

TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARINDA VEKÂLET SÖZLEŞMESİNE, HAVALEYE, KEFALET VE ÂDİ ORTAKLIK SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN OLARAK YAPILMASI ÖNGÖRÜLEN YENİLİK VE DEĞİŞİKLİKLER

*Nezhat KOÇ**

ÖZET

Bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile, vekâlet sözleşmesine (m.502-514), havaleye (m.555-560), kefalet sözleşmesine (m.581-603) ve âdi ortaklık sözleşmesine (m.620-645) ilişkin olarak yapılması öngörülen yenilik ve değişiklikler hakkında okuyuculara bilgi verilmesi amaçlanmıştır.

***Anahtar kelimeler:** Özel hükümler, vekâlet sözleşmesi, havale, kefalet sözleşmesi, âdi ortaklık sözleşmesi.*

ALTERNATIONS TO BE MADE BY THE DRAFT TURKISH CODE OF OBLIGATIONS ON MANDATE CONTRACT, ASSIGNMENT, SURETY CONTRACT AND ORDINARY PARTNERSHIP CONTRACT

ABSTRACT

In this study, alternations to be made by the Draft Turkish Code of Obligations on special provisions (art. 502-514; 555-560; 581-603; 620-645) are aimed to be explained to the reader.

***Keywords:** Special provisions, mandate contract, assignment, surety contract, ordinary partnership contract .*

* Prof.Dr., Türk Borçlar Kanunu Komisyonu Başkanı ve İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Giriş

23.01.2008 tarihinde, Hükûmet Tasarısı olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilmiş olup, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda bazı değişikliklerle kabul edilmiş bulunan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, çok yakın bir gelecekte Meclis Genel Kurulunda görüşülmesine başlanması beklenmektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda kabul edilen metnine göre, Tasarının İkinci Bölümünde yer verilen vekâlet sözleşmesine (m.502-514), havaleye (m.555-560), kefalet sözleşmesine (m.581-603) ve âdi ortaklık sözleşmesine (m.620-645) ilişkin olarak, 818 sayılı Borçlar Kanununa göre, hangi yenilik ve değişikliklerin yapılmasının öngörüldüğü, bu çalışmamızda açıklanacaktır. Ancak, bu konulara ilişkin açıklamalarımız, yenilik ve değişiklik yapılması öngörülen hükümlerle sınırlı olacaktır. Yenilik sözcüğü ile, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmediği hâlde, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yer verilen hükümler; değişiklik sözcüğü ile de, 818 sayılı Borçlar Kanunundakinden daha farklı veya hüküm farklılığı sonucunu doğurmamakla birlikte, özellikle teorik esaslara daha uygun görüldüğü için ifade biçimi değiştirilen ya da düzeltilen hükümler kastedilmektedir.

Çalışmamızın sonuna, ele alınan Tasarı maddeleri ile 818 sayılı Borçlar Kanunu maddelerinin karşılaştırmalı bir listesi eklenmiştir. Tasarıda ilk kez yer verildiği hâlde, yürürlükteki Kanunda karşılığı bulunmayan maddeler, listede (-) işareti ile gösterilmiştir.

I. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilikler

MADDE 504 - 818 sayılı Borçlar Kanununun 388 inci maddesinin son fıkrasında sayılan ve vekilin özel yetkisini gerektiren işlemler arasında “kefil olamaz.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmediği hâlde, Tasarının 581 ve devamı maddelerinde düzenlenen kefalet sözleşmesine ilişkin yeni hükümler göz önünde tutularak, bu ibare yanında, “iflâs, iflâsın ertelenmesi ve konkordato talep edemez.” ibaresi de, Tasarının 504 üncü maddesinin son fıkrası metnine eklenmiştir. Ancak, Tasarıda “talep edemez.” sözcüğü yerine, “istememez.” sözcüğünün kullanıldığı, Adalet Komisyonunda yapılan düzenleme sırasında gözden kaçmıştır.

MADDE 506- 818 sayılı Borçlar Kanununun 390 inci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ve vekilin sorumluluğunun genel olarak işinin sorumluluğuna tâbi olduğuna ilişkin düzenleme Tasarı metnine alınmamış; bunun yerine, Tasarının 506 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, vekilin vekâlet söz-

leşmesinden doğan sorumluluğuna özgü bir düzenleme yapılması daha doğru görülmüştür.

Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 390 uncu maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkırada, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır.

II. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Havaleye İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilikler

818 sayılı Borçlar Kanununun 457 nci maddesiyle başlayan “On Sekizinci Bap / Havale” şeklindeki üst başlık, Tasarıda “Onüçüncü Bölüm / Havale” şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanununun On Sekizinci Babında kullanılan “muhiil” terimi, Tasarının Onüçüncü Bölümünde “havale eden”; “muhalünaleyh” terimi, “havale ödeyicisi” ve “muhalünleh” terimi ise “havale alıcısı” şeklinde ifade edilmiştir.

MADDE 555- 818 sayılı Borçlar Kanununun 457 nci maddesinde havalenin bir “akit” olarak nitelendirilmesi, teknik bakımdan hatalı bulunduğu için, Tasarıda yapılan tanımda havalenin bir “hukukî işlem” olduğu belirtilmiştir. Gerçekten, havale bir sözleşme olmayıp, çifte yetkilendirme içeren bir hukukî işlemdir.

III. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilikler

MADDE 581- 818 sayılı Borçlar Kanununun 483 üncü maddesinde kullanılan “... borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.” şeklindeki ibare, Tasarıda “borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, kefalet sözleşmesinin yasal tanımına ilişkin yanlışlıklar düzeltilmiştir. Gerçekten, kefalet sözleşmesinin konusunu sadece sözleşmeden doğan borçlar değil, kaynağı ne olursa olsun, bütün borçlar oluşturabilir. Ayrıca, öğretide hâkim olan görüş, kefilin, alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, bunun aynen ifasını değil, tazminat ödemeyi üstlendiğini kabul etmektedir.

MADDE 582- Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre: “Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.”

MADDE 583- Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına, kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın ve kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmiş olmasına bağlanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 484 üncü maddesinde yapılan düzenlemeden farklı olarak, kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmesi, geçerlilik koşulu hâline getirilmiştir. Çünkü, Tasarının 589 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen hüküm uyarınca kefil, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Belirtilen hükmün uygulanabilmesi ve Tasarının 600 üncü maddesinde öngörülen süreli kefaletin sonunun belirlenebilmesi bakımından, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihin, sözleşmeden açıkça anlaşılması şarttır.

Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu cümlede, kefilin, bazı unsurları kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu hususlar açıklanmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu azamî miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise, müteselsil kefil sıfatının veya bu anlama gelen herhangi bir ifadenin yer alması gerekmektedir.

Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre, kefil, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verecekse ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunacaksa, aynı şekil koşullarına uymak zorundadır. Aynı fıkranın son cümlesinde tarafların, yazılı şekle uyarak, kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilecekleri öngörülmüştür.

Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 484 üncü maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin, kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılması da geçerlilik koşulu olarak kabul edilmiştir.

MADDE 584- 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “III. Eşin rızası” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının iki fıkradan oluşan 584 üncü maddesinde, kefalette eşin rızası düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Ancak, fıkrada bu kuralın iki istisnasına yer verilmiştir. Birinci istisna, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olması, ikincisi

eşlerden birinin yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olmasıdır. Söz konusu istisnalardan birinin varlığı durumunda, eşin rızası aranmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, eşin rızasının aranmadığı diğer bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre, 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 kefilin eşinin rızası aranmayacaktır.

MADDE 585- Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 486 ncı maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, âdi kefalette alacaklının borçluya başvurmadıkça, doğrudan doğruya kefil takip edemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Fıkra, 818 sayılı Borçlar Kanununun 486 ncı maddesine benzer bir içeriğe sahip olmakla birlikte, bu fıkra, “iflâsına karar verilmesi” yanında “borçluya konkordato mehli verilmiş olması” durumu da eklenmiştir.

Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanununun 486 ncı maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, Tasarıda alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği hâller, dört bent hâlinde sayılmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkraya göre, sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilecektir. Ancak, fıkraya eklenen ikinci cümle ile, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, kefilin korunması ilkesinden hareketle, sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğunun kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Böylece, sadece açığın kapatılması için kefalet özgü, ayrık bir düzenleme olmak üzere, sözleşmede öngörülmesi koşuluyla, fıkra da belirtilen durumlarda, kefile, alacaklıya karşı, öğretide kullanılan terimle, “tartışma def’i” ya da “peşin dava def’i” ileri sürme olanağı sağlanmıştır.

Maddenin son fıkrasının nisbî emredici nitelikte olması dışında, birinci ve ikinci fıkralarının mutlak emredici nitelikte hükümler içermesi, kefilin korunması ilkesine daha uygun görüldüğü için, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 495 inci maddesinin son fıkrasındaki “Aksine anlaşmalar saklıdır.” şeklindeki hüküm, Tasarı metnine alınmamıştır.

MADDE 586- Maddenin birinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 487 nci maddesinin birinci fıkrasıyla benzer içeriğe sahip olmakla birlikte, bu maddede kullanılan “müşterek müteselsil borçlu” şeklindeki ibare, müteselsil kefalet ile müteselsil borçlunun farklı hukukî müesseseler olduğu göz önünde tutularak, Tasarı metnine alınmamıştır. Fıkra yapılarındaki diğer önemli bir değişikliğe göre de, alacaklı borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden önce de doğrudan doğruya müteselsil kefile başvurabilecek; ancak, bunun için, borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması aranacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, alacaklı rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz. Yine aynı fıkraya göre, alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağından önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya bunun anlaşmayla öngörülmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde alacaklı, rehni paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurabilecektir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 487 nci maddesinin ikinci fıkrası ise, Tasarının yeni sistematik yapısı karşısında gereksiz görülerek Tasarıya alınmamıştır.

MADDE 589- 818 sayılı Borçlar Kanununun 490 ıncı maddesinde, kefilin sorumluluğunun kapsamı üç fıkra hâlinde kaleme alındığı hâlde, bu üç fıkra, Tasarının 589 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 499 uncu maddesinin ikinci fıkrası da göz önünde tutularak, üç bent hâlinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanununun 490 ıncı maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, kaynak Kanunda olduğu gibi, Tasarının 589 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (2) numaralı bendine “... ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar” ve (3) numaralı bendine ise “... işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.” şeklindeki ibareler eklenmiştir. Bu düzenlemenin emredici nitelikte olmadığı, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 499 uncu maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa” şeklindeki ibareye yer verilerek suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Maddenin birinci fıkrası ise, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 499 uncu maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi, kefil her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumlu olacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkra, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 499 uncu maddesinin son fıkrasında olduğu gibi, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefilin, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacağı belirtilmektedir.

Maddenin son fıkrası da, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan da farklı olan, yeni bir hükümdür. Fıkra ile, kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olacağı kabul edilerek, kefilin borcunun fer'îlik niteliğine uygun bir düzenleme yapılmıştır.

MADDE 590- Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre, bütün kefalet türlerinde kefilin aynî güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınmaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebileceği belirtilmiştir.

Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkra, yerleşim yeri yabancı ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefilin, takibe bu sebeple itiraz edebileceği kabul edilmiştir. Bu yeni düzenleme ile, kefilin borcunun fer'î nitelikte olmasına uygun olarak, sorumluluğunun da borçlunun sorumluluğundan daha ağır olmaması gerektiği esası gözetilmiştir.

MADDE 591- Maddenin üçüncü fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 497 nci maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak kefilin, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, kural olarak rücu hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna karşılık, asıl borçlunun, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi hâlinde kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı borcun ödenmesinden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybedecektir.

Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu fıkra, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 502 nci maddesinin son fıkrasında olduğu gibi, kumar veya bahisten doğan bir borca kefalet hâlinde, kefilin, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebileceği öngörülmüştür.

MADDE 597- Maddenin son fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 498 inci maddesinden farklı olarak, kefilin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklı tutulmuştur. Bu farklılığın sebebi, kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirme yükünü ihmal ettiği için, asıl borçlu tarafından aynı borcun ikinci kez ifa edilmesi sonucunda sebepsiz zenginleşen alacaklıya karşı, ödediği miktarı geri istemekle karşı karşıya bırakılması gereken kişinin asıl borçlu değil, kefil olduğunun kabul edilmesidir.

MADDE 598- Maddenin üçüncü fıkrasında, bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağı belirtilmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında, kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefilin ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebileceği kabul edilmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise, 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 uzatılabileceği öngörülmüştür.

MADDE 600- 818 sayılı Borçlar Kanununun 493 üncü maddesi ile kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, süreli kefaletin, sürenin geçmesiyle kefilin sürenin sonunda borcundan kurtulacağı belirtilmiştir. Böylece, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sürenin geçmesi kefalet sözleşmesinde de mutlak bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir. Kefaletin süreli yapılması, alacaklı ile kefil arasında gerçekleşmiş bir anlaşma sonucu olduğundan, bu şekilde sona ermenin kabulünde alacaklının iradesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Üstelik, kefalet sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve kefil bu sözleşmeyle karşı bir edim elde etmeksizin borç altına girmektedir. (Bununla birlikte, öğretilerde istisnâ bazı durumlarda¹ kefalet sözleşmesinin, karşılıklı (tam iki tarafa borç

¹ Meselâ, kefil olması karşılığında, alacaklının kefile kredi verme taahhüdünde bulunması gibi. Kanaatimizce, kredi açma sözleşmesi, tipik (isimli) bir sözleşme olmadığı için, kefalet sözleşmesi yapılmasının, ancak bir saikini oluşturabilir. Alacaklı ile kefil arasında yapılan kredi açma sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi, bağımsızlıklarını koruyan iki ayrı sözleşme niteliğindedir. Bu nedenle, kefalet sözleşmesinin, her durumda tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Kredi açma sözleşmesinin, isimli sözleşme niteliğinde olmadığı kabul edildiği takdirde, bu sözleşme ile kefalet sözleşmesinin, birleşik sözleşme veya karma sözleşme olarak bir arada bulunamayacağı sonucuna varılmalıdır. Bu çalışmanın amacı, kefalet sözleşme-sinin hukukî niteliğinin açıklanması olmamakla birlikte,

yükleyen) bir sözleşme niteliği kazanabileceği ileri sürülmektedir.) Bu durumda, karşıt iki menfaatten kefilinkinin korunmasının yeğlenmesi gerektiği için, madde bu şekilde düzenlenmiştir.

MADDE 601- Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 494 üncü maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmiştir. Buna göre, asıl borcun muaccel olması koşuluyla, âdi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde kefil, alacaklıyı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda istemde bulunabilecektir. Böylece, diğer süreli olmayan sözleşmelere benzer biçimde, kefilin, açıklanan yolu izleyerek kefalet sözleşmesini sona erdirebileceği kabul edilmiştir.

MADDE 603- 818 sayılı Borçlar Kanunu ile kaynak İsviçre Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “E. Uygulama alanı” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının tek fıkradan oluşan 603 üncü maddesinde, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir.

Maddede, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi. Madde ile, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.

V. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Âdi Ortaklık Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilikler

818 sayılı Borçlar Kanununda “Yirmi Üçüncü Bap / Âdi Şirket” şeklindeki üst başlık, Tasarıda “Onsekizinci Bölüm / Âdi Ortaklık Sözleşmesi” şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununda kullanılan “şirket” terimi, Tasarının 620 ilâ 645 inci maddelerinde “ortaklık” şeklinde ifade edilmiştir.

MADDE 620- 818 sayılı Borçlar Kanununun 520 nci maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “Ticaret Kanununda” şeklindeki dar kapsamlı ibare yerine, Tasarının 620 nci maddesinin ikinci fıkrasında “kanunla” ibaresi kullanılmıştır.

Tasarının 600 üncü maddesinin gerekçesine, parantez içine alınarak, tarafımızdan eklenen ibareyi göz önünde tutularak, kısaca böyle bir değerlendirme yapılması yararlı görülmüştür.

MADDE 627 Maddenin son fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 527 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinden farklı olarak, yükümlü olmadığı hâlde ortaklık işleri için emek sarfetmiş olan bir ortağın, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

MADDE 633- 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “2. Ortaklıktan çıkma ve çıkarılma / a. Genel olarak” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının tek fıkradan oluşan 633 üncü maddesinde, ortaklıktan çıkma ve çıkarılma düzenlenmektedir.

Maddeye göre, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm bulunması koşuluyla, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleştiği takdirde ilgili ortağın veya temsilcisinin ya da ölen ortağın mirasçısının ortaklıktan çıkabileceği veya diğer ortaklar tarafından, yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabileceği belirtilmektedir:

1. Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması,
2. Kısıtlanması,
3. İflâsı,
4. Tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi,
5. Ölmesi.

Böylece, âdi ortaklıktan çıkma ve çıkarılma konusundaki önemli bir ihtiyacın giderilmesine yönelik çağdaş bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin amacı, ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılmak istediği veya ortaklıktan ayrılmasını gerektirecek yasal bir durum ortaya çıktığı takdirde, diğer ortaklara, ortaklığın sürdürülmesi konusunda, henüz ortaklığın kurulması aşamasında irade açıklamasında bulunma olanağını vermek ve bu suretle işleyen bir ortaklık sisteminin sona ermesini önlemektir. Ayrıca bu düzenleme, ölen ortağın mirasçılarıyla ortaklığı sürdürmek istemeyen diğer ortakları, ortaklığı tasfiye edip, yeni bir ortaklık kurma zahmetinden de kurtaracaktır.

Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 736 ve 737 nci maddeleri göz önünde tutulmuştur.

MADDE 634- 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “b. Ortaklık payının tasfiyesi” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının üç fıkradan oluşan 634 üncü maddesinde, çıkan ya da çıkarılan ortağın ortaklık payının tasfiyesi düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında, bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payının diğer ortaklara, ortaklıktaki payları oranında kendiliğinden geçeceği belirtilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü olacaklar; ayrıca, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtarmak suretiyle, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı

ödenmesi gereken tasfiye payını da ödeyeceklerdir. Bu durumda, fıkrada kullanılan “ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı” şeklindeki ibare karşısında, tasfiye usulüne ilişkin

Tasarının 644 üncü maddesinin göz önünde tutulması gerektiği açıktır. Buna karşılık, ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarma yerine, kendisine bir güvence verebileceklerdir.

Maddenin son fıkrasında ise, çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payının, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, malî işlerde uzman bir kişiye hesaplattırılacağı ve tarafların uzman kişi üzerinde anlaşmamaları durumunda bu kişinin, hâkim tarafından atanacağı öngörülmektedir.

Maddenin düzenlenmesinde Alman Medenî Kanununun (BGB) 738 inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

MADDE 635- 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “c. Malvarlığının yetersizliği” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının tek fıkradan oluşan 635 inci maddesinde, ortaklık malvarlığının yetersizliği düzenlenmektedir.

Maddeye göre, ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte, ortaklığın malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmediği takdirde, çıkan veya çıkarılan ortak, payına düşen borç tutarını, zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde, diğer ortaklara ödemekle yükümlüdür.

Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 739 uncu maddesi göz önünde tutulmuştur.

MADDE 636- 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “d. Tamamlanmamış işler” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının iki fıkradan oluşan 636 ncı maddesinde, tamamlanmamış işlerde çıkan veya çıkarılan ortağın durumu düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, çıkan veya çıkarılan ortak, ortak olduğu dönemde henüz sonuçlanmamış işlerden doğan kâra veya zarara katılacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, ortaklık sıfatı sona eren kişinin, o hesap yılı sonu itibarıyla, tamamlanmış olan işler sebebiyle varsa ortaklıktan kendisine düşecek kâr payının ödenmesini; devam eden işler hakkında da gerekli bilginin verilmesini isteyebileceği belirtilmektedir.

Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 740 ıncı maddesi göz önünde tutulmuştur.

MADDE 637- Maddenin son fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 533 üncü maddesinden farklı olarak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin geçerliliği, bu yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması koşullarına bağlanmıştır.

MADDE 644- Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre: “Ortaklar, tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi atayabilirler. Bu konuda anlaşamamaları hâlinde ortaklardan her biri, tasfiye görevlisinin hâkim tarafından atanması isteminde bulunabilir.”

Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkroda, tasfiye görevlisine ödenecek ücretin, sözleşmede buna ilişkin bir hüküm veya ortaklarca oybirliğiyle verilmiş bir karar yoksa, tasfiyenin gerektirdiği emek ve ortaklık malvarlığının geliri göz önünde tutularak, ortaklık malvarlığından, buna imkân bulunamazsa, ortaklardan müteselsilen karşılanacağı belirtilmektedir. Tasfiye görevlisine ödenecek ücret konusunda, sözleşmede bir hükmün veya ortaklarca oybirliğiyle verilmiş bir kararın bulunması durumunda, ücretin bu hükme ya da karara göre ödenmesi gerektiğinde bir duraksama yoktur.

Maddenin son fıkrası da, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkroda, tasfiye usulüne ve tasfiye sonucunda her bir ortağa dağıtılacak paya ilişkin olarak doğabilecek uyuşmazlıkların, ilgililerin istemi üzerine hâkim tarafından çözüme bağlanacağı öngörülmektedir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Maddeleri	818 sayılı Borçlar Kanunu Maddeleri
<i>Vekâlet Sözleşmesi</i>	<i>Vekâlet Sözleşmesi</i>
502	386
503	387
504	388
505	389
506	390
507	391
508	392
509	393
510	394
511	395
512	396
513	397
514	398
<i>Havale</i>	<i>Havale</i>
555	457
556	458
557	459
558	460
559	461
560	462
<i>Kefalet sözleşmesi</i>	<i>Kefalet sözleşmesi</i>
483	581
484	583
485	582
486	585
487	586
488	587
489	588
490	589
491	590
492	598
493	600
494	601
495	602
-	603
<i>Âdi Ortaklık Sözleşmesi</i>	<i>Âdi Ortaklık Sözleşmesi</i>
620	520
621	521
622	522
623	523
624	524

625	525
626	526
627	527
628	528
629	529
630	530
631	531
632	532
633	-
634	-
635	-
636	-
637	533
638	534
639	535
640	536
641	537
642	538
643	539
644	540
645	541

nevzat@iticu.edu.tr