



Tomur Atagök
Savaş-Sevgi dizisinden

BORÇLAR KANUNU TASARISI GERİ ÇEKİLMELİDİR

Rona SEROZAN*

Son zamanlarda bizde "Hammurabi ya da Justinianus sendromu" olarak tanımlanabilecek bir "kanunname yapma hevesi" uyanmış gözükmemekte. Gerçi demokratik ilkelerle ve özgürlüklerle yakından ilgili Ceza ve Ceza Yargılaması yasaları gibi siyasal boyutlu temel yasaların otoriter içerikleri yüzünden tümüyle yenileştirme girişimleri övgüyü ve desteği hak eder. Ama aynı yargı, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu gibi, Roma'nın köleci üretim sisteminden başlayarak, değişik üretim sistemleri boyunca yüzyıllardır değişmemiş olan genelgeçer alışveriş yasalarını değiştirme girişimleri için savunulamaz. Bu girişimler düpedüz yergiyi ve muhalefeti davet eder.

Avrupa hukuk kültüründe Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu gibi temel alışveriş yasalarının tümüyle yenilenmesine rastlanmaz. Öğretiyle ve uygulamayla bütünleşerek derin kök salmış bu "çınar - kanunnameler" kolay kolay yerlerinden sökülmez; böyle bir girişimin yol açabileceği hukuksal depremlerden korkulur. Olsa olsa, bu gibi çınar - kanunnamelerin kimi dalları budanır; gövdeye küçük aşilar yapılır; işte o kadar! Genelde yeğlenen yol, bu büyük yasalara hiç dokunmaksızın, Kat Mülkiyeti, Konut Kirası, Tüketicinin Korunması, Çevrenin Korunması ve Faizin Sınırlanması gibi konularda özel yasalar çıkarmaktır.

Nitekim Fransa 1804, İsviçre 1881, Almanya da 1900 tarihli yasalarını tüm siyasal rejim değişikliklerine karşın

kökünden değiştirmiş değillerdir; sadece belirli alanlarda ya küçük revizyonlar yapmışlardır ya da ayrı özel yasalar çıkarmışlardır.

Öte yandan dili anlaşırma amacı da bu gibi köklü kanunnameleri baştan aşağı yenileme gerekçesi olamaz. Çünkü bu gibi temel yasaların, ağırdalı da olsalar, sözcükleri binlerce hukukçunun onlarca yıllık çalışmalarıyla özel bir anlam kazanmışlardır. Bu sözcüklerle oynamak yasanın on yıllar boyunca dolmuş yorum yataklarını bir anda boşaltma anlamına gelir. Kaldı ki Tasarıyı kaleme alanların yaptığı gibi, icaba öneri, ariyete kullanma ödöncü, karza da tüketim ödöncü demek, tazminat ile giderim ve cayma ile geri alma deyimlerini gelişigüzel bir arada kullanmak ve bir dizi sözcük yanlışıyla dilbilgisi yanlışını yanlışlamak için de yeni bir yasa çıkarılmaz!

Borçlar Kanununu yeni baştan kaleme alanlar, bu tarihsel ve bilimsel olguları gözden kaçırdıkları gibi, başka bir güncel olguyu da gözden kaçırmışlardır. O da şudur: Eşiğinde beklediğimiz ve Tasarıyı da sözde onun hatırına hazırladığımız Avrupa Birliği şu sıralarda ortak bir Borçlar Kanunu Projesi üstünde çalışmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlayan Komisyon, bırakınız bu önemli Projeyi, Batı'da kolan son reformları ve Uluslararası Sözleşmeleri bile dikkate almamıştır.

Komisyonun yaptığı iş, Avrupa Birliği'ne üye bile olmayan ve sosyal devlet ilkesine alabildiğine uzak duran (grev hakkını bile tanımayan) muhafazakâr İsviçre'nin 1881 tarihli Borçlar Kanunu'nu, bu eski yasanın gerekçelerine bi-



(özel indekslere ve faiz oranlarına) yer verilmez. Olağanüstü ve geçici dönemlere özgü bu gibi sınırlamalar olsa olsa geçici (dönemsel) özel yasalarda yer alır.

Yabancı yasalarda onlarca kuralda düzenlenen "genel işlem şartları"na ilişkin birkaç kuralık düzenleme gerekçede en önemli reform diye sunulmaktadır. Oysa, bu yetersiz düzenlemede, bir kere, "yürürlük denetimi" öngörülürken, yeterince açık olarak kaleme alınmamış olup, saydamlıktan uzak tutulmuş bulunan genel işlem şartlarının Batı'da alışılmış olduğu gibi yürürlükten kesin olarak yoksun kalacağı belirtilmemiştir; bunlar için sadece göstermelik bir "yorum denetimi" öngörülmüştür. Sonra, dürüstlüğe aykırı koşulların geçersiz sayılacağı belirtilmiştir ama hangi koşulların dürüstlüğe aykırı sayılacağı konusunda alışılmış "tadat" (örnek sıralama) yoluna gidilmemiştir. Üstelik hükümsüz sayılan genel işlem şartının yerine müşteriye koruyucu yedek yasa kuralının konmasının gerekeceği de hükme bağlanmamıştır.

Genel işlem şartları konusunda "sosyal espirili" hukukçu maskesini takınanlar, ne gariptir, hemen üç kural sonra, "gabin" (sömürme) olgusunu düzenlerken, anti sosyal yaklaşımın en çarpıcı örneğini sergilemişlerdir. Gerçekten de Tasarıdaki "gabin" kuralı, ancak vahşi kapitalizm dönemine yakışabilecek bir kuraldır. Öngörülen birbirinden anlamsız koşulla ve ayrıksı kısalıkta bir hak düşümü suretiyle, sömürülenin bu kurala dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi veya hakça bir uyarlamayı sağlaması şansı hemen sifirdir.

Komisyonun anti sosyal yaklaşımı, sosyal açıdan güçsüzleştirilen sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılacağı olguların yeterince geniş tutulmasında ve özellikle cismani zararlarla ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarını tümüyle geçersiz sayılmasında bir kez daha uç verir.

Tasarıyı hazırlayanların karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına olduğu kadar sosyal devlet ilkesine de ne denli uzak durduklarının bir başka göstergesi de sözleşmeyi kuma serbestliğini ayrımcılık yasağıyla sınırlayan ve tüm ülkelerde şu sıralarda yasalarda değişiklik yapılmasını zorunlu kılan güncel bir Avrupa Birliği yönergesini göz ardına itmiş olmalarıdır.

Ama Tasarıyı İsviçre Borçlar Yasasından aynen çevirenlerin asıl büyük sosyal ayıbı, işçi hakları alanında Avrupa'da en geri kalmış ülke sayılan İsviçre'nin iş sözleşmesi-ne ilişkin kurallarını da kopyacılık şablonuna sıkıştırılması olmuştur. İşvereni despotik yetkilerle donatan, işçilere aşırı yükümler yükleyen, işyerine bağlı tüm riskleri işçinin sırtına bindiren ve sosyal fesih sınırlamalarını tanımayan bu düzenleme işçilerimize asla reva görülemez.

Bir başka fiyasko da önemli bir buluş diye sunulan "işlem temelinin çökmesi" kuralında göze çarpar. Bu kuralda, köşeye sıkışan borçlunun borcundan sıyrılabilmesi için

le endeksenerek, sözcüğü sözcüğüne yeni baştan Türkçe'ye çevirmek ve bu çeviriye sözde özgün ama aslında anlamsız yüz küsur kuralık bir safra yüklemek olmuştur. Bu kopyacılığın, topluma yabancılaşmanın ve ilkesizliğin savunulacak hiçbir yanı olamaz. Türkiye İsviçre Borçlar Kanunu'nun iktibasını (resepsiyonu) zorunlu kılan 1926'nın olağanüstü savaş koşullarında yaşamakta değildir ki! Bugün ülkede düzeyli ve özgün bir yerli tasarı üretecek siyasal ve sosyal ortam da vardır hukukçu potansiyeli de! Tasarının hazırlanmasında izlenen yöntem de yanlıştır. Sayısı ülkenin Borçlar Hukuku uzmanlarının onda birini bile bulmayan üyelerden oluşan ve aydan aya hafta sonlarında toplanan bir Komisyonun kapalı kapılar arkasında yürüttüğü çalışmanın ürünü konusunda sadece hukukla ilgili kurumlardan, üstelik üç ay içinde görüş bildirmelerinin istenmesi ne bilime saygıyla ne de çağdaş demokrasinin kamuya açıklık (saydamlık) ve katılımçılık istentleriyle bağdaşır.

Tasarının eksikliklerinin ve aksaklıklarının dökümü bir makalenin çerçevesinden taşar; okurun da sabrını taşır. Ayrıntılardaki eksiklikleri ve aksaklıkları bir yana bırakalım; sadece göze batan sivri örnekleri anmakla yetinelim:

Tasarıda, haksız fiilin hukuka aykırılık, zarar ve nedensellik bağı öğeleri bir yasa koyucuya hiç yakışmayan, eşine de hiçbir yasadaki rastlanmayan sakıncalı bir bilgiçlikle tanımlanmıştır. Üstelik bu tanımlarda öğretide azınlıkta kalan şahsiyatçı görüşler ya da çoktan hukuk tarihinin arşivine kalkmış antika kuramlar benimsenmiştir. Dahası var: Hukuka aykırılık tanımlanırken, Medeni Kanun'daki hukuka aykırılık ölçütleri de unutulmuştur.

Faiz oranı ve kira bedeli konusunda yarımsar sayfa tutan yeni kurallar (tıpkı Medeni Kanun'daki trajikomik döviz ipoteği kuralı gibi) gerçek anlamda birer "kara güldürü" oluşturmaktadır. Dünyanın hiçbir Borçlar Kanunu'nda faizlerin ve kiralann hesaplanmasında uyulacak ölçütlere

<http://www.csmuze.ana.dolu.edu.tr/>
Anadolu Üniversitesi
Çağdaş Sanatlar
Müzesi 2004 Yayın
No:1607 sayfa 44

gereksiz sınırlamalar öngörül-
müş, ama asıl gerekli sınırlama
(riskli sözleşmelerde borçtan
sınırlamanın olanaksızlığı) atlan-
mıştır. Daha vahimi: İşlem tem-
elinin çökmesi olgusunun iki
ayağından "aşın ifa güçlüğüne
düşülmesi" ayağı ele alınmış,
ama "sözleşmeyle izlenen ama-
cın boşa çıkması" ayağı gözden
kaçırılmıştır.

Çarpıcı bir eksiklik de şudur:
İşlem temelini çökebileceğini
akla getirenler, aymazlık edip,
sürekli sözleşme ilişkilerinde
haklı nedenle fesih yetkisini ge-
nel bir kurala bağlamayı savsak-
lamışlardır. Oysa işlem temeli-
nin çökmesi kavramının koluna
ilk takılan kavram sürekli sözleş-
me ilişkisinin haklı nedenle feshi
kavramıdır.

Tasannın en fazla göze batan çapsizliği ve çarpıklığı za-
man aşımı konusundadır. Zaman aşımı süreleri belirlenir-
ken, "kişi varlığı zararlarının" ve nitelikleri gereği çok geç
ortaya çıkan (yapılanın depreme dayanıksızlığına bağlı za-
rarlar soyundan) "gizli zararların" giderimi istemi için bir
ayrıcılık (süre uzatması) tanınacak yerde, tüm istemler
için "on yıllık", ama haksız fiilden doğan tüm zararların gi-
derimi istemi için her nedense "yirmi yıllık" bir zaman aşım-
ı öngörülmüştür. Bu tutarsız düzenleme, ortaya, benze-
rine hiçbir ülkede rastlanmayan ve taleplerin yarışmasın-
da ciddi sorunlar yaratabilecek olan çapsiz ve çarpık bir
zaman aşımı tablosu çıkarmıştır.

Taleplerin yarışmasında yargıcın davacı için en elverişli
talep temelini seçeceği kurala bağlanırken, talep temelle-
rinin her zaman birbirinden bağımsız (yalıtılmış) olmaya-
bilecekleri, çoğu zaman birbirlerine kenetlenebilecekleri
ve birbirlerini etkileyebilecekleri gözden kaçırılmıştır. Bu
gibi durumlarda yargıcın davacı için daha elverişli talep
temelini seçip ayırması olanağı bulunmaz ki!

Tasarıyı kaleme alanların ifa engelleri alanındaki dalgın-
lıkları ilginçtir: Bir kere, Avrupa Birliği'nin ödemeleri ça-
buklaştırmak üzere para borçlarının ifasında ihtarsız di-
renme olgularını genişletme yönüyle gözden kaçırılmış-
tır.

Sonra, satımda hasarın alıcıya geçeceği kritik an ileriye
(malın alıcıya devrine) kaydırılırken, yollanacak borçta ha-
sarı (olsa olsa tüketici yararına bir ayrıntı saklı tutularak)
daha taşıyıcıya teslim anında geçeceği kuralı unutulmuş-
tur.

Günümüzde tüm yeni yasalarda ve uluslar arası sözleş-
melerde ifa engelleri arasında baştan – sonradan ve ob-
jektif – sübjektif imkansızlık ayrımı yapılmadığı gibi, imkan-
sızlık – temerrüt - kötü ifa ayrımcılığı da yapılmaz; tutar-
sızlığa ve adaletsizliğe yol açan bu yapay dogmatik ayrım-
cılıklar aşılır ve tüm ifa engelleri ve bu bağlamda ayıplı ifa
da ilk ağızda "sözleşme ihlali" (breach of contract) pota-
sında toplanır. Tasarıyı hazırlayanlar bu yeni eğilimden de
habersiz gözükmediler.

Artık hiçbir çağdaş yasada ifa engellerinin odak nokta-
sını oluşturmayan imkansızlık kavramı Tasarıda hala ifa
engellerinin temel kavramını oluşturmaktadır. Üstelik im-
kansızlık konusunda kendiliğinden anlaşılabilir "belit"

**Eşiğinde beklediğimiz ve
Tasarıyı da sözde onun hatırına
hazırladığımız Avrupa Birliği, şu
sıralarda ortak bir Borçlar
Kanunu Projesi üstünde
çalışmaktadır.
Türk Borçlar Kanunu Tasarısını
hazırlayan Komisyon, bırakınız
bu önemli Projeyi, Batı'da
kotarılan son reformları ve
Uluslararası Sözleşmeleri bile
dikkate almamıştır**

(mütearife) niteliğinde yersiz ve
yalan bir dizi yanlış kural kon-
muştur da, imkansızlık sonrası
sözleşmesel tasfiye (iade) ilişki-
siyle ve bu arada ifası imkansız
hale gelen edimin yerini tutan si-
gorta tazminatı benzeri "kaim
değerler" ile ilgili herhangi bir
kurala yer verilmemiştir.

Öte yandan, sözleşmeden
dönme üzerine oluşan tasfiye
ilişkisinde de hasar ve sorumlu-
luk sorunları büsbütün çözümlen-
süz bırakılmıştır. Oysa bu sorun-
lar yıllardır uygulamanın ve öğret-
tinin başını ağrıtmaktadır.

Sözleşmeden dönmeye ekle-
necek tazminat, Tasarıda hala
"hükümsüzlükten doğan olum-
suz zararın giderimi" olarak algı-
lanmaktadır. Bu saplantı Batı'da
ve bizde çoktan aşılmıştır. Bugün

artık dünyanın her yerinde sözleşmeden dönmeye eksik-
siz ifa etmeme tazminatı eşlik etmektedir.

Sözleşmeden dönme hakkının sürekli edimli sözleşme-
lerde kullanılamayacağı belirtilmiştir. Oysa sürekli sözleş-
me ilişkilerinde kullanılamayacak olan hak, salt dönme
hakkı değil, evvelce yerine getirilmiş edimlerin iadesine
yol açabilecek tüm yenilik doğuran haklardır; hatta tüm
hükümsüzlüklerdir.

Tehlikeli işletmeden ötürü kusursuz sorumluluk, sakin-
calı bir yaklaşımla, herhangi bir sınır getirilmeksizin öngö-
rülmiştir de bir başka kusursuz sorumluluk kaynağını
oluşturan fedakarlığın denkleştirilmesi sorumluluğu büs-
bütün unutulmuştur.

Ama unutulmuş olması daha da ağır sonuçlar doğura-
cak olan sorumluluklar, yaratılan güvenden ötürü sorumlu-
luluk ile edim yükümlerinden bağımsız davranış yükümlerine
ayrıklıktan ötürü sorumluluktur. Bu sorumluluklar
günümüzde uygulaması en zengin sorumluluklardır.

Garip ama gerçek: İsviçreli tarafından Borçlar Kanu-
nu'nda düzenlenmesi yersiz bulunan pazarlamaçılık sözleş-
mesine İsviçre'den intihal furçasında toplam on iki ku-
ral ayrılmıştır da günümüzün en fazla uygulanan ve uyuş-
mazlık yaratan sözleşmelerinden elektronik sözleşmelere
ve turistik gezi sözleşmelerine Tasarıda hiç yer verilme-
miştir.

Ceza Kanununun yürürlüğü öngününde yaşanan karga-
şa, bu yetersiz Tasarıyı yasalaştırmayı tasarlayanlara ders
olmalıdır. Borçlar Hukuku alanındaki güncel gelişmelere
gözlerini kapayan ve "Türk" sıfatından çok "İsviçre kop-
yası" sıfatının yakışacağı bu Borçlar Kanunu Tasarısı bir an
önce geri çekilmelidir. Yalapaşalapa hazırlanmış ve yalan
yanlış kurallarla doldurulmuş bu Tasarı bizi dışarda küçük
düşürür; içeride de büyük zorluklarla karşı karşıya bırakır.
Tasarıya emek harcayanların bu emeklerine karşı saygı
beklemeleri onların en doğal hakkıdır. Ama emeği harca-
yanların emeklerinin ürününe kendi özel kişisel oyuncakları
gibi dört elle sarılmayıp, ona özeleştirici oklarını
yönelmelerini beklemek de bu yüzden en fazla et-
kilenecek olan yurttaşların en doğal hakkıdır.