasında da diğer bir kısım maddelerde olduğu gibi "batıl" yerine "kesin olarak hükümsüzlük" ifadesi kullanılmıştır. Diğer maddelerde ifade ettiğimiz gibi bu tercih doğru değildir. "Batıl" sözcüğü kullanılmalıdır.

31.

Madde 119

"2. Gecikme faizi

a. Genel olarak

Madde 119- Uygulanacak yıllık gecikme faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık gecikme faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.

Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede gecikme faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen

faiz oranından fazla ise, gecikme faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur”.

Maddenin II. fıkrasında yer alan *“birinci fıkra uyarınca”* ifadesi yerine *“mevzuat hükümleri uyarınca”* ifadesi tercih edilmelidir.

Maddenin II. fıkrasında temerrüt faizinin sözleşme ile kararlaştırılmasına bir sınır getirilmiştir. Akdi faiz oranı ile ilgili 87. maddede yaptığımız eleştiri bu madde için de aynen geçerlidir. Bu tür sınırlandırmalar genel hükümler içeren Borçlar Kanunu’nda değil ilgili özel kanunlarda yapılabilir.

32.

Madde 121

“3. Aşkın zarar

Madde 121- Alacaklı, gecikme faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.

Gecikme faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder”.

Maddenin I. fıkrası BK m. 105 f. I hükmünü tekrar etmektedir.

Maddenin II. fıkrasında bir değişiklik yapılmıştır. BK m. 105 f. II’de *“Bu munzam zarar derhal takdir olunabilir ise hakim, esasa dair karar verirken bu zararın miktarını dahi tayin edebilir”* şeklindedir.

Taslak ise maddedeki *“derhal takdir olunabilir ise”* ifadesi yerine *“davada değerlendirilebiliyorsa”* şeklinde değiştirmiştir.

Bu değişiklik isabetli değildir.

BK m. 105 f. II’deki mantık şudur: Para borcuyla ilgili bir alacak davasında munzam zararın davanın açıldığı tarihten sonrası

için de devam etmekte olması karşısında, davacının bu davadan sonra her defasında yeniden munzam zarar davası açmasını önlemek, USUL EKONOMİSİNE uygun olarak dava tarihinden sonrası için de munzam zararın karar altına alınabilmesini sağlamaktır. Bunun tek koşulu “yargıcın dava tarihinden sonraki yani ileriye ilişkin munzam zararın miktarını da derhal takdir edebilecek olması, bunun yeni araştırmalara neden olmamasıdır.

Taslakta yapılan değişiklik bu mantığı ortadan kaldırmaktadır. Taslakta kullanılan ifade “*davada değerlendirilebiliyorsa*” ifadesi isabetli değildir. Yargıcın değerlendirmeden bir karar vermesi düşünülemez. Yargıcın her kararı bir değerlendirmeyi zorunlu kılar.

Bu nedenle maddenin 2. fıkrası “*Direnim faizini aşan zarar, derhal takdir edilebilecek ise, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarını da belirler*” şeklinde olmalıdır.

33.

Madde 124

“c. Seçimlik haklar

Madde 124- *Direnime düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise; alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.*

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

Maddenin III. fıkrasında sözleşmeden dönme halinde temerrüde düşmekte kusurlu olan borçludan alacaklının “sözleşmenin hükümsüz kalması” nedeniyle uğradığı zararının giderilmesi hükmüne bağlanmıştır.

Burada kullanılan “sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle” ifadesi doğru değildir.

Tasarıda “hükümsüzlükte” sözleşmenin yapıldığı tarihteki bir sakatlık nedeniyle geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması söz konusudur. Tasarının 124. maddesinin 3. fıkrasında ise bu anlamda sözleşmenin geçersiz hale gelmesi söz konusu değildir. Sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir sebeple, yani borçlunun borca aykırı davranışı dolayısıyla ortadan kaldırılması yani sözleşmeden dönme söz konusudur. Burada sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi değil “sözleşmenin hüküm ifade etmemesi” söz konusudur. Bu nedenle bu ifade yerine “sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle” ifadesi kullanılmalıdır.

34.

Madde 135

“E. İmkânsızlık

I. Genel olarak

Madde 135- Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

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

Kenar başlık “Genel olarak” şeklindedir. Halbuki bu maddeyi takip eden 136. maddenin kenar başlığı “Kısmî ifa imkansızlığı”dır. Madde 136’da kısmi imkansızlık düzenlenmiş olduğuna göre 135. maddenin kenar başlığı da “Tam imkansızlık” olmalıdır:

35.

Madde 136

“II. Kısmî imkânsızlık

Madde 136- Borcun ifası kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmî imkânsızlık önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmî ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır.”

Maddenin kenar başlığı “Kısmi ifa imkansızlığı”dır. Halbuki bu bölümle ilgili kenar başlık “E. İfa İmkansızlığı” olduğuna göre maddenin kenar başlığında “Kısmi ifa imkansızlığı” ifadesindeki “ifa” sözcüğü gereksizdir.

36.

Madde 146

“II. Beş yıllık zamanaşımı

Madde 146- Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır:

1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler,

2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri,

3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar,

4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar,

5. Vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticarî simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar,

6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar”.

Maddenin 3. bendinde yürürlükteki 126. maddede yer alan “noterlerin mesleki hizmetleri karşılığı” yer almamıştır. Bunun neden çıkartıldığı anlaşılammaktadır. Bu nedenle maddeye yeniden eklenmelidir.

Maddenin 3. bendinde “Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar” hükmü getirilmiştir. Bu bend hükmü yürürlükteki 126. maddenin 3. bendindeki “Sanatkârların veya esnafın emeklerinin karşılığı, perakendecilerin sattıkları malların parası, noterlerin mesleki hizmetleri karşılığı başkalarının maiyetinde çalışan veya müstahdemi olan kimselerin, hizmetçilerin, yeomyecilerin ve işçilerin ücretleri hakkındaki davalar” ifadesini karşılamaktadır.

Önceliklê tasarındaki “küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar” ifadesi yürürlükteki “Sanatkârların veya esnafın emeklerinin karşılığı, perakendecilerin sattıkları malların parası” ifadesini karşılamaz.

“Sanatkârların ücret alacaklarını” tasarının neden “Küçük sanat işlerinden doğan alacaklar” şekline dönüştürdüğünü anlamak mümkün değildir. Küçük sanat işleri ile büyük sanat işlerini bir-

birinden ayırt etmenin ölçüsü nedir? Tasarı bu düzenlemesiyle bu konuda büyük tartışmalara neden olacaktır.

Yürürlükteki maddede yer alan “*esnafın emeklerinin karşılığı- nı*” tasarının neden çıkardığını anlamak mümkün değildir.

Öte yandan tasarının yürürlükteki maddede yer alan “*perakendecilerin sattıkları malların parasını*” neden “*küçük çapta perakende satışlardan doğan alacağa*” dönüştürdüğünü anlamak da mümkün değildir.

Borçlar Kanunu'nun kabul edildiği 1926 yılından bu güne kadar 82 yıllık dönemde 126. madde öğreti ve içtihatlarla işlenmiş, yorumlanmış, oturmuş bir maddedir. Hiçbir haklı gerekçe koymadan bu maddenin değiştirilmesi yıllarca süren tartışmaların ve yorumların yapılmasına yol açacaktır.

Bu nedenle tasarının bu maddesinin 126. maddeyi Türkçeleştirmek suretiyle alması ve koruması gerekir.

37.

Madde 157

“E. Davanın reddinde ek süre

Madde 157- Davanın açıldığı veya def'inin ileri sürüldüğü mahkemenin yetkili veya görevli olmaması veya düzeltilebilecek bir biçimde yanlışlık yapılması ya da vaktinden önce açılmış olması yüzünden dava reddedilmiş olup da, o arada zamanaşımı süresi dolmuşsa, alacaklının haklarını kullanabilmesi için altmış günlük ek süre işlemeye başlar”.

Maddede yer alan “*düzeltilbilecek biçimde yanlışlık yapılması*” ifadesi isabetli değildir. Bununla sanki yanlışlığın “*düzeltilbilecek biçimde*” olması anlamı çıkmaktadır. Halbuki ifade edilmek istenen husus “*düzeltilbilecek bir şekil hatası yapılması*”dır,

Tasarıda “*hata yerine yanlış*”, hataya düşme yerine “*yanılma*” kavramları kullanılmıştır.

Bu nedenle sözü edilen ifade *“düzeltililecek bir şekil yanlışlığına düşmesi”* şeklinde düzeltilmelidir.

İKİNCİ KISIM
BİRİNCİ BÖLÜM
SATIŞ SÖZLEŞMESİ

1.

Madde 213

“II. Zapttan sorumluluk

1. Konusu

Madde 213- Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur.

Alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz.

Satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”.

Maddede yürürlükteki yasada 189. maddede kenar başlıkta yer alan “zapta karşı teminat” sorumluluğu “zapttan sorumluluk” kenar başlığı altında hükme bağlanmaktadır.

Birçok kavram ve terimi tam karşılıkları olmadığı halde Türkçeleştirmek amacıyla değiştiren tasarı bu maddede aynı anlayışı sürdürmemiştir.

Zapt Türkçe bir sözcük olmaması dışında ifade zorluğu olan bir kavramdır. Bunun yerine rahatlıkla “el koyma” kavramı kullanılabilir. Nitekim konuyla ilgili maddelerde hep “alıcının elinden alınmaktan” söz edilmektedir. Bir kimsenin elinden satılan malın alınması eylemi Türk dilinde rahatlıkla “el koyma” olarak ifade

edilebilir. Bu nedenle maddenin kenar başlığının “*El koymadan sorumluluk*” şeklinde düzeltilmesi gerekir.

2.

Madde 246

“A. Örnek üzerine satış

I. Tanımı

Madde 246- Örnek üzerine satış, tarafların sözleşmenin konusu olan malın alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakılan bir örneğe ya da tespit ettikleri bir mala uygun olması üzerinde anlaşmalarıyla yapılan satıştır”.

Madde yürürlükteki 218. maddede yer alan “*Nûmune üzerine satım*” türünü düzenlemekte ve “*nûmune*” sözcüğü yerine “*örnek*” sözcüğünü kullanmaktadır.

Örnek sözcüğü buradaki “*numune*”yi karşılamamaktadır. Örnek sözcüğü “*misal*”in karşılığıdır. BK m. 218’de yer alan “*numune üzerine satış*” yerine nasıl “*misal üzerine satış*” denilemez ise “*örnek üzerine satış*” da denilemez.

Numune Türk diline yabancı olmayan yerleşik bir sözcüktür. Teknik bir kavramdır. Bu nedenle maddede bu kavram muhafaza edilmelidir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KİRA SÖZLEŞMESİ

I. GENEL DEĞERLENDİRME

Tasarı kira sözleşmesini üç ayırım içinde düzenlemektedir.

Birinci ayırım “Genel Hükümler” başlığı altında 298-337. maddeleri; ikinci ayırım “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” başlığı altında 338-355. maddeleri; üçüncü ayırım ise “Ürün Kirası” başlığı altında 356-377. maddeleri kapsamaktadır.

Bu ayırım İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeden esinlenilerek yapılmış; bazı hükümler oradan alınmıştır. Ancak bazı hükümlerin alınıp birçok hükümün alınmaması bu konuda boşlukların ve çelişkilerin oluşmasına yol açmıştır.

İBK’da kira sözleşmesinde 15 Aralık 1989 tarihinde yapılan, 1 Temmuz 1990 tarihinde yürürlüğe giren önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu anlamda olmak üzere Birinci Ayırım: Genel Hükümler; İkinci ayırım: Konut ve işyeri kiralalarında kötü niyetli olarak kira ve diğer alacak taleplerine karşı koruma; Üçüncü ayırım: Yetkili makamlar ve yargılama; Dördüncü ayırım: Ürün Kirası başlıklarını taşımaktadır.

Yürürlükteki yasa Sekizinci Bab “Kira” başlığı altında birinci fasıl “Adi Kira” olup, 248-269. maddeleri kapsamakta, bunu takip eden ikinci fasıl “Hasılat Kirası” başlığı altında 270-298. maddeleri kapsamaktadır.

1. Hukukumuzda kira ile ilgili yürürlükteki Borçlar Kanunu dışında 18. 05. 1955 tarihinde kabul edilen 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun başlıklı özel kanun bulunmaktadır.

6570 sayılı kanun yürürlüğe girdiği tarihlerde ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü kötü ekonomik koşullar nedeniyle çıkar-

tilmiş olan ve bu nedenle de genel hükümlerden farklı olarak istisnai hükümler içeren özel bir kanundur.

II. Dünya Savaşı sonrasında tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de büyük bir ekonomik kriz yaşanmış, yatırımlar ve özellikle inşaat sektörü durmuş, bu nedenle arsa, konut ve işyeri üretilemez hale gelmiş, kiracı ile kiralayan arasındaki arz ve talep dengesi kiracı aleyhine gelişmiş, bu nedenle kira sözleşmelerinde zayıf duruma düşen kiracıyı koruma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bu ihtiyaç kendisini şehir ve belediye sınırları içindeki alanlarda yoğun bir şekilde hissettirmiştir. Bu nedenle bu yasanın I. maddesi uygulama alanını sadece konut ve işyeri sıkıntısı olan alanlarla sınırlı tutmuştur. Yasanın I. maddesine göre

“Madde 1 – Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (Musakkaf olmıyanları hariç) kiralalanmalarında kiraliyanla kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde bu kanun ile Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik olunur.

Mabetler kiraya verilemez ve ibadethane haricinde hiçbir iş için de kullanılamaz.”

O halde 6570 sayılı kanun *“Belediye sınırları içinde bulunan, iskele, liman ve istasyonlarda bulunan üstü örtülü (musakkaf) taşınmazların kiralalanmalarında uygulanabilen”* bir yasadır. Belediye, liman, iskele sınırları dışında kalan üstü örtülü taşınmazların ve ister bu sınırlar içinde olsun ister olmasın tüm üstü açık taşınmazların (arsa, tarla, bahçe gibi) kira sözleşmeleri 6570 sayılı yasaya değil, Borçlar Kanunumuzun hükümlerine tabi tutulmuştur.

6570 sayılı kanun kira sözleşmeleriyle ilgili olarak kiracıyı korumak amacıyla iki önemli sınırlama getirmiştir.

a. Kira bedelleri yasanın 2. maddesi ile 1955 yılı rayiçleri üzerinde dondurulmuş, kira artışı yasaklanmıştı.

Ancak bu madde 26. 03. 1963 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıyla mülkiyet hakkının özünü zedeleyecek nitelik kazanması nedeniyle Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş, yasa koyucunun Anayasa'ya uygun olarak kira bedellerine ilişkin bir yasa çıkarması gerektiği öngörülmüştür. Yasa koyucu o tarihten bu güne kadar böyle bir yasal düzenleme yapmamıştır. Kira süresi sonunda kira bedelinin nasıl belirleneceği konusu Yargıtay İçtihatları ile çözümlenmeye çalışılmıştır.

b. Yasanın getirdiği ikinci sınırlama kiralayanın kira sözleşmesine son verip kiracıyı tahliye hakkının sadece belirli sebeplere bağlamasıdır. Yasanın 7. maddesinde kiralayan kira sözleşmesini feshedip kiracıyı ancak şu sebeplerle taşınmazdan tahliye ettirebilir:

Kendisi, eşi veya çocuklarının ihtiyacı; kiralananın yeniden imar ve inşa edilmesi; kiracının yazılı tahliye taahhüdü; kiracının bir kira yılı içinde iki kez haklı ihtar sonucu kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi; kiracının aynı şehir ve belediye sınırları içinde oturabileceği konutunun bulunması.

2. Tasarı yürürlükteki yasada adi kira ile ilgili hükümleri kısmen değiştirmek suretiyle tüm kira sözleşmeleri için "genel hükümler" başlığı altında hükme bağlamıştır.

3. Tasarı ikinci ayırımında "338-355. maddelerde "Konut ve çatılı işyeri kiralari" başlığı altında 6570 sayılı yasadaki özel hükümleri kısmen değiştirerek Borçlar Kanunu hükümleri haline getirmek istemektedir.

Bu yaklaşım ve düzenleme son derece isabetsizdir, 6570 sayılı Kanun'un konuluş amacına aykırıdır, sözü edilen yasanın kabul edilmesinin üzerinden geçen 53 yıl sonraki koşullara uygun değildir.

a. Öncelikle tasarının 6570 sayılı kanundaki istisnai hükümleri Borçlar Kanunu gibi temel bir kanunda kalıcı hükümler haline getirmesi son derece isabetsizdir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, 6570 sayılı kanun 1955 yılında ekonominin olağanüstü kötüleşmiş olduğu dönemde çıkartılmış ve sözleşmeler hukukuna aykırı istisnai hükümler içeren bir yasadır. Aradan 53 yıl geçmiştir. Bugün artık inşaat sektöründe durgunluktan, kiracı ile kiralayan arasında arz talep dengesinin kiracı aleyhine değiştiğinden söz etmek mürkün değildir. Devletin almış olduğu tedbirler, belediyelere imar planlarında değişiklik yapma yetkisinin tanınması sonucu hızlı bir şekilde konut ya da işyeri yapmaya elverişli arsalar üretilebilmesi, aradan geçen 53 yıllık dönem içinde sayısız kooperatifler vasıtasıyla sayısız konutlar inşa edilmesi, Toplu Konut İdaresi tarafından ülkenin her tarafından oldukça ekonomik konutlar yapması karşısında konut ve işyeri sıkıntısından ve dolayısıyla kiralayanların kiracıya dilediklerini kabul ettirebildiklerinden söz etmek mümkün değildir. Bugün birçok şehirlerimizde ihtiyaçtan fazla konut bulunmaktadır. Aylarca verilen ilanlara rağmen kiralık konut ya da işyerlerinin kiralanamadığı bir gerçektir.

Bütün bunlardan daha önemlisi günümüz ekonomik anlayışında bundan 53 yıl önceki anlayıştan farklı olarak *“ne kadar malik isem değil, ne kadar kullanım hakkına sahip isem o kadar varlıklıyım”* anlayışı hakim olmuştur. Bugün ekonomik açıdan güçlü kişiler mülk edinme yerine kiralamayı tercih etmektedirler. Kiracıların büyük çoğunluğu sermaye, holding sahibi kişiler ya da şirketlerdir. Bu kişilerin korunmaya muhtaç kiracılar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Bu gelişme özellikle işyeri kiralaları için çok daha bariz bir şekilde görülmektedir. İşyerini kiralamak isteyen kiracılar genellikle kiralayanlara nazaran daha güçlü kişilerdir. Bu nedenle işyeri kiralalarında kiracıları güçsüz saymak ve bu nedenle kiralayanların her istediğine boyun eğen kişiler olarak algılamak doğru değildir.

6570 sayılı kanun bundan 53 yıl önceki olağanüstü dönemde çıkartılmış istisnai özel bir kanundur. O yıllar ekonomik dar boğaz nedeniyle devletin ekonomiye ve sözleşmelere müdahale etme dönemi idi. Yani müdahaleci Devlet anlayışı hakimdi. Za-

man içinde devlet bu tür müdahaleci yasaları yürürlükten kaldırdı, fiyatların ve sözleşmelerin arz talep dengesine göre oluşması gerektiği dönem, yani serbest piyasa ekonomisi dönemi başladı. Bu nedenle o tarihlerde benzer amaçlarla çıkartılmış olan faizle ilgili sınırlandırmalar getiren Murabbaha Nizamnamesi, Ödünç Para Verme İşleri Kanunu gibi kanunlar yürürlükten kaldırılmıştır.

Hal böyle iken Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 6570 sayılı kanunu, hem de uygulama alanını daha da genişleterek, kalıcı, genel ve temel bir Kanun olan Borçlar Kanunumuza ithal etmesi isabetsizdir.

6570 sayılı kanun hem konut hem de işyeri kiralarına uygulanabilme koşulu olarak "*musakkaf yani üstü örtülü olmaları*" şartını getirmiştir. Tasarı ise bir adım daha ileri giderek üstü örtülü olsun ya da olmasın, tüm konut kiralaları için 6570'deki sınırlandırmaları getirmektedir. Nitekim "*İkinci Ayırım*"ın başlığı "*Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*" şeklindedir. Yani çatılı olma koşulu sadece işyerleri için aranmakta, konutlar için aranmamaktadır.

Öte yandan yine tasarı, 6570 sayılı kanundan bir adım daha ileri giderek, konut veya işyerinin "*Belediye, liman veya iskele*" sınırları içinde olma koşulunu da aramamakta, bunlar nerede olursa olsun yasanın getirdiği sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır.

4. Borçlar Hukuku sistemimizde asıl olan sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu özgürlüğü yasa koyucunun zayıf koruma düşüncesiyle özel yasalarla sınırlandırması mümkündür. Buna 4077 sayılı Türeticinin Korunması Hakkındaki Kanun'u verebilir. Ancak 6570 sayılı kanunun uygulandığı yıllar ile bugünkü Türkiye çok farklıdır. Ekonomik açıdan güçlü kişilerin, sermayenin, şirketlerin kiracı olmayı tercih ettiği, devletin aldığı önlemlerle konut ve işyeri sıkıntısının aşıldığı, birçok yerde ihtiyaç fazlası konut üretildiği ülkemizde "*kiracılar zayıftır, bu nedenle kira sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğü olmaz*" mantığı ile müdahaleci, hem de temel bir yasada kalıcı düzenleme getirmek son derece

isabetsizdir. Bu düzenlemeyi getirmek ülke gerçeklerini bilmemek, 53 yıllık dönemdeki gelişmeleri göz ardı etmekten başka bir anlam taşıyamaz.

II. MADDELERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Tasarı büyük oranda İsviçre Borçlar Kanunu'nda 15 Aralık 1989 tarihinde yapıлып 1 Haziran 1990 tarihinde yürürlüğe giren kira ile ilgili değişikliklerden esinlenmiştir. Ancak İBK'da yapılan değişikliklerin tamamı alınmayıp, bazı hükümlerin alınması karşısında boşluklar, çelişkiler, açıklanması güç değişiklikler doğmuştur.

1. Madde 298-337 maddelerini kapsayan Birinci Ayırımın Başlığı "*Genel Hükümler*" şeklindedir.

Bunu takip eden ikinci ayırım "*Konut ve çatılı işyeri kiralari*" ile; üçüncü ayırım ise "*Hasılat kirası*" ile ilgilidir.

Birinci Ayırım genel hükümlerle ilgili olduğuna göre ikinci ve üçüncü ayırımın dışında kalan yerlerin kira sözleşmeleri hangi hükümlere tabi tutulmuştur? Örneğin: Arsa, bahçe, tarla kirası ne konut, ne çatılı işyeri ne de hasılat kirasıdır. Bunlar hangi hükümlere tabi tutulacaktır?

Bu nedenle "*Birinci Ayırım*"ın başlığını yürürlükteki yasada olduğu gibi "*Adi Kira*" olarak korumak gerekir.

2.

Madde 338

"A. Uygulama alanı

*Madde 338- Konut ve çatılı işyeri kiralari*na ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır. Ancak bu hükümler, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş

taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmaz.

Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır”.

Madde konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin bu taşınmazla birlikte kiracının kullanımına bırakılan eşya için de uygulanacağını hükme bağlamaktadır.

Bununla mobilyalı olarak ya da bazı alet ve araç demirbaşları ile kira sözleşmesi akdedilmesi halinde kira sözleşmesinin mobilya ve demirbaşlar için de uygulanacağı ifade edilmek istenmektedir.

Müteakip maddelerde konut ve çatılı işyeri kiralarında, diğer kira sözleşmelerinden farklı olarak kiracıyı koruyan özel hükümlere yer verilmiştir.

Mobilyalı ve demirbaşlı olarak bir konut ya da çatılı işyeri kiralayan kiracının zayıf durumda olmasından ve kiralayan karşısında korunmaya muhtaç olduğundan söz etmek mümkün müdür?

Maddenin III fıkrasında “Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerinde de bu hükümler uygulanır” düzenlemesi getirilmektedir.

Bu düzenlemeye göre kamu kurum ve kuruluşlarının mensuplarına lojman tahsis etmesi de buradaki kira hükümlerine tabi olacaktır.

Bu düzenleme isabetli değildir. Kamu kurum ve kuruluşlarının mensuplarına lojman tahsis etmesi sosyal amaçları olan, gerek tahsis gerekse tahsisin iptali ve ödenecek kira bedeli bakımından özel hukuk hükümlerinden tamamen farklı bir hizmettir. Bunun özel hukuk hükümlerine tabi kira sözleşmesi hükümlerine tabi hale getirilmesi amaçlanıyorsa bu kurumların bundan böyle lojman tahsis etmeleri beklenemez.

Bu maddenin gerekçesinde “Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 253a maddesi göz önünde tutulmuştur” denilmektedir.

Bu doğru değildir.

Öncelikle İsviçre Borçlar Kanunu’nun 253 a maddesi 1. fıkrası “konut ve çatılı işyeri kirası” için böyle bir hüküm getirmemiştir. Sözü edilen madde kira ile ilgili genel hükümler arasında yer almaktadır.

İBK 253 a maddesinin II. fıkrası da tasarıdaki gibi değildir. İBK 253 a f. II şu şekildedir: “Bu hüküm en fazla üç ay için kiralanan tatil konutlarında uygulanmaz.”

Nihayet İBK 253 a maddesinde tasarinın III. fıkrasında olduğu gibi “Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları kira sözleşmelerine bu hükümler uygulanır” şeklinde bir düzenleme de mevcut değildir.

3.

Madde 339

“B. Bağlantılı sözleşme

Madde 339- Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kirayla bağlantılı sözleşme geçersizdir”.

Madde “Bağlantılı sözleşme” kenar başlığını taşımaktadır.

Madde açık ve anlaşılır değildir. Gerekçeye uygun olarak maddenin yeniden kaleme alınıp anlaşılır hale getirilmesi gerekir.

Bu anlamda olmak üzere madde şu şekilde kaleme alınmalıdır:

“Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin akdedilmesi veya devam ettirilmesi, kiracının bunları kullanmasıyla doğrudan ilişkisi olmayan ve kendisine yarar temin etmeyen bir borç altına girmesine bağlı tutulmuşsa, bağlantılı olan bu sözleşme geçersizdir.”

4.

Madde 341

“D. Kiracının güvence vermesi

Madde 341- Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse, bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz.

Güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa kiracı, kiraya verenin onayı olmaksızın çekilmemek üzere, parayı vadeli bir tasarruf hesabına yatırır, kıymetli evraki ise bir bankaya depo eder. Banka, güvenceleri ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebilir.

Kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen üç ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesiyle ilgili bir dava açtığını veya icra ya da iflâs yoluyla takibe giriştiğini bankaya yazılı olarak bildirmemişse banka, kiracının istemi üzerine güvenceyi geri vermekle yükümlüdür”.

Madde kira sözleşmelerinde güvence parasını aylık olarak bir sınır getirdiği gibi verilen güvence parasının nerede tutulması gerektiği konusunda da emredici bir düzenleme getirmektedir.

Maddenin I. fıkrasına göre güvence parasına üç aylık kira bedelini aşamaz.

Bu çözüm isabetli değildir.

Güvence parası kiracının kiralananana zarar vermesi, kira dönemi süresince kendisine ait olan borçların teminat altına alınmasını sağlar.

Uygulamada kiracı kira bedelini, apartman aidatlarını, elektrik, su giderleri, kablolu yayın, telefon gibi giderlerini ödemedi, çoğu zaman kira sözleşmesinin feshi ihbar ve sürelerine uymadan kiralananı terk etmekte, adresini kaybettirmekte, kullandığı dönem içinde kiralananana zarar vermektedir. İşte güvence parası bunların teminatıdır. Her konut ya da çatılı işyerinin özelliğine, büyüklüğüne, güzelliğine, kiralayan tarafından yapılan masraflara, temizliğine göre alınacak güvence parası sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde serbestçe tayin edilmektedir. Hal böyle iken bu gerçeklere aykırı olarak yasa ile bunun en fazla üç ay ile sınırlı hale getirilmesi yaşanan sosyal gerçekleri reddetmek anlamına gelir. Bu hükmün kabul edilmesi, uygulamada muvazaya, kanuna karşı hile yollarını teşvik etmekten başka bir amaca hizmet edemez.

Tasarının bu hükmü de kiracının zayıf olduğu ve korunması gerektiği peşin yargısından hareket etmektedir. Bunun doğru olmadığını yukarıda açıklamış bulunmaktayız. Büyük bir dükkan, mağazayı, alışveriş merkezini kiralayan işyeri sahibi, ya da kiralayan tarafından oldukça lüks malzeme ve işçilik kullanmak suretiyle tamir ettiği bir konutu mobilyalı olarak kiralayan kiracının zayıf ve korunmaya muhtaç olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, bu kiracının söz konusu taşınmaza zarar vererek, aylarca kira bedellerini ve yönetim giderlerini ödemedi çekip gitmesi halinde kiralayanın zararının üç aylık kira bedeli güvencesi ile karşılanamayacağı açıktır.

Maddenin II. fıkrası güvence parasının vadeli bir tasarruf hesabına, kıymetli evrakı ise bir bankaya depo etmeyi öngörmekte; bankanın bunları ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebileceği öngörülmektedir.

Bu düzenleme kira sözleşmesinin son bulmasına rağmen, tarafların yıllarca karşı karşıya gelme ve ihtilaf içinde kalmaları sonucunu doğuran bir düzenlemedir.

Güvence parasının amacı, kiracının verdiği zarar ve ödemediği borçların teminatı olmasıdır. Tasarı zarar gören kiralayana buna rağmen bu zararını güvence parasından karşılanmasını kiracının rızasına ya da alacağı mahkeme kararına bağlamaktadır.

Taraflar arasında kira sözleşmesinin sona ermesi genellikle olduğu gibi ihtilafı olmuşsa kiracının buna rıza vermeyeceği açıktır. Kira sözleşmesinin sona ermesi ihtilafı olmasa bile, kiracının verdiği zararı ve taktığı borçları kabullenmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu nedenle de güvence parasının kiralayana verilmesine muvafakat etmeyecektir.

Kiralayanın zararının karşılanması amacına hizmet eden ve kiralayanın zararı açık olduğu halde kiralayanı bunu karşılamak için yıllarca dava ile uğraşmaya mahkum etmek adil bir çözüm değildir.

Kiralayan istisnai de olsa bir zararı (ödenmemiş kira bedeli, aidat, elektrik, su, kablolu yayın gideri gibi, taşınmaza ya da mobilyaya zarar vermesi gibi) olmadığı halde güvence parasını iade etmiyorsa kiracı ona karşı dava açmalıdır. Uygulamada kiracı genellikle kira sözleşmesinin sona ereceği aylarda kira bedelini ödememeye başlamakta, bu borcunun güvence parasından mahsup edilmesini düşünmektedir. Bu durumda kiralayan diğer zarar ve alacakları için güvencesiz kalmaktadır.

Hal böyle iken güvence parasının bir bankaya depo edilmesi, bunun çekilmesinin kiracının rızasına, kesinleşen bir icra tabibine ya da mahkeme kararına bağlanması isabetli bir çözüm değildir.

Maddenin III. fıkrası kiralayanın güvence parasının tahsili konusunda üç ay hareketsiz kalması halinde kiracının bankadan bu parasını nasıl geri alacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre kiralayan sözleşmenin sona ermesini takip eden üç ay içinde

bankaya bildirimde bulunacak, bu bildiriminde kiracıya karşı dava açtığını ya da icra-iflas takibi yaptığını belirtecektir. Bunu yapmamışsa banka kiracının başvurusu üzerine güvence parasını ona iade edecektir.

Bu düzenleme banka ile kiralayan ve kiracıyı karşı karşıya getiren, bu nedenle tartışma ve uyuşmazlıklara yol açan bir çözümdür. Bu durumda banka adeta bir hakem ya da yargı organı gibi kimin haklı kimin haksız olduğunu incelemek durumunda kalacak, kiralayanın yaptığı bildirim samimi olup olmadığını inceleyecek, kendisine dava açıldığına ya takip yapıldığına ilişkin belgeler ibraz edilmemişse bunları bizzat araştırmak zorunda kalacaktır.

Kendilerine bu kadar sorumluluk ve uyuşmazlıklar getirecek olan böyle bir parayı bu düzenleme karşısında bankaların kabul etmeleri de mümkün olmayacaktır.

5.

Madde 343

“II. Belirlenmesi

Madde 343- *Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır.*

Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir.

Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tu-

tularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir.

Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır”.

Bu madde kira bedellerini üretici fiyat endeksleriyle dondurmaktadır. Bu nedenle bu maddeye kira bedelini dondurma maddesi denilebilir.

Yukarıda açıkladığımız gibi 6570 sayılı kanunun kira bedellerini dondurduğu fakat bu düzenlemenin 1963 yılında Anayasa mahkemesi tarafından mülkiyet hakkının özünü zedeleyecek hal alması nedeniyle iptal edildiğini ifade etmiştik.

Aradan geçen 53 yıllık dönem içinde ülkemizde inşaat sektöründe meydana gelen olumlu gelişmeler, kiracının hep zayıf kişiler olduğu yönündeki anlayışın doğru olmaması, büyük şirketler ve holdinglerin bile mülkiyeti edinme yerine kiralamayı tercih etmeleri karşısında kira bedeli açısından kiracının korunması gerektiği görüşünün artık doğru olmadığı kabul edilmelidir. Türk hukuku ve ekonomisinin halen bu düzeye erişmediği kanısı var ise bu yönde temel ve kalıcı bir yasa olan Borçlar Kanunu ile kira bedellerini dondurma yerine mevcut uygulamanın daha bir süre devam etmesi yolu tercih edilmelidir. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi'nin 1963 yılında kira bedellerini donduran 6570 sayılı kanun hükmünü iptal ettiğinden bu yana yenilenen kira dönemlerinde kira bedeline uygulanacak artış oranına ilişkin kanun boşluğu Yargıtay İçtihatları ile doldurulmaktadır. Halen bu konuda kiracıların korunması gerektiği düşünülmekte ise kalıcı genel bir yasa ile kira bedellerini dondurma yöntemi yerine mevcut uygulamanın daha bir süre devam etmesi yolu tercih edilmelidir.

a. Maddenin I. fıkrası tarafların sözleşme ile kira artış oranlarını kararlaştırmış olsalar bile bunun yeni kira döneminde uygulanmasında ancak bir önceki yılın üretici fiyat endeksindeki artış oranıyla sınırlı olarak geçerli olduğunu kabul etmektedir. Kalıcı genel bir yasa ile zaman içinde sözleşme özgürlüğüne getirilmiş yersiz bir sınırlandırma isabetli değildir.

Maddenin I. fıkrasının 2. cümlesinde *“Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır”* hükmündeki *“de”* bağlayıcı yersizdir. Zira bu kural ancak bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde uygulanabilir. Kira sözleşmesinin yenilenmesi ve yenilenen yılda kira artışının uygulanması bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde gündeme gelebilir.

b. Maddenin II. fıkrasında yeni kira döneminde kira bedeline uygulanacak artış konusunda taraflar arasında bir anlaşma mevcut değilse, bu artış oranının dava yoluyla belirlenebileceği; hakimın buna karar verirken, yine I. fıkrada olduğu gibi bir önceki yılın üretici endekslerindeki artış oranının göz önünde tutularak hakkaniyet ölçüleri esas alınacaktır.

Tasarı yeni kira döneminde kira bedeline yapılacak artış konusunda bir önceki yılın üretici fiyat endeksindeki artış oranını esas aldığına, bunu adil bir çözüm olarak kabul ettiğine göre II. fıkrada bu ölçü dışında hakime ayrıca *“hakkaniyete göre”* karar verme hükmünün anlamı nedir? Sözleşmede artış oranına ilişkin hükmün bulunması ile bulunmaması arasında bu şekilde yapay bir fark yaratmanın hiçbir haklı açıklaması olamaz.

Bu nedenle iki fıkra hükmü birleştirilerek şu şekilde kaleme alınmalıdır:

“Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin sözleşmede bir hüküm bulunsa bile, kira bedeli bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranına göre belirlenir”

c. Maddenin III. fıkrası beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda yeni kira yılına uygulanacak kira bedelinin ha-

kim tarafından tayin edileceğini, hakimın bu konuda yine üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedellerini esas alacağını öngörmektedir.

Öncelikle maddedeki “beş yıldan uzun süreli kira sözleşmesi” ifadesi ile ne anlatılmak istenmektedir? Bununla beş yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde yıllık kira artışı yasaklanmakta ise bunu kabul etmeye imkan yoktur. Bununla beş yıldan uzun süreli olup yıllık kira artışları yasaklanmış olan kira sözleşmeleri kastedilmekte ise maddeyi bu şekilde kaleme almak gerekir. Yok eğer bununla beş yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde yıllık artışlara rağmen beş yılın sonunda yeniden mahkeme kararıyla kira bedelinin tespiti öngörülmekte ise bunun da bu şekilde kaleme alınması zorunludur.

Öte yandan maddede kira sözleşmesinin üzerinden beş yıl geçtikten sonra üretici fiyat endeksindeki artış oranlarının yeterli ve adil olmayacağını, bunun dışında kiralananın durumu ve emsal kira bedellerinin de göz önünde tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Halbuki üretici fiyat endeksindeki artış oranlarının yetersizliği kira sözleşmesinin akdedilmesinin üzerinden bir yıl, iki yıl veya üç yıl geçmeden de gerçekleşebilir. Hal böyle iken bu tür değişikliklere rağmen beş yıl geçmeden endeksteki artış dışındaki değişimlerin göz önünde tutulmaması adil ve mantıklı bir çözüm değildir.

d. Maddenin IV. fıkrası yabancı para üzerindeki kira sözleşmelerinde beş yıl geçmeden kira bedelinde artışı yasaklamakta yani kira bedelini beş yıl için dondurmaktadır.

Yakın bir geleceğe kadar daha güçlü bir para olması nedeniyle ABD Doları üzerinden sözleşmelerin yapıldığı ancak, ülkemizde ve Dünya’da ekonomik alanda meydana gelen değişimler karşısında ABD dolarının YTL ve diğer para birimleri karşısında büyük bir değer kaybına uğradığı görülmüştür.

Bu nedenle maddenin yabancı paraların her zaman sağlam ve yıllık artışları gerektirmeyecek kadar kiralayanı koruduğu

mantığı isabetli değildir. Bu durum ekonomik etkenlere göre değişebilmektedir.

Bu nedenle tasarıdaki IV. fıkra hükmü çıkartılmalıdır.

6.

Madde 345

“IV. Kiracı aleyhine düzenleme yasağı

Madde 345- Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde sözleşme cezası ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir”.

Madde kira sözleşmelerinde cezai şart ve muacceliyet şartını yasaklamaktadır.

Cezai şart bütün sözleşmelerde borca aykırı davranışı için öngörülmüş bir özel hukuk cezasıdır. Maddede kiracının kira bedelinde temerrüde düşebileceği bu durumda sözleşme ile cezai şart uygulanacağına ilişkin bir hükmün getirilemeyeceği öngörülmektedir.

Tasarı bu hükmüyle “hukuka ve sözleşmeye uygun davranan kiracıyı değil”, “hukuka ve sözleşmeye aykırı davranan kiracıyı” da korumaktadır. Hukukun görevi kişilerin borca uygun davranmasını sağlayacak önlemler almaktır. Yoksa borca aykırı davranan kişileri koruyucu hükümler getirmek değildir.

Aylarca kira bedelini ödemeyen, ödememekte direnen büyük bir şirket, büyük bir holding bu maddeye göre borca aykırı davranabilecek, fakat kiralayan ona karşı sözleşme ile “bu durumda kira bedelinin belirli bir oranı üzerinden cezai şart ödemesini” öngöremeyecektir. Bu mantığı kabul etmek mümkün değildir.

Aynı mantık maddede kiracı aleyhine “muacceliyet şartı” getirilmesini de yasaklamaktadır.

Muacceliyet şartı, sürekli bir borç ilişkisinde borçlunun bir edimini yerine getirmediği takdirde müteakip edimlerinin de ödenebilir (muaccel) hale gelmesini ifade eder.

Bir satım sözleşmesinde alıcının 1.000 YTL taksit borcunu ödememesi halinde % 10 cezai şart ödeyeceği, ayrıca muteakip taksitlerin de muaccel hale geleceği kabul edilecek buna karşılık aylık 10.000 YTL kira borcunu ödemeyen kiracı şirkete aynı yaptırımları uygulayamayacaksınız. Böyle bir çelişki ve mantığı kabul etmek mümkün değildir.

Bu madde 1955 yılında çıkartılan 6570 sayılı kanunda bile olmayan bir kiracıyı koruma mantığını 2008 yılında temel bir yasa olan Borçlar Kanunu ile meşrulaştırmaya çalışmaktadır. Bu madde sözleşmeler hukukunda bizi 1955 yılından daha da geri götürmektedir.

Bu nedenlerle tasarıdan yürürlükteki yasada olmayan 345. madde çıkartılmalıdır.

7.

Madde 347

"2. Bildirimin geçerliliği

a. Şekil

Madde 347- Konut ve çatılı işyeri kiralalarında fesih bildiriminin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır".

Madde kira sözleşmesinin fesih bildirimini (feshi ihbarı) yazılı şekle bağlı tutmuş ve bunun bir geçerlilik şekli olduğunu hükme bağlamıştır.

Madde şu şekildedir:

"Konut ve çatılı işyeri kiralalarında fesih bildiriminin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır"

a. Maddede getirilen bu şeklin bir geçerlilik şekli olduğunun belirtilmesi son derece yanlıştır.

Burada amaç, fesih bildiriminin yapıp yapılmadığı konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkları gidermektir. Amaç bu olduğuna göre buradaki şeklin "geçerlilik" değil "ispat şekli" olması gerekir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266/I maddesinde de yazılı şekil öngörülmüş, fakat bunun geçerlilik şekli olduğu belirtilmemiştir.

Taraflar arasında kira sözleşmesinin fesih bildirimini uyuşmazlık konusu olmadığı sürece bunun bir geçerlilik şekli olduğunu belirlemek isabetli değildir. Örneğin: Kiracı, kira sözleşmesini fesih bildirimini telgrafla kiraya verene bildirmiştir. Kiraya veren bunu inkar etmemektedir. Bu durumda taraflar arasında ispat sorunu doğmamıştır, telgraf fesih bildiriminin varlığını ispat eden bir belgedir. Aynı örnekte kiracı kira sözleşmesini fesih bildirimini kiraya verene sözlü olarak yapmıştır. Açılan tahliye davasında kiraya veren bunu kabul ve ikrar etmektedir. Tasarıda olduğu gibi fesih bildiriminin yazılı geçerlilik koşuluna bağlı olduğu kabul edilecek olursa, bu örneğimizde kiraya veren kendisine sözlü olarak fesih bildirimini yapıldığını kabul ve ikrar ettiği halde buna itibar edilmeyecek, fesih geçersiz sayılacak, sözleşmenin devam ettiğine karar verilecektir.

b. Tasarı fesih bildiriminin yazılı şekle tabi olduğunu sadece konut ve çatılı işyeri kiralalarında kabul etmiştir.

Amaç bu konudaki uyuşmazlıkları azaltmak, sağlam bir ispat aracı temin etmek ise aynı durum konut ve çatılı işyeri kiralaları dışında tarla, bahçe, arsa kiralaları için de söz konusudur.

Bu nedenle aynı hükmün maddede de tekrar edilmesi gerekir.

8.

Madde 348

“b. Aile konutu

Madde 348- Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez.

Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir.

Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin taraflı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildiri mi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır”.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi hükmü kira sözleşmeleri için tekrar edilmektedir.

Bu düzenleme doğrudur. Ancak İBK'da 15 Aralık 1989 tarihinde yapılan ve 1 Haziran 1990 da yürürlüğe giren değişikliklerde aile konutu ile ilgili olarak genel hükümler arasında 266 m maddesi olarak bu hüküm yer almış; bununla yetinilmemiş konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracının kiralayanın kira bedeli ve diğer alacaklarına karşı korunmasına ilişkin ikinci ayırimda 273 a maddesine de yer verilmiştir.

İBK m. 273 a şu şekildedir:

“Kiralanan aile konutu ise, kiracının eşi de fesih bildiriminde bulunabilir, kira ilişkisinin uzatılmasını talep edebilir veya kiracıya fesih bildiriminde tanınmış olan diğer hakları kullanabilir.

Kira ilişkisinin uzatılmasına ilişkin anlaşmalar ancak iki eşin birlikte imzalaması halinde geçerli olabilir.”

Benzer hükmün tasarıda genel hükümler başlıklı birinci ayırimda yer alması gerekir.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

YAYIM SÖZLEŞMESİ

1. Madde 487

"A. Tanımı

Madde 487- Yayım sözleşmesi, bir ilim veya edebiyat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir".

1. Gerek bu maddede gerekse bu sözleşmenin düzenlendiği sekizinci bölüm başlığında, gerekse takip eden maddelerde "yayım" sözcüğünün "yayın" olarak değiştirilmesi gerekir. Yayım yayımlama faaliyetini, yayın ise bu faaliyetle ilgili ürünü ifade eder. Bu bölümde düzenlenen sözleşme yayım faaliyetine ilişkin ürün ile ilgili sözleşmedir.

Yürürlükteki yasada yer alan "neşir mukavelesi" kavramının karşılığı "yayın sözleşmesi"dir.

Nitekim birçok yasalarımızda benzer ifade kullanılmıştır. Örneğin.

4454 sayılı BASIN VE YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİNE DAİR KANUN

4809 sayılı BASIN VE YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİNE DAİR KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN

5187 sayılı BASIN KANUNU'nda da hep "yayın" sözcüğü kullanılmıştır.

2. Tasarının 487. maddesi yürürlükteki 372. maddeyi karşılamaktadır.

372. madde “*Edebi ve sınai bir eserin*” sahibinden söz etmektedir. Bu maddenin aslı olan kaynak İsviçre BK m. 380 de “*Literarischen oder künstslerischen Werke*” - “*edebi ve sanat eseri*” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle yürürlükteki 372. maddedeki ifadeyi “*edebi ve sınai eser*” olarak değil aslına uygun olarak “*edebi ve sanat eseri*” olarak anlamak gerekir.

Tasarı ise bu ifadeler yerine “*ilim ve edebiyat eseri*” ifadesini kullanmıştır. Yürürlükteki yasa sadece ilim ve edebiyat eserleriyle ilgili olmamasına rağmen, 1926 yılında genellikle fikir ve sanat eseri denildiğinde akla ilim ve edebiyat eserleri geldiğinden, yayın sözleşmesi ile ilgili hükümlerin kaleme alınmasında hep bu tür eserlerin etkisi görülmüştür. Halbuki yayın sözleşmesine ilim ve edebiyat eserleri dışındaki eserler de konu olabilir. Bu nedenle tasarıda kullanılan bu ifade yanlıştır.

Tasarıda kullanılan ifade öncelikle yürürlükteki 372. maddedeki “*edebi ve sınai eser*” ifadesini “*ilim ve edebiyat eseri*” olarak Türkçeleştirmesi açısından hatalıdır. Edebi ve sınai eser fikir ve sanat eserini ifade eder. Fikir ve sanat eserlerine ise sadece ilim ve edebiyat eserleri girmez. Zira:

Yayın sözleşmesinde fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, eserin yayımlanmasına ilişkin yayıncı ile yaptığı bir sözleşme söz konusudur.

Fikir ve sanat eserinin ne olduğu 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na göre tayin edilmelidir.

5846 sayılı kanunda eser dört gruba ayrılmıştır. Bunlar ilim ve edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleridir.

Tasarı 487. maddesiyle bu dört eser grubundan sadece “*ilim ve edebiyat*” eserlerini almıştır. Halbuki yayın sözleşmesine diğer eser grupları da konu olabilir. Örneğin: Müzik veya sinema eserinin cd veya dvd gibi tekniklerle çoğaltılmasına ilişkin yayın sözleşmesi yapılabilir.

Bu nedenle tasarının 372. maddesini “Yayın sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir” şeklinde düzenlemek gerekir.

2.

Madde 489

“C. Hükümleri

I. Yayımlatma hakkının geçişi ve sorumluluk

Madde 489- Yayın sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayımcıya geçer.

Yayımlanan, yayımcıya karşı, sözleşmenin kurulduğu anda eseri yayımlatma hakkının bulunmamasından sorumlu olduğu gibi, eser korunmakta ise, telif hakkının olmamasından da sorumludur.

Eserin tamamı veya bir bölümü yayımlanmak üzere başka bir yayımcıya bırakılmış ya da yayımlananın bilgisi altında yayımlanmış ise yayımlanan, yayım sözleşmesinin yapılmasından önce, bunu karşı tarafa bildirmek zorundadır”.

1. Gerek bu maddede gerekse müteakip maddelerde “eser sahibi ve halefi” kavramı yerine “yayımlanan” kavramının kullanılması isabetli değildir.

Fikir ve sanat eserleriyle ilgili temel kanun olan 5846 sayılı kanunun tamamında “eser sahibi ve halefi” kavramları kullanılmakta ve bu alanda bu kavramlar yerleşmiş bulunmaktadır. Kaldı ki yayın sözleşmesi ile ilgili daha ilk madde olan 487. maddede “yayımlanan” değil, isabetli olarak “eser sahibi ve halefi”nden söz edilmiştir. Bunun dışında tasarının 493 ve 498. maddeleri de yine isabetli olarak “eser sahibi ve halefi” kavramlarını kullanmıştır.

Bu nedenle yayın sözleşmesi ile ilgili tüm maddelerde “yayımlanan” yerine “eser sahibi ve halefi” kavramlarını kullanmak gerekir.

2. Maddenin II. fıkrası yürürlükteki yasanın 373. maddesinin II. Fıkrasını karşılamaktadır.

Bu maddede eser sahibi veya halefinin, yayıncıya karşı eser üzerinde mali hak sahibi olduğu ya da mali hakkı devir almış bulunduğu garanti sorumluluğu düzenlenmektedir.

Buna göre maddede eser sahibi veya halefi yayıncıya karşı ya eser üzerinde mali hak sahibi olduğunu, ya da mali hakkı bir başkasından devri almış bulunduğu garanti etmektedir.

Yürürlükteki 373 f. II bunu *“Neşredilecek eseri terkeyleyen kimse, akit zamanında o eserde tasarruf etmek hakkını kullanmaya muktedir olmalıdır. Bu cihetten dolayı naşire karşı mütekeffildir ve eğer telif hakkı varsa bu tekeffül onu da şamildir”*.

Maddede eser sahibi veya halefinin, yayıncıya karşı eserde tasarruf hakkına sahip olduğunu garanti ettiği, ayrıca o eserde kendisi bizzat eser sahibi olmayıp da başka eser sahibinden mali hakları devir almışsa bunu da garanti ettiği ifade edilmek istenmiştir. Maddedeki *“eğer telif hakkı varsa bu tekeffül onu da şamildir”* ifadesiyle anlatılmak istenen husus, eser sahibi veya halefi eser bizzat eser sahibi olmayıp, başkasının mali haklarını devir alan (telif hakkını devir alan) kişi ise bunu da garanti etmiştir.

Yayın sözleşmesi fikir ve sanat eserlerinin yayımlanmasına ilişkin bir sözleşme olduğuna göre bu alandaki temel kanun olan 5846 sayılı kanun ile birlikte ele alınmalı, iki yasa arasında çelişki yaratılmamalıdır. Aksi hâlde yeni Borçlar Kanunu yıllarca süren yeni tartışmaların kaynağı olacaktır. Halbuki yeni yasanın amacı, eski dönemde yaşanan olumsuzlukları, tartışmaları, belirsizlikleri ortadan kaldırmaktır.

5846 sayılı kanunda eser sahipliğinden doğan haklar mali ve manevi haklar olmak üzere iki önemli ayrıma tabi tutulmuştur. Yasanın başından sonuna kadar bu ayrım önem taşımaktadır.

Mali hakları, manevi haklardan ayırt eden önemli niteliklerden birisi de başkalarına devir edilebilmeleri, ya da lisans konusu

olabilmeleridir. Manevi haklar ise başkalarına devir edilemezler, hukuksal işlemlere ve tasarruflara konu olamazlar.

Bu açıdan, yayın sözleşmesinin konusu ancak fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali haklar oluşturur.

Yayın sözleşmesi ile, bir kimse ya bizzat kendi yarattığı eser üzerindeki mali hakları çoğaltmak ya da yayma üzerine yayıncıya devir eder ya da lisans verir, veya bir başka eser sahibinden edindiği mali hakkı bu sözleşme ile yayıncıya devir eder veya lisans verir.

Hal böyle iken tasarıda “...eser korunmakta ise, telif hakkı olmasından da sorumludur” şeklindeki ifade isabetsiz olup, neyi anlattığı belli değildir. Bununla anlaşılmasız bir hüküm değişikliği yapıldığı hâlde, bu maddeye ilişkin gerekçede hüküm değişikliği yapılmadığının ifade edilmesi de isabetli olmamıştır.

Bu açıklamalardan sonra tasarinın 373. maddesinin II fıkrasını şu şekilde kaleme almak gerekir:

“Eser sahibi veya halefi, yayıncıya karşı, sözleşmenin kurulduğu anda eser üzerinde bizzat mali hakka sahip bulunmamasından sorumlu olduğu gibi, mali hakkı başkasından devir almamış olmasından da sorumludur.”

3.

Madde 490

“II. Yayımlatanın tasarruf hakkı

Madde 490- *Yayımlatan, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe veya süre belirlenmemişse kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış süre geçmedikçe, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde, yayıncının zararına olacak biçimde tasarrufta bulunamaz.*

Gazete makaleleri ve bir dergide yer alan kısa yazılar, yayımlatan tarafından her zaman, başka yerde de yayımlatılabilir.

Yayımlatan, toplama bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun yazılarını, yayımın bitmesinden başlayarak üç ay geçmedikçe yeniden yayımlatamaz”.

Maddenin kenar başlığında ve içeriğinde yer alan “Yayımlatan” sözcüğü yerine “Eser sahibi ve halefi” sözcükleri kullanılmalıdır.

a. Maddenin II. fıkrasında yer alan “Gazete makaleleri ve bir dergide yer alan kısa yazılar” ifadesi yürürlükteki yasanın 374. maddesinin II. Fıkrasındaki “Gazete makaleleri ve mevkut bir risalede neşredilmiş kısa makaleler” ifadesinin yerine kullanılmıştır. Bu ifade yanlıştır.

Öncelikle yürürlükteki yasada “bir dergide” değil “mevkut bir risalede” ifadesi kullanılmıştır. Mevkut bir risale süreli yayını ifade etmektedir. Eski 5680 sayılı kanunda yayınlar “mevkut ve mevkut olmayan” olmak üzere iki gruba ayrılmıştı. Bunların Türkçe karşılığı “süreli ve süreli olmayan yayın”dır. Nitekim yeni 5187 sayılı Basın Kanunu bu ifadeleri kullanmıştır. Süreli yayın belirli ve düzenli aralıklarla çıkartılan yayınları ifade eder. Örneğin: Gazeteler, haftalık ya da aylık dergiler. Süreli olmayan yayın ise belirli ve düzenli olmayan aralıklarla çıkartılan yayınları ifade eder. Örneğin: Kitaplar, bildiriler, el ilanları vs.

Tasarınının 490. maddesinin II. fıkrasında yer alan “Gazete makaleleri ve bir dergide yer alan” ifadesi yerine, 5187 sayılı Basın Kanunu’nda olduğu gibi “Süreli yayınlarda yer alan” ifadesi tercih edilmelidir.

Öte yandan maddenin II. fıkrasında yer alan “kısa yazılar” ifadesi yürürlükteki maddede “kısa makaleler” şeklindedir. Yazı ve makale farklı kavramlardır. Yazı sadece makaleleri değil haberleri de kapsar. Makale ise sadece bu türden yazıları ifade eder. Yürürlükteki madde bunu sadece makale türündeki yazılarla sınırlı tutmuştur. Bu nedenle yürürlükteki maddeye uygun olarak tasarındaki ifadeyi “kısa makaleler” şeklinde düzeltmek gerekir.

Bu açıklamalarımız karşısında tasarının 490. maddesinin II fıkrası şu şekilde olmalıdır:

“Sürelî yayınlarda yer alan kısa makaleler, eser sahibi veya halefi tarafından her zaman, başka yerde de yayımlatılabilir”.

b. Tasarının 490. maddesinin III. fıkrasında *“Yayımlatan, toplama bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun yazılarını, yayımın bitmesinden başlayarak üç ay geçmedikçe yeniden yayımlatamaz”.*

Bu hüküm yürürlükteki 374. maddenin III. fıkrasında şu şekildedir:

“Müşterek bir eserin kısımlarından olan yazılar ve mevcut bir risalenin uzun olan makaleleri, müellif veya halefleri tarafından neşrin hitamından üç ay geçmezden evvel tekrar neşredilemez”

Tasarıdaki hüküm bu yönden hatalıdır.

aa. Yürürlükteki fıkroda yer alan *“Müşterek bir eserin”* ifadesi tasarıda *“toplama bir eserin”* şeklinde yer almıştır. Bu ifade yanlıştır.

Müşterek eser, birden fazla eser sahibinin yarattığı eserdir. Örneğin: Üç yazar birlikte bir kitap yayımlamıştır; üç mimar birlikte bir mimari proje hazırlamıştır.

Müşterek eser ya eser sahiplerinin anlaşması ile ya da kanundan doğabilir. Sinema eserleri kanundan dolayı müşterek esere örnek verilebilir.

5846 sayılı bu konuyu 9-10. maddelerinde *“Eser sahiplerinin birden fazla oluşu”* kenar başlığı altında müşterek eser sahipliği ve eser sahipleri arasında birlik olmak üzere hükme bağlamıştır.

Toplama eser ise tamamen farklı bir kurumdur. Toplama eser, bir ya da birden fazla eser sahibine ait olan eserin toplanarak tek bir eser haline getirilmesini ifade eder. 5846 sayılı kanu-

nun 6. maddesinin 7. bendinde toplama eserler işleme eserin bir türü olarak hükme bağlanmıştır.

Bu açıklamalarımız karşısında tasarının 490. maddesinin III. fıkrasında yürürlükteki fıkradaki “müşterek eseri” toplama eser olarak ifade etmesinin yanlış olduğu açıktır.

bb. Tasarının III. fıkrasında yine II. fıkroda olduğu gibi “dergilerde çıkan” ifadesini kullanmıştır. Bunun yerine “sürekli yayınlarda çıkan” ifadesi kullanılmalıdır.

cc. Aynı şekilde III. fıkroda da “yayımlatan” ifadesi yerine “Eser sahibi ve halefi” ifadesi kullanılmalıdır.

4.

Madde 491

Maddenin III. fıkrasında iki yerde kullanılan “yayımlatan” ifadeleri yerine burada da “eser sahibi veya halefi” ifadesi kullanılmalıdır.

5.

Madde 493

“V. Düzeltme ve iyileştirme

Madde 493- *Yayımcının menfaatlerini zedelememek ve onun sorumluluğunu arttırmamak koşuluyla, eser sahibi eserde düzeltme ve iyileştirme, halefleri ise ancak güncelleştirme yapabilir. Bu düzeltme ve iyileştirme gerektirdiği hâlde sözleşmede öngörülmemiş giderler, yayımlatan tarafından karşılanır.*

Yayımcı, eser sahibine eserini iyileştirme, haleflerine de güncelleştirme olanağı vermeden yeni bir basım yapamaz ve onu çoğaltamaz”.

Tasarı yürürlükteki 377. maddeyi oldukça değiştirmektedir.

a. Öncelikle maddede kullanılan “Yayımlatan” yerine “eser sahibi ve halefleri” ifadesi kullanılmalıdır.

b. Maddenin I. fıkrası yürürlükteki fıkradan farklı olarak “Yayımcının menfaatlerini zedelememek ve onun sorumluluğunu arttırmamak koşuluyla, eser sahibi eserde düzeltme ve iyileştirme, halefleri ise ancak güncelleştirme yapabilir” hükmünü getirmiştir.

Yürürlükteki fıkroda “Naşirin menfaatlerine muzır ve onun mes’uliyetini arttıracak mahiyette olmamak şartıyla müellif için eserinde tashih ve ıslah yapmak hakkı mahfuzdur” hükmü yer almıştır.

Tasarı bu hükümden farklı olarak eser sahibine düzeltme ve iyileştirme (tashih ve ıslah), haleflerine ise sadece “güncelleştirme” hakkını vermektedir.

Bu değişiklik isabetli değildir.

Yayın sözleşmesi devam ederken eser sahibine eserinde düzeltme ve iyileştirme hakkı verilmiştir. Eser, halen eser sahibine ait iken haleflerine tanınan “güncelleştirme” hakkı neden kendisine de tanınmamaktadır. Halefe tanınan bu hak neden asıl eser sahibinden esirgenmektedir?

Öte yandan yayın sözleşmesi devam ederken eser artık haleflere ait ise (ölüm, eser ile ilgili mali hakların devredilmiş olması gibi) bu kişiler neden “düzeltme ve iyileştirme” yapma hakkına sahip olmasın? Eseri güncelleştirebilme gibi geniş yetkiler verilen halefler neden düzeltme ve iyileştirme gibi basit değişiklikleri yapmasın?

Yürürlükteki maddenin amacı, yayın sözleşmesi yapıldıktan sonra eserde tashih ve ıslah (Tasarıdaki ifadeyle iyileştirme ve düzeltme) hakkının eser sahibine ait olduğunu vurgulamaktır. Zira eserde değişiklik yapma yetkisi eser sahibine ait olan bir manevi haktır ve başkaları bu hakkı kullanamaz. Nitekim 5846 sayılı kanununun 16. maddesi de bunu açıkça ortaya koymaktadır.

Buna göre eserde değişiklik yapma yetkisi önemli bir konudur. Bu konu 5846 sayılı kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Bu

anlamda olmak üzere 5846 sayılı kanunda, Borçlar Kanunu'nda olmayan bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre eseri çoğaltma hakkına (yayım hakkına) sahip olan kişi yayım tekniğinin zorunlu kıldığı değişiklikleri eser sahibinin iznini almadan yapabilme hakkına sahiptir. Bu nedenle bu özel düzenleme varken, genel bir hüküm olarak Borçlar Kanunumuzda farklı düzenleme getirilmesi oldukça içinden çıkılmaz tartışmalara neden olabilir.

Bu nedenlerle tasarının 493. maddesinin 1. fıkrasını yürürlükteki 377. maddenin I. fıkrasına uygun olarak Türkçeleştirip bırakmak, eserin haleflerinin eserde değişiklik yapma yetkileri olur mu, bunun sınırı ve koşulları ne olabilir sorularının yanıtını 5846 sayılı kanuna bırakmak gerekir.

Bu açıklamalarımızın sonucu olarak tasarının 493. maddesinin I. fıkrası şu şekilde olmalıdır:

“Eser sahibi veya halefleri yayımcının yararlarını zedelememek ve onun sorumluluğunu arttırmamak koşuluyla eserde düzeltme ve iyileştirme yapabilir. Bu düzeltme ve iyileştirmenin gerektirdiği yayımcıya ait olmayan giderler, eser sahibi veya halefleri tarafından karşılanır”.

c. Maddenin II. fıkrası: *“Yayımcı, eser sahibine eserini iyileştirme, haleflerine de güncelleştirme imkanı vermeden yeni bir basım yapamaz ve onu çoğaltamaz”.*

Bu hüküm, yürürlükteki 377. maddenin II. fıkrasını karşılamaktadır. Ancak yürürlükteki fıkrada sadece eser sahibinden ve ona düzeltme ve iyileştirme olanağının verilmesinden söz edilmişken, tasarı haleflere güncelleştirme olanağının da verilmesini eklemiştir.

Tasarıdaki I. fıkra için yukarıdaki eleştiri ve önerimiz yönünde bu fıkradan da *“haleflerine de güncelleştirme imkan vermeden”* ifadeleri çıkarılmalıdır.

Bu düzeltme dışında maddeye bir başka hükmün de eklenmesi gerekir. Şöyle ki:

Yayımcı eser sahibine yeni bası için düzeltme ve iyileştirme olanağını verdiği halde eser sahibi bu hakkını uygun bir süre içinde kullanmadığı takdirde ne olacaktır?

Örneğin: Eser sahibi eserinin beş basısı için yayımcı ile yayın sözleşmesi yapmış; eserin ikinci ve müteakip basılarına sıra geldiğinde, yayımcı tarafından talep edildiği halde düzeltme ve iyileştirmeye değişik nedenlerle yanaşmamıştır.

Bu sorunun da bu fıkrada çözümlenmesi gerekir.

Bu anlamda olmak üzere yayımcı eser sahibine bu olanağı tanıdığı halde, uygun süre içinde düzeltme ve iyileştirme hakkını kullanmadığı takdirde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı düzenlemesine yer verilmelidir.

Bunun sonucu olarak tasarının 1. fıkrası şu şekilde olmalıdır:

“Yayımcı, eser sahibine eserini düzeltme ve iyileştirme olanağını vermeden yeni bir basım yapamaz ve onu çoğaltamaz. Eser sahibi uygun bir süre içinde düzeltme ve iyileştirme yapmazsa yayımcı eseri yayımlamakta serbesttir.”

6.

Madde 495

Tasarının bu maddesi yürürlükteki 379. maddeyi Türkçeleştirmek suretiyle tekrar etmektedir.

Bu maddeye gerek olmadığı zira bunun 5846 sayılı özel kanunda düzenlendiği kanısındayım.

Borçlar Kanunu 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu tarihte 5846 sayılı kanun yoktu. Bu yasa 1952 yılında yürürlüğe konulmuştur. Bu yasada işleme hakkı eser sahibine ait olan mali haklardan birisidir. Yasanın 21. maddesinin 1. fıkrasında bu husus açıkça dile getirilmiştir. İşlemelerin neler olduğu ise yasanın 6. maddesinde sayılmıştır. Bu maddenin daha 1. bendinde

“Tercümeleler”in işleme olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre işleme eser sahibine ait bir mali haktır. Bir eserin bir başka dile çevirisi de işleme hakkıdır ve eser sahibinin izni olmadan yapılamaz.

Özel yasada bu konu kapsamlı bir şekilde ele alınmış iken, yayım sözleşmesi ile ilgili olarak tasarının 495. maddesinde bunun tekrar edilmesinin kanun yapma tekniği bakımından doğru olmadığı kanısındayım.

Madde 497/III, 499/I. fıkralarda yer alan “yayımlatan” ifadeleri yerine “eser sahibi ve halefleri” ifadesi kullanılmalıdır.

7.

Madde 501

“E. Eserin yayıncının plânına göre meydana getirilmesi

Madde 501- Bir veya birkaç kişi, yayıncının belirlediği plâna göre bir eser meydana getirmeyi üstlenirlerse, sadece sözleşmeyle kararlaştırılan ücrete hak kazanırlar.

Bu durumda, telif hakkı yayıncıya ait olur”.

a. Madde bir sözleşmeye dayalı olarak sipariş edilen eserlerde eser sahibi ve yayıncının haklarını düzenlemektedir.

Bu madde yürürlükteki yasanın 385. maddesini karşılamaktadır.

BK m. 385 şu şekildedir:

“D. Naşirin planı dairesinde eser telifi

Madde 385- Bir veya müteaddit müellif, naşirin tayin eylediği plan dairesinde bir eser telif eylemeği taahhüt ederlerse, ancak mukavele edilen bedele müstahak olurlar.

Bu takdirde telif hakkı naşire ait olur”.

b. Maddenin amacı şudur: *“Birden fazla eser sahibi, yayımcının talebi ve planı kapsamında bir eser meydana getirmeyi üstlenirlerse, yarattıkları eser için sadece ücret talep edebilirler. Yaratılan bu eser üzerindeki haklar eseri yaratanlara değil, yayımcıya ait olur”.*

Bu konu 5846 sayılı kanunda sadece yayım sözleşmeleri için değil, genel olarak hükme bağlanmıştır.

5846 sayılı kanunun 18. maddesinin bu konuya ilişkin olarak 2001 yılında 4630 sayılı kanun ile getirilen hükümleri şekildedir.

“Mali hakları kullanım yetkisi münhasıran eser sahibine aittir.

Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserleri üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuoları hakkında da bu kural uygulanır.

Bir eserin yayımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir”.

Yürürlükteki kanunun 385 ve tasarının 501. maddesi ile 5846 sayılı kanunun düzenlemeleri arasında farklar vardır:

aa. BK m. 385/II ve tasarı m. 501/II mutlak bir ifade kullanarak bu durumda telif hakkının yayımcıya ait olduğunu ifade etmişken, 5846 sayılı kanun m. 18, *“sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça”* telif hakkının yayımcıya, iş sahibine ait olduğunu ifade etmiştir.

bb. 5846 sayılı kanunun 18. maddesinin II. fıkrası yayımcının ancak eser sahibi ile yapacağı sözleşmeyle mali hakları (telif hakkını) kullanabileceğini öngördüğü halde, BK m. 385/II ve tasarı m. 501/II yayım sözleşmesinde telif hakkının sözleşmede hüküm bulunmasına gerek olmadan, taraflar arasında yayım sözleşmesinin bulunmasını telif hakkının yayımcıya ait olması için yeterli görmüştür.

BK m. 385, tasarı m. 501 düzenlemesi bu konuda daha isabetlidir.

c. Tasarı m. 501'in kenar başlığında, "*Eserin yayımcının planına göre meydana getirilmesi*" başlığı yerine "*Sipariş üzerine yayım sözleşmesi*" demek daha isabetlidir.

d. Tasarı m. 501 f. II' de kullanılan "*telif hakkı*" ifadesi isabetli değildir. Burada yayımcıya ait olan eser sahipliğinden doğan mali haklıtır. 5846 sayılı kanun eser sahibine ait hakları manevi ve mali haklar ayırımına tabi tutmuştur. Maddedeki telif hakkı bu haklardan sadece mali hakkı ifade etmektedir.

Tasarı m. 501 f. II ile yayımcıya tanınan telif hakkı, yayım sözleşmesinden doğan mali hakları ifade etmektedir. Yoksa yayımcı yayım sözleşmesi kapsamı dışında kalan eser sahibine ait tüm mali ve manevi hakları elde etmemektedir.

Bu açıklamalarımız yönünde maddenin II. fıkrası şu şekilde kaleme alınmalıdır:

"Bu durumda sözleşme konusu mali haklar yayımcıya ait olur".

ONBEŞİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİ

1.

Madde 585

“C. İçeriği

I. Türlerine göre

1. Âdi kefalet

Madde 585- *Âdi kefalette alacaklı, ancak aşağıdaki hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir:*

1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması,
2. Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi,
3. Borçlunun iflâsına karar verilmesi,
4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.

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

Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir”.

Maddenin II. fıkrasında *“Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir”* hükmünde yer

alan “*rehin konusundan*” ifadesi yerine “*rehinden*” demek daha isabetli bir ifade olur.

2. Madde 594

“f. Bildirim, iflâsta ve konkordatoda kayıt

Madde 594- *Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun durumu hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.*

Asıl borçlunun iflâsına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflâs ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir.

Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmese, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder”.

Maddenin I. fıkrasının ikinci cümlesinde “*İstek halinde alacaklı, her zaman asıl borcun durumu hakkında kefile bilgi vermek zorundadır*” ifadesindeki “*asıl borcun durumu*” isabetli bir kavram değildir. Burada ifade edilmek istenen husus “*asıl borcun kapsamı, miktarı*”dır. Bu nedenle bu ifade yerine “*asıl borcun kapsamı*” ifadesi tercih edilmelidir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KÜTÜPHANESİ



Çetin Emeç Bulvarı No: 46 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 287 87 90 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65 - 286 31 00
Karanfil Sokağı No: 5/62 06650 Kızılay / Ankara
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-mail: admin@barobirlik.org.tr • yayin@barobirlik.org.tr