

BORÇLAR KANUNU TASARISIYLA GETİRİLEN YENİ KURUMLAR Ve 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER-DÜZELTMELER

Avukat Hayriye Gonca GÜNGÖR*

GİRİŞ:

Tasarının gerekçe metinlerinde 818 sayılı Borçlar Kanununun maddelerin dilinde yapılan sadeleştirmeler ve değişikliklerin bir bölümü belirtilmiştir. Bu nedenle, çalışmada, madde gerekçelerinde değinilmeyen değişikliklere ve yeniliklere öncelikle dikkat çekilmek istenmiştir.

Zorunlu avukatlık sisteminin bulunmadığı ülkemizde Kanun koyucunun öncelikle her vatandaşın anlayabileceği şekilde kanun maddelerini ve gerekçe metinlerini kaleme alması, gözden kaçabilecek hususlara maddelerin gerekçelerinde dikkat çekmesi gerekir.

Çalışmanın son bölümünde Tasarıdaki değişikliklerin nedenlerini gösteren ve getirilen yeni kurumlar hakkında bilgi veren kitaplardan kolayca ulaşılabilecek olanlar belirtilmiştir.

GENEL HÜKÜMLERDE GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER VE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER:

Madde 7: Ismarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.

* İstanbul Barosu Avukatlarından.

İsmarlanmamış bir şeyin yanlışlıkla gönderildiği açıkça anlaşılırsa, onu alan kişi uygun bir sürede gönderene haber vermek zorundadır.

Not: Madde gerekçesinde belirtildiği gibi taraflar arasında örtülü irade açıklaması sonucunda bir sözleşme ilişkisinin doğmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Kabul için icapta (öneride) bulunan Genel İşlem Koşulları kullanımı konusunda müşterisini zamanında uyarmalı ve ona Genel İşlem Koşullarının içeriğini öğrenme olanağı vermelidir. Genel İşlem Koşulları müessesesi, Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan ve bütün

Borçlar Kanunu Tasarısına damga vuran hükümleri içermektedir.

Genel Gerekçenin II- Esasa İlişkin Değişiklikler ve Yenilikler başlığını taşıyan bölümünde bu yeni hükme değinilerek gerekli açıklama yapılmıştır.

Madde 8 /2: 818 sayılı Kanunun 7 inci maddesini karşılamaktadır. Yeni hüküm

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

Madde 12/2: 818 sayılı Kanunun 11 inci maddesini karşılamaktadır. Tasarının ikinci fıkrasına eklenen ilk cümle iyi kaleme alınmamış ancak gerekçe metnindeki açıklama madde metninin anlaşılmasını sağlamaktadır. Gerekçede “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin, kural olarak geçerlilik şekli olduğu belirtilerek, bu konudaki duraksamalar ortadan kaldırılmak istenmiştir.” şeklinde bir açıklama yapılmıştır.

Madde 13: 818 sayılı Kanunun 12 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının birinci fıkrasının ikinci cümlesi: ‘Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.’

Not: 818 sayılı Kanunun 12 inci maddesinde tamamlayıcı yan hükümler yerine ‘... mütemmim ve fer’i şartlar bu hükümden müstesnadır.’ ifadesi kullanılmıştır.

Tamamlayıcı hükümler mütemmim şartlara; fer’i şartlar yan hükümler olarak geçmektedir. Tasarıya ve kelimesi alınmamıştır.

Tasarıya ikinci fıkra hükmü eklenmiştir. ‘Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.’

Tasarının 13 üncü maddesinin tekrar gözden geçirilmesi maddenin daha anlaşılır olması açısından önemlidir.

Madde 14/2: 818 sayılı Kanunun 13 üncü maddesini karşılamaktadır.

Teyit edilmiş faks, teleks veya güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanabilen metinlere eklenmiştir.

Madde 15/4: 818 sayılı Kanunun 14 üncü maddesini karşılamaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanununda olmayan dördüncü fıkra yeni bir hüküm niteliğindedir. Buna göre, açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksini göstermedikçe, imzayı atan yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispatlamakla yükümlüdür.

Not: Anlaşmaya aykırı olduğunun nasıl ispat edileceği düzenlemede belirtilmelidir.

Madde 20-25: Genel İşlem Koşulları yer almıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Legal Hukuk Dergisi Sayı: 30 (Haziran 2005) Sayı: 31 (Temmuz 2005)'teki yazıyı okuyabilirsiniz.

Madde 42/1-3: 818 sayılı Kanunun 34 üncü maddesini karşılamakta ancak bazı düzeltmeler yapılmış. Örneğin: madde 42/1: ... veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır. 818 sayılı Kanunun karşılık gelen 34 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde ortaklık yerine şirket ifadesi yer almaktadır. Böylece, kapsam genişletilmiş olmaktadır.

Madde 42/3: ... iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. 818 sayılı Kanunun karşılık gelen 34 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında sadece üçüncü şahıslara karşı dermeyeran edilemez hükmü yer almaktadır. Böylece, öğretinin yaptığı uyarılar yeni düzenlemede dikkate alınmıştır.

Not: Tasarının bütünü incelendiğinde tüm hukuki işlemlerde yazılılık koşulunun getirilmek istendiği görülmektedir; buna göre temsil olunanın temsil yetkisinin temsil edenden geri alındığının veya temsil yetkisinin sona erdiğinin üçüncü kişilere bildirilmesi şekil şartına genel kural ile bağlanmalıdır.

Tasarının 42 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yetkinin sona erdirildiğinin veya geri alındığının yazılı bir şekilde olacağı belirtilmelidir.

Madde 43: 818 sayılı Kanunun 35 inci maddesini karşılamaktadır. Yapılan değişiklik temsil yetkisinin temsil olunanın veya temsilcinin ... **gaipliğine karar verilmesi** ... durumlarında sona erer. 818 sayılı Kanunun 35 inci maddesinde **gaiplik hükmünün ilanı** ifadesi yer almaktadır.

Not: Gaiplik hükmünün ilanının daha isabetli olup olmadığı tasarı metni Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde tartışılırken düşünülmelidir. Sadece temsilcinin veya temsil olunanın gaipliğine karar verilmesi ile yetkinin sona ermesi kişinin gaiplik kararından haberi olmayan ilgilileri mağdur duruma düşürebilir.

Madde 49'da haksız fiilin unsurları yer almakta olup, devamı maddelerinde unsurlar hakkında düzenlemeler yapılmıştır.

Madde 50: Zarar türlerinin maddi ve manevi zarar olabileceği belirtilmiştir. Maddi ve manevi zararın tanımları yapılmıştır. Yeni bir hükümdür.

Madde 54: c- Eşyaya ilişkin zararın kapsamına aynı değerdeki şeyin yeniden edinilmesi bedeli ve özellikle onarım giderleriyle değer kaybı girmektedir.

Madde 56: Haksız Fiilin unsurlarından hukuka aykırılık unsuru ele alınmış; hangi davranışların hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.

Madde 58: Haksız Fiilin unsurlarından nedensellik bağı uygun nedensellik bağına göre düzenlenmiştir.

Madde 59: Haksız Fiilin unsurlarından kusurun tanımı yapılmış; tanıda yer alan kast ve ihmal kavramlarına açıklık getirilmiştir.

Madde 61/3: 818 sayılı Kanunun 55 inci maddesini kısmen karşılamaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu ile ilgili eski hükümden farklı olarak 61 inci maddesinin üçüncü fıkrasının gerekçesinde açıklandığı gibi işletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıranlar Tasarının ikinci fıkrasındaki kuruluş beyyinesinden yararlanamazlar.

Madde 64/2: İntifa ve oturma hakkı sahiplerini binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlarda malikle birlikte müteselsilen sorumlu tutmuş, malikin gidermekle yükümlü bulunduğu yapı eserlerinin yapımındaki bozukluklardan sorumlu tutmamıştır.

Madde 66: Tehlike Sorumluluğu genel kural ile düzenlenmiştir. Tamamen yeni bir kurumdur.

“Önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyetten zarar doğduğu takdirde, faaliyette bulunan kişi, hukuk düzeni tarafından böyle bir faaliyete katlanılması öngörülmüş olsa bile, doğan zarardan sorumludur.

Bir faaliyetin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda dahi sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyet olduğu kabul edilir. Özellikle herhangi bir yasada benzeri tehlikeler arzeden faaliyetler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüş olması durumunda, bu faaliyetin de önemli ölçüde tehlike arzettiği varsayılır.

Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.”

Not: Doç. Dr. Mustafa TİFTİK’in Yetkin Yayınlarından çıkan ‘Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu’ başlıklı kitabındaki hazırladığı öneri metni ve sonuç kısmında belirttiği hususlar kanun koyucu tarafından dikkate alınmalıdır. Gerekçedeki açıklamalar yeterli ve açıklayıcı değildir.

Madde 70: Kusursuz sorumluluk hallerinde sorumlu kişinin **ek kusurunun** varlığı halinde bunun sonuçları düzenlenmiştir. Yeni bir hükümdür.

Madde metni açık olmamakla birlikte gerekçedeki açıklamalar madde metnini anlaşılır kılmaktadır.

Madde 72: İçeriği kişilik hakkının zedelenmesi halinde manevi tazminat olan bu madde 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 49 uncu maddesini kısmen karşılamaktadır.

Not: 818 sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasının tasarı metninde kaldırıldığı görülmektedir. Tasarı metnine tekrar alınıp alınmaması hususu Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde tartışılmalıdır. Manevi tazminatın miktarı tayin edilirken, tarafların sıfatı, mevkileri ve diğer sosyal ve ekonomik durumları farklılık yaratmaktadır. Bu hükmün tasarıda yapılan açıklamada eşitlik ilkesinin yanlış algılandığı görülmektedir. Eşitlik ilkesi belirli kıstaslara göre değerlendirilmelidir.

Tasarının 72 inci maddesi gerekçesinde 818 sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasının 'herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür.' açıklaması yer almaktadır.

Anayasa hukuku anlamında herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesi ile manevi tazminat miktarı tayin edilirken dikkate alınacak eşitlik birbirinden farklıdır ve birbiriyle karıştırılmamalıdır.

Madde 73/2: Ağır bedensel zararlarda, zarar görenin yakınlarına manevi tazminata karar verilebileceği, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanun koyucu sadece ölüm halinde ölenin yakınlarına değil, **ağır bedensel zararlarda** zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat isteme hakkını vermiştir.

Not: 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47 inci maddesinde bu hak sadece ölenin ailesine verilmiştir. 'Ölenin Ailesi' kavramı ile 'Ölenin Yakınları' kavramı birbirinden farklıdır.

Yakınları sıfatını kazandıracak kriterlerin gerekçede açıklanması gerekir. Bu konuda Yargıtay Kararları uygulamaya yol göstermelidir.

"Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu" başlığını taşıyan I- Sebeplerin yarışması başlıklı 74 üncü madde yeni bir hükümdür.

Madde 74: Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir; hakim,

Kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

II- Müteselsil sorumluluk başlığı verilen 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 50 ve 51 inci maddelerini karşılayan 74 ve 75 inci maddelerde değişiklik yapılmıştır. Madde 75'de dış ilişkideki müteselsil sorumluluk; madde 76'da ise, iç ilişkideki müteselsil sorumluluk işlenmiştir.

Yeni düzenlemede "İkili Teselsül" (Eksik Teselsül- Tam Teselsül) sistemi kaldırılmıştır.

Not: Tam ve eksik teselsül sisteminin ve rücu hakkının neden kaldırıldığı açık bir şekilde anlatılmalıdır. 818 sayılı Borçlar Kanununda rücu hakkı olup olmadığını hakim takdir etmekte idi.

Müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler üzerinde kanun koyucu biraz daha özenli davranmalıdır.

Madde 77-87: 818 sayılı Kanunun 60 ve 66 ıncı maddesini kısmen karşılamaktadır. Yeni düzenlemede kısa zamanaşımı süresi bir yıldan **iki yıla**, uzun zamanaşımı süresi on yıldan **yirmi yıla** çıkarılmıştır.

Madde 78: Yeni bir düzenleme olup rücu İsteminde geçerli olan zamanaşımını düzenlemektedir. İki yıllık kısa zamanaşımı süresi ve yirmi yıllık uzun zamanaşımı süresi belirlenmiştir.

Madde 80: 818 sayılı Borçlar Kanununun 46 ncı maddesinin 2 inci fıkrasında önemli bir değişiklik yapılmış olmasına rağmen,

Kanun koyucu 'sistematik yapısı ile metinde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.' notunu gerekçe metninin son fıkrasında yazmış bulunmaktadır.

818 sayılı Kanunun madde 46/2'de '**hükmün tefhimi** tarihinden itibaren iki sene....' ifadesi kullanılmakta, Tasarının 80 inci maddesinde ise '**kararın kesinleşmesinden** başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.' ifadesi yer almaktadır. Bilinmektedir ki, hükmün tefhimi ile kararın kesinleşmesi birbirinden çok farklıdır.

Madde 81: "Geçici Ödemeler" başlığını taşıyan bu düzenleme hakkaniyete uygun bir düzenlemedir.

'Zarar gören, iddiasının haklılığını gerçeğe yakın gösteren kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hakim, istem üzerine davalının zarar görene, hükmü etkilemeyecek nitelikte geçici ödeme yapmasına karar verebilir.'

Not: Hükmü etkilemeyecek nitelikte geçici ödemenin kriterleri gerekçe de gösterilmelidir.

Madde 86: 818 sayılı Kanunun 65 inci maddesini kısmen karşılamaktadır.

Yeni hüküm olarak, Açılan davada hakimin hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin **Devlete mal edilmesine karar verebileceği** şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

Madde 93: Faizi Madde 125: Direnim Faizini 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı bir şekilde düzenlemektedir. Gerekçe metinlerinde neden adi işler ile ticari işler için farklı faiz uygulamasının terk edildiği açıklanmıştır.

Not: Faiz konusundaki yorumlar için Av. Çelik Ahmet Çelik'in Legal Hukuk Dergisi'nin 29 uncu sayısındaki yazısı (Mayıs 2005) önerilebilir.

Tasarının yeni maddelerinden olan 258 inci maddesinde taksitli satışlarda 1 inci fıkranın 10 uncu bendinde 'direnim veya vadenin ertelenmesi durumunda, Yasal faiz oranının yüzde otuzunu geçmemek üzere ödenecek faiz' ifadesi yerinde kullanılmamıştır.

Olması gereken yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını geçmemesidir. Çünkü, Tasarıdaki Borçlar Kanununun taksitli satışlarla ilgili hükümleri tacirlerin birbiriyle olan ilişkilerine uygulanacaktır. Tacirlerin tüketicilerle olan "Taksitli Satış" ilişkilerinde 4077 sayılı Kanunun 6/A hükümleri geçerli olmaya devam edecektir.

Faiz konusundaki ayrıntılı düzenlemeler Borçlar Kanunu hükümleri dışında yapılmalıdır.

Madde 96/2: 818 sayılı Borçlar Kanununda 75 inci maddeyi karşılamaktadır.

Borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse, bundan o ayın son gününü anlaşılır.

Madde 103/2: 818 sayılı Borçlar Kanununda 82 inci maddeyi karşılamaktadır.

Önemli bir değişiklik yapılmış olmasına rağmen, kanun koyucu 'sistematik yapısı ile metinde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.' notunu gerekçe metninin son fıkrasında yazmış bulunmaktadır.

Maddenin yeni düzenlenmesinde 818 sayılı Borçlar Kanununun 82 inci maddesinden farklı olarak: ... akdi **feshedebilir** yerine sözleşmeden **dönebilir.** ifadesi kullanılmıştır.

'Hakkı tehlikeye düşen taraf ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden **dönebilir.**'

Not:

Sözleşmeden dönme kavramı ile sözleşmenin feshedilmesi kavramı birbirinden farklı kavramlardır. Kanun koyucunun bu iki kavramı bildiği, gerekçe metninin üçüncü fıkrasındaki açıklamalardan anlaşılmaktadır.

102 üncü maddenin Gerekçe Metninde, 'akdi feshedebilir' şeklindeki ibare, 'sözleşmeden dönebilir' şeklinde ifade edilmiştir. Çünkü, kural olarak; sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili olacak şekilde ortadan kaldırılmasını ifade etmek için "fesih" teriminin kullanılmasına karşılık, anı edimli borç ilişkilerinin geriye etkili olacak şekilde ortadan kaldırılmasını ifade etmek için "dönme" teriminin kullanılması yerinde olur. açıklaması yapılmıştır.

Öte yandan, tasarının 337 inci maddesinde 103 üncü maddenin özel bir uygulama alanı olarak, sadece iflası kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır şeklinde bir açıklamada bulunulmuştur. Tasarının 337 inci maddesinde **feshedebilir** ifadesi kullanılmıştır. **Çünkü**, kira sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdendir.

Tasarının 103 üncü maddesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından genel hüküm niteliğindedir.

Bu nedenle, madde gerekçesindeki açıklamaya koşut olarak: Tasarının 103 üncü maddenin ikinci fıkrasında sözleşmeden dönebilir ifadesinden sonra gelmek üzere '**... sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir.**' şeklinde düzenlenmelidir.

Madde 115: 818 sayılı Borçlar Kanununda 94 üncü maddeyi karşılamaktadır.

Madde metninde "Diğer edimlerde borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının direnimi halinde borçlu, borçlunun direnimine ilişkin hükümlere göre sözleşmeden **dönebilir.**" ifadesi yer almıştır.

818 sayılı Kanunun metninde "... borçlu akdi feshedebilir." ifadesi yer almakta idi.

Madde 120/2: 'Hafif kusur halinde borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin önceden anlaşma yapılırken, alacaklı borçlunun hizmetinde bulunuyorsa hakim, bu anlaşmayı **batıl sayabilir.**'

Madde 120/3: 818 sayılı Borçlar Kanununda 99 uncu maddeyi karşılamaktadır.

'Kanun veya yetkili makamlarca verilen izinle yürütülen hizmetlerde hafif kusurdan sorumlu olunamayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma **batıldır.**' ifadesi kullanılmıştır.

818 sayılı Borçlar Kanununda madde 99/2'de '**...hakim batıl addedebilir.**' hükmü yer almaktadır.

Diğer yandan, 818 sayılı Borçlar Kanununda madde 99 uncu maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan düzenleme tasarı metninin ikinci fıkrasında muhafaza edilmiştir.

Madde 121: 818 sayılı Borçlar Kanununun 100 üncü maddesini karşılamaktadır.

Tasarının 121 inci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen yeni hükme göre: “ kanun veya yetkili makamlarca tanınan bir hakka dayanılarak yürütülen hizmetlerde, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan anlaşma batıldır.” Böylece, borçlunun ifa yardımcılarının hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulması yolu kapatılmıştır.

Madde 130: 818 Sayılı Borçlar Kanununda 106 ncı maddesinin ikinci fıkrası ile 108 inci maddesini karşılamaktadır.

Kanun koyucu ‘sistemik yapısı ile metinde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.’ notunu gerekçe metninin son fıkrasında yazmış bulunmaktadır. Oysa, maddede gözden kaçmayacak, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacak değişiklikler ve düzeltimler Yargıtay Uygulamaları ile Öğreti dikkate alınarak yapılmıştır.

Tasarının 130 uncu maddesinin birinci fıkrasında ‘Direnime düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise; alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir’.

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

Not: Tasarının 130 uncu maddesinde ani edimli sözleşmelerde borçlunun direniminin sonuçları, alacaklının seçimlik hakları ele alınmaktadır.

Bu nedenle, 818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin ikinci fıkrasında kullanılmış olan ... **akdi feshedebilir** ifadesindeki yanlışlık tasarının ikinci fıkrasında ... **sözleşmeden dönebilir** ifadesi kullanılarak düzeltilmiştir.

Madde 131: Sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun direniminin sonuçları, alacaklının seçimlik hakları ele alınmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan olumlu bir düzenlemedir.

Böylece, sürekli edimli sözleşmelerle ani edimli sözleşmelerde borçlunun direniminin hukuki sonuçlarının farklı olduğu vurgulanmış olmaktadır.

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

Madde 135: Madde gerekçesindeki açıklamaya göre, 818 sayılı Borçlar Kanununun 112 inci maddesinde yer verilmeyen Tasarının 135 inci maddesinin ikinci fıkrasında, çalışana ödenecek sigorta tazminatının genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilmesi öngörülmektedir. Böylece, borçlar hukukumuzda geçerli olan zarar görenin, zarar verici olay nedeniyle elde ettiği yararların, uğradığı zararlardan indirilmesini ifade eden denkleştirme (mahsup) ilkesi gözetilmiştir.

Madde 137: 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan ancak Borçlar Kanununda olması gereken borcu sona erdiren nedenlerden biri olan ibra sözleşmeleri tasarının 137 inci maddesinde düzenlenmiştir. Tasarıda ibra anlaşması olarak kaleme alınmıştır.

Madde 141: 818 sayılı Borçlar Kanununun 117 inci maddesini karşılamakla birlikte tasarı metninde yeni bir hüküm eklenmiştir.

Tasarının 141 inci maddesiyle gelen bu yeni düzenlemenin gerekçe metninde: 'ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmeyen ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almayan borçlu, bundan doğan zararları gidermekle yükümlü tutulmuştur.' açıklamasının ardından bu düzenleme dürüstlük kurallarının bir gereği olarak yapılmıştır. ifadesi yer almaktadır.

Madde 142: 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan yeni bir düzenlemedir.

Kısmi imkansızlık başlığını taşıyan bu maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde borcun kısmen ifasının imkansızlaşması halinde borçlunun sadece borcunun imkansızlaşan kısmından kurtulmuş olacağı kuralı öngörülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde **kısmi imkansızlık** kuralının istisnası gösterilmektedir. Buna göre, ancak, bu kısmi imkansızlık önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer.

Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi 'İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkansızlaşır 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 imkansızlık hükümleri uygulanır.**

Madde 143: 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen 'Aşırı ifa güçlüğü' başlıklı yeni bir maddedir.

Öz olarak, işlem temelinin çökmesine ilişkin olan bu yeni düzenleme aşırı ifa güçlüğüne dayanan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması veya uyarlanamadığı takdirde sözleşmenin feshine karar verilmesi talebinin kabulünü dört koşulun gerçekleşmesine bağlamıştır. 'Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır.'

Not: İşlem temelinin çökmesine ilişkin uyarlama veya sözleşmenin feshi davaları kararları Medeni Kanunun dürüstlük kurallarına ilişkin 2 inci maddesine göre sonuçlandırılmakta idi.

Genel hüküm niteliğindeki yeni düzenleme ile artık borçlunun sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep, uyarlanamaması halinde ani edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönebilmesi, sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin feshi hakkını kullanabilmesi sağlanmış olmaktadır.

Tasarının eser sözleşmesi hükümleri içerisinde yer alan 485 inci madde metni ve maddenin gerekçesindeki açıklamalar 143 üncü maddenin bir uygulaması olduğundan okunmalıdır.

Madde 152: 818 sayılı Borçlar Kanununun 126 ıncı maddesini karşılamakla birlikte tasarı metnindeki değişikliklere dikkat edilmelidir. Ayrıca, gerekçedeki açıklamalar önemlidir.

Madde 171: 818 sayılı Borçlar Kanununun 145 inci maddesini kısmen karşılamaktadır.

Maddeye üçüncü fıkra olarak yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, alacaklının, borçlulardan biriyle borç ilişkisinin tamamını ortadan kaldırmak amacıyla yaptığı ibra anlaşması diğer borçlular için de hüküm ifade eder.

Madde 180: 818 sayılı Borçlar Kanununun 154 üncü maddesini kısmen karşılamaktadır.

Maddeye ikinci fıkra olarak 'Taraflardan biri koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır.' hükmü getirilmiştir.

Madde 182: 818 sayılı Borçlar Kanununun 156 ncı maddesinde önemli bir değişiklik yapılmıştır. Şöyle ki, 156 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, "pey akçesini alan, alacağına mahsup etmeyerek onu muhafaza eder." şeklindeki hüküm tasarinin 180 inci maddesinin ikinci fıkrasında "... bağlanma parası esas alacaktan düşülür." şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 187: 818 sayılı Borçlar Kanununun tasarinin bu maddesine karşılık gelen 161 inci maddesinde yer almayan "Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkansız hale gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez." hükmü tasarı metnine ikinci fıkranın son cümlesi olarak eklenmiştir.

Madde 196: 818 sayılı Borçlar Kanununun 169 uncu maddesini karşılamaktadır.

Tasarı metninde farklı düzenlemeler yapılmıştır.

Alacağın devrinin ivazlı veya ivazsız yapıldığına bakılmaksızın devir sırasında alacağın varlığını garanti etmiş olur. Bunun için, ayrıca alacağın varlığını üstlenmiş olması aranmaz.

Alacağın bir edim karşılığında devredilmesi halinde, devreden borçlunun devir sırasındaki ödeme gücünü de garanti etmiş olacağı hükme bağlanmıştır. Bunun için, ayrıca borçlunun ödeme gücünü üstlenmesi koşulu getirilmemiştir.

Tasarının 196 ncı maddesinin son fıkrası “Bir alacak kanun gereğince başkasına geçmişse, eski alacaklı alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.”olarak düzenlenmiştir.

Madde 198: 818 sayılı Borçlar Kanununun 171 inci maddesini karşılamaktadır.

Maddenin (4) numaralı bendi yeni bir düzenleme olarak tasarıda yer almıştır. Buna göre, 4. devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe, devralan uğradığı diğer zararlarını da devredenin garanti sorumluluğu gereğince devredenden isteyebilir.

Madde 206: 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen yeni bir maddedir. Bu maddede **borca katılma** düzenlenmektedir.

“Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.

Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.”

Madde 207: 818 sayılı Borçlar Kanununun 179 uncu maddesini karşılamaktadır.

Tasarıda son fıkra olarak yeni bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, devralan, ilan yükümlülüğünü yerine getirmediği, devir üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez.

Madde 210: 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen yeni bir maddedir. Bu maddede **sözleşmenin devri** düzenlenmektedir.

“Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.

Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.”

Madde 211: 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen yeni bir maddedir. Bu maddede **sözleşmeye katılma** düzenlenmektedir.

“Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere katılan ile taraflar arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.

Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar.

Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır. ”

YARARLANILABİLECEK KAYNAKLAR:

- 1- Ulvi Altınışık, “Elektronik Sözleşmeler, Elektronik Ticaret, Elektronik İmza, AB Direktifleri” Seçkin, 2003;
- 2- Hasan Tahsin Gökcan, “ Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları” Seçkin, 2003;
- 3- Mustafa Tiftik, “Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu” Yetkin Yayınları 2005;
- 4- Mustafa Kılıçoğlu, “Sorumluluk Hukuku” Turhan Kitabevi 2002;
- 5- Çelik Ahmet Çelik, “Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı” Legal 2004;
- 6- Mehmet Helvacı, “Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı” Beta 2000;
- 7- Tamer İnal, “ Borca Aykırılık” Kazancı 2004;
- 8- Mehmet Altunkaya, “Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı” Yetkin 2005;
- 9- K. Nuri Turanboy, “İbra Sözleşmesi” Yetkin 1998;
- 10- Murat Canyürek, “Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler” Vedat Kitapçılık 2003;
- 11- Faruk Acar, “Türk- İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül” Seçkin 2003;

12- Hasan Ayrancı, "Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)" Yetkin 2003;

Yukarıda belirtilen kitaplar öğretim üyeleri ve hakimler tarafından yazılmış olan kitaplardır.

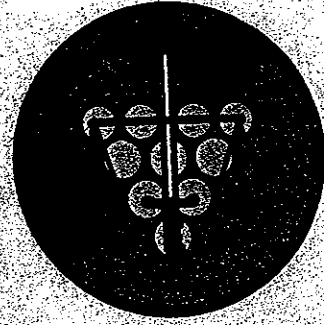
1980'lerden önce yazılmış ve yayınlanmış olan klasik hukuk eserlerine ne yazık ki kolayca ulaşılamamaktadır. Bu kitapların Baroların kütüphanelerinde bulunmaması düşündürücüdür.

SONUÇ:

Tasarının Birinci Kısmını oluşturan Genel Hükümlerde 818 sayılı Borçlar Kanununa göre önemli değişiklikler yapılmıştır.

Hukukumuzda genel kural biçiminde getirilen yeni kurumlar hakkında doktrinde yapılan çalışmalar uygulamada karşılaşılan gereksinimlerle birlikte değerlendirilerek tasarıda dikkate alınmıştır.

Yasarı metinleri yasalaştıktan, ve yürürlüğe girdikten sonra üzülmemek için Avrupa Birliğine aday olarak görülen ülkemizde, Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi tasarı metinleri yasalaşmadan sayın hakimlerimiz, sayın öğretim üyelerimizin ve sayın avukatların kısaca tüm hukukçuların ticari gaye gütmekten değerli zamanlarını ayırıp, tasarı metinlerinin ve gerekçelerindeki açıklamalarının anlaşılabilirliklerini, uygulabilirliklerini değerlendirmeye yazılar yazmaları kanımca gerekmektedir.



MANİSA BAROSU DERGİSİ

*Manisa Barosu'nun
80. yılı*

Sayı 95, Ekim 2005

Ekim - 2005

Yıl: 24

Sayı 95