

# TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞÜ

Yard. Doç. Dr. Başak Baysal\*

## GİRİŞ

6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun<sup>1</sup> (TBK Yür. Uyg. K), yine bu kanunun 11. maddesi uyarınca 1/7/2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan (m. 11) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>2</sup>(TBK) yürürlüğü ile ilgili ilkeler belirlenmiştir. TBK'nın yürürlüğe girmesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK), (TBK m. 647) ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK), (TBK Yür. Uyg. K. m. 10) yürürlükten kalkacaktır.

On iki maddelik bu kanun diğer tüm yürürlük kanunları gibi sadece ilkeleri belirlemekle yetinmiştir. Bir kanunun yürürlüğüne ilişkin hükümler ilk bakışta, bu kanunun yürürlüğü ile ilgili çözüm getirmiş gibi görünür. Ancak bununla birlikte durum çok daha teknik ve karmaşıktır. Yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte her zaman somut olaylara yönelik birçok olasılık akla gelir. Uygulamada da en çok tartışılan, endişe yaratan ve merakla beklenen konu eski kanun zamanında ortaya çıkmış ve süregelmekte olan hukuki işlemlere yeni kanunun etkisinin ne yönde olacağıdır.

Bir yürürlük kanununda olası her sorunun düşünülüp, her birinin kazuistik bir yöntemle ayrı ayrı çözüme kavuşturulması neredeyse imkânsızdır. Nitekim bu şekilde yapılacak bir düzenlenme, yürürlük kanununun, ilgili kanunun kendisinden daha fazla hüküm içermesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple yürürlük kanunlarında, kanun koyucu genelde yürürlük ile ilgili ilkeleri belirlemekle yetinir. Bu ilkeler olası yürürlük sorunları bakımından bir formül içerir. Ancak bu formülün tutarlı bir şekilde uygulanması ve hukuk güvenliğini sarsıcı bir uygulamaya yol açmaması için iyi bir şekilde aktarılması gereklidir. Bunun yapılmadığı durumlarda yürürlük hukukunun ana ilkeleri ışığında hükümlerin yorumu daha da önemli hâle gelir.

---

\* İstanbul Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. zbbaysal@istanbul.edu.tr. Bu makalenin temelini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 3 Aralık 2011 tarihinde düzenlenen "Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi- Medeni Hukuk Toplantıları" kapsamında verilen "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulanması Şekli Hakkında Kanun" başlıklı tebliğ oluşturmaktadır. Tebliği makaleye çevirme aşamasındaki destekleri için değerli arkadaşlarım Ar. Gör. Tülay Aydın Ünver'e ve Ar. Gör. Cüneyt Süzal'e teşekkür ederim.

<sup>1</sup> RG 04.02.2011/27836.

<sup>2</sup> RG 04.02.2011/27836.

Konuğu somutlaştırmak için TBK yürürlüğe girdiğinde doğabilecek bazı yürürlük hukuku sorunları örnek verilerek açıklanmaya çalışılacaktır: 1/6/2012 tarihinde, BK yürürlükte iken kurulmuş bir satış sözleşmesi sonucu satıcı malı teslim etme borcu altına girmiştir; satıcının teslim borcunu ifa etmesi için sözleşmede öngörülen vade tarihi ise TBK'nın artık yürürlükte olduğu bir tarih olan 1/12/2012'dir. Satıcı borcunu bu tarihte ifa etmemiş ve temerrüde düşmüştür. Satıcının temerrüdüne ilişkin hangi hükümler (BK ya da TBK) uygulanacaktır?

Diğer bir örnek ise, TBK m. 347 ile ilgili verilebilir. Çok tartışma yaratan bu hükümle artık kiraya veren, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarında, *on 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 verebilecektir<sup>3</sup>. Bu hükümle getirilen, kiraya verenin on yıllık uzama süresinin sonunda herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verme hakkı hangi sözleşmeler bakımından geçerli olacaktır? TBK yürürlüğe girmeden önce kurulmuş kira sözleşmeleri bakımından da uygulanacak mıdır?

TBK'da önemli değişikliklerin yapıldığı kefalet sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin de yürürlük sorunları akla gelmektedir. TBK m. 584 hükmünde bundan böyle eşlerden birinin ancak diğer eşin rızası ile kefil olabileceği öngörülmüştür<sup>4</sup>. Dolayısıyla TBK ile birlikte, kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için artık eşin rızası aranacaktır. TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce eşinden rıza almamış olan kefiller bakımından TBK'nın yürürlüğe girmesi ile bu sözleşmeler geçersiz hâle mi gelecektir? Yoksa söz konusu kefalet sözleşmeleri bakımından sonradan eşin rızası mı aranacaktır?

Bu sorulara ilişkin liste daha da uzatılabilir. Bu çalışmada amaçlanan yürürlük hukuku ilkeleri ışığında, kanun koyucunun getirdiği yürürlük kuralarını yorumlayıp, yukarıda örneklendirilen tarzda sorunlarla karşılaşıldığında uygulanacak yeknesak formlere ulaşmaktır. Bunun hukuk güvenliği bakımından ne derece önemli olduğu açıktır. TBK Yür. Uyg. K.'nda getirilen hükümlerin bu amaçla değerlendirilebilmesi ve uygulamada doğacak yürürlük sorunlarına nasıl uygulanacağını belirlenebilmesi için öncelikle kanunun yasalaşma sürecinden ve bu süreçte geçirdiği değişikliklerden de kısaca bahsetmek gerekmektedir.

### **I. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanması Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve Tasarının Yasalaşmasından Önce Yapılan Değişiklikler**

TBK Yür. Uyg. K. Tasarısı'nın 28/1/2009 tarihinde TBMM'ye gönderilen halinde, ikinci bölümde "özel durumlara ilişkin hükümler" başlığı altında düzenlenen altı hüküm bulunmaktaydı<sup>5</sup>. Tasarının Adalet Komisyonuna hava-

<sup>3</sup> TBK m. 347 ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuk Dersleri (Özel Hükümler), 9. Baskı, İstanbul, 2011, s. 288 vd.; **Gümüş**, Alper Mustafa, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, (TBK m. 299-356), İstanbul, 2011, s. 316 vd. Ayrıca bkz. TBK Yür. Uyg. K. geçici madde 2.

<sup>4</sup> **Yavuz**, s. 673.

<sup>5</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0674.pdf>.

lesinden sonra yapılan müzakereler sonucu bu bölüm metinden çıkartılmıştır ve Tasarı Adalet Komisyonu Raporu'nda belirtilen görüşler doğrultusunda değiştirilip yasalaşmıştır<sup>6</sup>.

Adalet Komisyonu Raporu'nda yukarıda anılan hükümlerin değişikliğinin gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir: “*Yoğun müzakerelerden sonra, söz konusu bölüm içindeki “Genel işlem koşulları” başlıklı 7 nci, “Kısmi ödemeli satışlar” başlıklı 8 inci, “Kira sözleşmesi” başlıklı 9 uncu, “Hizmet sözleşmeleri” başlıklı 10 uncu, “Kefalet sözleşmesi” başlıklı 11 inci maddeleri, Hükümetin de katıldığı ortak gerekçeli önergeler doğrultusunda Tasarı metninden çıkarılmıştır. Önerge gerekçeleri aynen şöyledir: “Borçlar Kanununun zaman bakımından yürürlüğü, bu Tasarının ilk maddelerinde düzenlenmiştir. Uygulama, temel kanunda yer alan hangi hükmün hangi tarihteki olay ve işlemlere uygulanacağını, belirtilen maddeler ve intikal hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde belirleyebilecektir. Öte yandan tipler esas alınarak tümsel bir etki geriye tanınmasının Yargıtay görüşünde de ortaya konulduğu üzere sözleşme özgürlüğü (Anayasa md. 48.) yönünden sorunlu olduğu açıktır. Belirtilen nedenlerle hükmün metinden çıkarılması gerekir.”*

Adalet Komisyonu Raporu gerekçesinden, kanun koyucunun sadece genel ilkeleri belirlemek istediği, yürürlük hukuku sorunlarının sözleşme tipleri

<sup>6</sup> Değişiklikten önce TBK Yür. Uyg. K. Tasarısı'nın ikinci bölümünde yer alan hükümler şu şekilde kaleme alınmıştı (Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kanunlasan/2011y/6101ss.pdf>.)

**A. Genel işlem koşulları** m. 7- (1) Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde, Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25 inci maddelerinde öngörülen esaslara uygun hale getirilir.

**B. Kısmi ödemeli satışlar** m. 8- (1) Türk Borçlar Kanununun kısmi ödemeli satışlara ilişkin 252 ila 272 nci maddelerinin alıcıyı koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kısmi ödemeli satışlara da uygulanır.

**C. Kira sözleşmesi** m. 9- (1) Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin 298 ila 377 nci maddelerinin kiracıyı koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kira sözleşmelerine de uygulanır.(2) Kiraya veren, Türk Borçlar Kanununun 346 ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre sözleşmeye son verme hakkını, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak beş yıl geçmedikçe kullanamaz.

**D. Hizmet sözleşmeleri** m. 10- (1) Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmelerine ilişkin 392 ila 469 uncu maddelerinin işçiyi koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan hizmet sözleşmelerine de uygulanır.

**E. Kefalet sözleşmesi** m. 11- (1) Türk Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesine ilişkin 581 ila 603 üncü maddelerinin kefil koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kefalet sözleşmelerine de uygulanır.

**F. Ortak hüküm** m. 12- (1) Bu Bölümdeki maddelerde söz konusu edilen sözleşmelerin hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına, temerrüde ve sona ermelerine, bunlara ilişkin hükümlerin koruyucu nitelikte bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın, bu Kanunun 1 inci maddesi uygulanır.

bakımından özel düzenleme yapılmadan bu ilkelere göre çözülmesini amaçladığı anlaşılmaktadır<sup>7</sup>.

Anılan bu değişiklikleri ve değişikliklerin gerekçelerini aşağıda yürürlük hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendireceğiz. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yürürlük kanunları bizim görüşümüze göre de yasakoyucunun iradesinin net bir biçimde açıklığa kavuşturulmasına özel bir ihtiyaç olmadığı sürece sadece ilkeleri belirlemekle yetinmeli ve kazuistik bir yöntemle kaleme alınmamalıdır. Nitekim, yürürlük kanunu olası her türlü soruna çözüm arar nitelikte kaleme alınır, yukarıda da belirtildiği gibi, yürürlük kanununun, yürürlüğü ile ilgili olduğu kanundan bile daha fazla hüküm içermesi gerekecektir. Bunun da çözümden çok sorun getireceği açıktır.

Yürürlük hukuku ilkeleri ışığında TBK Yür. Uyg. K. hükümlerini değerlendirmeye geçmeden önce bu kanunun bir başka önemli özelliği de belirtmek açıklanmalıdır: 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, bu kanunun yürürlüğü ile ilgili, Türk Kanunu Medenisi ile ortak bir Tatbikat Kanunu düzenlenmiştir. 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun ("864 sayılı Kanun") hem Medeni Kanun'un hem de Borçlar Kanunu'nun yürürlük ilkelerini belirlemekteydi. 864 sayılı Kanun ise büyük ölçüde İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlüğü ve uygulanması şekli ile ilgili kanunun son bölümünden alınmıştır. 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun da 864 sayılı Kanunda yer alan yürürlük ilkelerini korumuştur. TBK Yür. Uyg. K. ise madde gerekçelerine de bakıldığında birçok hüküm bakımından, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun göz önünde tutularak hazırlanmıştır<sup>8</sup>. Dolayısıyla bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, TBK Yür. Uyg. K.'da da

<sup>7</sup> Buna karşılık kira sözleşmeleri bakımından gerekli gördüğü için geçici maddelerde bazı özel hükümler getirmiştir. Bu konuda önemli bir madde olan geçici ikinci madde TBMM'de görüşmeler esnasında verilen önerge sonucu, önergenin kabul edilmesi ile metne eklenmiş ve bu şekilde yasalaşmıştır. Geçici madde 2: "(1) Bu Kanunun 1 inci maddesinin son cümlesi hükmü bir defaya mahsus olmak üzere, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Türk Borçlar Kanununun 347 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl; on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanır." Geçici ikinci maddenin eklenmesine ilişkin verilen önergede, gerekçe şu şekilde belirtilmiştir: "Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş olan kira sözleşmelerinden on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte, geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin son cümlesi hükmü bir defaya mahsus olmak üzere yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl sonra, on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl sonra uygulanması, böylece Türk Borçlar Kanununun 347 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin derhal uygulanması sonucunda kiracıların zarara veya mağduriyete uğramalarının ve doğması muhtemel sorunların önlenmesi amacıyla bu değişiklik önergesi verilmiştir." (Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil5/bas/b050m.htm>.) Çıkarılan bu hükümlerin ortak özelliği düzenledikleri kurumların kamu düzeni ile olan yakından ilgisidir.

<sup>8</sup> TBK Yür. Uyg. K. m. 1, m. 2, m.3, m. 4, m. 20 gerekçelerinde bu husus açıkça şu ifadelerle belirtilmiştir: "Maddenin düzenlenmesinde, 3/12/2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk

İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlük hükümleri takip edilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan uzunca bir zaman sonra yürürlüğe girdiğinden dolayı kanun koyucu ayrı bir yürürlük kanunu yapmayı tercih etmiştir. Bunun sonucu olarak eski Medeni ve Borçlar Kanunu zamanındaki gibi tek bir tatbikat kanunu değil iki ayrı yürürlük kanunu ortaya çıkmıştır.

4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un hükümlerine bakıldığında yürürlük hukuku ilkeleri bağlamında büyük ölçüde 6101 Sayılı TBK Yür.Uyg.K. ile örtüştüğünü görmekteyiz. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere sözleşmeler söz konusu olduğunda yürürlük hukuku ilkeleri önemli farklılıklar göstermektedir. Bunun sebebi sözleşmelerin taraf iradelerinin ön planda olduğu hukuki işlemler olmasıdır. Adalet Komisyonu Raporu'nda da açıkça ifade edildiği gibi sözleşme özgürlüğü Anayasa'nın koruması altındadır<sup>9</sup>. Bu şekilde belirtilmesine rağmen, TBK Yür. Uyg. K.'da yer alan yürürlük hukuku ilkelerinin borçlar hukuku ve özellikle sözleşme hukuku dikkate alınarak hazırlandığını söylemek güçtür. Aşağıda yürürlük hukuku ile ilgili teorileri ve genel ilkeleri açıkladığımızda bu husus daha net anlaşılacaktır.

## **II. Yürürlük Hukukunun Genel İlkeleri ve Teorileri Işığında Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanması Şekli Hakkında Kanunda Yer Alan Hükümlerin Uygulanması**

### **A. Klasik Teori (Kazanılmış Hak Teorisi) ve Modern Teori (Kanunların Derhal Yürürlüğü Teorisi)**

Yeni bir kanun yürürlüğe girdiği zaman bu kanunun hangi işlemlere, hangi andan itibaren etkili olacağı yürürlük hukukunun ana konusunu oluşturur. Bu konudaki tartışmalar çeşitli teorilerin de doğmasına yol açmıştır<sup>10</sup>. Bir kanun değişikliğine gidildiği zaman kanun koyucu kural olarak gelecekteki hukuki ilişkilere bu kanunun etki etmesini düşünür. Dolayısıyla, yeni kanun kural olarak ilerisi için, gelecekteki işlemler için kabul edilir. Gelecekteki işlemlerden ne anlaşılması gerektiği ise şu şekilde belirtilebilir: Yeni kanunun etki alanı ancak eski kanun zamanında tamamlanmamış, hukuki sonuca ulaşmamış veya hiç oluşmamış işlemler bakımından söz konusu olur. Eski kanun zamanında ve eski kanuna göre oluşmuş ve tamamlanmış işlemler yeni

---

Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun (...) inci maddesi göz önünde tutulmuştur" (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0674.pdf>).

<sup>9</sup> "Yürürlükteki hukuk döneminde, dönemin hukukuna tamamen uygun olarak varlık kazanan sözleşmelere, yeni kanun tarafından müdahale edilmesi (geriye etkililik), sözleşme özgürlüğünün anayasaya aykırı şekilde sınırlanması ve çoğu kez bu özgürlüğün özünün boşaltılması sonucunu doğurabilir (Any. m. 13, 48, 90, İHAS 1 Nolu Protokol m. 1)", Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 12 (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/kanunlasan/2011y/6101ss.pdf>).

<sup>10</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, Başak, "Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 475-503, (s. 476-481).

kanundan etkilenmez. Bu ilkeye *kanunların geçmişe etkili olmaması* (makabline şamil olmama) denir<sup>11</sup>.

Kanunların geçmişe etkili olması yasağı, hukukumuzda da genel ilke olarak kabul edilmektedir. “Geçmişe etkili olma” kavramının tanımı oldukça tartışmalıdır, zira bu kavram görüldüğünden daha karmaşık bir içerik taşır. Eski kanun zamanında tamamlanmış, tüm hukuki sonuçlarını doğurmuş bir hukuki işleme yeni kanun müdahale ederse bu kanunun geçmişe etkili olduğu hususunda bir şüphe yoktur. Örneğin eski kanun zamanında kurulmuş, tüm sonuçlarını doğurmuş ve sona ermiş bir kira sözleşmesi uyarınca kiraya verenin aldığı toplam kira bedelinin bir kısmının, yeni kanun hükmü kira bedeline üst sınır getirdiği için iade edilmesi gerekirse, söz konusu yeni kanun geçmişe etkili bir kanundur. Yine yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, eski kanun zamanında geçerli bir şekilde kurulmuş kefalet sözleşmesi, yeni kanun sözleşmenin geçerliliği için eşin rızasını aradığından ve bu rıza bulunmadığı için açık bir hükümle geçersiz kılınırsa yine geçmişe etkili bir kanundan bahsedilir. Taraf iradelerinin ön planda olduğu sözleşmelerin, yeni bir kanun açık hükümle düzenleme getirmiş olsa da, bu şekilde geçersiz sayılmasının hukuk güvenliğini sarsıcı nitelik taşıdığı açıktır. Açık hüküm bulunmadıkça bu şekilde yorum yapılması düşünülemez. Kanun koyucunun bu şekilde geçmişe etkili bir kanunu yürürlüğe sokması durumunda bunun Anayasa’ya aykırılığı da gündeme gelebilecektir<sup>12</sup>. Bu konuya aşağıda tekrar değinilecektir.

Bununla birlikte, eski kanun zamanında doğmuş, ama etkilerini yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettiren bir hukuki işlemin, sonraki hukuki sonuçlarına yeni kanunun uygulanması durumunda yine geçmişe etkili bir kanundan bahsedilebilecek midir? Yukarıda verdiğimiz örneğe geri dönecek olursak, TBK yürürlüğe girmeden kurulmuş bir satış sözleşmesinde satıcı malı teslim etme borcunu TBK yürürlüğe girdikten sonraki bir tarihte öngörülen vade tarihinde ifa etmez ise satıcının temerrüdüne ilişkin TBK’nın uygulanacak olması TBK’yu geçmişe etkili kılar mı? Aynı şekilde yukarıda verdiğimiz örnekte, kiraya veren 1990 tarihinde kiraya verdiği konuta iliş-

<sup>11</sup> **Roubier**, Paul; *Les conflits des lois dans le temps*, c.I, Paris, 1933, s. 6 vd.; **Baysal**, s. 476 vd.

<sup>12</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi 20.05.1998 tarihli kararında vakıf taşınmazlarındaki kira ilişkilerinde değişiklik öngören, 4331 sayılı yasanın geçici 6. maddesinin iptaline karar vermiştir (AYM 20.05.1998, E:1998/10, K/1998/18, RG. 12.12.1998, sayı: 23551), Anayasa Mahkemesi’nin iptal ettiği geçici 6. madde, Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne ait gayrimenkullere ilişkin kira sözleşmelerini, maddenin yer aldığı kanunun yürürlük tarihinden itibaren üç ay sonra tüm hükümleri ile birlikte sona erdirmekteydi. Anayasa Mahkemesi’ne göre “*serbest iradeyle taraflar arasında düzenlenip imzalanan kira sözleşmesinin bir yasa maddesiyle feshedilmesi Anayasa’nın 48. maddesinde ifadesini bulan sözleşme hürriyetine, 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine (taraf olarak kiralayan Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne ayrıcalık tanınması itibarı ile) aykırıdır*”; bu madde ile “*tarafların kendi özgür iradeleri ile yapmış oldukları kira sözleşmeleri, tarafların iradeleri bir yana bırakılarak yasa ile sona erdirilmektedir. Sürelerini tamamlanmaları beklemeden, kira sözleşmelerini sona erdirip, tarafları yeni sözleşme yapmaya zorlamak, sözleşme özgürlüğü ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz*”. Bu kararda da altının çizildiği gibi sözleşme söz konusu olduğunda taraf iradeleri yürürlük hukuku bakımından da öncelikle dikkate alınmalıdır.

kin kira sözleşmesini, on yıllık sözleşme süresi dolduğu için TBK m. 347 uyarınca sona erdirebilecek midir? Kiracı sözleşmenin kurulduğu sırada TBK m. 347'nin yürürlükte olmadığını, aksinin düşünülmesinin geçmişe etki yasağına aykırı olacağını ileri sürebilecek midir<sup>13</sup>?

Kanunların geçmişe etkili olmasına verilecek anlama göre bu soruların cevapları değişebilir. Bu konudaki tartışma esasen iki teorinin doğmasına yol açmıştır<sup>14</sup>: Klasik teori ("Kazanılmış Hak" teorisi) ve bu teorinin eleştirisinden doğan modern teori ("Derhâl Yürürlük" teorisi).

Klasik görüşün eksiklikleri dikkate alınarak, bu teoriye karşı geliştirilen kanunların derhâl yürürlüğe girmesi ilkesi, geçiş hukukunda kazanılmış hak kavramının açıklık getiremediği birçok problemin çözümünde kullanılmış ve bu sebeple geçiş hukukunda "modern teori" olarak adlandırılmıştır<sup>15</sup>. Modern teorinin savunucuları, kanunların geçmişe etkili olmaması yolundaki prensibin ikincil olduğunu, ana prensibin kanunların yürürlüğe girdikleri andan itibaren derhâl etki doğurması olduğunu ileri sürmüştür<sup>16</sup>. Kanunların geçmişe etkili olmama kuralını kazanılmış hak kavramı ile açıklayan görüşün eksikliklerinden yola çıkarak geliştirilen bu görüşe göre yürürlük bakımından genel ilke, kanunların geçmişe yürümemesi değil, kanunların derhâl uygulanmasıdır<sup>17</sup>.

Bu teoriye göre, kanunlar yayımlandıkları andan itibaren tüm hukuki ilişkilere derhâl uygulanırlar. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren uygulanması doğaldır. Yeni kanun daha lehe olsa bile, bu kanunun eski kanun zamanında tamamlanmış hukuki işlemlere müdahale etmemesi nasıl hukuk ilkelerine uygun ise; o anda varolan veya gelecekte varolacak tüm hukuki ilişkilerin de yeni kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren bu kanuna tabi olması, aynı derecede hukuk ilkelerine uygundur<sup>18</sup>.

Özetlemek gerekirse, modern teoriyi savunanlar, kazanılmış hak teorisinin, kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesini yanlış tanımladığını, bu teorisinin "geçmişe etkili kanun kazanılmış haklara müdahale eden kanundur" kriterinin doğru olmadığını ileri sürmektedirler. Geçmişe etkili kanun, kazanılmış hakka değil, tamamlanmış hukuki olguya, hukuki duruma müdahale eden kanundur (*ex post facto* müdahale)<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> TBK Yür. Uyg. K. m.1 ve Geçici 2. madde hükümleri getirilmemiş olsa idi, TBK m. 347'nin TBK öncesinde akdedilmiş kira sözleşmelerine uygulanmayacağı (*eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi gereğince*) savunulabilirdi. Ancak bu hükümlerle, kanun koyucu hem sona ermeye ilişkin hem de uzama süresine ilişkin açık derhal yürürlük hükmü getirmiştir. Bu nedenle kanun koyucunun açık iradesi karşısında TBK m. 347, TBK öncesinde akdedilmiş kira sözleşmelerine de derhal uygulanacaktır.

<sup>14</sup> **Baysal**, s. 476-481.

<sup>15</sup> **Baysal**, s. 479.

<sup>16</sup> **Roubier**, c.I, s. 760 vd.

<sup>17</sup> **Baysal**, s. 477 vd.; **Bach**, Eugène Louis, "Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps", RTDciv. 1969, s.405 vd. (N. 4).

<sup>18</sup> **Aubert**, Jean-Luc/**Savaux**, Eric; Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 13. Bası, Paris, 2010, N. 104.

<sup>19</sup> **Roubier**, Paul; De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours (*contrats en cours*); Rev. crit.lég. et jurisprud., 1932, s. 125.

Bu teoriye göre süregelmekte olan hukuki durumlar bakımından kanunların geçmişe yürümezliği ve kanunların derhâl yürürlüğü ilkeleri yarışmaz: Bu durumda yarışan iki ilke, kanunların derhâl yürürlüğü ve eski kanunun varlığını sürdürmesidir. Bazı olasılıklarda yeni kanunun derhâl yürürlüğe girmesi, diğer bazı olasılıklarda da eski kanunun ilgili hukuki ilişkiler bakımından varlığını sürdürmesi ilkesi kabul edilmelidir<sup>20</sup>. Bu olasılıklar belirlenirken de, hukuki durumun meydana gelmesinde bireylerin iradesinin mi yoksa kanun koyucunun iradesinin mi ön planda olduğu dikkate alınmalıdır. Doğrudan doğruya kanundan doğan hukuki durumlar, yasa koyucunun egemenlik alanında yer alır. Kanun koyucu hukuki bir statü yaratmış ise artık taraf iradeleri geri planda kalır ve kanun koyucunun iradesi ile aynı durumda olan tüm hukuk sülheleri bu statüye tabi olur. Doğrudan doğruya kanundan doğan hukuki durumlar, yasa koyucunun yarattığı bir hukuki statüye, hukuki durumu meydana getiren tarafların iradesi dikkate alınmadan tabi olacak hukuki durumlardır<sup>21</sup>. Bunların başında usul kanunları gelmektedir<sup>22</sup>. Sözleşmesel hukuki durumlar ise birey iradelerinin ön planda olduğu ve bireylerin (emredici hükümlere bağlı kalmak şartıyla) serbestçe içeriğini belirleyebildikleri hukuki durumlardır. Bireylerin iradelerinin ön planda olduğu hukuki durumların başında sözleşmeler gelir.

Kanun koyucunun mutlak bir hukuki statü yarattığı durumlar ile taraf iradelerinin sonucu olan hukuki durumların ayrımı, kanunların zaman açısından yürürlüğü ile ilkelerin uygulanması bakımından önemlidir, zira bu iki farklı hukuki duruma birbirinden farklı iki ilke uygulanır. Kanun koyucu hukuki bir statü yaratmakla, doğrudan doğruya kanundan doğan hukuki durumlar için belli bir hukuki rejim birliği yaratma iradesi ortaya koyar. Bunun

<sup>20</sup> **Roubier**, c.I, s. 548 vd.

<sup>21</sup> **Roubier**, (*contrats en cours*), s. 165 vd.

<sup>22</sup> Usul hukuku alanında, hakim görüş yürürlük ile ilgili sorunları modern teori çerçevesinde çözmektedir. **Berkin**, Necmeddin, “Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı”, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s. 163 vd.; **Postacıoğlu**, İlhan; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 15 vd. Bu nedenle HUMK m. 578’nin ifadesi eleştirilmiştir. Türk Hukukunda HUMK m. 578/1 usul kanunlarının zaman açısından yürürlüğü ile ilgili bir ilke niteliği taşımaktaydı. Bu hükme göre: “İşbu kanun müstesna hakları ihlal etmemek şartı ile makabline şamildir”. Maddede geçen *makabline şamil* ifadesi, yani usul kanunlarının geçmişe yürüyeceğine dair kullanılan ifade doktrinde eleştirilmiştir. **Postacıoğlu**’na göre burada kanunun ifadesi ilmi bakımdan sakattır, kanununun maksadına aykırı bir ifade kullanılmıştır. Kanunun amacı, kanunun önceki kanun yürürlükte iken bu kanuna göre tamamlanmış usul muamelelerine uygulanmaması, ancak henüz tamamlanmamış, süregelmekte olan usul muamelelerine derhal uygulanmasıdır. Burada gerçek anlamda kanunun geçmişe etkili şekilde yürürlüğe girmesi durumu yoktur, zira tamamlanmış hukuki muamelelere bir müdahale söz konusu olmayacaktır; kanunun derhal yürürlüğe girmesi durum söz konusudur. Eski kanun zamanında tamamlanmış bir usul muameleye yeni kanun uygulanırsa idi, ancak o zaman kanunun geçmişe etkili olmasından bahsedebilirdik; HUMK m. 578/1 ile amaçlanan ise bu değildir. **Postacıoğlu**, s. 16, **Berkin**, s. 169, **Hatemi**, Hüseyin, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku, İstanbul, 2004, s. 29. HUMK m. 578’deki ifade bu eleştiri doğrultusunda değiştirilmiş ve HMK m. 448 modern teori dikkate alınarak kaleme alınmıştır: “Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla *derhal uygulanır*”.



sonucu olarak da eski kanun hükümlerinin, yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle, eski kanun zamanında doğmuş hukuki durumlar dâhil olmak üzere tüm hukuki durumlar için ortadan kalkması gerekir. Yeni kanun derhâl yürürlüğe girmelidir.

Sözleşmeler bakımından ise tam tersi bir durum söz konusudur: Bu defa hukuki rejim birliği yerine, tabi olunacak hukuki rejimlerin birden çok ve birbirinden farklı olması gündeme gelir<sup>23</sup>. Bu sonuç, sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkelerinin bir yansımasıdır. Taraflar tabi olacakları hukuki rejimi serbestçe sözleşme ile belirlemişler ve iradelerini belli bir kanunu göz önüne alarak oluşturmuşlardır. Yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi ile sözleşmeye yeni kanun hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek kanun koyucunun iradesini taraf iradelerinin üstüne çıkarmak anlamına gelir ki bu, sözleşmeler alanında mümkün değildir. Aksinin kabulü hem irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkelerine hem de hukuk güvenliği ilkesine ters düşer<sup>24</sup>.

Modern teori doğrultusunda kabul ettiğimiz bu görüş şu şekilde özetlenebilir: Yeni kanun eski kanun zamanında kurulmuş ve etkilerini yeni kanun zamanında sürdürmekte olan bazı hukuki durumlara müdahale etmez ve eski kanun bu durumlar için varlığını sürdürür; ya da yeni kanun bu durumlara da müdahale eder ve tüm hukuki durumlar için derhal yürürlüğe girer. İki çözüm olasılığında da geçmişe etki söz konusu değildir, zira tamamen eski kanun zamanına dahil bir hukuki duruma müdahale yoktur; eğer böyle bir müdahale olsa idi geçmişe etkiden bahsedilebilecektir<sup>25</sup>. Dolayısıyla, modern teoride yarışan iki ilke, kanunların derhâl yürürlüğe girmesi ilkesi ile eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesidir.

Modern teori uyarınca geliştirilen formül şu şekilde özetlenebilir: Yeni bir hüküm yürürlüğe girdiğinde öncelikle belirlenmesi gerekli husus kanun koyu-

<sup>23</sup> **Roubier**, (contrats en cours), s.122 vd. Karş. Fransız Medeni Kanunu m. 1134/I: "*Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir*". karş. Ulpianus, *Digesta*, Lib 50, 17.23: "*Hoc servabitur quod initio convenit; legem enim contractus dedit*" -Başta üzerinde anlaşılan şey muhafaza edilir; sözleşmeden doğan kanun bunu sağlamıştır-*lex contractus*-. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, Başak, *Sözleşmenin Uyarlanması*, İstanbul, 2009, s. 8 vd. Bizim hukukumuzda da **Hatemi**, sözleşmelerin "öznel kaynak" niteliğini vurgulayarak yürürlük hukuku bakımından sözleşmelerin bu özelliğini belirtmiştir. Yazara göre: "*Eski Kanun döneminde kurulan sözleşmenin tarafları; "Öznel kaynak" olarak o sözleşmeyi düşünmektedirler ve sözleşme tarihindeki emredici kurallara da uymaktadırlar. Daha sonra kanun değişse dahi; bu değişiklikler, Eski Kanun döneminde meydana gelen sözleşmeye Eski Kanun'un uygulanması yeni Kamu düzeni kurallarına aykırı olmadıkça sözleşmeyi etkilememelidir. Çünkü sözleşme kuralları "öznel kaynak" olarak emredici kurallardan hemen sonra gelirler. Sözleşmenin kurulması tarihinden sonra yürürlüğe giren yeni emredici kuralları eski sözleşmenin sonuçlarını da düzenlerler, meğer ki özel bir geçici kural ile eski sözleşmenin sonuçlarına eski Kanun'un uygulanacağı belirtmiş olsun*" **Hatemi**, Hüseyin, *Medeni Hukuk'a Giriş*, İstanbul, 2011, N. 53. Bu nedenle **Hatemi**, her ne kadar kazanılmış hak kavramına vurgu yaparak klasik teoriyi savunsa da, sözleşmeler ile ilgili bizim modern teoriyi dikkate alarak savunduğumuz ilkeleri o da kabul etmektedir. **Hatemi**, (*İntikal*), s. 24.

<sup>24</sup> **Aubert/Savaux**, N.102.

<sup>25</sup> **Roubier**, c.I, s. 428 vd.

cunun hükmün düzenlediği konuda mutlak bir hukuk birliği yaratmak isteyip istemediğidir. Böyle ise bu hüküm derhal yürürlüğe girmelidir. Zira bu hukuk birliğinin yaratılmaması adalet duygularını zedeleyecektir<sup>26</sup>. Eğer kanun koyucunun iradesi bu şekilde hukuk birliği yaratmak yönünde değilse ve taraf iradelerinin ön planda olduğu bir işlem söz konusu ise, o zaman taraf iradelerinin olduğu zamandaki kanun yürürlükte kalmaya devam edecektir, bu da eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesidir. Eski kanunun varlığını sürdürdüğü haller, eski kanun zamanında doğmuş ve yeni kanun zamanında süregelmekte olan, bireylerin iradelerinin ön planda olduğu hukuki durumlar, özellikle de sözleşme ilişkileridir. Madem ki taraflar iradelerini eski kanun zamanındaki hukuki duruma dayanarak oluşturmuşlardır, bu iradelere saygı göstermek gerekir, bu yüzden artık yürürlükte olmayan eski kanun bu olaylar için yürürlükte sayılır ve yeni kanun uygulanmaz<sup>27</sup>. Eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi kamu düzeni sebebiyle sınırlanabilir; taraf iradelerinin ön planda olduğu sözleşmelerde de yeni kanun hükümlerinin derhal yürürlüğe girmesi mümkün olabilir. Bunlar özellikle sözleşmelerde zayıf tarafın korunduğu hükümlerdir. Görüldüğü üzere geçmişe etki yasağı bu tartışmada yer almamaktadır. Geçmişe etki yasağının gündeme geldiği tek olasılık, kurulmuş ve hukuki sonuçlarını doğurmuş bir hukuki işleme müdahale edilmesidir. Örneğin, TBK yürürlüğe girmeden önce kurulmuş bir kefalet sözleşmesi, TBK yürürlüğe girdikten sonra eşin rızası bulunmadığı için geçersiz sayılamaz<sup>28</sup>. Bu geçmişe etki yasağına girer<sup>29</sup>. Kanun koyucu bir hükmü açıkça geçmişe etkili kılsa durum

<sup>26</sup> Bu konudaki en çarpıcı örnek TMK'da getirilen edinilmiş mallara katılma rejiminin açık hüküm gereği (4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.10) Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmeden önce evlenmiş çiftlere uygulanmamasıdır. Oysa ki, mal rejimi gibi bir konuda kanun koyucunun iradesi hukuk birliği yaratma yönünde olmalıdır. 10. Madde açıkça düzenlenmemiş, yürürlük sorunu genel ilkelere göre çözülmüş olsaydı, yeni mal rejimi derhal yürürlüğe girecek ve TMK yürürlüğe girmeden evlenen çiftlere de uygulanacaktı. Belirttiğimiz üzere yasa koyucunun derhal yürürlüğü bu şekilde sınırlayıcı açık iradesinin sınırı anayasal ilkelerdir ve bu örnekte bizim görüşümüze göre m. 10 hem ölçülülük hem de eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır, **Baysal**, s. 490, 491.

<sup>26</sup> **Aubert/Savaux**, N. 105.

<sup>27</sup> **Aubert/Savaux**, N.105.

<sup>28</sup> Adalet Komisyonu Raporu'nda da bu husus açıkça belirtilmiştir: "*Yine evli bir kişi, 31 Aralık 2009 tarihinde kefil olmuşsa, bu kefaletin geçerli olması için eşinin rızası aranmayacaktır. Böylece, 1 Ocak 2010 ve daha sonrası itibarıyla eşin rızası, kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarından birini oluşturduğu hâlde, 31 Aralık 2009 tarihinde kefil olan evli bir kişinin eşinin rızasının bulunmaması, bu kefaletin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Bu durumda kefil, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nun yasalaşıp yürürlüğe girmesinden sonra, Tasarının 11 inci maddesine dayanarak kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri süremeyecektir*" (Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.3, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kanunlasan/2011y/6101ss.pdf>).

<sup>29</sup> Bu konuda önemli bir tartışma 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) yürürlüğe girmesi ile (01.10.2011) 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) zamanında yapılmış yetki sözleşmeleri ve delil sözleşmelerinin geçerliliği bakımından sürdürülmektedir. HMK m. 17 uyarınca yetki sözleşmelerinin geçerliliği "tacirler veya kamu tüzel kişileri" arasında yapılmasına bağlıdır. HMK m. 193 f.2 uyarınca

değişir, ancak bu da anayasal ölçülülük ilkesi ile sınırlıdır. Nitekim TBK Yür. Uyg. K. tasarisının ilk halinde yer alan genel işlem şartları ile ilgili hükmü bu nitelikteydi ve kanun koyucu açık hükümlerle geçerli bir şekilde kurulmuş genel işlem şartlarının kuruluş gereklerine müdahale etmekteydi (m.7): “*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde, Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25 inci maddelerinde öngörülen esaslara uygun hale getirilir*”. Bu hüküm çıkartıldığı için sözleşmenin kuruluşuna ilişkin genel ilkeler uygulama alanı bulacak ve geçerli bir şekilde kurul-

---

da “tarafardan birinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir”. Bu konuda görüşler çeşitlidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, usul hukuku alanında uzun yıllardır modern teori savunulmaktadır (bkz. yuk. dn. 22). HUMK m. 578’in eleştirilen ve klasik teorisinin izlerini taşıyan hükmü de HMK m. 448’de modern teori dikkate alınarak kaleme alınmıştır. HMK m. 448 uyarınca “Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır”. Kanaatimizce, bu hüküm dikkate alındığında, kanunun tamamlanmış işlemlere etkili olmamasının modern teori anlamında yorumlanacağı açıktır. Dolayısıyla, geçerli bir şekilde kurulmuş, tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bir hukuki işlemin HMK ile geçerlilik şartları değişse bile bu kurulmuş bir işlemi geçersiz kılmaya yetmeyecektir. Aksi takdirde bu modern teori uyarınca da kanunun geçmişe etkili yorumlanması anlamına gelir ve bu mümkün değildir. Kanun koyucunun açık iradesi olmadıkça yorum yoluyla böyle bir sonuç varılamaz. Bu belirttiklerimizden yola çıkarak HMK m. 17 ve HMK m. 193 f.2 hususunda görüşlerimizi şu şekilde belirtebiliriz. HUMK zamanında kurulmuş olan bir yetki sözleşmesinin tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi değil ise HMK’nın yürürlüğe girmesi ile bu yetki sözleşmelerinin durumu tartışmalı hale gelecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu sorun yetki sözleşmesi uyarınca davanın açılmış olup olmadığına göre çözümlenmelidir. HMK yürürlüğe girdiğinde henüz yetki sözleşmesine dayanılarak bir dava açılmamış ise ortada yürürlük hukuku anlamında tamamlanmış bir işlemden bahsedilemez ve HMK derhal yürürlüğe girer, sözleşme HMK m.17’ye uygun değil ise bu sözleşmeye dayanılarak dava açılmayacaktır. Eğer yetki sözleşmesine dayanılarak dava açılmış ve HMK bundan sonra yürürlüğe girmiş ise tamamlanmış bir işlem söz konusu olduğundan kanunların geçmişe etkili olamaması ilkesi gereğince mahkemenin yetkisi devam edecektir. Bu yönde, **Bolayır**, Nur, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, İBD, C. 85, S. 5, 2011, s. 131-147, (s. 145-146), **Karslı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2011, s. 74, aksi görüş **Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD, C. 85, S. 5, 2011, s. 3-43 (s. 5-6). HMK m. 193 f.2 bakımından da şu hususlar belirtilebilir. Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren bir delil sözleşmesi mevcut ise ve delil sözleşmesine uygun bir delil kullanılmamış ise bu noktada süregelmekte, sonuç doğurmaya devam etmekte olan bir hukuki olgu vardır ve HMK m. 193 f.2, HMK m. 448 uyarınca derhal yürürlüğe girip bu yöndeki delil sözleşmelerini kullanılamaz hale getirecektir. Bu noktada hukuken tamamlanmış bir olgu söz konusudur. *Delil sözleşmesi uyarınca deliller sürülmüş ve dava aşaması tamamlanmış, kesin hükme ulaşmış bir uyumsuzluk söz konusu ise sırf HMK m. 193 f.2 yürürlüğe girdi diye tekrar dava konusu edilemez. Bu geçmişe etki yasağı kapsamında kalır.* Aksinin kabulü kanunu yorum yoluyla geçmişe yürütmek olur. (aynı yönde **Kuru/Budak**, s. 6, bununla birlikte yazarlar aynı sonuca farklı bir gerekçe ile varmaktadırlar: “*HMK m.193(2) hükmünün konusunu oluşturan “tarafardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren” delil sözleşmeleri ise, dürüstlük kuralına aykırı olduklarından, HMK’nın henüz yürürlüğe girmedeği dönemde yapılmış olsalar bile geçerli değildirler*”.

muş bir sözleşmedeki genel işlem şartlarına tekrar yeni hükümde aranan şartlarla bir yürürlük denetimi yapılamayacaktır.

Kabul ettiğimiz modern teorinin ilkelerini bu şekilde belirttikten sonra bu ilkeler doğrultusunda TBK Yür. Uyg. K.'nin yürürlük ilkelerini belirleyen hükümlerini değerlendirmeye geçebiliriz.

## **B. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanması Şekli Hakkında Kanunda Yer Alan İlkeler**

### **1. Genel Olarak**

Türk Hukukunda, Medeni ve Borçlar Kanunlarının yürürlük kanunlarına bakıldığında klasik teorinin izleri ifadelerde açıkça görülür. İlkelerin belirtildiği ilk hükümlerde geçen başlıklar bunu açıkça gösterir: Geçmişe etkili olmama, geçmişe etkili olma, kamu düzeni ve genel ahlak, kazanılmamış haklar. TBK Yür. Uyg. K. da bu şekilde kaleme alınmıştır. Böyle olmakla birlikte bu durum, bizim görüşümüze göre modern teorinin kabul edilmesini engellemez<sup>30</sup>. TBK Yür. Uyg. K.'nin klasik teorinin izlerini taşıması normaldir, zira bu kanunun yukarıda açıkladığımız sebeplerle kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlük hükümlerinin hazırlanış tarihi yirminci yüzyılın başlarıdır ve bu dönemde kanunların zaman açısından yürürlüğü ile ilgili tek bir teori vardır, o da klasik teoridir. TBK Yür. Uyg. K. hükümleri yorumlanırken modern teori doğrultusunda geliştirilen ilkeler dikkate alınmalıdır<sup>31</sup>. Aşağıda TBK Yür. Uyg. K.'nin geçmişe etkili olmama ve geçmişe etkili olma şeklinde klasik teoriye uygun ayrımının modern teori ilkeleri ışığında nasıl yorumlanacağını belirtmeye çalışacağız.

### **2. Geçmişe Etkili Olmama Kuralı: TBK Yür. Uyg. K. m. 1**

TBK Yür. Uyg. K. m. 1 c.1 hükmü uyarınca: *“Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır”*.

Bu hükümlerle yasa koyucu, kural olarak eski kanun zamanında oluşmuş hukuki durumların eski kanuna tabi olmaya devam edeceğini ifade etmiştir. Madde metni, eski kanunun varlığını sürdürdüğü hâlleri çok geniş tutmuş, istisnalara ise diğer maddelerde yer vermiştir. Sözleşmeler söz konusu olduğunda eski kanunun geçerliliğini sürdürme hâlleri oldukça geniştir, yukarıda belirttiğimiz üzere modern teori, bunu geçmişe etki tartışmasından arındırarak çok daha doğru bir şekilde “eski kanunun varlığını sürdürdüğü hâller” olarak ele alır.

TBK Yür. Uyg. K. m.1 hükmünün başlığındaki gibi, geçmişe yürümezlik ilkesi yerine hukuki durumun kurulduğu anda yürürlükte bulunan eski kanu-

<sup>30</sup> Türk hukukunda, medeni hukuk alanında da modern teoriyi savunan görüş için bkz. Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011, N. 68 vd., sözleşmeler ile ilgili özellikle bkz. N.70b vd.

<sup>31</sup> Nitekim HUMK m. 578'de de, HMK m. 448'le ifade düzeltilmeden önce “makabline şamil” ifadesine rağmen derhal yürürlük ana ilke olarak kabul edilmekte ve modern teori doğrultusunda çözümler geliştirilmekteydi, **Postacıoğlu**, s. 16, bkz. yuk. dn. 22.

nun uygulanmaya devam ettiğinin belirtilmesi, eski kanunun yeni kanun zamanında da etkisini sürdürmesi durumundan bahsetmek daha yerinde olacaktır<sup>32</sup>.

Zira yeni kanunun geçmişe yürümemesi, yeni kanunun kurulmuş, tamamlanmış hukuki durumlara müdahale etmemesi anlamına gelir. Nitekim 6101 sayılı kanunun birinci maddesinin gerekçesinde verilen örnekler de bu yöndedir.

“Meselâ, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe gireceği varsayılırsa, alıcı (A) ile satıcı (S) arasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde bir satış sözleşmesinin kurulması durumunda, kural olarak bu sözleşmenin bağlayıcı olup olmadığına ve sonuçlarına 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır”.

Kurulmuş olan bir sözleşmenin geçerlilik şartlarına ilişkin bir değişikliğin TBK yürürlüğe girdikten sonra bu sözleşmenin geçerliliğini etkilememesi gerekir. Bununla birlikte kanun koyucu bunun aksi yönünde de bir irade gösterebilir, hatta geçmişe etkili hükümler de getirebilir. Bunun sınırı anayasal ölçülülük ilkesidir. Burada söz konusu olan ise derhal yürürlük ilkesini tekrar uygulamasıdır, geçmişe etkili kılması değil. Kanun koyucunun ilkelerden sapabilen bu iradesi üzerinde biraz daha durmak gerekir.

Kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesi gereği, bir kanun, *yasa koyucunun aksine iradesi* söz konusu değil ise geçmişte tamamlanmış hukuki olgulara uygulanmaz. Bu durum iki teori bakımından da böyle kabul edilmektedir. Yasa koyucunun yürürlük ile ilgili irade göstermesi durumunda yürürlük hukuğu ile ilgili tüm ilkelerin uygulanması durur<sup>33</sup>. Kanun koyucunun tercihinin bu aşamadan sonra tek sınırı anayasal ilkelerdir.

<sup>32</sup> Öğretide Oğuzman/Barlas bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “Yürürlükten kalkan bir kanunun, kendi yürürlük döneminde iktisap edilen haklara veya durumlara uygulanmasına devam olunması [halinde] yeni kanunun eskiye etkili olmaması değil, eski kanunun yeni kanun zamanında da etkisini sürdürmesi durumu söz konusudur”. **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 17. Bası, 2011, s. 79.

<sup>33</sup> Örneğin, yasa koyucu TBK’da yer alan süreler bakımından açık irade göstermemiş olsa idi yeni kanunla daha kısa veya daha uzun getirilmiş süreler ile ilgili nasıl bir uygulamaya gidileceği açıkladığımız ilkeler çerçevesinde yapılacak. Yürürlük hukukunun belki de en karmaşık alanı da süre ile ilgili sorunlardır. Yasa koyucunun sıklıkla bu konularda açık hüküm getirmesinin nedeni de büyük oranda budur. Nitekim TBK bakımından da yasa koyucu açık hüküm getirmeyi tercih etmiştir: TBK Yür. Uyg. K. m. 5 – (1) *Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, eski kanun hükümlerine tabi olmaya devam eder. Ancak, bu sürelerin henüz dolmamış kısmı, Türk Borçlar Kanununda öngörülen süreden uzun ise, yürürlüğünden başlayarak Türk Borçlar Kanununda öngörülen sürenin geçmesiyle, hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi dolmuş olur.* (2) *Türk Borçlar Kanunu ile hak düşürücü süre veya özel bir zamanaşımı süresi ilk defa öngörülmüş olup da başlangıç tarihi itibarıyla bu süre dolmuşsa, hak sahipleri Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıllık ek süreden yararlanırlar. Ancak, bu ek süre, Türk Borçlar Kanununda öngörülen süreden daha uzun olamaz.*

Yasa koyucu açık hükümle kanunları geçmişe etkili kılabilir; ancak bu durum hukuk güvenliğine ters düşeceği için, ancak istisnai hâllerde tercih edilmelidir.

Yasa koyucunun geçmişe etki yasağına tamamen aykırı bir irade göstermesi durumunda, bu irade anayasal eşitlik ilkesi ve hukuksal güvenlik ilkesi ve son kertede ölçülülük ilkesi ile çelişir bir sonuca ulaşırsa, Anayasa Mahkemesi bu tür bir kanun hükmünü anayasaya aykırı bularak iptal edebilir. Sonuç olarak kanun koyucunun da, dolaylı olarak bile olsa, bu ilke ile bağlı olduğunu söyleyebiliriz<sup>34</sup>.

Yukarıda detaylı olarak açıkladığımız üzere TBK Yür. Uyg. K. m. 1 hükmü esas olarak TBK yürürlüğe girmeden önce kurulmuş sözleşmelere BK'nın uygulanmaya devam edeceğini (*eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi*) düzenlese de, hükmün ikinci cümlesi buna ilişkin bir istisna getirmektedir. TBK Yür. Uyg. K. m. 1 c. 2'ye göre: "*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir*".

Kanun koyucu bu hükümle sözleşmeler alanında da olsa "temerrüt, sona erme ve tasfiye" ilişkileri bakımından yeni kanunun derhal yürürlüğünü uygun görmüştür. Klasik teori taraftarları bu hükümle kanun koyucunun TBK'nın hükümlerini "temerrüt, sona erme ve tasfiye" ilişkileri bakımından geçmişe etkili kıldığından bahsedecektir. Oysa ki yukarıda belirttiğimiz üzere geçmişe etki, modern teori çerçevesinde ancak kurulmuş ve hukuk düzeninde etkilerini doğurmuş bir hukuki ilişkinin geçerliliğine müdahale durumunda mevcuttur. Hukuki ilişkinin etkileri süregeliyor ise bu durumda kanun koyucunun müdahalesi ancak kanun hükmünü derhal etkili kılmak yönünde olabilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere modern teoride ana ilke zaten kanunların derhal etki göstermesidir. Ancak sözleşmeler alanında eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi ağır basar. Temerrüt, sona erme ve tasfiye, kurulmuş bir sözleşmenin hukuk düzeninde etkilerinin devam ettiği bir aşamaya ilişkindir. İlke, bu durumda da eski kanunun varlığını sürdürmesi iken kanun koyucu açık irade gösterip bu hükümler bakımından TBK'yı derhâl etkili kılmıştır; temerrüt, sona erme ve tasfiye ile ilgili durumlar bakımından kanun koyucu TBK hükümlerinin derhâl yürürlüğe girmesini arzu etmiştir. Burada geçmişe etkili bir düzenleme mevcut değildir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce sona ermiş ve tasfiye ilişkisi tamamlanmış bir sözleşmeye yeni bir tasfiye süreci getirilmiş olsaydı, ancak bu halde geçmişe etkiden bahsedilebilirdi. Kurulmuş, ancak hukuki sonuçlarını doğurmaya devam eden bir sözleşmeye kanun koyucunun açık iradesi ile müdahale etmesi yeni kanunun geçmişe etkili

<sup>34</sup> Yasa koyucunun sözleşmeler alanında, geçmişe etki hususunda açık irade göstermesi durumunda ise, anayasal ilkelere aykırılık olasılığı artar. Örneğin eski kanun zamanında geçerli bir şekilde kurulmuş bir sözleşmeyi yasa koyucu açık hükümle geçersiz kılsa anayasaya aykırı bir durum ortaya çıkabilir. Yasa koyucunun sözleşmeler alanında iradesini geçmişe etki yönünde kullanması çoğu zaman hukuksal güvenlik ilkesine ters düşecektir. Zira taraf iradelerinin ön planda olduğu sözleşmelerin yeni bir kanun ile geçersiz sayılması hukuksal güvenliği sarsıcı nitelik taşır. Karş. Anayasa Mahkemesi'nin 20.05.1998 tarihli kararı (AYM 20.05.1998, E:1998/10, K/1998/18, RG. 12.12.1998, sayı: 23551), bkz. yuk. dn. 12.

kılınması anlamına gelmez. Kanun koyucu bu durumda açık iradesi ile yeni kanunu derhal yürürlüğe sokmuştur, açık irade göstermemiş olsa idi bu durumlarda eski kanun (BK) varlığını sürdürecekti.

Eski kanun zamanında kurulmuş, etkilerini doğurmuş ve sona ermiş bir hukuki duruma yeni kanunla müdahale edilirse geçmişe etkiden bahsedilebilir, bu da takdir edilmelidir ki oldukça istisnai bir durumda ve ancak kanun koyucunun açık iradesi ile kabul edilir, edilmelidir. Kamu düzeni gerekçesi ile bile kanun koyucunun açık iradesi yoksa kanun geçmişe etkili bir şekilde yorumlanamaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “*yasaları uygulama durumunda bulunanlar başta mahkemeler olmak üzere onları geriye yürür sonuçlar doğuracak yolda yorumlamamakla yükümlüdürler*”<sup>35</sup>. Bununla birlikte yorum yolu veya kamu düzeni gerekçesi ile -modern teori anlamında- kanun geçmişe etkili kılınamayacak olsa da, yorumla veya kamu düzeni gerekçesi ile kanun derhal yürürlüğe girebilir.

Hükmün başlığında taşıdığı klasik teori etkisine rağmen TBK Yür. Uyg. K. m. 1 c. 1 de bu ilkelerin bir yansımasıdır. Nitekim hükümde açıkça “*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır*” demekle eski kanunun varlığını sürdürmesini kabul etmiştir. Bu tür fiil ve işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıklarının tespiti elbette eski kanun zamanında yapılacaktır, aksi modern teoriye göre de geçmişe etki yasağı kapsamına girer. Bu tür fiil ve işlemlerin sonuçlarına yeni kanunun etki etmemesi ise modern teoride tarafların iradelerinin ön planda olduğu işlemlerde eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi ile açıklanır. Kanun koyucu bunun aksine bir irade gösterirse veya aşağıda açıklanacağı üzere kamu düzenine ilişkin kurallar söz konusu ise sözleşmeler alanında da derhâl yürürlük ilkesini tekrar uygulama alanına sokmuş olacaktır. Temerrüt, sona erme ve tasfiye bakımından bu şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Aynı yönde bir tercihi yine TBK Yür. Uyg. K. m. 7’de yer almaktadır. Görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlığını taşıyan bu hükme göre: “*Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76 ncı, faize ilişkin 88 inci, temerrüt faizine ilişkin 120 nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138 inci maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır*”. Dolayısıyla bu hükümden, kanun koyucunun faiz, temerrüt faizi ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK hükümlerinin de tüm sözleşmeler bakımından derhal yürürlüğe girmesini tercih ettiği anlaşılmaktadır<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Yarg. HGK, 09.03.1988, 1987/2-800-232 sayılı kararı, (Kazancı Hukuk Otomasyon Programları).

<sup>36</sup> Geçici ödemelere ilişkin m. 76 haksız fiile ilişkin hükümlerden olduğu için, bu hükümde açıkça yer almasaydı bile TBK Yür. Uyg. K. m. 3 uyarınca da derhal yürürlüğe girecekti. Zira haksız fiillerden doğan borç ilişkileri, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin aksine içerikleri taraf iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilerdendir ve daha önce gerçekleşmiş olsalar bile TBK hükümleri derhal uygulama alanı bulacaktır.

### 3. Geçmişe Etkili Olma: Kamu Düzeni ve Genel Ahlak: TBK Yür. Uyg. K. m. 2

TBK Yür. Uyg. K. m. 2 hükmü uyarınca: “*Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır*”. Bu hüküm de, başlığına rağmen kamu düzeninden olan kanunların derhal yürürlüğü ilkesinin uygulanacağına belirtilmesinden ibarettir. Geçmişe etkili olma başlığı yine klasik teorinin etkisi ile kaleme alınmış bir başlıktır. (karş. 4722 sayılı Kanun m. 3).

Sözleşmeler söz konusu olduğunda öncelikli ilke eski kanunun varlığını sürdürmesidir. Bununla birlikte, bazı durumlarda yeni kanuna tam bir hâkimiyet tanımak gerekir. Hukuk düzeninde, sözleşmeler alanında bile zaman zaman tam bir birliğe gereksinim olabilir. Bazı hukuki durumlar için eski kanunun, diğer bazı hukuki durumlar için yeni kanunun uygulanması anayasal eşitlik ilkesine ve son kertede kamu yararına aykırı bir durum yaratabilir. Örnek olarak sözleşme ilişkilerinde zayıf tarafı korumayı amaçlayan, emredici kanun hükümlerinin (İş Kanunları, Tüketici Kanunları), sırf sözleşme bu hükümler yürürlüğe girmeden önce akdedildi diye uygulanmayacağını kabul etmek, kamu yararını gözetmeyen ve eşitlik ilkesine aykırı bir yorum olurdu. Bu sebeple gerek doktrinde, gerekse içtihatlarda taraf iradelerinin ön planda olduğu maddi hukuka ilişkin bir işlem bakımından, başka bir deyişle sözleşme söz konusu bile olsa, eğer yeni kanun *kamu düzeninden* ise yeni kanunun derhâl yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi modern teoride kamu düzeni derhâl yürürlük ilkesinin bir gerekçesidir, yoksa geçmişe etkinin değil. Tatbikat kanunlarında, içtihatlarda ve doktrinde sıklıkla şu ifadeye rastlanır: “Kamu düzeninden olan kanunlar geçmişe etkilidir”. Aslında bu ifade modern teori dikkate alındığında doğru değildir, burada vurgulanmak istenen aslında kamu düzeninden olan kanunun, taraf iradelerinin ön planda olduğu bir hukuki duruma bile derhâl uygulanmasının söz konusu olmasıdır. Burada söz konusu olan yeni kanunun geçmişe etkisi değildir; eski kanun zamanında kurulmuş hukuki işlemlerin yeni kanun zamanındaki etkilerine yeni kanunun derhâl müdahalesi söz konusudur. Bu da kanunun kamu düzeni niteliğinden gelmektedir.

Konumuz açısından önemli olan taraf iradelerinin ön planda olduğu maddi hukuk işlemlerinde (sözleşmesel hukuki durumlar) kural, işlemin yapıldığı zamandaki kanunun bu tür işlemler için varlığını sürdürmesidir (*la survie de la loi ancienne*). Nitekim TBK Yür. Uyg. K. m. 3’te “içeriği tarafların istek ve iradeleri gözetilerek” belirlenen hukuki durumlara, bu hukuki durumun gerçekleştiği anda yürürlükte bulunan kanunun uygulanmaya devam edeceği belirtilmiştir. İlkenin bu yönde olması doğaldır, zira bu tür hukuki durumlarda, özellikle sözleşmeler alanında, kanun taraf iradelerine geniş bir hâkimiyet alanı tanımıştır. Yeni bir kanunla, taraf iradelerine tanınan bu hâkimiyetin zedelenmesi hem sözleşme serbestisi ilkesine, hem de hukuk güvenliği ilkesine uygun düşmeyecektir. Özellikle emredici hükümlerin kamu düzeninden sayılması bu açıkladığımız sebeplerle gündeme gelecektir.

Hangi kuralların kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin sayılıp TBK’nın bunlar bakımından derhâl yürürlüğe gireceğinin belirlenmesi oldukça hassas bir konudur. Bu konuda bazı ölçütler vardır. Yukarıda anıldığı gibi bazı kural- ların sözleşme kurulduğunda TBK yürürlükte olmadığı için uygulanmamasının



adaletsiz sonuçlar doğurması söz konusu olabilir. Bu özellikle zayıf tarafı koruma ilkesi gereğince, sosyal gereklilikler neticesinde ortaya çıkmış kurallarda böyledir. Bu konuda kanun koyucunun iradesini göstermesi bakımından hükümetin teklif ettiği metinde yer alan ancak Adalet Komisyonu tarafından çıkarılan hükümler önemlidir. Her ne kadar kanun koyucu özel nitelikte hükümler getirilmemesi, konunun genel ilkeler çerçevesinde çözülmesi gerektiğini belirtse de kanun koyucunun çıkarılan bu hükümlerde yer alan kurumlara özel bir önem verdiği de bir gerçektir.

Çıkarılan bu maddelerde düzenlenen kurumlar şunlardır: Genel işlem koşulları, kısmi ödemeli satışlar, kira sözleşmesi, hizmet sözleşmeleri, kefalet sözleşmesi. Tüm bu sözleşmelerin yürürlük hukuku bakımından ayrı ayrı incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bununla birlikte, yürürlüğü bakımından bazı özellikler taşıyan genel işlem koşulları ve kira sözleşmeleri üzerinde daha detaylı durmak, kamu düzeni istisnasının daha iyi anlaşılması bakımından uygun gözükmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, diğer sözleşmeler bakımından da kamu düzeni sebebiyle istisna tanınmasının ardında zayıf tarafı koruma ilkesi yatmaktadır. Dolayısıyla, TBK'nın bir hükmü ancak işçiyi, kefil, kısmi ödemeli satışta alıcıyı koruyorsa derhal yürürlüğe girecektir<sup>37</sup>. Örneğin TBK yürürlüğe girmeden önce akdedilmiş bir sözleşmede yer alan bir ceza koşulunun TBK yürürlüğe girdikten sonra uygulandığını ve işçiden ceza koşulunun talep edildiğini düşünelim. TBK m. 420 f.1'de "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir" hükmü derhal yürürlüğe girecektir. Henüz ceza koşulu talep etmenin mümkün olmadığı aşamada, TBK yürürlüğe girdiği için hukuksal etkilerini sona erdirmiş bir durum söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple söz konusu bu hükmün uygulanması kurulmuş, sonuçlarını doğurmuş bir hukuki duruma müdahale sayılıp geçmişe etki yaşama aykırı sayılamaz. TBK yürürlüğe girmeden önce ceza koşulunun talep edilebileceği bir durum doğmuş ve ceza koşulu ödenmiş ise bunun geri alınamayacağı doğaldır, aksine uygulama geçmişe etkili bir durum olurdu. Eski kanun da varlığını sürdürmez, zira işçiyi koruyucu nitelikte bir hüküm mevcut ve bu hüküm kamu düzenindedir. Bu sebeple derhâl yürürlüğe girecektir. Ancak bu hüküm işveren aleyhine konulmuş ceza koşulunun geçersizliğine ilişkin olsa idi kamu düzeninden sayılmayacağı için eski kanun varlığını sürdürecekti ve işverenden cezai şart talep edilebilecekti<sup>38</sup>.

### a. Genel İşlem Koşulları

TBK'da genel işlem koşullarına (GİK) ilişkin önemli düzenlemeler getirilmiştir. TBK ile getirilen en önemli yeniliklerden biri olan genel işlem koşulları alanında da yürürlük sorunları doğacaktır. Zira TBK öncesinde genel işlem

<sup>37</sup> Değişiklikten önce Tasarımın ikinci bölümünde yer alan hükümlerde bu açıkça belirtilmiştir (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/kanunlasan/2011y/6101ss.pdf>).

<sup>38</sup> Nitekim madde gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir: "Maddenin birinci fıkrasına göre, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulacak ceza koşulu geçersizdir. Buna karşılık hizmet sözleşmelerine işçi lehine ceza koşulu konulabilir. Böylece fıkra hükmü nispi emredici bir nitelik taşımaktadır". TBK madde gerekçeleri ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

koşullarının denetlenmesi ile var olan tek düzenleme tüketici işlemleri alanında getirilen, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a (TKHK) 2003 yılında eklenen 6. Madde ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"te yer alan hükümlerdi<sup>39</sup>. TBK ile sadece tüketici işlemleri ile sınırlı olmayan yeni hükümler getirilmiştir. Böylelikle Türk hukukunda uzun zamandır bir düzenleme ihtiyacı olan bir alandaki eksiklik kapatılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte her yeni getirilen kurumla olduğu gibi önemli yürürlük hukuku sorunlarının doğması da beklenir. TBK, genel işlem koşullarının denetimi için öngörülen üç denetim ayağına hükümleri arasında yer vermiştir: Yürürlük denetimi (m.20-22), yorum denetimi (m. 23), içerik (geçerlilik) denetimi (m.24-25). GİK denetiminde bugün yaygın olarak kabul edilen üç aşamalı bu denetim kısaca şu şekilde açıklanabilir<sup>40</sup>: Yürürlük denetimi GİK'in sözleşme içeriği olup olmadığının tespit edilmesi aşamasına ilişkindir. Yürürlük denetimi aşamasında takılan GİK, taraflarının bu konuda bir irade uyuşmasından bahsedilemeyeceği için, geçerliliğine ilişkin bir tartışmaya da girmeden, sözleşmeye dahil olmamış sayılacaktır. Dolayısıyla, yürürlük denetimi sözleşmenin kuruluşu ile ilgili bir aşamada yapılmaktadır. Yürürlük denetimi sonucunda GİK'in sözleşme içeriğine dahil olduğu sonucuna varılıyor ise bu sefer de GİK yorum yoluyla denetlenecektir<sup>41</sup>. Ancak bu aşamalardan sonra içerik denetimi yapılır. GİK'i içerik denetimi yaparak hâkim denetler ve yeri geldiğinde örneğin kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak, ölçsüz şekilde mağdur eden kayıtları geçersiz sayabilir<sup>42</sup>.

TBK'da yürürlük denetimi ile içerik denetimi sorununun karıştırıldığı gözlemlenmiştir<sup>43</sup>. Karşı tarafın menfaatine aykırı olan GİK'in sözleşme içeriğine dâhil olması sorunu yürürlük denetimine ilişkin bir sorun değildir, yürürlük denetiminde önemli olan karşı tarafın GİK kullanımından haberdar edilip edilmediğidir<sup>44</sup>. Düzenlemede yer alan bu karışıklık GİK'lerin yürürlüğü bakımından da sorun doğuracak niteliktedir. Bu hususu iyi açıklayabilmek için

<sup>39</sup> RG 13.06.2003, s. 25137. Genel işlem şartları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Yeşim M., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi*, 2. Bası, İstanbul, 2001; **Havutçu**, Ayşe, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Göre Korunması*, İzmir, 2003.

<sup>40</sup> **Atamer**, Yeşim M., "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 292-331, (s. 292).

<sup>41</sup> GİK'i düzenleyen aleyhine yorum yöntemi, karşı. TBK m. 23.

<sup>42</sup> **Atamer**, (Kocayusufpaşaoğlu için Armağan), s. 326.

<sup>43</sup> **Atamer**, Yeşim M., *Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, HPD 2005, c.4, s. 109-115, (s. 111): "*Tasarının soruna ilişkin düzenlemesine bakıldığında ise ne yazık ki yürürlük denetimi ile geçerlilik denetimi sorununun birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Zira tasarı, karşı akdin menfaatine aykırı olan GİŞ'in sözleşme içeriği olması sorunu üzerinde durmakta GİŞ'in genel olarak sözleşme içeriği olması sorununu ise cevapsız bırakmaktadır. Oysa yürürlük denetimi aşamasında hakim GİŞ'in karşı tarafın menfaatine olup olmadığı sorunu üzerinde durmaz. (...) Önemli olan, Türk hukukunda da genel kabul gördüğü üzere, güven kuramı çerçevesinde sözleşme içeriğini tespit etmektir. Yani karşı akdin GİŞ kullanımından haberdar edilip edilmediğine bakmaktır*".

<sup>44</sup> **Atamer**, (HPD), s. 111.

öncelikle yukarıda açıkladığımız sözleşmeler alanında geçerli formülün GİK'ler bakımından nasıl uygulanacağını belirlemek gerekir: GİK de bir sözleşme uygulaması olduğu için GİK'ler bakımından da esasen GİK'lerin kurulduğu zamandaki kanunun bu sözleşmeler bakımından geçerli olması gerekir (*eski kanunun varlığını sürdürmesi*). Bununla birlikte GİK'lerin sözleşmenin zayıf tarafını koruması ilkesi doğrultusunda geliştirilen bir kurum olması sebebiyle, bunlara ilişkin kanun hükümleri kamu düzeninden sayılacağı için bu ilkeye istisna tanınacak ve GİK'lerin süregelen hukuki sonuçlarına etki eden TBK hükümleri derhâl yürürlüğe girecektir (*kamu düzeni nedeniyle sözleşmeler bakımından da kanunun derhâl yürürlüğe girmesi*). Sözleşmenin kuruluşuna ilişkin hükümler ise, kurulduğu zamandaki hukuk düzenine uygun olan GİK'lere etki etmeyecektir zira geçerli bir şekilde kurulmuş GİK'leri geçersiz kılmak, kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesine aykırı olur (*kanunların geçmişe etkili olmaması*). Dolayısıyla, GİK'in sözleşmenin içeriğine dahil olup olmaması sorununa ilişkin yürürlük denetimi ile ilgili hükümler, TBK yürürlüğe girmeden önce kurulmuş olan GİK'lere uygulanmayacaktır. TBK'nın yorum denetimi ve içerik denetimi ile ilgili hükümleri ise, GİK'e ilişkin hükümlerin kamu düzeninden olması nedeniyle derhâl yürürlüğe girecektir.

Bu açıklamalardan sonra TBK'da esasen yürürlük denetimi ile içerik denetiminin karıştırılmış olmasının yaratacağı sakınca anlaşılır. Yürürlük denetimine ilişkin m.20 vd. hükümleri TBK yürürlüğe girmeden önce geçerli bir şekilde sözleşme içeriğine girmiş GİK'lere uygulanmamalıdır. Bunun aksi yorum kanunun geçmişe etkili bir şekilde yorumlanamayacağı ilkesine aykırı olacaktır. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere kamu düzeni gerekçesi ile bile kanun koyucunun açık iradesi yoksa kanun geçmişe etkili bir şekilde yorumlanamaz<sup>45</sup>. Yorum denetimine ve içerik denetimine ilişkin TBK hükümleri ise (m.23-25) TBK öncesinde kullanılmış GİK'lere de derhâl uygulanacaktır. Örneğin, yoruma ilişkin 23. madde uyarınca TBK yürürlüğe girmeden kullanılmış bir GİK'de yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değil ise düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacaktır. Bu yoruma karşı, GİK kullanıldığı tarihte TBK yürürlükte değildir savunması dinlenmeyecektir. Bu şekilde TBK yürürlüğe girmeden önce kullanılmış, karşı tarafın menfaatine aykırı bir GİK'in

<sup>45</sup> Yarg. HGK, 09.03.1988, 1987/2-800-232, "*yasaları uygulama durumunda bulunanlar başta mahkemeler olmak üzere onları geriye yürütür sonuçlar doğuracak yolda yorumlamamakla yükümlüdürler*" (Kazancı Hukuk Otomasyon Programları). Bu konuda Tasarı'nın ilk halinde kanun koyucu GİK'in yürürlük denetimi ile ilgili hükümlerin geçmişe etkisi konusunda açık irade göstermiştir: "*m. 7- (1) Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde, Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25 inci maddelerinde öngörülen esaslara uygun hale getirilir*". Bu hüküm yasalasmış olsa idi, sözleşmenin içeriğine daha önce dahil sayılmış unsurlar geçersiz kılındığı için sözleşenlere bir yıllık süre verilerek sözleşmeyi yeni düzenlemeye uygun hale getirmeleri için imkan tanınmış olacaktı. Kanun koyucu bu tercih doğrultusunda hükmü yasalastırmış olsa idi, bu açık hükümlerle, kanun hükümlerinin geçmişe etkili kılınmasına iyi bir örnek teşkil edecekti ve tek denetim yolu anayasal ilkeler doğrultusunda olacaktı. Bu hüküm yasalasmadığı için açıkladığımız genel ilkeler doğrultusunda yürürlük denetimine ilişkin hükümlerin TBK öncesinde kurulmuş GİK'ler bakımından uygulanmaması gerekmektedir.

denetlenmesi de mümkündür, zira bu durum sözleşmenin kuruluşu aşamasına, başka bir ifadeyle yürürlük denetimine ilişkin bir husus değildir, içerik denetimine dahil bir husustur. Bununla birlikte bunun yürürlük denetimi ile ilgili maddelerde düzenlenmiş olması karışıklığa yol açacaktır. Bizim görüşümüze göre yorum yoluyla bunun aşılmasına bir engel yoktur. TBK yürürlüğe girmeden önce, bir kişinin GİK kullanımından haberdar edilmemiş olması GİK'in TBK yürürlüğe girmesinden sonra geçersiz olacağı anlamına gelmez, zira yürürlük denetimi aşamasındaki bir sorun bakımından sözleşmenin kurulduğu tarihteki düzenlemeler dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bununla birlikte karşı tarafın menfaatine aykırı düzenlemeler içeren bir GİK sırf TBK yürürlüğe girmeden önce kullanıldı ve bu yürürlük denetimine ilişkin hükümde yer aldı diye içerik denetiminden muaf tutulmamalı ve yürürlük hukuku ilkeleri bu şekilde yorumlanmalıdır. Aksi takdirde, TBK ile getirilmek istenen içerik denetiminin bir anlamı kalmayacaktır.

### **b. Kira Sözleşmeleri**

TBK'nın yürürlüğe girmesi ile 818 sayılı BK'nın yanı sıra (TBK m. 647) ve 6570 sayılı GKHK da (TBK Yür. Uyg. K. m. 10) yürürlükten kalkacaktır<sup>46</sup>. Kira sözleşmeleri ile ilgili getirilen değişiklikler açısından kiracının korunması esası gözetilerek düzenlemeler yapıldığı açıkça TBK'nın "Kira Sözleşmesi" başlığı taşıyan dördüncü bölümüne ilişkin gerekçede de belirtilmiştir<sup>47</sup>.

TBK yürürlüğe girmeden önce akdedilmiş olan ancak TBK yürürlüğe girdikten sonra da devam edecek olan kira sözleşmelerine TBK'nın hangi hükümlerinin ne şekilde uygulanacağı uygulamada merak uyandıran bir sorundur. Bu konuda kanun koyucu bazı hükümler öngörmüştür. Bu hükümlerle ilgili açıklamalarımıza geçmeden önce ilgili hükümler olmasa idi genel ilkelere göre kira sözleşmelerine hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin çözümün ne olacağını ve yürürlük kanunu ile bu sonuçtan, kanun koyucunun açık iradesi ile bir sapma olup olmadığını inceleyeceğiz.

Kira sözleşmeleri bakımından da geçerli olan ilke, sözleşmeler söz konusu olduğunda geçerli olan, eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesidir. Bunun tek istisnası kamu düzeni nedeniyle derhal yürürlüğe girecek kiracıyı koruyucu TBK hükümleri olacaktır. Bu nitelikte hükümler derhal yürürlüğe girecektir.

Yürürlük hukuku ile genel ilkeler uygulandığında çözüm böyle olmakla beraber kira sözleşmeleri bakımından kanun koyucu özel yürürlük hükümleri getirmiştir. TBK Yür. Uyg. K. Tasarısı'nın ilk halinde yer alan 9. madde yürür-

<sup>46</sup> Kira sözleşmeleri bakımından TBK'nın yürürlüğü ile ilgili önemli bir hüküm 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'un (R.G. 14.04.2011-27905) geçici 2. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre: "Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 322, 324, 330, 339, 341, 342, 343, 345, 346 ve 353 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur."

<sup>47</sup> TBK madde gerekçeleri için bkz. (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).

lük hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmış bir hükümdü. Yukarıda da belirttiğimiz üzere kanun koyucu her sözleşme tipinde ilkelerin tekrarından kaçınmış ve bu hükmü yasalaştırmamıştır. Sözleşmeler alanında yürürlük hukuku ilkelerinin kira sözleşmesine uygulanmasından ibaret olan bu hüküm şu şekilde idi: “(1)Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin 298 ila 377 nci maddelerinin kiracıyı koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kira sözleşmelerine de uygulanır.(2) Kiraya veren, Türk Borçlar Kanununun 346 ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre sözleşmeye son verme hakkını, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak beş yıl geçmedikçe kullanamaz”<sup>48</sup>. Öğretide Gümüş, bu hükmün yasalaşmamış olmasını farklı yorumlamaktadır. Yazar bunu şu şekilde ifade etmiştir<sup>49</sup>: “Söz konusu hüküm sonradan Tasarıdan çıkarılmış ve “eski kanunun yürürlüğünü” sürdürmesi ilkesi lehine alınan bu tavırla, eBK'nın yürürlük döneminde akdedilen (ve TBK'nın yürürlüğe girdiği tarihte hüküm ve sonuç doğurmaya devam eden kira sözleşmelerine TBK'nın kiracıyı koruyucu hükümlerinin uygulanmasını engellemiştir. Söz konusu düzenleme “eğer yasalaşsaydı” en başta şu eleştiriye maruz kalacaktı: “Kiracının korunması” mutlak olarak eBK'nın yürürlük döneminde kurulan bir kira sözleşmesi için TBK hükümlerini gerekli kılan kamu yararı oluşturmaz. Dolayısıyla Kanun Koyucunun söz konusu geçmişe etkili uygulama hükmü Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeye elverişli bir hüküm olarak karşımıza çıkacaktı (...) Kanun koyucunun yasalaşma aşamasında Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı'nın 9/I hükmünde yaptığı bu değişiklik, bu nedenle hayırlı olmuştur”. Bizim görüşümüze göre TBK Yür. Uyg. K. Tasarısı'nın ilk halinde yer alan 9. maddenin yasalaşmamış olması bu şekilde yorumlanamaz. Zira, bu hüküm, belirttiğimiz üzere yürürlük hukuku ilkelerinin, özel olarak kira sözleşmesi dikkate alınarak tekrarından ibarettir. Hükmün çıkartılmış olması kanun koyucunun kira sözleşmeleri söz konusu olduğunda yürürlük hukuku ilkelerinden sapma yönünde zımnen tercihte bulunduğu anlamına gelmez. Tam tersine bu şekilde bir yorum kanun koyucunun açık irade göstermediği bu durumda kamu yararından olduğu hiç kuşkusuz olan TBK'nın kiracıyı koruyucu hükümlerini BK dönemindeki sözleşmelere uygulamayarak yürürlük hukuku ilkelerine aykırılık taşır. Bu nedenle böylesi bir yorumun kendisi anayasal ilkelere uygun olmaz. Bu tür bir yorumla kira sözleşmelerine ilişkin kiracıyı koruyucu bir hükmü sadece TBK sonrasında akdedilmiş kira sözleşmelerine uygulamak, BK döneminde akdedilmiş süregelmekte olan kira sözleşmelerinde taraf olan kiracılar bakımından eşitlik ilkesine aykırı bir durum yaratacaktır<sup>50</sup>.

Öğretide İnceoğlu da bizimle aynı görüştedir. Baş ile kaleme aldığı makalesinde, yazarlar, kira parasının belirlenmesi ile ilgili hükümlerin (TBK m.

<sup>48</sup> Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 18 (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/kanunlasan/2011y/6101ss.pdf>).

<sup>49</sup> Gümüş, s. 7, 8.

<sup>50</sup> Bu tür bir yorum, TMK ile getirilen edinilmiş mallara katılma rejimini sadece TMK sonrasında uygulayan, 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.10'da yer alan mantığı çağrıştırmaktadır. Bkz. yuk. dn.26, **Baysal**, s. 490, 491.

344, m. 345) kiracıyı koruyucu nitelikte hükümler olduğunu, bu nedenle de kamu düzeninden olduklarında tereddüt etmemek gerektiğini belirtmişler ve bu hükümlerin derhal yürürlüğe gireceğinin isabetli olarak altını çizmişlerdir<sup>51</sup>. Bir diğer makalesinde yazar, kiracı aleyhine düzenleme yasağı getiren TBK m. 346 hükmünün de bu nitelikte bir hüküm olması nedeniyle tüm kira sözleşmeleri bakımından derhal yürürlüğe gireceğini haklı olarak belirtmiştir<sup>52</sup>. TBK m. 346 hükmüne göre<sup>53</sup>: “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*”. Dolayısıyla, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin bir sözleşme hükmü var ise bu hüküm etkisini doğurmaya devam eden bir sözleşme hükmü olduğu için TBK m. 346’nın derhal yürürlüğe girmesi ile geçersiz olacaktır<sup>54</sup>. Söz konusu hükümlere ilişkin tamamlanmış bir hukuki olgudan bahsedilemez zira henüz ödememe hali ortaya çıkmamıştır, bu nedenle TBK m. 346’nın geçmiş etkisinden bahsedilemez. Burada söz konusu olan TBK m. 346’nın kamu düzeninden olması nedeni ile derhal yürürlüğe girmesidir. Tekrar etmekte fayda vardır, yukarıda belirttiğimiz şekilde TBK’nın kiracıyı koruyucu nitelikte hükümlerin BK zamanında akdedilmiş ve TBK zamanında da devam etmekte olan kira sözleşmelerine de uygulanacak olmasının, kanunun geçmiş etkili olması ile bir ilgisi yoktur<sup>55</sup>. Zira burada sonuçlarını doğurmuş, hukuki etkilerini sonlandırmış bir sözleşme hükmünden bahsedilemez. Etkileri devam etmekte olan bir sözleşme hükmüne yeni kanunun etkisi bu kanunun derhal yürürlüğe girmesi şeklinde olur.

Konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından TBK m. 339-356 arasında kiracıyı koruyucu nitelikte birçok hüküm getirilmiştir. Bununla birlikte konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin sona ermesi ile ilgili de önemli değişiklikler yapılmıştır. Sona erme ile ilgili bu hükümler esasen her zaman kiracıyı koruyucu nitelikte hükümler değildir (karş. TBK m. 347 f. 1). Bu sebeple derhal yürürlüğe girmeleri düşünülemez, eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi geçerli olacaktır. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, kanun koyucu sona erme ile ilgili tüm TBK hükümlerini derhâl yürürlüğe sokmak konusunda açık irade göstermiştir. Bu iradesi yukarıda açıkladığımız üzere TBK Yür. Uyg. K. m. 1 c. 2’de yer almaktadır: “*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir*”. Dolayısıyla, kanun koyucu-

<sup>51</sup> **İnceoğlu**, Murat/**Baş**, Ece, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi” in Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 523-547, (s. 542, 543).

<sup>52</sup> **İnceoğlu**, Murat, “Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı (TBK m. 346)”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan-Armağan, İstanbul, 2012, s. 671-688, (s. 682, 683).

<sup>53</sup> Bu hüküm de 6217 sayılı Kanun’un (R.G. 14.04.2011-27905) geçici 2. Maddesinde öngörülen yürürlüğü bazı kira sözleşmeleri bakımından 5 yıl süre ile ertelenen hükümlerdendir. Bkz. yuk. dn. 46.

<sup>54</sup> **İnceoğlu** da, TBK yürürlüğe girdiği tarihten itibaren mevcut kira sözleşmelerinde bulunan ödememe haline ilişkin cezai koşullar ile muacceliyet koşullarının da kendiliğinden geçersiz hale geleceği görüşündedir, **İnceoğlu**, s. 683.

<sup>55</sup> Aksi görüş, **Gümüş**, s. 6, 7.

nun açık iradesi gereği TBK'da yer alan kira sözleşmelerinin sona ermesi ile ilgili tüm hükümleri tüm kira sözleşmeleri bakımından derhâl uygulanacaktır<sup>56</sup>. Böyle olunca TBK m. 347 ile ilgili şöyle bir durum ortaya çıkmıştır: TBK m. 347 uyarınca kiraya veren, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarında, *on 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 verebilecektir. TBK Yür. Uyg. K. m. 1 c. 2 dikkate alındığında bu hüküm kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkin bir hüküm olduğu için derhâl yürürlüğe girecektir. Bunun anlamı şudur: TBK yürürlüğe girmeden kurulmuş ve örneğin 6570 sayılı Kanun m. 11 uyarınca aynı şartlarla bir yıl uzayarak on beşinci yılına giren bir kira sözleşmesini, TBK'nın yürürlüğe girmediği anda, kiraya veren, on yıllık uzama süresi dolduğu için herhangi bir sebep göstermeksizin sona erdirebilecektir. Kanun koyucu bunun yol açabileceği paniği ve kiracı aleyhine yaratacağı sonuçları öngörerek TBK m. 347'nin yürürlüğünü ertelemek ihtiyacı hissetmiştir. TBK Yür. Uyg. K.'ya geçici bir madde TBMM'de görüşmeler esnasında verilen önerge sonucu, önerenin kabul edilmesi ile metne eklenmiş ve tasarı bu şekilde yasalaşmıştır<sup>57</sup>. TBK Yür. Uyg. K. geçici 2. maddesi şu şekildedir: *“Bu Kanununun 1 inci maddesinin son cümlesi hükmü bir defaya mahsus olmak üzere, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Türk Borçlar Kanununun 347 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl; on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanır”*.

Dolayısıyla yukarıda verdiğimiz örnekte kiraya veren, sözleşmeyi hiç bir sebep göstermeksizin ancak TBK'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 1/7/2012 tarihinden en erken iki yıl sonra, 1/7/2014 tarihinde sona erdirebilecektir.

Kira sözleşmelerinin bu şekilde sona erdirilmesinde kanun koyucunun yürürlük hukuku bakımından tercih ettiği bu yol, kiracı lehine koruma getirildiği iddia edilen bir kanun söz konusu olduğu için düşündürücüdür. Ancak bir hukuk politikası tercihi olan bu husus, başka bir çalışmanın konusu olabilecektir.

<sup>56</sup> TBK m. 347, 6217 sayılı Kanun'un (R.G. 14.04.2011-27905) geçici 2. maddesinde öngörülen yürürlüğü bazı kira sözleşmeleri bakımından 5 yıl süre ile ertelenen hükümlerden değildir. Tüm kira sözleşmeleri bakımından istisnasız 1/7/2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bkz. yuk. dn. 46.

<sup>57</sup> Geçici ikinci maddenin eklenmesine ilişkin verilen önergede ise, gerekçe şu şekilde belirtilmiştir: *“Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş olan kira sözleşmelerinden on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte, geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin son cümlesi hükmü bir defaya mahsus olmak üzere yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl sonra, on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl (önergede ve hükümde iki yıl) sonra uygulanması, böylece Türk Borçlar Kanununun 347 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin derhâl uygulanması sonucunda kiracıların zarara veya mağduriyete uğramalarının ve doğması muhtemel sorunların önlenmesi amacıyla bu değişiklik önergesi verilmiştir”*. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil5/bas/ b050m.htm>.

## SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşıldığı üzere yürürlük hukuku oldukça karmaşık ancak bir o kadar da gerekli bir hukuk dalıdır. Yürürlük hukuku ilkeleri konusunda en doyurucu ve net çözümleri modern teorisinin getirdiğini söylemek mümkündür. Zira bu kadar karmaşık bir alanda “kazanılmış hak” gibi ne olduğu oldukça tartışmalı bir kavramla çalışmak doyurucu çözümler getirmeyecektir.

TBK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte önemli yürürlük hukuku sorunları gündeme gelecektir. TBK'nın kapsamına giren borç ilişkilerinden özellikle sözleşmeler alanında net çözüm üretecek bir yürürlük hukuku formülüne ihtiyaç olduğu açıktır. TBK Yür. Uyg. K. bu konuda genel ilkeleri belirtmiştir. Bu kanunda belirtilen ilkelerden yola çıkılarak ve modern teori de dikkate alınarak elde ettiğimiz formül şu şekilde özetlenebilir: Sözleşmeler taraf iradelerinin ön planda olduğu, içerikleri tarafların iradeleri gözetilecek işlemlerden olduğu için, TBK yürürlüğe girdikten sonra da kural olarak kuruldukları zamandaki kanuna tabi olacaklardır (*eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi*, karş. TBK Yür. Uyg. K. m. 1 c. 1 ve m. 3). Buna karşılık TBK'nın kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları sözleşmeler bakımından da derhal yürürlüğe girecektir (*kanunların derhal yürürlüğe girmesi ilkesi*, karş. TBK Yür. Uyg. K. m. 2). Ancak hiçbir durumda eski kanun zamanında kurulmuş ve sonuçlarını doğurmuş olan bir hukuki ilişki yeni kanunla geçersiz kılınmaz, bir kanun hükmü hâkim tarafından bile bu şekilde yorumlanamaz (*kanunların geçmişe etkili olması yasağı*).

Yasa koyucunun açık irade göstermesi durumunda ise yukarıda belirttiğimiz bu ilkelerden sapılabilir. Yasa koyucu, eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesi yerine derhal yürürlük ilkesini devreye sokabilir (karş. TBK Yür. Uyg. K. m. 1 c.2). Hatta yasa koyucu açık irade göstererek kurulmuş, sonuçlarını doğurmuş bir ilişkiye bile müdahale edebilir, başka bir deyişle, bir kanun hükmünü geçmişe etkili kılabilir. Bunun yegane sınırı anayasal ilkelerdir.