

TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI'NDA YER ALAN BAZI ÖNEMLİ YENİLİK VE DEĞİŞİKLİKLER

Prof. Dr. Atilla ALTOP*

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı(TBKT)'nda önemli yenilik ve değişiklikleri yer verilmiştir. Bazıları çok yerinde bulunan, bazıları ise eksik ya da hatalı görülen bu önemli yenilik ve değişikliklerden bazılarını bu çalışmada ana hatlarıyla değerlendirmek istedim.

I- Genel Olarak :

1- Hazır olanlar arasındaki öneri (TBKT.m.4/II) :

Şu anda yürürlükte olan BK.m.4/II'deki düzenlemeye göre sadece telefon ile yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır iken, TBKT'ndaki düzenlemede, -teknik gelişmeler gözönünde bulundurularak- telefonun yanısıra bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan önerinin de hazır olanlar arasında yapılmış sayılacağı eklenmiştir.

Madde metnindeki “doğrudan” kelimesi yerine “anında ve kesintisiz” kelimelerinin kullanılmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

2- İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi (TBKT.m.7) :

ZGB Pr.6a hükmünü aynen benimseyen TBKT hükmü uyarınca, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir. İsmarlanmamış bir şeyin yanlışlıkla gönderildiği açıkça anlaşılırsa, onu alan kişi, uygun bir sürede gönderene haber vermek zorundadır.

Madde metnindeki ifade, gönderilen kişinin, göndereni alıkoymak istemesi durumunda sözleşmenin kurulması için gönderenin kabulüne ihtiyaç duyulmasına neden olduğu için eleştirilmiştir. Gerçekten de ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesini –tüm unsurların bulunması durumunda- icap olarak kabul etmek, ancak bu icabı kabul etmeyen gönderilenin onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü olmadığını kabul etmek daha isabetli olabilirdi.

3- Teyid edilmiş faks, teleks veya güvenli elektronik imza (TBKT.m.14/II) :

TBKT hükmü uyarınca, teyid edilmiş faks veya buna benzer iletişim araçları(örneğin teleks) ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçiyor. Uygulamada birçok sözleşme faksla kurulduğundan, şu anda özellikle yazılı şekilde kurulması zorunlu olan bu sözleşmelerin geçerliliği –bu yönde açık bir düzenleme olmadığından- tartışma konusu olmaktadır. Artık bu yeni düzenleme ile, bir taraftan faks ve teleks ile kurulan sözleşmeler, metinler alanlarca teyid edilmiş olmak kaydıyla yazılı şekilde geçerli olarak kurulmuş sayılacaklar; diğer taraftan elektronik imzayla gönderilen metinler de, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK)’na uygun olarak gönderilmesi ve alanlar tarafından bilgisayar ortamında kaydedilerek saklanabilmesi şartıyla yazılı şekil yerine geçeceklerdir. Keza TBKT.m.15/I,2’de EİK’nun 5.maddesine paralellik sağlanmak amacıyla, EİK. m.4’de tanımlanan güvenli elektronik imzanın el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir.

4- Açığa imza veya beyaza imza (TBKT.m.15/IV) :

Uygulamada sıkça karşılaşılan, boş bir kağıda (veya buna benzer diğer maddelere) atılan imzaların üstünün sonradan doldurulması durumunun –ki bu durum doktrinde ve mahkeme kararlarında “açığa imza” veya “beyaza imza” olarak nitelendirilmektedir- hukuki açıdan düzenlenmesi kanun koyucu tarafından uygun görülmüştür. Buna ilişkin olarak TBKT’nda yer verilen düzenlemede, açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu –karine olarak- kabul edilmiş ve durumun özelliği aksini göstermedikçe, imzayı atanın yazılan metnin anlaşılmaya aykırı olduğunu ispatlamakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır.

5- Aşırı yararlanma (TBKT m.28) :

TBKT’nda aşırı yararlanmayı düzenleyen hükümde iki noktada önemli değişiklik yapılmıştır :

a) Şu anda yürürlükte olan BK.m.21’deki düzenlemeye göre sadece sözleşmeyi feshederek(sözleşme ile bağlı olmadığını açıklayarak) verdiği şeyi geri alma hakkına sahip olan zarar gören, TBKT’ndaki düzenleme uyarınca, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilecektir.

b) Şu anda yürürlükte olan BK.m.21’deki düzenlemede, zarar görenin sözkonusu hakkını kullanabilmesi için sözleşmenin kurulduğu andan itibaren işlemeye başlayan bir yıllık bir hak düşümü süresi öngörülmüş iken, TBKT’ndaki düzenlemede, - öğretilerdeki yoğun eleştiriler dikkate alınarak ve yanıltma, aldatma ve korkutmaya ilişkin hükümlerle paralellik sağlanmak suretiyle- zarar görenin bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak on yıl içinde kullanabileceği öngörülmüştür.

6- Hukuka ve ahlaka aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeyin iadesi (TBKT.m.80) :

Şu anda yürürlükte olan BK.m.65'deki düzenlemeye göre, hukuka veya ahlaka aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeyin iadesi istenemez. Ancak özellikle kazandırmadan yararlananın da hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü durumlarda, aldığı yanına kar kalması isabetsiz bulunmakta ve eleştirilmekte idi. İşte bu eleştiriler dikkate alınarak, TBKT'nda, hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceği vurgulandıktan sonra, açılan davada hâkimin, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebileceği eklenmiştir.

7- Sözleşmesel faiz oranlarına getirilen sınırlamalar :

a) Sözleşme faizi (TBKT.m.87) : Maddenin birinci fıkrasında, faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranının, sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği belirtilmek suretiyle, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerine yollamada bulunulmuştur. Bu Kanun'un değişik 1.maddesi uyarınca yıllık yasal faiz oranı %12 olup, Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar arttırmaya yetkilidir. Nitekim Bakanlar Kurulu'nun 30.12.2005 tarihli ve 26039 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Kararı uyarınca, 01.01.2006 tarihinden itibaren uygulanmakta olan yıllık yasal faiz oranı %9'dur.

TBKT'nın konuya ilişkin düzenlemesindeki asıl yenilik ise, maddenin ikinci fıkrasında, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık yasal faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağının emredici olarak öngörülmüş olmasıdır.

b) Temerrüt (direnim) faizi (TBKT.m.119) : Maddenin birinci fıkrasında, uygulanacak yıllık gecikme faizi oranının, sözleşmede kararlaştırılmadığı

durumlarda, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği belirtilmek suretiyle, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerine yollamada bulunulmuştur. Bu Kanun'un değişik 2.maddesi uyarınca, ticari olmayan (adi) işlerde yıllık yasal temerrüt (direnim) faiz oranı yıllık yasal faiz oranı -şu anda yıllık %9- kadar olup, ticari işlerde -yıllık yasal faiz oranından fazla olduğu takdirde- Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranının yıllık yasal temerrüt (direnim) faiz oranı olarak uygulanacak ve sözkonusu avans faiz oranının, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı olması durumunda, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olacaktır.

TBKT'nın konuya ilişkin düzenlemesindeki asıl yenilik ise, maddenin ikinci fıkrasında, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt (direnim) faizi oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık yasal temerrüt (direnim) faizi oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağının emredici olarak öngörülmüş olmasıdır.

Ülkemiz uygulamasında, sözleşmenin ekonomik açıdan güçlü tarafının, bu üstünlüğünü kullanarak ortaya koyduğu çok haksız ve insafsız davranışlar ile -sözleşme özgürlüğü maskesi altında- sözleşmenin zayıf tarafına verdiği telafisi olanaksız zararlar göz önüne alındığında, sözleşme ile kararlaştırılacak faizlere kesin ve emredici sınırlar getiren bu düzenlemenin çok yerinde ve adil olduğu kanısındayım.

8- Aşırı ifa güçlüğü (TBKT.m.137) :

Halen yürürlükte olan BK'nda genel bir hüküm olarak yer almamakla birlikte istisna sözleşmelerine ilişkin BK.m.365/II hükmünün yardımıyla Türk öğreti ve uygulamasında açıkça kabul gören ve "clausula rebus sic stantibus", "beklenilmeyen hal", "işlem temelinin çökmesi" ve "uyarlama" gibi kavramlarla ifade edilen kurum, TBKT'nda "aşırı ifa güçlüğü" başlığı altında genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir

sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına 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, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Yasal bir boşluğu mevcut uygulama doğrultusunda dolduran bu hükmün çok isabetli olduğu kanısındayım.

9- Sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma :

TBKT’nda Genel Hükümler başlıklı Birinci Kısımın son iki maddesi olarak, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma” düzenlenmiştir. Şu anda yürürlükte olan BK’nda yer verilmemiş olmakla birlikte, Türk öğreti ve uygulamasında bu iki kurum açıkça kabul edilmiştir. Hatta bazı kanunlarda, örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 66.maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 16.maddesinde, sözleşmenin devri düzenlenmiştir. Yabancı hukuk düzenlerine baktığımızda, İtalya Medeni Kanununda bu iki kuruma yer verildiğini, buna karşılık İsviçre ve Alman Hukuklarında, bu konuda yasal bir düzenlemenin mevcut olmadığını, ancak bununla birlikte sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, sözleşmenin devrinin ve sözleşmeye katılmanın geçerli kabul edildiğini görmekteyiz.

a) Sözleşmenin devri (TBKT.m.204) : TBKT uyarınca, sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir 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.

b) Sözleşmeye katılma (TBKT.m.205) : TBKT uyarınca, sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir 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.

II- Genel İşlem Koşulları :

Çağımızın sosyal ve ekonomik gelişmeleri sonucunda, bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması girişimciler ve diğer birçok kişi veya kuruluş, iki taraf arasında bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta, bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki hukuki işlemleri düzenlemektedirler. Önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere de “tip sözleşme” ya da “formüler sözleşme” denilmektedir. Kitlelere yönelik bu tür sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması aşamasında görüşmeler veya pazarlıklar kesinlikle sözkonusu olamamakta veya sadece fiyat noktasında olmaktadır. Bu sözleşmeleri hazırlayan girişimler karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da sözkonusu sözleşmenin içerdiği edimi veya hizmeti almaktan vazgeçmek zorunda kalacaktır. Diğer söyleyişle birey önüne konan sözleşmeye ya tümünden evet ya da tümünden hayır diyecek; “evet ama” diyemeyecek, bazı hükümlerin değiştirilmesini isteyemeyecektir. Örneğin bir tacir ya bankanın önüne koyduğu kredi sözleşmesini imzalayarak krediyi alacak ya da kredi almaktan vazgeçecektir. Aynı

şekilde birey ya imtiyaz sahibi şirket tarafından önüne konan abonmanlık sözleşmesini imzalayacak, ya da konutuna elektrik ya da su almaktan vazgeçecektir. Birçok hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın sözkonusu olmaması ve “evet ama” deme olanağının da bulunmaması karşısında, bireyin zor durumda kaldığından istemeyerek ama mecburen imzaladığı bu sözleşmelerin uygulanmasında yasanın emredici hükümleri ile korunması gerekmektedir. Tüm Avrupa ülkelerinde mevcut bu tür koruyucu hükümler, ülkemizde önce 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ile sınırlı ölçüde kendisine yer bulduktan sonra, şimdi TBKT ile yaygın olarak uygulanma olanağına kavuşmuş olmaktadır. TBKT’ndaki düzenlemeden kısaca söz etmemiz gerekirse :

1- Tanım ve uygulama alanı (TBKT.m.20) :

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

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

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

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır. Bu suretle kamu kuruluşlarınca hazırlanan genel işlem koşullarının da bu hükümlere tabi olması sağlanmıştır.

Birinci fıkradaki tanım genel itibariyle BGB Pr.305/I,1’de yer alan ve öğretide yapılan tanımlara uygun olmakla birlikte,

- genel işlem koşulları çoğu kez bizzat kullanan tarafından hazırlanmadığından, bu durumlarda “düzenleyen” ve “tek başına hazırlayarak” kelimelerinin yaratabileceği sıkıntı ve/veya duraksamaya engel olabilmek,
- Tanımda aynı anlamı veren “önceden” ve “ileride” kelimelerinin bir arada kullanılmasının gereksizliğini ortadan kaldırabilmek ve
- TBKT’nın 1., 2., 6. ve 11.maddelerinde sürekli olarak “sözleşmenin kurulması” ifadesi kullanılırken maddede “sözleşme yapılırken” ifadesinin kullanılmasının dil uyumu açısından yarattığı sakıncayı giderebilmek için

BGB.m.305/I,1’deki tanımı da dikkate alarak, **genel işlem koşullarını**, “*çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin(kullanan) diğer tarafa sözleşme yapılırken sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlamanın daha uygun olacağı, buna karşılık diğer fıkralardaki düzenlemelerin ise son derece yerinde ve yararlı olduğu kanısındayım.

2- Yazılmamış sayılma (TBKT.m.21/II) :

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları (şaşırtıcı koşullar) yazılmamış sayılır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) kıymetli evraka ilişkin çeşitli maddelerinde yer almakla beraber, Türk hukukunda mevcut olmayan bu yaptırım türü yerine, madde başlığı ve 1.cümledeki ifade ile BGB Pr.305c/I’de kullanılan “werden nicht Vertragsbestandteil” ifadesini dikkate alarak, hükmü “*aksi takdirde genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dahil sayılmazlar*” şeklinde düzenlemenin daha uygun olacağı kanısındayım.

Bu hüküm sayesinde, örneğin kredi sözleşmelerinde neredeyse istisnasız olarak yer verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin hükümler olağandışı olduklarından yazılmamış sayılacak, diğer bir ifade ile sözleşmenin kapsamına dahil sayılmayacaktır.

3- Yazılmamış sayılmanın sonuçları (TBKT.m.22) :

Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, -BGB Pr.306/III'deki hükmün aksine- yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Hüküm prensip itibarıyla çok yerinde olmakla beraber, benzer hususu düzenleyen BGB Pr.306 hükmünü ve madde gerekçesinde yapılan açıklamaları birlikte değerlendirdiğimizde, maddenin TBKT.m.25'den sonra genel işlem koşulu düzenlemesinin son maddesi olarak, *“Sözleşme Kapsamına Dahil Sayılmamanın ve Kesin Hükümsüzlüğün Hukuki Sonuçları”* başlığı altında ve aşağıdaki içerikle düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanısındayım:

“Genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dahil sayılmadıkları veya geçersiz sayıldıklarında, sözleşme geri kalan kısmı ile geçerli kalır. Bu durumda kullanan, sözleşme kapsamına dahil sayılmayan veya kesin hükümsüz sayılan koşullar olmasaydı, geri kalan hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”

4- Düzenleyen aleyhine yorum (TBKT.m.23) :

Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, -BGB Pr.305c/I'de öngörüldüğü gibi- düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Roma Hukuku'ndan gelen *“in dubio contra stipulatorem”* (sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinin bir uygulamasından ibarettir.

Hükmün, çok yerinde olduğu ve sadece madde metnindeki *“düzenleyenin”* ifadesinin *“kullananın”* olarak değiştirilmesi gerektiği kanısındayım.

5- Değiştirme yasağı (TBKT.m.24) :

Tip sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine tip sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar geçersizdir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in, haksız şartların örnek olarak sayıldığı Ek'inde yer alan benzer düzenlemede, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar haksız şart olarak kabul edilmekte ve batıl(yok) sayılmaktadır. Böylece örneğin kredi sözleşmelerinin hemen hepsinde yer alan ve kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı değiştirme yetkisi tanıyan kayıtlar artık geçersiz sayılacaktır.

Türk uygulamasında çok rastlanılan bu tür genel işlem koşullarının geçersiz sayılmasını son derece yerinde bulmakla beraber, bu hükmün, TBKT.m.25'deki içerik denetimine ilişkin genel hükmün bir somut uygulama biçimi olduğundan, o maddede bir örnek olarak yer almasının daha doğru olacağı kanısındayım. Keza "düzenleyene" ifadesi yerine "kullanana" ifadesinin, "kayıtlara yer verilemez" ifadesi yerine de "kayıtlar kesin hükümsüzdür" ifadesinin kullanılmasının uygun olacağı kanısındayım.

6- Dürüstlük kuralına aykırı hükümler (TBKT.m.25) :

Genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden, karşı tarafa dürüstlük kuralına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersizdir. TKHK'un "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı 6.maddesinin 1.fıkrasında da batıl(yok) sayılacağı belirtilen haksız şartlar, –benzer bir ifade kullanılarak- tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları olarak tanımlanmıştır.

Kanun koyucu, BGB Pr.307/II'de olduğu gibi dürüstlük kuralına aykırı mağduriyetin varlığının kabulü konusunda yargıca yol gösterecek genel kriterler koymayı veya BGB Pr.308 ve 309'da ya da Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in Ek'inde olduğu gibi haksız şart olarak nitelendirilerek geçersiz sayılacak bazı genel işlem koşullarını örnek olarak saymayı tercih etmemiştir. Bu noktada, uygulamada çok karşılaşılan ve geçersiz sayılması gerektiği tartışmasız olan bazı tipik genel işlem koşullarının örnek olarak sayılmasının –bu koşulların geçersiz sayılmasını yargıçların takdir yetkisine bırakmamak açısından- daha yararlı olacağı söylenebilir.

III- Haksız Fiiller :

1- Hakkaniyet sorumluluğu (TBKT.m.64) :

TBKT uyarınca, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hakim, kusura bağı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararı, uygun biçimde gidermesine karar verebilir. Ayırt etme gücü olmayanların verdiği zarar için de aynı hüküm uygulanır.

Bu madde hükmü ile, halen yürürlükte olan BK.m.54/I'de sadece ayırt etme gücüne sahip olmayanlar için öngörölmüş olan kusursuz sorumluluk halinin kapsamı genişletilmektedir. Ayırt etme gücü olmayan kişi bile sorumlu tutulurken, ayırt etme gücüne sahip, ancak kusuru bulunmayan bir kişinin de hukuka aykırı eyleminden evleviyetle sorumlu tutulması gerektiği düşüncesinden hareketle konulan bu hükmün yerinde olduğu kanısındayım. İkinci fıkrada yer alan ve ayırt etme gücü olmayanların verdiği zarar için de aynı hükmün uygulanacağını belirten hükmün –ayırt etme gücünden yoksun olanların da kusurlu olamayacakları göz önüne alındığında- ilk bakışta gereksiz olduğu düşünölebilirse de, bu husus şu an yürürlükte olan BK.m.54/I'de açıkça düzenlenmiş olduğundan, bir tereddüte yer verilmemesi açısından, bu hususun açıkça vurgulanmasının yerinde olduğu kanısındayım.

2- Tehlike sorumluluğu (TBKT.m.70) :

TBKT.'nın "Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" başlıklı 70.maddesinin ilk fıkrası uyarınca, önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyetten zarar doğduğu takdirde, faaliyette bulunan kişi, hukuk düzeni tarafından böyle bir faaliyete katlanması öngörülmüş olsa bile, doğan zarardan sorumludur. Aynı maddenin son fıkrası uyarınca ise, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

Kanımca bu maddedeki bu iki fıkra, iki ayrı tür sorumluluk düzenlenmiştir. Şöyle ki, ilk fıkra hukuk düzenince izin verilmemiş önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyetten, işletmenin gerekli tüm özeni göstermesine –diğer bir ifade ile kusursuz olmasına- karşın doğan zararlardan, işletmenin tehlike sorumluluğu çerçevesinde kusursuz olarak sorumlu olacağı düzenlenmiş iken, son fıkra hukuk düzenince izin verilmiş önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyetten –diğer bir ifade ile hukuka uygun bir fiilden- doğan zararlardan, işletmenin fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde sorumlu tutulması öngörülmüştür. TBKT'nda düzenlenmesinde büyük isabet olduğuna inandığım bu iki farklı sorumluluk halinin, farklı iki maddede ayrı ayrı düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanısındayım.

Bir işletmenin hangi şartlarda önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olarak kabul edileceği konusu da aynı madde de düzenlenmeye çalışılmıştır. TBKT.m.70/II hükmü uyarınca, bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir

tehlike sorumluluğu öngörölmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

3- Zamaşıımı (TBKT.m.71) :

TBKT'nda, haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemlerinin, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2(iki) yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi(20) yılın geçmesiyle zamaşıımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Böylece halen yürürlükte olan BK.m.60'da öngörölmüş olan 1(bir) ve on(10) yıllık zamaşıımı süreleri uzatılmış olmaktadır. Komisyon, 1999 İstanbul depreminden sonra Yargıtay'ın, 10 yıllık üst sürenin haksız fiil sonucu zararın ortaya çıktığı andan itibaren uygulanacağı şeklindeki yorumunu uygun bulmamış ve bu yorumu önlemek için BK.m.60'daki "zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren" ifadesi yerine "fiilin işlendiği tarihten itibaren" ifadesini kullanmış, buna karşılık deprem ve radyasyon zararları gibi haksız fiilin işlenmesinden uzun süre sonra ortaya çıkabilecek zararları dikkate alarak üst süreyi yirmi(20) yıla çıkarmıştır. Bir(1) yıllık süreyi de diğer ölkelerdeki gelişmelerle uyumlu olarak iki(2) yıla çıkarmayı uygun görmüştür.

4- Geçici ödeme (TBKT.m.75) :

TBKT'ndaki düzenleme ile, hakime, zarar görenin bu yönde talepte bulunarak, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da bunu gerekli kılması durumunda, davalı haksız fiil failinin zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ekonomik durumu elverişli olmadığı için haksız fiil sonrası geçimini sağlamak ve/veya gerekli tedavileri yaptırmakta zorluk çeken zarar görenlerin bu geçici sıkıntılarına bir çözüm bulabilmek amacıyla konulan bu hükmün çok yerinde olduğu ve önemli bir eksikliği gireceği kanısındayım.

Hakimin geçici ödeme kararı vermesi durumunda, davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hakim, davacının aldığı

geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte davalıya geri vermesine karar verir. Madde metninde yer verilmemiş olmasına karşın, hakimin, bu geri verme olasılığını dikkate alarak, geçici ödemeye, zarar gören davacının teminat göstermesi şartıyla da karar verebileceği kanısındayım.

IV- Kira Sözleşmesi :

TBKT’nda da açıkça belirtildiği üzere, esas itibarıyla, halen yürürlükte olan BK’nun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri göz önünde tutulmakla birlikte, ülkemizde son derece yaygın bir uygulama alanı olan 18/05/1955 tarihli ve 6570 sayılı “Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun” hükümleri de, TBKT metnine alınmış ve özellikle 6570 sayılı Kanun kapsamına giren uyuşmazlıklara ilişkin olarak, Türk hukuk uygulamasının çözümleri de göz önünde tutulmuştur. Keza TBKT’nın kira sözleşmesine ilişkin hükümleri hazırlanırken, İsviçre Borçlar Kanununun 15 Aralık 1998 tarihinde kabul edilip, 1 Haziran 1999 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun hükümleriyle değiştirilen yeni düzenlemesinden de yararlanılmıştır. 6570 sayılı Kanun’da ve Fransa, Almanya ve İsviçre’de bu konuda gerçekleştirilen yasal değişikliklerde olduğu gibi, TBKT’nda da, kiracıların korunması esası gözetilerek düzenleme yapılması benimsenmiştir. Ayrıca, belirtilen ülkelerde belli bir kategoriye giren kira sözleşmeleri için özel bir kanuna rastlanmadığı, bütün kira sözleşmelerini kapsayan hükümlere temel kanunlarda yer verildiği göz önünde tutularak, ülkemizde de, TBKT hazırlanırken, aynı yöntemin izlenmesinin uygun olacağı kabul edilmiştir.

1- Genel hükümler

a) **Kiracı aleyhine değiştirme yasağı (TBKT.m.300/2)** : Kiraya verenin kiralananı zamanında ve sözleşmede kararlaştırılan kullanıma elverişli bir durumda teslim etme ve sözleşme süresince bu durumda bulundurma yükümlülüğü konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.

b) **Kiranın devri (TBKT.m.322) :** Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren işyeri kiralarda haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. Devralan kişi, devir ile birlikte kira sözleşmesinde devreden kiracının yerine geçer; devreden kiracı ise, işyeri kiralari dışındaki kira sözleşmelerinde, devir ile birlikte kiraya verene karşı borçlarından kurtulurken, işyeri kiralarda kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.

c) **Takastan feragat yasağı (TBKT.m.325) :** Kiracı ve kiraya veren, kira sözleşmesinden doğan alacaklarını takas etme hakkından önceden feragat edemezler.

d) **Belirsiz süreli taşınır kiralalarında fesih (TBKT.m.329) :** Taraflardan her biri, bir taşınıra ilişkin kira sözleşmesini üç gün önceden yapılacak fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Ancak kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini, üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildirimiyle sona erdirebilir. Bu durumda kiraya verenin, zararın giderilmesini isteme hakkı yoktur.

e) **Kiralananın geri verilmede gözden geçirilmesi ve kiracıya bildirme (TBKT.m.334) :** Kiraya veren, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmek ve kiracının sorumlu olduğu eksiklikleri ve bozuklukları ona hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu bildirim yapılmazsa, kiracı gizli olmayan ayıplar açısından kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur.

2- **Konut ve çatılı işyeri kiralari**

a) **Uygulama alanı (TBKT.m.338) :** Konut ve çatılı işyeri kiralari ile ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır(mobilyalı kiralama). Ancak bu hükümler, niteliği gereği geçici kullanıma

özülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreli kiralamaalarında (yazlık ev kiralamaaları) uygulanmaz.

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

b) Bağlantılı sözleşme (TBKT.m.339) : Konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kirayla bağlantılı sözleşme geçersizdir.

c) Kiracının güvence vermesi (TBKT.m.341) : Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse, bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz.

Güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa kiracı, kiraya verenin onayı olmaksızın çekilmemek üzere, parayı vadeli bir tasarruf hesabına yatırır, kıymetli evrakı ise bir bankaya depo eder. Banka güvenceleri ancak iki tarafın muvafakatiyle veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebilir. Kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen üç ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesiyle ilgili bir dava açtığını veya icra ya da iflas yoluyla takibe giriştiğini bankaya yazılı olarak bildirmemişse, banka kiracının istemi üzerine güvenceyi geri vermek zorundadır.

d) Kira bedelinin belirlenmesi (TBKT.m.343) : Tarafların yeni kira döneminde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılına ilişkin üretici fiyat endeksindeki(ÜFE) artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Anlaşamazlarsa hakim de, aynı oranı aşmamak üzere kiralananın durumunu göz önüne alarak hakkaniyete göre yeni dönem kira bedelini belirler. 5 yılın sonunda, yeni kira bedeli, hakim tarafından ÜFE artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Sözleşmede kira bedeli yabancı

para (döviz) olarak kararlaştırılmışsa, 5 yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. 5 yıldan sonra yeni kira bedeli, döviz değerindeki artışlar ve yukarıda belirtilen diğer hususlar göz önünde tutularak hakkaniyete göre belirlenir.

e) **Kiracı aleyhine düzenleme yasağı (TBKT.m.345) :** Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sözleşme cezası ödeneceğine ve sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir. Bu suretle kuruluş aşamasında kiralayan tarafından sözleşmeye konmak istenen ve genellikle zayıf durumda ve konut ihtiyacı içerisinde olan kiracının, istemeyerek de olsa kabul etmek zorunda kalacağı bu tarz olumsuz hükümlerden korunması hedeflenmiş olup, prensip itibariyle çok yerinde bir düzenlemedir.

f) **Kiralayanın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı (TBKT.m.346/I,3) :** Kiraya veren ancak 15 yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla kiraya veren, bu fesih hakkını en erken 17.yılın bitiminde kullanabilecektir.

g) **Aile konutunda kira sözleşmesinin feshi (TBKT.m.348/I) :** Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Bu hüküm aracılığıyla, aile konutunu düzenleyen MK.m.194/I hükmü ile gerekli uyum sağlanmıştır.

h) **Gereksinim nedeniyle tahliye (TBKT.m.349/1, 350/I) :** Kiraya veren ve/veya yeni malik gereksinim nedeniyle tahliye davası açarken, kendisinin, eşinin, *altsoyunun, üstsoyunun ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin* konut veya işyeri ihtiyacını kanıtlamalıdır. Halen yürürlükte olan 6570 sayılı GKHK.m.7/b,c ve d'de sadece kendisinin, eşinin ve çocuklarının ihtiyacı için tahliye davası açabilen kiraya veren ve/veya yeni malike, bu hüküm sayesinde çocukları dışındaki altsoyu(örneğin torunu), üstsoyu(örneğin annesi, babası, büyükannesi, büyükbabası) ve kanun gereği

bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyacı için de tahliye davası açabilme olanağı açıkça tanınmıştır.

V- Hizmet Sözleşmesi :

1- İşçinin kişiliğinin korunması (TBKT.m.416/I) :

İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlaka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

2- Rekabet yasağının azami süresi (TBKT.m.444/I) :

Özel durum ve koşullar dışında işçi için öngörülen sözleşme sonrası rekabet yasağının süresi iki yılı aşamaz.

3- Makbuz hükmünde sayılmama (TBKT.m.447) :

İşçinin hizmet sözleşmesinden doğan alacaklarını tahsil ettiğine ilişkin olarak işverene verdiği yazılı belge, bu alacakların türü ve miktarı açıkça belirtilmedikçe, makbuz hükmünde değildir. Bu suretle münferit alacak kalemlerinin miktarı ve türü ayrı ayrı ve açıkça belirtilmeksizin verilecek olan ve işçinin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan tüm alacaklarını tahsil ettiğini belirten yazılı belgelerin yasal açıdan bir hüküm ifade etmeyecekleri ifade edilmektedir.

4- Sosyal yaşamda yaygın uygulama alanı bulan “pazarlamacılık sözleşmesi” ve “evde hizmet sözleşmesi” ayrı ayrı ve etraflıca düzenlenmiştir.

VI- Kefalet Sözleşmesi :

1- Zamanaşımına uğramış borca kefalet (TBKT.m.582/II,2) :

ZGB.Pr.492/III,2'de olduğu üzere, zamanaşımına uğramış borca kefil olan kişinin sorumluluğu, yanılma veya ehliyetsizlik sonucu geçersiz olan bir sözleşmeye kefil olan kişi ile aynı tutulmuş olup, buna göre kefil, yükümlülük altına girdiği sırada, kefil olduğu borcun zamanaşımına uğradığını biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur.

2- Önceden feragat yasağı (TBKT.m.582/III) :

ZGB.Pr.492/IV'de olduğu üzere, Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.

3- Şekil (TBKT.m.583) :

Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.

Bu hüküm ile, uygulamada özellikle finans kuruluşlarının, azami miktarı boş bırakarak kefillere kefalet sözleşmelerini imzalattıktan sonra, takibe geçtikleri anda miktar hanesini doldurmalarının ve bu suretle kefilleri sözleşmeyi imzaladıkları anda miktarını bilmedikleri bir sorumluluk altına sokmalarının önlenmesi amaçlanmıştır. Çok yerinde

bir düzenleme olarak gördüğüm bu hükmün, değiştirilmeksizin yasalaşmasının çok yararlı olacağı kanısındayım.

4- Eşin rızası (TBKT.m.584) :

Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez.

5- Adi kefalet (TBKT.m.585) :

Adi kefalette, alacaklının kefile başvurabileceği durumlar arasına “*borçluya konkordato mehili verilmiş olması*” eklenmiş, “takibin semeresiz kalması” yerine “*takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması*” ifadesi kullanılmış ve “borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hâle gelmesi”nin yanına “*veya önemli ölçüde güçleşmesi*” ifadesi eklenmiştir.

Borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, alacaklı rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurabilir.

Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında doğrudan doğruya kefile gidilebilir.

Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.

6- Müteselsil kefalet (TBKT.m.586) :

Sadece müteselsil kefil kavramı kullanılmış olup, yanlış anlamaya imkan veren “müşterek müteselsil borçlu” ibaresi metinden çıkarılmıştır.

ZGB.Pr.496 hükmü ile tamamen uyumlu olarak, alacaklının sadece taşınmaz rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefil takip edebileceği buna karşılık teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye bağlanan alacaklarda, alacaklının kural olarak rehnin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvuramayacağı düzenlenmiş; ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hakim tarafından belirlenmesi ya da borçlunun iflas etmesi veya konkordato mehili verilmesi durumlarında, rehnin paraya çevrilmesinden önce de müteselsil kefile başvurulabileceği öngörülmüştür.

7- Kefilin takibi (TBKT.m.590) :

Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.

Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, takas işlemleri veya havale yasağı gibi nedenlerle o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkansız

hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'deki kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.

8- Defiler (TBTK.m.591/III) :

Şu anda yürürlükte olan BK.m.497/II'de ve ZGB Pr.502/III'de asıl borçluya ait defileri alacaklıya karşı kullanmadan ödemede bulunan kefilin, ancak bu defilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunduğunu kanıtladığı takdirde rücu hakkına sahip olacağı düzenlenmişken, TBKT'nda, ispat yükü asıl borçluya geçirilmiş ve defilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunduğunu ileri süren kefilin, ancak asıl borçlunun, kefilin bu defileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi durumunda, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybedeceği düzenlenmiştir.

9- Azami süre (TBKT.m.598) :

Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. (ZGB.Pr.509/III,1 de bu süre 20 yıl olarak belirlenmiştir.) Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir.

Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir.

10- Kefaletten dönme (TBKT.m.599) :

Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, her zaman borç

doğmadığı sürece kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil bu durumda, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

11- Belirli süreli kefaletin sona ermesi (TBKT.m.600) :

Belirli süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur. Oysa ZGB.Pr.510/III uyarınca, belirli süreli kefalette kefil, alacaklının sürenin sona ermesini takip eden dört hafta içerisinde hukuken geçerli olarak kendisinden bir talepte bulunmazsa ve hukuki yolu önemli kesintiler olmaksızın devam ettirmezse, borcundan kurtulur. ZGB.Pr.510/IV uyarınca, bu tarihte alacak henüz muaccel değilse, o takdirde kefil, ancak aynı teminat vermek suretiyle kefaletten kurtulabilir ve bunu ihmal ederse, kefalet, ZGB.Pr.510/V uyarınca, -azami miktara ilişkin düzenleme saklı kalmak kaydıyla- sanki asıl borcun muaccel olduğu ana kadar kararlaştırılmış gibi devam eder.

12- Uygulama alanı (TBKT.m.603) :

Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Böylece uygulamada karşılaşıldığı üzere, bazı finans kuruluşlarının, yasanın kefil koruyucu emredici hükümlerinden kurtulabilmek amacıyla, bir gerçek kişi ile kefalet sözleşmesi yapmak yerine garanti sözleşmesi yapması durumunda, garanti sözleşmesine de kefalete ilişkin hükümler uygulanacak ve bu suretle bu gerçek kişilerin de yasanın kefil koruyucu emredici hükümlerinden yararlanmaları sağlanmış olacaktır. Çok yerinde bir düzenleme olarak gördüğüm bu hükmün, değiştirilmeksizin yasalaşmasının çok yararlı olacağı kanısındayım.

VII- Vekalet Sözleşmesi :

1- Kefalet için özel yetki (TBKT.m.504/III) :

Vekilin özel yetkisi bulunmadıkça yapamayacağı işler sayılırken eski BK.m.388/III'te sayılanlara "kefil olamaz" ibaresi eklenmiştir.

2- Vekilin özen ve sadakat gösterme borcu (TBKT.m.506//II,III) :

Vekilin özen ve sadakat gösterme borcu açık ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış, işçinin sorumluluğuna yapılan gönderme kaldırılmıştır. Buna göre vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.

VIII- Satım Sözleşmesi :

1- Yarar ve hasarın intikali (TBKT.m.207/I) :

Kanundan, durumun gereğinden veya özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı taşınır satışlarında zilyedliğin devri; taşınmaz satışlarında tescil anına kadar satıcıya aittir. Bu hüküm ile, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun en çok eleştirilen hükümlerinden biri olan, satım sözleşmesinde sözleşmenin kurulması ile hasarın alıcıya geçeceği kuralı, çok yerinde bir kararla değiştirilmiştir.

2- Ayıplı malın ücretsiz onarılmasını talep hakkı (TBKT.m.226) :

Bu hüküm ile alıcıya, teslim edilen satım konusu malın ayıplı olması durumunda, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda yer alan üç adet seçimlik hakka ilaveten, dördüncü bir seçimlik hak olarak, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları

satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme hakkı tanınmıştır. Bu suretle TKHK'ndaki düzenlemeye uyum sağlanmıştır.

3- **Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı (TBKT.m.230) :**

Ayıplı mal tesliminden kaynaklanan seçimlik hakların kullanılması için zamanaşımı süresi, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl (yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda bu süre bir yıldır) olarak belirlenmiş ve bu suretle TKHK'ndaki düzenlemeye uyum sağlanmıştır.

4- **Satış ilişkisi doğuran haklar (TBKT.m.237-241)**

TBKT'nda bu başlık altında sözleşmeden kaynaklanan alım, önalım ve geri alım haklarının süresi, şerhi, devri ve miras yoluyla intikali hakkında ortak açıklamalar yapıldıktan sonra, sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkı daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Bu hükümleri kısaca aktarmak istiyorum :

a) **Süresi ve şerhi (TBKT.m.237):** Önalım ve geri alım hakları en çok yirmibeş yıllık, alım hakkı ise en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunda belirlenen süreyle (*MK.m.736/II uyarınca azami 10 yıl*) tapu siciline şerhedilebilir.

b) **Devri ve miras yoluyla intikali (TBKT.m.238) :** Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer. Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.

c) **Sözleşmeden doğan önalım hakkı (TBKT.m.239-241) :** Halen yürürlükte olan BK'ndan farklı olarak, TBKT'nda sözleşmeden doğan önalım hakkı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Şöyle ki :

- **İleri sürülmesi (TBKT.m.239) :** Önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabilir.

Taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz.

- Koşulları ve hükümleri (TBKT.m.240) : Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır. Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez. Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde de yukarıdaki hükümler uygulanır.
- Kullanılması ve hükümleri (TBKT.m.241) : Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır.

5- Kısmi ödemeli satışlar (TBKT.m.252-272) :

TBKT’nda “kısmi ödemeli satışlar” üst başlığı altında “taksitle satış sözleşmesi” ve “ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi” ayrı ayrı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

a) Taksitle satış (TBKT.m.252-262) : Taksitle satış, TBKT. m.252’de, satıcının satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satış olarak tanımlanmış ve TBKT.m.252-262’de halen yürürlükte olan BK’ndan çok daha ayrıntılı olarak ve zayıf durumdaki alıcıyı gerektiği ölçüde koruyacak şekilde düzenlenmiştir. Bu sözleşmeye ilişkin bazı yeni ve önemli hükümlere kısaca değinmek istiyorum.

- **Taksitli satışta hakimin müdahalesi (TBKT.m.260) :** Hakim, direnime düşen alıcının borçlarını ödeyeceği konusunda güvence vermesi ve satıcının da bu yeni düzenleme dolayısıyla herhangi bir zararının sözkonusu olmaması koşuluyla, alıcıya ödeme kolaylıkları sağlayabilir ve satıcının satılanı geri almasını yasaklayabilir.
- **Yetkili mahkeme ve tahkim (TBKT.m.261) :** Yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak çekişmeler konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz.
- **Taksitle satışa ilişkin hükümlerin uygulama alanı (TBKT.m.262):** Taksitle satışa ilişkin hükümler, aynı ekonomik amaçla yapılan işlemlere de uygulanır. Alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alması halinde, taksitle satışa ilişkin hükümlerden sadece m.258/II, 259/I ve 260 hükümleri uygulanır.

b) Ön ödemeli taksitle satış (TBKT.m.263-271) : Halen yürürlükte olan BK’da düzenlenmemiş olmasına karşın uygulamada karşımıza çıkan ön ödemeli taksitle satış, TBKT.m.263’de, alıcının taşınır bir mala ilişkin satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satış olarak tanımlanmış ve TBKT.m.263-271’de zayıf durumdaki alıcıyı gerektiği ölçüde koruyacak şekilde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlenmiş sözleşme tipine ilişkin bazı önemli hükümlere kısaca değinmek istiyorum.

- **Satış bedelinin belirlenmesi (TBKT.m.267) :** Satıcının sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenen toplam satış bedeline ek bir bedel isteme hakkını saklı tutan bütün kayıtlar geçersizdir. Ödenecek toplam satış bedeli sözleşmede belirlenmiş olmakla birlikte, devredilecek eşya önceden belirlenmemiş ve satıcı tarafından bu eşyayı seçme hakkı alıcıya tanınmış ise, satıcı, peşin satıştaki olağan bedelleri gözönünde tutmak suretiyle alıcının yapacağı seçime tam olarak uymakla yükümlüdür. Buna aykırı anlaşmalar, ancak alıcının yararına olduğu ölçüde geçerlidir.

- **Uygulama alanının sınırlanması (TBKT.m.271) :** Alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alması halinde, m.263-270 hükümleri uygulanmaz.