

BK TASARISI'NIN EKSİKLİK VE AKSAKLIKLARININ, İFA VE İFA ENGELLERİ HUKUKU ALANINDAN ÖRNEKLERLE SERGİLENMESİ

Komisyonun yaptığı iş, İsviçre'nin 120 yıllık Borçlar Kanunu'nu sözcüğü sözcüğüne yeni baştan Türkçe'ye çevirmek olmuştur. Oysa bugün ülkede, "Türk" sıfatına gerçekten yakışacak özgün, çağdaş, düzeyli, ulusal bir tasarı üretecek siyasal ve sosyal ortam da vardır; hukukçu potansiyeli de!

■ Prof. Dr. Rona SEROZAN İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Bölümsel iyileştirme (revizyon) yerine
tümel yenilemenin (kodifikasyonun)
yersizliği**

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu çapında yasalar ne zaman, hangi kapsamda ve hangi yöntemle değiştirilirler? Avrupa hukuk kültüründe ve yazınında bu soruların yanıtları değişmez: Bu yasalar ancak ivedi zorunluluk durumlarında, bu durumlarda bile ancak zorunluluk ölçüsünde, en geniş katılımın sağlandığı, uzun süreli ve "mükemmeliyetçi" (perfeksyonist) hazırlık çalışmalarıyla değiştirilirler. Bu yanıtların nedenleri açıktır: Bu evrensel "çınar-yasaların" kökleri öylesine derindir ki bu kökleri yerinden sökmek, toplumsal zemini sarsar; hukuksal depreme yol açar. Öyleyse değişen koşullar zorladığında, bu gibi çınar-kanunname-

lerin kimi dallarını budamakla, gövdeye küçük aşılar yapmakla yetinmelidir. Genelde izlenen yol, bu koca yasalara hiç dokunmaksızın, konut kirası, kat mülkiyeti, devre mülk, tüketicinin korunması, çevrenin korunması ve faizin sınırlandırılması gibi konularda özel yasalar çıkarmaktır.

Hele kazüistisizmin (tek olaycılığın) sakıncalarından uzak tutulmuş, uygulamaya ve öğretiye, değişen toplumsal koşullara ayak uydurabilmek için alabildiğine geniş bir hareket alanı bırakmış ve yasa ötesi (praeter legem) değişime ve dönüşüme (transformasyona) kapıları ardına kadar açık tutmuş olan bizim yasamızda hiç gerek bulunmaz tümel yenilemeye! O kadar ki, genel işlem koşullarının da, aşırı yararlanmanın da, sözleşme devrinin de, üstesinden gelinebilir pekala eldeki avadanlıkla. Nitekim İsviçre'de de, bizde

de, pekala üstesinden gelinmiştir, gelinmektedir bu sorunların. Bunun için yeni yasa çıkarmaya gerek yoktur.

Batiya göz attığımızda, karşılaştığımız görüntü şudur: Almanya, Avusturya, Fransa ve İsviçre, "Gesetzbuch"larını, "Code"larını tüm ekonomik ve politik dalgalanmalara karşı yaklaşık iki yüz yıldır yenilememişlerdir; sadece belirli kurallarda gereksinim ölçüsünde ya küçük revizyonlar yapmışlardır ya da ayrı özel yasalar çıkarmışlardır.

Bölümsel düzeltmeler (revizyonlar) yerine tümel yenileme (kodifikasyon) yoluna sapmanın önemli bir sakıncası da bu kanunnamelerin madde numaralarının değişmesidir. Madde numaralarını değiştirme, hatalı sayılamayacak tebihlerle, ülkenin tüm hukuksal bilgisayar programlarına virüs aşılama ya da ülkenin elektrik gerilimini 220 Volttan 110 Volta indirmekle eşanlamlıdır.

Tümel yenilemenin ağır maliyeti, yalnız bu kadarla kalmaz. Onlarca yılın tüm bilimsel ve yargısal birikimleri rafa kalkar; yargı yeni yasaya ayak uydurmada gecikir ve zorlanır; yargının yeni yasaya uyum sağlamasının parasal yükü çok

Kanunu'nu baştan aşağı yeni baştan çevirmeye ne yer vardır ne de gerek!

Yasa dilinden söz açılmışken, icaba öneri, temerrüde direnir (kimi zaman da gecikme), vadeye süre (ama kimi zaman yine de vade), ariyete kullanma ödöncü, karza tüketim ödöncü demenin, tazminat ile giderim ve cayma ile geri alma deyimlerini gelişigüzel bir arada kullanmanın isabeti de sorgulanmalıdır. Acaba buna benzer değişiklikler ve bu değişikliklere eklenen bir dizi dilbilgisi yanlış, eskimiş diliyle Borçlar Kanunu'nu okurken karşılaştığımız sıkıntıyı kaldırmaya mı yarar; yoksa salt başka bir alana taşımay mı?

Bölümsel değişiklik yerine tümel yenilemeyi ve bu arada madde numaralarını değiştirmeyi yeğ tutmayı Meclis iç Tüzüğü'nün madde numaralarını değiştirmeksizin bölümsel yenilemeye gidildiğinde madde madde müzakereyi şart koşmasına bağlama mazeretine gelince: Bu mazereti ortaya atmak "şecaat arz ederken sirkatin söylemek" demektir. Borçlar Kanunu gibi bir "ana yasa" (ki ayrı yazılmış hali pekala bitişik yazılmış diye de okunabilir) nasıl olur da müzakeresiz oldu bittiye getirilebilir? Türkiye 1920'lerin olağanüstü

BORÇLAR YASASI'NI DEĞİŞTİRMEK İÇİN İVEDİ GEREKSİNİM VE MÜKEMMELİYETÇİ YAKLAŞIM GEREKİR

ağır olur. Yeni medeni kanunla yaşanan acı deneyim ortadadır.

Yasanın baştan aşağı yenilenmesini, dili arılaştırma amacıyla haklı göstermek doğru değildir. Bir kere, bizde dilinin arılaştırılması gerekli yasaların (bu arada Nizamnamelerin) sayısı yüzü geçer. Üstelik bu mevzuatın büyük bölümü Borçlar Kanunu gibi salt alışverişe özgü yasalardan değil de doğrudan doğruya kişi özgürlükleriyle, kişilik haklarıyla ilgili yasalardan oluşur. Sonra, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu gibi genel ve temel yasaların, ağırdalı da olsalar, "temerrüt" gibi sözcükleri binlerce hukukçunun onlarca yıllık çalışmalarıyla özel bir anlam kazanmışlardır; "muacceliyet ihbarı temerrüt ihtarı yerine geçer" benzeri tümceleri de zamanın akışı içinde adeta birer hukuksal özdeyişe dönüşmüşlerdir. Bu sözcüklerle ve tümcelerle oynamak, yasanın zamanın akışı içinde dolmuş olan derin yorum barajlarını bir anda boşaltma anlamına gelir.

Dahası var: Çok rahatsız edici, göze ve dile batıcı deyimler için de evvelce İcra ve İflas Kanunu'nun Türkçeleştirilmesinde, İsviçre'de de yasanın üç ayrı dile çevrilmesinde yapıldığı gibi, çıkarılacak özel bir Türkçeleştirme yasasıyla yasa dili pekala arılaştırılabilir. Bunun için İsviçre Borçlar

savaş koşullarında mı yaşamaktadır ki yasayı madde madde müzakere ederek yitirecek zamanı kalmamış olsun!

Avrupa'daki gelişmeler karşısındaki bağışlanmaz umursamazlık

-Tasarı'nın, olumsuzluklarının başlıca üç nedeni vardır: Avrupa Birliği'ne kapıları kapamak, İsviçre'ye kapanmak ve yanlış yasa hazırlama yöntemi-ne kapılmak!

AB'deki gelişmeler karşısındaki umursamaz tutumla başlayalım:Eşiğinde beklediğimiz ve Adalet Bakanı'nın Tasarının Önsözündeki açıklamasına göre, Tasarını kendisiyle bütünleşme uğruna hazırladığımız "Avrupa Birliği"nin bünyesinde Borçlar Hukuku alanında çok önemli gelişmeler gözlenmektedir. Komisyon üyeleri yersiz bir İsviçre saplantısına kapılarak gözlerini Alplerin ötesindeki bu gelişmelere duyarsızca kapamışlardır.

Bir kere, AB'nin başta tüketim sözleşmeleriyle ilgili olup, tüketiciyi koruyan ama ayrıca para borçlarının ödenmesini geciktirme çabalarını kıran, bu bağlamda da "ihtarsız temerrüt" olgularını genişleten, dahası, sözleşme tarafını (partnerini) seçmede haksız ayrımcılığa karşı önlem alan bir dizi Yönergesi (AB müktesebatı) göz ardı edilmiş-

tir. Unutulmasın ki ortak bir Avrupa Borçlar Hukuku yolunun temel taşlarını, bu AB Yönergeleri döşerler.

Sonra, Lando komisyonu olarak tanınan ve tüm AB üyesi ülkelerin uzman hukukçularından oluşan bir Komisyonun yoğun ve yaygın bir çalışma sürecinde hazırladığı ve geleceğin Avrupa Borçlar Hukuku modeli gözüyle bakılan "Principles of European Contract Law", UNIDROIT'nin (Özel Hukuku Uyumlaştırma Enstitüsü'nün) yine uzun yıllar süren çalışmasının parlak ürünü "Unidroit Principles of International Commercial Contracts" ve bir başka verimli uyumlaştırma çalışması ortaya koyan Gandolfi Komisyonu'nun "Avant-projet du Code Européen des contrats" hep görmezlikten gelinmiş çok önemli Avrupa Borçlar Hukuku kaynaklarıdır.

BKT'ni hazırlayan komisyonun göz atmaya değer bulmadığı Avrupa Borçlar Hukuku kaynakları ne yazık ki bunlardan ibaret değildir. Toplam 66 BM üyesinin ve on iki AB üyesinin onaylamış olduğu ve TC'nin de onaylamak üzere bulunduğu; Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin BM Viyana

yeni baştan Türkçe'ye çevirmek olmuştur. Bu kopyacılığın, savunulacak hiçbir yanı bulunamaz.

Türkiye, İsviçre BK'nun iktibasını zorunlu kılan 1926'nın olağanüstü koşullarında yaşamakta değildir ki. Bugün, ülkemizde, Batı'daki en son gelişmelerden esinlenip özgün ve düzeyli (Türk sıfatına gerçekten yakışacak) yerli, ulusal bir tasarı üretecek siyasal ve sosyal ortam da vardır; hukukçu birikimi de.

Evvelce Medeni Kanun'un İsviçre MK'ndan aynen çevrilmiş olması da, "batıl makisünaleyh" olamayacağına göre, bu ayıbın "gaybubet delili"ni (alibisini) oluşturamaz.

Muhafazakar İsviçre'ye saplanıp kalmanın sakıncaları, özellikle aşırı yararlanma (gabin), sözleşme serbestliğinin kötüye kullanılması, sosyal açıdan zayıfın (özellikle de işçinin) korunması alanlarında beliren sosyal açıklarda ve ayıplarda su üstüne çıkar.

Komisyon üyelerinin tüm bakışlarını İsviçre'ye yöneltmişken, İsviçre BK'nda son yıllarda yapılmış olan ve önümüzdeki yasama yılında yapılma-

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ YENİ YASALARIN YERİNE KÖHNEMİŞ İSVİÇRE YASASINI MODEL DİYE SEÇMEK YALNIŞTIR

Anlaşması, (Convention on Contracts for the International Sale of Goods) ele alınmaya değer bulunmamış bu kaynaklardır. Bu anlaşma özellikle ifa engelleri alanında devrim sayılabilecek olan yenilikler getirmiş bir anlaşmadır. Her yasa koyucu bu anlaşmayı yasama çalışmalarında basucunda tutar. Nitekim 2002 BGB reformunda da, bu uluslararası anlaşma reformun paradigmasını oluşturmuştur.

AB bünyesinde en güncel borçlar hukuku kurallarını içeren 1992 yılı Hollanda Medeni Kanunu ile 2002 yılı BGB Borçlar Hukukunu Modernleştirme Yasası da, ne acıdır ki komisyon tarafından boşlanan yasalardandır.

Dost acı söyler: Bütün bu gelişmelere gözlerini duyarsızca kapayan bir Türk hukukçusu yirmi beş yıl sonra uyandığında, hiç abartısız kendisini başka bir gezegende yaşıyor sanabilir.

İsviçre'ye kapanmanın yanlışlığı

Komisyonun yaptığı iş, AB'ne üye bile olmayan ve sosyal devlet ilkesine alabildiğine uzak duran (grev hakkını bile tanımayan) yedi milyon nüfuslu muhafazakar küçük İsviçre'nin 120 yıllık Borçlar Kanunu'nu, buna yine İsviçreli hukukçu Widmer'in ülkesinde şiddetli bir muhalefetle karşılaşan ve bunun üzerine rafa kaldırılan sorumluluk hukuku konusundaki marjinal projesinden bir iki kural ekleyerek, sözcüğü sözcüğüne (mot à mot)

sı öngörülen birtakım gerçekçi değişiklikleri (sözgelimi, elektronik iletişim, sipariş edilmemiş olduğu halde dayatılmış hizmetler, ifa yeri ve borçlu temerrüdündeki ius variandi ile ilgili değişiklikleri) hiç anmaksızın pas geçmeleri, kişiye ister istemez, evvelce MK çevirisinde de yapıldığı gibi (o zaman İsv. MK'nun 1998 değişikliği gözden kaçırılmıştı) yasanın notlu son baskılarına hiç bakılmadığı izlenimini uyandırmaktadır.

Tasarıyı hazırlama yöntemindeki eksiklikler ve aksaklıklar

Tasarının hazırlanmasında izlenen yöntem yanlış. Bir kere, komisyon, sürekli değişen, çoğu da sonradan dikkat çekici gerekçelerle ayrılan üyelerin oluşturduğu rastlantısal ve değişken yetersayılarla salt hafta sonlarında birkaç saatliğine toplanmış ve çoğunluk oyuyla kural belirlemiştir. Sağlıklı yol bu değildir; izlenmesi gerekli yol başkadır. Ön komisyon az sayıda seçkin uzmanla adeta kampa çekilerek çalışır; kurallar da oylamayla belirlenmez, "consensus" ile belirlenir. Bu ön komisyonun hazırladığı Taslak da sonradan geniş bir tartışmaya açılır.

Kapalı kapılar ardında yürütülen komisyon çalışmasının ürünü konusunda sadece hukukla ilgili kurumlardan, üstelik bir iki ay içinde görüş bildirmelerinin istenmesi ise ne bilime saygıyla, ne de demokrasinin kamuya açıklık (saydamlık) ve katılımcılık gerekleriyle bağdaşır. Sivil toplum

kuruluşlarının çoğunu ilgilendiren bu yasadaki bıkınız (tüketiciyi koruma derneği benzeri) ilgili dernekleri, işçi sendikaları bile habersizdirler.

Bir yasa tasarısı hazırlanırken, temel tercihler konusunda olsun, yasanın planı konusunda olsun, tek tek kuralların seçimi konusunda olsun, yürütülen tartışmalarla, ortaya atılan muhalif görüşlerle ve sonuçta benimsenen kuralı taşıyan gerekçelerle ilgili tutanaklar tutulması gelenektir. Sözgelimi Almanya'da, Borçlar Hukuku kurallarını modernleştirme yasa taslağını hazırlayan Ön Komisyon sonradan kamu oyunda tartışılmak üzere görüşme tutanaklarını yirmi beş koca cilt halinde yayımlamıştır. Bizdeyse, kuralların hangi tartışmalardan sonra, hangi gerekçelerle kabul edildiği belli değildir.

Tasarı kurallarının yayımlanan gerekçelerine, sözcüğün gerçek anlamıyla "gerekçe" gözüyle bakılmaz. Bunların ezici çoğunluğu sadece yeniden çevrilen kuralda neyin düzenlendiğini ve kuralda dil veya hüküm değişikliği olup olmadığını saptamakla (durum tespitiyle) yetinen "tarifler" ve "mütearifeler"dir. Kuralın "ratio legis"ini (konuşu nedeni-

ları anmakla yetineyim:

Sözleşmenin kurulması ve hükümlerini yürütmeye başlaması konusunun ve bu bağlamda icaba davet-icab-kabul trafiğinin yeni sözleşme kurma tekniklerine ve bu alandaki yeni önermelere uygun düzenlenmemesi... (BKT 1 i.s.)...

Genel işlem şartlarının yürürlük, yorum ve içerik denetiminin Alman Medeni Kanunu'ndaki denetimle karşılaştırıldığında yetersiz kalması... (BKT 20 i.s.)

Hata düzenlemesinde iki ciddi hataya düşülmesi: Güven zararının tazmini borcunun sadece kusurlu hata edene yüklenmesinin isabetsizliği bu hatalardan birincisi, karşı tarafın beyan hatasını bilmesi halinde güven ilkesi ışığında zaten bir iptal hakkı söz konusu olamayacağına göre, bu durumda tazminatın iptal mağdurundan esirgenmesinin salt sâik hatalarına inhisar ettirilmemesi hatalardan ikincisidir. (BKT 35)

Olsa olsa vahşi kapitalizm dönemine yakışacak "gabin" (yeni deyimle, aşırı yararlanma) kuralının sömürülene sağlanan yeni uyarılama şansı ve

AVRUPA'DAKİ SON YASALARA BAKILMADIĞI GİBİ, İSVİÇRE YASASININ DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİNİ İÇEREN SON BASILARINA BİLE BAKILMAMIŞTIR

ni) bulma olanağı genelde yoktur. Eğer her nasılsa böyle bir gerekçeye rastlanırsa, o da sıklıkla "İsviçre'de hukuki durumun böyle olduğu" gerekçesidir!

Tasarıda gerçi gerekçe yoktur ama bol miktarda şahsiyatçılık vardır. Şahsiyatçılığın en sivri örnekleri teselsül ve zaman aşımı düzenlemelerinde göze batır. Teselsülün mantığına (özüne) aykırı düşen dış ilişkideki sorumluluk sınırlamaları (BKT 105/165) bir Komisyon üyesinin doçentlik tezinde savunduğu kişisel görüşlere dayanır. Haksız fiil zaman aşımının zararın gerçekleşmesi anından değil de zarar verici eylemin gerçekleşmesi anından yürümeye başlaması, ama genel zaman aşımı süresini oluşturan on yıl yerine yirmi yıl sürmesi de Yalova depremiyle ilgili bir dava sonucunda davalı vekiliyle yargıçlar arasında ortaya çıkan kişisel görüş ayrılıklarının uzlaştırılmasının sonucudur.

Bilançonun olumsuzluğu: Tasarı'nın doyuruculuktan uzaklığına değişik alanlardan örnekler

Avrupa'da Borçlar Hukuku alanındaki önemli rüzgarlara kapıları kapayan, salt İsviçre'ye kapanan ve sağlıklı bir tasarı hazırlama sürecine kapılan komisyonun ortaya çıkardığı tasarıda eksikliklerin ve aksaklıkların sayısının kabarık olması doğal karşılanmalıdır.

Sadece göze batan önemli eksiklikleri ve aksaklıkları

son anda hak düşümü süresinin uzatılmasıyla da olsa, eski ve anlamsız öznal koşullarla (öğelerle) aynen korunması; edimler arasındaki açık oransızlığın sömürü kastının varlığına kasine sayılmaması... (BKT 28)

Deyimin gerçek anlamıyla bir "kara güldürü" oluşturan faizle ilgili eski Tasarı m. 193 ve 125 kurallarının tasarıdan çıkarılmasına karşılık, kira parası konusundaki benzer kara güldürü kuralının (m. 343) Tasarı'nın son basısında da korunması...

Kusursuz sorumluluklar arasında hakkaniyet, tehlike ve fedakarlığın denkleştirmesi sorumluluklarının sulandırılıp bilinçsizce düzenlenmesi... (BKT 64,70)

Aralarında köklü bir hukuksal rejim ayrımı bulunan edim zenginleşmeleriyle edim dışı

zenginleşmelerin tek ve kısa bir kuralda toplanması ve örnek diye sadece edim

zenginleşmelerinin anılması, ama edim dışı zenginleşmelerin hiç anılmaması... (BKT 76)

Vekaletsiz iş görmenin haksız zenginleşmenin yanı başında genel bir yasal borç kaynağı olarak düzenlenmiş olmayıp, özel borç ilişkileri çatısı altında simsarlık ve komisyon sözleşmeleri arasındaki sağlıklı, çarpık sistematik konumunda tutulması...

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olgusunda öngörülen ve sonradan fikri hakların ve kişilik

haklarının ihlali de benimsenen "menfaat devri" (BKT 530'un deyimiyle "faydaları edinme") yaptırımının (gereğinde, punitive damage'in yerinde gözüktüğü) başka ihlallere de uygulanması olanağını sağlayacak biçimde, genel kurallar arasında yer verilecek bir yaptırımlar listesine eklenmemesi...

Sorumluluk sebeplerinin çokluğunda, davacıya en elverişli talep olanağını sağlayan sorumluluk sebebinin seçilmiş sayılacağını belirten BKT 59'un bu yarışma (telahuk) kuralının -ki Widmer projesinden aktarılmadık- seçenekli kulvarların karşılıklı etkileşime açık tutulduğu ve talep temellerinden hangisinin davacı için daha avantajlı olacağını bilinemeyeceği olasılıklardaki anlamsızlığı...

İsviçreli hukukçular tarafından BK'nda düzenlenmesi yersiz bulunan pazarlamacılık ve evde hizmet sözleşmelerine, toplam yirmi bir kuralın ayrılması...

Tasariya bir komisyon üyesinin hatırı için katıldığı izlenimi uyandıran, hiçbir Avrupa yasasında yer verilmesine gerek görülmeden atipik sözleşmelerden "sözleşme devri"ne ayrılan kuralda (m. 204), sadece sözleşmenin tanımına yer verilip, bu sözleşmeyle ilgili asıl önemli sorunun, açıkçası, dev-

161 i.s. kurallarda) düzenlenip çözüme bağlanması gerekli bir sorundur. Tüm hukukçular bu konuda tam bir görüş birliği içinde bulundukları halde ve tüm yasalarla yazarlar da bu sorunu borç ilişkisinde özel durumlar başlığı altında ele aldıkları halde, BKT 84 kuralı (aynı eski BK 69 kuralı gibi) borçların ifası bölgesindeki yanlış sistematik konumunu korumaktadır.

İfa yeriyle ilgili eksiklik

Satıda hasarın alıcıya geçeceği kritik an, yerinde bir yaklaşımla, malın alıcıya devri anına (ileriye) kaydırılırken ve yollanacak borçta hasarın daha taşıyıcıya devredildiği anda alıcıya geçeceği de isabetle saptanırken (BKT m. 207), yollanacak borçlarla ilgili kuralın tüketici yararına saklı tutulması gerekli önemli ayrıkları gözden kaçırılmıştır. Gözden kaçırılan ilk ayrık ifa yerine ilişkin İsviçre OR 74 kuralında planlanan değişiklik bağlamında uzaktan (mesafeli) satışlarda ifa yeri olarak tüketimin konutunun seçilmiş olduğunun karine olarak kabul edilmesi yolundaki ayrıktır. Böylece tüketicinin taşıma sırasında gerçekleşen kazanın riskini taşıması önlenir. Öte yandan, satıcının malı "kendi taşıyıcısı" eliyle yollattığı veya "toplu taşıma" (Sammeldepot) çerçevesinde taşıdığı durum-

ÜLKEDE OLAĞANÜSTÜ KOŞULLAR MI VARDIR Kİ BİR YABANCI YASANIN APAR TOPAR MOTAMOT ÇEVİRİSİ KAÇINILMAZ SAYILSIN

raların sorumluluğunun kapsamı konusunun düzenlenmemesi...

Bu yersiz sözleşmelere yer verilmesine karşılık, günümüzün en fazla uygulanan ve uyumsuzluk yaratan sözleşmelerden inşaat sözleşmelerine, adi ortaklığın joint -venture, kartel, konsorsiyum türündeki yeni görünümüne, tek satıcılık sözleşmesine, elektronik sözleşmelere, turistik gezi sözleşmelerine yer verilmemesi...

İfa hukuku alanından eksiklik ve aksaklık örneklerinin başında, bir sistematik konuşlandırma yanlış

Sistematikte disipline, planda tutarlılığa her yasama çalışmasında özel bir özen göstermek gerekir. Gelgelelim, tasariyi hazırlayanların bu konuda titiz davrandıkları söylenemez. BKT m. 84 kuralı bu konudaki özensizliğe tipik bir örnek oluşturur. Bilindiği gibi, bölünemez bir edimin birden çok alacaklı ya da borçlusu bulunduğunda, bu bölünemez borçta alacaklılığın ve borçluluğun nasıl belirleneceği sorunu iştirak halinde veya müteselsil alacaklılık ve borçluluk kavramlarıyla bağlantılı bir sorundur. Bu sorun borçların ifası alanında değil, borç ilişkilerinde özel durumlar bağlamında ve alacaklılarla borçluların çokluğu alanında (BKT

larda da hasarın alıcıya taşıyıcıya devir anında değil de yerleşim yerinde kendisine devir anında geçeceği kabul edilir.

Hazır alıcının hasarın erken intikali riskine karşı korunmasından söz ederken, eklemeli ki satılanın ayıplı ifasında müşterinin ispat yükünü sırtından almak üzere, ayıbın daha hasarın intikali anında mevcut olduğu yolundaki müşteri yanlısı karinenin (§ 476 BGB) AB Yönergeleri doğrultusunda Tasariya alınması da savsaklanmıştır.

Dilde özensizlik: Vade yerine, süre sözcüğünün seçimindeki isabetsizlik

Hukukta, hele özel hukukta her bir kavramın özel, özgül bir ağırlığı vardır. İfa zamanına ilişkin BKT m. 89 kuralında vade deyiminin karşılığında süre sözcüğü kullanılırken, vadenin hukuk dilinde hem belirli gün (Termin) hem de belirli süre (mehil, Frist) karşılığında kullanılageldiği unutulmuştur. Vadeye süre denirse, vade kavramı iki değişik anlamından salt birine, "mehil" karşılığına indirgenmiş olur. Tasariyi kaleme alanların Tasari'nin başka kurallarında (örneğin BKT 98 kuralında), hatta bizatihi vade yerine süre kavramını önerdikleri kuralların içinde (BKT m. 90/91 kurallarında) yine de vade sözcüğünden vazgeçememe-

leri bu bakımdan çok anlamlıdır.

Tasarı dilinden söz açılmışken, icaba öneri, temerrüde direnir (kim zaman da gecikme), ariyete kullanıma ödünçü, karza tüketim ödünçü denmesinin de kulak tırmadığını belirtmek gerekir.

Eksik iki yana borç yükleyen sözleşmelerde ve bağlantılı sözleşmelerde, iade borçlusu yararına, nispi (kişisel) güçte bir alıkoyma (hapis) hakkının öngörülmesi

Bilindiği gibi, klasik ödemezlik def'i ve aynı hapis hakkı ile çözülemeyen ama çözülmesi de gereken bir sorun vardır: Karşılıklı sözleşmenin veya başkasına ait eşya üzerinde zilyetliğin varlığına dayanamayan bir iade borçlusunun, diyelim ücretsiz iş gören masraf alacaklısı vekilin veya bağlantılı başka bir sözleşmeden alacaklı olan borçlusunun iade-den kaçınma hakkının hukuksal bir dayanağı yoktur yürürlükteki hukukumuzda. Oysa Almanya'da, Avusturya'da, Fransa'da ve İtalya'da vardır. (Örneğin § 273 BGB: Zurückbehaltungsrecht) Yargıyı ve yazını BK 82 ile MK 950 kurallarını zorlayıp örneksemi (kıyas) yoluna iten bu önemli yasa boşluğunun yeni bir kuralla doldurulması fırsatının kaçırılması yazık olmuştur.

TASARI'NIN EKSİKLİKLERİ VE AKSAKLIKLARI ÖYLESİNE FAZLADIR Kİ BUNLARIN DÖKÜMÜNE EN KALIN CİLTLER YETMEZ

Döviz alacaklısına sunulan haksız ve sakıncalı ayrıcalık

Döviz borcunun ödenmesinde temerrüde düşen borçluya karşı, evvelce BK 83'te yapılan bir değişiklikle, döviz alacaklısına gereksiz yere, ticari senetlere özgü (bk. Ticaret K. 623, 714) olağanüstü bir "seçimlik yetki" tanınmıştı. Dövizin (eğer arada düşmüşse) geçmişte kalmış "vade" veya (eğer arada yükselmişse) güncel "fiili ödeme" günü TL karşılığını isteyebilme seçeneğinden oluşuyordu bu süper yetki.

Bence, TL alacaklılarına, özellikle de ücret alacaklılarına karşı haksız bir ayrımcılık oluşturuyordu bu seçimlik yetki. Şöyle ki, döviz alacaklıları para değerinde kendileri için olumsuz dalgalanmalara bağlı zararlarını BK 83'ün kendilerine sunduğu süper yetki sayesinde adeta "bizzat ihkakı hak" yoluyla re'sen tazmin ettirebilirlerken, enflasyonzede TL alacaklıları ve bu arada bordro ve TL mahkumu ücret alacaklıları enflasyon zararlarını ancak BK 102/105 kurallarının dehlizlerinde zorlanarak ve "munzam zararlarını" kanıtlamada ter dökerek "yargıç kararıyla" tazmin ettirebiliyorlardı.

Şimdi Tasarı'da (m. 98'de) döviz alacaklısı yararına bu gereksiz ve haksız ayrıcalığa bir de dövizin aynen (efektif) olarak ödenmesini isteme seçene-

ği eklenmiştir. Oysa bilindiği gibi, döviz efektif olarak ödeme koşulu açıkça kararlaştırılmadıkça (ki genelde kararlaştırılmaz) "borçlusunun döviz borcunu ulusal parayla ödeme yetkisi" ta Ortaçağ'dan beri yalnız borçluyu koruma kaygısıyla değil ama aynı zamanda ve bundan da önemlisi, ulusal paranın saygınlığını koruma kaygısıyla adeta kutsanan bir yetkidir. Nitekim Tasarı'nın kendisi de ülke parasıyla ödemenin ana kuralı oluşturduğunu, dövizle ödeme yükümünün varlığı için açık bir "aynen ödeme" kaydının bulunmasını şart koşarak vurgulamaktadır. Aynı kaydının izdüşümünde İHK m. 58 kuralında da cebri icra tabibinin ulusal para üzerinden yapılması şart koşulur.

Tasarı, döviz borçlusunun ödenmesinde alacaklı yararına evvelce tanınmış olup, haksız bir ayrımcılığa (döviz alacaklılarını kayırmaya) yol açan ayrıcalığı hiçbir ülkede rastlanmayan bir biçimde geliştirirken (sözün özü, iki seçenekli yetkiyi üç seçenekli yetkiye çıkarırken), yalnız döviz borçlusunun çıkarlarını değil ama aynı zamanda tarihsel kökeni Ortaçağ'a kadar uzanan ve icra iflas hukukuna da yansıyan bir temel ilkeyi de, hiçe saymaktadır.

Aslında komisyondan beklenen değişiklik (eğer BK 83'ün bence haksız sisteminde ısrar edilecekse), bu kuralın yanlış algılanıp uygulanmasını, kuralın amacından saptırılıp yozlaştırılmasını önleyecek bir ekleme yapmasıydı. Bu eklemede kuralın yasal borçlarda, yani nafaka, haksız fiil tazminatı ve haksız zenginleşme tasfiyesi borçlarında yargıca asla davalıyı dövizle ödemede bulunmaya mahkum etme yetkisi vermediği vurgulanmalıydı. Ne yazık ki öğretide BK 83 kuralı kanıt gösterilerek, Euro veya Dolar üzerinden nafakaya ve haksız fiil tazminatlarına hükmedilebileceği savunulmakta, uygulamada da aynı yönde yargı kararlarına rastlanmaktadır.

Eklemeli ki, döviz alacaklısının döviz aynen isteme seçeneği, bu eleştiriden sonra, son anda tasarıdan çıkarılmıştır.

Bölümsel ödemenin, anaparaya mahsubu konusundaki kuralın mantıksızlığı

Tasarı'nın bölümsel ödemenin mahsubu konusundaki m. 99 kuralı Tasarı'yı hazırlama yöntemiyle ilgili eleştirilerimizi haklı kılan tipik bir örnektir.

Bilindiği gibi (ayrıca gerekçesinden de anlaşılacağı gibi), alacaklı yanlısı BK 84 (İsv. BK 85) ku-

ralına koşut olarak kaleme alınmış olan bu BKT 99 kuralına göre, borçlu, ancak faiz ve gider borcunu kapatmışsa, alacaklının oluruyla gerçekleştirildiği bölümsel ödemesini ana paradan düşebilir. Faiz ve gider borcunu henüz kapatmamış olan bir borçlunun bölümsel ödemesi önce faize ve gidere mahsup edilir; ancak geriye bir artık (fazla) kalırsa, ana paraya sayıştırma (mahsup), eşdeyişle ana paradan indirim (düşme) söz konusu olabilir.

Tasarının ilk baskısında yer almayan ama son baskısına eklenen bir fıkrada bunun aksine anlaşma yapılamayacağı yazılıdır. İşte bu fıkranın varlığını, hukuk mantığıyla bağdaştırmak olanak dışıdır.

Bir kere, borçlunun bölümsel ödemede bulunma hakkı yoktur. Nitekim bunu BKT 83 de vurgular. Öyleyse BKT 99'un buyurucu kuralı borçlunun zaten mevcut olmayan bir hakkını ortadan kaldıran bir anlaşmayı kastetmiş olamaz.

Sonra, ancak alacaklının oluruyla bölümsel ödemede bulunabilen bir borçlunun bu bölümsel ödemesini faiz borcunu kapattıktan sonra ana paradan düşebileceği kendiliğinden anlaşılabilir bir olanaktır. Bunun aksine nasıl anlaşma yapılabilir ki? Alacaklı baştan verdiği olura sonradan nasıl karşı çı-

yasını kapatmadan önce, Tasarıda yer

verilmemesi gerçek bir talihsizlik oluşturan para borçlarının ifasıyla ilgili iki yeni düzenlemeye de dikkati çekmek gerekir. Bunlardan biri para borçlarının ifasını hızlandırmak üzere AB'nin çıkardığı "ihtarsız temerrüt" olgularını genişletme Yönergesi yönündeki yeni düzenlemelerdir. (Bk. § 286 BGB)

Eksikliği kendisini son yıllarda hissettiren ikinci yeni düzenleme de, banka hesabına yatırma (kaydi parayla ödeme) yolu konusundadır. Bilindiği gibi bu yaygın ödeme yolunda, bu ödemenin bir "ifa yerine veya uğruna edim" anlaşmasının (dolayısıyla alacaklının olurunun) varlığını gerektirip gerektirmediği, ifanın hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı ve transferin gecikmesi riskiyle bankanın iflası riskinin hangi hallerde ki-me (alacaklıya mı yoksa borçluya mı) yükleneceği sorunları hararetle tartışılmakta ve uygulamada çok baş ağrıtmaktadır. Eğer 2002 yılı yeni § 676 a-h BGB kurallarına (toplam sekiz kurala) göz atılmış olsaydı, banka havalesi işlemlerinin nasıl bir düzenlemeye tabi tutulduğu açıkça görülebilirdi.

KURALLARIN SİSTEMATİK KONUŞLANDIRILMASINDA ADIM BAŞINDA ÇARPIKLIKLARLA KARŞILAŞILIR

kabilir ki? Eğer faiz ve gider borcu kapatılmışsa, alacaklının oluruyla gerçekleştirilen bölümsel ödeme ana paradan başka neye sayıştırılabilir ki?

Eğer BKT 99 kuralı, § 497 II BGB kuralı gibi, borçluya hem bölümsel ödemede bulunma hakkını hem de faiz borcunu kapatmadan önce bile bu bölümsel ödemesini ana paraya saydırma hakkını tanımış olsaydı, işte o zaman böyle bir "borçlu yanlısı olanağı" ortadan kaldıracı (aksine) bir anlaşma yapılması yasağının bir anlamı olurdu.

Gelgelelim, ne yazık ki bizde, borçluya, kendisini kredi sarmalından bir an önce kurtarmaya yardımcı olabilecek böyle bir ayrıcalıklı hak tanınmış değildir.

Öyle anlaşılıyor ki, Tasarı'ya son anda ayrıştı bir "buyurucu" fıkra ekleyenler, bu kuralda alacaklı yararına öngörülmuş olan anaparaya mahsup yasağını, borçlu yararına bir bölümsel ödeme ve anaparaya mahsup hakkı sanmışlardır. Vahim bir yanılıdır bu!

Para borcunun ifasında düzenleme açıkları: İhtarsız temerrüt olgularının genişletilmesi ve kaydi parayla ödemenin kurala bağlanması gereksinimlerinin göz ardı edilmesi

Ifa hukukundaki eksiklikler ve aksaklıklar dos-

ifa engelleri hukuk alanından, eksiklik ve aksaklık örnekleri: ifa engelleri tipolojisinin çağdışılığı;

İsviçre Alpleri'nin ötesine göz atmanın en pahalıya patladığı alan budur işte.

Günümüzün çağdaş yasalarında ifa engelleri hukukunun "parça borcunda imkansızlık"

kavramına endekslenmiş "atomistik ve kazüistik" kavramcılığına, kılı kırk yarmacılığına ve özel kural-genel kural ikiliğinin yol açtığı uyumsuzluklara yer verilmez.

Açımlayalım: Baştan ve sonradan, kusurlu ve kususuz, objektif ve sübjektif tüm imkansızlıklar, temerrüt, gereği gibi ifa etmeme, asli edim, yan edim ve davranış yükümlerine aykırılıklar, sözleşmenin müspet ihlali, başka şeyle (aliud) ifa, ayıplı (peius) ifa, satılanın zaptı (evictio), "genel olarak" borçlunun temerrüdü, "özel olarak" satıcının ve alıcının, kiraya verenin ve kiracının, eser müteahhidinin ve eser ısmarlayanın sözleşmeye aykırılıkları arasındaki o baş döndürücü kavram hukukçusu ayrımcılığı hukuk tarihinin pandekt hukuku müzesine ve Mommsen'in arşivlerine kaldırılır.

Son yıllarda tüm ulusal yasalarda ve uluslar arası hukuksal belgelerde benimsenen yalın ifa engelleri tablosunda, artık ifa engellerinin tümü, tek bir

çatı-kavram altında toplanmıştır. Tüm ifa engellerini kuşatıp kucaklayan bu şemsiye-kavram, "yüküm ihlali" (breach of contract, Pflichtverletzung, Inexécution) kavramıdır. Buna kusur ögesine yer vermeyen daha tutarlı bir deyimle "ifa engeli" de denebilir. (Leistungstörung, perturbation à l'exécution des obligations)

Tüm ifa engelleri, ister imkansızlık, ister temerrüt, ister sözleşmenin müspet ihlali, ister ayıplı ifa türünde ortaya çıksın, ister satımda, ister kirada, ister eserde belirsinsin, hep bu tek potada toplanır. Uluslararası satıma ilişkin BM Anlaşmasından beri tüm reformlar bu basit ifa engelleri tipolojisini benimserler. (Son olarak bk. § 280 BGB; Code Civil Avant-Projet, Art. 1158) Böylece hukukta benzer olgulara benzer çözümler getirme gereğine, son aşamada da eşitliği ve güvenliği sağlama isterine uyulmuş olur. Hukuk topluma yabancılaşmaktan kurtarılır.

Yeni ifa engelleri (yüküm ihlalleri) ayrımını belirleyen paradigma, bunlara bağlanan hukuksal sonuçlardır; yaptırımlardır. Açıkçası, ifa engelleri (yüküm ihlalleri) aynen ifa, tazminat, dönme, uyarılama yaptırımlarına göre sınıflandırılırlar. Yoksa önsel (apriori) bir genellemeyle, imkansız-

luluğu kuralı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin önemli yankılar yaratan Swissair ve Grossen kararlarında da benimsenmiş olan ve iddialı sıfatlarla piyasaya çıkıp başkalarının güvenliğini çeken ama sonradan bu güveni boşa çıkaran acentelerin, galerilerin, antikacıların, bilirkişilerin, danışmanların, prospektüs dağıtıcıların ve benzerlerinin sözleşmesel sorumluluklarını hükme bağlar.

Alacaklının temerrüdü konusundaki düzenlemede rastlanan tutukluk: Dönme hakkını yavmada ve işletme riski kavramını tanımadaki çekingenlik

BKT'nda alacaklının temerrüdü olgusunda sözleşmeden dönme hakkı yalnız yapma edimi borçlularına tanınmış ama verme edimi borçlularından esirgenmiştir. Oysa alacaklının kendisini umursamaz tutumu yüzünden, borçlunun mahkeme koridorlarında, noter odalarında, artırma salonlarında ve ambarlarda dolaşma zorunda bırakılması doğru değildir. Kullanılması sıkı gereklere ve sürelerle bağlı tutulduktan sonra, sözleşmeden dönme hakkı, borçlusunun ifa çıkarlarını hiçe sayan bir alacaklıya karşı pratik, pragmatik ve adaletli bir yaptırım oluşturmaz.

TUTARSIZ VE ADALETSİZ DÜZENLEMELERE BİR DE ANTİSOSYAL DÜZENLEMELER EŞLİK EDER

lık, temerrüt, sözleşmenin müspet ihlali, ayıplı ifa diye değil.

Öte yandan, günümüzde, imkansızlığın, borçlu temerrüdünün ve gereği gibi ifa etmemenin salt "edim yükümlerine" aykırılıktan oluşan klasik matrisi de arkaik bulunarak aşılır. Günümüzde edim yükümlerinden bağımsız "davranış (koruma) yükümleri" ve bu arada yaratılan güveni sarsmadan ötürü sorumluluk (Vertrauenshaftung, responsabilité fondée sur la confiance) sözleşmesel sorumluluğun başlıca paradigması haline getirilir.

2002 yılı § 241 II ve 311 III BGB ikilisi bu gelişmeyi şu veciz söylemle özetler: "Borç ilişkisi, içeriğine göre, tarafları birbirlerinin haklarına, çıkarlarına, kişi ve mal varlıklarına saygı göstermekle yükümlü kılabilir" (Böyle § 241 II BGB) "Böylesi yükümleri içeren bir borç ilişkisi, kendileri sözleşme tarafı olmayan kişilere karşı da oluşabilir. Özellikle üçüncü kişinin özel bir güven yarattığı ve kurulacak sözleşmeyi etkilediği durumlarda böylesine bir borç ilişkisinin oluştuğundan söz edilebilir". (Böyle § 311 III BGB) Böylece, culpa in contrahendo, culpa post pactum perfectum ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sorumluluğunun yanına bir de yaratılan özel güvenden ötürü sorumluluk eklenir. Bu yeni güven sorum-

Ama alacaklının temerrüdü alanında, verme edimi borçlusuna sözleşmeden dönme hakkının tanınmamış olmasından çok daha önemli bir eksiklik şudur: Son yıllarda, işçiyi özel olarak koruma sosyal kaygılarıyla, işverenin etki alanından, onun edim ortamından (sferinden) kaynaklanan, kendi işletmesine bağlı tipik işletme risklerinin (Betriebsrisiko), sözgelimi, makine arızasının, elektrik kesintisinin, hammadde darboğazının, sipariş eksikliğinin işverenin alacaklı temerrüdü ile eşdeğerde tutulduğu ve işvereni bu işletme riskleri gerçekleştğinde işçisine eksiksiz ücret ödemekle yükümlü kıldığı gözlenir. İşte Tasarı bu işçi yanlısı kavramı ve kuramı kurallaştırmamakla çağın sosyal akımlarının gerisinde kalmıştır.

Tasarıda, işçi yararına kurallaştırılmamış bir başka işçi ayrıcalığı da, işçinin, tehlikeli (riskli) işlerdeki (gefahrengefährdete Arbeit) sorumsuzluk ayrıcalığıdır.

Alacaklının temerrüdüne ilişkin düzenlemede şahsiyetçilik: Kişiyi özel kural üretimi

"Borçlu tevdi ettiği şeyi geri alırsa alacak (eski deyimle, "yeniden doğmaz" da) bütün yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür" diyen BKT 108 kuralının "Gerekçe"sinde, tevdi ile alacağın sona er-

mesinin söz konusu olamayacağı ve bu nedenle geri alma üzerine alacağın yeniden doğmasından söz etmenin yanlış olacağı belirtilmektedir. Bu görüş sadece Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp'un Borçlar Hukuku kitabında (s. 845'te) savunulan kişisel bir görüştür. İsviçre yasasının söylemini izleyen tüm İsviçre şerhlerinde ve Von Tuhr'dan Oğuzman'a dek tüm ders kitaplarında borçlunun baştan tevdi ettiğini sonradan geri almasının alacak hakkını "ihya ettiği" (renaissance de la créance, Aufleben der Forderung) yazılıdır. Besbelli burada komisyon üyelerinden birinin belki de ikisinin kişisel görüşü kurala damgasını basmıştır.

Alacaklı temerrüdü konusunda Tasarı'da "şahsiyatçılık" yapıldığı kuşkusunu haklı kılacak bir başka kural da alacaklının müteselsil borçlulardan birine karşı alacaklı temerrüdüne düşmesinin öteki müteselsil borçlulara karşı da alacaklı temerrüdüne düşmesi anlamına geleceği kuralıdır. (BKT 105) Böyle bir kurala, İsviçre'de rastlanmaz. Ama komisyon üyelerinin birinin doçentlik tezinde rastlanır. Bu görüşün ve kuralın yerindeliği tar-

İşlem temelinin çökmesi kuralının yetersizliği

İşlem temelinin çökmesi, önceden kestirilemeyecek gelişmeler yüzünden, sözleşmenin temelini oluşturan olguların köklü (esaslı) biçimde değişmesi anlamına gelir. Dövizle ödenmesi kararlaştırılmış olan faizin, döviz patlaması yüzünden aşırı boyutlara fırlaması gibi. Ön alım bedelinin, taşımazın güncel değerinin çok altında kalması gibi. Çok sayıda müşterinin geçtiği bir yolda kiralanan bir işyerinin, sonradan sokağın taşıt ve yaya geçişine kapatılması üzerine, iş yapamaz duruma düşmesi gibi.

BKT 137'de işlem temelinin çökmesinin sadece bir ayağı, borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi olgusu düzenlenmiştir. Buna karşılık, karşılıklı sözleşmede edimler arası dengenin sonradan altüst olması ve alacaklının sözleşmeyle izlediği amacın boşa çıkması olguları akıl edilmemiştir.

Sonra işlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için her yerde, her yasada aranan "sözleşmesel ve yasal risk dağılımının buna elverişli sayılması", ter-

TASARININ İFA VE İFA ENGELLERİ ALANINDAKİ DÜZENLEMESİ DÜPEDÜZ ÇAĞDIŞIDIR

tışılabilir. Ama tartışılmaması gerekli olan nokta, böyle bir kuralın alacaklı temerrüdü konusundaki kurallar arasına yakışmayıp, olsa olsa, müteselsil borç konusundaki kurallar arasına yakıştığı noktasıdır.

Kendiliğinden anlaşılabilir bir önermeyi kurallaştırma örneği: Borçlunun imkansızlık olgusunu alacaklıya bildirme konusundaki davranış yükümüne aykırılığının tazminat borcuna yol açabileceği

BKT 135'de borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen (kusursuz-) imkansızlık olgusunu alacaklıya bildirmemenin ve bu yüzden alacaklıyı zarara uğratmanın tazminat borcuna yol açabileceği yazılıdır. Bu tazminat borcunun kaynağı, edim yükümlerinden, bağımsız borç ilişkisinden çıkma, tipik bir davranış yükümüdür. Pekiyi ama başkaca ifa engellerinin, hatta hükümsüzlük olgularının ortaya çıkması halinde de yok mudur bu davranış (koruma) yükümü? Vardır hiç kuşkusuz! Nitekim İtalyan Codice Civile m. 1338 kuralında ifa engeli ni karşı yana bildirme yükümü edimlerin tasfiyesine (iadesine) yol açabilecek olan tüm ifa engellerinde ve hükümsüzlüklerde öngörülmüştür. Yoksa yalnız sorumluluğu gerektirmeyen imkansızlık olgusunda değil! Gel gör ki, ifa engellerine kavramcı ve ayrımcı eski gözlükle bakılınca, bu gerçek de gözden kaçmıştır.

sinden söylemek gerekirse, risk üstlenme/taşınma zorunluluğunun buna engel sayılmaması koşulu aranmamış (böylece spekülasyon işlemleri dışlanmamış), ama buna karşılık, borcun henüz ifa edilmiş olmaması veya çekinceli olarak ifa edilmiş olması ve beklenmedik gelişmenin olağanüstü olması gibi gereksiz sınırlayıcı koşullar aranmıştır.

İşlem temelinin çökmesine (Tasarının söylemiyle borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesine) bağlanan yaptırım da tutarsızdır. Uyarılma ancak yargısal yoldan yaşama geçirilebilecek bir istem (talep) olarak öngörülmüşken, sözleşmeden dönme (ya da sürekli sözleşmelerde sözleşmeyi fesih) yargılama süreci dışında kullanılabilecek bir yenilik doğuran hak olarak saptanmıştır.

Eklemeli ki, işlem temelinin çökmesinin düzenlenmesi, sadece eksik ve aksak değildir; üstelik bu düzenlemenin sistematik konumu da yanlıştır. Bu kavramın, borcun ya da borç ilişkisinin sona erme nedenleri arasında işi yoktur.

Dahası var: BKT m.480 kuralında eser sözleşmesine ilişkin özel düzenlemede genel düzenlemede öngörülmüş olan koşullar unutulmuş ve böylece kurallar arasında yadırgatıcı çelişki yaratılmıştır.

İmkansızlık olgularının düzenlenmesinde (sistematik konuşlandırmada) çarpıklık :

Tasarıda sorumluluğu gerektirmeyen sonraki (kusursuz -) imkansızlık, borçların ve borç ilişkilerinin sona erme nedenleri arasında düzenlen-

miştir. Oysa, sorumluluğu gerektirmeyen sonraki (kusursuz -) imkansızlık olgusu, borcun sona ermesi nedenleri arasından çekilip çıkarılmalı ve tüm yeni yasalarda yapıldığı gibi, ifa engelleri arasında sorumluluğu gerektiren (kusurlu -) ifa imkansızlığının yanı başına taşınmalı idi. Hiç kuşkusuz komşusu işlem temelinin çökmesi (yasanın deyimiyle borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi) olgusuyla birlikte! Hele işlem temelinin çökmesi olgusu, borcun sona ermesi kalıbının içine hiç mi hiç oturtulamaz.

Unutulmasın ki, her türlü imkansızlık, (ister sorumluluğu gerektirsin ister gerektirmesin) borcuyu salt ifası imkansızlaşmış olan asli edim yükümünden kurtarır; ama ikincil sözleşmesel edim yükümlerinden, bu arada kaim değeri devretme veya edimi iade (tasfiye) yükümlerinden ve sözleşmesel davranış yükümlerinden, bu arada imkansızlık olgusunu alacaklıya bildirme yükümünden kurtarmaz.

Eğer Tasarı'yı hazırlayanlar, bu gerçeği algılamış olsalardı, dönme ve tazminat dışındaki yaptırım-

bir fark bulunsa bile, hukuki rejim farkını haklı kılacak bir lojik fark söz konusu olamaz. Alacaklıya birinde sağlanan yaptırımların, (kaim değer veya tam tazminat isteminin) ikincisinde esirgenmesi olacak şey değildir. Öyleyse bu iki olgunun da, tüm Avrupa kaynaklarında (Eşya Satımına ilişkin BM Anlaşmasında, Avrupa Sözleşme Hukuku ilkelerinde, Hollanda ve Alman MK'larında) olduğu gibi, birlikte düzenlenip aynı yaptırımlar rejimine bağlanması gerekirdi. Bu da yapılmamıştır Tasarı'da!

Tasarıdaki aksak imkansızlık düzenlemesinden söz açılmışken, şunu da eklemeli: Yürürlükteki BK 96'nın yerini tutan BKT m. 111 kuralında sorumluluğu gerektiren ifa imkansızlığı sanki karıplara karışmıştır. Bu kuralda borcun irade dışı ifa edilememesinden (olanaksızlıktan) değil de iradi olarak ifa edilmemesinden söz edilmektedir. Öyleyse, bugüne kadar "kısmi ifa edememe"yi "gereği gibi ifa etmeme" diye okumak zorunda bırakılan Türk hukukçuları, bundan böyle, bu sefer de Tasarının "hiç ifa etmeme" deyimini "hiç ifa

BİR YANDA YETERSİZLİKLER GÖZE ÇARPARKEN ÖTE YANDA ÖLÇÜSÜZLÜKLER GÖZE BATAR

ları (hukuki sonuçları) aynen Batı yasalarında olduğu gibi, her iki olguda da eşit olarak tanınmış olurlardı; birinde tanıdıklarını ötekisinde tanıma gibi bir tutarsızlığa da düşmemiş olurlardı. Oysa onlar, başta bölümsel imkansızlıkta bölümsel indirgeme ve imkansızlığı alacaklıya bildirme yükümü alanlarında olmak üzere, böyle bir yapay ayrımcılığın tuzağına düşmüşlerdir. Açalım: Bölümsel indirgeme (budama) sadece kusursuz imkansızlıkta öngörülmüş (m. 136), kusurlu imkansızlıkta ise akla getirilmemiştir. Bunun gibi, ifa engelini alacaklıya bildirme yükümü de sadece kusursuz ifa imkansızlığında öngörülmüş (m. 135), ama öteki imkansızlık olgularında unutulmuştur.

Ifa engellerinin düzenlenmesinde ve bu bağlamda imkansızlık olgularının konuşlandırılmasında dikkatten kaçmış olan bir başka nokta da şudur: Başlangıçtaki (konudaki) imkansızlığın sözleşme serbestliğinin sınırları ve sözleşmenin hükümsüzlük nedenleri arasında düzenlenmesi, tüm İsviçreli hukukçular tarafından eleştirilen bir Roma hukuku (impossibilium nulla obligatio est) doğması kalıntısıdır. Baştan (konuda) imkansızlığın butlana yol açmayacağı, "European Principles" arasında da Art. 4:102 kuralında açıkça vurgulanmıştır. Satılan parçanın satımın kurulmasından bir dakika "sonra" yok olmasıyla (böyleyse sonraki imkansızlık), bir dakika "önce" yok olması (böyleyse baştan imkansızlık) arasında kronolojik

edememe" diye okumak zorunda kalacaklardır. İsviçre BK 97 kuralı böyle yazılmış değildir. Orada açıkça "hiç veya gereği gibi ifa edememe"den söz edilir; istençli (iradi) direnmeye (ifa etmeme) değil, irade dışı olanaksızlığa (ifa edememeye) vurgu yapılır.

Düzenlenmesi savsaklanmış olan bir dizi ifa engeli

Tasarıda düzenlenmemiş olan, oysa çoğu AB Sözleşme Hukuku belgelerinde, Uluslar arası Taşınır Satımına İlişkin BM Anlaşması'nda ve AB üyesi ülkelerin ulusal yasalarında yer alan ifa engellerinin sayısı kabanktır:

Öncelenmiş sözleşme ihlali. (Anticipatory breach: CISG 72; § 323 IV BGB) Açıkçası, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin daha ifa günü gelmeden önce belli olması.

Sözleşmesel temel amacın ifa dışı yoldan ve kendiliğinden gerçekleşmesi veya bu temel

amacın düşmesi. Örneğin, tedavi edilecek hastanın kendiliğinden iyileşmesi (Zweckerreichung) veya ölmesi (Zweckforfall) klasik imkansızlık dogmasının yardımıyla tutarlı çözümlere bağlanabilecek ifa engellerinden değildirler.

Alacaklının yol açtığı imkansızlık. Borçlunun ve alacaklının birlikte yol açtıkları imkansızlık. Geçici imkansızlık. Bölümsel imkansızlık. Bölümsel borçlu temerrüdü.

İlginçtir, bölümsel indirgeme (budama) sadece sorumluluğu gerektirmeyen imkansızlık için düşünülmüş (BKT 136) ama ne sorumluluğu gerektiren ifa imkansızlığı ne de borçlu temerrüdü için yaptırımlarda bölümsel indirgeme akla getirilmemiştir.

Ifa engellerine bağlanan yaptırımların tipolojisinin çağdıslığı

Tasarıda çağdıslı kalan, yalnız ifa engellerinin tipolojisi değildir. Ifa engellerine bağlanan yaptırımların tipolojisi de çağdıslı kalmıştır.

Şöyle ki günümüzde yaptırımlar Tasarıda yapıldığı gibi her bir ifa engeli için ve genel bölüm ile özel bölüm için ayrı ayrı ve tekrar tekrar düzenlenmez. Ya ne yapılır? Tüm yaptırımlar tüm ifa engelleri için genel bir kuralın şemsiyesi altında toplanır. Alacaklı,

a) olanak bulundukça aynen ifa, indirim, değiştirim, onarım, yeniden yapırma sağlayabilir; b) borçlunun kusur veya garanti sorumluluğu söz konusu oldukça, asli edim yerine büyük veya asli edime ek olarak küçük tazminat isteyebilir, c) ifa engeli köklü (fundamental) oldukça da dönme

vertretendes commodum) isteme hakkına ise Tasarıda hiç yer verilmemiştir.

Kaim değer istemine yer verilmeyince de kaim değer ifası imkansız hale gelen edimden daha yüksek veya daha düşük değer taşıması sorunu da çözümsüz kalmıştır.

Tazminat da yeni yasalarda yapıldığı gibi genel bir kuralda düzenlenmemiş, aynen eskisi gibi ve çoğu zaman da tutarsız bir biçimde, kimi yerde olumlu, kimi yerde olumsuz zararın giderimi, kimi yerde dolaylı, kimi yerde de doğrudan zararın giderimi olarak değişik kurallara değişik kapsamda rasgele serpiştirilmiştir.

Yaptırımların geniş perspektiften (vizyondan) uzak bir biçimde düzenlenmesinin olumsuz bir izdüşümü de şudur: "Menfaat devri" (Tasarının deyimiyle "faydaları edinme") yaptırımı -ki fikri hakların ve kişilik haklarının ihlalinde de uygulanır- Tasarının ta m. 530 kuralında gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye özgü bir yaptırım olarak bir kıyıya köşeye atılıp orada sanki unutulmaya terk edilmiştir. Oysa yeni Hollanda MK'nda (m. 104), bu "çok işe yarar" yaptırım, caydırıcı işlevli "punitive damage"ın adaletli ve amaca uygun gö-

CİDDİ BİR KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ARAŞTIRMASI YAPMANIN BEDELİ AĞIRDIR

veya fesih haklarını kullanır. Bu dönme ve fesih haklarının koluna yerine göre büyük tazminat istemi de takılabilir.

(Son olarak bk. Code Civil Avant -Projet Art. 1158)

Tasarıda bu çağdaş ve açık seçik yaptırımlar tablosu benimsenmemiş, onun yerine, ondokuzuncu yüz yıldan kalma, içinden çıkılmaz ve hukukçuyu sürgit boşluk doldurma

operasyonlarına iteleyici dağınık bir yaptırımlar kargaşası benimsenmiştir.

Somutlaşalım: Sözleşmeden dönme hakkı hala salt borçlu temerrüdü ve ayıplı ifa olguları için rezerve edilmiş bir yaptırımdır; başkaca ifa engellerinde sözleşmeden dönme hakkı öngörülmüş değildir. Sözleşme koşullarını ifa engeli üzerine oluşan değişik maddi koşullara uyarlama, bu bağlamda edimi indirme yaptırımı salt ayıplı ifada ve işlem temelinin çökmesinde vardır; başkaca ifa engellerinde yoktur. Alacaklının yeniden yapmayı, değiştirmeyi ve onarımı talep hakları ancak "Özel Bölümde" (eser ve satım sözleşmelerinde) pek özel ifa engelleri için akla getirilmiştir; ama "Genel Bölümde" yer almamaktadır. Yok olan edimin yerini tutan sigorta tazminatı veya kamulaştırma bedeli türünden bir "kaim değeri" (Surrogat, stell-

züktüğü başkaca durumlarda ve bu arada kimi ifa engellerinde de uygulanabilecek biçimde genel kurallar arasında yer alır. Tıpkı benzer işlevli manevi zararın tazmini yaptırımı gibi.

Ciddi bir eksiklik: Sürekli edimli sözleşmelerde haklı nedenle olağanüstü fesih yetkisinin tanınmaması;

Tasarıda sürekli sözleşme ilişkilerinde haklı nedenle olağanüstü fesih yetkisinin genel bir kurala tanınmamış olması ciddi bir eksikliktir. Hele işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını tanıyan bir kuralın Tasarıya eklenmesinden sonra, bu kuralın hemen arkasına (kuyruğuna) yakışacak olan böyle bir yetkinin gözden kaçması, ortada işlem temelinin çökmesi konusunda esinlendiği söylenen Almanya'da bunun açık örneği dururken, bağışlanmaz bir özensizlik oluşturur. Bilindiği gibi, Almanya'da işlem temelinin çökmesini kurala bağlayan § 313 BGB kuralını sürekli sözleşmelerde haklı nedenle olağanüstü fesih yetkisini tanıyan § 314 BGB kuralı izler.

Şunu da eklemeli: Tasarıda sürekli sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi (aslında Tasarının söylemine bakılırsa, salt borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi) nedeniyle sözleşmenin (aslında Tasarıya

göre salt borçlunun) kural olarak dönme hakkı yerine fesih hakkını kullanabileceği yazılıdır. (m. 137) BGB'den aktarıldığı anlaşılan pek ender kullardan biri olan bu kural ne yazık ki bence BGB'nin en anlamsız kurallarındandır. Çünkü sürekli sözleşmelerde, kapı, yalnız işlem temelinin çökmesi üzerine evvelce yerine getirilmiş edimlerin iadesini gerektiren dönmeyle kapalı tutulmaz, aynı zamanda başkaca ifa engellerinin ortaya çıkması üzerine edimlerin tasfiyesini gerektiren dönmeyle, hatta aynı gerekliliğe yol açan iptale ve kesin hükümsüzlüğe bile kapalı tutulur.

Çağdışılığın en çarpıcı örneklerinden biri: Sözleşmeye aykırılıktan ötürü eksiksiz (tam) tazminatın sözleşmeden dönmeyle eşlik edememesi

Fesih hakkına eşlik edebileceği kabul edilen sözleşmeye aykırılık tazminatının (BKT 125) dönme hakkına eşlik edemeyeceği sanısı ve saplantısı (BKT 124), dönmenin sözleşmeyi fesihten farklı olarak ve aynen iptal gibi geçmişe etkili biçimde silip süpürdüğü yolundaki aşılmaş dogmaya dayanır. Zararın nedeni her iki olasılıkta da borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı olduğuna göre, anla-

dır.)(Ayrıca bk. § 281 V BGB)

Sözleşmeden dönme sonrası çözülme (tasfiye) ilişkisinin düzenlenmemesi: Çözumsuz bırakılan sorunlar yumağı

Tasarıda sözleşmeden dönme sonrası gündeme gelen iade yükümlerinin ifasında ortaya

çıkabilecek sorunların hiç akla getirilmemesi, zararın, zararın ve masrafın karşılanması, hasarın ve sorumluluğun yüklenmesi sorunlarının çözumsuz bırakılması ciddi bir eksikliktir. Oysa dönme üzerine iadesi gerekecek nesnenin dönmeden önce veya sonra, dönme hakkı sahibinin veya karşı yanın elindeyken yok olması, hasara uğraması, tüketilmesi, yıpratılması, başkalaştırılması veya başkalarına devredilmesi halinde karşı edim hasarının ve sorumluluğun nasıl belirleneceği yargıçların başını en fazla ağrıtan sorunlardandır. İlginçtir, 1992 yılı Hollanda MK'nda dönmenin yol açtığı tasfiye bağlamında gündeme gelen hasar ve sorumluluk sorunlarının çözümüne, dile kolay, tam on dört madde özgülenmiştir. 2002 yılı modernleştirme reformu sırasında BGB'ye bu konuda bol fıkralı iki koca kural ayrılmıştır. 2005 yılı Code Civil Avant-Projet'inde bu sorunları çözüme

SÖZLEŞMEDE DEVRİ, TENASÜL, ALACAKLI TEMERRÜDÜ VE ZAMAN AŞIMI DÜZENLEMELERİNDE ŞAHSİYATÇILIK KOKULARI YAYILIR

şılacak gibi değildir bu.

İsviçre BK'nun yapılmasıyla ilgili tarihsel rastlantılara (daha doğrusu bir tarihsel kazaya)

dayanan ve bir benzerine hiçbir Avrupa yasasında rastlanmayan, üstelik bizatihi İsviçre -Türk BK'nun zaptta ve ayıpta dönmeyle tam tazminatı pekala istif ettiren düzenlemesiyle de çelişen bu düzenleme tüm İsviçreli hukukçularca ağızbirliğiyle, "isolée, malheureuse et obsolète" (izole, talihsiz ve saçma sapan) diye eleştirilir.

Bu çağdışı anlayışın yol açtığı pratik sonuçlar ise düpedüz şoke edicidir; para alacaklısına ve teslimini borçlandığı eşyayı henüz elinden çıkarmayan alacaklıya fark kuramı çerçevesinde sunulan avantaj, malı elinden çıkarmış olduğu için fark kuramının sağladığı avantajdan yararlanamayacak olan alacaklıdan gereksiz ve haksız yere esirgenir. Eşitlik ilkesi düpedüz ayaklar altındadır.

İsviçre'den başka hiçbir yerde rastlanmaz bu adaletsizliğe! En son yasal düzenleme örneği olarak Code Civil Avant -Projet, Art. 1162 II'ye bakıldığında bu konuda şu kurala rastlanır: "Lorsque la résolution est imputable à l'une des parties celle -ci doit en outre indemniser l'autre de tous les dommages et intérêts" (Dönme taraflardan birine yüklenebiliyorsa o kişi karşı tarafın zararının tümünü karşılamakla zorunda-

bağlayan kuralların sayısı da 19'dur.

Benzer bir eleştiri, sorumluluğu gerektirmeyen ifa imkansızlığında gündeme gelecek olan iade (tasfiye) yükümleri ilişkisi için de geçerlidir. Tasarının 135'inci maddesinde iade (tasfiye) ilişkisi için göndermede bulunulan haksız zenginleşme hükümleri, zenginleşmenin eksildiği (elde kalmadığı) savunmasının varlığı yüzünden adaletli bir tasfiye ilişkisini oluşturmaya elverişli sayılmaz !

Tazminatın sınırlanması ve genişletilmesi konularındaki önermelerin dikkate alınmaması

Bilindiği gibi, Anglo Sakson ve Fransız hukuk çevrelerinde; Taşınır Eşya Satımına İlişkin BM Anlaşması'nda ve Principles of European Contract Law'da (hatta 1911 değişikliğine kadar eski İsv. BK'nda da) sözleşmesel tazminat, sözleşmeye aykırılık edenin sözleşmeyi kurduğu anda (önceden) hesaba katabileceği zararlar sınırlanır. Böylece zarar gören alacaklının olağan dışı risklerinin (aşırı dolaylı sonuç zararlarının) borçluya yansıtılması ve onun bir yıkıma sürüklenmesi önlenir. Alman hukuk çevrelerinde aynı amaca, ihlal edilen yükümlerle zarar arasındaki hukuka aykırılık bağının ya da sözleşmenin koruma amacı (Schutzzweck) ile belirlenen nedensellik bağının dışında kalan "alakasız zararlar"ın, atipik risklerin tazmi-

natın kapsamı dışında tutulmasıyla ulaşılır. Bugüne kadar bizde ancak zarara uğrayanın zarara birlikte yol açması (BK 44 I) kuralının forse edilmesiyle binbir zorlukla sağlanan bu sınırlamayı Komisyonun Tasarıya aktarmaması talihsizlik sayılabilir.

Öte yandan, bir de tam tersine, klasik "tabii zarar" kavramı çerçevesinde zarar verene fatura edilemeyen ama zarar görenden de esirgenmesi hakkaniyete aykırı düşecek birtakım "normatif zarar" kalemelerinin zarar verene fatura edilmesine rastlanır. İşgücünden, belirli bir nesneden, dinlence, eğlenmeden, boş zamandan, gönül rahatlığından yoksunluk zararları gibi... Otomobilinden yoksun kaldığında taksi tutmayıp yürüyen mütevazı kişiye de taksi tutmuşçasına hakça bir taksi parası sağlayan bu çağdaş "normatif zarar" kavramına da ne yazık ki uzak kalmıştır Tasarıyı hazırlayanlar!

Sorumsuzluk anlaşması konusundaki sınırlamalarda tutarsızlıklar ve haksızlıklar

Gerekçesinde herhangi bir hüküm değişikliğinin yapılmadığı yazılı olan, oysa önemli bir değişikliğin gerçekleştirildiği BKT114 II kuralında, yürürlükteki BK 99 II (OR 100 II) kuralından ayrı bir

sınırlama, daha genel ve esnek bir sınırlama olmaydı. Bu sınırlama da, genel işlem koşullarıyla ilgili olarak m. 21 II'de öngörülen şu sınırlama olabilir: "Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı sorumsuzluk anlaşmaları hükümsüzdür." Böylece tüm özel güven çekim merkezlerinin (bankaların, seyahat acentelerinin, danışmanların, bilirkişilerin, hekimlerin, avukatların) sorumsuzluk kayıtları ve bu arada cismani zarar verme konusundaki sorumsuzluk kayıtları da, baştan hükümsüzlüğe mahkum edilmiş olacaktı.

İşin paradoksal yanı şurada: Eleştirilecek çok yanı olan Widmer'in ön projesinin en başarısız kurallarını Tasarı'ya aktaran komisyon (yarışma konusundaki talihsiz Art. 53, müteselsil sorumluluk konusundaki talihsiz Art. 53 b), bu projenin sorumsuzluk anlaşmaları konusundaki başarılı ve radikal Art. 57 kuralını her nedense görmezlikten gelmiştir.

Kişiy ve davaya özel kural kokusu: Zaman aşımı konusunda tutarsızlıklar ve haksızlıklar

Bilindiği gibi, sözleşmeye aykırılık tazminatının zaman aşımı süresi her yerde ilke olarak haksız fiil tazminatının zaman aşımı süresinden uzundur.

TASARI RÖTUŞLARLA KURTARILABİLECEK GİBİ DEĞİLDİR; YENİ BAŞTAN KALEME ALINMALIDIR

Yol tutulmuş ve şaşırtıcı bir ayrımcılıkla, işverenin işçisine dayattığı sorumsuzluk anlaşmasına karşı, imtiyazlı hizmet gören kişinin müşterisine dayattığı sorumsuzluk anlaşmasından daha hoşgörülü bir tavır alınmıştır. Daha değişik ve açık bir anlamla: Dolaylı bağımlılık ilişkisinde, (avukatla müvekkil, hekimle hasta, enerji dağıtıcısıyla abone, taşıyıcıyla yolcu arasındaki ilişkide) hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmasına "kesin hükümsüzlük" (butlan) yaptırımını yapıştıran komisyon, daha ağır dolaysız bağımlılık ilişkisinde (patronla işçi arasındaki ilişkide) hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmasına daha hafif "takdiri butlan" yaptırımını yakıştırmıştır.

Aynı tutarsızlık BKT 115'te de sırtır. Şöyle ki, bu kuralda da, ifa yardımcısının zarar verici eyleminden sorumsuzluk anlaşması dolaylı bağımlılık, olgusunda bile kesin hükümsüz sayılırken çok daha ağır dolaysız bağımlılık olgusunda (patron -işçi ilişkisinde) pekala geçerli tutulur.

Dahası var: BKT'nın ilk şeklinde, sorumsuzluk anlaşmalarına, yasaya ve yetkili makamın tanıdığı hakka dayanılarak yürütülen hizmetler için getirilmiş olan sınırlama, (m. 120/121) sonradan "uzmanlığı gerektirme" ek koşuluyla gereksiz yere daraltıldı. (m. 114/115) Oysa getirilmesi gerekli

Bunun mantığı da açıktır: Sözleşmesel ilişkide zarara uğratılmama konusundaki güven bağı yoğunudur; somuttur; köklüdür; haksız fiilde ise zarara uğratılmama konusundaki güven anonimdir; soyuttur; yüzeyseldir. Nitekim yalnız zaman aşımı süresi açısından değil, aynı zamanda ispat yükü ve yardımcı personelin zarar verici eyleminden sorumluluk açılarından da sözleşmeye aykırılık sorumluluğu zarar gören için her yerde ve her zaman haksız fiil sorumluluğundan daha avantajlıdır.

Tasarıda ise bu tablo, başı üstüne çevrilmiş ve haksız fiil tazminat alacağının zaman aşımı süresi, sözleşmesel tazminatın bir katına, on yıldan yirmi yıla uzatılmıştır. Bu paradoksun kökenini kurcalayanlar, şu çarpıcı uzlaşma gerçeğiyle karşılaşılır: Deprem zararı gibi ister istemez gizli kalan zararlardan ötürü tazminat isteminin zaman aşımı süresinin, öğretilde kimi yazarların ve uygulamada da Yargıtay'ın yerinde yaklaşımıyla, zararın nesnel olarak algılanabileceği, dolayısıyla zararın ortaya çıktığı günde işlemeye başlatılmasına karşı kararlı gözüken müteahhit avukatları on yıllık sürenin işlemeye başlayacağı an olarak "fiilin işlendiği" (derme çatma, depreme dayanıksız, çürük yapının dikildiği) tarihi hükme bağlamışlar-

dir. Buna karşı çıkan Yargıtay ve depremzede yanlış komisyon üyeleri ise bu ödünü ancak sürenin on yıldan yirmi yıla çıkarılması karşılığında vermeye yanaşmışlardır. İşte zararın değil ama eylemin oluşmasından başlayan on değil ama yirmi yılın öyküsü, böyle bir özel uzlaşmanın öyküsüdür. (m. 71)

Ortaya çıkan tutarsız tablo, bir kere sözleşmeye aykırılık ile haksız fiil tazminat istemleri arasında paradoksal ve çarpık görünüm ortaya çıkarır. Bu durumda, acaba Widmer Projesi'nin Tasarının 59'uncu maddesine aktarılan ve yarışmada (telahukta) davacı için en elverişli sorumluluk sebebinin yargıç tarafından seçilmesini öngören kuralı nasıl uygulanacaktır; doğrusu merakadır! İspat yükü ve personelin eyleminden sorumluluk açılarından elverişli sorumluluk, sözleşmesel sorumluluk iken, zaman aşımı açısından elverişli sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu olmuştur artık!

Ama bu çarpık tablo, yalnız sözleşme ve haksızlık fiil kökenli istemler arasında çelişik görünüm yaratmakla kalmaz; aynı zamanda müdahale zenginleşmesi kökenli tasfiye istemi (başkasının hukuk alanına müdahaleden, örneğin başkasının malında yetkisiz tasarruftan ötürü zenginleşme is-

ğumuz bir tablodur. Son olarak Medeni Kanunu tümüyle yenileme girişiminde, ayrıca Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanunu değiştirme girişiminde de karşılaşılan bu tablo, besbelli bizde yasaların hazırlanmasında gösterilmesi gerekli titizliğin bir türlü gösterilmemesi yüzünden karar-maktadır.

Ne konunun uzmanlarına danışılmaktadır; ne ciddi ve kapsamlı bir karşılaştırmalı hukuk araştırması yapılmaktadır; ne çoğulculuğa ve saydamlığa uygun bir yöntem izlenmektedir; ne de kuralların kaleme alınmasında özenli davranılmaktadır.

Bu sallapatiligin faturası ağır olur. Unutulması ki, Medeni Kanun'da, sadece soybağı hukuku (yaklaşık yirmi kural) alanındaki eksikliklerin ve aksaklıkların sayısı on beşi geçmiştir. Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanun'un açıklarını kapatmak için çıkarılan tebliğleri izlemek ise ciddi bir sorun olmuştur.

Şu da var ki, yasaların hazırlanmasındaki özensizliğin ağır faturası yalnız biz hukukçulara

çıkamaz. Bu tutum, aynı zamanda yasama organına da pahalıya mal olur. Şöyle ki, böyle başarısız yasaları ikide birde değiştirip yeniden yapmak, meclis için zorunlu hale gelir. Meclisi ikide bir de

TOPLUMUMUZ "TÜRK" SIFATINA GERÇEKTEN LAYIK ÖZGÜN BİR BORÇLAR KANUNU TASARISINI HAK EDER

temi) ile haksız fiil tazminat istemi arasında da yadırgatıcı bir çelişki yaratır. Menfaatler durumu bire bir örtüşen bu iki olguyu ayrımlı zaman aşımı sürelerine (birinde yirmi, ötekinde on yıla) bağlamanın hikmetini algılamak olanaklı bulunmaz.

Bu vesileyle belirtmelidir ki, haksız fiil zaman aşımında, üst sürenin, Tasarı'da önerildiği gibi fiilin işlendiği tarihte değil de "zararın", eşdeyişle haksız fiil tazminat talebinin oluştuğu anda başlaması gerekir. Ta Roma'dan gelme bir ilkenin gereğidir bu. Actioni nondum natae non praescribitur! Doğmamış olan bir actio hakkı, zaman aşımına uğrayamaz! Bu ilke sayesinde ki radyasyon, kanser, virüs, ilaç ve deprem zararları gibi geç ortaya çıkan cismani zararlar hakça tazmin ettirilebilirler. İtalya'da, Fransa'da, Almanya'da, Hollanda'da çözüm hep böyledir.

Bu Tasarı, böylesi bölük pörçük eleştirilerle kurtarılabilecek gibi değildir; geri çekilmelidir; mutlaka yeni bir borçlar kanunu isteniyorsa, yeni bir yaklaşımla ve yöntemle, yeni bir tasarı hazırlanmalıdır.

BKT'nın eksikliklerinin ve aksaklıklarının salt yüzeysel ve bölümsel bir taramayla ortaya çıkan karanlık tablosu, 1980'den beri artık aşına oldu-

yasa yenileme zahmetinden kurtarmak üzere, yasanın açıklarını sık sık tebliğ çıkararak kapatmaya çalışmak ise, bundan daha iyi bir çare olmasa gerektir.

BKT'na dönecek olursak, bu Tasarı içerdiği eksikliklerin, aksaklıkların, gerekçe açıklarının ve sakıncalı kuralların çokluğu nedeniyle, birkaç ay içinde sağdan soldan derlenip toplanacak eleştiriler ışığında kısa sürede düzeltilebilecek gibi değildir.

Tasarı'nın meclise sunulmadan önce, bir iki yıllık ek bir çalışma süresi içinde baştan aşağı yeniden gözden geçirilmesi, bu arada evvelce komisyonda görev almamış ya da komisyondan vakitsiz ayrılmış Borçlar Hukuku uzmanı bilim insanlarının görüşlerine başvurulması ve bu ek çalışma sırasında Avrupa'da son yıllarda yapılmış olan Borçlar hukukunu uyumlaştırma çalışmalarının dikkate alınması yerinde olur.

Borçlar Kanunu gibi hukukumuzun en önemli ve köklü yasının, Avrupa hukuk ailesinde saygın bir yer tutmayı amaçlamış olan toplumumuza layık, düzeyli bir yasa olarak ortaya çıkabilmesi için, böylesine kapsamlı bir ek çalışma kaçınılmaz gözükmektedir. ■