

Prof. Dr. Nevzat KOÇ'un Değerlendirme Konuşması

Sayın Pekdinçer'e açıklamaları için teşekkür ediyorum. Ancak, şimdi bana ayrılan değerlendirme süresinin de çok azını kullanmam gerektiğini biliyorum. O nedenle, notlarımın tamamını değil de çok azını sizinle paylaşma imkânım olabilecek. Özellikle, Sayın Başpınar'ın ve sayın Pekdinçer'in tebliği elime ulaşmadığı için, onların metinleri üzerinde herhangi bir değerlendirme yapmam söz konusu olamazdı. Sadece, burada dinlediğim kadarıyla bazı değerlendirmeler yapabileceğim. Tabii ki, birer cümleyle kısa kısa bazı cevaplar verme ve değerlendirmeler yapma ihtiyacı duyuyorum. Özellikle, Sayın Başpınar'ın kanun hazırlama tekniği üzerine eleştirileri bakımından şöyle kısa cevaplar vereyim.

Bir kere yeni Kanunda, sözleşmenin öneri ve kabul ile kurulacağına ifade edilmesine ve Sayın Hocam Prof. Dr. Fikret Eren'in Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda onur konuğu olarak katılarak yaptığı konuşmada da Sayın Başpınar'ın ifade ettiği gibi, "icap ile kabul, Leyla ile Mecnun gibidir", keşke birbirlerinden ayrılmayıp!" tarzındaki eleştirisine karşılık, Komisyon olarak şöyle düşünülürdü. Tabii ki Komisyon olarak diyorum, farklı görüşler komisyonda da ifade edilmiştir. Borçlar Kanunundaki bütün terimleri herkesin anlaması tabii ki söz konusu değildir. Ancak, bu meseleye şöyle yaklaşmıştır: Bu kanun, mademki, genellikle vatandaşlarımıza uygulanacaktır; Kanunu okudukları zaman, hiç değilse, sözleşmenin nasıl kurulduğunu anlayabilmelidir. Bu nedenle, "sözleşme öneri ve kabul ile kurulur." denilirse mi daha kolay anlarlar; yoksa "icap ve kabul ile kurulur." denilirse mi daha kolay anlarlar? Hiç değilse, sözleşmenin nasıl kurulduğu anlaşılabilir şekilde düşünülerek, icap yerine, "öneri" sözcüğünün kullanılması tercih edilmiştir. Bununla birlikte, ilk konuşmamda da bahsettiğim gibi, temerrüt, mapsup, tazminat terimleri, yeni Kanunda da korunmuştur.

Viyana Konvansiyonu tabii ki dikkate alınmıştır. Ancak, borçlar hukukunu ilgilendiren uluslararası metinlerin veya başka ülkelerin düzenlemelerinin geniş ölçüde, yeni Kanuna alınması söz konusu olmamıştır. Çünkü, Borçlar Kanunu, ulusal nitelikte bir kanundur. Bunlardan, ancak borçlar hukuku sistemimizin özünü etkilemeyecek biçimde yararlanılmıştır..

Şüphesiz ki, faiz oranlarının, Borçlar Kanunu gibi temel bir kanunda belirlenmesi doğru olmazdı. Nitekim, yeni Kanunda herhangi bir faiz oranı da belirtilmemiştir. Ancak, Sayın Başpınar, sanki faiz oranlarının yeni Kanunda belirtildiği yönünde bir açıklama yaptı. Bu eleştiriye katılma imkânım yok. Sadece, yeni Kanunun 88. ve 120. maddelerinde sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık faiz oranları için bir üst sınır belirlendi. Buna göre, akdî faiz oranı, kanunî faiz oranının yüzde elli fazlasını; temerrüt faizi oranı ise, kanunî faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Yıllık kanunî faiz ve gecikme faizi oranına

ilişkin olarak, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine yollama yapıldığı için, yeni Kanun döneminde de, 3095 sayılı Kanun, yürürlükte kaldığı sürece uygulanacaktır. Ancak, ileride başka bir kanun yürürlüğe konulacak olursa, faiz borcunun doğduğu tarihte mevzuatın öngördüğü faiz oranları neyse, bu oranların uygulanmasına başlanacaktır.

Yeni Türk Borçlar Kanununda, taraf iradelerine önem verilmediği veya emredici hükümler bakımından ölçünün kaçırıldığı iddiasını da tabii ki paylaşmıyoruz. Yeni Kanunda, taraf iradelerine önem verilmiştir. Ancak, bildiğiniz gibi, Borçlar Kanunu sosyal karakterli bir kanundur. Kanunkoyucu, ekonomik bakımdan zayıf olanları korumak amacıyla, gerektiğinde sözleşmeler müdahale edebilmektedir. Bizim Komisyonumuz da, kamu düzenini ilgilendirdiği ve kamu yararına olduğu noktalarda, sözleşme özgürlüğü ilkesini bir tarafa bırakarak, yeni Kanunda emredici hükümlere yer verme yoluna gitmiştir. Eleştiride söz konusu edilen ölçü, acaba nerede kaçırılmıştır? Bunlar, tek tek masaya konularak tartışılacak olursa, kanaatimizce, onların birçoğunda da ölçünün kaçırılmadığı, hattâ çok isabetli düzenlemeler olduğu kuvvetle savunulabilir.

Bizce, yeni Kanunun madde numaralarının değiştirilmesinde zorunluluk vardı. Çünkü, yürürlükteki Kanuna göre, 105 fazla maddenin, mevcut madde numaralarına harfler eklenerek düzenlenmesi, artık mümkün değildir. Gerçekten, Mevzuat Hazırlanması Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince, 2006 yılından bu yana, sadece bentlerde harf kullanılabilir. Yeni bir kanun tasarısı hazırlanırken, maddelerin, (1)'den başlanarak numaralandırılması gerekmektedir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, nasıl Madde 1'den başlanıp Madde 1030'a teselsül ettirilmişse, 105 maddelik fazlalık içeren yeni Kanunda da, aynı uygulamanın yapılması kaçınılmazdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda, madde numaralarının değişmesinde zorunluluk bulunmadığını göstermek amacıyla verilen bir önergede, genel işlem koşullarının 6 maddesi bir tek maddenin ayrı fıkraları hâlinde, bir araya toplanmış idi. Böyle bir düzenlemenin sistematik bakımdan uygun olmayacağını herhâlde takdir edersiniz. Böyle bir düzenlemede, madde başlıklarından metne ulaşma imkânı olmayacağı için, hangi hükmü, hangi fıkrada bulacağımızı kolaylıkla bilemezsiniz. Hattâ, yeni Kanun hazırlanırken, biraz önce değindiğim Yönetmelikte, fıkraların da numaralandırılması öngördüğü hâlde, Komisyonumuzca, Türk Medenî Kanununa uyum sağlanması açısından, fıkra numaralarının konulmaması gerektiği yönünde görüş açıklamıştır. Bu nedenle, yeni Türk Borçlar Kanununun fıkraları numaralandırılmamıştır. Gerçekten, Türk Borçlar Kanununda dört-beş fıkrayı aşan maddeler, az sayıdadır. Genellikle, herhangi bir maddenin kaç fıkradan oluştuğu, bir bakışta anlaşılabilir.

Yeni Türk Borçlar Kanununda kullanılan dile yönelik eleştiri, farklı biçimlerde değerlendirilebilir. Ancak, ilk konuşmamda da belirttiğim gibi, yürürlükteki Kanunda kullanılan terimlerden aynen korunması gerekenler yanında, değiştirilmesi zorunlu görülenler de olmuştur. Bu, bir tercih meselesidir.

Meselâ, konuşmacı arkadaşımız da genel işlem şartları terimini kullanacağım, “genel işlem koşulları” demeyeceğim dedi. Bununla birlikte, yeni Kanunda “genel işlem koşulları” terimi kullanıldığına göre, kanaatimizce bundan sonra bu konu hakkında makale veya kitap yazılırken, “genel işlem koşulları” teriminin kullanılması daha uygun olacaktır.

Sayın Başpınar da, “mutlak butlan” yerine, “kesin hükümsüzlük” denilmesinin, bir grup borç sözleşmelerinde daha uygun olacağını ifade etti. Bilindiği gibi, aile hukukunda, “evlenmenin nisbî butlan ve mutlak butlan sebeplerinden birine dayanılarak sona erdirilebilmesi için, hâkim kararı gerekir. Oysa, borç sözleşmelerinde, hâkim kararına gerek olmaksızın, koşulları gerçekleşmişse, sözleşme kendiliğinden hükümsüz olur. Başka bir ifadeyle, hükümsüzlük sonucu, kendiliğinden ortaya çıkar. O nedenle, borç doğurucu sözleşmelerin düzenlendiği yeni Kanunda da, bu yaptırımın “kesin hükümsüzlük” olarak ifade edilmesi gerekli görülmüştür.

Yeni Türk Borçlar Kanununda öngörülen sürelerin insicamlı olmadığı eleştirisini yöneltti, Sayın Başpınar. Bildiğiniz gibi, kanunda kullanılan “hakkaniyet gerektiriyorsa”, “gecikmeksizin” ve “uygun bir süre içinde” şeklindeki ifadeler, medenî hukukta “kural içi boşluk” olarak nitelendirilir. Borçlar Kanununda da, böyle kural içi boşluklar bırakılması zorunluluğu vardır. Böyle durumlarda, sabit ve belirli süreler konularak düzenleme yapılması mümkün değildir. O nedenle, yeni Türk Borçlar Kanununda, Hukuk Muhakemeleri Kanununda gibi, bir hafta, iki hafta gibi veya aynı uzunlukta süreler öngörülmesinin doğru olmayacağı kanaatindeyim.

Sayın Gezder, Türk Borçlar Kanununun 7. maddesi ile ilgili olarak, ısmarlanmayan bir şeyi alan kişinin onu saklamak veya geri göndermekle yükümlü olmadığı hükmünden, doktrine yaptığı bazı yollamalardan hareketle, onu alan kişinin, bu şeyi kullanabileceği, tüketebileceği, hattâ yok edebileceğini açıkladı. Kanaatimizce, bu yorum tarzı tartışılabilir, hattâ kabul edilemez. Maddede, sadece ısmarlanmamış bir şeyi alan kişinin, onu saklama veya geri gönderme yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu hükümden, ısmarlanmayan bir şeyi alan kişinin, “nasıl olsa, bu şey istemediğim hâlde bana gönderilmiş; öyleyse hiçbir sorumluluğa tâbi olmaksızın, bunu tüketebilirim, yok edebilirim” demesi, acaba doğru olur mu? Böyle bir yorumun eleştirilebilir nitelikte olduğu kanaatindeyim. Aynı maddenin ikinci fıkrası, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda verilen bir önerenin kabulü sonucunda, madde metninden çıkarılmıştır. Sayın Gezder, bu fıkranın maddeden çıkarılmasının isabetli olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmadı. Ancak, kanaatimizce, 7. Maddenin ikinci fıkrasının madde metninden çıkarılmaması daha doğru olurdu. Madde metninden çıkarılması kabul edilen söz konusu fıkrada, ısmarlanmamış bir şeyin yanlışlıkla gönderildiği açıkça anlaşılırsa, onu alan kişinin, uygun bir sürede gönderene haber vermek zorunda olduğu ifade ediliyordu. Sayın Gezder’in de haklı olarak ifade ettiği gibi, bu durumda, ısmarlan-

mayan bir şeyi alan kişinin koruma yükümlülüğü söz konusu idi. Fıkranın madde metninden çıkarılış gerekçesinde, dürüstlük kuralından (TMK.m.2) hareketle aynı sonuca varılabileceği düşüncesi açıklanmıştır. Ancak, somut bir duruma ilişkin böyle bir düzenlemenin, İsviçre Borçlar Kanununun 6a maddesinde olduğu gibi, bizde de açık bir hükümle yapılması yararlı olurdu.

Sayın Gezder, yeni Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasının, sadece taşınır mallar bakımından uygulanabileceğini, buna karşılık, hizmetleri kapsadığı şeklinde bir değerlendirme yaptı. Kanaatimizce, bu hükmün sadece taşınır mallarla sınırlı bir uygulama konusu yapılması doğru olmaz. Çünkü, fıkroda söz konusu edilen "...veya tarife ya da fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi" şeklindeki ifade, sadece "fiyatını göstererek mal sergilenmesi" şeklindeki ibareyle sınırlandırılmamalı, işgörmeye edimlerinin üstlenildiği sözleşmelerin kurulmasında da, aynı hükmün uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Ayrıca, Sayın Gezder, yeni Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinden söz etti. Ancak, söz konusu fıkra, tek cümleden ibaret olduğu için, bu cümlenin ikinci yarısını kast ettiği anlaşılmaktadır. Sayın Gezder'in tebliği ile ilgili değerlendirmelerimi, bunlarla sınırlı tutuyorum.

Sayın Arıkan, genel işlem koşullarına ilişkin yeni Kanunun 20. Maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "bir sözleşme yapılırken" ifadesini eleştirdi. Günlük dilde, "sözleşme yapma" ifadesi kullanılmaktadır. Komisyonunda, "bir sözleşme kurulurken" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olup olmayacağı tartışıldı. Burada, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılacak genel işlem koşullarının hazırlanması söz konusu olduğu için, teknik anlamda "sözleşmenin kurulması" teriminin kullanılmasında bir zorunluk olmadığı düşüncesinden hareketle, "sözleşme yapma"nın, bir olgu olarak ifade edilebileceği kabul edildi.

Alman hukukunda olduğu gibi, bir metnin genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilmesi için en az üç sözleşmede kullanılması amaçlanmadığı gibi, temel bir kanunda en az kaç sözleşmede kullanılmak üzere kaleme alınmış hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasının belirtilmesi de kanaatimizce doğru olmaz. Yeni Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "...çok sayıdaki" şeklindeki sözcüklerin ne anlama geldiğini belirleme görevi, doktrin ve uygulamaya düşer. Bu nedenle, Borçlar Kanunu gibi temel bir kanunda, en az şu kadar sözleşmede kullanılan hükümler, genel işlem koşulu niteliğindedir." şeklinde bir belirleme gereği yoktur.

Sayın Arıkan, yeni Kanunun 20. Maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "Düzenleyenin...tek başına hazırlayarak" şeklindeki ifade yerine, "Kullananın" şeklinde bir ifade kullanılmasının ve "tek başına" sözcüklerinin metinden çıkarılmasının daha doğru olacağı yönünde eleştiride bulundu. Ancak, "tek başına" ifadesi, kanaatimizce, genel işlem koşullarının varlığının, bunları düzenleyen

tarafından, baştan sona sadece kendi katkısıyla oluşturulmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu ifade, genel işlem koşullarının hazırlanması sırasında, başkasından yardım alınmasını engellemektedir. Bu nedenle, onun Alman hukukunda olduğu gibi, “sözleşme taraflarından birinin” şeklinde ifade edilmesinde de zorunluluk olmadığı kanaatimdeyim. Kaldı ki, genel işlem koşullarının, genellikle bunların dâhil edildikleri sözleşmelerin konusunu oluşturan hizmetleri, hemen hemen tekel niteliğinde bir faaliyet göstererek topluma sunan, ekonomik gücü çok daha fazla olan tarafça düzenlenerek, “şu maddeler evet, ama şu maddelere hayır!” deme seçeneğinden yoksun durumdaki diğer tarafa, âdeta dayattığı bilinmektedir. Ayrıca “düzenleyen” ifadesinin, aynı zamanda, ileride genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir tarafını ifade ettiğinde şüphe yoktur. Fıkra, “düzenleyen” değil de, önerildiği gibi, “kullanan” sözcüğü tercih edilmiş olsaydı, o takdirde “kullanmanın...kullanmak amacıyla” şeklinde, Türkçe cümle yapısına uygun düşmeyen bir ifadeye yer verilmiş olurdu. Bu nedenle, zorunlu olarak, “düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla” şeklinde bir ifade tercih edilmiştir.

Genel işlem koşullarının düzenlendiği yeni Kanunun 21. ve 24. maddelerinde kullanılan “...yazılmamış sayılır.” şeklindeki ifade de eleştiri konusu yapılmaktadır. Aslında, bununla kastedilen, bu maddelerin konusunu oluşturan hükümlerin, yürürlük denetimine takılarak, sözleşme kapsamına giremeyeceğidir. Yeni Kanunda kullanılan “yazılmamış sayılır.” ifadesinin, Komisyonumuzca İsviçre Borçlar Kanununun bazı maddelerinde de kullanıldığı tespit edilmiş ve madde gerekçelerinde, bu maddeler de belirtilmiştir. Ayrıca, bu ifadenin uygulanacak yaptırımını daha iyi vurguladığı göz önünde tutulmuştur. Acaba, yazılmış bir şey yazılmamış sayılır mı? Bu soruya olumlu bir cevap verilebilir. Gerçekten, yazılmamış bir şeyin, “yazılmamış sayılması” anlamsız olur; buna karşılık, yazılmış bir şeyin, yazılmamış sayılmasında mantığa aykırılık yoktur. Kanunkoyucunun, “...yazılmamış sayılır.” ifadesini kullanmakla, genel işlem koşullarını düzenleyenlerin, bağlayıcılığı olmayan uzun genel işlem koşulları yazmakla, boş yere, emek ve zaman harcamalarını gerektiği uyarısında da bulunduğu söylenebilir.

Sayın Arıkan'ın, konuşmasında düzenleme genel işlem koşullarıyla ilgili düzenleme konusunda, fazlaca bir eleştiri yöneltmemesinden, yeni düzenlemeyi onayladığı anlaşılmaktadır.

Son konuşmacı Sayın Pekdinçer, itiraf edeyim ki, Komisyon olarak, yeni Kanunun 57. maddesini düzenlerken düşündüğümüzün çok ötesine giderek, bu hüküm ile adam çalıştırmanın sorumluluğu ve sebepsiz zenginleşme müesseseleriyle de ilişki kurarak, bazı değerlendirmeler yaptı. Hemen belirteyim ki, bu maddeyi düzenlerken, nasıl olsa, Türk Ticaret Kanununda haksız rekabet ile ilgili düzenleme var. Başlangıçta, haksız rekabet, yeni Borçlar Kanununda düzenlenmese de olur; bu düzenleme orada yapılsın dedik, ama sonra yapılan tar-

tışmalar doğrultusunda, yeni Kanunda, haksız rekabetin, haksız fiil olmaktan çıkarılıp çıkarılmadığı konusunda bir tereddüde meydan vermemek için, yeni Kanunun 57. Maddesinde de, haksız rekabete ilişkin düzenlemenin muhafaza edilmesi uygun bulundu. Zaten, maddenin ikinci fıkrasında, ticarî işler hakkında, haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanacağı konusunda bir yollamada bulunuldu. Sözün kısası, ileride yeni Kanunun 57. Maddesi ile Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin metinleri arasında doğabilecek bir uyum sorununun sorumlusu Komisyonumuz olmayacaktır. Çünkü Borçlar Kanunu Komisyonu olarak, Türk Ticaret Kanununu hazırlayan Komisyon ile ortak çalışma yaparak, uyum sorunlarını gidermeyi önerdik. Bu amaçla, toplantılar yapmaya hazır olduk. Ancak, her nedense, Türk Ticaret Kanununun, Türk Borçlar Kanunundan önce yasalaştırılması arzu ve hevesi, bunun gerçekleşmesini engellemiştir. Bu oturum için ayrılan süreyi, belki de biraz aştık. Bizleri sabırla dinlediğiniz için, şahsım ve arkadaşlarım adına içten teşekkürlerimi sunuyorum.