

REVİZE EDİLMİŞ TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI'NA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE TEKLİFLER

Adalet Bakanlığı'nın gerekli adımları atarak "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı"nın oluşumuna önyak olmuş olması büyük önem taşımaktadır. Ancak her bilimsel eserde olduğu gibi bu çalışmada da, bir dizi aksaklık ve eksiklik ile karşılaşılması söz konusudur.

■ Y. Doç. Dr. Yeşim M. Atamer* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

B Borçlar Kanunu'nun, aynı diğer temel kanunlarımız gibi gözden geçirilmesi ve günümüzün değişen ihtiyaçlarına cevap verecek bir niteliğe kavuşturulması ihtiyacı, bir süredir hissedilmekteydi. Ayrıca, kanunun dilinin sadeleştirilmesi de, ciddi bir gereksinim oluşturmaktaydı. Bu açıdan Adalet Bakanlığı'nın gerekli adımları atarak "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı"nın oluşumuna önyak olmuş olması büyük önem taşımaktadır. Ancak her bilimsel eserde olduğu gibi bu çalışmada da bir dizi aksaklık ve eksiklik ile karşılaşılması söz konusudur. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısının Ocak 2005 tarihinde tartışmaya açılan ilk haline ilişkin gerek uygulamadan gerekse bilim çevrelerinden gelen eleştiriler sonucunda bir dizi değişiklik yapılmış ve revize edilmiş Tasarı yeniden kamuoyunun dikkatine sunulmuştur. Aşağıdaki çalışma, bu ikinci Tasarı esas alınarak hazırlanmıştır. Amaç, özellikle önem arz ettiğine inanılan bazı konulara dikkat çekmek ve düzeltilmesine yönelik teklifler sunmaktır.

A. Yasa tasarısının hazırlanma yöntemine ilişkin görüşler

Yasa Tasarısına ilişkin ilk önemli eleştiri, Tasarının hazırlanmasında izlenen yöntemle ilişkindir. Günümüzde artık hiçbir yasa koyucu karşılaştırmalı hukukun verilerinden faydalanmadan bir teklif hazırlamayı düşünemez. Küreselleşen dünyamızda hukuk ulusal niteliğini kaybetmiştir. Hele de ticaret hayatının temel kanunları (Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu) bütün dünyada birbirine yaklaştırmaya başlamıştır. Hukuk uyumlaştırması projelerinin özellikle bu alanlarda yoğunlaşmış olması bir tesadüf değildir. Zira hukukun bir ticaret engeli oluşturmasını önlemek ancak, ulusal hukukları birbirine yaklaştırmak suretiyle mümkündür. Nitekim bu amaçla son 20 yıl içinde bir dizi uluslararası oluşum, borçlar hukukunun çeşitli alanlarına ilişkin bu tür uyumlaştırma sonuçlarını yayınlamıştır. Bu oluşumlardan en önemlileri Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Unidroit (*International Institute for the Unification of Private Law*)¹ ve Bir-

leşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş olan Uncitral'dir (*United Nations Commission on International Trade Law*)². Bunun yanı sıra Avrupa Birliği içinde de ortak bir borçlar kanunu yaratma düşüncesi yıllardır mevcuttur ve bütün AB ülkelerinden bilim insanları Avrupa borçlar hukukunun ortak mirasını tespit etmek için çalışmakta ve teklifler yayınlamaktadır. Avrupa Birliği Komisyonu da 2003 yılında "Daha Uyumlu bir Avrupa Sözleşme Hukuku için Faaliyet Planı"³; 2004 Ekim ayında da "Avrupa Sözleşme Hukuku ve Topluluk Mevzuatının Gözden Geçirilmesi - İleriye Dönük Adımlar" başlıklı bildirimleri yayınlamak suretiyle bu çalışmaları yönlendirmektedir⁴. Anılan bütün bu faaliyetlerin en önemli ürünleri aşağıdakilerdir:

- Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (*Principles of International Commercial Contracts - Unidroit Principles*)
- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG*)
- Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (*Principles of European Contract Law - Lando Principles*)
- Sözleşmeler Hakkında Avrupa Kanunu (*Code européen des contrats - Gandolfi Code*)
- Avrupa Haksız Fiil Hukukunun Temel İlkeleri (*Principles of European Tort Law*)

Bunun yanı sıra son yıllarda kabul edilmiş önemli borçlar kanunu revizyonları da mevcuttur. Bunların başında Alman Medeni Kanunu (BGB) ve Hollanda Medeni Kanunu gelmektedir.

Borçlar Kanunu Tasarısı'na bakıldığında ise ne yazık ki bu metinlerden hiçbirinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Tasarıyı hazırlayan komisyon sadece İsviçre Borçlar Kanunu'nda (IBK) yapılmış olan bazı değişiklikleri dikkate almış, onun dışında dünyadaki gelişmelere sırtını çevirmiştir. İsviçre'den esinlenerek kanuna eklenen maddelerin bir kısmının İsviçre'de yasalaşmamış olan tasarılar, diğer bir kısmının da IBK'dan çıkarılmış olan maddelere dayanması da dikkat çekicidir. Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde bu türden bir iç kapanmanın yaşanmış olmasını açıklamak mümkün değildir. Oysa karşılaştırmalı hukuk alanındaki bu ürünlerin dikkate alınması halinde, aynı 2002 Alman reformunda olduğu gibi, gerçek bir reform mümkün olabilecekti; birkaç ekleme ve dil sadeleştirilmesi ile belki yetinilmeyecekti.

Tasarının hazırlanmasında usule ilişkin diğer önemli eksiklik ise tüketici mevzuatının gereği gibi dikkate alınmamış olmasıdır. Aslında borçlar hukukunun bir parçası konumunda olan tüketici hukuku, AB mevzuatının iç hukukumuzda aktarılması sırasında, ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Ancak bu durum, konuların birbiri ile olan sıkı bağlantısını azaltmamaktadır. Yıllardır tüketici mevzuatının BK ile uyumsuzluğu tartışılmaktayken, neden komisyonun bu alana da el atmadığı anlaşılmamaktadır⁵. Nitekim 2002 Alman borçlar hukuku reformunun arkasındaki itici güçlerden biri, tüketici mevzuatının Alman Medeni Kanunu dışında düzenlenmiş ve bunun anlamsız bir ikilik yaratmış olmasıdır. Bu nedenle tüketici mevzuatı, borçlar hukuku içinde eritilmiş ve bu ikiliğe bir son verilmiştir.

Birbirinden kopuk gerçekleştirilen yasama faaliyetlerinin beraberinde getirdiği en önemli tehlike, bazı konuların düzenlenmemiş kalması, bazılarının ise birbirine zıt düzenlenmesidir. İmalatçının sorumluluğu, düzenleme getirilmesi ihmal edilen alanlara ilişkin güzel bir örnek oluşturmaktadır. Avrupa Birliği tarafından henüz 1985 yılında çıkarılmış olan ve en önemli yönergelerden biri kabul edilen imalatçının sorumluluğu yönergesi⁶, bugün iç hukukumuzda aktarılmamış durumdadır. Bunun tek sebebi ise sorunun

* Bu çalışmanın oluşmasında, gerek teklifleriyle, gerekse tartışma katkılarıyla yardımcı olan değerli meslektaşlarım Doç. Dr. Vedat Buz, Yard. Doç. Dr. M. Murat Inceoğlu, Araş. Gör. Kerem Cem Sanlı, Araş. Gör. Göktürk Uyan, Araş. Gör. Yalçın Tosun ve Av. Burcu Tuzcu'ya teşekkür ederim.

¹ www.unidroit.org

² www.uncitral.org

³ Communication of the Commission to the Council and the European Parliament - a more coherent European Contract Law, Action Plan of 12.02.2003, COM (2003) 68 final, ATRG 2003 C 63/L.

⁴ Communication of the Commission to the Council and the European Parliament, European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, COM (2004) 651 final.

⁵ Tüketici mevzuatını hazırlama yetkisinin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nda olması bu konuda bir gerçekçe oluşturulamamak gerekir. Borçlar Kanunu ve ilgili mevzuatın bir elden çıkması şarttır. Hele de tüketicinin korunması hukuku gibi saf borçlar hukuku temelli bir alanın Komisyonun görev alanı dışında bırakılması anlaşılmalıdır.

⁶ 85/374/AET, AT Resmi Gazetesi (1985) L 210/29.

tüketicinin korunması ile ilişkilendirilmesi, dolayısıyla da bu mevzuat kapsamında düzenlenmeye çalışılmasıdır. Oysa sorun genel bir borçlar hukuku sorunudur ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) içinde düzenlenmesi mümkün değildir. Tasarıyı hazırlayanlar genel bir tehlike sorumluluğu normu getirecek kadar ileriye gitmiş ancak çözülmesi çok daha elzem olan bu sorunu çözümsüz bırakmıştır. TKHK'nu göz ardı etmenin diğer bir sonucu ise çelişen düzenlemelerdir. Örneğin satım sözleşmesinin ayıplı ifa edilmesi sorununa ilişkin olarak TKHK ve BK uyumlaştırması eksik kalmıştır. Aynı şekilde taksitle satım sözleşmesine ilişkin olarak da İsviçre'de 2002 yılında kaldırılmış olan bütün maddeler Tasarıya alınmış ancak bunların TKHK ile uyumu üzerinde durulmamıştır. Bu maddelerin İsviçre'de neden kaldırıldığı ve bize buna rağmen neden alındığı konusunda ise Tasarıda hiç bir açıklama bulmak mümkün değildir.

Eğer Borçlar Kanunu'nun gerçekten 21. yüzyılın ihtiyaçlarına cevap verecek, uzun bir süre revize edilme ihtiyacı doğurmayacak bir kanun olması arzulanıyorsa, yapılabilecek en doğru şey bu tasarı üzerinde bir süre daha çalışılması ve bahsedilen bu eksikliklerin giderilmesidir. Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum kaygısı bu konuda aceleye sevk etmemelidir.

B. Yasa tasarısında kullanılan kavramlara ilişkin görüşler

Borçlar Kanunu Tasarısına ilişkin olarak bugüne kadar en sık yapılmış olan eleştiri kuşkusuz kullanılan dil konusundadır. Her ne kadar dilin sadeleştirilmesine büyük ihtiyaç olduğu herkes tarafından kabul edilmekteyse de hukuk biliminin yerleşmiş teknik terimlerinin hepsinin bir kenara atılmasını açıklamak mümkün değildir. Bir kanunun herkes tarafından anlaşılacak kaygısı ile yazılması, kimse tarafından anlaşılacak bir kanunun ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Her bilimin kendine özgü terimleri vardır. Bunun yadrganacak bir yönü olamaz. "Temerrüt" kavramı yerine "direnim" kavramını kullanmak, bu kanunu daha anlaşılır kılmaz. Diğer yandan halen yürürlükte olan diğer kanunlarda aynı terminoloji kullanılmaya devam ederken, BK'daki terminolojiyi değiştirmek sakıncalıdır da. Zira bu durumda anlamsız bir kavram kargaşası doğacaktır. TTK Tasarısı temerrütten bahsederken BK Tasarısının direnim kavramını kullanması manasızdır. Bu açıdan Tasarının baştan sona gözden geçirilerek teknik terimlerin muhafaza edilmesi büyük önem taşımaktadır.

Diğer yandan tasarıda bir dizi kavram da tutarlı şekilde kullanılmamıştır. Buna bir örnek vermek gerekirse: m.57, 59, 63, 66, 68, 112, 113, 212, 235, 307'de "giderim" kavramı kullanılmışken; m.35, 37, 39, 51, 52, 55, 60, 61, 65, 71, 72, 74, 75, 117, 124, 125, 129, 226, 243, 259, 333, 354, 371, 372, 373, 374, 376, 414, 416, 425, 432, 433, 437, 438, 440, 453, 456, 475, 484, 485, 617'de "tazminat" kavramı ile karşılaşılmaktadır. Biri diğerinin yerini tutan bu kavramların aynı kanunda birbirinin yanı sıra kullanılması doğru gözükmemektedir. Bu türden bir dizi kavram ikiliğinin giderilmesinde fayda görülmektedir.

Son olarak temel bir kavram hatası üzerinde özellikle durulmalıdır. Tasarının bir dizi maddesinde "ağır kusur" kavramı ile karşılaşılmaktadır⁷. Ancak hukuk terminolojisinde "kusur" üst başlıktır ve bu, kast ve ihmal; ihmal de, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak alt başlıklara ayrılır⁸. Tasarıda kullanılan ağır kusur kavramının ne ifade ettiği açıklanmamış olmakla beraber, BK'daki terminoloji ile karşılaştırıldığında "kast ve ağır ihmal" hallerinin düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Aşağıda üzerinde durulan maddelerde bu kavramın kullanıldığı hallerde gerekli düzeltme ayrıca vurgulanmıştır. Ancak Tasarının tümü itibarıyla bu kavramdan arındırılması gerekmektedir.

C. Yasa tasarısında önerilen bazı maddelere ilişkin görüşler

Aşağıda Borçlar Kanunu Tasarısında değiştirilmesinde özellikle fayda görülen bazı maddelere ilişkin teklifler sunulmaktadır. Tasarının tümüne ilişkin bir değerlendirme yapma kaygısı güdülmemiştir. Kısmen maddelerin nasıl değiştirilebileceği konusunda somut bir teklif getirilmişken, kısmen de bir konunun nasıl daha iyi ele alınabileceği üzerinde durulmuştur.

1. Sözleşmenin kurulması

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlere bakıldığında halihazırda yürürlükte olan kanunun sistematikliğinde ve içeriğinde ciddi bir değişikliğe gidilmediği dikkati çekmektedir. Oysa bu doğru bir tercih değildir. Zira sözleşmenin kurulmasına ilişkin tartışmalı bir dizi sorun yine cevapsız kalmaktadır. Bunlara örnek vermek gerekirse: süreli önerilerde BKT m.5, f.3'ün uygulanabilirliği; susma dışında irade faaliyeti yoluyla örtülü kabulün nasıl gerçekleşeceği ve bu hallerde sözleşmenin hangi anda kurulmuş sayılacağı; hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulma anı ile hüküm ifade etme anının farklı düzenlenmesine yönelik BK m.10 hükmünün yasadaki çıkarılması tartışması sayılabilir. Diğer yandan Türkçeleştirmenin yanı sıra madde metinlerinde yapılan bir dizi ekleme ve değişiklik de doğru gözükmemektedir. Aşağıda özellikle bunlara ilişkin olarak somut öneriler getirilmektedir.

⁷ Bkz m. 114, 146, 214, 219, 220, 224, 231, 243, 293, 478, 592.

⁸ Sadece Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s.527'ye bakılması yeterli olacaktır.

Madde 4:

2. Süresiz öneri a. Hazır olanlar arasında ... Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.	... Tarafların eş zamanlı ve kesintisiz iletişim kurmasını sağlayan telefon gibi iletişim araçları vasıtasıyla yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.
--	---

Bu maddede "bilgisayar" kavramına yer verilmesinin sakıncalı olduğu düşünülmektedir. Zira doğrudan iletişimi en kesin şekilde örneklendirebilecek araç telefondur. Telefon ile sadece doğrudan (eş zamanlı) iletişim imkanı vardır. Bilgisayar ise hem doğrudan hem de dolaylı iletişime imkan tanır. Örneğin bilgisayar yoluyla iletişimde en sık başvurulan e-posta, bir doğrudan iletişim örneği değildir. Zira bu hallerde muhatap ancak e-posta hesabına girdiği zaman, kendisine yapılan öneriden haberdar olmaktadır. Bu açıdan sadece "telefon gibi" kavramının kullanılması ve hakimnin bu maddeyi teknolojinin gelişimlerine uygun olarak yorumlamasının tercih edilmesi gerekir.

Madde 7

4. İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir. ...	4. İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi halinde bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir. Bu hallerde susma bir kabul beyanı olarak yorumlanamaz.
--	---

BKT m.7' fıkra 1 düzenlemesi, ismarlanmayan şeyin gönderilmesinin öneri sayılmayacağını ifade etmektedir. Oysa bunun bir icap olduğu çok açıktır. Gönderen bir sözleşme kurma arzusu içindedir. Bu hallerde sorunun bir icabın var olup olmaması değil, gönderilen kişinin davranışının kabul olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Onun sessiz kalması bir kabul beyanı sayılmaz, bunu ifade etmek önemlidir. Zira gönderenin isterse, gönderenin icabını kabul edebilir. Ama bunun için açık bir beyan aranacaktır. Sadece susması yeterli olmaz. Nitekim m.7'nin örtülü kabule ilişkin m.6'dan sonra düzenlenmesi de burada aslında icaba değil, kabule ilişkin bir yorum sorunun var olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla maddenin lafzının buna uygun olarak değiştirilmesi teklif edilmektedir.

Madde 8

... Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.	... Tarife, fiyat listesi, katalog gibi metinlerin gönderilmesi kural olarak öneri sayılmaz. Buna karşılık fiyatı gösterilerek mal sergilenmesi kural olarak icap sayılır.
--	--

Bu maddede yapılması planlanan değişiklik sakıncalıdır. Bir katalog gönderilmesini, bu katalogta sunulan bütün mallar açısından icap olarak nitelendirmek, bu malların hepsinin her an, adedi bilinemeyecek bir müşteri kitlesi için stokta bulundurulması gerektiği anlamına gelir. Oysa bu tür reklam araçlarında amaç sadece tanıtımdır ve bu türden bir bağlanma niyeti söz konusu değildir. Bunun uygulamada, Tasarının gerekçesinde belirtilen türden kötüye kullanımları beraberinde getirmesi kuraldan vazgeçmek için yeterli bir sebep olamaz. AB ve Türk tüketici mevzuatında var olmayan bir korumanın BK içinde getirilmek istenmesi amacı aşar. Dolayısıyla karine, bu tür reklam araçlarının icap olarak nitelendirilmemesi yönünde olmalıdır. Yani yürürlükteki Borçlar Kanununda var olan düzenleme muhafaza edilmelidir.

Madde 11

<p>III. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmenin hüküm anı</p> <p>Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur.</p> <p>Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur.</p>	<p>III. Sözleşmenin kurulma anı</p> <p>Hazır olmayanlar arasında sözleşme, kabule ilişkin irade beyanının öneride bulunana ulaşması anında kurulmuş olur.</p> <p>Somut olayın özellikleri veya teamül gereği kabulün bir irade faaliyeti ile gerçekleşmesi mümkün olan hallerde, sözleşme bu faaliyette bulunulduğu anda kurulmuş olur.</p>
--	---

Bilindiği gibi hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin kuruluş anı, kabul beyanının öneride (icapta) bulunana vardığı andır. BKT m.11'de (BK m.10) ise hazır olmayanlar arasında kurulmuş olan sözleşmenin hükümlerini doğurduğu an saptanmakta ve bunun, duruma göre, kabulün gönderilme anı veya önerinin ulaşma anı olduğu ifade edilmektedir. Bu hüküm gerek İsviçre gerek Türk doktrininde eleştirilmektedir, zira sözleşmenin kurulması anı ile hükümlerini doğurma anının ayrı düzenlenmesini gerektirecek bir menfaat çatışması mevcut değildir. Nitekim PECL, PICC, CISG gibi metinlerde bu tür bir düzenleme ile karşılaşmadığı gibi Alman hukuk çevresinin diğer medeni kanunlarında da sözleşmenin kurulma anı ile hüküm ifadesi ayrılmamıştır. Bu amaçla sözleşmenin hüküm doğurma anına ilişkin BKT m.11'in kaldırılması düşünülebilir. Ancak onun yerine bu maddeyi, hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulması anını açıkça saptamak ve özellikle örtülü kabulün bir türü olan irade faaliyeti sonucu sözleşmenin kurulması üzerinde durmak için kullanmakta fayda görülmüştür. Zira gerek Tasarı gerekse BK düzenlemelerinde, açık kabul ve susma yoluyla örtülü kabul hallerinde sözleşmenin kurulma anı düzenlenmiş olmakla beraber, irade faaliyeti yoluyla örtülü kabul düzenlenmemiştir. Teklif edilen ikinci fıkra, bu amaca hizmet etmektedir.

2. Şekil**Madde 14**

<p>b. Unsurları</p> <p>Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.</p> <p>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.</p>	<p>b. Unsurları</p> <p>Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.</p> <p>İkinci fıkra kaldırılmaktadır.</p>
--	--

Madde 14'ün ikinci fıkrası, bu tür temel kanunlarda kullanılmaması gereken sayım tekniğine başvurmakta- dır. Oysa aynı maddenin İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki muadili, 2003 yılında değiştirilmiş ve ikinci fıkra tamamen kaldırılmıştır. Nitekim teknolojik gelişmeler, hangi metinlerin yazılı şekil şartını yerine getireceğinin bugünden belirlenmesini imkansız kılmaktadır. Dolayısıyla, kanun koyucunun bu şekilde kendisini bağlaması doğru değildir. Elektronik imzaya ilişkin düzenleme ise zaten m.15'de yer almaktadır.

Madde 15

<p>İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak orijinal kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda ayrılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.</p> <p>Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza etkiliden sırada metnin içeriğini bildikden ispat edilmedikçe, korlemin imzaları onları bağlamaz.</p> <p>Ayrıca atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin imza alanının iradesine aykırı olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksi imza göstermişse yazılan metnin imzalanmayacağına dair ispat yükü kabulün altına düşer.</p>	<p>İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak yerleşik adedlere uygun düştüğü durumlarda ve özellikle çok sayıda ayrılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.</p> <p>Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza etkiliden sırada metnin içeriğini bildikden ispatlanmadıkça, korlemin imzaları onları bağlamaz.</p> <p>Dördüncü fıkra kaldırılmaktadır.</p>
---	--

Madde 15, fıkra 2'de kullanılan "örf ve âdetçe kabul edilen" ifadesi, maddenin İsviçre orijinalini karşılama-
dığı gibi, MK m.1'de yer alan örf ve âdet hukuku ile karıştırılması olasılığı nedeniyle de uygun düşmemek-
tedir. Bunun yerine İsviçre orijinaline ve amaca uygun olarak "yerleşik âdetlere uygun düştüğü" ölçüde kav-
ramının tercih edilmesi teklif edilmektedir.

Madde 15'e 4. fıkra olarak eklenmiş olan açığa imza sorununa ilişkin düzenlemenin yeri ise kesinlikle bura-
sı değildir. BKT m.13 vd. hükümleri şekil sorunu ile ilgilidir, yoksa sözleşmenin içeriği ile değil. Açığa atı-
lan imzanın, imza olarak kabul edilmesi ayrı bir sorundur, açığa imza atan kişinin daha sonra bu kağıda ya-
zılaqlarla bağlı olması sorunu apayrı bir sorundur. Eğer amaç, açığa atılacak imzanın, adi yazılı şekil şartını
gerçekleştireceğini ifade etmek idiye buna uygun bir düzenleme yapılmalıydı. Oysa bu fıkrada ele alınan so-
run, metinde yazılanlar ile imzacının bağlı tutulabilip tutulamayacağıdır. Bu husus ise kanunda muhakkak
düzenlenmek isteniyor idiye bunun yeri hata hükümleri arasında olurdu.

Madde 16

İmza atamayanlar, imza yerine parmak izi veya usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler.	İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla el ile yapılmış bir işaret kullanabilir ya da resmi senetleme yolu- na başvurabilirler.
---	---

BKT m.16'nun halihazırdaki ifadesi amaca aykırıdır. Öncelikle madde gerekçesinde ifade edilmiş olan,
HUMK m. 297 ile maddenin uyumlu hale getirilmek istenmiş olması kaygısını anlamak mümkün değildir.
Zira HUMK geçerlik şartını değil, ispat şartını düzenler. Dolayısıyla asil dikkate alınması gereken madde No-
terlik Kanunu m.93 ve 75'dir. Bu maddelerde BK m.15'e paralel olarak gerçekten parmak izi kabul edilmiş
olmakla birlikte, bunun usulüne onaylanması aranmıştır. Oysa BKT m.16'nın ifadesinden anlaşılana, parmak
izi halinde artık onaylama şartının aranmayacağıdır. Diğer yandan mühür kullanımına izin verilmesi de her
ne kadar onay şartına bağlanmış olsa da uygun gözükmemektedir, zira yine Noterlik uygulaması (m.75, fık-
ra 2) bu hallerde mühür + parmak izi aramaktadır. Son olarak maddede, mevcut BK m.15'de kabul edilmiş
olan "resmi senetleme" (yanlış bir tercüme sonucu "resmi şahadetname" yazar) usulü unutulmuştur. Oysa
kolları olmayan bir insan, ne parmak izi yoluyla ne de diğer bir işaret ile imza atamaz. Dolayısıyla bu olası-
lıklarda yazılı şekil şartının yerine getirilmesi baştan sona senedin noter tarafından düzenlenmesi yoluyla
mümkün olmalıdır. Nitekim m.15'deki bu genel hükmün özel bir düzenlemesi MK m.532 vd.'daki resmi va-
siyetname hükümleridir.

3. Genel işlem koşulları

Genel işlem koşullarına ilişkin altı madde, Tasarı'da, sözleşmelerin yorumunu düzenleyen m.19'un sonrası-
na, ayrı bir başlık olarak eklenmiştir. Bu altı madde, GİK denetiminin sacayağını oluşturan üç alanı düzen-
lemektedir: yürürlük, yorum ve içerik denetimi. Yani GİK'in nasıl sözleşme içeriği olacağı, sözleşme içeriği
olmuşsa nasıl yorumlanacağı ve son olarak da hangi hallerde batıl sayılacağı üzerinde durulmaktadır. Dola-
yısıyla bu üç sorunun konularına göre, sırasıyla, sözleşmelerin kurulması, yorumlanması ve geçerliliği hü-
kümleri arasında yer alması çok daha mantıklı gözükmektedir⁹. Buna göre, genel olarak GİK'in tanımını ve-
ren ve onların ne zaman sözleşme içeriğine dahil olacağını tespit eden m.20-22'nin, sözleşmelerin kurulma-
sına ilişkin hükümleri takiben, yani T m.11'den sonra gelmesi; GİK'in yorumlanmasına ilişkin m.23'ün doğ-
rudan sözleşmelerin yorumuna ilişkin madde 19'a bir fıkra olarak eklenmesi ve GİK'in butlanını düzenleyen
m.24-25'in, genel olarak sözleşmelerin butlanını ele alan BKT m.27 içinde ele alınması işin mahiyetine çok
daha uygun düşmektedir. Tasarıda teklif edilen şekilde sorunun düzenlenmesinin en önemli sakıncası, GİK'-
in geçersizliği sorununa, henüz kanunda kesin hükümsüzlük terimi açıklanmadan girmek zorunda kalınma-
sıdır. Nitekim bu yüzden m.25, içerik denetimi başlığını taşımasına rağmen bu denetimin sonucuna ilişkin
bir yaptırım içermemekte, düzenleme havada kalmaktadır. Ancak bu aşamada Tasarı'nın madde numarala-
rında değişiklik yapılmak istenmeyeceği düşüncesi ile aşağıdaki teklif, GİK denetimine ilişkin düzenlemele-
rin halihazırda bulunduğu yerde nasıl düzeltilebileceğine işaret etmek istemektedir.

⁹ Öm. bkz. Avusturya Medeni Kanunu § 864a, § 879 ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun § 6;
İtalyan Medeni Kanunu Art.1341-1342, Art.1370; Tüketici akitlerine ilişkin Art.1469bis-1469sexies.
Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmış Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri
(Principles of European Contract Law) ve UNIDROIT tarafından hazırlanmış Milletlerarası Ticari
Sözleşmelerin İlkeleri (Principles of International Commercial Contracts) de aynı yaklaşımla sorunu
düzenlemiştir.

Madde 20

Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metninin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.

Genel işlem koşulları, çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenmiş olan ve sözleşme taraflarından birinin (kullanan) diğer sözleşme tarafına sözleşmenin kurulması anında sunduğu sözleşme koşullarıdır. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli nitelendirmede önem taşımaz.

2, 3 ve 4. fıkralar kaldırılmaktadır

Madde 20'nin ilk fıkrasında genel işlem koşullarına ilişkin tanım verilmiştir. Ancak burada, GİK'i kullanmanın bunları "tek başına" düzenlemesi gereğinin aranmış olması ve bütün metinlerde daha sonra "düzenleyenden" bahsedilmiş olması yanlış anlamalara sebep olabilir. Zira bu şartları bir avukatın hazırlamış olması, onların GİK olma niteliğini ortadan kaldırmadığı gibi başka bir kurumun hazırlamış olduğu bir metnin kullanılması da bunların GİK olarak nitelendirilmesi açısından önem taşımaz. Oysa bu hallerde "düzenleyen" ile "kullanan" ayrı kişiler olacak ve BK hükümlerinin uygulanmaması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu ibarenin kaldırılması ve örn. Alman hukukunda da olduğu gibi (BGB § 305) GİK "kullanan" ifadesinin daha nötr ve amaca uygun bir ifade olarak tercih edilmesi uygun olacaktır.

Bu maddede yer alan diğer fıkralar ise gereksizdir. GİK metinlerinin özdeş olması koşulu (f.2) ne Türkiye'de ne de dünyada zaten aranmamaktadır. Bunu ayrıca anmaya gerek yoktur. Diğer yandan GİK'in tartışılarak sözleşme içeriği olduğu yönündeki kayıtlar (f.3) hükümsüzdür. Dolayısıyla GİK tanımının verildiği maddede bu ifadenin yer almasının yine bir anlamı yoktur. Son olarak, dördüncü fıkrada düzenlenmiş olan, GİK denetimine ilişkin hükümlerin imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşlara da uygulanacağı ifadesi de gereksizdir. Zaten Yargıtay içtihatları ile bu kabul edilmiştir. Olsa olsa bu fıkrada kamu tüzel kişilerini anmak bir anlam ifade edebilirdi ki buna da gerek olmadığı kanaatindeyim. Zira kamu tüzel kişileri özel hukuk ilişkilerinde zaten özel hukukun kurallarına tabidirler. Dolayısıyla GİK kullanarak sözleşme akdettikleri hallerde bu normlar kendilerine uygulanacaktır.

Madde 21 ve 22**II. Sözleşmenin kapsamı****1. Yazılmamış sayılma**

Madde 21 - Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanakları sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

2. Yazılmamış sayılmama

sozleşmeye eklesi

II. Sözleşmenin kapsamı**1. Sözleşmeye Dahil Edilme**

Madde 21 - Genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olması, sözleşmenin kurulması anında, kullananın, karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanakları sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Eğer açıkça bilgi verince kullandıktan beklenemeyecek güçlüğü her beraberinde getiriyorsa, sözleşmenin kurulduğu yerde yapılacak bir ilan yoluyla karşı tarafın bilgilendirilmesi de mümkündür. Aksi takdirde genel işlem koşulları sözleşme içeriği olmaz.

sozleşmenin niteliğine ve durumun gerektirdiği

Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi başlığı altında m.22, yürürlük denetimi ve geçerlik denetiminin nasıl birbirine karıştırıldığını bir kez daha gözler önüne sermektedir. Hatta madde gerekçesinde, BK m.27, f.2'de yer alan ve kısmi hükümsüzlük halinde taraflara, sözleşmeyi tümel olarak batıl kılma imkanı veren düzenlemeden "kıyas yoluyla" yararlanılmasının engellenmek istendiği ifade edilmiştir. Oysa bu hükme gerek yoktur. Çünkü BK m.21'de ele alınan sorun bir butlan/hükümsüzlük sorunu değil, sözleşmenin içeriğini tespit etme sorunudur. Dolayısıyla GİK'in sözleşme içeriği olamadığı hallerde taraflara sözleşmenin kalmasını ayakta tutma veya tutmama konusunda bir opsiyon zaten tanınmamıştır. Bu hallerde ihtilaf çıkması halinde hakim, tarafların üzerinde anlaşığı diğer hususların bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığına bakacaktır. Eğer bu kabul edilebiliyorsa o zaman sözleşmede düzenlenmemiş hususlar nedeniyle doğan boşlukları hakim dolduracaktır.

Aslında BK m.27, f.2'yi dışlama ihtiyacı sözleşmenin kurulması aşamasında değil, sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi sonucu kısmi butlanın ortaya çıkması hallerinde büyük önem taşımaktadır. Oysa Tasarı ne yazık ki m.25'e bu hükmü koymayarak asıl önem taşıyan noktayı düzenlenmemiş bırakmıştır. Gerekçede, bu konuda Alman Medeni Kanunu § 306'ya atıf yapılmış olması da yanıltıcıdır, çünkü bu paragraf özellikle GİK'in hükümsüzlüğü halinde uygulama bulmaktadır.

Madde 23

<p>III. Yorumlanması</p> <p>Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.</p>	<p>III. Yorumlanması</p> <p>Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, kullanan aleyhine yorumlanır.</p>
--	--

Bu maddenin ifadesi genel olarak amaca uygun olmakla beraber tekrardan kaçınılmasında fayda görülmektedir. "Düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine" ifadesi anlamsız bir uzatmadır. Bunun yerine "kullanan aleyhine yorumlanır" demek yeterlidir. Kullanan terimi zaten m.20'de teklif edilen çözümde tanımlanmıştır.

Madde 24

<p>IV. Değiştirme yasağı</p> <p>Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükümünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar geçersizdir.</p>	<p>Maddenin kaldırılması teklif edilmektedir.</p>
--	---

Tasarının 24. maddesi gereksiz bir düzenleme getirmektedir. GİK'de yer alan ve kullanana tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirme imkanı veren hükümler zaten içerik denetimine takılacak olan hükümlerdir. Yani bunlar zaten m.25 vasıtasıyla geçersiz sayılacaktır. Tasarıda, yüzlerce geçersiz sayılabilecek GİK'den sadece birine ilişkin bu tür özel bir düzenlemeye yer verilmiş olmasının hiç bir anlamı yoktur. Bu iş ciddi olarak yapılacaksa, Alman Medeni Kanununda olduğu gibi (BGB § 308-309) geçersiz olacak koşulların bir listesi verilmek gerekir. Nitekim bu türden bir liste Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ekinde de verilmiştir. Ancak BK'ya bu tür bir liste alınması uygun görülüyorsa, o zaman da bu maddenin hiçbir anlamı kalmamaktadır.

Madde 25

<p>V. Geçersizliği</p> <p>Genel işlem koşullarına karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.</p>	<p>V. Geçersizliği</p> <p>Genel işlem koşullarında, kullananın karşı sunduğu sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak olumsuz şekilde mağdur eden kayıtlara yer verilemez.</p> <p>Birleştirmesi</p> <p>1. maddeden yarıpan ve diğer hükümlerle kuralın temel ilkeler ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya</p>
---	---

2. sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek derecede sınırlandırması durumunda ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı kabul edilir.

GİK'in içerik denetimine ilişkin hüküm, m.25'dir. Bu madde bir çok Avrupa ülkesi ve GİK denetimine ilişkin AB yönergesine¹¹ paralel olarak, denetimde ölçünün dürüstlük kuralı olacağını saptamıştır. Ancak bunun ötesinde hakime yol gösterecek hiçbir kritere yer vermemiştir ki bu, etkin bir GİK denetimi açısından doğru gözükmemektedir. Maddenin gerekçesinde, m.25'in Alman Medeni Kanunu § 307'ye benzediği tespiti ise 3 fıkra ve 6 cümleden oluşan BGB § 307'ye bir haksızlık olsa gerektir.

Öncelikle, Avrupa yasalarında, dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle karşı akidi ancak ölçüsüz şekilde mağdur eden kayıtların geçersizliği kabul edilmiştir. Komisyonun m.25'de dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde "zarar" verilmesinden bahsetmesi bu ifadeyi karşılamaz. Hatta GİK'in geçerliliği veya geçersizliğinin karşı tarafın bir zarara uğraması şartına bağlanması son derece sakıncalıdır. Örneğin ispat koşullarının GİK yoluyla müşteri aleyhine değiştirilmesi teknik anlamda bir zarara sebep olmaz ancak kuşkusuz denetlenmek gerekir. Dolayısıyla burada bütün AB ülkelerinde olduğu gibi karşı akidin mağduriyetinden bahsetmek daha uygun gözükmektedir.

İkinci olarak, ölçüsüz şekilde mağdur olma durumunun bazı örnekler ile somutlaştırılması gerekir ki, BK-Tasarısında bu da söz konusu değildir. Yine burada da Avrupa kanunlarında en sık karşılaşılan yasal formler, GİK'in, "sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve borç dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık yaratması"¹², GİK'in, "içeriğinden saptığı yedek hukuk kuralının temelinde yatan ilke ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması"¹³ gibi hallerdir. Bu hallerde GİK'in dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafı mağdur ettiği kabul edilmektedir. Bu iki ifade sayesinde hakim, hem GİK olmasa sözleşmede hak ve borç dağılımı nasıl olurdu onu dikkate alabilecek, hem de GİK'in klasik olarak saptığı yedek hukuk kurallarının taraflar arası dengeyi en iyi şekilde sağlayan hükümler olarak sözleşme adaletini sağlamadaki işlevinden faydalanabilecektir.

Genel işlem şartlarından bazılarının, karşı tarafı ölçüsüz şekilde mağdur etmesi halinde ne olacaktır? Madde 25 bu konuda açık bir düzenleme içermemektedir. Bu tür hükümlerin konulamayacağı ifade edilmek suretiyle bir emredici hukuk kuralı yaratılmakta ve buna aykırı sözleşme hükümlerinin de m.27 uyarınca kesin hükümsüz olacağı çözümü benimsenmektedir. Madde 25'e ilişkin teklifte bu çözüm benimsenmiştir. Ancak bu durumda, GİK'in emredici hükümlere aykırılığı nedeniyle sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğü konusunda m.27, fıkra 2'ye muhakkak bir ekleme yapılması gerekir. Zira GİK kullananın, kesin hükümsüz sayılan sözleşme kayıtları olmasaydı aslında sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri sürme imkanına sahip olmaması gerekir. Bu yüzdendir ki Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin AB-Yönergesinin açık talimatı sonucu (Yönerge m.6, f.1), bütün AB ülkelerinin ilgili yasal düzenlemelerinde, batıl olan GİK hükümleri olmaksızın sözleşmenin kural olarak geçerli kalacağı ibaresi yer almaktadır. Nitekim Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m.7'de bu konu doğru bir şekilde çözüme bağlanmıştır. Dolayısıyla aşağıda, m.27 altında gösterilen eklemenin yapılması büyük önem arz etmektedir.

¹¹ Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin 5 Nisan 1993 Tarihli Konsey Yönergesi, 93/13/AET, AT Resmi Gazetesi (1993) L 95/29.

¹² AB-Yönergesi Art.3/1 ve onu takiben Fransız Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu Art. L.132-1/I; Yunan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Art.2/b.6; İngiliz "The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994" Art.4/I örnek olarak verilebilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.6, f.1 in de bu kriteri kullandığı ayrıca vurgulanmalıdır.

¹³ Bu ifade özellikle Alman Medeni Kanunu § 307'de kullanılmıştır.

4. Sözleşmenin içeriği

Madde 27

<p>II. Kesin Hükümsüzlük</p> <p>Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.</p> <p>Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.</p>	<p>...</p> <p>ek 3. fıkra Genel işlem koşullarının kısmi hükümsüzlüğü halinde, sözleşmenin geri kalanı taraf iradelelerinden bağımsız olarak geçerliliğini korur.</p>
---	--

Yukarıda m.25 altında yapılan açıklamalar ışığında BKT m.27'ye bir fıkra eklenmesi büyük önem taşımaktadır. Zira GİK'in hükümsüz olması halinde GİK kullanan tarafa m.27 uyarınca "bu hükümler olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağı" ispatlaması imkanı verilmez. Aksine, onu iradesine rağmen sözleşmenin kalanı ile bağlı tutmak gerekir.

Bunun yanı sıra BKT m.27 fıkra 1'de aslında bugün çok sayıda mukayeseli çalışmada terk edilmesi teklif edilen ve nitelik Alman Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan reform ile kaldırılmış olan bir Roma hukuku kalıntısı yine muhafaza edilmiştir: *Impossibilium nulla est obligatio* kuralı, yani sözleşme konusunun imkansız olması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı kuralı. Halbuki borçlar hukuku sistemimize uyan çözümler, imkansızlık halinde de sözleşmeyi ayakta tutmak, ancak bu imkansızlığın kusura dayanmadığı hallerde edimi imkansızlaşan kişiyi sorumlu tutmamaktadır. Nitelik borç konusunun sözleşmenin kurulmasından hemen sonra imkansız hale gelmesi durumunda da sözleşme hükümsüzleşmemektedir. Duruma göre BK m.96 veya m.117 kuralları uygulanmaktadır. Sözleşme öncesi imkansızlıkta da durum aynı olmalıydı. Ancak giriş bölümünde de ifade edilmiş olduğu gibi Tasarımın hazırlanmasında sadece İsviçre'deki gelişmelere bakılmış olması, dünyadaki gelişmelerin göz ardı edilmiş olması, gerçekten reform niteliğini taşıyacak değişikliklere gidilmesini engellemiştir.

Madde 28

<p>Aşırı yararlanma</p> <p>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 arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.</p> <p>(...)</p>	<p>Aşırı yararlanma</p> <p>Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa ve bu oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören durumun özelliğine göre sözleşmeyi iptal etmeyi ya da edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini tercih edebilir. Hal ve şartların iptal hakkı göstermemesi halinde hakim oransızlığın giderilmesine karar verebilir.</p> <p>(...)</p>
---	--

Aşırı yararlanma, eski deyimle gabini düzenleyen bu maddede ciddi değişiklikler yapılmıştır. Ancak bunların bir kısmı doğru gözükmeyle beraber bir kısmı ikna edici değildir. Doğru olan, gabine uğrayan tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkını vermenin yanı sıra sözleşmenin uyarlanması imkanını da kabul etmektir. Ancak düzenlemenin ikna edici olmayan yönü kullandığı terminolojidir. İleride irade bozuklukları hallerinde de üzerinde durulacağı gibi, "sözleşme ile bağlı olmadığımı bildirme ve edimi geri isteme" tarzında bir ifade teknik bir terim olmaktan çok uzaktır. Oysa kast edilenin ne olduğu çok açıktır. Türk hukuk doktrininde ve uygulamasında yıllardır kullanılan "sözleşmeyi iptal" hakkıdır bu. Tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hak olan iptal hakkı, irade sakatlıkları halinde hukuki işleme son vermek için başvuru aracıdır. Yerleşik terminolojiden sapmak için bir gerekçe bulmak güçtür.

Zarar gören taraf, sözleşmeyi iptal etmek veya karşı taraftan edimlerin dengelenmesini talep etme konusunda seçimlik bir hakka sahiptir. Her ne kadar bu hakkı kullanması bir mahkeme kararına tabi değilse de, tarafların anlaşamaması halinde ihtilafın yargıya intikal etmesi durumunda, hakime bir takdir hakkı verilmesi uygun gözükmektedir. Özellikle iptal hakkının kullanıldığı hallerde, edimler arasında uyarlamaya yapma-

nun daha uygun gözükmesi durumunda hakimin buna hükmetme imkanı olmalıdır. İşlem temeliniin çökmesi halinde de hakime buna paralel bir takdir hakkı verilmesi aşağıda teklif edilmiştir.

5. Önsözleşme

Madde 29

IV. Önsözleşme Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunun öngördüğü ayrık durumlar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.	IV. Önsözleşme İleride bir sözleşme kurma borcu altına girilen sözleşmeler geçerlidir. Kanunun öngördüğü ayrık durumlar dışında önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline tabidir.
---	---

BKT m.29'un ifadesi özensizdir. Sorunu daha iyi aktardığı düşünülen bir ifade teklif edilmektedir.

6. İrade bozuklukları

Hata, hile ve tehdit nedeniyle iradenin sakatlanmasının sözleşme üzerindeki etkilerinin incelendiği bu bölümde öncelikle kavramlara ilişkin bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır. Yukarıda BKT m.28 açısından da ifade edilmiş olduğu gibi irade sakatlıklarının varlığı halinde yaptırımın iptal kabiliyeti olduğu bugün tartışmasıdır. İrade sakatlıklarının sözleşme üzerindeki etkisinin bozulabilir muteberlik veya düzelebilir hükümsüzlük olarak tanımlanması da bu nitelendirmede bir farklılık yaratmamaktadır. İki görüşün taraftarları da "iptal kabiliyeti" kavramını kullanmaktadır. Yine hukuk uyumlaştırması metinlerinin de tümü bu kavrama yer vermiştir (PECL Art.4:112; PICC Art.3.13). Bu açıdan yerleşmiş olan terminolojiden ayrılmamak kanımca büyük önem taşımaktadır.

Madde 30

G. İrade bozuklukları I. Yanılma 1. Yanılmanın hükümleri Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, o sözleşme ile bağlı olmaz.	G. İrade bozuklukları I. Yanılma 1. Yanılmanın hükümleri Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf o sözleşmeyi iptal edebilir.
---	---

Madde 31

2. Yanılma halleri a. Açıklamada yanılma Özellikle aşağıda sayılan yanılma halleri esaslıdır: 1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa, 2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa (...)	a. İrade açıklamasında yanılma Özellikle aşağıda sayılan yanılma halleri esaslıdır: 1. (...) 2. Yanılan istediğinden başka bir edim için iradesini açıklamışsa (...)
--	---

Öncelikle maddenin kenar başlığı yetersizdir. Zira "açıklamada yanılma" ne tür bir açıklama ile karşı karşıya olduğunu göstermemektedir. "Açıklama"nın, teknik terim olarak yerleşmiş ancak terk edilmek istenen "beyan" kavramının çağrışım gücüne sahip olmaması nedeniyle "irade beyanının açıklanması" kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Bu şekilde BKT m.1'de düzenlenmiş olan "açıklamaya" gönderme yapılmış olacaktır. Bent 2'de bir düzeltmeye ihtiyaç vardır, zira kast edilen sözleşmenin konusu değil, sözleşmede kararlaştırılan edime ilişkin bir yanılmadır.

Madde 35

Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünde doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez. (...)

Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin iptalinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez. (...)

Madde 36**II. Aldatma**

Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, o sözleşmeyle bağlı değildir.

Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, o sözleşmeyle bağlı değildir.

II. Aldatma

Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyi iptal edebilir.

Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyi iptal edebilir.

Madde 37**III. Korkutma****1. Hükümü**

Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, o sözleşmeyle bağlı değildir.

Korkutulan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.

III. Korkutma**1. Hükümü**

Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyi iptal edebilir.

Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyi iptal eden korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.

Madde 38**2. Koşulları**

Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır. Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın darda kalmasından yararlanacak ve sonuçta aşırı bir yarar elde edecek olması hâlinde, korkutma vardır ve sözleşme korkutulan taraf için bağlayıcı olmaz.

2. Koşulları

Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik hakkına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır. Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın darda kalmasından yararlanarak aşırı bir menfaat elde edecek olması hâlinde, korkutma vardır ve korkutulan taraf sözleşmeyi iptal edebilir.

Madde 38'in ilk fıkrasında kullanılan "kişilik hakları" ibaresi yanlıştır. Kişilik hakkı bir tek haktır, ancak farklı boyutları vardır. Nitekim MK m.23 vd. hükümleri kişilik hakkını düzenler, yoksa haklarını değil. İkinci fıkrada ise dilin sadeleştirilmesi kaygıları ile ifadede gerçekleşen sapma düzeltilmiştir.

Madde 39

<p>IV. İrade bozukluğunun giderilmesi</p> <p>Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu andan başlayarak on yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya yerine getirdiği edimini geri istemezse, sözleşmeye onam vermiş sayılır.</p> <p>Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmeye onam verilmesi, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.</p>	<p>IV. İptal Hakkının Ortadan Kalkması</p> <p>Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan tarafın, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu andan başlayarak on yıl içinde sözleşmeyi iptal hakkını kullanması gerekir.</p> <p>Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan tarafın açık veya örtülü olarak sözleşmeyi onaması halinde iptal hakkı ortadan kalkar. Aldatma veya korkutma sonucu yapılan sözleşmeyi onama, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.</p>
---	---

Madde 39'un ilk fıkrasında "sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya yerine getirdiği edimini geri istemezse" gibi teknik olmayan bir ifade yerine, genel olarak irade sakatlıklarının yaptırımı olan "iptal" kavramına yer verilmesi teklif edilmektedir. Diğer yandan gabin (aşırı yararlanma) açısından BKT m.28'de kabul edilmiş olan 10 yıllık üst sürenin bütün irade sakatlıkları açısından benimsenmesi tutarlı bir yaklaşım olacaktır.

İkinci fıkrada ise iptal hakkının hangi hallerde düşeceği ve bunun tazminat hakkı üzerindeki etkileri hususuna açıklık getirilmiştir.

7. Haksız fiil

Madde 52

<p>2. İndirilmesi (...) Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.</p>	<p>2. İndirilmesi (...) Zarara hafif ihmaliyle sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.</p>
--	--

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi¹⁴, hafif kusur teknik açıdan yanlış bir terimdir. Kusur üst kavramdır, maddede kast edilen hafif ihmaldir.

Madde 64

<p>B. Kusursuz sorumluluk I. Hakkaniyet sorumluluğu</p> <p>Tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararın, uygun biçimde giderilmesine karar verebilir.</p> <p>Ayırt etme gücü olmayanın verdiği zarar için de aynı hüküm uygulanır.</p>	<p>B. Kusursuz sorumluluk I. Ayırt Etme Gücünden Yoksunların Sorumluluğu</p> <p>Hâkim, hakkaniyet gerektiriyorsa, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin verdiği zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilir.</p>
--	--

BKT m.64, mevcut BK m.54'ten farklı olarak genel bir hakkaniyet sorumluluğu öngörmektedir. Bu hükme göre, hâkim tarafından yapılacak ex post bir değerlendirme ile zarar veren, kusuru aranmaksızın sorumlu tu-

¹⁴ Bkz. dn.8 ve ilgili metin.

tulabilecektir. Sorumluluğun esası ne kusur, ne yaratılan bir tehlike, ne yaratılan güven ne de fedakarlığın denkleştirilmesi düşüncesine dayanmaktadır. Bu sorumluluğun temelinde sadece içeriği belirlenmemiş bir hakkaniyet düşüncesi yatmaktadır. Bu bağlamda madde ile ilgili temel sorun, hukuk güvenliğinin zedelenmesidir. Kişi, fiilinin neden olabileceği riskler açısından, ex ante hangi esasa dayalı olarak sorumlu tutulacağını öngörememektedir. Zarar verilen kişinin vasıflarına göre kabul veya reddedilecek bir sorumluluk söz konusudur ki, bunun sakıncaları ortadadır. Her ne kadar haksız fiil hukukunda tazminatın hesaplanmasında somut olayın özellikleri dikkate alınsa da sorumluluğun kabulü açısından somut olayın özelliklerinin dikkate alınması asla kabul edilemez. Her birey, hangi davranışlarının sorumluluk doğuracağını bilebilecek durumda olmalıdır. Zarar verdiği kişinin kim olduğu, bu açıdan bir önem taşımaz. Onun zengin veya fakir olmasına bağlı olarak sorumluluğun kabul veya reddedilmesi, sorumluluk hukukumuzun temel ilkeleri ile bağdaşmaz. Haksız fiil hukuku ile gelir dağılımındaki bozuklukları giderme düşüncesi özel hukukun amacına aykırıdır. Bu açıdan maddenin mevcut BK m. 54'e uygun olarak kaleme alınması teklif edilmektedir.

Madde 70

III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyetin tipik rizikosunu gerçekleştirmiş ve bir zarar doğmuşsa, bu zarardan, faaliyeti icra eden kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur.

Bir faaliyetin, mahiyeti icabı veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu hallerde önemli ölçüde tehlike arz ettiği kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden faaliyetler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu faaliyetin de önemli ölçüde tehlike arz ettiği varsayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

4. fıkra kaldırılmaktadır

BKT m.70, İsviçre'de henüz yasalaşmamış bulunan "Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birörnek Hale Getirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı)" m.50 ışığında kaleme alınmıştır. Nitekim tasarının ilk halinde bu maddenin güzel bir tercümesine yer verilmişti (m.66). Ancak tasarının revize edilirken bu metinde gereksiz değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle, neden İsviçre teklifinden ayrılarak, "tehlike arz eden bir faaliyet" yerine "tehlike arz eden bir işletme"den bahsedildiği anlaşılamamaktadır. Madem tehlike sorumluluğu genel bir ilke olarak kabul edilmek istenmektedir o zaman tehlike arz eden faaliyetin, bir işletmenin faaliyeti olarak sınırlandırılması doğru gözükmemektedir. Başlı başına faaliyetin tehlike arz etmesi yeterlidir. Bundan sorumlu tutulacak olan kişiler ise doğal olarak faaliyeti icra edenlerin tümüdür.

Diğer yandan yine İsviçre Tasarısında sadece bir vurgu mahiyetinde bulunan ve ilk BK tasarısına da bu şekilde alınmış olan, hukuk düzeni tarafından izin verilen bir faaliyet olsa bile sorumluluğun söz konusu olacağı esası, revize edilmiş tasarıda m.70'in son fıkrasında adeta bağımsız bir sorumluluk esası olarak kabul edilmiştir. Halbuki tehlike sorumluluğu ile fedakarlığın denkleştirilmesi sorumluluğu farklı sorumluluk ilkeleridir¹⁵. Bir faaliyetin izinli olmasına rağmen doğurduğu zararlardan sorumlu tutuluyor olmak, bu hallerde fedakarlığın denkleştirilmesi esasının kabul edildiği anlamına gelmez¹⁶. Basit bir örnekle, araç işleten

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulusan, Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul 1977, 3 vd.

¹⁶ Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumlulukta esas, çatışan iki çıkardan birinin diğerine göre üstün tutulması, başka bir deyişle, çıkarlardan birinin diğerine göre feda edilmesi ve bundan doğan zararın yapılan fedakarlıktan yararlanan üstün çıkar sahibi tarafından uygun biçimde karşılanmasıdır (Ulusan, 10).

kişi izimli bir faaliyet içindedir. Buna rağmen, vermiş olduğu zarardan sorumluluğu tehlike esasına dayanır, fedakarlığın denkleştirilmesi esasına değil. Bu açıdan hem maddenin kenar başlığının değişmesi, hem de son fıkranın çıkarılması uygun olacaktır.

7. Borçların ifası

Madde 88

B. İfa yeri ... 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.	B. İfa yeri ... Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.
--	---

Madde 88'in ikinci fıkrasında kullanılan "ödeme" kavramı doğru değildir, zira bu fıkra sadece m.88, f.1, b.1'deki haller düşünülerek kaleme alınmamıştır. Tarafların sözleşmeyle, alacaklının yerleşim yerini, ifa yeri olarak saptadıkları hallerde de bu fıkra uygulanır. Dolayısıyla sadece para borçları düşünülerek "ödeme"den bahsedilmesi doğru gözükmemektedir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanununda da ifa kavramı kullanılmıştır.

Madde 98

D. Ödeme I. Ülke parası ile Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, 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 sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.	D. Ödeme I. Ülke parası ile Konusu para olan borç ülke parasıyla ödenir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, vadedeki rayiç üzerinden ülke parasıyla da ödenebilir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun vadesinde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.
--	---

"Ülke" kelimesinin büyük harfle yazımının imla kurallarına uygun olmaması nedeniyle üç fıkrada da kavramın küçük harfle yazılması uygun olacaktır. Türkiye Cumhuriyeti'nin "ülkesi" bir özel isim teşkil etmez. Diğer yandan maddede "ödeme günü" kavramının kullanılmış olması da doğru gözükmemektedir. Tasarı m.90'dan itibaren "vade" terimine yer vermiştir. Dolayısıyla bu maddede de kullanılması tutarlı olacaktır. Nitekim üçüncü fıkrada "ödeme gününde ya da fiili ödeme gününde" ifadesinin bir kargaşaya sebep olacağı anlaşıldığı için "vade ya da fiili ödeme günü" şeklinde bir ifade tercih edilmiştir. Bu açıdan da maddenin tümünde vade kavramının kullanılması tutarlı olur.

9. Diğer ifa engelleri

Madde 110

F. Diğer ifa engelleri Alacağın kime ait olduğunda veya borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple borç, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse borçlu, alacaklının direniminde olduğu gibi, tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.	F. Diğer ifa engelleri Alacağın kime ait olduğunda veya Borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple borç, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse borçlu, alacaklının direniminde olduğu gibi, tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.
--	---

Madde 110'da bir tekrar söz konusu olmuştur. Alacağın kime ait olduğu konusunda tereddüt bulunması, alacaklının kimliğinin bilinmemesi anlamına gelir. "Borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının kimliğinde

duraksama" ifadesi de alacaklının kim olduğunun bilinmemesi anlamına gelir. Bu açıdan cümlelerin ilk bölümünün atılmasında fayda vardır.

10. Borçların ifa edilmemesinin sonuçları

Madde 114

2. Sorumsuzluk anlaşması

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 sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

1. ALTERNATİF

İfa etmemeden doğan sorumluluk tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Ancak bunun dürüstlük kuralına ve işlem hayatının gereklerine aykırı olmaması gerekir.

2. ALTERNATİF

Borçlunun kast ve ağır ihmalden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Hafif ihmal hâlinde borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma yapılırken, alacaklı borçlunun hizmetinde bulunuyorsa veya sorumluluk, yetkili makamlar tarafından verilen imtiyazla yürütülen bir meslek veya sanatın icrasından kaynaklanıyorsa, hâkim, bu anlaşmayı hükümsüz sayabilir.

BKT m.114 ile Türk hukukuna getirilmek istenen sorumsuzluk anlaşması düzenlemesi, son derece sorundur. Öncelikle ağır kusur/hafif kusur gibi teknik açıdan yanlış kavramların kullanılmış olması maddenin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Ancak, bunun yanı sıra BKT m.114, BK m.99'dan ileriye giderek fiilen sorumsuzluk anlaşmalarını imkansız hale getirmektedir. Zira fıkra 3 uyarınca uzmanlığı gerektiren bir meslek izinle yürütülüyorsa borçlunun hafif ihmalden sorumlu olmayacağı anlaşması dahi yapılamayacaktır. Yani fıkra 2'de öngörüldüğü gibi hakime takdir hakkının verilmesi bile söz konusu değildir. Bu düzenlemeler doğrudan hükümsüz sayılacaktır. Günümüzde neredeyse her mesleğin uzmanlık gerektirdiği ve icrasının da yetkili makamların iznine tabi olduğu düşünülecek olursa, artık sorumsuzluk anlaşması düzenlenmesi imkanı ortadan kalkacak demektir. Oysa ağır ihmal hallerinde, sorumsuzluk anlaşmasının kesin olarak yasaklanması dahi uygun bir çözüm değildir. Örneğin Alman Medeni Kanunu sadece kast halleri için sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz sayar (§ 276/III). Zira bu tür sözleşme hükümlerinin denetlenmesi ihtiyacı sadece, taraflar arasında sözleşmesel dengenin bozulduğu, örneğin genel işlem şartları kullanıldığı hallerde vardır. Oysa tarafların özgürce pazarlık ederek ve karşılıklı edimleri ona göre belirleyerek kurdukları sözleşmede yer alan bir sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılması için bir gerekçe bulmak mümkün değildir.

Yasaya alınması teklif edilen ilk çözüm, Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmış Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri m.8.109 (PECL) ve UNIDROIT tarafından hazırlanmış Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin İlkeleri m.7.1.6 (PICC) maddelerinden esinlenmiştir. Bu alternatifte herhangi bir yasaklama getirilmemiş, ama sorumsuzluk anlaşmalarının denetlenmesi açısından dürüstlük kuralının sınır oluşturduğu saptanmıştır. Ancak bu çözümün benimsenmemesi halinde en azından yürürlükteki borçlar kanununda yer alan düzenlemenin aynen muhafaza edilmesi yerinde olacaktır. İkinci alternatifte bu düzenleme aktarılmaktadır.

Madde 115

3. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiilinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Alacaklı sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada

3. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk

1. ALTERNATİF

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Ancak bunun dürüstlük kuralına ve işlem hayatının gereklerine aykırı olmaması gerekir.

2. ALTERNATİF

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya

borçlunun hizmetinde ise, sözleşmeyle borçlunun ancak hafif kusurdan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir.

kısmen kaldırılabilir. Alacaklı, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde ise, veya sorumluluk, yetkili makamlar tarafından verilen imtiyazla yürütülen bir meslek veya sanatın icrasından kaynaklanıyorsa, borçlunun ancak hafif ihmalden sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir.

BKT m.114 açısından ifade edilmiş olan kaygılar bu madde açısından da aynen geçerlidir. Zira bu maddenin de ikinci fıkrasında, yardımcı kişilerin fillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının, yetkili makamın verdiği izinle yürütülen işler açısından yasak olduğu ifade edilmiştir. Yani bir kusur derecelendirmesi yapma ihtiyacı dahi hissedilmemiştir. Oysa yukarıda da örnek verilen Alman Medeni Kanunu, yardımcı kişinin fillerinden dolayı, kast hali için bile sorumsuzluk anlaşması düzenlenmesine imkan tanımaktadır. Getirilmesini planlanan yasak, amacı çok aşmaktadır. Sunulan teklif BKT m.114'de olduğu gibi iki alternatiflidir. Doğru gözüken yine PICC ve PECL'da sunulan çözümü benimsemektir. Ancak bunun kabul görmemesi halinde en azından halihazırdaki Borçlar Kanunu düzenlemesi muhafaza edilmelidir.

Madde 124

c. Seçimlik haklar
(...)

Sözleşmeden dönme halinde 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.

c. Seçimlik haklar
(...)

Sözleşmeden dönme halinde 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 sona ermesi sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.

Sözleşmeden dönmenin sözleşme üzerindeki etkileri, uzun yıllardır Türk ve yabancı doktrinlerde tartışmalıdır. Bunun bir "hükümsüzlük" olmadığı bugün genel kabul görmektedir. Özellikle hukuk uyumlaştırması ürünlerinin tümü (CISG, PICC ve PECL) dönme üzerine sözleşmenin hükümsüz kalmadığı görüşüne itibar etmiştir. Bu açıdan yasa koyucunun terk edilmiş olan bir görüşü muhafaza ederek sözleşmenin hükümsüzlüğünden bahsetmesi uygun gözükmemektedir. Onun yerine, sözleşmenin "sona ermesi" gibi nötr bir ifade kullanılması ve bu şekilde doktrindeki tartışmaların önünün kesilmemesi tercih edilmelidir.

Madde 125

d. Sürekli edimli sözleşmelerde

Sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun direnimi halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir.

d. Sürekli edimli sözleşmelerde

Ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun direnimi halinde alacaklı, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

BK Tasarısı ile yeni eklenen bu düzenleme, sürekli edimli sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını ele almaktadır. Ancak bu tür sözleşmelerde alacaklının sahip olduğu seçimlik hakların hangileri olduğu doktrinde tartışmalıdır. Dolayısıyla sadece tartışmasız olduğu açık olan hususları, yani dönme hakkının bu hallerde fesih hakkına dönüştüğü hususunu kanunda düzenlemek, bunun dışında kalan konuları doktrinindeki tartışmaların gelişimine bırakmak daha uygun gözükmemektedir. Bu yüzden, yukarıda teklif edilen çözümde tamamen nötr bir ifade tercih edilmiş ve sürekli edimli sözleşmelerin ifasına başlanmış olduğu hallerde dönme hakkı yerine alacaklının fesih hakkına sahip olduğu söylenmekle yetinilmiştir. Bunun dışında, ifa yerine tazminat seçimlik hakkını kullanabilip kullanamayacağı tartışmasına ilişkin olarak bir tercihte bulunulmasından kaçınılmıştır.

EK MADDE TEKLİFLERİ

BK Tasarısı m.111 ile başlayan "İkinci Ayırım" başlığı altında düzenlenmesi gereken ancak kısmen hiç düzenlenmemiş, kısmen de yanlış yerde düzenlenmiş (BKT m. 137) hususların bu ayırım altında toplanmasında büyük fayda görülmektedir. Bu başlıklar işlem temelinin çökmesi ile sürekli edimli sözleşmelerin hakkı sebebiyle sona erdirilmesi halleridir. Madde tekliflerine, karışıklık yaratmamak kaygısıyla bağımsız bir numara verilmemiş, bunlar BKT m.125a ve b şeklinde gösterilmiştir. Bunların kabul edilmesi durumunda teselsül ettirilmeleri gerekecektir.

Madde 125/a (Tasarıda m.137)**Aşırı ifa güçlüğü**

Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme-
meyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağā-
nüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan
bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı
sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın isten-
mesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek de-
recede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da
borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı öl-
çüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tuta-
rak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşme-
nin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu
mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dön-
me hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmeler-
de borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine
fesih hakkını kullanır.

C. Sözleşmenin uyarlanması ve sona erdirilmesi**I. İşlem Temelinin Çökmesi**

Madde 125a - Sözleşmenin temelini oluşturan
koşullar, sözleşmenin kurulmasından sonra cid-
di şekilde değişmiş ve tarafların bu değişikliği
öngörebilmiş olmaları halinde sözleşmeyi kur-
mayacak veya farklı bir içerikle kuracak olduk-
ları kabul edilebiliyorsa sözleşmenin uyarlan-
ması mümkündür. Ancak bunun kabulü için,
somut olayın bütün koşulları, özellikle sözleş-
mesel ve yasal risk dağılımı dikkate alındığında,
taraflardan birini, sözleşme koşullarını değiştir-
meksizin sözleşme ile bağlı tutmanın dürüstlük
kuralı uyarınca kendisinden beklenemeyecek
olması gerekir.

Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı
veya taraflardan birinden dürüstlük kuralı uya-
rınca beklenemeyecek olduğu hallerde mağdur
olan taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli edim-
li borç ilişkilerinde dönme hakkının yerini fesih
hakkı alır.

Hal ve şartların dönmeyi haklı göstermemesi ha-
linde hakim uyarlamaya karar verebilir.

Tasarıda, borçların sona ermesi bahsi altında ele alınan, işlem temelinin çökmesi sorununun asıl düzenlen-
mesi gereken yer, borçların ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin ikinci ayırımdır. Zira işlem temelinin çök-
mesi nedeniyle sözleşmenin uyarlandığı hallerde borç sona ermemekte, sözleşme ayakta kalmakta ve ifa ger-
çekleşmektedir. Sadece işlem temelinin çökmesine sebep olan hallerin zaman zaman imkansızlığa benzerli-
ği nedeniyle bunların imkansızlığın peşi sıra düzenlenmesinde bir mantık yoktur. Nasıl ki sözleşme temer-
rüt nedeniyle sona erdirilebiliyorsa, aynı şekilde işlem temelinin çökmesi halinde de bir dönme hakkı veril-
miştir. Bu açıdan da konunun ele alınması gereken yer, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün
sonuçlarını düzenleyen maddenin hemen sonrasındır.

Maddenin sadece yerinin değiştirilmesi değil, içeriğinin de yeniden kaleme alınması teklif edilmektedir. Öncelikle, bugün Türk doktrin ve mahkeme içtihatlarında yerleşik olan ve özellikle aşırı ifa güçlüğü de kapsayacak şekilde bir üst kavram niteliğini taşıyan "işlem temelinin çökmesi" kavramının tercih edilmesi daha doğru gözükmemektedir. Madde içeriği özellikle BGB § 313, fıkra 1 ve 3 hükümleri göz önünde bulundurulurken formüle edilmiştir. Sözleşmenin temelini oluşturan koşullardaki değişikliğin ciddi olmasını yeterli sayması; sözleşmesel ve yasal risk dağılımına vurgu yapması ve sözleşme hukuku sistemimize daha uygun olarak, uyarlamayı hâkimden talep etme mecburiyeti getirmemesi nedeniyle BGB § 313'ün daha uygun bir çözüm sunduğu düşünülmektedir. Bu şekilde özellikle, dönme gibi ağır bir yaptırımın hakime gitmeden; buna karşılık uyarlama gibi daha hafif bir yaptırımın hakime gidilerek devreye sokulması gibi bir tezada düşünülmesinden de kaçınılmış olacaktır.

Madde 125/b

Tasarıda olmayan bir düzenlemedir.

II. Sürekli edimli sözleşmelerin haklı sebeple feshi

Taraflardan her biri, haklı bir sebebin varlığı halinde sürekli edimli sözleşmeyi ek süre vermeksizin feshedebilir. Somut olayın bütün koşullarının dikkate alınması ve özellikle tarafların menfaatlerinin tartılması sonucu, sözleşme ilişkisinin, kararlaştırılan sürenin veya feshi ihbar süresinin sonuna kadar devam ettirilmesinin fesih beyanında bulunan taraftan dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyecek olduğu hallerde haklı bir sebebin varlığı kabul edilir. Yasadan doğan istisnalar saklıdır.

Fesih hakkı sahibi ancak fesih sebebini öğrendikten itibaren makul bir süre içerisinde fesih beyanında bulunabilir.

Eklenmesi teklif edilen bu madde ile aslında yıllardır zaten doktrinde kabul edilmiş olan, hakkında herhangi bir tartışma bulunmayan, sürekli edimli sözleşmelerde haklı nedenle feshe ilişkin genel bir düzenleme getirilmesi amaçlanmaktadır. Özel borç ilişkilerinden bazılarında zaten kabul edilmiş olan bu hakkın, bütün sürekli edimli sözleşmeler açısından genel bir hüküm olarak düzenlenmesinde fayda görülmektedir. Bu şekilde, özellikle mahkeme uygulamasında MK m.2'ye ve kıyas yöntemine başvurmak sureti ile geliştirilmiş ve benimsenmiş bir kurum yasaya aktarılmış olacaktır. Maddenin kaleme alınmasında yine Alman Medeni Kanunundan faydalanılmıştır (BGB § 314).

11. Borç ilişkisinin üçüncü kişi üzerindeki etkisi

Madde 127

<p>B. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme</p> <p>Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.</p> <p>Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.</p>	<p>B. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt</p> <p>Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı taahhüt eden, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.</p> <p>2. Fıkra kaldırılmalıdır</p>
---	--

Tasarı m.127'nin başlığı ve ifadesinin "üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesi" olarak değiştirilmiş olması sakıncalı bulunmaktadır. Zira burada kast edilenin, BKT m.194 vd.'da düzenlenen borcun üstlenilmesi kavramı ile bir alakası yoktur. Borçlu üçüncü kişinin fiilini üstlenmemektedir. O bu fiili yerine getirmeyecektir. O sadece üçüncü kişinin fiilini yerine getirmemesi halinde tazminat ödemeyi vaat etmiştir. Bu açıdan mevcut BK m.110'daki ifadenin muhafaza edilmesi daha uygun görülmektedir. Diğer yandan, BK m.110'a 1981 yılında eklenmiş olan ikinci fıkradaki düzenlemeye ihtiyaç olmadığı kanaati ağır basmaktadır. Zira bu düzenleme aslında tarafların sözleşme serbestisi uyarınca istedikleri içerikle bir sözleşme yapabilecekleri gerçeğini teyit etmekten öteye gitmemektedir.

12. Borçların sona ermesi

<p>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM</p> <p>Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı</p>	<p>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM</p> <p>Borçların Sona Ermesi ve Zamanaşımı</p>
---	---

Tasarıda üçüncü bölümün başlığı, sadece bu bölüme aşırı ifa güçlüğü kavramı eklendiği için, değiştirilmiş ve "borç ilişkileri" kavramı da kullanılmıştır. Oysa yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi aşırı ifa güçlüğü konusunun düzenlenmesi gereken yer İkinci Bölümün İkinci Ayrıımıdır. Sözleşmeden dönme veya fesih suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesi imkanları bu bölümde düzenlenmiştir. Ayrıca sözleşmenin uyarlanması imkanı var olduğu sürece ne borç ne de borç ilişkisi sona ermemektedir. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü bu bahiste yer almamalı ve m.137 çıkarılmalıdır. Yine buna bağlı olarak da Üçüncü Bölümün başlığı "Borçların Sona Ermesi ve Zamanaşımı" olmak gerekir. Zamanaşımının ayrı düzenlenmiş olması ise doğru bir tercih olmuştur.

Madde 136

<p>II. Kısmi imkânsızlık</p> <p>Borcun ifası kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi imkânsızlık önceden öngörülmeydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşırsa ve alacaklı kısmi 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.</p>	<p>II. Kısmi imkânsızlık</p> <p>Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi imkânsızlık baştan öngörülmeydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa tam imkânsızlık hükümleri uygulanır.</p> <p>Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşırsa ve alacaklı kısmi 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.</p>
--	---

Tasarıyla Borçlar Kanununa eklenmek istenen bir diğer yeni madde ise kısmi imkansızlığa ilişkindir. Her ne kadar bu düzenleme yerindeyse de yine bazı ifade zaafı içerir. Öncelikle imkansızlığın borçluyu borcundan kurtarması için ön koşul olan onun kusurlu olmaması gereği düşmüştür. Halbuki m.135'de gayet açık bir şekilde "borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla bu ifadenin m.136'ya da aynen aktarılması gerekir. Diğer yandan maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki düzenleme yersiz ve yanıltıcıdır. Zira alacaklının kısmi ifaya razı olmaması halinde tam imkansızlık hükümlerinin uygulanmamasının bir mantığı olamaz. Bu tek başına alacaklının iradesine bırakılmış olan bir karar değildir. Nitekim birinci fıkranın son cümlesinde özellikle "tarafarca" böyle bir sözleşmenin yapılmayacağını anlaşılmaması halinde borcun tamamının sona ereceği kabul edilmiştir. Bu açıdan ikinci fıkraya düzenlemesi birinci fıkraya çelişmektedir. Diğer yandan karşı edimin bölünemeyen borç olması halinde tam imkansızlık kurallarının uygulanacağı doğrudur ama bunu da ayrıca anmaya gerek yoktur zira zaten bu hallerde de birinci fıkranın ikinci cümlesi devreye girecektir. Bu hallerde tarafların sözleşmeyi "kısmen" yapmayacakları aşikardır. Dolayısıyla ikinci fıkranın ikinci cümlesinin çıkarılması gerekir.

13. Zamanaşımı sürelerine ilişkin genel değerlendirme

Borçlar Kanunu Tasarısı, her ne kadar borcun sona erme sebeplerinden biri olarak zamanaşımına ilişkin genel düzenlemelerde (BKT m.145-160) önemli bir değişikliğe gitmemişse de, zamanaşımına ilişkin bir dizi özel düzenlemede süreleri değiştirmiştir. Bu değişikliklere ilişkin bir döküm yapıldığında şu farklı sürelerle karşılaşılmaktadır:

- Alacaklar için genel ZA süresi: 10 yıl
- Bazı özel alacaklar için ZA süresi: 5 yıl
- Haksız fiillerden doğan alacaklar için ZA süresi: 2 / 20 yıl
- Sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacaklar için ZA süresi: 2 / 10 yıl
- Satım sözleşmesinin ayıplı ifasından doğan seçimlik haklar için ZA süresi: 2 yıl (taşınır) / 5 yıl (taşınmaz)
- Eser sözleşmesinin ayıplı ifasından doğan seçimlik haklar için ZA süresi: 2/5/20 yıl

Bu tabloya bakıldığında, yapılan değişikliklerin mantığını anlamak mümkün olmadığı gibi, sunulan çözüm de tutarlı olmaktan uzak gözükmektedir. Aslında Borçlar Kanununda bu türden farklı bir dizi zamanaşımı süresini yan yana muhafaza etmek yerine, Alman Borçlar Hukukunun 2002 reformunda yapıldığı gibi, zamanaşımı hükümlerinin mümkün olduğu ölçüde tek bir bölümde ve yeknesak olarak düzenlenmesi yolunun tercih edilmesi çok yerinde olurdu. BGB reformu sırasında ve sonrasında yaşanan tartışmalar ve yayın yoğunluğuna bakıldığında, özellikle zamanaşımı sürelerinin bir hukuk politikası sorunu teşkil ettiği ve değiştirilmesinin çok ciddi bir tartışma sürecini gerektirdiği görülmektedir. Ne yazık ki BK Tasarısının gerekçesinden bu türden bir tartışmanın yaşandığı ve özellikle mukayeseli hukuk verilerinden faydalandığı konusunda en ufak bir bilgi elde edilmesi mümkün değildir. Deprem zararlarının giderilmesi imkanını yaratmak için haksız fiillerde maksimum zamanaşımı süresinin 20 yıla çıkarılması da bu açıdan yeterli bir gerekçe teşkil edemez. Bu ayrıksı durum olsa olsa özel bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı sorusunu beraberinde getirir, yoksa tüm haksız fiiller için maksimum sürenin 20 yıla çıkarılması açısından bir mülahaza oluşturamaz.

14. Alacağın temliki

Madde 190

<p>IV. Garanti</p> <p>1. Genel olarak</p> <p>Alacak bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.</p> <p>Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmişse ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.</p>	<p>IV. Garanti</p> <p>1. Genel olarak</p> <p>Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.</p> <p>Devreden ayrıca taahhüt etmedikçe borçlunun ödeme gücüne sahip olmamasından sorumlu değildir.</p> <p>Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmişse ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.</p>
---	---

BKT m.190, alacağın temliki halinde temlik edenin, hem alacağın varlığını hem de borçlunun ödeme gücünü garanti ettiğini ifade etmektedir. Oysa halihazırdaki BK m.169 düzenlemesinde, temlik edenin sadece

alacağın varlığını taahhüt ettiği kabul edilmiştir. Tasarının gerekçesinde, Roma Hukukundan beri geçerli olan bu ilkedен neden vazgeçildiği ise açıklanmamıştır. Oysa alacağın temliki müessesine ciddi bir müdahale sayılabilecek bu değişikliğin en azından gerekçesinin belirtilmesi beklenirdi. Bu gerekçenin, karşılaştırmalı hukuk mülahazaları olmadığı açıktır. Çok sayıda ülkenin uygulaması dikkate alınarak hazırlanmış olan Principles of European Contract Law ve Principles of International Commercial Contracts, alacağın temlikinde sadece alacağın varlığının garanti edildiğini öngörür. Yine Unidroit tarafından hazırlanmış olan Milletlerarası Factoring Hakkında Antlaşmada da Tasarıdaki benzer bir düzenleme bulmak mümkün değildir. Son olarak 2002 reformu sonrasında BGB § 453 hükmü gereği alacağı devredenin, alacağın varlığından sorumluluğunda dahi garanti sorumluluğu esasının terk edildiği ifade edilmelidir. Bütün bu gerekçelerle, halihazırda mevcut yasal düzenlemenin muhafaza edilmesi daha uygun gözükmektedir. Temlik eden ancak ayrıca taahhüt ettiği takdirde borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olmasından sorumlu tutulabilmelidir.

Alacağı ivazlı temlik edenin sorumluluğuna ilişkin düzenlemede bir değişiklik yapılacak idiyse bu aslında maddenin yerine ilişkin olmalıydı. Zira söz konusu olan alacak satımı hallerinde ayıptan sorumluluktur. Bu konunun ise satım hükümleri arasında düzenlenmesi daha uygun düşmektedir.

15. Satım sözleşmesi

Satım sözleşmesine ilişkin düzenlemeye bakıldığında bir kez daha, Tasarıda, modern hukuk uyumlaştırması projelerinde (CISG) ve yeni tarihli kanun reformlarında (Alman Medeni Kanunu/ Hollanda Medeni Kanunu) getirilen yeniliklerin hiç dikkate alınmadığı, bunlara bir kez olsun değinilmediği dikkati çekmektedir. Bu yenilikleri iki başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki ayıp kavramına ilişkin değişiklikler; ikincisi ise ayıp halinde alıcının haklarına ilişkin değişikliklerdir. Borçlar genel hukuku alanındaki "sözleşmeye aykırılık" ile borçlar özel hukuku alanındaki "ayıp" kurumlarının aslında aynı soruna ilişkin olması¹⁷, ancak Roma hukukundan gelen bir gelenek ile bu iki kurum arasında bağlantı kurulmaması ve düzenlemelerin de birbiri ile senkron hale getirilmemesi uygulamada önemli sorunları beraberinde getirmektedir (özellikle yarışma sorunu). Bu nedenle günümüz reformlarında tercih edilen, bu iki kurum arasındaki organik bağı kurmaktır. Bunun ilk adımı ayıp kavramını sözleşmeye aykırılık çerçevesinde tanımlamak, ikincisi de sözleşmeye aykırılık halinde var olan hakları borçlar genel hükümlerine atf yoluyla çözmektir. Tasarı ne yazık ki ikisini de yapmamıştır. Bunun yanı sıra, klasik bir sözleşmeye aykırılık hali olan ve bu açıdan ayıp kavramından ayrı ele alınması için hiçbir sebep bulunmayan zapt halinin de ayrı bir bahis olarak muhafaza edilmiş olması anlaşılabilir. Alman BGB reformu sadece zapt ve ayıbı aynı hükümlere bağlamakla kalmamış, aliud ifa ve eksik ifayı da, bir sözleşmeye aykırılık oluşturmaları sebebi ile aynı değerlendirmiştir. BK Tasarısını hazırlayan Komisyon ne yazık ki, düzenlemeleri daha basit ve anlaşılır kılma konusunda elinde var olan bu imkanı kullanmamıştır.

Madde 215

<p>b. Mahkeme kararı olmaksızın geri verme Satıcının zapttan sorumluluğu aşağıdaki hallerde devam eder:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Alıcı, bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse,2. Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlenmesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa <p>Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı geri vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder.</p>	<p>b. Mahkeme kararı olmaksızın malı verme Satıcının gecikmeksizin uyarılması ve kendisine uyuşmazlığın dava yoluyla çözümlenmesinin teklif edilmesi koşuluyla, alıcının, bir mahkeme kararı olmadan üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak tanıması veya tahkim kabul etmesi mümkündür. Satıcının zapttan sorumluluğu bu hallerde devam eder.</p> <p>Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da mevcuttur.</p>
---	---

BKT m.215, fıkra 1, halihazırda BK m.191'de düzenlenmiş olan, alıcının bir mahkeme kararı olmaksızın malı üçüncü kişiye teslim etmesi konusunu ele almaktadır. Ancak maddenin ifadesi sadeleştirilmeye çalışılır.

¹⁷ BKT m.473, f.2 "ayıplı veya sözleşmeye aykırı", m.475, b.1 "ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı" türünde ifadeleri muhafaza ederek ayıbın da sözleşmeye aykırılığın bir türü olduğu gerçeğini göz ardı etmeye devam etmektedir.

ken anlamda ciddi bir sapma olmuştur. Alıcının gerek üçüncü kişinin hakkını tanınması gerekse tahkim yolunu kabul etmesi iki koşulun gerçekleşmiş olmasına bağlıdır: satıcının gecikmeksizin uyarılması ve sorunun dava yoluyla çözümlenmesinin kendisine teklif edilmesi. Bu önkoşullar iki hal için de aranır, yoksa tasarıda kaleme alınmış olduğu gibi, sadece tahkim yolunun kabul edilmiş olması hali için değil. Bu nedenle fıkra 1'in yeniden kaleme alınması ihtiyacı vardır.

BKT m.215, f.2 ise bir tercüme hatası içermektedir. BK m.191'de olmayan, ancak İsviçre BK m.194, f.2'de bulunan düzenleme BKT m.215, f.2 olarak Türk hukukuna aktarılmak istenmiştir. Ancak İsviçre orijinalinde satıcının sorumluluğu, alıcının malı "geri" vermesi halinde değil, malı üçüncü kişiye vermek zorunda kalması halinde devam etmektedir. Maddenin düzenlediği husus, alıcının malı mahkeme kararı olmaksızın üçüncü kişiye verdiği hallerde satıcının sorumluluğunun olup olmayacağıdır. Yoksa malın satıcıya geri verilmesi düşünülmemiştir. Bu açıdan maddenin başlığı da yanlıştır. Burada da geri verme terimi yerine "malı verme" terimi kullanılmak gerekir.

Madde 216

<p>3. Alıcının hakları</p> <p>a. Tam zapt hâlinde</p> <p>(...)</p> <p>2. Satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri,</p> <p>(...)</p>	<p>3. Alıcının hakları</p> <p>a. Tam zapt hâlinde</p> <p>(...)</p> <p>2. Satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği mala ilişkin giderleri,</p> <p>(...)</p>
--	---

Alıcı, malı elinden alan üçüncü kişiden ancak o malı elinde bulundurduğu süre içinde mala yapmış olduğu harcamaları isteyebilir. Onun dışında başka giderleri üçüncü kişiden talep etmesi imkanı yoktur. Bu talebin temelinde de MK m. 994 yatar. Dolayısıyla İsviçre orijinalinde olduğu gibi madde ifadesinin düzeltilmesinde fayda vardır.

Madde 217

<p>b. Kısmî zapt hâlinde</p> <p>Satılanın bir kısmı elinden alınmış veya satılan sınırlı aynı bir hakla yüklenmişse alıcı, sadece bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir.</p> <p>Ancak alıcının, satılardaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşlıyorsa, alıcı hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir.</p> <p>Bu durumda alıcı, satılanın elinde kalmış olan kısmını o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte, satıcıya geri vermekle yükümlüdür.</p>	<p>b. Kısmî zapt hâlinde</p> <p>Satılanın bir kısmı elinden alınmış veya satılan sınırlı aynı bir hakla yüklenmişse alıcı, sadece bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği gibi, bedelin indirimi, malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi veya sözleşmeden dönme haklarını da kullanabilir.</p> <p>Sözleşmeden dönme halinde alıcı, satılanın elinde kalmış olan kısmını o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte, satıcıya geri vermekle yükümlüdür.</p>
--	--

Kısmi zapt ile malın ayıplı ifa edilmesi arasındaki sınırı çizmek, tam zapta nazaran daha da güçtür. Özellikle mala ilişkin olarak üçüncü kişilerin fikri haklarının olması gibi hallerde bazen zapttan bazen hukuki ayıptan bahsediliyor olması da bunu göstermektedir. Bu nedenle bu iki sözleşmeye aykırılığın yaptırımları arasında bir ayrım yapılması da o oranda anlamsızlaşmaktadır. Neden kısmi zapt söz konusu olan hallerde alıcı, semenin tenzili veya benzeri ile değiştirme hakkını kullanmasın? Neden dönmesi, ayıptan farklı önkoşullara ve de en önemlisi hakimin kararına bağlı olsun? Dönme Türk hukukunda yenilik doğuran bir hak olarak düzenlenmiştir. Kısmi zapta bunun farklı ele alınmasını gerektirecek en ufak bir gerekçe mevcut değildir. Dolayısıyla teklifte, kısmi zapt hallerinde alıcının sahip olduğu haklar ayıp halinde sahip olduğu haklara paralel olarak düzenlenmiştir.

Madde 219

<p>b. Hayvan satışında</p> <p>Hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru olmadıkça ayıptan sorumlu olmaz.</p>	<p>b. Hayvan satışında</p> <p>Hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya kastı veya ağır ihmali olmadıkça ayıptan sorumlu olmaz.</p>
--	---

Tasarımın muhtelif maddelerinde yapılmış olan bir hata, bu maddede de tekrar edilmiş ve "ağır kusur kavramı" kullanılmıştır. Oysa kusur üst başlıktır ve bunun alt başlıkları kast/ağır ihmâl/hafif ihmâldir. Burada kast edilen kast ve ağır ihmâl halleridir. Madde metnin bu şekilde düzeltilmesi teklif edilmektedir.

Madde 220

2. Sorumsuzluk anlaşması Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.	2. Sorumsuzluk anlaşması Satıcı satılanı, kasten veya ağır ihmal sonucu ayıplı olarak devretmişse, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.
--	--

Madde 221

3. Alıcının bildiği ayıplar (...) Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur.	3. Alıcının bildiği ayıplar (...) Satıcı, alıcının normal bir dikkat sarf etmesi halinde hemen görebileceği ayıplardan, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur.
---	---

Tasarıda m.221'e ilişkin düzenleme yanlış bir şekilde, halihazırda BK m.197'de mevcut düzenlemeyi aynen devralmaktadır. Oysa bu maddenin İsviçre orijinali bu şekilde olmadığı gibi, düzenleme tarzı hukuk politikası açısından da sakıncalıdır. Zira alıcı, malı satın almadan muayene etmek zorunda değildir. O sadece teslimden sonra bir muayene yükümlülüğü altındadır ve bunu yerine getirmezse ayıba dayanma hakkını kaybeder. Satım sözleşmesi kurulmadan önce, alıcının adeta gözüne batacak kadar aşık olan, yani görmemesinin mümkün olmadığı ayıplar açısından satıcının tekeffül yükümlülüğü olmaz. Zira bu hallerde alıcının malı, ayıbını bilerek satın aldığı kabul edilir. Maddede sözleşme öncesi aşama için de, bir muayene yükümlülüğü getirilmiş gibi "gözden geçirme"den bahsedilmesi çok sakıncalıdır.

Madde 222

a. Genel olarak (...) Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılana olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılmayacak bir ayıp bulunması halinde bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.	4. Gözden geçirme ve satıcıya bildirme a. Genel olarak (...) Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılana olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılmayacak bir ayıp bulunması halinde bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, bunu uygun bir süre içinde satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.
---	--

Alıcının birinci fıkradaki bildirim yükümünü "uygun bir süre içinde" yerine getirmesi gerekirken, neden ikinci fıkrada bu bildirim "hemen" yapılmasının arandığını anlamak mümkün değildir. Mevcut Borçlar Kanunu m.198 değiştirilecekse, bunun her iki fıkrada aynı yönde olması uygun düşer. Aksi takdirde sunulan çözümler tutarlı olmaktan uzak kalır.

Madde 224

5. Satıcının ağır kusurunun sonuçları Ağır kusurlu olan satıcı, satılana ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir.	5. Satıcının kast ve ağır ihmalinin sonuçları Satıcı malı kasten veya ağır ihmal sonucu ayıplı olarak devretmişse, satılana ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. 2. Fıkra kaldırılmalıdır
--	---

Tasarı m.224'ün ilk fıkrasında yanlış olarak "ağır kusur" kavramı kullanılmış olduğu için bir değişiklik yapılması ihtiyacı vardır. Diğer yandan BK m.200'de yer almayan ve tasarı ile eklenmesi düşünülen ikinci fıkranın herhangi bir anlam ifade etmediği düşünülmektedir. Bu ekleme, "ağır kusur" kavramının zihinlerde yarattığı karışıklıktan kaynaklanmaktadır. Bu kavramın kast karşılığı mı yoksa kast ve ağır ihmali kapsayacak şekilde mi kullanıldığı konusunda belirsizlik vardır. Eğer ağır ihmali de kapsadığı kabul edilecek olursa ikinci fıkraya gerek yoktur. Zira bu durumda zaten satıcının bilmesi gereken ayıp, ağır ihmali ile bilmediği ayıp anlamına gelir ve fıkra 1 kapsamında değerlendirilir. Yok eğer ilk fıkra sadece kasten ayıbın bildirilmediği halleri düzenlemek istiyorsa, bu durumda da "ağır kusur" kavramı yine yanlıştır. Maddenin ilk fik-

rasının yukarıdaki teklifteki gibi değiştirilmesi halinde bu belirsizliği kolayca çözmek mümkün olacak ikinci fikraya da ihtiyaç kalmayacaktır.

Madde 226

<p>7. Alıcının seçimlik hakları a. Genel olarak</p> <p>Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirek sözleşmeden dönme, 2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme, 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, 4. Olanak varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme. <p>Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.</p> <p>Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını giderek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.</p> <p>Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hakım, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.</p> <p>Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.</p>	<p>7. Alıcının seçimlik hakları a. Genel olarak</p> <p>Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sözleşmeden dönme, 2. Ayıp oranında satış bedelinden indirim, 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, 4. Olanak varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme. <p>Alıcının bu seçimlik haklarının yanı sıra genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.</p> <p>Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını giderek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.</p> <p>Hal ve şartlar hakkı göstermediği takdirde alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.</p> <p>Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.</p>
---	--

BKT m.226, satın sözleşmesinin ayıplı ifası halinde alıcının haklarını düzenlemektedir. Madde, kısmen BK m.202'yi muhafaza etmiş, kısmen TKHK m.4'den esinlenmiştir. Ancak ortaya çıkan sonuç, tutarlı olmaktan uzaktır. Öncelikle birinci fıkrada neden TKHK m.4'ü kopya ederek, "satılanı geri vermeye hazır olma", "satılanı alıkoyma" gibi açıklamalara yer verildiğini anlamak güçtür. Bugün her hukukçu, dönme hakkının kullanılması halinde, malın iade edilmesi gerektiğini bilebilecek bir eğitime sahiptir. TKHK'da daha açıklayıcı ifadelerle yer verilmiş olmasının sebebi, bu kanunun hukuk politikasına ilişkin tercihidir. Ama bunu Borçlar Kanunu gibi temel bir kanunda takip etmenin mantığını kavramak güçtür. Zaten BKT m.228'de, dönme halinde malın iade edilmesine ilişkin ayrıntılar verilmektedir. Anlamsız tanımlardan kaçınmakta fayda görülmektedir.

Diğer yandan fıkra 1, bent 2'de neden "indirim isteme"den bahsedildiğini anlamak hiç mümkün değildir. Bugün doktrinde tartışmasız olduğu üzere, bedelden indirim talebi yenilik doğuran bir haktır. Alıcı bunu kimseden "istememez". Nitekim TKHK m.4'de de gerek dönme gerekse bedelin indirimi bu şekilde düzenlenmiştir. Bu maddede, dönme hakkının kullanıldığı hallerde hakimın buna müdahale etmesine imkan veren bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Dönme hakkının ancak, hal ve şartlar bunu haklı gösterdiği zaman kullanabileceğini öngörmek ayrı şeydir, dönme hakkının yerine hangi seçimlik hakkın kullanılacağı konusunda tercihi hakime vermek ayrı şeydir. Mevcut BK m.202'de var olan düzenleme zaten doktrinde bu kadar eleştirilmekteyken neden Tasarıda bu çözümün muhafaza edildiği anlaşılammamaktadır. Dönme hakkının, hal ve şartların haklı göstermediği hallerde kullanılmayacağı sınırlaması arzulanan sonucu doğurmak açısından yeterli olacaktır.

Son olarak, üzerinde durulması gereken bir husus, satıcıyı tazminat yükümlülüğüdür. Bilindiği gibi Borçlar Kanunu ayıplı ifade sadece dönme hakkının kullanılması durumunda tazminat yükümlülüğünü düzenlenmiş, buna karşılık semenin tenzili ve ayıpsız ile değiştirme hakları açısından sorunu açık bırakmıştır.

Tasarıda bu konuda bir çözüm teklif edilmiş ve bütün seçimlik haklar açısından genel hükümler uyarınca bir tazminat talebinin baki olduğu ifade edilmiştir. Nitekim bu doğru bir tercihtir. Ancak neden bu tercihe rağmen, aşağıda üzerinde durulacak olan m. 228'de tekrar alıcının dönme hakkına ilişkin olarak tazminat

talebi üzerinde durulduğu açık kalmaktadır. Hele de bu düzenlemede genel hükümlere atıf yapmak yerine, doğrudan zarar/dolaylı zarara şeklindeki ayırımı muhafaza etmek bir çelişki oluşturmaktadır. Zaten mevcut düzenlemede çok eleştirilmekte olan bu ifadenin kaldırılması ve bütün seçimlik haklar açısından tazminat talebinin m.226 altında düzenlenmesi daha uygun gözükmektedir.

Madde 227

b. Satılanın yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması (...) Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir.	b. Satılanın yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması (...) Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesi hakkına sahiptir.
--	---

Yukarıda m.226'ya ilişkin olarak yapılmış olan açıklamalarda da ifade edilmiş olduğu üzere, semenin indirilmesi hakkı yenilik doğuran bir hak türü, dolayısıyla da karşı taraftan "istenmez". Bu hak doğrudan hak sahibi tarafından kullanılır. Bu açıdan ikinci fıkradaki ifadenin düzeltilmesi ihtiyacı vardır.

Madde 228

8. Dönmenin sonuçları a. Genel olarak Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir: 1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi, 2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi, 3. Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi. Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür.	8. Dönmenin sonuçları a. Genel olarak Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir: 1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi, 2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi, 3. Genel hükümler uyarınca tazminat ödenmesi. 2. fıkra kaldırılmalıdır.
--	--

Yukarıda madde 226 altında ele alınmış olduğu üzere, satım sözleşmesinin ayıplı ifa edilmesi halinde alıcının sahip olduğu seçimlik haklar ile birlikte tazminat talep edebilmesi normaldir. Ancak bu tazminat talebinin kapsamının bütün seçimlik haklar açısından bir örnek düzenlenmesi uygun olacaktır. Bu nedenle dönme hakkına ilişkin olarak aynı bir düzenleme yapmaktansa, bu konuda temel normu oluşturan m.226'yı takip ederek genel hükümlere atıf yapılmakla yetinilmelidir.

Madde 230

9. Zamaşımı Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılana ilişkin ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz. Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamaşımı süresinden yararlanamaz.	9. Süre Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, ayıplı mal tesliminden doğan hakların, satılana ilişkin ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl içerisinde kullanılması gerekir. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz. Satıcı kasten veya ağır ihmali ile satılanı ayıplı olarak devretmiş ise iki yıllık sürenin dolduğunu ileri süremez.
---	--

BKT m.230 aslında BK m.207'de mevcut düzenlemeden farklı bir ifade kullanılmamaktadır. Ancak alıcının sahip olduğu seçicilik haklardan ikisinin (dönme/semeni tenzil) yenilik doğuran hak olması nedeniyle bunların zamanaşımına tabi tutulması doğru değildir. Yenilik doğuran haklar hak düşümü süresine tabidir. Bu açıdan maddenin "renksiz" bir ifade kullanarak kaleme alınması daha doğru olacaktır. Sadece süreden bahsedilmesi halinde bunun, kullanılan hak tipine göre zamanaşımı veya hak düşürücü süre olduğu anlaşılacaktır. Nitekim Tasarıyı hazırlayanlar örneğin BKT m.296'da "bağışlamayı geri alma hakkının bağlı olduğu süre"den bahsetmiş, eski kanunda yer almış olan zamanaşımı süresi ibaresini kaldırmıştır. Bunun sebebi de geri alma hakkının yenilik doğuran bir hak olmasıdır. Ancak yine tutarlı olmak için, bütün yenilik doğuran hakların düzenlendiği maddelerde zamanaşımı ifadesinden kaçınılması gerekir.

16. Sözleşmesel önalım hakkı

Madde 241

<p>3. Kullanılması ve hükümleri</p> <p>Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır.</p>	<p>3. Kullanılması ve hükümleri</p> <p>Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satıştan veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlem den ve bunun içeriğinden haberdar olduğu tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde ileri sürmek zorundadır.</p>
---	---

BKT m.241, Borçlar Kanunu hükümleri arasında yer almayan sözleşmesel önalım hakkına ilişkin olarak eklenmiş düzenlemelerden biridir. Bu hakkın ne zaman kullanılabileceğini ele alan madde İsviçre BK m.216'den esinlenmiştir. Ancak maddenin kaleme alınmasında çeşitli zaafılar söz konusudur. Öncelikle önalım hakkını kullanma süresinin başlangıcı bildirim anı olmamak gerekir. Zira alıcının bundan daha önceki bir aşamada da önalım hakkından haberdar olmuş olması ihtimali vardır. Bu durumda sürenin uzatılması için bir gerekçe bulmak güçtür. Dolayısıyla teklifte "haberdar olma anı" esas alınmıştır.

Öte yandan BKT m.241'de bu süre içinde bir davanın açılmasından bahsedilmesi vahim bir hatadır. Önalım hakkı yenilik doğuran bir haktır ve kullanılması dava açılmasına bağlı değildir. Dolayısıyla burada da "ileri sürme" kavramının kullanılması gerekir.

17. Taşınmaz satımı

Madde 243

<p>II. Sorumluluk</p> <p>Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrar. Ancak, satıcı ağır kusurlu ise, beş yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.</p>	<p>II. Sorumluluk</p> <p>Bir yapının ayıplı olmasından doğan haklar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılda ileri sürülmek zorundadır. Ancak, satıcı kasten veya ağır ihmali ile ayıplı bir yapı teslim etmişse, beş yıllık sürenin dolduğunu ileri süremez.</p>
--	---

Yukarıda BKT m.230 bağlamında da üzerinde durulmuş olduğu gibi, ayıptan doğan hakların kısmen yenilik doğuran haklar olması nedeniyle bunların diğer haklar gibi zamanaşımına tabi tutulması mümkün değildir. Bu nedenle süreye ilişkin m.243, fıkra 3'ün nötr bir ifadeye sahip olması gerekir. Teklif edildiği üzere, sadece "5 yıl içinde ileri sürülmek"ten bahsedilmesi suretiyle bu sağlanabilecektir. Öte yandan ağır kusur kavramı da yine hukuk terminolojisine uygun olarak "kasten ve ağır ihmali" kavramları ile ikame edilmiştir.

18. Taksitle satış sözleşmesi

BK Tasarımın taksitle satım sözleşmelerine ilişkin hükümleri (BKT m.252 vd.) ve buna ilişkin gerekçeler birçok soruyu açık bırakmaktadır: acaba bugün taksitle satım sözleşmelerini BK'da düzenleme ihtiyacı halen mevcut mudur? Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da kısmen düzenlenmiş bulunan bu sözleşme tipi, acaba taraflardan birini tüketicinin oluşturmadığı bir kombinezonda karşımıza çıkabilir mi? Tacirler arasındaki sözleşmelerde (B2B = business to business), taksitle satım sözleşmesindeki korumaya ihtiyaç var mıdır ve BK hükümleri uygulanabilir mi? Tarafların ikisinin de ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında hareket etmediği hallerde (C2C = consumer to consumer) sözleşmelerde taksitle satım sözleşmelerine ilişkin bu ayrıntılı hükümler uygulanır mı? Yoksa sorun zaten sadece ticari ve mesleki faaliyeti kapsamında hare-

ket eden kişi ile tüketici arasında kurulan sözleşmelerde (B2C = business to consumer) mi ortaya çıkar?

BK Tasarısına eklenen, taksitle satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin, İsviçre Borçlar Kanununun, 2001 yılında Tüketici Kredilerine İlişkin Federal Kanunla kaldırılmış olan hükümleri olduğu Tasarının gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Acaba bu maddelerin İsviçre'de neden kaldırıldığı ve bunların neden tüketici kredisi ile birlikte yeni bir kanunda düzenlendiği sorusu Tasarının hazırlanması aşamasında hiç sorulmuş mudur? Sorulmuş olsaydı aslında yukarıda sorulan soruların cevabı da bulunabilecekti.

Taksitle satım sözleşmelerinde korumanın sadece B2C işlemlerde verilme ihtiyacı vardır. Ne B2B ne de C2C işlemler bu korumaya ihtiyaç duymaz. Dolayısıyla bu sorun bir tüketicinin korunması sorunudur. Bu açıdan da BK'da yer alması, hele de Tüketicinin Korunmasına ilişkin özel bir kanunu olan bir ülkede anlamsızdır. Bu nedenle daha doğru gözüken, Borçlar Kanunu Tasarısı ile birlikte, yan kanunlarda yapılması ihtiyacı olan değişiklikleri de kaleme almak olabirdi. Aynı giriş bölümünde üzerinde durulmuş alınmış olan imalatçının sorumluluğu sorununda olduğu gibi...

Diğer yandan taksitle satım sözleşmeleri ile tüketici kredilerine ilişkin sözleşmelerin paralel düzenlenmesi ihtiyacı vardır. Zira bir malın temini için doğrudan satıcının kredi vermesi ile ayrı bir kredi kurumunun kredi vermesi arasında, tüketicinin korunması ihtiyacı açısından bir farklılık yoktur. Bu nedenle sorunun hem TKHK çerçevesinde çözülmesi hem de orada tüketici kredilerine ilişkin düzenleme ile birlikte düşünülmesi en uygun formül olacaktır. Bu haliyle taksitle satım sözleşmelerine ilişkin hükümlerin BK'da bırakılması doğru gözükmemektedir; özellikle hükümlerin çelişkili bir içeriğe sahip olduğu göz önünde tutulacak olursa. Bir örnek vermek gerekirse: BKT m.257 taksidin kambiyo senedine bağlanmış olması halinde satış bedelinin tamamının önceden ödenmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır. Oysa TKHK m.6/A taksitle satımda emre ve hamile kambiyo senedi düzenlenmesini yasaklamakta ve aksine davranış halinde bu senetlerin batıl olacağını öngörmektedir.

19. Bağışlama

Madde 293

D. Bağışlayanın sorumluluğu Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir. (...)	D. Bağışlayanın sorumluluğu Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara kasten veya ağır ihmal ile sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir. (...)
---	---

Madde 296

III. Geri alma hakkının süresi ve mirasçılara geçmesi (...) Bağışlanan, bağışlayıcı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürür veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellerse, mirasçılar bağışlamanın ortadan kaldırılmasını isteyebilirler.	III. Geri alma hakkının süresi ve mirasçılara geçmesi (...) Bağışlanan, bağışlayıcı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürür veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellerse, mirasçılar bağışlamayı geri alabilir.
--	---

BKT m.296 bağışlamanın geri alınmasında süreleri ve bu hakkın mirasçılar tarafından kullanılmasına ilişkin ayrıntıları düzenlemektedir. Ancak maddenin son fıkrasında geri alma (Widerruf) kavramı yerine bağışlamanın ortadan kaldırılmasının istenmesinden bahsedilmiştir. Oysa burada da İsviçre orijinaline uygun olarak yine geri alma kavramının kullanılması gerekir. Zira burada, m.296'nun ilk fıkralarında ele alınmış olan yenilik doğuran hakkın aynı söz konusudur.

20. Tüketim öduncü sözleşmesi

Madde 385

A. Tanım Tüketim öduncü sözleşmesi, ödunc verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödunc alana devretmeyi, ödunc alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.	A. Tanım Tüketim öduncü sözleşmesi, ödunc verenin, bir miktar paranın ya da diğer misli eşyaların mülkiyetini ödunc alana devretmeyi, ödunc alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.
---	---

BKT m.385'de tüketim öduncüne ilişkin olarak verilen tanımda, bu sözleşmeleri kira ve kullanım öduncü sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur, yani ödunc verilen şeyin mülkiyetinin ödunc alana geçtiği hususu unutulmuştur. Tüketim öduncü sözleşmesinin niteliği gereği ödunc verilen şeyin mülkiyeti ödunc alana

geçer. Nitekim yürürlükte bulunan BK m.306'daki ifade de bu yöndedir.

21. Eser sözleşmesi

Madde 475

<p>b. İş sahibinin seçimlik hakları Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir: (...) 2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme, (...) İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. (...)</p>	<p>b. İş sahibinin seçimlik hakları Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir: (...) 2. Ayıp oranında bedelden indirim, (...) İş sahibinin bu seçimlik haklarının yanı sıra genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. (...)</p>
--	---

Yukarıda BKT m.226 bağlamında da ifade edildiği gibi, iş sahibinin bedelden indirim hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Bu nedenle bu hakkın tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılması mümkündür. Karşı tarafın kabulünü gerektiren bir istem söz konusu değildir. Yine BKT m.226'da ifade edilmiş olduğu gibi, tazminatın seçimlik hakların yanı sıra istenmesi imkanının olduğu özellikle vurgulanmalıdır.

Madde 477

<p>d. Eserin kabulü (...) Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.</p>	<p>d. Eserin kabulü (...) Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, uygun bir süre içinde durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.</p>
--	--

Yukarıda BKT m.222 bağlamında da üzerinde durulmuş olduğu gibi, ayıbın tespit edilmesinden sonra bundan yükleniciyi haberdar etme süresi tutarlı bir şekilde düzenlenmelidir. Eğer ayıp hemen keşfedildiğinde, bildirimün uygun bir süre içinde yapılacağı kabul edilmişse, ayıbın daha sonra keşfedilmesi halinde de bildirimün aynı süre içinde yapılması gerekir. Birinde "uygun bir süre diğerinde gecikmeksizin" ifadelerini kullanmak uygulamada anlamsız tartışmaları beraberinde getirir.

Madde 478

<p>e. Zamanaşımı Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.</p>	<p>e. Süre Yüklenicinin ayıplı bir eser meydana getirmesi nedeniyle iş sahibi lehine doğan hakların, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yıl; taşınmaz yapılarda ise beş yıl ve yüklenicinin kastı veya ağır ihmali halinde yirmi yıl içerisinde kullanılması gerekir.</p>
--	---

BKT m.230'a ilişkin açıklamalarda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, ayıplı ifa halinde kullanılabilir olan seçimlik haklardan ikisi (dönme ve semeni tenzil) yenilik doğuran haktır. Dolayısıyla bunlar açısından zamanaşımı süreleri işlemez. Bu nedenle m.478'in kenar başlığının ve içeriğinin buna göre kaleme alınması gerekir.

Teklifte, m.230'a ilişkin teklife paralel olarak, bu tür nötr bir ifade kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra "ağır kusur" kavramı da hukuk terminolojisine uygun olarak kast ve ağır ihmali şeklinde değiştirilmiştir.

AIHS NE DİYOR, AIHM NE İSTİYOR?

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Doc. Dr. Adem Sözüer, AIHM Hâkimi Rıza Türmen,
Doc. Dr. Ahmet Gökçen Yuvarlak Masa'da tartıştılar.

Av. Kenan Tekdağ: "Mutlak yasak
ve sınırsızlık olanaksızdır."

Doc. Dr. Sami Selçuk: "Uygulamada
büyük sorun var."

BORÇLAR VE TİCARET KANUNU TASARILARI

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen: "TTK Tasarısı'na
eleştiriler dikkate alınsın."

- TCK Zamanışımında Karma Uygulama Yanlışı
- İddianamenin İadesi
- Soykırım Suçu
- Ekümenik Patrikhane mi?
- Kendi Geleceğini Belirleme İlkesi
- Kapalı Fatura

