

I. Genel Olarak

Türk Hukuk devriminin temel taşlarının en büyüğü olan "Türk Kanunu Medenîsi"nin tamamlayıcısı ve âdeta beşinci kitabı olarak bilinen 818 sayılı "Borçlar Kanunu"; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edilmiş, 8 Mayıs 1926 tarihli ve 366 sayılı Resmî Ceride'de yayımlanmış ve 4 Ekim 1926 tarihinde, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi ile birlikte yürürlüğe girmiştir.

Yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen 80 yıllık süreçte, Borçlar Kanununun içeriğinde bazı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bunlar köklü ve önemli değişiklikler değildir. Kanunların birer sosyal varlık olarak, aynen canlı varlıklar gibi zamanla yaşlanmaları, kendilerinden beklenen işlevleri tam anlamıyla yerine getirmekte güçsüz kalmaları, bu sebeple de günün şartlarına ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermemeleri, herkesçe kabul edilebilecek bir gerçektir.

Bu gerçek, kanunların ve özellikle hukuk hayatında büyük önemi olan temel kanunların baştan sona gözden geçirilerek, o günün şartlarına ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek hâle getirilmesini zorunlu kılar. Nitekim, aynı ihtiyaç ve zorunluluk, daha önce Türk Kanunu Medenîsi için de söz konusu olmuş, bu ihtiyaç, uzun çalışmalar sonucunda hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe konulmasıyla karşılanmıştır.

Aynı ihtiyaç ve zorunluluk, temel kanunlardan birisi olan, 818 sayılı Borçlar Kanunumuz için de söz konusudur. Bu nedenle, Adalet Bakanlığı'nca, yürürlükteki Kanunu baştan sona gözden geçirmek, tamamlayıcısı ve ayrılmaz bir parçası niteliği ile beşinci kitabını oluşturduğu Türk Medenî Kanunu ile uyumunu sağlamak ve özellikle günümüzün ihtiyaçlarına cevap verecek yeni bir tasarı hazırlamak üzere, akademisyenlerden ve uygulayıcılardan oluşan bir "Borçlar Kanunu Komisyonu" kurulmuştur.

Borçlar Kanunu Komisyonu, yaklaşık sekiz yıllık bir çalışma sonucunda hazırladığı "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı"nda, yürürlükteki Borçlar Kanununun genel yapısının ve sistematığının bozulmaması için gerekli özen ve gayreti göstermiştir.

Tasarının birinci ve ikinci kısmında, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununa göre hüküm farklılığı bulunmayan birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla birlikte, hüküm farklılığı bulunmayan düzenlemelerle ilgili maddelerin bir kısmının sadece metinleri arılaştırılmış; bir kısmının metinleri düzeltilmiş ve arılaştırılmış, nihayet bir kısmının da, hem sistematik yapıları değiştirilmiş, hem de metinleri düzeltilmiş ve arılaştırılmıştır.

Tasarıda, ayrıntıları aşağıda (VI, 3, d altında) belirtilen ve yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen birçok yeni düzenleme de yapılmıştır. Ancak, yasallaşması durumunda, temel bir kanun niteliği kazanması söz konusu olacak bir metin hazırladığı bilinciyle hareket eden Borçlar Kanunu Komisyonu, Tasarının amacına ve özüne uygun bulmadığı bazı düzenlemeleri, bunlara ulusal veya uluslararası mevzuatta yer verilmiş olsa bile, Tasarı metnine almamayı tercih etmiştir. Aynı şekilde, uygulamada sıkça karşılaşılmakla birlikte, kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerin de, gerektiğinde özel kanunlarla düzenlenmesinin daha isabetli olacağı düşüncesiyle, Tasarı metnine alınması uygun görülmemiştir. Ayrıca, öğretilerde tartışmalı olan bazı konularda da, uygulamada karşılaşılan hukukî problemlerin çözümlenmesi bakımından zorunluluk olmadıkça, bu konularda düzenleme yapılmasından veya bazı yazarlarca kullanılması önerilen terimlerin veya ifadelerin, Tasarı metnine yansıtılmasından kaçınılmıştır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, günümüzde, borçlar hukukunun "uluslararası ve/veya uluslar üstü" kılınması çalışmaları sözkonusudur. Meselâ, Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law) ve Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş olan Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law) gibi kuruluşların, bu alanda önemli çalışmaları bulunmaktadır. Ayrıca, uzun yıllardan beri, Avrupa Birliği içinde de

ortak bir borçlar kanunu yaratma düşüncesi varlığını sürdürmektedir. Bu amaçla, bütün Avrupa Birliği ülkelerinden bilim adamları, Avrupa borçlar hukukunun ortak mirasını tespit etmek için çalışmakta ve teklifler yayınlamaktadırlar. Avrupa Birliği Komisyonu da, 2003 yılında "Daha Uyumlu bir Avrupa Sözleşme Hukuku için Faaliyet Planı"; 2004 Ekim ayında da "Avrupa Sözleşme Hukuku ve Topluluk Mevzuatının Gözden Geçirilmesi - İleriye Dönük Adımlar" başlıklı Bildirimleri yayınlamak suretiyle bu çalışmaları yönlendirme konumunda olmuştur. Anılan bütün bu faaliyetlerin en önemli ürünleri olarak, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (Principles of European Contract Law) ve Avrupa Haksız Fiil Hukukunun Temel İlkeleri (Principles of European Tort Law) isimli metinler sayılabilir. Borçlar hukuku alanında çalışmaları olan İsviçre hukukçularınca da, bu çalışmalar, borçlar hukukunun uluslararası kaynakları olarak değerlendirilmektedir. Ancak, bu çalışmaların varlığı ve hattâ bazılarının sonuçlanmış olması, ulusal nitelikli borçlar kanununa sahip olmayı gereksiz kılmadığı gibi, ulusal nitelikli borçlar kanununun, bu metinlerin bir ürünü olarak ortaya çıkması gerektiği düşüncesinin savunulmasını da gerektirmemektedir. Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlığında da, bu metinlerin esas alınması değil, bu metinlerden yararlanılması söz konusu olmuştur.

Son yıllarda, önemli borçlar kanunu revizyonlarının gerçekleştirildiği bilinmektedir. Bunların başında, Alman Medenî Kanunu ve Hollanda Medenî Kanunu gelmektedir. Tasarı çalışmalarında, anılan Tasarı çalışmalarında gözönünde tutulmuş; ancak bu çalışmalardan, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yapısını ve özünü etkileyecek biçimde yararlanılması söz konusu olmamıştır.

II. Tasarının Sistematik Yapısı

Tasarı, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi, iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci Kısım "Genel hükümler", İkinci Kısım "Özel Borç İlişkileri" başlığını taşımaktadır. Kısımlar, bölümlere; bölümler, ayırımlara ayrılmıştır.

Kısımların, bölümlerin ve ayırımların kendilerine özgü başlıkları mevcuttur. Ancak, bölümlere numara verilirken, aynen Türk Medenî Kanununda yapıldığı gibi, yürürlükteki Kanundan farklı bir yol izlenmiştir. Yürürlükteki Kanunda, bölümlerin (bapların) numaraları her kısmı için birden başlanarak ayrı ayrı verilmediği, numaralama, Kanunun sonuna kadar devam ettirildiği için, Kanun "yirmi üç" bölümden (baptan) oluşmuştur. Oysa Tasarıda, her kısımda yer alan bölümlere yeni baştan numara verilmiş, böylece her kısmın kaç bölümden oluştuğu belirtilmek istenmiştir. Meselâ, "Genel Hükümler" başlığını taşıyan Birinci Kısımda beş bölüm mevcuttur. Bu kısmı izleyen ve "Özel Borç İlişkileri" başlığını taşıyan İkinci Kısımın ilk bölümünün başlığı "Altıncı Bölüm" değil, "Birinci Bölüm" olarak isimlendirilmiştir. Oysa, Yürürlükteki Kanunda, aynı bölüm "Altıncı Bap" olarak numaralandırılmıştır. Tasarıda, her kısmın ilk bölümünün, bir önceki bölümden gelen numarayı izleyecek yerde, yeniden birden başlanarak numaralandırılması, sistematığe daha uygun görülmüştür. Böylece, her kısma ait bölümler bir bütün olarak ele alınmış ve her kısmın kaç bölümden oluştuğu belirlenmiş olmaktadır.

Alışılmış olması bakımından, yürürlükteki Kanunun madde numaralarının aynen korunması, yeni maddelere a, b ve c gibi harfler verilmesi düşünülmüş ise de, zorunluluk karşısında, bu düşüncenin gerçekleştirilmesi maalesef mümkün olamamıştır. Böylece, madde numaralandırılması, yürürlükteki Kanundan farklı olarak yapılmıştır. Aynı zorunluluk, daha önce Türk Medenî Kanunu için de söz konusu olmuştur. Bu yolun seçilmesindeki zorunluluk, Tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülmesindeki yöntemle ilgilidir. Tasarı "Borçlar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Kanuna Bazı Yeni Maddeler Eklenmesi" şeklinde ve bu isim altında düzenlenecek olursa, Tasarının bölüm bölüm görüşülerek oylanması mümkün olmayacak, her madde tek tek görüşülerek oya sunulacaktır. Bu ise, verilecek çeşitli değişiklik önerleriyle

Tasarının bütünlüğünü ve sistematliğini bozabilecektir.

Maddelerin konu ve kenar başlıkları, genellikle, yürürlükteki Kanunda olduğu gibi aynen korunmuştur. Ancak, madde metinleri, kaynak İsviçre Borçlar Kanununa uydurulmak ve ifadeler, günümüzde geçerli Türkçe'ye uygun şekilde arılaştırılmak suretiyle, maddelerin daha kolay anlaşılır hâle gelmesi sağlanmıştır. Ayrıca, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununun, tek fıkra hâlinde kaleme alınmış olan bazı maddeleri, fıkroda birbirinden farklı konuların düzenlendiği göz önünde tutularak, Tasarıda iki fıkraya veya bentlere dönüştürülmüştür. Aynı şekilde, 818 sayılı Borçlar Kanununun, iki fıkra hâlinde kaleme alınmış olan bazı maddeleri ise, aynı konuya ilişkin bu fıkraların birbiriyle sıkı bir bağlantı içinde olmaları nedeniyle, Tasarıda tek fıkra hâlinde kaleme alınmıştır.

III. Madde Gerekçeleri

Tasarının büyük bir bölümü, yaklaşık 80 yıldan beri uygulanan, birçok genel eserin, monografinin ve makalenin konusu olan 818 sayılı Borçlar Kanunundaki maddelerden oluştuğu için, Tasarının her maddesi ilk kez düzenleniyormuşçasına, ayrıntılı gerekçe yazılmasından özellikle kaçınılmıştır. Hüküm değişikliği yapılmayan maddelere de ayrıntılı gerekçe yazma çabasının, bazı maddelerin, sadece belirli bir görüşe göre yorumlanmasının bir sonucu olarak, yeni tartışmalara sebep olabileceği düşünülmüştür. Mevcut hükümlerin yorumlanıp uygulanma biçiminin nasıl olması gerektiği konusu da, bu yüzden, öğretiyeye ve uygulamaya bırakılmıştır.

Tasarının yasalaşması hâlinde, ilk kez uygulanmaları söz konusu olacağı için, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni hükümlerin düzenlendiği maddelerin gerekçelerinin, daha ayrıntılı biçimde yazılmasına özen gösterilmiştir.

Tasarıdaki maddelerde, 818 sayılı Borçlar Kanununun maddelerine göre, sistematik yapısı ile metninde yapılan arılaştırma ve düzeltme dışında bir değişiklik yoksa, bu durum, madde gerekçesinin sonunda belirtilmiş ve maddede bir hüküm değişikliğinin bulunmadığı açıklanmasına yer verilmiştir. "Maddenin sistematik yapısı" sözcükleriyle, 818 sayılı Borçlar Kanununda aynı fıkroda düzenlenen bir konunun, Tasarıda ayrı bir fıkroda veya ilişkili olduğu başka bir maddede ya da tek fıkra iken ayrı fıkralar hâlinde düzenlenmesi kastedilmektedir. Buna karşılık, Tasarıdaki maddelerde, 818 sayılı Borçlar Kanununun maddelerine göre, bir hüküm değişikliği varsa, böyle maddelerin sonuna, diğer maddelerin sonuna kullanılan "şablon cümle" yazılmamıştır.

Tasarının, kaynak İsviçre Borçlar Kanununda da yer verilen maddelerine ait gerekçelerinin sonunda, "Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun ... maddesi göz önünde tutulmuştur." şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Ancak, bu cümlede kullanılan "...göz önünde tutulmuştur." şeklinde ibare, Tasarıdaki maddenin, kaynak Kanundaki metnine tam bir uygunluğu ifade etmediği için, sadece o metinden yararlanıldığı şeklinde anlaşılmalıdır. Tasarıda, kaynak Kanundaki metinden aynen veya farklı bir şekilde kaleme alınan ya da aynı madde ile ilgili olduğu hâlde, Tasarıya alınmasına gerek görülmemeyen maddelerin bulunduğu göz önünde tutulmalıdır.

IV. Tasarının, 818 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hüküm Farklılığı Bulunmayan Düzenlemeleri

1. Tasarının Birinci Kısımında

Tasarının "Genel Hükümler" başlıklı olup, beş bölüme ayrılan Birinci Kısımının Dördüncü Bölümünde, "Borç İlişkilerinde Özel Durumlar", 161 ilâ 181 inci maddelerde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler ile yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu arasında bir hüküm farklılığı bulunmamaktadır.

2. Tasarının İkinci Kısımında

Tasarının "Özel Borç İlişkileri" başlıklı olup, onsekiz bölüme ayrılan İkinci Kısımında, 818

sayılı Borçlar Kanununa göre hüküm farklılığı bulunmayan bölümler, bunların düzenleme konuları ve kapsadığı maddeler şunlardır:

Beşinci Bölüm: Bu bölümde, "Ödünç Sözleşmeleri" başlığı altında, "Kullanım Ödücü" 378 ilâ 384 üncü maddelerde, "Tüketim Ödücü" ise, 385 ilâ 391 inci maddelerde düzenlenmiştir.

Yedinci Bölüm: "Eser Sözleşmesi"nin düzenlendiği bu bölüm, 470 ilâ 486 ncı maddelerden oluşmaktadır.

Dokuzuncu Bölüm: Bu bölümde "Vekâlet İlişkileri", 502 ilâ 525 inci maddelerde, üç ayırım hâlinde düzenlenmiştir. Birinci Ayırımda "Vekâlet Sözleşmesi", İkinci Ayırımda "Kredi Mektubu ve Kredi Emri", Üçüncü Ayırımda da "Simsarlık Sözleşmesi" yer almıştır.

Onuncu Bölüm: "Vekâletsiz İşgörme"nin düzenlendiği bu bölüm, 526 ilâ 531 inci maddeleri kapsamaktadır.

Onbirinci Bölüm: Bu bölümde "Komisyon Sözleşmesi", 532 ilâ 546 ncı maddelerde düzenlenmiştir.

Onikinci Bölüm: "Ticarî Temsilciler ve Diğer Tacir Yardımcıları"nın düzenlendiği bu bölüm, 547 ilâ 554 üncü maddelerinden oluşmaktadır.

Onüçüncü Bölüm: Bu bölümde "Havale", 555 ilâ 560 inci maddelerde düzenlenmiştir.

Ondördüncü Bölüm: "Saklama Sözleşmeleri"nin düzenlendiği bu bölüm, 561 ilâ 580 inci maddeleri kapsamaktadır. Bu bölümde "Genel saklama sözleşmesi"nden başka, "Misli şeylerin saklanması", "Ardıyeciye bırakma" ve "Konaklama yeri, ahır, garaj ve otopark işletenlere bırakma" sözleşmeleri de düzenlenmiştir.

Onaltıncı Bölüm: Bu bölümde "Kumar ve Bahis", 604 ilâ 606 ncı maddelerde düzenlenmiştir.

Onyedinci Bölüm: "Ömür Boyu Gelir ve Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmeleri"nin düzenlendiği bu bölümün Birinci Ayırımında "Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi"ne, 607 ilâ 610 uncu maddelerde; İkinci Ayırımında ise, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi"ne, 611 ilâ 619 uncu maddelerde yer verilmiştir.

V. Tasarıda Aynen Korunmak Zorunda Kalınan Terimler

Gösterilen bütün çabalara karşın, aşağıdaki bazı terimlere uygun düşebilen arı Türkçe karşılıklar bulunamamış, bunları aynen kullanmak zorunda kalınmıştır.

Feragat, tasarruf, muacceliyet, menfaat, muvazaa, müteselsil, halefiyet, rücu, mahsup, takip, fer'i, miktar, tahsil, tazminat, ifa, ibra, kısmî ifa, iradî devir, bedel, zilyetlik, def'i, müdahale, şerh, misli şey, fesih, hasar. Ayrıca, Tasarıda kullanılan terimlerin, Türk Medenî Kanunu'nun terminolojisi ile uyumlu olmasına özen gösterilmiştir.

VI. Tasarının, 818 sayılı Borçlar Kanununa Göre Değişiklikleri ve Yenilikleri

1. Genel Olarak

Tasarıda, yürürlükteki Kanunda düzenlenmiş olan bazı kurumlarda önemli sayılabilecek değişiklikler yapılırken, Kanunda düzenlenmiş olmayan bazı konularda yeni kurum ve hükümlere de yer verilmiştir. Bu değişiklikler, günümüzde ortaya çıkan bir takım yeni ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla yapılırken, yenilikler yabancı hukuk sistemlerinde, özellikle İsviçre ve Alman hukuklarında son zamanlarda gerçekleşmiş olan değişiklik ve gelişmelerden esinlenmek suretiyle Tasarı metnine yansıtılmıştır.

2. Şekil ve İfadeye İlişkin Değişiklikler ve Yenilikler

Şekil olarak, yürürlükteki Kanunun bölüm ve madde numaralarından ayrılmış, bölüm ve maddelere birbirini izleyen yeni numaralar verilmiştir.

Tasarıda kullanılan dil oldukça arılaştırılmış, yürürlükteki Kanunun günümüzde geçerli

olan dile oranla eskimiş olan ifadeleri, kolay anlaşılabilir bir ifadeye dönüştürülmüştür. Tasarıda, genellikle T.C. Anayasasında kullanılan dil esas alınmıştır.

Kanunda kullanılan kavram, deyim ve terimler, imkânlar ölçüsünde arılaştırılmış ve Tasarının tümünde "terim birliğinin sağlanmasına" büyük çaba harcanmıştır. Birçok kavram, deyim ve terimler günümüzde yerleşmiş veya kullanılmaya başlanmış olan ve Türk Medenî Kanununda da yer almış bulunan yeni karşılıkları ile değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin başlıcalarını aşağıdaki kavram, terim ve deyimler oluşturmaktadır:

Akit: Sözleşme; Akdin in'ikadı: Sözleşmenin kurulması; Borç münasebeti: Borç ilişkisi; İcap: Öneri; Gaipiler arasında: Hazır olmayanlar arasında; Zımnî kabul: Örtülü kabul; İltizamsız icap: Bağlayıcı olmayan öneri; İlân suretiyle vaat: İlân yoluyla ödül sözü verme; Rükunlar: Unsurlar; Tahriî şekil: Yazılı şekil; Mutlak butlan: Kesin hükümsüzlük; Batıl: Hükümsüz; Rızadaki fesat: İrade bozukluğu; Gabin: Aşırı yararlanma; Hata: Yanılma; Hile: Aldatma; İkra: Korutma; Salâhiyeti natik vesika: Yetki belgesi; İcazet: Onama; Haksız muamele: Haksız fiil; İlli-yet: Nedensellik; İztırar hâli: Zorunluluk hâli; Ağır Kusur: Kast veya ağır ihmal; Tazminata mahsup: Tazminattan indirme; Taksimi kabil olmayan borç: Bölünemeyen borç; Borç ödeme-den aciz: İfa güçsüzlüğü; Tediye: Ödeme; Munzam zarar: Aşkın zarar; Tecdit: Yenileme; Muayyen zamanlarda verilen ivazlar: Dönemsel edimler; Müruruzaman: Zamanaşımı; Müruruza-manın kat'ı: Zamanaşımının kesilmesi; Müruruzamanın tatili: Zamanaşımının durması; Talikî şart: Geciktirici koşul; İnfisahî şart: Bozucu koşul; Pey akçesi: Bağlanma parası; Zamânı rücu: Cayma parası; Cezaî şart: Ceza koşulu; Alacağın temliki: Alacağın devri; Borcun nakli: Borcun üstlenilmesi; Nef'i: Yarar; Semen: Satış bedeli; Ayıba karşı tekeffül: Ayıptan sorumluluk; Zap-ta karşı teminat: Zapattan sorumluluk; Bey'i bilvefa: Geri alım hakkı; Şuf'a hakkı: Önalım hakkı; İştira hakkı: Alım hakkı; Tecrübe ve muayene şartıyla satım: Beğenme koşuluyla satış; Muayene: Gözden geçirme; Müzayede: Artırma yoluyla satış; Tazmin etme: Giderim; Trampa: Mal değişim sözleşmesi; Mükellefiyetli bağışlama: Yüklemeli bağışlama; Hâsılat kirası: Ürün kirası; Ariyet: Kullanım ödencü; Karz: Tüketim ödencü; İstisna akdi: Eser sözleşmesi; Müteahhit: Yüklenici; Neşir mukavelesi: Yayım sözleşmesi; Nâşir: Yayımcı; Müvekkil: Vekâlet veren; Tel-lâllik: Simsarlık sözleşmesi; Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf: Vekâletsiz işgörme; Komisyon: Komisyon sözleşmesi; Muhanülaleyh: Havale ödeyicisi; Muhalünleh: Havale alıcısı; Muhil: Havale eden; Vedia akdi: Saklama sözleşmesi; Mudi: Saklatan; Müstevdi: Saklayan; İstirdat: Geri alma; Yediemine tevdi: Güvenilir kişiye bırakma; Kaydı hayat ile irat: Ömür boyu gelir; Âdi şirket: Âdi ortaklık.

3. Esasa İlişkin Değişiklikler ve Yenilikler

a) Kanunun Adı Bakımından

Esasa ilişkin en büyük ve en anlamlı değişiklik, Kanunun adında gerçekleştirilmiştir. Bilindiği üzere, yürürlükteki Kanunun adı "Borçlar Kanunu"dur. Oysa, Medenî Kanun ve hattâ Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu gibi temel kanunların adlarının başında "Türk" sözcüğü yer aldığı ve bu kanunlar "Türk Medenî Kanunu", "Türk Ticaret Kanunu" ve "Türk Ceza Kanunu" olarak anıldıkları hâlde, yine bir temel kanun olan Borçlar Kanununun adının başında "Türk" sözcüğü-nün yer almamış olmasının sebebi açıklanamaz. Bu nedenle, Tasarıda Kanunun adı, "Türk Borç-lar Kanunu" olarak ifade edilmiştir.

b) Madde Sayısı Bakımından

Tasarı, 649 maddeden oluşmaktadır. Yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununun 544 maddeden ibaret olduğu göz önünde tutulduğunda, Tasarı maddelerinin sayısında, 105 madde-lik bir artış olduğu görülmektedir. Bu artış, Tasarıya yeni bazı hükümler eklenmesinden ve yü-rürlükteki Kanunda da mevcut olan bazı hükümlerin, aynı maddede düzenlenmesi yerine, ayrı bir maddede düzenlenmesinin, sistematik bakımdan daha uygun görülmesinden ileri gelmiştir.

c) Madde Metinlerinde Yapılan Düzeltmeler Bakımından

Esasa ilişkin değişikliklerden biri, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan çeviri yapılırken, yürürlükteki Kanunda kullanılmış olan bazı terimlerin gerçek anlamı ifade etmemesi sebebiyle, düzeltilmeleri olmuştur.

Yürürlükteki Kanunda, gerek başlıklarda, gerek madde metinlerinde daima "borç" terimi kullanılmaktadır. Nitekim, Birinci Bap: Borçların Teşekkülü, Birinci Fasıll: Akitten Doğan Borçlar, İkinci Fasıll: Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar ve Üçüncü Fasıll: Haksız Bir Fiil ile Mal İktisabından Doğan Borçlar başlığını taşımaktadır. Aynı şekilde, İkinci Bap: Borçların Hükümü, Üçüncü Bap: Borçların Sukûtu, Dördüncü Bap: Borçların Nev'ileri başlığı altında düzenlenmiştir. Yürürlükteki Kanunda kullanılan "borç" terimi ile, taraflar arasındaki ilişkiden doğan dar anlamdaki borçlardan (dette) her biri değil, geniş anlamdaki borç, yani taraflar arasında kurulmuş olan hukukî ilişki; gerçek adıyla "borç ilişkisi" (obligation) ifade edilmek istenmektedir. Nitekim, kaynak İsviçre Borçlar Kanununda da borç ilişkisi (obligation) sözcüğü kullanılmıştır. Alman Medenî Kanununda da, aynı şekilde borç ilişkisi (Schuldverhaeltnis) terimi kullanılmaktadır. Bu sebeple, yürürlükteki Kanunda kullanılmış olan bu terim yanlışlıkları düzeltilmiş ve "Borçların Teşekkülü" yerine, "Borç İlişkisinin Kaynakları", "Akitten Doğan Borçlar" yerine, "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri", "Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar" yerine, "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri", "Haksız bir Fiil ile Mal İktisabından Doğan Borçlar" yerine, "Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri", "Borçların Hükümü" yerine, "Borç İlişkisinin Hükümleri" şeklindeki ifadelere yer verilmiş, "Borçların Sukutu" ifadesi ise, "Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi" şeklinde arılaştırılmıştır. Aynı şekilde, yürürlükteki Kanunun 182 ilâ 541 inci maddelerini kapsayan İkinci Kısımın başlığında kullanılan "Akdin Muhtelif Nevileri" ibaresi, bu kısımda düzenlenen ilişkilerin hepsinin akit (sözleşme) olmaması sebebiyle doğru olmadığından, bu başlık, Tasarıda "Özel Borç İlişkileri" olarak ifade edilmiştir.

d) Yeni Hükümlere Yer Verilmesi Bakımından

aa) Genel Hükümlerde

Tasarının "Genel Hükümler" başlıklı olup, beş bölüme ayrılan Birinci Kısımındaki yeni hükümler ve içerikleri, her bir bölüm itibarıyla, aşağıda özetlenmiştir. Ancak, Tasarının Birinci Kısımın Dördüncü Bölümünde, yukarıda (IV altında) da belirtildiği gibi, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda mevcut olmayan yeni bir hükme yer verilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

Borç İlişkisinin Kaynakları

Madde 7 (4. İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi)

"Genel Hükümler" başlıklı Birinci Kısımın "Borç İlişkisinin Kaynakları" başlığını taşıyan Birinci Bölümünün Birinci Ayırımında "Sözleşmenin Kurulması" konusunda yeni bir hüküm, "İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi" kenar başlığını taşıyan 7 nci maddedir. Yürürlükteki Kanunda bulunmayan bu yeni hükümle, ismarlanmadığı hâlde bir mal göndermenin öneri sayılmayacağı yasal bir tercih olarak kabul edilmiş, böyle bir şeyi alan kişinin, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü olmayacağı açıkça ifade edilmiş ve ismarlanmayan şeyin yanlışlıkla gönderildiğinin anlaşılması durumunda, onu alana, uygun bir sürede gönderene haber verme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddeyle, kişilerin, arzu etmedikleri hâlde kendilerine gönderilmiş olan bir şeyi geri göndermek veya saklamak zorunda bırakılmaları önlenmek istenmiştir.

Madde 14 ve 15 (Yazılı şeklin unsurları ve imza)

Tasarıdaki yeniliklerden biri, yazılı şekil konusunda Tasarının 14 ve 15 inci maddelerinde yer almaktadır. 14 üncü maddenin ikinci fıkrasına, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile uyumlu olarak, güvenli elektronik imzayla veya teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ile gönderilip saklanabilen metinlerin de yazılı şekil yerine geçeceği hükümü eklenmiştir. Buna bağlı bir diğer yenilik ise, 15 inci maddenin birinci fıkrasına eklenen "güvenli elektronik imzanın da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğuraca-

ğına" ilişkin hükümdür. Aynı maddede, "açığa atılan imza"yla ilgili yeni bir hükme de yer verilmiştir.

Madde 20 ilâ Madde 25 (Genel işlem koşulları)

Tasarıyla getirilen çok önemli yeniliklerden biri de "Genel İşlem Koşulları"dır. Yürürlükteki Kanunda bulunmayan, fakat günümüzde ihtiyacı şiddetle hissedilen ve yabancı hukuk sistemlerinde, meselâ, Alman hukukunda "Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun" adıyla özel bir kanun tarafından ayrıntılı bir biçimde düzenlenen bu kurum, Tasarıda 20 ilâ 25 inci maddeler arasında, altı maddeyle düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken, yabancı kaynaklardan yararlanılmış ve bu konuda bilimsel çalışma yapanların da görüşleri alınmıştır.

Borçlar Kanunumuz, bireysel sözleşme modeline dayanmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanununun 1 inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, öneriye karşı öneri ve kabul gibi aşamaların sonunda, irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak, çağımızın sosyal ve ekonomik gelişmeleri, kitlelere yönelik hizmet gereksinimini yaratmış ve yığınlar için üretim zorunluluğu doğurmuştur. Buna bağlı olarak bireysel sözleşme modeli yanında, kitle sözleşmesi veya formüler sözleşme denilen, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan teşebbüsler, bireysel sözleşmelerin kurulmasından önce, soyut olarak tek yanlı kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta ve bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, fakat aynı şekil ve tipteki hukukî işlemleri düzenlemektedirler. İşte, önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tip sözleşmelere "kitle sözleşme", "katılnmalı sözleşme" ya da "formüler sözleşme" denilmektedir. Kitlelere, yığınlara yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması ile ilgili görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hattâ, çoğu zaman fiyat konusu bile, tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında diğer sözleşen, ya karşı tarafın koşulları içinde sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim ya da hizmetten yararlanmayacaktır. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan birey, önüne hazır getirilen metin karşısında "evet" ya da "hayır" diyebilecek, "evet, ama" seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmama söz konusu olamayacağına göre, "evet, ama" deme imkânının olmaması karşısında, bireyin, bu türden sözleşmeler uygulamasında yasalarla korunması gereği ve zorunluluğu ortadadır. İşte, Borçlar Kanunumuzun tümüyle değiştirilmesine ilişkin olarak hazırlanan Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları ile bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konular açıklığa kavuşturulmuş ve tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde, genel hükümler kısmında emredici biçimde düzenlenmiştir.

"Borç İlişkisinin Kaynakları" bölümünün "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" başlığını taşıyan İkinci Ayırımında, yürürlükte bulunan Kanundaki hükümlerden pek çoğu aynen alınmış olmakla birlikte, bazı yeni düzenlemelere de yer verilmiştir.

Madde 59 (V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu / 1. Sebeplerin yarışması /

Tasarının 59 uncu maddesinde, "Sorumluluk sebeplerinin çokluğu" başlığı altında, sorumluluk sebeplerinin yarışması konusunda yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile, öğretisi ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumlu-luğunun birden çok hukukî sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir.

Madde 60 ve 61 (Müteselsil sorumluluk)

818 sayılı Borçlar Kanununun 51 inci maddesinin birinci fıkrasındaki hâl için "eksik teselsül", aynı Kanunun 50 nci maddesindeki hâl için de "tam teselsül" şeklinde yapılan ayırımı

öğretide eleştirildiği göz önünde tutulmuş ve Tasarıda bu ayırma yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak, 818 sayılı Borçlar Kanununun ikili teselsül sistemi terkedilmiş ve her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip, aynı hükümlere tâbi tutulmuştur.

Müteselsil sorumluların yükümlü tutulacakları tazminat miktarının üst sınırına ilişkin Tasarının 60 ıncı maddesinin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, her bir müteselsil sorumlunun yükümlü tutulacağı tazminat miktarı, tek başına sorumlu olması durumunda yükümlü tutulacağı tazminat miktarından fazla olamaz. Bu yeni düzenlemeyle, müteselsil sorumlulardan her birinin, kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenlerin, dış ilişkide göz önünde tutulmasının hakkaniyete uygun olacağı kabul edilmiştir.

Madde 64 (B. Kusursuz sorumluluk / I. Hakkaniyet sorumluluğu)

Tasarının 64 üncü maddesindeki "Hakkaniyet sorumluluğu", Tasarıda kusursuz sorumluluk hâllerinin ilki olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunundan kısmen farklı biçimde düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin, zarar verenin kusuru olmasa bile, sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği öngörülmektedir. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olanların (yani kusurlu olmaları söz konusu edilemeyecek kişilerin) hakkaniyet sorumluluğuna tâbi oldukları şeklindeki düzenlemenin kapsamı genişletilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaları zorunlu görülmüştür.

Madde 70 (III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme)

Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu hâlde, Hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin ve koşullarının düzenlenmesi uygun görülmüştür. Yürürlükteki Kanunda, genel hükümler arasında böyle bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, Tasarıda, kusursuz sorumluluk hâlleri ile ilgili sistematik bütünlüğün sağlanması ve özel kanunî düzenleme yapılması beklenmeksizin, gerektiğinde mahkeme kararlarıyla, tehlike sorumluluğunun kabulünün mümkün kılınması amaçlanmıştır.

Madde 71 (c. Zamanaşımı / 1. Kural)

818 sayılı Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesinde, on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan "zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren" şeklindeki ibarenin, haksız fiilin "zarar" unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare Tasarının 71 inci maddesinde, "her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak" şeklinde değiştirilmiş ve bu değişiklik göz önünde tutularak 818 sayılı Borçlar Kanunundaki on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de, yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür. Nitekim, haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medenî Kanununun (BGB) 852 nci maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür.

Madde 72 (II. Rücu isteminde zamanaşımı)

Yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hüküm ile, tazminat yükümlüsünün zarar görenin uğradığı zararı tamamen ödedikten sonra diğer sorumlulara rücu hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin düzenleme boşluğunun doldurulması ve bu konuda özellikle uygulamada duyulan bir ihtiyacın karşılanması amaçlanmıştır.

Madde 75 (III. Geçici ödemeler)

Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda

bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtların sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, bu düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla, kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyatî tedbir aracılığıyla elde edilmesinin amaçlanmadığı belirtilmelidir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihaî kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise, hâkim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği öngörülmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

Borç İlişkisinin Hükümleri

Madde 87 (Faiz) ve Madde 119 (Temerrüt faizi)

"Borç İlişkisinin Hükümleri" başlığını taşıyan İkinci Bölümde, "Faiz" kenar başlığını taşıyan 87 inci maddenin içeriği ile "Temerrüt faizi" kenar başlığını taşıyan 119 uncu maddenin düzenlenmesinde, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda yapılan son değişiklik dikkate alınarak, faiz oranının belirlenmesi, yürürlükteki mevzuata bırakılmıştır.

Madde 125 (Sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü)

Borçlunun temerrüdünün sürekli edimli sözleşmelere ilişkin sonucu, yeni bir madde olarak, Tasarının 125 inci maddesinde düzenlenmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı

Madde 131 (B. İbra)

818 sayılı Borçlar Kanununun kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun 115 inci maddesinde ibra düzenlenmiştir. Borçlar Kanunumuza her nasılsa alınmayan ibranın, öğreti ve uygulamada borcu sona erdiren sebeplerden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Sistematiği bir eksikliği gidermek amacıyla, ibranın yeni bir madde olarak Tasarıya alınması uygun görülmüştür.

Madde 136 (II. Kısmî ifa imkânsızlığı)

818 sayılı Borçlar Kanununun 117 nci maddesinde borcu sona erdiren sebepler arasında sadece tam imkânsızlığın düzenlenmesi nedeniyle, borcun ifasının kısmen imkânsızlaşmasının sonuçlarının ayrı bir maddede düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.

Madde 137 (III. Aşırı ifa güçlüğü)

Tasarının 137 nci maddesinde, aşırı ifa güçlüğü konusundaki bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarılma isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, aşırı ifa güçlüğü hâlinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, maddede ve gerekçesinde belirtilen dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri

Bazı hukuk düzenlerinde, meselâ İtalyan Medenî Kanununun 1406 ilâ 1410 uncu maddelerinde, sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma; 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 66 ncı maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16 ncı maddesinde ise, sözleşmenin devri düzenlenmiştir. Bu hukukî yapıların, Türk öğreti ve uygulamasında da açıkça kabul edildiği göz önünde tutularak, Tasarının Beşinci Bölümünde, borca katılma yanında, sözleşmenin devri ile sözleşmeye katılmanın da düzenlenmesi uygun görülmüştür.

Madde 200 (E. Borca katılma)

Bilindiği gibi, borcun üstlenilmesi sonucunda eski borçlu borcundan kurtulmakta, onun yerini yeni borçlu almaktadır. Borca katılmada ise, borçlu borcundan kurtulmamakta, "katılan" da borçlu ile birlikte aynı borçtan müteselsilen sorumlu olmaktadır. Uygulamada sıkça karşılaşılan borca katılmanın, "Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri" başlığını taşıyan Beşinci Bölümün 200 üncü maddesinde, yasal bir düzenlemeye kavuşturulması yerinde görülmüştür.

Madde 204 (A. Sözleşmenin devri)

"Sözleşmenin devri", Tasarının 204 üncü maddesinin birinci fıkrasında, "sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma" olarak tanımlanmaktadır.

Madde 205 (B. Sözleşmeye katılma)

"Sözleşmeye katılma", Tasarının 205 inci maddesinin birinci fıkrasında, "mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşma" olarak tanımlanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmeye katılmanın hukukî sonuçları, son fıkrasında ise, şekli düzenlenmektedir.

bb) Özel borç ilişkilerinde

Tasarının "Özel Borç İlişkileri" başlıklı olup, onsekiz bölüme ayrılan İkinci Kısımındaki yeni hükümler ve içerikleri, her bir bölüm itibarıyla, aşağıda özetlenmiştir. Ancak, yukarıda (IV altında) da belirtildiği gibi, Tasarının İkinci Kısımının Üçüncü, Beşinci, Yedinci, Dokuzuncu ilâ Ondördüncü, Onaltıncı ve Onyedinci Bölümlerinde, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda mevcut olmayan yeni bir hükme yer verilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

Satış Sözleşmesi

"Özel Borç İlişkileri" başlıklı İkinci Kısımın "Satış Sözleşmesi" başlığını taşıyan Birinci Bölümün Üçüncü Ayırımında "Satış İlişisini Doğuran Haklar" başlığı altındaki 237, 238, 239, 240 ve 241 inci maddelerde, yürürlükteki Kanunda yer almayan yeni düzenlemeler yapılmış, özellikle "sözleşmeden doğan önalım hakkı" düzenlenmiştir. Aynı Bölümün Dördüncü Ayırımında, yürürlükteki Kanunda tanımlanmayan "Tecrübe ve muayene şartıyla satım", bu kez "Beğenme koşuluyla satış" adı altında, 248 inci maddede tanımlanmıştır. "Kısmî Ödemeli Satışlar" başlığı altında yer verilen "Taksitle satış", yürürlükteki Kanundan farklı biçimde ve oldukça ayrıntılı olarak, 252 ilâ 262 nci maddelerde düzenlenmiştir. Aynı şekilde, yürürlükteki Kanunda yer verilmeyen "Önödemeli Taksitle Satış", Tasarının 263 ilâ 271 inci maddelerinde düzenlenmiş yeni bir satış türüdür.

"Kısmî ödemeli satışlar" hakkında düzenleme yapılırken, İsviçre Borçlar Kanununun 23 Mart 2001 tarihli "Tüketici Kredilerine İlişkin Federal Kanun"dan önceki düzenlemesi ile huku-kumuzdaki 4077 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun"daki düzenleme göz önünde tutulmuştur.

Yapılan değişikliklerin bazılarının gerekçeleri aşağıda açıklanmıştır:

Madde 207 (B. Yarar ve hasar)

818 sayılı Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinin birinci fıkrasında, parça borçlarında yarar ve hasarın, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçtiği kabul edilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği hâlde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Uluslararası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da, hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanununda yapılan düzenlemeden farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural hâline getirilmiştir. Bu değişikliğe ve yeniliğe bağlı olarak, 818 sayılı Borçlar Kanununun, çeşit (cins) borçlarında hasarın alıcıya geçmesinin koşullarına ilişkin ikinci fıkrası ile geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçtiği ana ilişkin son fıkra hükümleri, Tasarının 207 nci maddesine alınmamıştır.

Maddenin ikinci fıkrası 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkraya göre, taşınır satışlarında, alıcı, satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düştüğü takdirde taşınırın yarar ve hasarı, zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine alıcıya geçecektir. Buna benzer bir düzenleme, Alman Medenî Kanununun taşınır ve taşınmaz satışı ayrımı yapılmaksızın, yarar ve hasarın geçişine ilişkin 446 nci paragrafında da yer almaktadır. Ancak, taşınmaz satışlarında teslimin tescil tarihinden sonra gerçekleştirilmesine ilişkin bir sözleşmenin varlığı hâlinde, yarar ve hasarın hangi anda alıcıya geçeceğine ilişkin düzenleme, Tasarının 244 üncü maddesinin birinci fıkrasında yapılmıştır.

Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca satıcı, alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderdiği takdirde, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçecektir. Buna benzer bir düzenleme, 11/04/1980 tarihli "Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi"nin 67 nci maddesinde ve Alman Medenî Kanununun (BGB) 447 nci maddesinin birinci fıkrasında da bulunmaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanununda, satılanın yarar ve hasarının hangi anda alıcıya geçeceği düzenlendiği hâlde, Tasarıda, yarar ve hasarın hangi âna kadar satıcıya ait olacağı düzenlenmiştir.

Madde 237 (B. Satış ilişkisi doğuran haklar / I. Süresi ve şerhi)

Maddeye göre, önalım ve geri alım hakları en çok yirmibeş yıllık, alım hakkı ise en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süre ile tapu siciline şerh edilebilir.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 216a maddesinde de aynı düzenlemeye yer verilmeyle birlikte, bu hakların tapu siciline şerhin süresi bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Gerçekten, kaynak Kanunda söz konusu hakların tapu siciline şerhi bir süreyle sınırlanmadığı hâlde, Tasarının 237 nci maddesinde, "kanunlarda belirlenen süreyle" tapu siciline şerh edilebileceği öngörülmüştür.

Böylece, madde, sözleşmeden doğan önalım hakkı ile alım ve geri alım haklarının şerhinin, her durumda on yıllık süre için etkisini göstereceğine ilişkin 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 735 inci ve 736 nci maddelerinin ikinci fıkralarındaki düzenlemelerle uyumlu olacak biçimde kaleme alınmıştır.

Madde 238 (II. Devredilmesi ve miras yoluyla geçmesi)

Maddenin birinci fıkrasında, aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım haklarının devredilemeyeceği, ancak miras yoluyla geçeceği belirtilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu hakların devrine ilişkin sözleşmelerin geçerliliğinin, hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir.

Madde 239 (III. Önalım hakkı /1. İleri sürülmesi)

Maddenin birinci fıkrasında kullanılan "taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışı eşdeğer her türlü işlem" şeklindeki ibare, satış ve onunla eşdeğerli bütün hukukî işlemleri kapsamaktadır. Böylece, önalım hakkı taşınmaz satışında ve ekonomik bakımdan satışı eşdeğer işlemler yapılması hâlinde kullanılabilir. Meselâ, bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri hâlinde bu işlem, fıkra anlamında ekonomik bakımdan satışı eşdeğer işlem niteliğinde sayılabilecektir. Ancak, bir taşınmazın anonim veya limited şirkete aynî sermaye olarak konulmasında önalım hakkı kullanılamayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise taşınmazın, mirasın paylaşılması kapsamında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla kazanılması hâllerinde, önalım hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 216c maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 240 (2. Koşulları ve hükümleri)

Maddenin birinci fıkrasında, satıcının veya alıcının taşınmaz satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini, noter aracılığıyla önalım hakkı sahibine bildirmek zorunda olduğu belirtilmektedir. Gerçekten, Türk Medenî Kanununun 735 inci maddesinin son fıkrasına göre de, yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır. Yine Türk Medenî Kanununun 733 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, yapılan satış, satıcı veya alıcı tarafından önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında kullanılan "satış sözleşmesi ... alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa" şeklindeki ibareyle, sınırlı ehliyetsiz olan alıcı tarafından tek başına hareket edilerek yapılan satış sözleşmesine Türk Medenî Kanununun 16 ncı maddesi uyarınca, yasal temsilcisinin rıza göstermemesi yanında, ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olan alıcı tarafından, tek başına hareket edilerek yapılan taşınmaz satış sözleşmesine, Türk Medenî Kanununun 462 nci maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca vesayet makamının izin vermemesi de kastedilmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, aksi kararlaştırılmadıkça önalım hakkı sahibi, taşınmazı satıcının üçüncü kişiyle yaptığı satışın koşulları çerçevesinde kazanır.

Maddenin son fıkrasında sözü edilen satışı eşdeğer işlemlerin başlıca örneğini, İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında da kabul edildiği gibi, taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı kurulması oluşturmaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**Kira Sözleşmesi**

"Kira Sözleşmesi" başlığını taşıyan Dördüncü Bölüm, üç ayırma bölünerek, Birinci Ayırımında "Genel Hükümler"e, İkinci Ayırımında "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları"na ve Üçüncü Ayırımında da "Ürün Kirası"na yer verilmiştir. Birinci Ayırımında, 299 uncu maddede yer alan "Kira süresi" yeni bir düzenlemedir. Aynı şekilde, "Üçüncü kişinin sınırlı aynî hak sahibi olması" kenar başlığını taşıyan 310 uncu madde, "Kiralanda kiracı tarafından değişiklik yapılması"ni düzenleyen 320 nci madde, "Kiranın devri" kenar başlığını taşıyan 322 nci madde, "Takastan feragat yasağı" kenar başlıklı 325 inci madde, "Kiralananın geri verilmesinde gözden geçirme ve bildirme" konusundaki 334 üncü madde, yürürlükteki Kanunda mevcut olmayan yeni hükümlerdir. Dördüncü Bölümün İkinci Ayırımı 338 ilâ 355 inci maddelerden oluşmakta ve "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" başlığını taşımaktadır. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri, Tasarıda kira sözleşmesi düzenlenmesine dâhil edildiği içindir ki, bu özel Kanuna tâbi kira sözleşmelerinin konusunu oluşturan taşınmazlar, bu ayırım altında düzenlenmiştir. Bu nedenle, Tasarının yasalaşması durumunda, 6570 sayılı Kanunun da yürürlükten kaldırılması

öngörülmektedir. Bu ayırimda yer verilen hükümlerin pek çoğu, 6570 sayılı Kanunda bulunduğu hâlde, yürürlükteki Kanunda mevcut olmayan hükümlerdir. Meselâ, "Uygulama alanı", "Kiracının güvence vermesi", "Kira bedeli", "Kira bedelinin belirlenmesi", "Sözleşmenin sona ermesi", "Yeniden kiralama yasağı", "Kiracının ölümünde sözleşmenin sürdürülmesi" kenar başlıklarını taşıyan 338, 341, 342, 343, 346 vd., 354 ve 355 inci maddeler böyledir. Buna karşılık; "Bağlantılı sözleşme", "Dava açma süresi ve kararın etkisi", "Kiracı aleyhine düzenleme yasağı" ve "Aile konutu" kenar başlıklı 339, 344, 345 ve 348 inci maddeler, yürürlükteki Kanunda ve 6570 sayılı Kanunda bulunmayan, yeni hükümlerdir. Kira sözleşmelerinin düzenlenmesinde de, Tasarının bütününde olduğu gibi, Yargıtay kararları ve Avrupa mevzuatı göz önünde tutulmuştur.

Yapılan değişikliklerin bazılarının gerekçeleri aşağıda açıklanmıştır:

Madde 299 (B. Kira süresi)

Maddenin birinci fıkrasında, kira sözleşmesinin bir unsurunu oluşturmamakla birlikte, kira sözleşmesinin sona ermesi bakımından önemli olan kira süresinin düzenlenmesi zorunlu görülmüştür. Böylece, türü ne olursa olsun, tüm kira sözleşmelerinin, belirli veya belirli olmayan bir süre için yapılabileceği belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre: "Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle her hangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli sürelidir; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır".

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 255 inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 320 (2. Kiracı tarafından)

Maddenin birinci fıkrasında, kiracının kiraya verenin yazılı rızasıyla kiralanda yenilik ve değişiklikler yapabileceği belirtilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, kiraya verenin bu yenilik ve değişikliklere rıza göstermesi durumunda, yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, kiralananın eski durumuyla geri verilmesini isteyemeyeceği öngörülmektedir. Böylece, kiracının kiralananı sözleşme sonunda, ne durumda teslim almışsa, o durumda geri verme borcuna ilişkin Tasarının 333 üncü maddesinin bir istisnasına yer verilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde, kiracının, kiralanda yenilik ve değişiklikler yapabilmesi için kiraya verenin yazılı rızasını alması koşulu aranmış ve bu rızayı alan kiracının, aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, kiralananı eski durumuyla geri verme sorumluluğundan kurtulacağı esası benimsenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, aksine yazılı bir anlaşma yoksa, kiracının, sözleşmenin sona ermesinden sonra da, bu yenilik ve değişikliklerin kiralanda meydana getirdiği önemli değer artışının karşılığını kiraya verenden isteyebileceği esası benimsenerek, bu konudaki tartışmalar sona erdirilmek istenmiştir. Bu konuda kiracının korunması amacıyla, göreceli (nisbî) bir emredici kural getirilmiştir. Kiracının önemli değer artışı yaratmış değişiklikler ve iyileştirmeler için karşılık isteme hakkının anlaşma ile kaldırılması veya sınırlandırılmasına imkân tanınmamış; buna karşılık, yazılı anlaşmada, daha fazla bir giderim talebine yer verilebileceği kabul edilmiştir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 260a maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 322 (III. Kira ilişkisinin devri)

Maddenin birinci fıkrasında, kiracının kira ilişkisini başkasına devredebilmesi, kiraya verenin yazılı rızasına bağlanmış; ancak, kiraya verenin işyeri kiralalarında haklı sebep olmadan bu rızayı vermekten kaçınmayacağı öngörülmüştür. "Haklı sebep", somut olaydaki durum ve koşullar göz önünde tutularak, hâkim tarafından belirlenecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, kira ilişkisinin devrinin, kira sözleşmesinin kiracı tarafını değiştirdiği açıkça ifade edilmiştir. Devir ile birlikte devreden kiracı, kiraya verene karşı tüm borçlarından kurtulacak ve devralan, devreden yerine geçerek, kiraya verene karşı sorumlu olacaktır. Bu devir, kiraya verenin rızasıyla gerçekleşebileceği için, borçlunun değişmesinin kiraya verenin sözleşmedeki durumunu olumsuz yönde etkilediği söylenemeyecektir.

Maddenin son fıkrasında, işyeri kiralalarında, devreden kiracının, devir konusu kira sözleşmesi süresinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi göz önünde tutulmuştur. Bununla birlikte, kaynak Kanunda sadece işyeri kira ilişkisinin devri düzenlendiği hâlde, Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanunundaki konut ve işyeri ayrımı yapılmaksızın buna imkân veren düzenlemesi korunmuştur.

Madde 325 (V. Takastan feragat yasağı)

Maddede, takastan önceden feragat edilebileceğine ilişkin Tasarının 144 üncü maddesindeki kurala, kira ilişkisinden doğan alacaklar bakımından emredici bir istisna getirilmiştir. Özellikle, uygulamada sıkça görüldüğü gibi, kira sözleşmelerinde kiraya veren lehine olarak, kiracının, meselâ kiralananın ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu alacağının takas edilemeyeceğine ilişkin düzenleme yapılması engellenerek, bu konuda kiraya veren ile kiracı arasında, menfaat dengesi sağlanmıştır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 265 inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 334 (II. Kiralananın gözden geçirilmesi ve kiracıya bildirme)

Madde ile, kiracının kiralananı geri verme borcunu gereği gibi ifası konusunda kiraya verenin sonradan ortaya çıkarabileceği çekişmelerin önlenmesi amaçlanmıştır. Kiraya veren, kiralananı teslim aldığı anda kiralananın durumunu gözden geçirecek; kiracının sorumluluğuna yol açacak nitelikte bir eksikliğin ve ayıbın varlığı hâlinde, bunu hemen, kiracıya yazılı olarak bildirecektir. Bu bildirim yapılmaması, kiracıyı her türlü sorumluluktan kurtaracaktır. Öte yandan, teslim alma sırasında yapılacak olağan inceleme ile belirlenemeyecek nitelikteki eksikliklerden ve ayıplardan, kiracının sorumluluğu devam edecektir. Ancak, kiraya veren, bu nitelikteki eksiklik ve ayıpları sonradan belirlediği takdirde, durumu hemen kiracıya bildirecektir. Bu bildirim yükünün yerine getirilmemesi de, kiracının sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuracaktır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 267a maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 339 (B. Bağlantılı sözleşme)

Maddede, kiracıyı koruma amacıyla, kiracının yararı olmaksızın, konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşmenin kurulması veya devamının bir başka sözleşmeyle kiracılık ile ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanması hâlinde, kira ile bağlantılı bu sözleşmenin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Burada 818 sayılı Borçlar Kanununun 20 nci maddesi anlamında her zaman ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen nazara alınması gereken kesin hükümsüzlük söz konusudur, burada geçersiz olan bağlantı sözleşmesidir. Kira sözleşmesi geçerliliğini korur; yani kısmî geçersizlik söz konusudur.

Kiracı, bu madde ile kiraya verenin kiracı karşısında güçlü olma konumunu kullanarak kiracılıkla ilgisi olmayan başkaca borçları kendisine yüklemesine karşı korunmuştur. Meselâ, kiracının, kiralayana karşı kiralananı satın alma yükümlülüğü altına girmesi veya önceki kiracının bıraktığı eşyayı satın almayı borçlanması ya da kiralananla ilgili bir sigorta sözleşmesi yapmayı üstlenmesi geçersiz olacaktır.

Öte yandan kiracılıkla bağlantısı bulunmayan, borç altına girmenin geçersiz olması ba-

kımından, bu borçlanmanın kiraya verene veya üçüncü kişiye karşı olmasında fark yoktur. Her iki durumda da geçersizlik söz konusu olacaktır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 254 üncü maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 344 (III. Dava açma süresi)

Maddenin birinci fıkrasında uygulamada da kabul edilen esaslara uygun olarak, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın (uygulamadaki adıyla kira tespit davasının), her zaman açılacağı belirtilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında belirli süreli kira sözleşmelerinde, mahkemece belirlenen kira bedelinin, kiracıyı hangi tarihten geçerli olmak üzere bağlayacağı düzenlenmektedir. Buna göre, dava, dava dilekçesinin yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte kiracıya tebliğ edilmiş olması koşuluna uyularak açılmışsa, mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlayacaktır. Aynı sonuç, kiraya veren tarafından bu süre içinde, kiracıya yazılı bildirimde bulunmuş olması koşuluna uyularak, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın, izleyen yeni kira döneminin sonuna kadar açılması durumunda da geçerli olacaktır.

Maddenin son fıkrasında, sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağı hakkında bir hükmün bulunması koşuluyla, kiraya veren kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davayı yeni kira döneminin sonuna kadar açtığı takdirde, mahkemece belirlenecek kira bedelinin, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olacağı kabul edilmiştir. Nitekim, yerleşmiş uygulama da aynı yöndedir.

Madde 345 (IV. Kiracı aleyhine düzenleme yasağı)

Kiracının kira borcu bakımından korunmaması yönünde, uygulamada ortaya çıkan görüşler benimsenmediği için, madde ile, kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilmesi önlenmiş; kira bedelinin zamanında ödenmemesi durumunda, sözleşme cezası (ceza koşulu) ödenmesi veya sonraki kira bedellerinin muaccel olması şeklindeki anlaşmalar da geçersiz kılınmıştır.

Madde 347 (2. Bildirimin geçerliliği/a. Şekil)

Maddede, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmenin sona ermesine ilişkin bildirimlerin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlanmış ve böylece 6570 sayılı Kanunun 11 inci maddesindeki geçerlilik şekli aynen korunmuştur. Madde kapsamından anlaşılacağı üzere, geçerlilik için yazılı şekil zorunluluğu, kiraya verenin, Tasarının 346 ncı maddesinde öngörülen fesih bildirim için de aranacaktır.

Madde 348 (b. Aile konutu)

Madde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 194 üncü maddesinin birinci, ikinci ve son fıkralarında yapılan düzenleme ile uyumlu olarak kaleme alınmıştır. Bu düzenlemede, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracının, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği; bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracının, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebileceği ve sözleşmenin tarafı olmayan eşin, kiralayana (kiraya verene) yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline geleceği öngörülmektedir. Tasarıda da, aynı esaslar korunmuş, buna bağlı olarak, maddenin son fıkrasında, kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde, kiraya verenin, fesih bildirim ile fesih ihtiarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Böylece, bu durumda, evlilik birliğinin korunması amacıyla, eşlerden birinin, kiracı sıfatıyla, tek başına hareket ederek, diğer eşin açık rızası olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi önlenmek istenmiştir.

ALTINCI BÖLÜM

Hizmet Sözleşmeleri

Altıncı Bölüm, "Hizmet Sözleşmeleri" başlığı altında üç ayırımdan oluşmaktadır. Hizmet sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır. Bu düzenlemelerde, İş Kanunu Tasarısını hazırlamış olan akademisyenlerden oluşan bir heyetin hazırladığı rapordan geniş ölçüde yararlanılmıştır. Birinci Ayırımda "Genel Hizmet Sözleşmesi", İkinci Ayırımda "Pazarlamacılık Sözleşmesi" ve Üçüncü Ayırımda "Evde Hizmet Sözleşmesi" düzenlenmiştir. Birinci Ayırımda, genel hizmet sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 393 üncü maddenin son fıkrasına, "Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur." hükmü eklenerek, işçilerin menfaati korunmuştur. Yürürlükteki Kanunda yer almayan "Teslim ve hesap verme borcu", 396 ncı maddede düzenlenmiş yeni bir hükümdür. Aynı şekilde, "Düzenlemelere ve talimata uyma borcu" da 398 inci maddede düzenlenmiş yeni bir hükümdür. Yeni hükümlerden biri de, 403 üncü maddede yer verilen "Aracılık ücreti"dir. Aynı şekilde "İkramiye"yi düzenleyen 404 üncü madde, "Ücret alacağına haczi, devri ve rehdilmesi" konusunu düzenleyen 409 uncu madde, "Birim ücreti" düzenleyen 411 inci madde, "Giderler" kenar başlığını taşıyan 413 üncü madde, "Taşıma araçları" kenar başlıklı 414 üncü madde, "Giderlerin ödenmesi" konusunu düzenleyen 415 inci madde, "İşçinin kişiliğinin korunması" ile ilgili 418 ve ibraya ilişkin 419 uncu maddeler, "Yıllık izin" ile ilgili 421ilâ 424 üncü maddeler ile "Hizmet ilişkisinin devri", "Sözleşmenin devri", "Feshe karşı koruma", "Haklı sebebe dayanmayan feshin sonuçları", "İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması", "Sözleşmenin sona ermesinin sonuçları", "Geri verme yükümlülüğü" ile "Makbuz hükmünde sayılmama" konularını düzenleyen 427, 428, 433, 437, 438, 441, 442 ve 447 nci maddeler, yürürlükteki Kanunda mevcut olmayan yeni hükümlerdir.

İkinci Ayırımda düzenlenen "Pazarlamacılık Sözleşmesi", 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almamış olmakla birlikte, uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür. Bu ayırımın içerdiği hükümlerin yer aldığı 448 ilâ 460 inci maddeler, tamamen yeni düzenlemelerdir. Üçüncü Ayırımında yer verilen "Evde Hizmet Sözleşmesi"ne ilişkin 461 ilâ 469 uncu maddeler de yeni düzenlemeler arasındadır.

Yapılan değişikliklerin bazılarının gerekçeleri aşağıda açıklanmıştır:

Madde 398 (V. Düzenlemelere ve talimata uyma borcu)

Maddede, işverenin işin görülmesi ve işyerinde işçilerin davranışlarına ilişkin olarak genel düzenlemeler yapabilmesi ve ayrıca özel talimat verebilmesi kabul edilmiştir. İşverenin koyduğu genel düzenlemeler bütün işçiler ve işyeri için bağlayıcı düzenlemeler olduğu hâlde, özel talimat, ancak işin özelliği gerektirdiği ölçüde konulabilen ve sadece muhataplarının bilgisine ulaştırıldığı takdirde bağlayıcı olabilen düzenlemelerdir. Bununla birlikte, söz konusu özel talimatın bağlayıcı olması için, 818 sayılı Borçlar Kanununun 315 inci maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, mutlaka önceden yazılı biçimde belirlenmesi koşulunun aranmasından vazgeçilmiştir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 321d maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 403 (d. Aracılık ücreti)

Maddenin birinci fıkrasında, işçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödenmesi kararlaştırıldığı takdirde, işçinin istem hakkının, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulduğu anda doğacağı belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, "borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin, bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla

veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir.”

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, işçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme işverence kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erer; sadece kısmî ifa hâlinde ise, ücretten orantılı olarak indirim yapılır.

Maddenin dördüncü fıkrasında, sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işverenin işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için bu ücrete tâbi işlemleri de içeren yazılı şekilde hesap vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Maddenin son fıkrasına göre, “hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren, işçiye veya onun yerine birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorundadır.”

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 322b ve 322c maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 404 (e. İkramiye)

Maddenin birinci fıkrasına göre, işveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilir; işçilerin bu ikramiyeye ilişkin istem hakları, bu konuda anlaşma olması hâlinde doğacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, hizmet sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermesi durumunda, işçinin ikramiyeden çalıştığı süreyle orantılı bir bölümünü isteme hakkının, yine bu konuda anlaşma olması hâlinde doğacağı açıklanmıştır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 322d maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 409 (Ücret alacağının haczi, devri ve rehnedilmesi)

Maddenin birinci fıkrasına göre, işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devredilemez ve rehnedilemez; ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar bu orana dâhil değildir; nafaka alacaklılarının hakları saklıdır. Nitekim, aynı düzenlemeye, 4857 sayılı İş Kanununun “Ücretin saklı kısmı” kenar başlıklı 35 inci maddesinde de yer verilmiştir. Tasarının 409 uncu maddesi, “Ücretin korunması” kenar başlıklı 406 ncı maddesinin tamamlayıcısı niteliğindedir.

Aynı fıkraya göre, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar bu orana dâhil değildir. Yani, aile hukukundan doğan bakım ve yardım yükümlülüğüyle ilgili olarak, mahkemece hükmedilecek nafaka borçlarında, ücretin sınırlı olarak haczedilebileceği ileri sürülemeyecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, gelecekteki ücret alacaklarının, devredilmesi veya rehnedilmesine ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu öngörülmüştür.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 325 inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 413 (III. Giderler/1. Genel olarak)

Maddenin birinci fıkrasında, işverenin, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü gideri ve işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu harcamaları ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, yazılı olarak yapılmış bir hizmet sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde, bizzat işçi tarafından karşılanması kararlaştırılan harcamaların, kendisine götürü biçimde, günlük, haftalık veya aylık olarak ödenmesinin öngörülebileceği ifade edilmiştir.

Söz konusu yazılı anlaşmada, böyle bir ödeme kararlaştırılmışsa, işçi tarafından meselâ, işyerine gidiş-dönüş, yemek, konaklama ve buna benzer amaçlarla yapılmış olan harcamaların, işverence, duruma göre her gün, her hafta veya her ay itibarıyla hesaplanacak tutarının da ödemesi gerekecektir. Ancak, fıkra uyarınca işveren, "götürü biçimde" ödemeyi üstlendiği bu tür harcamaların, işçi tarafından fiilen yapılmadığını ileri sürerek bunları ödemekten kaçınamayacaktır. Fıkranın son cümlesine göre, işveren tarafından yapılacak ödeme, işçinin bu tür harcamalarının zorunlu kıldığı miktardan az olamayacaktır.

Maddenin son fıkrasında, işçiyi korumaya yönelik emredici bir kural getirilmiştir. Buna göre, zorunlu harcamaların tamamen veya kısmen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların yapılamayacağı, aksi hâlde bunların geçersiz olduğu kabul edilmiştir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 327a maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 414 (2. Taşıma araçları)

Maddenin birinci fıkrasında, işçinin, işin görülmesi için işverenle anlaşarak işverenin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanması durumunda, taşıtın işletilmesinin ve bakımının gerektirdiği olağan giderlerin, hizmet için kullanıldığı ölçüde işverence karşılanacağı belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin işverenle anlaşarak işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanması durumunda, işverenin sadece motorlu aracın işletilmesinin ve bakımının gerektirdiği olağan giderlerden değil, aynı zamanda bunların vergi, zorunlu malî sorumluluk sigortası primlerini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı da ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Ancak, işveren tarafından karşılanacak olan bu giderler, "hizmet için kullanıldığı ölçüde" sınırlamasına tâbi tutulmuştur.

Maddenin son fıkrasında, işçinin işverenle anlaşarak, hizmetin görülmesinde kendisine ait diğer taşıma araçlarını ve hayvanlarını kullanması durumunda, işverenin, bunların kullanımının ve bakımının gerektirdiği olağan giderleri, yine hizmet için kullanıldığı ölçüde karşılamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 327b maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 415 (3. Giderlerin ödenmesi)

Maddenin birinci fıkrasında, işçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağının, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödeneceği belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin hizmetinin ifasının gerektirdiği giderler için avans alacağı düzenlenmiştir. İşçinin avans alacağı, hizmetin ifası için "düzenli olarak yapılması gerekli masraflar" için söz konusu olacaktır. Bu koşulun gerçekleşmesi hâlinde, işçiye en az ayda bir olmak üzere, belirli aralıklarla avans verilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 327c maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 418 (3. Kişisel verilerin kullanılmasında)

Maddenin birinci fıkrasında, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmıştır. Buna göre, işveren, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 328b maddesi göz

önünde tutulmak suretiyle kaleme alınmıştır.

Madde 419 (V. Ceza koşulu ve ibra)

Maddenin birinci fıkrasına göre, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulacak ceza koşulu geçersizdir. Buna karşılık hizmet sözleşmelerine işçi lehine ceza koşulu konulabilir. Böylece fıkra hükmü nispi emredici bir nitelik taşımaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin işverenden olan alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin geçerliliği şu iki koşulun birlikte gerçekleşmiş olmasına bağlanmıştır:

1. İbra sözleşmesi yazılı şekilde yapılmış olmalıdır.
2. Sözleşmede ibra konusu alacağın türü ve miktarı açıkça belirtilmiş olmalıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, hizmet sözleşmesinin devam ettiği sırada veya sona ermesinden başlayarak bir ay geçmeden, işçi aleyhine yapılan ibra sözleşmelerinin hükümsüz olduğu belirtilmektedir.

Maddenin son fıkrasında ise, ibra sözleşmesinin iptalinin istenebilmesinin koşulları düzenlenmektedir. Buna göre, ibra sözleşmesi işçinin haklarını yeterince korumuyor veya aşırı ölçüde sınırlıyorsa ve bu durumlar açıkça belli ise işçi, böyle bir ibra sözleşmesinin, hizmet ilişkisinin sona erdiği tarihten başlayarak iki yıl içinde iptalini isteyebilecektir.

Madde 421 (2. Yıllık izin /a. Süresi)

Maddede, işverenin, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin verme zorunda olduğu belirtilmektedir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 329a maddesi göz önünde tutulmak suretiyle kaleme alınmıştır.

Madde 422 (b. İndirimi)

Maddenin birinci fıkrasına göre, işçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmese işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getirememesi durumunda, işverenin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacağı belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, işveren, kadın işçinin gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini yerine getirememesinin üç ayı geçmemesi durumunda, yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacaktır.

Maddenin son fıkrasında ise, hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamayacağı öngörülmüştür.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 329b maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 423 (c. Kullanılması)

Maddenin birinci fıkrasında, yıllık ücretli izinlerin kural olarak aralıksız biçimde verileceği; ancak tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünerek de kullanılabilmesi belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, işveren yıllık ücretli izin tarihlerini, iş yerinin veya ev düzeninin çıkarlarıyla bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirler.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 329c maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 424 (d. Ücreti)

Maddenin birinci fıkrasına göre, "işveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretini, ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermekle yükümlüdür." Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 57 nci maddesinin birinci fıkrasında "İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorundadır." şeklinde yer almaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı para ve başka menfaatler karşılığında, yıllık ücretli izin hakkından feragat edemeyeceği belirtilmiştir. Yine, 4857 sayılı İş Kanununun 53 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceği ifade edilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, hizmet sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde, işçinin hak kazanıp da kullanamadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenecektir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımının başlangıcı, hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. Bu fıkra, 4857 sayılı İş Kanununun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasından aynen alınmıştır.

Maddenin son fıkrasında ise, yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin bu süre içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığına anlaşılması durumunda, işverenin izin süresi için ödediği ücreti geri alabileceği belirtilmiştir. Bu fıkra da, 4857 sayılı İş Kanununun 58 inci maddesinden aynen alınmıştır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 329d maddesi de göz önünde tutulmuştur.

Madde 427 (F. Hizmet ilişkisinin devri / I. İşyerinin tamamının veya bir bölümünün devri)

Maddenin birinci fıkrasında, bir işletmenin kısmen ya da tamamen bir üçüncü kişiye devri hâlinde, hizmet ilişkisinin bütün hakları ve borçları ile birlikte devir tarihinden itibaren, kendiliğinden devralana geçeceği hükme bağlanmıştır. Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında da bulunmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı belirtilmektedir. Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasında da bulunmaktadır.

Maddenin son fıkrasına göre: "Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır." Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında da bulunmaktadır.

Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 333 üncü maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 428 (II. Sözleşmenin devri)

Maddenin birinci fıkrasında, hizmet sözleşmesinin, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceği belirtilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, devir işlemiyle devralanın, bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafını oluşturacağı ifade edilmiştir. Gerçekten, hizmet sözleşmesini devralınmasıyla, hizmet ilişkisi sona ermemekte, devralan, sözleşmenin işveren tarafı hâline gelmektedir. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır. Benzer bir düzenleme, geçici iş ilişkisi bakımından 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesinde de yapılmıştır.

SEKİZİNCİ BÖLÜM**Yayım Sözleşmesi**

Tasarının 488 inci maddesi, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hüküm içermektedir. Bu hüküm ile, yayım sözleşmesinin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 51 inci maddesinde olduğu gibi, geçerlilik şekline bağlanması uygun görülmüştür. Bu değişikliğin gerekçesi, aşağıda açıklanmıştır:

Madde 488 (B. Şekli)

Maddeye göre, yayım sözleşmesinin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 51 inci maddesinde olduğu gibi, geçerlilik şekline bağlanması uygun görülmüştür. Söz konusu maddeye göre de: "Malî haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır."

ONBEŞİNCİ BÖLÜM**Kefalet Sözleşmesi**

Onbeşinci Bölümde "Kefalet Sözleşmesi", 581 ilâ 603 inci maddelerde düzenlenmiştir. Bu bölümde getirilen yeniliklerden biri "Eşin rızası" kenar başlığını taşıyan 584 üncü maddedir. Diğer yeni bir hüküm "Kefaletten dönme" kenar başlığını taşıyan 599 uncu maddedir. Nihayet, "Uygulama alanı" kenar başlıklı 603 üncü madde hükmü de, ne yürürlükteki Kanunda, ne de kaynak İsviçre Borçlar Kanununda mevcuttur. Tek fıkradan oluşan bu yeni hükümle, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmiştir. Madde, kefilin koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almaktadır. Yapılan değişikliklerin bazılarının gerekçeleri aşağıda açıklanmıştır:

Madde 584 (III. Eşin rızası)

Maddenin birinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Ancak, fıkroda bu kuralın iki istisnasına yer verilmiştir. Birinci istisna, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olması, ikincisi eşlerden birinin yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olmasıdır. Söz konusu istisnalardan birinin varlığı durumunda, eşin rızası aranmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, eşin rızasının aranmadığı diğer bir istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvenmelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de kefilin eşinin rızası aranmayacaktır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 494 üncü maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 599 (II. Ortak hükümler/1. Kefil ile alacaklı arasındaki ilişki / a. Sorumluluğun kapsamı)

Maddenin birinci fıkrasında, gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumunun, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulması veya malî durumunun kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması hâlinde, kefilin alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebileceği belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, kefilin, kefaletten dönmesi sonucunda, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacağı hükme bağlanmıştır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 510 uncu maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 603 (E. Uygulama alanı)

Maddede, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.

ONSEKİZİNCİ BÖLÜM**Âdi Ortaklık Sözleşmesi**

Özel borç ilişkilerinin düzenlendiği İkinci Kısımın son bölümü olan Onsekizinci Bölümde "Âdi Ortaklık" düzenlenmiştir. Esas itibarıyla, ticaret hukukunu ilgilendiren bu ortaklık türünün, Türk Ticaret Kanununda yer alması gerekirse de, tüzel kişiliğinin bulunmamasından olsa gerek, Borçlar Kanununda yer alması yadırganmamaktadır. Tasarının 620 ilâ 645 inci maddelerinde düzenlenmiş olan âdi ortaklıkta ortakların koyacakları "sermaye" yerine, daha doğru olan "katılım payı" terimi kullanılmıştır. Ayrıca, "ortaklıktan çıkma ve çıkarılma" konuları da düzenlenmiştir (m.633–636). Yapılan değişikliklerin bazılarının gerekçeleri aşağıda açıklanmıştır:

Madde 633 (2. Ortaklıktan çıkma ve çıkarılma / a. Genel olarak)

Maddeye göre, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm bulunması koşuluyla, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleştiği takdirde ilgili ortağın veya temsilcisinin ya da ölen ortağın mirasçısının ortaklıktan çıkabileceği veya diğer ortaklar tarafından, yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabileceği belirtilmektedir:

1. Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması,
2. Kısıtlanması,
3. İflâsı,
4. Tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi,
5. Ölmesi.

Böylece, âdi ortaklıktan çıkma ve çıkarılma konusundaki önemli bir ihtiyacın giderilmesine yönelik çağdaş bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin amacı, ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılmak istediği veya ortaklıktan ayrılmasını gerektirecek yasal bir durum ortaya çıktığı takdirde, diğer ortaklara, ortaklığın sürdürülmesi konusunda, henüz ortaklığın kurulması aşamasında irade açıklamasında bulunma olanağını vermek ve bu suretle işleyen bir ortaklık sisteminin sona ermesini önlemektir. Ayrıca bu düzenleme, ölen ortağın mirasçılarıyla ortaklığı sürdürmek istemeyen diğer ortakları, ortaklığı tasfiye edip yeni bir ortaklık kurma zahmetinden kurtaracaktır.

Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medeni Kanununun (BGB) 736 ve 737 nci maddeleri göz önünde tutulmuştur.

Madde 634 (b. Ortaklık payının tasfiyesi)

Maddenin birinci fıkrasında, bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payının diğer ortaklara ortaklıktaki payları oranında kendiliğinden geçeceği belirtilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü olacaklar; ayrıca, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtarmak suretiyle, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemek zorunda kalacaklardır. Bu durumda, fıkroda kullanılan "ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı" şeklindeki ibare karşısında, tasfiye usulüne ilişkin Tasarının 644 üncü maddesinin göz önünde tutulması gerektiği açıktır. Buna karşılık, ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarma yerine kendisine bir güvence verebileceklerdir.

Maddenin son fıkrasında ise, çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payının, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, malî işlerde uzman bir kişiye hesaplattırılacağı ve tarafların uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişinin, hâkim tarafından atanacağı öngörülmektedir.

Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 738 inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 635 (c. Malvarlığının yetersizliği)

Maddeye göre, ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte, ortaklığın malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmediği takdirde, çıkan veya çıkarılan ortak, payına düşen borç tutarını, zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde diğer ortaklara ödemekle yükümlüdür.

Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 739 uncu maddesi göz önünde tutulmuştur.

Madde 636 (d. Tamamlanmamış işler)

Maddenin birinci fıkrasına göre, çıkan veya çıkarılan ortak, ortak olduğu dönemde henüz sonuçlanmamış işlerden doğan kâra veya zarara katılacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, ortaklık sıfatı sona eren kişinin, o hesap yılı sonu itibarıyla, tamamlanmış olan işler sebebiyle varsa ortaklıktan kendisine düşecek kâr payının ödenmesini; devam eden işler hakkında da gerekli bilginin verilmesini isteyebileceği belirtilmektedir.

Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 740 inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>

http://www.alomaliye.com/2008/borclar_kanunu_tasarisi.rar

adreslerinden metne erişebilirsiniz

Bu metin alomaliye sitesinden alınmıştır