



# HÜKMÜN ETKİLERİ VE KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

## Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi

Prof. Dr. Walther J. Habscheid, Würzburg/Genf (\*)  
Çeviren, Dr. Abdurrahim KARSLI

### UMUMİ BAKIŞ

#### Problem Hakkında.

#### I. Kısım. Hükümün Etkileri ve Geriye Etkili Kanun.

#### I. Görüşlerin Durumu Hakkında.

A) Geriye Etkili Kanun Kavramının Belirlenmesi.

B) Geriye Etkili Kanunlar İçin Misaller.

C) Şimdiye Kadarki Çözüm Arayışları.

#### II. Anayasa Hukuku Açısından Ortaya Çıkacak Problemler Hakkında.

Geriye Etkili Kanun ve Hükme Göre Emniyet Altına Alınmış Olan Hukuki Durumlara Müdahale.

A) Anayasal Olarak Özellikle Korunan Haklara ilişkin Kabulün Ortaya Çıkması Durumunda, Davada Haklı Çıkan Davacının Mükellefiyetleri Hakkında Hükümün Sonuçlarına Müdahale.

B) Bu Şartların Dışında Hükümün Sonuçlarına Müdahale.

#### III. Kanunkoyucunun Anayasal Bir Bağlantısının Bulunmadığı Durumlarda Yorum İlkeleri.

A) Önceki Tezler: Hükümün Etkilerine Uyuma İlkesi.

B) Yeni Davakonusu Teorisine Karşı, Güvenlik Tezi.

#### II. Kısım. "Önceye Etkili Hüküm" ve Ex. Nunc Kanun Değişiklikleri.

#### I. Tesbit ve Eda Hükümleri.

A) Görüşlerin Durumu Hakkında.

B) Şahsi Fikrimizin Tahakkuku.

#### II. İnşâî Hükümler.

A) Problem ve Görüşler Hakkında.

B) Şahsi Fikrimizin Tahakkuku.

Sonuçlar.

(\*) Bu çalışma Antonio Segni armağanında İtalyan lisanında yayımlandı. Almanca olarak kaleme alınan bu yayın başka alanlara da götürülmelidir.

(Çevirenin Notu).

Prof. Dr. Habscheid'in, tercüme ettiğim "Hükmün Etkileri ve Kanun Değişiklikleri" başlığını taşıyan bu incelemesinden doktora tezimi hazırlarken faydalanmıştım. Kanaatimce de ehemmiyetli olmasına rağmen, makalenin yazarının kendine mahsus üslubu, ifade tarzı ve konuya daha çok felsefi açıdan yaklaşarak meseleleri izaha çalışması gibi sebeplerle, metnin oldukça zor anlaşılır olması dolayısıyla, o faydalanmadan sonra, bu makaleyi bir tarafa bırakmıştım. Fakat her zor işte bizi teşvik etmesi gibi, bu çalışmada da, sayın hocamız Prof. Dr. Saim Üstündağ konunun önemi hususunda ısrar ve beni teşvik ederek, yer yer de yardımcı olarak, çevrilmesi oldukça zor olan bu makaleyi tercüme etmemi istedi. "İnat duygusu, yanlış yönde kullanılırsa muhakkak zararlıdır, fakat iyi yönde kullanılırsa, hakta sebat olur" diye, öğrendiğim bir kural vardır. Bu kaidenin her güzel şeye şumülü varmış! Bu sebeple vaki yönlendirmesi dolayısı ile hocama teşekkür etmek isterim.

Habscheid'in makalesi, her ne kadar yıllar önce (ZZP. Band. 78, Heft. 6, 1965) yayınlanmış bir inceleme ise de, hâlâ önemini devam ettiren bir incelemedir. Bunun en birinci sebebi şudur:

Söz konusu incelemeye konu teşkil eden problemler, 19. yüzyılda farklı, daha sonraki yıllarda farklı şekilde çözümlenmek istenirken, günümüzde hâlâ bir sonuca bağlanabilmiş değildir. Özellikle Türk Hukuku açısından bu hususta tam bir kargaşa yaşanmaktadır. Bu kargaşaya birçok konuda örnek zikredilebilmesi mümkündür, fakat bunun en bariz misali, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun açtığı rücu davalarıdır. Çünkü Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından açılan rücu davaları hakkında kesin hüküm elde edildikten sonra, yeni kanunî düzenlemeler neticesinde, sosyal sigorta yardımlarında meydana gelen artışlar ve bu sebeple kurumun yaptığı ödemeler dolayısıyla, kurum tarafından yeniden rücu davaları açılmaktadır. Bunun tabii neticesi bir insanın, mesela sigortalı işçinin zararına sebep olan işverenin, yasa gereği her artış neticesinde yeniden, diğer bir ifade ile, ömür boyu aynı ihtilaftan dolayı davaya muhatab olması demektir (Bkz. Tuncay, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücuunda Karşılaşılan Sorunlar, İBD, 1987, sy. 4- 6, s. 246; Karlı, Rücu Davaları, İstanbul, 1994, s. 171 vd). Bu çok sarıh ve önemli misalde olduğu gibi, mukayeseli hukukta ve özellikle de Türk Hukukunda problem hâlâ devam ediyor ve canlılığını koruyor demektir. Bu açıdan bakılırsa tercüme edilen bu makale, önemini hâlâ muhafaza eden bir konuya ilişkin bulunmaktadır.

Çevirisini yapmış olduğum incelemeyi önemli kılan ikinci bir husus, yazarın da kendi ifadesiyle, söz konusu inceleme yalnız Alman Hukuku ile sınırlı kalmamış, bütün kara Avrupası hukukları açısından konular incelenmiştir. (Bkz. ileride tercümede dpn. 28 civarı).

İncelemeyi önemli kılan üçüncü önemli husus ise, incelemenin sadece adli yargı ile, hatta sadece usul hukuku ile de sınırlı olmamasıdır. Yazar, özel maddi hukuka ilişkin kanun hükmünün değişikliğinin, ilamın sonuçlarına etkisini incelediği gibi (bkz. mesela dpn. 23, 24 civarındaki misaller), bir anayasa mahkemesi kararının (dpn.21), bir teşri'i tefsirin (dpn.20), bir usul kanunu değişikliğinin (dpn.22) de ilamın sonuçlarına etkisini ve ilama göre elde edilen hakların mahiyetini (dpn. 89, 95), bunların anayasal haklar ve maddi hukukta düzenlenmiş diğer haklarla mukayesesini de inceleme konusu yapıyor. Yine Türk Hukukunda, her ne kadar pozitif bir hükümle düzenlenmemiş olsa dahi, Anayasa Mahkememizin kararlarına, Temyiz Mahkememizin kararlarına konu teşkil eden "usuli kazanılmış hakkı, dava konusu, dava sebebi ve dava değiştirme yasağı" gibi, ihti-

laflı meseleleri inceleme konusu yapmaktadır. Nihayet ikinci bölümde, ileri etki eden hükümler ve kanun değişikliklerini incelerken, tesbit davaları, eda davaları ve inşai davalar açısından konuyu ayrı ayrı ele almaktadır.

Dolayısıyla bu inceleme her ihtilaflı yargıda ortaya çıkabilecek bütün bu benzer problemlere ışık tutabilecek niteliktedir (Bkz. tercümede dpn. 29 civarı).

Dördüncü önemli bir husus, incelemenin yazarının iddiasını gerçekten doktrin ve uygulamadan seçtiği ikna edici delillere ve örneklere dayandırmış olmasıdır. Bu sebeple yazar kendisinin de ehemmiyet verdiği bu makalesinin, ilk sahifesinde verdiği bir dipnotla, makalenin Almanca ve İtalyanca lisanlarında neşredildiğini, başka lisanlarda da neşredilmesi gerektiğini arzu etmiştir.

İşte yukarıda kısaca önemini ifade etmeye çalıştığım makalenin tercümesinde, yer yer dipnotlarında, çevirenin notu şeklinde kısa izahlar, Türk Hukuk doktrininden söz konusu konuya ilişkin düşünceler ve uygulamamızdan seçtiğim önemli misallerle, okuyucu için tercümenin daha da yararlı olmasını temine çalışacağız. Bu atıfları, (çn). (çevirenin notu) şeklinde bir kısaltma ile belirteceğiz.

### PROBLEM HAKKINDA

Genellikle hükmün etkileri ile, hükmün kesinleşmesinden sonra meydana getirilen hukuki düzenleme arasında çatışmalar meydana gelmez. Çünkü, bir muhakemenin kati olarak sona erdirilmesinden sonra, oluşan haklar; bu haklar ister yeni vakıalara, isterse yeni kanunlara dayansın, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın dava konusu yapılabilirler. Bu bütün hukuk düzenlerinde tamamen tartışmasızdır (1) (çn). Mesela, bir davacı, 1.2.1961 tarihinde, bir tereke üzerinde bir hak talebinde bulunmuş ve mahkeme, söz konusu edilen murisin henüz yaşadığı kanaati ile, bu talebi 1.2.1962 tarihinde kesinleşen bir hüküm ile reddetmiş ise, bu halde davacının, kesinleşen hükümden dolayı, 1.2.1963 tarihinde aynı maksada yönelik yeni bir dava açıp ve murisin bu geçen zaman zarfında ölmesini sebep olarak ileri süremeyeceği söylenemez.

Yeni vakıalar olarak ki, bunlar kesin hüküm halini almış bir kararı bu anlamda ortadan kaldıran vakıalardır, bozucu bir şartın ortaya çıkmasını da düşünmek gerekir (2). Eğer bir kimse, belirli bir şey üzerinde, bozucu şarta bağlı olarak, mülkiyetin tesbitine ilişkin bir hüküm elde etmiş ise ve bilahare bu şart gerçekleşmiş ise, bu takdirde daha önce davayı kaybeden taraf, önceki davacının ve yeni davada davalının, o şeyin maliki olmadığı ve daha önce de olmamış bulunduğu (olamayacağı) tesbitine ilişkin

(1) Hepsi için bkz. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 9. Bası., 1901, s. 150 III 2; Liebman, Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione, Rom 1931, s. 197; Heinitz, I limiti oggettivi della cosa giudicata, Padua 1937, s. 233; Guldener, Das schweizerische Zivilprozessrecht, 2. Bası., 1958, s. 312; Petschek-Stagel, Der österreichische Zivilprozess, Wien, 1963, s. 286; uygulamadan deliller ile Perrot, Encyclopedie Dalloz, 1955, chose jugee, Nr. 160-162.

(çn). Halbuki Yargıtay daha yeni sayılabilecek bir İBK'da, "21.6.1987 gün ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra yeni yasal düzenlemeye dayanılarak, imar ihya nedeniyle açılan tapu iptal ve tescil davalarında, kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılıp da reddedilerek kesinleşmiş bulunan tapu iptal ve tescil davalarına ilişkin kararlar, o kararlarda imar ihya olgusu sabit görülmüş olsun veya olmasın kesin hüküm oluşturur", şeklindeki kabulü ile, aksi yönde bir karar vermiştir. (İBK. 19.10.1990, E. 1990/3, K. 1990/5, YKD. c. 17, sy. 4 Nisan 1991, s. 488 vd). Yani yeni kanunla meydana getirilen, önceki davada dava konusu olmayan bir hakkın artık kesin hükme kağımen dava edilemeyeceğini kabul etmiştir. Yine Türk Yargıtayı'nın burada zikrettiği içtihadına uyan ve uymayan, birbiri ile çelişkili uygulaması ve görüşler hakkında bkz. Karşılı, Rücu Davaları, s. 171 vd.)

yeni bir dava açabilir.

1- Bütün bunlar açık ve seçiktir. Eğer bu prensibi mantıki sonuca uygun olarak, her yerde uygularsak, bu takdirde ondan şüphesiz şimdiden, tesbit edilmeye değer olan bir takım sonuçlar ortaya çıkar.

a- Bir kere burada söz konusu olan, reddedilen inşai davaların yenilenmesi sorunudur ki, bunlar özellikle Fransız uygulama ve doktrinine bazı kafa yoran güçlükler çıkarmışlardır.

Vichy hükümeti tarafından 1941 yılında çıkarılan kanuna göre (3), kendisinin kusuru yüzünden ayrı yaşaması hakkında karar verilen bir kocanın, üç yıl geçtikten sonra bu ayrı yaşamanın boşanmaya dönüştürülmesini talep edebilmesi öngörülmüş; ancak bu talebi kabul etmek ya da etmemek hakim takdirine bırakılmıştı. (İşte yenilik burada saklı idi). Vichy hükümetinin yıkılmasından sonra 12.4.1945 tarihli kararname ve 18.3.1946 (4) tarihli kanun daha önceki hukuki durumu tekrar ihya etmiştir ki buna göre, hakim kusurlu olarak ayrılmış bulunan kocanın talebini kabul etmek zorunda bırakılmıştı. Şimdi burada, Vichy rejiminin egemen olduğu bir dönemde, bir mahkemenin, kendisine tanınan takdir yetkisini, davacının lehine kullanmayıp, talebi reddetmesi ve bunun (yani boşanma talebinin) kesin hüküm halini almasından sonra, (yeni düzenlemeye göre) tekrarlanan taleplerde, davacının talebinin kabul edilip edilmeyeceği sorusu ortaya çıkıyor. Nitekim Lyon bidayet mahkemesi (5), böyle bir halde davacıya yeni kanunu iddialarına mesned gösterme imkânını tanımamıştır. Uygulama ve doktrinde ağırlıkta olan görüş, doğru olanın bu hallerde de ayrı yaşama halinin boşanmaya dönüştürülmesine cevaz verilmesi olduğu merkezindedir ki, bu hallerde bir nevi kanuna (6) tabi kılınan bir geri etki etmeye sığınılmaktadır (7). Daha önce, bu ihtilafla uğraşan mahkemenin, olumsuz takdir kararının, kesin olarak bir bağlayıcı etkisinin olmadığı da kolaylıkla iddia edilemeyecektir (8). Aksi halde, 1941 tarihli yasanın var olduğu kabul edilerek, maddi durumda bir değişiklik olmadan (keyfiyet değişmeksizin), her gün yeniden başarı şansları ile dava açılabilirliği gibi kabulü imkânsız bir sonuca da varılmış olunacaktı. 1945 tarihli kararname ve 1946 tarihli kanun, eski hukuki durum altında verilen hükmün engel teşkil etmediği iddia edilen daha birçok yeni haklar ortaya çıkarmıştır (9). Bu sebeple, bu hükümlerin geri etki etmesi konusunda uğraşmaya gerek yoktur.

Aynı prensipler, eğer idari bir muameleye karşı iptal davası açılmış, bu dava reddedilerek kesin hüküm halini almış ise, daha sonra, yeni bir idari davanın bir idari muameleyi kaldırmak maksadı ile açılıp açılmayacağı probleminin söz konusu olduğu hallerde

(3) 2.4.1941 tarihli kanun.

(4) 12.4.1945 tarihli kararname, D. 1945.2.145; Kanun No. 46. 446.

(5) 18.3.1952 tarihli hüküm, SJ., 1953, ed Avoues IV. 2052, 2e espece E.R. imzası ile tasvib eden açıklamalar ile dpn. 6'da belirtilen Lagarde'ye atıf yapıyor.

(6) Perrot, Juris-Classeur, Art. 1351 CC. Nr. 227.

Hebraud-Raynaud, Revue trim, dr. civ. 1953, s. 371 Breton, jcp. 1946 1.575 Nr. 47;

Roubier, Le droit transitoire, 2. Bası, Paris 1960 s. 334 vd.

Lagarde, Rev, trim dr. civ. 1954, 107;

Lyon yerel mahkemesinin 3.4.1946 tarihli eski bir kararı SJ. 1953 IV. 2052; daha önceden benzer bulunan haller için, Alger yerel mahkemesinin, 5.3.1902 tarihli karar, S. 1906.2.10 Cass. req. 11.1.1911 tarihli karar, DP 1911.1.408.

(7) Cass. (Temyiz (Mahkemesi)'nin dpn. 6'daki kararı, buna karşı haklı olarak dpn. 6'da zikredilen Roubier.

(8) Açıkça bu yönde dipnot 6'da belirtilen Hebraud-Raynaud.

(9) Kira sözleşmesinin feshi davaları için benzerlik, Cass. soc.nin. 5.3.1948 tarihli karar, Bull.1948, 289.

de geçerli olur. BVerwG (Federal Alman İdare Mahkemesi) tarafından bu manada karara bağlanan bir olayda (10), önce çevre koruması hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesi ile, bir binanın yıkılması tasarrufuna karşı açılan bir iptal davasında, dava reddedilmiş ve kesin hüküm halini almıştı. Ancak bu karar henüz icra edilmeden önce, çevre koruması hakkındaki kanuni hükümler davacının lehine olarak değişmişti. BVerwG (Federal İdari Mahkemesi) bu durumda, -maddi hukuk bakımından gerekli özelliğe sahip olması-prensibinden hareketle, daha önce hukuka aykırı olarak inşa edilmiş ve daha sonra mahkemece uygun görülmüş olan idari işleminden dolayı, binanın yıkılmasının caiz olmadığı ve idari işlemin icrasının da artık mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

b- Yeni durumun (yeni maddi vakıaların) yeni bir davaya cevaz verebilmesi için ortaya çıkabileceği zaman ise, eski muhakeme esnasında son kere yeni vakıaların ileri sürülebileceği o mercideki, son şifahi müzakere zamanıdır. Almanya'da bu safha kural olarak istinaf merciidir (Berufungsinstanz) (11) (çn). Temyiz merciinde (Revisionsinstanz) yeni ortaya çıkan vakıalar, prensip itibariyle artık nazarı itibare alınamazlar. Eğer borçlu şifahi müzakerenin bitmesinden sonra, istinaf mahkemesinin huzurunda borcunu ödemişse, bu takdirde hakkında temyize müracaat edilen karar yine de tasdik edilir. Eğer bu halde davada haklı bulunan davacı bilerek, bu kararı icra etmeye kalkarsa bu takdirde borçlu icranın durdurulması davası yolu ile ZPO. Par. 767 uyarınca başka bir yola müracaat eder. Fakat yeni vakılardan farklı olarak, yeni kanunlar temyiz merciinde de ileri sürülebilirler. Hatta onlar orada "Jura novit curia" ilkesine göre re'sen nazara alınmak mecburiyetindedirler. Gerçi bu husus kanunda açıkça ifade edilmemiştir, fakat bu gün temyiz kanun yolunun "Devolutiveffekt" (itiraz sebebiyle ihtilafın devam etmesi) etkisinden dolayı bu kolaylıkla anlaşılır (12).

(RG.-Reichsgericht) Alman imparatorluk Temyiz Mahkemesi'nin daha önceki kanuna aykırı olan uygulaması da bununla aşılmış ve geçerliliğini yitirmiş oluyor (13). Ayrıca bundan şu mantıki sonucu çıkarmak gerekir ki, oluşturulan bir hukuki durumun esasını teşkil eden bir kararın, kesin hüküm şeklini alması, zaman bakımından temyiz mahkemesinin kararına kadar genişletilmelidir. Bu sebeple, temyiz mahkemesinin son şifahi-

(10) BVerwG'in 8.5.1958 tarihli kararı, BVerwGE. 6, 321 vd. NJW. 1958, 1315. sorumluluk davaları için aynı yönde BVerwG'in 24.1.1957 tarihli kararı, BVerwGE.4, 250 vd., DVBl.1957, 466; BVerwG. 27.5.1960 tarihli karar, DVBl, 1960, 856, tasvib eder şekilde Eyerman-Fröhler, VwGO, 3. Bastı, §. 121, RdNr. 27, 30; Komblum, JZ. 1962, 654 vd., 655.

(11) Karşılaştırınız, bütün haller için dpn. 6'da zikredilen Rosenberg. (çn). Acaba Türk Hukukunda maddi vakıaların ileri sürülebileceği en son usuli kesit nedir? Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzun mevcut düzenlemesine göre, davacı, dava dilekçesinde, dava talebini inşa eden bütün maddi vakıaları beyan etmek zorundadır (m. 179). Davalı ise, cevap layihasında ilk itirazlarını ve esasa ilişkin bütün savunma sebeplerini birlikte olacak şekilde ileri sürmek zorundadır. Davalının cevap layihasını, davacıya tebliğden sonra, davacı sadece bu defilere cevap teşkil eden replik vakıalarını hepsi birlikte üzere ileri sürmelidir. Buna karşı davalı da, duplik vakıalarını yine hepsi birlikte olmak üzere ileri sürmek zorundadır. Bu safhanın tamamlanmasından sonra, devam eden yargılamaya artık yeni vakıaların veya önceki vakıaları değiştiren vakıaların dahil edilmesi mümkün değildir (m. 185, 202). (Bkz. Türk Hukuku açısından bu hususta teferruatlı bilgi için, Üstündağ, İddianın ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul, 1967, §. 81 vd, özellikle 107 vd., aynı eserde mukayeseli hukuk için §. 110 vd.).

(12) Karşılaştırınız, Literatürden hepsi yerine dpn. 6'da zikredilen Rosenberg, §. 140. III. 4; Meiss, ZZZP 65, 114 vd.; Uygulamadan misal olarak karşılaştırınız, BGH'nin 26.2.1953 tarihli kararı, BGHZ. 9, 101 vd.; diğer örnekler için Rosenberg, zikri geçen yerde.

(13) RG. 28.12.1899 tarihli karar, RGZ, 45.95 vd. 98; 18.1.1900 tarihli karar, RGZ. 45, 418 vd. 421.

müzakeresinden sonra etkili olan böyle bir kanun, kesin hükmün dokunamadığı yeni bir maddi hukuki durum yaratır. Böyle bir kanuna karşı, münhasıran sadece ZPO Par. 767'ye göre, icraya karşı dava (kurallarına) dayanılabilir. İşte bu sebeple şerh literatüründe, bir kanun değişikliği, belirli hallerde tamamiyle ZPO. Par. 767'nin şumulünde sayılırsa (14), ikinci fıkrada maddi vakıalar merciinin son duruşmasıyla sınırlandırılırsa, yahut bu zamanın genel olarak, maddi kesin hükmün etki anı için ölçü olduğu iddia edilirse (15), bu takdirde doğru olarak, bunun sadece maddi mesele ile sınırlandırma şeklinde anlaşılması gerekir.

Yeni kanunların temyiz merciinde ileri sürülebilmesi hakkında, burada Almanya için söylediklerimiz, aynı şekilde Avusturya (16) ve İtalya Temyiz Mahkemesi (17) için de geçerlidir.

Fransa'daki hukuki durum bundan farklıdır. Fransız Temyiz Mahkemesi'ne (Cour de Cassation) göre, itiraz edilen hükmün verilmesinden sonra, ortaya çıkan bir kanun değişikliği nazarı itibare alınmaz (18), ancak istinaf mahkemesi bunu nazara alabilir (19). (çn). Maddi kesin hükmün etkisi için, zaman bakımından kriter olarak mahkeme huzurundaki muhakemenin bitimi anı esastır.

2- Bir kanun değişikliğinin nazarı itibare alınması için, esas alınacak yürürlük gününün tesbiti ile, zannedildiğinin aksine, bizim meselemiz hemen açıklığa kavuşmuş olmuyor. Bunun için sadece Avusturya'da büyük bir ilgi uyandırmakla kalmayan, ilk bakışta nazara çarpan "Habsburg hadisesi" buna canlı örnektir.

(14) Karşılaştırınız, ayrıca Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, 28. Bası, 1963, §. 767, 2.C; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, dpn. 2'de zikredilen eser, buna karşı doğru olarak Wieczorek, Zivilprozessordnung, Berlin, 1958, §. 767. D. 1b. 3.

(15) Rosenberg, §. 150 III 2; Thomas Putzo, Zivilprozessordnung mit Nebengesetzen, München 1963, §. 322, 6; A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, Berlin 1963, §. 90 I bis III; A. Nikisch, Zivilprozessrecht, 2. Bası, 1952, §. 107 I; Lent-Jauemig Zivilprozessrecht, 12. Bası, 1965, §. 63 V.

(çn). Yazar burada kesin hükmün zamanla sınırlandırılması konusunu işlemiştir. Alman hukukunda kesin hüküm, zaman, konu ve şahıslara göre olmak üzere üç noktada sınırlandırılmıştır. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Jauemig, Zivilprozessrecht, 22. Bası, München, s. 63. I, s. 219.

(16) OGH'in 16.1.1957 t.li kararı, S.Z. XXX, Nr. 4; Bu kararda özellikle geriye etkili yeni kanunlardan söz edilmektedir. Gerçekten bu kararda; ancak bu gibi kanunların, kanun yolu merciinin kararına kendiliğinden etkisi olduğu gerçeğine işaret edildiği görülmektedir ki, bu kararların zamana bağlı geçerlilik alanları dava konusu yapılmaktadır.

(17) Bkz. bunun için Costa, Manuale di diritto processuale civile, 2. Bası, Turin 1959, s. 479 vd; Ciovenda, 73'deki açıklamalar, Nr. 594.

(18) Hepsi yerine bkz. dpn. 78'de zikrettiğimiz Reymond, s. 291 vd.; başka delillerle Carbonnier D 1946, 321 vd.; 322 ve Temyiz Mahkemesi'nin uygulamasından başka deliller ile Breton, SJ. 1946, 575 Nr. 44.

(19) Janvier et Lobin, Encyclopedie Dalloz, 1955. Appel Nr. 637 vd.

(çn). Acaba Türk Hukukunda, meydana gelen hukuki değişikliklerin ileri sürülmesi için belli bir usuli kesit var mıdır? Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzda "hakimin hukuku re'sen uygulayacağı" kabul edilmiştir (m. 76). Yerel mahkemenin hüküm vermesi anında, her ne kadar hüküm veren hakim dosyadan el çekse de, temyiz kanun yoluna müracaat halinde, ihtilaf devam ettiğinden, temyiz merciinde de yeni kanun hükmünün ileri sürülebileceğini, hatta temyiz merciinin yeni kanun hükmünü re'sen nazara alması gerektiğini, eğer hüküm nakzedilerek dosya tekrar esas mahkemesine intikal etmiş ise, orada dahi değişen hükmün re'sen nazara alınması gerektiğini kabul etmemiz gerekir. (Bkz. Üstündağ, Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum, IHFM. 1962, c. 28, sy. 1, s. 187-188; Sivrihisarlı, Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul, 1978, s. 28). Eğer temyiz aşamasında değil de, yerel mahkemenin bozma kararına uymasından sonra, yani daha sonraki bir safhada yeni bir kanun çıkmış ise, bunun nazara alınıp alınmayacağı hususunda bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1991, C. 4, s. 3433, Tanverdi, Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar, yayınlanmamış yüksek lisans tezi (İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi), 1994, s. 198 ve orada atıf yapılan kararlar.

Olay şu şekilde cereyan etmişti (20): Avusturya Monarşisinin yıkılmasından sonra, Habsburglular Kanunu diye adlandırılan kanun ile, ülkenin önceki hanedan mensupları bu hanedana üyeliklerinden ve bütün hükümlerlik haklarından ve taleplerinden sarahaten vazgeçmedikleri ve Cumhuriyetin sadık vatandaşı olduklarını belirtmedikleri takdirde, ülkenin dışına çıkarılacaklardı. Bu açıklamanın yeterli olarak tanınıp tanınmamasına dair tesbit, aynı kanuna göre, Millet Meclisi'nin Ana Komitesi ile mutabakat halinde olmak şartı ile, hükümete bırakılmış idi.

5 Haziran 1961 tarihinde, son Avusturya imparatorunun oğlu Dr. Otto Habsburg-Lothringen, bu hükmün manasında bir beyanda bulundu ve bu beyanın yeterli kabul edilmesini Avusturya Başbakanlık makamından resmen talep etti. Bakanlar Kurulu beyanın kabulü ve tanınması hakkında oy birliğine varamadı. Bunun üzerine Dr. Habsburg-Lothringen'in bu başvurusu cevaplandırılmadı. Bunun üzerine yapılan Anayasa başvurusunu, Avusturya Anayasa Mahkemesi, 16 Aralık 1961 tarihli bir kararı ile, "Anayasa mahkemesinin açık yetkisizliği gerekçesiyle" geri çevirdi. Anayasa Mahkemesi, kendisini bu hususta yetkisiz telakki etmişti. Çünkü, resmi bir merciden verilmiş bir cevap olmadığından, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini gerektiren, bir karar da yoktu.

Dr. Otto Habsburg-Lothringen müracaatının cevaplandırılmadığını da itiraz konusu yaparak, bu defa (BVG) Federal Anayasa'nın 132. Par. uyarınca, (VerwGH) Avusturya İdare Mahkemesi nezdinde gecikmiş şikayette bulundu. O bu müracaatında başarılı oldu. VerwGH, Dr. Habsburg-Lothringen'in beyanını, 3 Nisan 1919 tarihli ve 209 sayılı Ceza Kanunu'nun, 2. paragrafının kastedtiği anlamda, ülkeden sürülmesine ilişkin ve BVG'nin, 149 paragrafının, 1. fıkrasının tanzim tarzı anlamında, Habsburg-Lothringen hanedanının malvarlığının tesellümüne ilişkin, müracaat edenin ülkeden çıkarılmasının durdurulması için yeterli buldu. Bu sonuç için diğerleri ile birlikte önemli nokta, VerwGH'nin Millet Meclisi Genel Kurulu'nun, Habsburger Kanunu'nda öngörülen fonksiyonu yerine, bir başka şey ikame etmeden geçerliliğini kaybettiğine inanmasıydı. Halbuki o zamana kadar Millet Meclisi'nin Ana Komitesi'nin yerine Millet Meclisi'nin ikame edildiği hemen hemen umumiyetle kabul edilmişti.

VerwGH'nin bu kararı, politik sebeplerden dolayı, Avusturya parlamentosunun çoğunluğunca iyi karşılanmamıştı. Çoğunluk bu sebeple Milli Meclis'te, Habsburger kanunu'nun 2. paragrafının -4 Temmuz 1963 tarihli Federal Anayasa'ya göre (BGBL. No. 172)- teşrii (yasa koyucuya göre) tefsirini kabul ettirdi ki, bu tefsir aşağıdaki mealde idi:

"3 Nisan 1919 tarihli kanunun 2. paragrafı, atıf gereği, BGB'nin genel 8. paragrafına göre, yorumlanır ve buna göre aşağıdaki mealde: "Paragraf. 2 .... Bu beyanın yeterli olarak kabul edilip edilmemesi hususunun tesbiti, Milli Meclis'in Ana Komitesi ile mutabakat halinde olmak üzere, Federal hükümetin yetkisindedir."

Bu teşrii yorumu hazırlayanlar, açıklıkla ona makable şamil etki atfetmişlerdir ve idare mahkemesinin kabulünü modası geçmiş ve bu sebepten geçerliliğini yitirmiş olarak telakki etmişlerdir. Bizim için buna göre şu soru ortaya çıkıyor: Bu yorum tarzı isabetli midir, yoksa Avusturya'da karşı görüşte olanların kabul ettikleri gibi, bir hükmün kesin hüküm halini alması, geri etki eden kanunlara ve teşrii kanun tefsirlerine karşı da mevcudiyetini korumalı mıdır?

Her türlü politik muharriklerden uzak olsa dahi, buna büsbütün benzer bir soru, bir zaman önce Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ni de (BVerfG.) (21) meşgul etmişti.

(20) Ben bu olayları Spanner'in JZ. 1963, 670'de anlattıklarından iktibas ediyorum.

(21) 6.11.1962 tarihli karar, BVerfGE. 15, 46 vd.



Alman anayasası paragraf 131'de, kanun koyucunun, savaş karışıklıkları yüzünden mesleki konumlarını yitirmiş olan, resmi yerlerde daha önce çalışanların hukuki durumlarını yeniden düzenlemek zorunda olduğunu derpiş etmekteydi. Davacı, kanun koyucunun durumunu düzenlemeyi anayasaya aykırı bulduğu için, bu düzenlemeden imtina ettiği bir şahıslar grubuna dahil idi. Bununla birlikte davacı, davası ile, iş mahkemeleri nezdinde- en son olarak Federal İş Mahkemesi (BArbG) nezdinde hiçbir başarıya ulaşamamıştı. Çünkü bu mahkemeler, sadece kanun koyucu tarafından fiilen Anayasanın 131. paragrafındaki usul ile çıkartılan hukuki normlara göre hüküm verebiliyorlardı. Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) artık şu soruların karşısında bulunuyordu. Federal İş Mahkemesi'nin (BArbG) davacının aleyhinde tecelli etmiş olan hükmün kaldırılıp kaldırılmaması mecburi midir? Yoksa kanun koyucunun -geçmişe etkili şekilde- davacının da dahil olduğu o şahıslar grubunun hukuki durumunu düzenlemekle mükellef olduğu hususunun tesbiti yeterli midir, değil midir? Bu son şıkta, yani kanun koyucunun geriye etkili düzenleme yapmasının kabul edilmesi halinde, kesin hüküm halini almış bir mahkeme kararının, geri etki eden bir kanun değişikliği karşısında ortadan kaldırılması mecburiyeti söz konusu olacak idi.

Bir başka olayda da Alman Temyiz Mahkemesi (BGH) (22), Berlin İstinaf Mahkemesinin hükümlerine karşı, BGH. nezdinde temyiz kanun yoluna müracaata cevaz veren bir Berlin kanunuyla uğraşmıştı. Kanun 15 Şubat 1951 tarihinde yayınlandı, ancak kanun metninden anlaşıldığı kadarıyla, 1 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmişti. O halde, şimdi 1 Ocak ve 15 Şubat tarihleri arasında da hukuken kesinlik kazanmış olan hükümlere karşı da, temyiz yolu açık olacak mıdır?

3- Aktüel olaylar sebebi ile seçilmiş bu örneklerle birlikte kanun değişiklikleri ve kesin hükmün çatışma ihtimalleri hiçbir zaman tükenmiş olmuyor. Kanunun "geriye etkili olmadığı" aksine hükmün, daha sonra bir kanun değişikliğinin ortaya çıkacağı, ileri bir zamana etki göstereceği bir durum da söz konusu olabilir. İstikbaldeki ödemeler hakkındaki hükümlerde özellikle durum budur. Bunun pratikteki en sık misali olarak, nafaka hükümlerini belirtebiliriz. Mesela bir kardeş,kız kardeşlerine nafaka ödemeye mahkum edilmiş, ancak daha sonra kardeşler arasında nafaka ödeme mükellefiyetini bertaraf eden bir kanun çıkmış ise bu ilamın akıbeti ne olacaktır?

Tekrarlanan ödemelerin dışında da bu problem ortaya çıkmaktadır. Fransız Temyiz Mahkemesi örnek teşkil eden aşağıdaki olayı bir karara bağlamak zorunda idi (23): Bir mahkeme 9 Kasım 1945 tarihli bir ilam ile, bir çiftçi ailenin (muhtemelen hasılat kiracısı) "leur maintien dans les lieux" (mallar üzerindeki zilyedlik) durumunu 20 Eylül 1946 tarihine kadar geçerli olmak üzere hükme bağlamış ve hükmünde bu tedbirin uzatılmasının imkânsız olduğunu sarahaten belirtmişti. Bir yeni muhakemede, davacılar bu gibi hukuki ilişkilerin uzatılmasının kanun vasıtası ile düzenlendiğini, 13 Nisan 1946 tarihli yeni bir kanuna dayandırdılar.

Bundan başka Pau İstinaf Mahkemesi (Cour d'Appel de Pau) tarafından karara bağlanan bir olay da (24), geri etki eden bir kanunun ileri etki eden, bir hükümlerle karşılaşabileceğini ortaya koymuştur. Bir zirai gayrimenkul gelir bazı üzerinden satılmıştı. Bununla birlikte, bu arada gelirin tarlada ekilen ürünlerin değerine göre belirlenmesi karar-

(22) 10.7.1951 tarihli karar, BGHZ, 3, 83 vd.

(23) Cass. soc'nin 26.2.1948 t.li kararı, Bull. 1948, 228.

(24) 18.5.1954 t. li karar, Gaz. Pal. 1954, 2. 267.

laştırılmıştı. İlk davada gelirin bir yıllık taksidini dava eden satıcı kısmen davayı kaybetmişti. Çünkü mahkemenin kanaati şu yönde idi. 25 Mart 1949 tarihli kanunun 4. paragrafında sermayeleştirilen gelir bedelinin, gayrimenkulün değerini aşmaması gerektiği ortaya çıkıyordu. Bu hukuki problem, az bir zaman sonra, 22 Temmuz 1952 tarihli kanunun 8. paragrafında mündemiç teşrii kanun yorumu sayesinde bunun aksi manasında bir şekilde izah edildi. Böylece ikinci şu soru ile karşılaşılmıştı: Davacı, daha yüksek olan geliri, satış tarihine kadar geriye giderek mi, ilk hükmün verilmesi tarihinden sonra mı, kanunun doğru yorumlanmasının yayınlanması tarihinden sonra mı talep edebilecek, yoksa artık hiç talep edemeyecek mi?

4- Meseleye nüfuz ettiren misallerin çoğu, bir hukuki probleme işaret edilerek halledilebilir. Şimdiye kadar işaret edilen meselelerde açıkça bir zıtlık olduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü kanun koyucu, bizzat kesin hüküm halini alan kararların, kanunun değişmesiyle bundan etkilenmemesi gerektiğini belirlemiştir. Ancak yine de ne kurulmuş hükümlerin etki alanının zamanla sınırlanmasını, ne de kanunun yeni şeklinin etki alanını açıkça tesbit etmek kabil değildir.

Alman Anayasasının 116. maddesine göre, "bu anayasanın anlamında" Alman uyruklu Alman vatandaşları dışında, Anayasanın yürürlük alanına muhacir ya da sürülmüş olarak gelenler de Alman'dırlar. Bu hükmün ifadesi, "bu anayasa anlamında, bir hukuki eşitlikten söz eder." Doktrinde bir görüş ve BGH'nin (25) paylaştığı bir görüş, milletlerarası özel hukukta hukuki eşitliğin geçerli olmadığı yolundadır. Doktrinde egemen olan görüş ise, elbette bunun aksini asvunmaktadır (26). Bu ihtilafli meseleyi halletmek için, kanun koyucu, Par. 9, Fıkra. 2, No. 5'de 1961 tarihli aile hukukunu değiştiren kanunda şunları hükme bağlamaktadır.

"Eğer Alman Medeni Hukuku'nda ya da Alman Medeni Usul Hukuku'nda bir şahsın tabiiyeti kıstas ise, bu takdirde Alman tabiiyetine sahip olmayanlar da, Anayasa'nın 116. maddesinin 1. fıkrasının kastedtiği anlamda, Alman olanlarla eşittirler. Kesin hüküm halini almış mahkeme kararları bundan etkilenmezler."

Bu ihtilafli hukuki meselenin ortadan kaldırılmasının gerektiğine dair, iyimser güven, elbette tamamiyle gerekçelendirilmeye değerdir. Bu söz konusu tesbit, acaba (ex nunc) tesbitin etkisinin ortaya çıktığı an mı etkili olacaktır? Bu takdirde, eğer bu hükümler gelecekte meydana gelecek ya da etkisini sürdüreceği olan, hukuki ilişkilerde söz konusu ise, o zaman mahfuziyet kaydı mahkeme hükümlerinin lehine olarak bir anlam taşıyacaktır. Yoksa bunun aksi olarak, mahfuziyet kaydı şartının varlığından, FamRAndG (Aile Hukukunda Değişiklik Yapan Kanun)'nun Par. 9, Fık. II, No. 5'in prensip itibariyle geriye etkili olduğu gibi, bir mantıki sonuç mu çıkarılmalıdır (27)?

5- Problemler bu kadar. Bütün bunlar göstermektedir ki, bundan sonra, meseleleri sistematik olarak düzenlemek ve onların çözümlenmesine götüren yolu açmak yerinde bir davranış olacaktır. Olay materyallerin seçilmesinin gösterdiği gibi, burada ana problemler ele alınmıştır ki, onlar bütün kıta Avrupası'ndaki hukuki düzenlemelerde aynı tarzda karşımıza çıkarlar. Bu bize, bu meseleleri sadece Alman Hukuku için incelemekle kalmayıp, aynı zamanda diğer birkaç temsili olarak seçilmiş hukuk düzenlerinde de ta-

(25) 17.10.1956 t. li kararı, NJW, 1957, 100.

(26) Bkz. bu ihtilafli durum hakkında açık misallerle, Marquord, Erman, Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bası, 1962, 2. Cilt, 7. madde öncesi EGBGB, 6d'deki açıklamalar.

(27) Bu son manada misal olarak dpn. 26'da zikrettiğimiz Marquord.

kip etme vesilesi vermektedir (28). Bu araştırmalar Muhakeme Hukuku ile de sınırlı kalmamaktadır. Hükmün etkileri problemleri, her bir ihtilaflı adli muhakemenin, her şeyden önce kamu hukukuna ilişkin ceza muhakemesinin ana problemidir. Bunun yanında her şeyden önce idari yargı ve anayasa yargısı da zikredilebilir. İdari ihtilafların muhakemesi, burada inceleme konusu edilen bütün hukuk düzenlerinde müstakil bir yargılama yolu olarak düzenlenmiştir (29). Hükmün etkileri doktrini, özellikle idare hukuku kararlarının maddi kesin hüküm meselesi doktrini, burada inceleme konusu yapılan bütün hukuki düzenlemelerde de etraflı olarak, medeni hukuk doktrinine imtisalen geliştirilmiştir (30). Özel muhakeme teşkilatı ve hüküm verme yetkisi ile kurulmuş anayasal hüküm verme usulünün olduğu hallerde de (31) anayasal mahkeme kararlarında aynı husus geçerli olmak zorundadır. Bunun için bu çalışma iki anlamda karşılaştırmalıdır. Hükmün etkilerinin bir kısım problemlerini hem milli hukuk nizamının çerçevesinde hem de çeşitli milli hukuk nizamlarına ait yargılama şekillerinde açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olmaktadır. Bu çalışma tarzı bu sebeple, müellifin umut etmeye cesaret ettiği üzere, zaman içindeki meseleleri, bilimsel olarak incelemenin iyi geleneğine dayanmaktadır ki, eğer o incelemeler monografik iseler, genellikle mukayeseli olarak ele alınmıştır (32). O, aynı zamanda bununla bu günkü doktrinin, bilimsel olarak incelemekte şimdiye kadar çok ihmal edilen bir hususta, bir eksiği tamamlamayı temin etmek istemektedir. Bilebildiğimiz kadarıyla yine de idare hukuku ile sınırlandırılmış olan, Kornblum'un (33) idare hukukuna ilişkin bir makalesi ve Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) 6 Kasım 1962 tarihli kararının esaslı bir şerhinin Rudolf Schneider ve Ekkehard Schumann (33a) tarafından vücuda getirilmiş şerhi müstesna, sadece Almanya'da, bizim meselemizle ilişkili olarak, her türlü özel çalışmaların mevcut olmaması gibi bir durum söz konusudur. Bu meselemiz maddi kesin hüküm öğretisi ile de sıkı bir ilişki içinde bulunmaktadır (34).

Kanunların geriye etkili olması halleri ve hükümlerin ileriye etkili olması halleri farklı problemler ortaya çıkardığından -ki onlar üstelik şimdiye kadarki incelemelerde yansımaktadır- her iki grup ayrı olarak incelenmelidir. Biz kendimizi sadece maddi kesin hüküm ve onun icrasının etkileriyle de sınırlandırmayacağız. Aksine daha geniş çerçevede kanun değişiklikleri ve ihtilaflı yargı kararlarının inşai etkisinin muhtemel çatışmasını; bunun gibi özellikle devam eden hukuki ilişkilerin çerçevesi içinde ortaya çıkan,

(28) Bunlar, Fransa, İtalya, Avusturya, İsviçre'dir. Birkaç münferit problem için öteki ülkelerden de materyal celbettim.

(29) Bkz. Sarih mukayeseli hukuk açıklamaları için Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 8. Bası, 2. C., 1958, s. 10 vd.; aynı gün mukayese için, Almanya için: Ule, *Verwaltungsprozessrecht* 3. Bası 1963; Fransa için: Walline, *Droit administratif*, 9. Bası, Paris 1963, s. 141 vd; İtalya için: Zanobini, adı geçen eser, s. 1 vd.

(30) Bkz. Andre de Laubadere, *Traite elementaire de droit administratif*, 3. Bası, 1963. Nr. 929; dpn. 29'da anlatıldığı şekilde, Zanobini, s. 327; Eyermann-Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 3. Bası, 1962, s. 121'deki açıklamalar.

(31) Özellikle İtalya ve Avusturya.

(32) Bkz. bu yüzyıldan misal olarak, Affolter, *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, Leipzig 1903; Pace, *Il diritto transitorio*, Mailand 1944; Borda, *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Buenos Aires, 1951; Roubier, dpn. 6'da anılan eser; Level, *Essai sur les conflits des lois dans le temps*, Paris 1959; Kisker, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, Tübingen 1963.

(33) JZ 1962, 654 vd.

(33a) Bkz. bunun için dpn. 121a-121c.

(34) Bunun için bkz. Antonio Segni, Scialoja-Branca, *Commentario del Codice civile*, isimli şerhte Art. 2908, 2909'a yapılan katkısı. Bologna-Rom 1953. Yine karşılaştırmız *La nature del eccezione di cosa giudicata*, *Foro it* 1937 und *studi sassaresi* XIV.

"tesbit eden" hükümler diye tabir edilen hükümlerle, kanun değişikliklerinin çatışmasını da ele alacağız.

## BİRİNCİ KISIM

### HÜKÜMLERİN ETKİLERİ VE GERİYE ETKİLİ OLAN KANUN

#### 1- Görüşlerin Durumu Hakkında.

Geriye etkili kanunların çıkarılması, hemen hemen bütün modern devletlerde alışıl-gelen hukuki hadiselerdendir. Bu gibi kanunlar, bu kanunların tedvin edilmesinde, ka-nunların geri etki etmemesini (35) (çn) belirleyen hukuki düzenlemelerde de ortaya çı-kabilir. Çünkü bu gibi normlar anayasal belirlemeler değildir. Bu sebeple kanun ko-yucusunu bağlamazlar (36).

A) Buna rağmen bütün zamanlarda geri etki eden kanunlar problem teşkil edici idi-ler. Bunun sebebi basittir. Hukuk normunun yönelik olduğu kişinin hukuki durumuna güvenin de korunması gerekir ki, o da ona göre kendi gidişatını ayarlamıştır. Özellikle daha fazla bu güvenin korunması ihtiyacını, eğer birey bir hukuki durumun etki alanında haklar iktisab etmişse, o zaman kuvvetle hissetmekteyiz.

1. Kanunların geriye etkili olması yasağı ile, kazanılmış hakları korumak iradesi arasındaki bu teleolojik (amaçsal) bağı, daha eski doktrin, bütün teferruatı ile, idrak et-miştir ki, bu onu ikisinden birini tercih yanlış yoluna sevketmiştir. O doktrin, "bir kanun, kazanılmış haklara müdahale etse dahi yine geriye etkili olur", diyordu. Bu her şeyden önce 19. yüzyıldaki Fransız ve İtalyan doktriniydi. Bu doktrine hemen hemen bütün ül-kelerde daha 20. yüzyılın içine kadar kazai içtihatlar sadık kaldı (37) (çn). Biraz tadil

(35) Karşılaştırınız, Fransız Medeni Kanunu (Code Civil), m. 2 İtalyan Medeni Kanunu (Codice civile, Dis-posizione sulla legge in generale), m. 11, Avusturya Medeni Kanunu (ABGB). Giriş, Par. 5.

(çn). Fransız Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin metni aynen şu şekildedir: "Kanun, ancak gelecek için hüküm ifade eder; geriye etkili olacak biçimde hüküm doğurmaz". ABGB'nin, 5. paragrafının metni dpn. 38'de aynen verilmiştir. Bu maddelerde kanunun geleceği düzenlediği geçmişe etkili olmadığı açıkça ifa-de edilmiştir. Türk Hukukunda Medeni Kanunumuz açısından klasik teoriyi yansıtan, 29 Mayıs 1926 ta-rihli ve 864 sayılı Tatbikat Kanunu hakkında bkz. Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1986, s. 179 vd.; 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza ilişkin olmak üzere bkz. HUMK. m. 578, ve HUMK'da değişiklik yapan 1711 sayılı (RG. 8 Mayıs 1973, sy. 14529), 2494 sayılı (RG. 18 Temmuz 1981, sy. 17404) ve 3156 sayılı (RG. 5 Mart 1985, sy. 18686) kanunlardaki geçici madde şeklindeki inti-kal hükümleri. Özellikle HUMK. m. 578 açısından, Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 72; bu hü-kümlerin tamamı için Tanverdi, age, s. 34 vd.

(36) Karşılaştırınız, dpn. 6'da zikrettiğimiz Roubier, s. 221; aynı şekilde Affolter, System des deutschen bür-gerlichen Übergangsrechtes, Leipzig 1903, s. 20 vd. kanun koyucuyu bağlayan anayasal örfi hukukdan bahsediyor.

(37) Karşılaştırınız, her şeyden önce açık anlatım için dpn. 6'da belirtilen Roubier, s. 112, vd. Bundan başka bkz. Baudry-Lacantinerie et Guyot, Precis de droit civil, Paris 1926, Bd I., Nr. 49. dpn. 60'da zikredilen Gabba, Bd. I s. 34 vd. Arjantin Medeni Kanunu, m. 3 bu hususu açıkça ifade eder.

Fransız Temyiz Mahkemesi, 11.7.1923, t.li bir kararında bunu söylüyor: "Toute loi nouvelle regit les si-tuatiions etablies et les rapports juridiques formes des avant sa promulgation. Et il n'est fait eches a'ce prin-cipe, par la regle de la nonrecroativite des lois ... qu'atutant que l'application de la loi nouvelle porterait atteinte a des droits acquis sous l'empire de la legislation anterieure." (Her yeni kanun yayınlanmasından önce teşekkül etmiş olan durumları ve hukuki ilişkileri düzenler. Bu ilkeye, yeni kanunun uygulanması eski mevzuatın yürürlükte olduğu sırada kazanılan hakların ihlalini teşkil etse dahi, kanunların geçmişe etkili olmayacağı kuralı ile karşı çıkılamaz). S. 1924, I, 346. Benzer şekilde S. 1932, 172. Uygulamadan diğer örneklerle Cour de Cassation jur. gen. add. I Nr. 10-2; RG'de, BGB'nin bundan böyle geriye etkili olarak, mükellef kardeşler arasında, nafaka mükellefiyetini değişik düzenlediği gerekçesiyle, nafaka mü-

edilmiş şekli ile, bu doktrin her halükârdabütün mevcut haklara yönelik kanuni müdahaleleri geri etkileme kavramına tabi tutuyordu. Bu şekli ile, o Avusturya ABGB'sine (38) ve Kisker'in (39) müşahadesine göre, Amerikan uygulamasına girmiştir.

Eğer bu nazariyeye göre hareket edersek, bu takdirde, kölelik, tımar (feodal emlâk) hal ve şartlarını belirleyen bazı hakları vs. ortadan kaldıran her bir istimplâk kanunu geri etkilidir, keza bunun gibi mevcut bir hukuki ilişkinin muhtevasını tadil eden her türlü kanun bu karakteri göstermek zorundadır. Savigny (40) bunu nitekim kabul etmiş ve demiştir ki; hakların olmasını veya olmamasını (daha doğrusu şöyle demeliydi -artık mevcut olmamasını), hakların böyle yahut başka türlü olmasını düzenleyen kanunlara geri etki etmeme prensibi uygulanmaz. O, bu gibi kanunlar geri etki eden kanunlar değildir dememiştir. Lasalle (41), bundan bir zaman sonra, geçmişe etki etme kavramının şumülünü geriye yürütme yasağının teleolojik hedefinden hareketle, aşağıdaki kuralları ortaya koymak suretiyle, bizzat sınırlandırmak istemiştir.

a- Bir şahsın sadece iradi faaliyetinin neticesi ile ilgili hiçbir kanun geri etki etmemelidir.

b- Şahsın böyle bir serbest eyleminin bu arada yanıtılmasının söz konusu olmadığı durumda her yasa geri etki etmelidir. Fiil ehliyetini şimdiye kadar olduğundan farklı olarak, 21 ile değil, daha sonra 25 yaşla başlatan bir kanun, keza 21 yaşını aşmış olanları da fiil ehliyetinden mahrum bırakabilir. Çünkü bu hukuki statüye dahil olanların, kendi iradi hareketleriyle bu statü kazanılmamıştır, denilebilir. Eğer bir kimse evlilikte vaktinden önce reşit olmuşsa ve bir kanun böyle bir evlilik aktine artık bu hukuki sonucu bağlamazsa (42) başka bir durum geçerli olur demektedir.

Nitekim bu, mükteseb haklar doktrininin, maksattan hareket eden bir eleştirisinde kazanılabilen, geri etkileme kavramının yegane sınırlandırılışı hadisesi idi.

Bu doktrin kendi mantıki neticeleri içinde uygulanırsa ve "kanunlar geri etki etmezler" prensibinin anayasal bir emir olarak ileri sürüldüğü hallerde, her bir sosyal ilerlemeyi önemli oranda güçleştiren, sonuçlara götürecekti. Reform kanunları, (örneğin, mülki-

kellefiyetinin kaldırılabilceği şeklinde, 26.4.1900 t. li bir kararında (RGZ 46, 65 vd.) aynı kanaatte dpn. 36 zikredilen Affolter s. 41 vd., 54 vd.; şimdiye kadar mevcut olan hukuku ilişkinin ortadan kaldırılmasında şimdiye kadar mevcut olan hukukun devamı için, pozitif hukukun bunu açıklıkla ifade eden bir iç zaman normuna ihtiyaç olduğunu, 1903'de açıklamıştır.

(çn). Kazanılmış hakların mutlak olmadığı, kanun koyma muamelesinin ise, devletin hakimiyet hakkını kullanması sayıldığı, su sebeple, kanun koyucunun geçmişe etkili kanunlar çıkarabileceğine ilişkin bu düşünce, Savigny ile birlikte, Alman Pandekt Hukukunda, kazanılmış haklar doktrininin önce savunulmuştur (İmre, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1980, s. 138). Onun için, bu husustaki tarihi gelişmeyi anlatırken, evvela "kanunların kazanılmış haklara müdahale etse dahi, yine de geçmişe yürüyeceğine" ilişkin bu teoriden, sonra bu fikre "kazanılmış haklar ve hukuk güvenliği" fikri ile tahdit koymak isteyen klasik teoriden (İmre, age, s. 137; Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1986, s. 177; Berkin, Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden uygulama Alanı, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s. 166; Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul, 1980, s. 193) daha sonra "kanunların yürürlük ötesine etkisinden" söz eden modern teorilerden bahsetmek gerekir (Özsunay, age, s. 178; Ataay, age, 195). Bu tarihi seyir bilinmeli ki, geri etkilememe fikrini, her türlü sosyal reformlara dahi sari şekilde uygulamayalım, itidalli yolu tesbit edebilelim (Bkz. tercümede ileride dpn. 43 civarı).

(38) Avusturya Medeni Kanunu (ABGB). Par. 5. Giriş. "Kanunlar geriye yürümezler, bu sebeple, önceki fiiller ve önceden kazanılmış haklara etkili değildir".

(39) Kisker'in dpn. 32'de belirttiğimiz eseri, s. 35 vd.

(40) System des heutigen römischen Rechtes, Bd. VIII, Berlin 1849, s. 375 vd., 514 vd., bu gün hâlâ aynı yönde Rotondi, dpn. 78'de belirttiğimiz eserinde s. 706.

(41) Dpn. 77'de zikrettiğimiz eseri, s. 45 vd. (47).

(42) Lasalle, s. 61 vd.

yetin muhtevası hakkında), bu takdirde mevcudiyetini sürdüren hukuki durumlar hakkında bütün kurallarıyla uygulanamaz olacaktı (43).

2- Kanun ile kendisine ehemmiyet atfedilmiş her türlü sosyal reforma, geriye etkili olmama ilkesinin düşmanlığını şamil kılmamak için, belki de geri etkileme kavramı daraltılmaya çalışılmıştır.

Bu yöndeki en önemli araştırmalardan biri de Kisker (44) tarafından yapılmıştır. Ona göre, "geriye etkileme" geçmişte bulunan bir hadiseden dolayı doğmuşsa, ancak o zaman mevcut olan haklara müdahale etmek anlamına gelir. Eğer bir borçluyu koruma hükmü her türlü talepler için çıkarılırsa, bu takdirde kanun geri etki etmez, ama eğer borçluyu koruma hükmü sadece belirli türdeki hukuki işlere yönelik ise, mesela borsa oyunu ticaretinden ortaya çıkan alacaklara ilişkin ise, bu takdirde geri etki eder (45). Aynı gerekçelerle, mevcut devam eden hukuki muameleler (46) veya kanuni borç ilişkilerine (47) müdahale ederse, o takdirde kanunlar geri etki eder. Yazar, geri etki etme kavramının, bir geri etkileme yasağı ile irtibatlı olarak, mükteseb hakların korunmasını bu kavram belirlemesinde artık tam kapsamı ile, sağlanamayacağını açıkça görmektedir (48). Ama o bir defaya masus olmak üzere etkilemek değil, aksine müdahalenin gerekçelendirilişini ve bu yüzden anayasal problematiğinin her iki halde de kesinkes farklı durumlarda bulunduğunu ileri sürerek, kendisi bu kavram teşkilinin haklı olduğuna inanmaktadır (49). Çünkü geçmişe yönelik düzenlemede kanun değişikliği tam bir uyarlamaya hizmet etmemektedir. Aksine geçmiş zamanda kurulmuş ve hakkın zamana bağlılığı ilkesini ihlal edici ve bunun için akla tereddütler getiren bir hakkaniyete hizmet etmektedir".

Ben bu ara hakkın zamana bağlılığına işarette, bununla ilgili olarak çok fazla bir şey yapamayacağım. Her kanun koyucusu o düzenlenecek olan ilişkilerin ve durumların ferdileştirilmesini, geçmişte cereyan eden özel hal ve durumlara bağlarsa da, onlar geçmişte olup bitmiştir. Daima sadece halihazır durumdaki hukuki ilişkileri düzenler. Bu arada kanun koyucu diğer hususlarla birlikte, hukuk düzeninin mevcudiyeti içine dahil ettiği vatandaşların durumlarına güveni de nazara almak zorundadır. Ama bu husus müktesep haklarda, Kisker'in de gözardı etmediği gibi, her bir kanun koyma müdahalesi için geçerli olur. Burada bunun ötesinde hakkın zamanla bağlılığını ihlalde özel olarak şüphe edilecek bir hal görmeye mahal yoktur. Geriye etkilemede, hissimizi rencide eden husus, gerekli şekilde "müdahalenin gerekçelendirilişinde" de mevcut değildir. Çünkü böyle bir şey geriye yönelik düzenlemenin hadisenin kendine mahsus özelliklerinden değildir. Bunlar daha çok müdahalenin ferdileştirilmesine hizmet ederler. Borsa oyunlarından dolayı borçluların korunmasında özel hükümler için gerekçe, sadece onların bu gibi ticari borsa oyunlarına girişmeleri vakıası değildir. Aksine bu gün daha da korunmaya ihtiyaçları olmasındandır. Şu halde bu araştırmada teleolojik olarak (gayeye matuf) izah edilmiş olan bir geriye etkileme kuramına ulaşma da akamete uğramaktadır. O halde, bu manadaki esaslara bağlı olan düşünme düzleminin, kısa bir süre sonra tamamen terk edilmesi bizi şaşırtmamalıdır.

(43) Veya herhalde, sadece açık bir kanuni düzenlemenin varlığında.

(44) Dpn. 32, 12 vd.

(45) Kisker'in dpn. 32'de zikredilen eseri, s. 22.

(46) Kisker, s. 13, 29.

(47) Kisker, 21, 29.

(48) Kisker, s. 14 vd.

(49) Kisker, s. 36.

3- Bu adımı beynelmilel hukuk bilimi her şeyden önce Fransız Roubier'e borçludur (50). O demiştir ki, mantıken normal olarak yeni kanunun zaman yönünden uygulanması, doğrudan doğruya etkileme "effet immediat" (derhal yürürlüğe girme) diye adlandırılan ve mevcut hukuki münasebetlere duyulan saygı, kural değildir. Geçmişte olan bir hadiseye, geçmişte mevcut hukuki düzende ortaya konulandan farklı hukuki sonuçlar bağlayan veya daha önce tekemmül etmiş, ancak önceki hukuki düzenlemede hukuki sonuç doğurmamış olan bir hadiseye, bundan böyle hukuki sonuçlar tanıyan her bir yeni kanun, geriye etkilemelidir. Belirtilen bu değerden mahrum geriye etkileme kavramı, tahakkuku bir anda olup bitmeyen, aksine sürekli olan ve yeni hukuki sonuçlar doğuran muamelelerde, örneğin iki gayrimenkulün (51) komşuluğu hadisesi gibi, haller için de yeni kanunun geriye etkili olması prensibi geçerlidir. Bu son zikredilen hallerde Roubier'e göre bir yeni kanun, geriye etkilemeksizin, hukuki münasebetin devamının her anında yeni hukuki sonuçlar ortaya çıkarabilir. Roubier, tıpkı işçilerin veya kiracıların kanun hükümleriyle korunması hükümlerinde olduğu gibi, istikbalde kısmen veya tamamen tekemmül ettirilecek olan bir mukavelenin hukuki sonuçlarını şimdiye kadar olduğundan farklı olarak düzenleyen bir kanunda hiçbir geri etkileme görmemektedir. Kesinlikle Roubier -o burada Kisker ile aynı görüşü paylaşıyor- yeni kanunun önceki henüz tekemmül ettirilmemiş (ifa ile sona erdirilmemiş) olan sözleşmelerden doğan (52) hukuki neticeler üzerine uygulanamaz olduğunu iddia etmektedir. Fakat bu tezin doğruluğu burada tartışılmaksızın muallakta bırakılabilir (53) (çn).

Yazar yasaklanmış bir geri etkilemenin mevcut olduğunu bundan istihraç etmemiştir, aksine burada yeni kanunların doğrudan doğruya etkisinin "effet immediat" geçerli olan ilkelerinin yerine, şimdiye kadarki kanunun geçerliliğini sürdürmesi prensibinin "survie de la loi ancienne" (eski kanunun mer'iyetinin ifa ile sona ermemiş sürekli sözleşmeler için devam etmesi ilkesi) uygulanması gerektiğini mantıki sonuç olarak çıkarmıştır.

Elbette Roubier, içi boş bir kavram teşkilinde, sona erdirilmiş (bitmiş) bir hadisenin şimdiki ve gelecek zamanda, önemli ölçüde daha sonra zuhur edecek etkiler bırakacağı hallerin sayısının sınırlandıramaz olduğunu görememiştir. Çünkü hiçbir yaşam ilişkisi izole edilmiş (soyutlanmış) olarak, yerinde bir tabirle, zamanın içinde bir nokta şeklinde durmaz. En doğrusu olayların bu şekilde görülmesinde muhtemelen görünürde geri etki eden her kanun, eğer onu daha önce gerçekleştirilmiş olan vakıaların, daha sonra ortaya çıkan sonuçlarıyla irtibatlandırırız, geri etki etmez olarak değişik bir şekilde düşüncemizde canlandırılabilir. Roubier'in düşünce sistemindeki bu gediği Level (54) kapatmaya çalışmıştır.

Bunu da değerlendiren bir mülahazaya geri dönerek, hukukun düzenleyeceği her münasebette bir "zamanlama sınırlandırmayı" aramak suretiyle yapmıştır.

(50) Dpn. 6'da zikredildi, o eserde özellikle Roubier'de, s. 171 vd., 181 vd; ondan başka, esas itibariyle aynı şekilde Scheerbarth, Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstanden Sachverhalte. Berlin, 1961, s. 18 vd., 30. meselelerin cevaplandırılmasında bir dereceye kadar ayrıntılarıyla beraber, onun fikir silsilesinin farklı zamanlarda gerçekleşmesidir.

(51) Roubier, s. 202 vd.

(52) Dpn. 6'da zikredilen Roubier, s. 360 vd.

(53) Bunlara karşı önemli gerekçelerle dpn. 65'de zikredilen Borda, s. 96.

(çn) Roubier'in fikirlerinin izahı ve buna göre usul hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması açısından bkz. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, s. 13 vd.

(54) Dpn. 32'de (Level'in) zikredilen eser, özellikle s. 193 vd, özet olarak s. 233 vd.

Biz Level'in vardığı son derece farklılaştırılmış sonuçlarla ve düşünce teselsülüyle hesaplaşamayız. Bu da kabul edilebilir, çünkü burada bidayetden itibaren biraz daha başka geri etkileme kavramı Level'in ve Roubier'in hüküm maksadına tekabül edenden daha farklı olan bir geri etkileme kavramı esas tutulmuştur. Her ikisi de, sarıh hüküm olmayan bir kanun için, nasıl zamansal bir etki alanının olacağı gibi bir soru karşısında buldukları halde, bizim için ancak istikbalde ortaya çıkacak hukuki sonuçların üzerinde duran hükümlerle, tamamen gerçekleşmiş olan hukuki sonuçlar hakkındaki hükümler arasında, bir ayırım yapmak söz konusudur. Kısaca ifade etmek gerekirse, bizim için eğer bir kanun, geçmişte cereyan etmiş olan hadiselerle yeni hukuki sonuçlar bağlarsa (55), böylece daha önceki hukuki düzenlemenin geçerliliği altında tamamen tahakkuk etmiş, özellikle kısmen veya tamamen nazara alınmamış hukuki sonuçlar geri etkileyicidirler. Burada, eğer hukuk normları karar normları olarak mütalaa edilirse -hukuk bilimi kanun yorumlama bilimi diye kabul edildiği müddetce, bu noktai nazara yönelik olmalı- çok kere iddia edildiği gibi (56), karar veren hakimin münhasıran geçmişte bulunan vakıaların hukuki sonuçlarını düzenleyen kanuna göre hüküm erme zorunluluğu, sadece bir varsayım değil, aksine artık sadece bir gerçektir (57).

Elbette bu kavram belirlemede önemli bir unsur mevcuttur. Yani her somut halde, kanun tekniği olarak şekillendirme problemlerini nazarı itibare almaksızın -bu sonuncusunda Kisker'e olan kesin fark mevcuttur- yeni kanunun evvelki vakıaları değişik değerlendirmeye girişip girişmediğini, yoksa yeni değerlendirme için esas teşkil eden gerekçelerin, hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkan özel hallerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı veyahut kaynaklanmasının mümkün olup olmadığı sorulmalıdır. Eğer kanun borsa oyunlarından kaynaklanan alacakları geçmişteki belirli bir zamandan beri artık tanımazsa ve kabul etmezse ve geri ödemeyi hatta ödenen meblağların faizlendirilmesi mükellefiyeti ile birlikte düzenlerse, bu takdirde ilk durum (yani yeni kanunun önceki hadiseleri değişik değerlendirdiği hal) mevcut demektir. Eğer buna karşı bu gibi alacaklar için borçluyu koruma hükümleri koyarsa, bu takdirde yeni düzenleme için esas teşkil eden gerekçe talebin iktisabı hadisesinde mündemiç olmaz, aksine borçluların korunması zaruretinde mündemiç olur. Kisker, burada biraz mekanik olarak yeni kanunî düzenlemede hadisenin hususiyetlerine meseleyi bağlamakta ve kanun koyucusu manasına bağlamamakta bu sonuncusunu gözden kaçırmaktadır.

B- Böyle bir geri etkilemeyi kanun koyucu bir kere sarahaten düzenleyebilir. Bir kanunun genel muhtevassından da onun nihayete erdirilmiş olan vakıalara uygulanmak istendiği ortaya çıkabilir. Bu husus bizzat prensip olarak, kanunların geri etkilememesinin belirlenmesini isteyen hukuk düzenleri için geçerlidir. Böyle bir norm, eğer o hüküm anayasada yer almıyorsa, *lex generalis* olarak kanun koyucusu için bağlayıcı olmadığından, o bir *lex specialis* sayesinde ihlal edilebilir. Böyle bir hükmün somut halde mevcut

(55) Kimminich, JZ 1962, 518, dpn. 8'deki diğer örneklerle; BVerfG.'in, 19.12.1961 t. li kararı, JZ 1962, 536; aynı mahkemenin 31.5.1960 t. li kararı, BVerfGE. 11, 139 vd., 145 vd; dpn. 50'de zikredilen Scheerbarht, s. 28 vd.; Roubier, s. 171 vd.; 181 vd.; Meyer-Cording, JZ 1952, 161; Capitant, Introduction a l'étude du droit civil, 4 Aufl., Paris, s. 73 vd.; Ripert-Boulanger, Traite de droit civil, Bd I, 1956, 124 vd.; 126 vd.; başka misaller için Kisker, dpn. 39'da zikredilen eseri, s. 4, açıklama 8.

(56) Bunun için bkz. Kimminich, JZ 1962, 518; Tietz, NJW 1951, 468; Scheerbarht, s. 7, teferruatlı misaller için dpn. 16 ve 17.

(57) Bu açıklama ile, görünüşte kökünden reddedilmeyen, geriye etkili kanunlar hukuk mantığı gerekçesinden mahrumdur iddiasının da aksi isbat ediliyor. Misal olarak Tietz, NJW 1951, 468 vd., eski doktrinden misaller ile.



olup olmadığı, hukuki tefsir mesleğinin araçları ile araştırılıp bulunabilir (58). Geri etkilemeye yönelik böyle bir kanun koyucu iradesi birçok halde genel olarak kabul edilir. Bu bir kere doğru kanun yorumu diye adlandırılan hallerde, mesela ABGB'nin başlangıç kısmında 8. paragrafta öngörüldüğü üzere karşımıza çıkan bir durumdur (59). Ama bu diğer ülkelerde de "lois interpretatives" (yorum kuralları) veya "legge interpretative" (yorumlayıcı kanun kuralları) adı altında, kendilerine mahsus hukuki tabiatlarına istinaden, geri etkilemenin tefsir edilen kanunun çıkarılmasına kadarki güne kadar kabul edilmesi gerektiği, kanunların özel bir grubu olarak kabul edilmiştir (60). Bundan başka çoğunluk tarafından temsil edilen görüşe göre, hukuki barışın menfaatine praeterlegal (kanun çerçevesinde) veya hatta contra legem (kanuna aykırı) kökleşmiş örf ve adetleri kanunlaştıran kanunlar (Fransa'da "lois confirmatives" -yeni kural getirmeyen- diye adlandırılır) geri etki ederler (61).

Fransa'da bu durum her şeyden önce Vichy Hükümetinin yıkılması ile doğmuştur. Vichy rejiminin kanunları başlangıçtan beri açıklanmamıştır, ama sonradan, yeni rejimin kanunları olarak tek tek onları geri etki ederek yürürlüğe koymuşlardır (62).

Yaygın bir görüşe göre, kamu menfaatine çıkarılmış ve sadece kamu hukuku durumlarını düzenleyen bütün kanunlar geri etkili olmalıdır (63). Buna göre Fransız Yargıtayı şunu ifade etmiştir (64).

"Le principe de la non-rétroactivité des lois est inapplicable aux dispositions législatives qui régulent la jouissance des droits publics". (Kanunların geriye yürümemesi ilkesi kamu haklarından faydalanmayı (hak ehliyetini) düzenleyen mevzuat hükümlerinde cari değildir.) Ve Arjantin Codice Civil'in 5. maddesinde ise hatta sarahaten şunlar bulunmaktadır.

"Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden publico" (65). (Hiç kimse bir kamu düzeni kuralına karşı, mükteseb hak ileri süremez). (çn).

(58) Roubier, s. 278 vd. Kanunların açıkça geriye etkili olmalarına, kesinlikle karşı çıkmıyor. Fakat o "geri etkileme" kavramından sarfı nazar etmek istiyor. Bu sebeple onun teorisi, burada zikredilen noktadan hareket etmektedir.

(59) Kanunda açıkça düzenlenmiş geriye etki için bkz. OGH, 24.10.1956, t. li karar, EvBl. 1957, Nr. 36; ORK, 23.1.1957, t. li karar, EvBl. 1957, 125; Stubenrauch, Kommentar zum ABGB, 8. Bast., 1. Cilt, Wien 1902, §. 8 II; başka görüşte Kafka, AÖR, 83 (1963), 451 vd, 471, fakat sadece terminoloji farklılığı vardır. Görünüşte o, sadece böyle kesinleşmiş hükümlere de etki eden kanunlar için geriye etkili ifadesini mahfuz tutmak istemektedir.

(60) Karşılaştırmız, misal Cass. civ., 26.4.1939 t. li karar, DH 1939, 305; Ripert-Boulanger, Traite de droit civil, Paris, 1956 Bd. I, Nr. 307; Roubier, s. 242 vd; Gabba, Teoria della retroattività delle legge, Pisa 1867, Bd I, s. 19 vd.; Torrente, Manuela di diritto privato, 3. Bast., Mailand 1958, §. 5; Cass. civ. 28.3.1958 t. li karar n. 1066, dir. lav. 1958 II, 447 vd.; Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht, 15. Bast., 1959, Bd. I, §. 61 II 1.

(61) Kşn., mesela dpn. 60'da zikredilen Ripert-Boulanger; dpn. 60'da zikredilen Gababa, s. 24 vd.; dpn. 6'da zikredilen Roubier, s. 20; dpn. 32'de zikredilen Kisker, s. 17; Almanya savaş sonrası kanun koyma faaliyetlerinden birkaç örnek, bkz. Meyer-Cording, JZ 1952, 162.

(62) Bkz. misal için Breton, J.C.P. 1946, 575 Nr. 41

(63) Cass. reg.'in 2.12.1924 t. li kararı, DH 1925, 23; karşılaştırmız, leyh ve aleyhte tafsillatlı görüşler Roubier, s. 415 vd.

(64) Cass. civ.'in 21.3.1900 t. li kararı, DP. 1901.1.388.

(65) Bunun için bkz. Borda, Retroactividad de la ley derechos adquiridos, Buenos-Aires, 1951, s. 55 vd.

(çn). Bkz. 29 Mayıs 1926 tarihli ve 864 sayılı Tatbikat Kanunumuzun 2. maddesi aynı esası kabul etmiştir.

Burada, şüphe celb ettiği halde, bu son öğretinin gerçek muhtevasını araştırmanın yeri değildir (66). Çünkü elinizdeki araştırmanın konusu sadece, geri etki eden kanunların etkisini, -geri etkileyen karakterini ve geri etkilemenin caizliğini zannı galip olarak kabul edip- hükmün sonuçları üzerine etkisini araştırmaktır. Geri etki eden kanunların son grubu olarak, Fransa'da "lois d'annulation" (daha önceki kanunları hükümsüz kılan kanunlar) diye adlandırılan kanunları zikrederim. Onun esası bir kanunun "yürürlüğe girdiği" günden itibaren hükümsüzlüğünün açıklanmasıdır ki, onun mantıki manası geri etkilemedir (67). Geri etkileyen bu tür kanunlar iki tipik şık halinde ortaya çıkarlar. Bir kere yeni iktidardakiler tarafından ideolojik olarak yasaklanan rejimin devrilmesi seyrinde, bu rejimin kanun koyucusu tanınmaz ve kabul edilmez. Örneğin 9 Ağustos 1944 tarihli (68) kararname 2. maddesinde şunu belirlemiştir.

"Snot ..... nuls et de nul effet tous les actes ... législatifs, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 Juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement Provisoire de la République Française". (16 Haziran 1940 -Fransa'nın Almanya tarafından işgali tarihi- dan sonra ve Fransa Cumhuriyeti muvakkat hükûmetinin kuruluşuna kadar, hangi ad altında olursa olsun, Kıt'a Fransa'sında yayınlanan bütün teşri'i tasarruflar kesin olarak hükümsüzdür). (çn).

Böyle bir kanun dünya görüşüne ilişkin çıkış noktasından hareketle denilebilir ki, kendisine sadece açıklayıcı bir mana izafe edilebilir ve ancak içinde gerçek kanun koyma muamelesi izlenimini uyandıran bu muameleler, böyle bir görünüm uyandırdığı halde, gerçekte bir kanun koyma muamelesi değildir, açıklığa kavuşturulan gerçek bir kanun yorumuna yaklaşan muamelelerdir. Bununla beraber 2. madde Vichy kanunlarının kesin olarak iptalini, açıkca bir şekli tesbite bağlı kılmıştır ve bununla sarahaten iptal edilmemiş olan kanunları aslında ilk -geri etkili- gerçek kanunlar haline getirmiştir. Büyük bir problem, bundan sonra iptal edilen kanunların uygulandığı mahkeme kararlarının ne olacağı sorusu idi. Temyiz Mahkemesi (Cour de Cassation), 1945 yılına ait (69) iki kararında, bu hukuki problemde tam anlamıyla aksi yönde iki karar verdi. Bir defasında bu mahkeme bir İstinaf Mahkemesi'nin (Cour d'Appel'in) 15 Haziran 1943 tarihli bir hükmünü bozdu. Çünkü o Vichy rejiminin bir kanununu uygulamamıştı. Bundan az bir zaman sonra aynı yönde bir hükmü tasdik etti.

Benzer problem, Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla, şimdiye kadar mahkemelerin uyguladığı bir kanun hükmünün anayasaya aykırılığının açıklanması durumunda da ortaya çıkar. Her ne kadar böyle bir karara, genellikle sadece açıklanan manasına göre bir haklılık atfedilirse de, -anayasaya aykırı bir kanun hiçbir zaman geçerli değildir- yine de

(66) Fransız Temyiz Mahkemesi, vatandaşların aktif seçme ve seçilme hakkı üzerinde nasıl etki edeceğine ilişkin, d.p.n. 63 ve 64'te zikredilen her iki kararında, seçme ve seçilme hakkı reformu için görüşünü açıklıyor. Die Cour, sadece kanunun geri etkileme karakteri sebebiyle bu münferit haller için, seçme ve seçilme hakkına müdahale edilebilir kanaatindedir.

(67) Karşılaştırmız, bunun için Robier, s. 570 vd.

(68) S. J. 1964 III, Nr. 8768; bunun için Walline, S.J. 1945. I. 441

(çn). Türk Hukuk tarihimiz açısından benzer bir hüküm, 20 Nisan 1340 (1924) tarihli ve 491 sayılı, Teşkilatı Esasiye Kanunu'ndaki 104. maddedir.

(69) Cass. civ., 16.7.1945 t. li ve 18.12.1945 t. li her iki kararı Carbonnier'in ayrıntılı açıklamaları ile, D. 1946, 321.

bu hüküm yetkili mahkemelerce, Anayasa Mahkemesinin kararından önce, bu kanunun anayasaya aykırı olduğu noktasından yola çıkmadıklarından (Karşılaştırınız, mesela, GG. madde 100), bu bakımdan muhakkak hâlâ belirli bir anayasal unsura sahiptir. Bu sebepten Anayasa Mahkemesinin böyle bir hükmüne "kanun kuvveti" de tanınmalıdır. (Karşılaştırınız, BVerfGG, Par. 31/fık. II. (70). Bu hüküm tıpkı bir teşri'i tefsir gibi etki eder (71). Anayasaya aykırı bir kanunun uygulanması suretiyle ortaya çıkan ve kesin hüküm halini alan bir hükmün hukuki etkisi, pozitif hukukta sulhe erdirilmiş esas hakkında karara bağlanmıştır (BVerfGG, Par. 79 II, 82, 95 II; 11. Mart 1953 (72) tarihli İtalyan Kanunu'nun, 30. maddesinin III. fıkrası). Bunun kendine mahsus özelliğine ileride yeniden döneceğiz.

C- Burada inceleme konusu yapılan doktrin ve uygulamadaki tartışma konusunun nasıl cevaplandırılacağına bakılırsa, buna göre bütün ülkelerde aşağıdaki şekilde özetlenebilen, hakim bir fikrin oluştuğu gibi, ilginç bir tesbitte bulunulabilir:

a) Kanun koyucu, kanuni düzenlemelerine geriye etkilemeyi öyle bir kuvvette atfedebilir ki, kesin hüküm halini almış kararlar dahi artık mevcudiyetlerini sürdürmezler ve karara bağlanmış davalar yeniden sahneye konulabilir (73). Kısmen bunu anayasa mahkemesi kanunları yapmışlar (74) ve sonradan anayasaya aykırı diye açıklanan norma dayanan kararlardan hiçbirinin icra edilemeyeceğini düzenlemişlerdir. Bunun dışında hükmün sonuçları bundan etkilenmemelidir.

Yahudiler konusunda ayırıcılık yapan mahkeme kararlarının hukuki etkisini 9 Ağustos 1944 (75) tarihli kararname kesin olarak bertaraf etmiştir (76).

b) Eğer kanun koyucu bu şekilde uygun bir geri etkilemeyi açıkca düzenlememişse, ekseriyetle kesin hüküm halini alarak halledilen davaların, kanun değişikliğinden etkilenmediği kabul edilir (77). Bu kural özellikle, teşri'i tefsirler (Legalinterpretation) (78) de geçerli bir prensiptir ki, hatta Avusturya'da Habsburg olayı için olan tartışmada, bu

(70) 12.3.1951 t. li karar, BGBl, s. 243, faat bu zaman dilimi içinde çıkanlar ile buradaki değişiklik kanunları alakalı değil.

(71) Böyle haller için, dpn. 50'de zikredilen Scheerbarth, s. 3.

(72) Nr. 87, Gaz. ufficiale della Repubblica Italiana, Nr. 62, s. 984 vd.

(73) Cass., 23.2.1932, t. li karar, Giur, it. 1932, sez. I, Spalte 1180 ff., 1182; dpn. 60'da zikredilen Torrente; Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, 2. Aufl., 1935, Bd. I, s. 375, 11.8.1870 t. li ve Nr. 5784. No. lu kanuna atıflarla. Roubier, s. 268 f, 285 vd. geri etkilemenin böyle bir değerlendirilmesi için misal, Kıymet Artırma Kanunu'nun 68 ve 78. paragrafıdır.

(74) Karşılaştırınız, dpn. 72.

(75) Karşılaştırınız, dpn. 68.

(76) Bunun için bkz. Voirin, j.C.P. 1947., 580'e kadar.

(77) Misal için bkz. dpn. 73; bunun dışında Marty-Raynaud, Droit civil, Paris. 1956, Nr. 107, dpn. 4; Hebraud-Raynaud, Rev. trim. dr. civ. 1953, 371, m.w.N.; Cass. civ., 20.1.1920, t. li karar Rouast'in tasvib eden açıklamaları ile DP. 1921, 129 vd.; dpn. 60'da zikrettiğimiz Gabba, s. 27 vd.; Cass., 28.3.1958 t. li karar, Nr. 1060, il diritto dellavoro 1958, 447; başka deliller ile dpn. 22'de zikrettiğimiz BGH.S.85; BGH L.M. §. 322 Nr. 10; BFinH, BStBL. 1958 III 222; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Koommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Bası., §. 322, Anm. VIII, 1; Wiczorek, Kommentar zur ZPO, §. 322 Anm. E. IV b 2; F. Lasalle, Die Theorie der erworbenen Rechte, 2. Aufl., Leipzig 1880 I §. 133, 252 vd.; dpn. 36 zikredilen Affolter, §. 57; RG.'in 24.4.1900 t. li karar, RGZ 46, 65 vd.; Rosenberg, wie Anm. 1, §. 6 I; karşı görüş Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Bası. 1956, §. 28 a.E.

(78) Karşılaştırınız dpn. 77'de zikredilen delillerin dışında, Stubenrauch, Kommentar zum ABGB, 8. Aufl., 1. Bd Wien, 1902, Par. 8 II, başka deliller ile dpn. 5 ve 6; Rotondi, Istituzioni di diritto privato, 7. Aufl., Mailand 1962, s. 78; Reymond, De lois d'interpetation et de leur retroactivite, Paris 1925, S. 315; BGH.'nin 11.3.1953 t. li karar, L.M. Par. 322 ZPO Nr. 10, değişik görüşte sadece Leser, Die Zukunft, 1963, Juli-Heft, s. 7, kanun koyucunun yorumunun her geri etkilemesini reddetmek istiyor görünümünde.

hususla ciddi şüpheye yer verilmemişti (79). Böylece Pau İstinaf Mahkemesi (Cour d'Appell de Pau), girişte (dnp. 24'te) anlatılan örnekte önceki hükmün verilmesi anında vadesi gelmiş olan yükseltelen bir yıllık taksid için, bu arada ortaya atılan bir teşri'i tefsire rağmen, talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Bir ayrıntılı soru da, elbette teşri'i tefsirlerde bir özel durum geçerli olmaktadır. Aynı zamanda, özellikle Fransa'da bir geriye etki eden yeni kanun temyiz merciinde prensip itibariyle artık nazarı itibare alınmadığı halde, (bunun için bakınız yukarıda dnp. 18'e) teşri'i tefsirler için, Temyiz Mahkemesi'nin (Cour de Cassation) uygulamasına göre bunun aksi geçerli olmaktadır (80).

c) Gaul, Almanya için, şimdiye kadar burada ifade edilen tezlerden ayrılan bir tez ortaya atmıştır (81). Bu teze göre, geriye etki eden kanun değişikliklerinin, kesinleşmiş hükümler üzerinde etkisi hakkında, Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 79. paragrafına kıyasla muamele yapılmalıdır. Bir kanunun anayasaya aykırılığının açıklanması durumunda, maddi kesin hüküm halini almış kararlar bundan etkilenmezler, fakat vukubulan ifa, hükmün icrası sebebiyle zenginleşme taleplerini devre dışı bırakması halinde olduğu gibi, bu hallerde de hükmün icrası artık caiz değildir.

d) Hatta kanunda geriye etkileme. kesin hükümle nihayete erdirilmiş meseleleri de ihtiva eder şekilde düzenlenmiş ise. mahkemeler kanunun mümkün merteye sınırlandırıcı bir yorumu için gayret sarfetmelidirler. Bunun için iki misal:

aa- 30 Eylül 1953 tarihli kararname (82) kira ilişkisinin uzatılmasına ilişkin (renouvellement) talepleri reddeden ve kesin hüküm halini alan kararların ihlalini öngörmüştü. Seine Bidayet Mahkemesi (Tribunal de la Seine), bu tesbitin sadece basit kesin hükümler için nazara alınabileceğini, ama rücuu mümkün olmayan (icra edilerek hitama erdirilmiş) hükümler için nazara alınmayacağına hükmetmiştir. Somut olayda hiçbir temyiz başvurusu yapılmamış ve bu arada cebri icra yapılmış idi.

bb- Yukarıda dnp. 22'de açıklanan halde, Berlin Kanunu'nun belirtilen olayında, mahkemeler teşkilatı alanında hukuk birliğinin yeniden ihyası için BGH, hatta kanunen gayet açık olan lafzını aşarak, onda aşağıdaki gerekçe ile geriye etki eden karakterin olduğunu inkâr etmiştir. Ona göre kesin hükmü ihlal eden geriye etkili kanun son derece sakıncalıdır ve o derece özel durumlar içindir ki, kanun koyucu eğer bunu her türlü kuşkunun üzerinde, şüphe edilmeyecek şekilde ifade etmişse, böyle bir geriye etkileyici irade zannı galip olarak kabul edilebilir. Bunun için kanunun yürürlüğe gireceği tarih, kanun metninden anlaşılabilirse, daha sonraki bir tarihte neşredilmesi yeterli değildir. Bunun dışında kanun koyucunun kanunun yürürlüğe gireceği zamanın tesbitinde daha sonraki neşir imkânını hesap ettiği hususu ortaya çıkmalıdır. Bu somut halde isbat edilememektedir. Bu sebepten İstinaf Mahkemesi'nin (Berlin Kammergericht) 15 Şubat 1951 tarihinden önceki kararlarına karşı, temyize müracaat edilemedi.

e) Kabul edilen bu görüşün gerekçelelendirilmesi için, ya Roma Hukuku kaynaklarına bir işaret (84) veya hukuki emniyetin bir faktörü (85) olarak, kesin hükmün önemine

(79) Broda, Salzburger Nachrichten, isimli gazetenin, "Der Staatsbürger", isimli ilavesinde bunu açıkca kabul etmektedir. 25.6.1963, s. 1.

(80) Cass. civ.'in 26.4.1939 t. li kararı, DH 1939, 305; Cass. civ., 20.1.1920 t. li karar, DP 1921, 129 vd., Carbonnier'in bunu destekleyen açıklamaları ile; 1 Perrot, im Juris Classeur, Art. 1351, CC. Nr. 227.

(81) Grundfragen des Wiederaufnahmerechts, Bielefeld 1956, s.

(82) D.H. 1953 leg. 393 vd.; iç zaman problemler için bkz. Givord, S.J. 1953, 1124.

(83) Gaz. P. 1955 II 87 bunu reddeden açıklamalar ile Juffret in Rev. Com. 1955, 818 ve Hebraud-Reynaud in Rev. trim dr. civ. 1956, 176.

(84) Karşılaştırmız, teşrii tefsir için misal olarak, nov. 19 (praef); bkz. ayrıca Roubier, s. 37 vd.

(85) BGH' dnp. 22'de zikredildi. Benzer şekilde Roubier, s. 287; Capitant, dnp. 55'de zikredildi, s. 76 vd.; Gaul, dnp. 81'de zikredildi.

işaret edilmelidir.

Daha kuvvetli bir dogmatik olarak düşünülen gerekçelendirme arayışı, maddi kesin hüküm teorisinden yola çıkmaktadır ve hükmün kesinlik kazanmasıyla maddi hukuki durumun yenilenmesinin temin edildiği belirtilmektedir. Bu yargılamada haklı çıkan taraf için, yeni bir kanun ile etkilendirilemeyecek (86) kazanılmış bir haktır denilebilir. Roubier (87), başarı ile dava konusu edilen bir hakkın müktesep hak olduğunu, buna karşı dava konusu edilmeyen hakkın mükteseb hak olmadığına ilişkin düşüncüyü, neden geri etkileme hükmü ile, birine dokunmayan kanun koyucunun, öbür hakkın karşısında neden durmak istemektedir, sorusuna hiçbir cevap gösterilmemesi gerekçesiyle haklı olarak tenkid ediyor. Üstelik bu gün maddi kesin hüküm teorisi hemen hemen her yerde yerini usuli teoriye bırakmıştır ya da gerileme halindedir (88). Öyle ki bu tarzı delillendirmek zaten sallanan ve batan, kaybolan bir zemine dayanmaktadır.

## II. Anayasa Problematığı: Geriye Etki Eden Kanun ve Mevcut Hükümle Emniyet Altına Alınmış Olan Hukuki Durumlara Müdahale

Bütün problemlili meselelerin bir kritiğe tabi tutularak aydınlatılabilmesi evvela geriye etki eden bir kanun değişikliğinin, mevcut haklara bir müdahaleye götürebileceği hususunun düşünülmesi ile mümkündür. Devletin vatandaşlarına birtakım hakları garanti ettiği bir anayasal düzenlemede, bundan dolayı derhal şu soru ortaya çıkar. Kanun eğer vatandaşın hukuki durumlarına müdahale ederse bu taktirde de geriye etki etmeli midir? Ve biz kendi meselemizle kendimizi sınırlarsak, eğer kanun vatandaş tarafından kesin hüküm şeklini alan bir hükme istinaden elde edilen hukuki menfaatleri ihlal ederse, yine de geriye etki etmeli midir? (89)

Bu problem, kanun koyucusuna, anayasa hukukunda garanti edilen temel haklarla sınırlar göstermesi ve hakimlerin de kanunların geçerliliğini bu noktadan bilahare tetkik etme imkânının olduğu hukuki düzenlemelerde tabii olarak faydalı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu Fransa'da olan bir durum değildir ve İsviçre'de sadece kantonal hukukun Federal Anayasa ilişkileri bakımından ortaya çıkan bir durumdur. Bunun dışında, davada haklı çıkan davacının lehine olan, bunun gibi özel olarak anayasal korunmaya mazhar olan haklara ilişkin hükümlerin kesin hüküm olup olmayacağı veya bunun aksi hal söz konusu olup olmayacağı ayırd edilmelidir.

A- Birinci şık mülkiyetin garantisini sonucu (90) malvarlığı hakkına ilişkin taleplerde ortaya çıkar ki, onlar anayasada o açıklıkla düzenlenmiş olmasa dahi (91) orada maddi

(86) Chabot de l'Allier, Questions transitoires sur le Code Napoleon, 2. Aufl., 1829, s. 209 (Robier'den naklen, s. 167); Dalloz, Jur. gen. Art. 2 Nr. 390; Lasalle, dpn. 77'de zikredildi. s. 252 f.; Savigny, dpn. 40'da zikredildi, s. 510.

(87) Dpn. 6'da zikredildi, s. 167.

(88) Karşılaştırınız bütün haller için, BGH, dpn. 22'de zikredildi; Rosenberg, dpn. 1'de zikredildi, §. 148; Petschek-Stagel, dpn. 144'de zikredildi, s. 286 f.; Costa, dpn. 17'de zikredildi. Nr. 180; Segni, in Scialoja-Branca, dpn. 34'de zikredildi, Nr. 4.

(89) Bu problemi ilk kez dpn. 65'de zikredilen Borda, s. 108 vd. geniş anlamıyla ve gerekli açıklıkla ortaya koymuştur.

(90) Kanunların geriye etkisi ile, kamulaştırmanın ilişkisi OGH,'in 13. 4 ve 21.6.1950, tarihli kararı ile açık şekilde kabul edilmiştir, naklen Meyer-Cording, JZ 1952, 163; dpn. 60'da zikredilen Enneccerus-Nipperdey, s. 61, II, 5, dpn. 15'de başka deliller ile.

(91) İsviçre'nin bir kısım kantonlarındaki açık düzenleme için bkz. Ruck, Schweizerisches Staatsrecht, 3. Bası, 1957, §. 115; "Eigentum jeder Art:" "Eigentum und die Privatrechte"; "die wohlverworbenen Privatrechte" usw.

değer taşıyan bütün özel hakları kapsamaktadır (92-93).

Şimdi, davada haklı çıkan, maddi kesin hüküm sayesinde kendisine bazı hukuki menfaatler tanınan davacının, yeni kanun vasıtası ile bu haklarının anayasal garanti altına alınıp alınmadığı sorusu ortaya çıkıyor. Çünkü maddi hak, tesbit edildiği üzere, anayasa vasıtası ile kanun koyucusuna karşı mevcudiyetini sürdürme gücüne maliktir.

Gerçi bu gün hakim olan, şekli kesin hüküm teorisine göre, kesinleşen hüküm sanki maddi hukuki durum üzerinde bir yenileme olmayıp, maddi hukuk açısından etki etmemektedir.

Denilebilir ki, davayı kazanan davacıya hükümden doğan hukuki menfaatler hüküm ile tesbit edilen maddi, anayasaya göre korunmuş olan hakla aynı mahiyeti arz etmez.

Bu sebeple, bu gün neden özellikle şekli kesin hüküm teorisinin tercih edildiği hususunda, denilebilir ki, özel etki derecesinde (maddi kesin hükmün subjektif sınırları; olağanüstü kanun yolları sebebiyle, bozma sayesinde infisahi şarta bağlılık) mündemiçtir. Bunun izafilik derecesi pozitif maddi hukuk kanunlarıyla bilinen sınıflandırmalarla anlatılamaz (94). Hukuk mantığı bakımından yine de maddi kesin hükmün etkileri, maddi hukuk olarak da düşünülebilir, eğer maddi hukuk düşünce dünyamızı özel olarak izafileştirilen hukuki etkilerin kavranması için gerekli olan ve kesin hüküm halini almış karardan yola çıkan kavramlarla zenginleştirilirse, bu mümkün olur. Çünkü doğru uygulandığı takdirde şekli ve maddi kesin hüküm teorileri aynı sonuçlara götürmektedir (95).

Özel izafilik sınırları (Relativitaetsgrenzen) dahilinde bir hükmün maddi kesin hüküm halini alması, tıpkı maddi hak gibi aynı türden bir kesin tahsis muhtevasını oluşturmaktadır. Bu sebepten o onun anayasal hukuk mevcudiyetini korumasını da paylaşmak zorundadır. Buradan ortaya çıktığı üzere, malvarlığı hukukunu ilgilendiren davalarda, davada haklı çıkan davacıdan, bir hükmün maddi kesin hüküm halini almasıyla bahsedilen hukuki menfaatleri yeni kanun ile mahrum edemeyiz. Sadece anayasaların sosyal devlet itirazı kaydı çerçevesinde bu menfaatlerinden sınırlandırmak mümkün olur. (Karşılaştırınız. GG. m. 14 II).

Bu Arjantin Yüksek Temyiz Mahkemesi, bütün açıklığı ile 3 aralık 1947 tarihli bir hükmü ile dile getirmiştir (96). Davacı kiralayan, davalıya karşı 40 günlük tahliye müd-

(92) Krş., Ruck, dpn. 91'de zikredilen eser, s. 115; Emerica, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, Wien 1963, s. 135 f.; etraflıca deliller ile Hamann, Das Grundgesetz, 2. Bası, Oldenburg 1960, Art. 14, B. 1 b; Arjantin yüksek mahkeme kararlarından teferruatlı deliller ile dpn. 65'de zikrettiğimiz Borda, s. 68 vd.; İtalya'da değişiktir. Orada mülkiyetin korunması biraz daha az kuvvetlendirilmiştir. bunun için bkz. Ballardore-Palliarı, Diritto costituzionale, 5. Bası, Mailand 1957, Nr. 125.

(93)-OGH 1.7.1948 tarihli bir kararında (SJZ. 1949, 409 vd) eski İngiliz bölgesi için, "eğer bir kanun bütün ülke vatandaşlarının veya vatandaş sınıflarının (vatandaş gruplarının) belirli malvarlığı haklarını aynı tarzda eşit şekilde sınırlandırarak kayıt altına alıyorsa ve eğer kanun geleceğe yönelik böyle bir düzenleme ile, geriye etkili olarak, şimdiye kadarki hukuki durumu gelecekteki hukuki duruma uyarlıyorsa" kamulaştırmanın varlığını reddetti. Eğer bir kanun hakların doğumu ve ortadan kaldırılması ile ilgili ise, şartlara uydurulmuş gerekçenin, bunların kendi özel şartlarından hareketle ortaya çıktığı, Einzelakttheorie diye adlandırılan (bkz. bunun için her şeyden önce BGH, GZS 10.6.1952 t. li karar, BGHZ.6. 270 vd., 279 vd.), teori kabul edilemez olarak görülüyor. Kanun ileriye etkili olduğu sürece, mevcut hakların geriye etkili olması prensibi sayesinde ortadan kaldırılması ile bir dereceye konamamış hakların ortaya çıkmasını engelleyecektir. OGH'e karşı haklı olarak Tietz NJW 1951, 570.

(94) Krş. tamamı için Rosenberg, s. 148 II 1; Segni, (dpn. 34'de zikredilen Scialoja-Branca, Nr. 4 a. E).

(95) Haklı olarak dpn. 15'de zikredilen Blomeyer, s. 88 III; Schwab ZZP 77, 124 vd.: 132.

(96) Fallo de la corte suprema de justicia de la nacion, Bd 209, s. 405 vd.; dpn. 65'te zikredilen Borda, s. 67, uygulamadan başka deliller ile buna muvafakat ediyor.

(çn). Türk Hukuku tatbikatının bu konudaki kanaatini aksettirmesi açısından, Anayasa Mahkememiz ve

detini kabul eden bir tahliye kararını çıkarmıştı. Cebri icra muamelesinden önce, belirli şartlar altında 2 yılı aşan cebri tahliyelere cevaz vermeyen yeni bir kiracıları koruma kanunu çıkmıştı. Mahkeme bu yeni düzenlemeyi hükümden ortaya çıkan hakların esas muhtevasına dokunmayan, sadece cebri icranın tarz ve şekline ilişkin bir düzenleme olarak görmüştü. Bu sebepten sonuçta onun anayasaya uygunluğunu kabul etmişti.

Burada geliştirilen prensipler geriye etki eden teşrii tefsirler için, hatta eğer bir hükümün o hükmün çıkarılması zamanında, hukuki durumun esasını teşkil eden kanunun - buna göre doğru kanun tefsirine istinaden geriye etkileyici olarak değil- yanlış uygulanmış olması halinde de geçerli olur. (çn).

Servet kıymeti olan haklara ilişkin hükümler için geçerli olan bu hususlar aynı şekilde anayasal olarak korunmuş olan haklarla ilişkili olan hükümler için de, örneğin, eğer ikamet ve hareket serbestliği anayasal olarak garanti altına alınmışsa, bir ikamet yasağını kaldıran hükümler için de geçerlidir. Mesela Avusturya'da, Federal Anayasanın 149. maddesinin, 1. fıkrasına göre, Federal Anayasanın mütemmin cüzü olarak, 21 Aralık 1867 tarihli StGG. madde 6 ile (RGBL. No. 142) ortaya çıkan durum, bu sonuncusuna uyan bir durumdur. Bu yüzden 4.7.1963 tarihli teşrii kanun tefsiri (BGBl. Nr. 172), normal bir federal kanun olarak çıkarılsaydı, bu taktirde Dr. Otto Habsburg'un VGH'nin hükmünden elde ettiği hukuki duruma, böyle bir yeni kanun çıkarıldı diye artık dokunulamayacaktı (96a).

Ancak 4.7.1963 tarihli teşrii tefsir Federal anayasa olarak çıkartılmıştı. İşte bu mantık ile bakılınca (97), bu tefsirin, Dr. Otto Habsburg için idari mahkeme kararı vasıtası ile "ihdas edilmiş" ikamet hakkı diye yorumlanabilecek ve anayasal olarak korunmuş olan bir hak, buna rağmen, yine de teşrii tefsir ile tekrar bertaraf edilmek istenilmişti. Ama bunun aksine, özellikle anayasal olarak korunmamış bulunan haklara ilişkin bir hüküm bulunan herhalde başka türlü davranılamayacağı açık bir yorum meselesidir.

Bu son soruya girmeden önce, malvarlığı hukukuna ilişkin talepler için yukarıda geliştirilen prensiplerin, eğer davalı davayı kazanmışsa, yine de geçerli olup olmayacağı hususunu bir karara bağlamak geriye kalıyor. Bu taktirde özellikle bir yeni geri etki eden kanun, mevcut bir hakka müdahale etmiş olmaz, aksine önceki davalıyı "yeni" bir vecibe ile yük altına sokar. Anayasal mülkiyetin korunması, kazai içtihatlarla ve hukuk dokt-

---

Yargıtay'ın aşağıdaki kararları zikredilebilir: "... kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez..." (AMK.11.11.1963, E. 1963/106, K. 1963/270, AMKD, sy. 1, s. 473). "... Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir..." (AMK. 21.6.1989, E. 1988/34, K. 1989/26, RG. 5.12.1989, sy. 20363). "...Ancak Anayasanın 2. maddesinde belirtilen niteliklere sahip bir hukuk devletinde mevcut kanunlara göre kazanılmış hakların sonradan çıkacak kanunlarla tanınması zorunluluğu olduğu şüphesizdir..." (AMK. 18-19.6.1968, E. 1966/19, K. 1968/25, RG. 29.1.1970, sy. 13412); İBK. 22.5.1946, E. 26, K. 9, Rg. 23.7.1946, sy. 6366; İBK, 7.12.1964, E. 1964/3, K. 1964/3, K. 1964/5, RG. 12.12.1964, sy. 11880).

(96a) Avusturya'da tartışmalarda sık sık ortaya atılan iddia, anayasaya aykırı bir kanun için problemlili teşrii tefsirlerde ele alınan durum (krş. misal olarak Winkler, "Die Presse" 15/16. 6.1963, s. 5; Leser, "Die Zukunft", juli 1963 s. 7; Marcirc, Salzburger Nachrichten, 1.6.1963, s. 3 ve sonrası, yine muhtemelen ona ait bir makalede, aynı gazete, 7.6.1963 tarih, s. 3'de bana gerekçelendirilmemiş görünüyor. Çünkü kanun koyucunun insiyatifi ile, soyut bir özelliğe göre (Habsburg hanedanının üyeleri için), belli bir konuda çıkartılan özel kanun, bu sebeple anayasaya aykırılık teşkil etmez. (Bkz. BVerfG, NJW 1960, 236; 1957 vd.-lex Shömer-hadisesi; aynı şekilde dpn. 39'da zikredilen Kisker, s. 19).

(97) Genellikle, anayasaya aykırı anayasa normunun sebep teşkil ettiği, anayasa koyucusunun üstün kanuna bağlılığı probleminden burada mecburen sarfı nazar edeceğiz.

rinle şumllendirilerek, malvarlığını koruma olarak telakki edilmiş olmasına rağmen, on-  
da (korumanın bu şekilde geniş olduğunun kabulü faraziyesinde dahi) kanuni mükellefi-  
yetlerle yük altına almada, herhalükârda bunlar somut bir malvarlığı hakkının temelini  
sarsmak gibi bir sonuca ulaşmazsa, korumayı görmek kadar çok ileriye gidilebilip, gidi-  
lemeyeceği, bana gerçekte şüpheli görünüyor. Bu derece şumullü bir anayasal malvarlı-  
ğını korumak, onu aynen kanuni vecibelerle yük altına sokmayı yasaklamak gibi bir du-  
rum oluşturur ki, şimdiye kadar, bilebildiğim kadarıyla Almanya'da da bu iddia edilme-  
miştir. Bu derece şumullü bir koruma, işleyen toplumda, vatandaşlarına kanundan dolayı  
sürekli olarak yeniden yüklenmek zorunda kalınacak olan kanuni mükellefiyetlerin çok-  
luğunda tutunamayacaktır.

B- Celle Eyalet Mahkemesi (OLG) (98), anayasal olarak korunmuş maddi haklar dı-  
şında kesin hükmün her türlü anayasal korunmasını reddetmiştir. Ama burada tıpkı da-  
vayı reddeden hükümlerde olduğu gibi, anayasa hukukunun genel şartları ile, müdahale-  
nin kabili telif olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sonuncu hallere klasik mi-  
saller US anayasasının, due-process of law- hükmüdür ve Almanya'da aslında tamamen  
tesadüfi ortaya çıkan bir deyimden, GG. madde 28 I'den alınan maddi hukuk devleti  
prensibi geliştirilmiştir (99). Bu prensipten hareketle Federal Alman Anayasa Mahke-  
mesi (BVerfG) bunun devamı olan hukuki ilkiyi istihraç etmiştir. Devlet hukuk güvenli-  
ğini asgari ölçüde garanti etmelidir ki, buna vatandaş statülerinin temeli hakkındaki ka-  
nun koymaya güvenin korunması da dahildir (100). Bu noktai nazar altında Almanya'da  
tatbikat ve doktrin zaten geriye etki eden kanunların problemleri ile tekrar tekrar uğraş-  
mıştır (101). Geriye etki eden kanunlara müsaade edilmesi hakkındaki görüşler kuşku-  
suz birbirinden ayrılmaktadır. Kanuni düzenlemelerin geriye etki etmesinin korunması-  
nın asgari ölçüde olmasını, BVerfG'in içtihatlarına dayanarak aşağıdaki şekilde formüle  
etmek mümkündür (103).

a- Mükellefiyetler yükleyen kanunların geriye yürümesi caiz değildir. Çünkü, aksi  
takdirde onunla hukuki güvenin korunması prensibi ihlal edilmiş olur.

Federal Anayasa Mahkemesi buna göre, 1.1.1951 tarihine kadar geri etkilemeyi ka-  
bul eden ve 1951 yılı için de geçerli olduğu iddia edilen, 20.5.1952 tarihli ve yeni mü-  
kellefiyetler getiren Vergi Kanunu'nun geçersiz olduğunu kabul etti.

b- Eğer bir güvenin mevcudiyeti yoksa, mükellefiyetler yükleyen kanun istisnai ola-  
rak geriye yürüyebilir (104).

c- Eğer geriye etkileme, amme menfaati için mecburi sebeplerden dolayı gerekli  
olursa, aynı hal geçerlidir. Bu sebepler hukuki teminatın üzerindedir.

(98) 2.11.1954 t. li karar, NJW 1955, 871.

(99) Nawiaski, Allgemeine Staatslehre, Bd. III, 1456, s. 130 vd.; Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat  
ZGesStW 1950, 390 vd., 402; Peters in Recht, Staat und Wirtschaft, Bd. I, s. 66 vd.; Leibholz, Die Gle-  
icheit vor dem Gesetz, 2. Bası., München-Berlin, 1959, s. 11; Wintrich, die Rechtsprechung des Bayer.  
Verfassungsgerichtshofs in "Recht, Staat und Wirtschaft", Bd. IV. 1953, s. 601 vd.; BVerfGE 7, 89,  
92, 104.

(100) İma tarzında, BVerfG, 24.4.1953 t. li karar, BVerfGE 2, 264 vd.; aynı şekilde 24.7.1957 t. li karar,  
BVerfGE 7, 89; bundan başka ayrıca bkz. dpn. 102 ve 103 zikredilenler.

(101) Dpn. 39'da zikrettiğimiz Kisker'in müşahadesine göre, US mahkemelerinin uygulaması tamamen aynı  
yönde s, 87 vd.

(102) Bkz. 19.12.1961 t. li prensip kararı, BVerfGE 13, 261 vd. JZ 1962, 536 vd.

(103) Bkz. Kimminich, JZ 1962, 518ff., 524; farklı yönde misal olarak bkz. dpn. 50'de zikrettiğimiz Scheer-  
barth, s. 41 vd; özellikle vergi hukuku için bkz. Paulick, Zur frage der Zulaessigkeit verschaerfender  
Rückwirkungsarrdnungen im Steuerrecht, Beuel a. Rh. o. jg.

(104) US' mahkemesinin benzer bir durduması hakkında bkz. dpn. 39'da zikredilen Kisker, s. 90.



Böylece BVerfG, misallerde söylendiği gibi, geriye etkili bir kanunun Federal Meclis'te karar altına alındığı andan itibaren, velev ki bu kanun daha sonraki bir tarihte neşredilmiş olsa dahi, yeterli bir güven mevcudiyetinin artık mevcut olmadığını ifade etmiştir. Bunun gibi, eğer daha önceki kanun önemli belirsizlikler ihtiva ediyorsa, daha sonra geri etkileyen bir kanunun onun belirsizliklerini bertaraf etmesi halinde güvenin mevcudiyetini ihlal söz konusu değildir. Bundan sonra geriye etki eden teşri'i tefsirlerin caiz olması durumu, eğer bu tefsirler eski hukuka göre de savunulabilecek düşünce düzeyinde ise ortaya çıkar (105).

Ama güvenin mevcudiyetini sürdürmesinden hangi şartları istersek isteyelim (106), bir geri etki eden kanun değişikliğinin yasağını ondan çıkarmak için itirazi kayıtsız kesin hüküm halini almış olan bir hükümden daha kuvvetlisini bulamayız. Bu hüküm davada haklı çıkan taraf açısından da hukuki etkilerine bakılarak elde edilmiş ve bu sebeple daha sonraki kanun değişikliklerinin etkisinden prensip olarak uzak olmalıdır. Bu sebeple Almanya'da, kesinleşen hükümler sonuçları ile, eğer onlar davalının lehinde verilmiş hükümler ise, ya da davacının, kendileri için özel olarak anayasal bir korumanın sağlanmadığı haklarına ilişkin olsalar da, ilke olarak anayasa tarafından korunmaktadırlar.

Böylece BVerfG büsbütün açık seçik olarak şunu ifade etmiştir (107).

"Hukuk emniyeti sadece bir hakkı elde etme usulünün düzenlenmesi ile yetinmez, o aynı zamanda hukuki sürekliliği emniyet altına alınmış olan bir sona ulaşmasını da gerektirir".

Burada temsil edilen, doktrin iyice açıklığa kavuşturmuştur ki, teşri'i tefsir diye adlandırılan tefsirlerde geriye etki caizdir, ama bunun kesin hüküm vasıtası ile halledilen davalar üzerine hiçbir etkisi yoktur. Eğer bu kanun açık değil ise, bu taktirde yeni kanunun, geriye etkisini yasaklayabilecek olan yeterli bir güven olayı yok demektir. Ama bu açık olmayan hukuki duruma rağmen bir hüküm verilmiş ise, bu taktirde korunmaya layık güven olayı meydana getirilmiştir.

Kanuni hükümlerin sonradan değiştirilmesi de, ilke olarak, kanunun çıkarılmasından önce kesinlik kazanan hükümlerin etkileri üzerinde, doğrudan doğruya esasında önemli bir değişiklik meydana getirmez. Bu kural özellikle olağan ve olağanüstü kanun yolları vasıtası ile bozulabilme, aynı zamanda icra edilebilir olma bakımından da geçerlidir. Böylece BVerfG, yukarıda zikredilen kararında "tamamıyla nihayete erdirilmiş olan bir hadisede".sonradan eski ve tartışmasız olan hukuki kanaate göre muhakemenin yenilenmesinin gerekçelendirilmesi için elverişli olmayan sebeplerden yeniden karar almaya yönelmenin" hukuk emniyeti düşüncesiyle kabili telif olmadığını tesbit etmiştir. Bu prensip, hatta şu anlamda demek ister ki, kanun koyucu prensip olarak, istikbal için verilen hükümlerde olağanüstü itiraz edebilmeye sıkı şartlara bağlı olarak müsaade etmiştir. Kanunun çıkmasından önce kesin hüküm halini almış olan hükümlere itiraz edebilme daha çok yasaklanmış olmalıdır.

Kesin hüküm için tesbit edilen bu hususlar, bir kararın icrai etkisi için de geçerlidir. Bu etki, devlete karşı davada haklı çıkan için subjektif-resmi bir hak meydana getirir. Bu hak (icra edebilirlik) feri bir haktır ve maddi hukkuun tanzim ettiği menfaatleri den-

(105) Haklı olarak dpn. 39'da zikredilen Kisker, s. 115 ve dpn. 50'de zikredilen Scheerbarth, s. 102 vd.

(106) Bu şart hakkında kritik için, başka deliller ile birlikte dpn. 39'da zikrettiğimiz Kisker, s. 17 vd.; Kimminich'in müdafaası, JZ. 1962, 523 f.

(107) 1.7.1953 t. li karar 1137 vd. Bunun gibi Scheerbarth, s. 79 vd; Bay VfGH, BayGVBL, 1950, s. 263 vd., 266, JZ 1951, 88 Nr. 3; değişik görüşte OLG Celle NJV 1953, 871.

gelemeye ve gerçekleştirmeye izmet eder. Hükümle meydana getirilen malvarlığı hukukuna ilişkin talepler de Anayasanın (GG.) 14'üncü maddesinin korunmasına tabi kılınmış malvarlığı değerine ilişkin bir haktır. Bu sebeple mahiyeti gereği bir kimseden esirgenemez. Ama servet (malvarlığı) hukukuyla ilgili olmayan taleplerden dolayı cebri icrada dahi, hukuk devleti ilkesi davayı kazanan taraftan, devlet tarafından kesin olarak ona sağlanan hukuki himaye, artık tekrar ondan esirgenememeyi gerektirir.

Bu sebeple Gaul tarafından tavsiye edilen, BVerfGG. Par. 79'un kıyas yolu ile uygulanmasına iştirak edemeyeceğim. Kararın icra edilebilirliğinin ortadan kalkması söz konusu olduğu sürece, bu hüküm sonradan anayasaya aykırılığı açıklanan kanunun başlangıçtan itibaren uygulanmaması gerektiği sebebiyle böyledir. Buna göre geleneksel muhakemenin yenilenmesi gerekçeleriyle yakınlığı -burada icra edilebilirliğin ortadan kalkması ile sınırlandırılmıştır- inkar edilemez. Ancak geriye etki eden kanunlarda hükümün eksikliği sonradan doğar ki, buna hukuk devleti gerekçesiyle müsaade edilmemelidir.

Hiç kuşkusuz, hükümle meydana getirilen icra edilebilme hakkı, her bir hak gibi, özellikle her türlü servet hakkı gibi, onun muhtevası belirli sınırlarda kanun koyma ile değiştirilebilme kaydı itirazı altındadır (GG. Par. 14 II). Sadece cebri icranın tarzını ve şeklini düzenleyen kanunlar, bu gerekçe ile kanun çıkmadan önce kesinleşmiş hükümlere de uygulanabilirler. Cebri icranın tarz ve şeklini düzenleyen kanun olarak, cebri icra tedbirlerinden belli bir kategoriye ortadan kaldıran, bir diğeriyle tadil eden bir kanun diye zikredilebilir. Mesela hapisle ve para cezasıyla bir bireysel hareketin zorla elde edilmesine artık müsaade edilmez, bilakis davacıyı para olarak zararın tazminine yönlendirir.

c- Ama maddi kesin hüküm halini almış bir karara karşı, biraz önce geliştirilen bir geri etki eden kanunun yasaklanması ilkesi, için denebilir ki, yine bu kuralın da istisnaları vardır. Eğer teşri'i tefsir, doğrudan doğruya maddi kesin hükümün bir problemi olarak ortaya çıkarsa (mesela hükümün iptal edilebilirliği gibi) ve bu gerekli ise bu hal, istisnai bir haldir ki geriye etki mümkün olur (108). Bu halde hukuki güvensizlik, kesin hüküm halini almış bir kararın olup olmadığında düğümlenir ki, bunun için BVerfG'in kararında arzu ettiği güven vakıası ortadan kalkar.

Bir başka istisnası aşağıdaki halde mevcuttur: BVerfG'in uygulamasına göre bir geri etki eden kanun istisnası olarak bir güven vakıasının mevcut olmasına rağmen eğer kamu yararının icbar edici sebepleri bunu emrederse, o zaman da caiz olur. Aynı şartlar altında mantıki sonuca uygun olarak, bir hükümden ortaya çıkan haklara müdahale edilmelidir (109). Bu şartların varlığı Revalüasyon Kanunu'nun zikredilen hükümlerinde Anm. (açıklama) 73'de görülmektedir ki, orada resmi paranın değer yitirmesi yüzünden ortaya çıkan karışık durumlar sonradan hiç olmazsa bir derece düzene sokulmaktadır. Tazminatın ödenmesinde de kamu menfaatinin zorlayıcı sebepleri nazara alınabildiği ölçüde, anayasanın 14. maddesinin 3. fıkrasının uygulamasına göre, böyle bir müdahale sadece zararın tazmininin ödenmesinde yerinde olur. bunun dışında eğer kanun onu açıkça belirtirse, kanunda böyle bir müdahale iradesinin var olduğu söylenebilir.

Burada istihraç edilen prensip, vatandaşa hak olarak tanınan güvenin korunmasının bir neticesidir. Bundan anlaşıldığına göre, devlet bir hükümden lehine ortaya çıkan hu-

(108) Aynı şekilde (başka deliller ile) Gabba, Bd I, s. 23.

(109) BGH. 10.7.1951 t. li kararında diyor ki, (BGHZ 3, 83 vd.-Berliner Rechtverinheitlichungsgesetz), yeni kanun ile maddi kesin hükme vaki bir müdahale, ancak hukuk devleti düşüncesiyle özel nedenlerden dolayı bağdaştırılabilir; benzer şekilde BVerfG'nin d. 107'de zikredilen karar.

kuki sonuçlardan, bunlar ister özel hukuk hükümleri isterse kamu hukuku hükümleri söz konusu olsun buna bakmayarak vazgeçebilir (110).

### III. KANUN KOYUCUNUN ANAYASAL BİR BAĞLANTISININ OLMAMASI DURUMUNDA YORUM İLKELERİ

Şimdiye kadar biz sadece, hukuken kesinleşen hükümlerde kanunların geriye yürümesi sebebi ile bir müdahalenin anayasal problematiğini ele aldık. Geriye eğer anayasa ya buna ilişkin hükümler ihtiva etmezse, ya da bu normlar her halükârda her türlü hükümler için devamlılığı garanti etmezse, nasıl karar verilecektir sorusu kalmakta. Eğer anayasal engeller mevcut değilse, kanun koyucu kuşkusuz taraflardan, hükümden ortaya çıkan hukuki menfaatleri tekrar esirgeyebilir. Ama soru kanunun sarıh düzenlemesinin olmaması durumunda nasıl yorumlanmasının gerektiğidir. Bu soru özellikle Fransa için ortaya çıkmaktadır. Geriye kalan, burada araştırma konusu yapılan hukuki düzenlemeler için, muhtemel geriye etkileme devletle vatandaş arasında tesis ettirilecek olan hukuki ilişkide, vatandaşın lehine nihai etkide bulunacak olursa, ya da eğer geriye etki eden bir anayasa değişikliği söz konusu olursa (Habsburg olayı) bu soru güncel hale gelir.

A- Fransa, İtalya ve Avusturya'da açık bir yorumlama kuralı mevcuttur:

"Kanunlar geriye etki etmezler".

(Bkz. Code Civil Français m. 2; Disposizioni sulla legge in generale m. 11; ABGB. başlangıcı m. 5).

Bu hükümlerde güven düşüncesi esas teşkil ettiğinden, bu demektir ki, eğer kanun koyucu aksi yönde iradesini açıkca belirlememişse, bu halde yeni kanun geçmişte meydana gelmiş ve tabiatlarına göre hukuki normun yönelik olduğu kimselerin durumu için temel oluşturmuş olan hukuki münasebetlere hiçbir tesir icra etmez.

Bu hukuki belirlemelere kesinleşen bir hükmün doğurduğu etkiler de dahildir. Bu hukuki etkiler, daha sonra hakim tarafından kabul edilen maddi hukuki durum fiilen mevcut olsun ya da olmasın, buna bağlı olmaksızın, eğer kanun bunu sarahaten düzenlemiş ise, o takdirde onlar devamlılığını sürdürebilir. Maddi hukuki durumun sadece geri etkileyen bertaraf edilişi bunun için yeterli olmaz.

Buna binaen girişte açıklandığı üzere, bir gayrimenkulün rente esasına göre satışı olayında Pau İstinaf Mahkemesi (Appellationsgericht) (111), ilk hükümden önceki zaman için kazancın yükseltilmesinin talep edilemeyeceğine karar vermekle, doğru olarak hüküm vermiştir (112).

Ama kanun koyucusu bir *lex specialis*'i hususi kanunlar için vaz edebilir ve orada biraz değişik bir düzenleme yapabilir. Kanun koyucunun böyle bir şey yapıp yapmadığını biz elimizdeki hukuk yorumu mesleğinin alışlagelen vasıtaları ile bulabiliriz (113).

(110) US'nin yorumuna göre geri etkileme problemi - aynı şekilde devletin aleyhine zamanaşımı süresinin kısaltılması hali için, US. S.C. US. v. Lindsay 346. US 568/569, Kisker'den naklen, s. 90.

(111) Krş. dpn. 24.

(112) Sulh, feragat ve kabul vasıtası ile ortadan kalkmış bir ihtilafın, geriye etkili kanun sebebiyle tekrar ortaya çıkamaması, yapılan muamelenin tabiatından kaynaklanmaktadır. Bundan başka ifa, takas vs. durumlarında da *causa finitae*'den söz etmek (dpn. 60'da zikredilen Eneccerus-Nipperdey'de olduğu gibi) doğru değildir, dpn. 6'da zikredilen Roubier, s. 263 vd. doğrudur diyor.

(113) Doğru olarak dpn. 50'de zikredilen Scheerbarth, s. 106, başka deliller ile, s. 105, dpn. 5; ayrı görüşler için deliller, Scheerbarth, s. 105, dpn. 1-4, bunun gibi Fransız hukuk doktrini (en son olarak bkz. dpn. 6'da Roubier, s. 162 v dpn. 32'de zikredilen Level, s. 136 vd.).

Ama biz bu sonucu, hukuk mantığının sözde ihlal edilemez olan ilkeleriyle gerekçelendirmiyoruz, aksine esas olarak güvenin korunması düşüncesiyle gerçekleştiriyoruz. Bu sebeple tereddütsüz, açıkça hüküm bulunmayan hukuki düzenlemeler için de (mesela İsviçre Hukuku'ndaki gibi), buna uyan bir yorum kuralının varlığını iddia edebiliriz.

Sonunda bundan yine hükmün etkileriyle uğraşan usul kanunlarının uygulanmasında zamanla sınırlı doğru ilkeler ortaya çıkmaktadır. Intertemporal hukukun eski üstadlarından Paul Roubier'in (114), Gabba'ya iltihaken örnek teşkil edecek şekilde geliştirdiği ilkelerdir bunlar. Eğer kanun koyucu, sözkonusu edilen usul kanunu için değişik bir tesbitte bulunmamış ise, bu taktirde, yürürlükte olan hukuku uygulayarak hüküm kesinleştirilmelidir (115).

Buna karşı Gabba ve Roubier, güvenin korunması prensibinin hükmün verildiği andan itibaren başlatılmasını istememektedir. Adı geçen ilkenin, eğer yeni kanunlar hükmün etkilerini azaltmamışlarsa, aksine onları pekiştirirlerse, mesela mevcut yenileme sebeplerini ortadan kaldırırsa, o zaman da geçerli olup olmayacağı sorusu da akla gelir. Bu iki sınırlandırmalar bir tarafa, yine de Roubier tarafından bulunan sonucu itirazı kayıt koymaksızın kabul etmek zorundayız:

Buna göre, mesela kesin hükmün subjektif sınırları (116) ve kanun yollarının caizliği için eski hukuk geçerlidir (117). Buna uygun olarak BGH'da (118), 15.2.1951 tarihinde yayınlanan Berlin Kanunu, geriye etkilemeyi ve temyizın başlangıcını 1.1.1951 tarihine koymasına rağmen, 15.2.1951 tarihinden önce kesin hüküm halini almış Berlin Mahkemelerinin hükümlerinin temyiz ile bozulamayacağını dile getirmiştir. Çünkü BGH' ilk derece mahkemesinin aksine olarak, Berlin kanun koyucusunun bir geciktirilmiş neşir imkânını hesaba katmadığını doğru olarak tesbit etmişti ki, bu yüzden onun kesin hükmü ihlal arzusunda olduğunu farz etmek mümkün değildir. Eğer Berlin kanun koyucusunun bir başka iradesi ortaya çıksa idi, bu takdirde onun hukuk vazediş muamelesi anayasaya aykırı olmuş olacaktı. Bunun dışında burada, basit geriye etki edici kanunlar için geliştirilmiş olan bir yorum kuralını, geri etki eden anayasa değişiklikleri için de, eğer değiştirilen anayasa, genel muhtevasına göre hukuk devletinin ruhuyla desteklenmişolursa bu takdirde vaz etmemiz mümkün olacaktır. Bu durum Avusturya anayasasındaki durumdur. Kanun koyucunun kendi yorumları için zaten, ABGB'nin girişinde Par. 8'da bu türden bir yorum kuralı konulmuştur. Bu sebeple Habsburg olayında, anayasa hükmü olarak çıkarılan kanun koyucunun kendi yorumundan dolayı, Avusturya VGH.' kesin hüküm halini almış bir hükmün hiçbir mükellefiyetini değiştirememiştir. Çünkü orada Dr. Habsburg-Lothringen tarafından verilen beyan, Habsburger kanunları anlamında ülkeden sürgüne son vermek için yeterli olmuştur.

Burada seçilen gayeci yorum tarzı, bizzat devletin lehine verilmiş hüküm hallerinde, diğer hükümler de kabul etmek zorunda olduklarımızdan daha başka bir sonuca bizi gö-

(114) Roubier, s. 563 vd.; Gabba, BD IV, s. 461 vd.; aynı yönde Solus-Perrot, Droit Judiciaire prive, Bd. I, Paris 1961 Nr. 34.

(115) aynı yönde; Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts Bd. I, 1885 s. 208 f.; Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts Bd. I, 1885 s. 208 f.; Rosenberg, s. 6. I (fakat yanlış anlamaya yer verecek şekilde formüle edilmiştir); Liperi, Lezioni di diritto processuale civile, Padua 1952 2. Aufl., 23. f.; RG., 30.3.1906 t. li kararında (RGZ 63, 118 vd.) ZPO. §. 323'ü kesin hüküm halini alarak yürürlüğe girmiş kararlar hakkında uygulamamıştır.

(116) Cass.'un 4.5. ve 6.6.1931 t. li kararı Gaz. Pal. 1931.2.292, Fransız uygulaması için başka deliller ile bkz. Raubier, zikri geçen yer.

(117) Bunun için bkz.: Level, s 201; Fransız uygulaması ve doktrini için etraflı delillerle bkz. Roubier, s. 564

(118) 10.7.1951 t. li karar BGHZ 3, 82 vd.

türmüştür. Sırf mantıki olarak kavranan bir aksiyomdan bakarak düşünürsek, mesela Reymond (119) bu hükümleri vatandaşların lehine verilen hükümlerden farklı olarak ele almaz. Fakat biz burada uygulanabilir ve haklı sonuca götüren yolu kapatmadık ve diyebiliriz ki, eğer devlet daha önce gerçekleşmiş olan vakıyalardan, onun için ortaya çıkan hukuki menfaatlerden vazgeçerse, bu takdirde genellikle onun içlerinde daha önce hukuken kesinleşmiş bir hükmün bulunduğu sayı bakımından kural olarak ağırlık taşımayan halleri bundan istisna etmek istemediği düşüncesinden yola çıkabiliriz (120). Buna göre hukuki durum, yasama erkinin "gönüllü olmadan" (sanki) geri etkisini norma bağladığı ve devletin vatandaşlarına karşı kanunların doğru uygulanmasına güven içinde anayasal hukukuna ilişkin imkânları kullanmayan vatandaşlarına karşı korunmasının gerektiği, anayasaya aykırı olmasından dolayı iptalinde olduğundan başka bir durum arz eder (BVerfGG. Par. 78).

Burada geliştirilen prensiplerin uygulanması ile, BVerfG' girişte açıklanan hallerde, Anayasanın 131. maddesine göre, BArbG'in hükmünü bozmamalıydı diye düşünebilir (121).

Çünkü, belki de denilebilir ki, BVerfG. tarafından zorla sağlanan geri etkili kanun değişikliği olur olmaz, davacı engellenmeden yeni hukuki duruma başvurabilecekti, çünkü BArbG'in hükmü devletin lehinde kesin hüküm oluşturmaktadır. Böyle bir gerekçelendirme buna rağmen yanıtıcı olacaktı. BVerfG' tarafından 131'li kanuna zorlama ile yapılan ilave, yasama erkinin arzu ettiği bir muamele değildi. Kanun koyucunun bir kaçınmasına karşı, başarılı bir anayasal itirazda, daha doğrusu menfaatlerin durumu anayasaya aykırı bir kanunun, iptal beyanından başka bir şey değildi. Bu sebeple BVerfGG'. Par. 79 II kıyasen uygulanması gerekir. e. Schumann (121a), son zamanlarda demiştir ki, geri etki eden kanun değişikliği vasıtası ile, bir kesin hükmün sonuçlarını ortadan kaldırmasına, en azından, eğer bir haksızlık durumu bertaraf edilecekse ve kesin hüküm halini almış hükümde, açıkca anayasaya aykırı olan hukuki durumun bir devamı sözkonusu olursa, ancak o zaman müsaade edilebilir. Bu dedikleri mantıken uygundur, çünkü yazar, eğer onlar kanun koyucunun bir ictinabına dayandırılmışsa, (121b) hem bir hükme karşı anayasal bir itirazı hem de normu kontrol teklifi o zaman kabul edilemez olarak telakki etmektedir. Çünkü bu şartlar altında, söz konusu olan şahsa, sadece kesin hükmün ihlali ile yardımcı olunabilir. Fakat ben E. Schumann'ın bu fikirlerini tamamiyle paylaşamıyorum. Bunları daha yakinen ayrıntılı olarak incelemek için burası müsait değil. Fakat ben bu hususta Rudolf Schneider'in, Schumann'ın tezindeki isabetli eleştirisine işaret edeceğim (121c). Ama kanun koyucunun anayasaya aykırı bir ictinabı, hem anayasal bir itiraz yoluyla, hem de normu kontrol talebi yoluyla anayasanın (GG.) 110. maddesine göre ileri sürülürse, bu takdirde eğer bir hükmün esasını teşkil eden hukuki durum, kanun koyucunun anayasaya aykırı bir ictinabı, geri etkili bir kanun ile düzelteceği için, BVerfGG'nin Par. 79 II bütün gerekçesi ile aynen bu takdirde uygulanmaz. BVerfGG' Pa-. 79 II en doğrusu halde kıyasen uygulanmalıdır.

Bunun sonucunu da Anayasa Mahkemesi nezdinde davayı kazanan taraf, geçmiş

(119) Dpn. 78'de zikredilen Reymond, s. 326.

(120) Dpn. 78'de zikrettiğimiz Reymond s. 326'ya atıf yaparak, özel hukuk için bu yönde Blondieu s, 1809 2. 289; kamu hukuku için Komblum, JZ 1962, 654 vd., 657.

(121) Bkz. yukarıda dpn. 21.

(121a) AÖR 88, 331 vd., 342.

(121b) Zikredilen yer, s. 337 vd.

(121c) AÖR 89, 24 vd., 42 vd.

için, Federal İş Mahkemesi'nin kesin hüküm halini almış kararına karşı, eğer bu kararı Anayasa Mahkemesi iptal etmemişse, itiraz edebilir. Bu sebepten haklı olarak ve en yüksek merciin hukuk yaratmasıyla mezkur tedbire karar vermiştir.

B- Biz şimdiye kadar bulunan sonuçları kesinkes emniyet altına alınmış diye müta-  
laa etmeden önce, elbette şimdiye kadar ihmal edilmiş olan bir izin peşinden gitmeli-  
yiz. Kesinleşmiş hükümlerin, -geriye etki eden- kanun değişiklikleri muvacehesinde,  
bundan etkilenmemesine ilişkin prensip niteliğindeki teze, ekseriye bir sınırlama konul-  
maktadır ve denmektedir ki, eğer geri etki eden kanun, önceki muhakemenin konusu ol-  
mayan bir "yeni" hak yaratırsa, bu takdirde tabiatıyla daha başka bir hal geçerli olur. Bu  
arada tam olmasa da kurala karşı bir istisnanın sözü edilir (122). Bu sebeple bir kimse-  
nin, 1960 tarihli bir mukaveleden kaynaklanan ve 1961 yılına ait satış bedelleri davası  
reddedilmiş olsa bile, bir yeni geri etki eden kanuna istinaden, alacaklarını dava edebile-  
ceği kesin ve açıktır. Bu halde dava konusunun hiçbir benzerliği mevcut değildir.

1- Ama bizim bu sorumuz pratikte Versailles Bidayet Mahkemesi'nin (Versailles  
Tribunal) aşağıdaki olayında karara bağlanan bir hal olmuştur (123). A, Alman birlikle-  
rinin girmesinden önce, bir paket hisse senedini, işgal kuvvetlerinin elinden kurtarmak  
için, yediemin olarak, X şahsına temlik etmişti. A, savaş esnasında ölmüştür. Erkek kar-  
deşi onun mirasçısı olarak X adındaki şahısdan hisse senetlerini geri vermesini talep et-  
miş, ancak taleplerinin zaman aşımına uğramasından dolayı, davada bir başarı elde ede-  
memiştir.

Hükümün kesinleşmesinden sonra, 26 Aralık 1950 tarihli ve öteki şartların zımında  
aşağıdaki hususları düzenleyen kanun çıkarılmıştır:

"En cas de décès prononcé judiciairement par application de l'art. 90 CC .... la de-  
mande ... sera recevable pendant un délai de six mois a dater de l'acte constatant le de-  
ces." (Ölüm halinde, FMK (CC) uygulanarak, ölümü tesbit eden işlem tarihinden itiba-  
ren 6 ay içindeki talebin kabul edilebilir olduğunu mahkeme beyan eder).

Ölmüş olan A, 9 Ağustos 1951 tarihinde ölü olarak kabul edildi. 19 Ekim 1961'de,  
onun erkek kardeşi X şahsına karşı, hisse senetlerinin iadesini temin için, yeniden dava  
açtı. Mahkeme davayı iki gerekçe ile kabul etti:

a- Bir yargılama engeli izale edilerek, caiz değildir diye reddedilen dava, caizdir di-  
ye tekrarlanabilir.

b- 26 Aralık 1950 tarihli kanun yeni bir hak yaratmıştır. Eski ve yeni dava arasında  
sebepler benzerliği (identite des causes) yoktur. Fransız hukukuna göre, zamanaşımının  
usul hukuku bakımından tavsifi vakıasına dayanan ilk düşünce ile, biz burada uğraşma-  
yacağız. İkinci düşünce tarzına gelince, bu düşüncede o zamanaşımı mühletlerinin geri-  
ye etkili olarak yeniden canlandırılması vakıasının, yeni usuli bir dava konusu anlamın-  
da, yeni bir hak meydana getirip getirmediği çok şüphelidir. Eğer bunu böyle kabul  
edersek, her türlü geri etki eden kanun değişikliğinin, bu anlamda yeni bir hakkı meydana  
getirdiği gibi bir sonuca varmayacak mıyız? Fransız uygulamasının bunu kabul et-  
mek için bir ölçüde hazır olduğu izlenimi uyanmaktadır ki, Hebraud ve Raynaud (123a),  
hukuki şuur altının bir değişmesinin (transformations qua subies notre subconscient juri-  
dique) söz konusu olduğuna dair, bir karine teşkil etmektedir. Bu şartlar altında bizzat

(122) Perrot in Juris-Classeur, Art 1351 CC Nr. 229; Hebraud-Raynaud, Rev. trim. dr. civ., 1954, 691; aynı  
yönde: Rev. trim dr. civ. 1953, 371.

(123) 29.11.1951 t. li karar, Gaz. P., 1951. 1.96

(123a) Rev. trim., dr. civ. 1954, 691.

hukuki tabiatıyla geriye etki eden teşri'i tefsir sayesinde hükmün hukuken kesinleşmesinden etkilenmeyen bir yeni hak görmek insanı şaşırtmamalıdır (124). Buna göre Dax Bidayet Mahkemesi (Tribunal de Dax), Pau İstinaf Mahkemesi tarafından bilahare ortadan kaldırılan olayın da (125), 22 Temmuz 1952 tarihli kanunla "yeni hak" için mesnet bulmuş ve yükseltile renteyi geriye etki ederek, ilk hükmün verilmesinden önceki zamanda da etkili olarak kabul etmiştir. BVerfG'in daha önce sık sık zikredilen hükmünü eleştiride, kanun koyucunun 131 ile irtibatında (126a), anayasaya aykırı görerek ictinabi üzerine yapılan eleştiriye de aynı deliller hizmet etmektedir. Anayasaya aykırı kanun koymaktan ictinaba dayanan bir hüküm hakkında, eğer bu arada geri etki ederek anayasal yeterliliği haiz bir kanun çıkarılmışsa, yeni bir davaya mani değildir, çünkü yeni dava yeni bir müddeabihe ilişkindir, diye düşünülüyor (126b).

Tamamen aynı düşüncelerle, İtalyan Temyiz Mahkemesi de (127), "mezzadrie"nin (ortakçılık, yarıcılık) (İtalyan Medeni Kanunu, m. 2141 vd.) söz konusu olduğu bir olayda, en iyisi yarı kira bedeli diye ifade edilen bir hukuk enstitüsünü kullanmıştır. Bu ihtilafta hukuki münasebetin feshinden sonra, hayvan mevcudunun (scorte vive) değerlendirilmesi söz konusu idi. İlk muhakemede kiraya veren davacı, görünüşte (128), sadece kısmen başarıya ulaşmıştı. Bu hükmün hukuken kesinleşmesinden sonra, 29 Mayıs 1956 tarihinde, yeni bir değerlendirme kanunu neşredildi ki, mahkemelerce şimdiye kadarki hükümlerin kanuni tefsiri olarak değerlendirilen ve piyasa değeri esas alınarak, karşılaştırılan hesaplamada ara zamandaki paranın değerinin düşmesinin kiralayana lehine kısmen nazarı itibare alınmasını belirlemişti (129). İlk muhakemede hakim zımnen o zamana kadar başka yöndeki uygulamayı hükme esas almıştı. Buna göre bir paranın değerinin düşmesi kiraya verenin lehinde ileri sürülemezdi. Temyiz Mahkemesi hukuken kesinlik kazanan hükmün, paranın değerinin düşmesi ile ortaya çıkan fazla tutara karşı olmadığını karara bağlamıştı. Çünkü, hakimin özellikle bu soru hakkında bir karar vermediği söylenebilir.

Eğer Dax Yerel Mahkemesi'nin ve İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin hükümleriyle, ilk kesin hüküm halini alan kararın ihtiva etmediği yeni bir hak, ihtilaflı hukuki problemin halledildiği hükümde varılan yorumdan sapan, teşri'i tefsirde kabul edilirse, bu takdirde elbette geri etki eden kanun değişikliği karşısında, kesin hüküm halini alan hükümlerin devamlılığı kuvveti tezi hemen hemen büsbütün temelinden oyulmuş olacaktır. Böylece bir hukuki sonucu kabul ediş bununla birlikte "yeni hak" kavramının esaslı bir analizi ile mümkündür ki, İtalya'da ve Fransa'da bahsedilen kararlarda, denilebilir ki, böyle bir analiz ya yapılmamıştır ya da çok yetersiz yapılmıştır.

(124) Fakat ayrı yönde BGH'nin. 11.3.1953 t. li kararı, LM. ZPO, §. 322, Nr. 10.

(125) Bkz. Yukarıda dpn. 24.

(126) Kararın basılan kısmından maalesef daha fazla malumat edinmek mümkün değil.

(126a) Bkz. Yukarıda dpn. 21.

(126b) Schneider, AÖR. 88, 24 vd., 55 f.

(127) 28.3.1953 t. li karar Nr. 1066, Il Diritto del lavoro 1958, 447.

(128) Vakıalar olmaksızın kararın basılı kısmından tafsilatlı bilgi elde etmek mümkün değil.

(129) Kanunun tam ifadesi şu şekildedir: "quando nei contratti di mezzadria le scorte vive sono state conferite da concedente e consegnate al mezzadro a stima in base ai prezzi di mercato, in caso di scioglimento del contratto il mezzadro ha diritto a percepire dal concedente la meta della differenza tra il valore delle scorte al momento della consegna calcolato in base ai prezzi allora vigenti ed il valore delle stesse calcolato in base ai prezzi correnti all'atto della riconsegna." (ortakçılık, (yarıcılık) sözleşmelerinde tarla hayvanları verenden ortağa (yarıcıya) piyasaya fiyatı üzerinden teslim edildiğinde, sözleşmenin feshi halinde, yarıcı, verenden bunların teslim edildiği tarihteki cari değerleri ile geri verme anındaki değerlerinin yarısı oranında bir miktarı almaya hak kazanır.)

## 2- Davanın, Müddeabihin Aynılığı Probleminde, Ölçü Teşkil Eden Düşünce.

a- Müddeabihin tesbitinde, şimdilik Alman Hukukunu hariç tutarak, sarahaten bir kanuni düzenlemenin olmadığı hallerde Fransız c. m. 1351'in klasik üç unsuru ile çıkış bulunabilir: *identité de la chose demandee de la cause et des parties* (130). Burada inceleme konusu yapılan hallerde, konu ve taraflar daima aynı olacaklarından, problem arzedenden tarif, hukuk biliminde elbette kesin olarak göze çarpan, dava sebebi kavramının "cause" kavramının analizi ile sınırlanmaktadır. Doktrinde kuşkusuz hakimin vakıaları, kanun normları altına dahil etmesi (hukuki tavsif) gerektiği hakkında büyük bir fikir birliği mevcuttur (da mihi facta, dabo tibi ius, somut olaya göre norm bulunur ve uygulanır) ki, buna göre dava sebebi (cause, causa), sadece belirli kanuni durumun zikredilmesinden ibaret değildir (131), birçok halde, biz öyle diyebiliriz, daha çok kanunun telahukunda sadece bir tek müddeabih mevcuttur (132). Bundan mantıki sonuca uygun olarak şunu çıkarmalıyız. Başlangıçta sözleşmeye dayanan sorumluluk davasında, davanın reddine ilişkin hüküm, kesin hüküm halini aldıktan sonra, zarar verici fiil bir haksız fiil teşkil eder diye tavsif edip, istinafa müracaat edilemez, yenilenemez.

Buna rağmen "sebebin" tavsifinde, genellikle maddi hukukun esaslarında bir yön bulmayı ön görecektar tarzda formüle ederler. Denildiğine göre, "cause"lar, (dava sebebi) "les faits juridiques, qui constituent le fondement direct et immediat du droit invoque" (ileri sürülen hakkın doğrudan doğruya ve vasıtasız temelini teşkil eden hukuki olaylardır) (133) veya "uno stato di fatto e di diritto che é la ragione per cui spetta un azione e che di solito si scinde alla sua volta in due elementi: un rapporto iuridico e uno stato di fatto contrario al diritto" (134) il titolo della domanda (135). (Dava sebebi genellikle iki unsurdan oluşur, birincisi hukuki esas, ikincisi vakıalarıdır).

Uygulama "sebepe" kavramı üzerinde fazla teorik kafa yormadan, yeni bir dava konusunu kabul için, ileri sürülen kanun normlarının farklılığını yeterli bulmaktadır. Böylece Fransız Temyiz Mahkemesi (136), babalığın tanınmasına ilişkin davada, CC. (Fransız Medeni Kanunu'nun) 340. maddesinin, 2. (séduction accomplie à l'aide de manoeuvres

(130) Krş. Misal olarak dpn. 17'de zikredilen Costa, Nr. 185, 197; N. Jaegar, Corso di diritto processuale civile, 2. Bası., s. 195; Heinitz, I limiti oggettivi della cosa giudicata, Padua 1937, s. 129. vd.; Brumann, Die Rechtskraft nach Schweizerischem Zivilprozessrecht, tez. Zurich 1928 s. 112 vd.; doğru eleştiri Satta, Commentario al codice di procedura civile, libro I, 1959, m. 99, Nr. 3.

(131) Colin-Capitant, Cour de droit civil I. 329, dpn. 1; dpn. 130'da zikrettiğimiz Costa; ders. in Studi senesi 44 (1930) s. 291 f.; Rocco, Trattato di diritto processuale civile Bd. I, 1957, s. 351 vd.; s. 357 Corte de Cass.'nin uygulamasından deliller ile, Cass.'nin 19.2.1954 t. li kararı Nr. 445; dpn. 73'de zikredilen Chiovenda, Nr. 111; dpn. 130'da zikredilen Heinitz, s. 166 vd.; 182 vd.; değişik görüşte dpn. 135'te zikredilen Cornu-Foyer.

(132) Mukayese için misal olarak bkz. dpn. 34'te zikredilen Segni, Nr. 37 c; dpn. 135'te zikredilen Calamandrei, fakat Fransa'da hakim olan değişik görüş için bkz. dpn. 133.

(133) Dpn. 131'de zikredilen Colin-Capitant; Dalloz, jur gen., Art. 1351 CC Nr. 960; Perrot in juris-Classeur Art. 1351 CC Nr. 128.

(134) Chiovenda, dpn. 73. Nr. 9'da zikredildi. Benzer şekilde Costa, Le sentenze civile con la clausula rebus sic standibus, Studi senesi 44 (1930) s. 291; Lipari Lezioni di diritto processuale civile, Padua 1952, s. 78; Segni in Scialoja-Branca, dpn. 34 Nr. 36'da zikredildi. Camelutti, Systeme del diritto processuale civile, Padua 1936, Bd. I, s. 347 vd.

(135) Calamandrei, istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Padua, 1941, s. 155. Metin aynen şu şekildedir:

"in genere si puo dre chi esso si scinde in due momenti: la contreta godimento di un determinato bene ... el la'ffermazione della sua coincidenza con quel tipo di interessi di quali una opiu norme giuridiche accordano in astratto protezione"; Cornu-Foyer, Prodecure Civile, 1958, Paris, s. 408 f.

(136) Geny'nin açıklamaları ile Cass. civ'in, 18.2.1931 t. li kararı.



res dolosives, hileli tertiplerle meydana getirilen iğfal) ve 3. fıkralarında (aveu non équivoque résultant d'un écrit privé du père, babanın hususi bir yazısından istihsal edilip ve tam bir ikrara tekabül etmeyen ikrar) farklı "causes (sebepler)" telakki etmiş ve 3. fıkraya dayandırılmış olan bir hükmü, bayan davacının davasında sadece 2. fıkrayı zikretmesini gerekçe göstererek bozmuştur. Aynı mahkeme (137), bir Vietnam'lı kadın davacının mirası taksim davasını kabul etmiştir ki, o ilk muhakemede murisin torunu olarak ortaya çıkmış, neseb kimliğini isbat edememesi dolayısıyla davayı kaybetmişti. Ama o şimdi de "fille legitime dela concubine du de cujus (müteveffanın evlilik dışı birlikte yaşadığı kimseden olan sahipsiz kız)" olduğunu iddia etmiştir. Oradan yola çıkmak tabiatıyla, Versailles Yerel Mahkemesi'nin (Tribunal de Versailles) yaptığı gibi (123), zamanaşımı mülhletinin yeniden başlamasında da yeni bir sebep görmeye götüren ufak bir adımdır. Özel bir maddi hakka dayanan dava konusu kavramı, kısmen Almanya'da da savunulmaktadır. Her ne kadar hiçbir yerde sırf kanun metninin aynılığına müracaat etmeden, ama aksine kanun telahuku hallerini maddi bir hak olarak kavrayıp, bunun sonucunda örneğin reddedilen sözleşmeye dayanan sorumluluk davası, hiçbir halde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin gerekçelerle tekrarlanamaz (138). Henckel, bu teoriye şimdiye kadar en iyi düşünülmüş şekli, tasarruf konusunun birliği (düşüncesine) bağlayarak vermiştir (139): Eğer, gerekçelendirilen dava edilen hakka ilişkin, birden fazla kanuni duruma göre, sadece birlik halinde tasarruf edilebilirse (haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun telahukunda olduğu gibi), bu takdirde sadece bir müddeabih, Latin terminolojisine göre sadece bir ve aynı sebep mevcuttur demektir, başka bir şey değil.

Şimdiye kadar izah edildiği üzere, dava konusu öğretisinden yola çıkılırsa, geri etki eden yeni bir kanun, aslında ilk hükmün kesinleşmesinden etkilenmeyen, daima yeni subjektif bir hak doğurur. Ancak teşri'i tefsirlerde ve oda yine sadece Klasik Teoriye göre, teşri'i tefsirler normal geriye etkili kanunlardan yapısal bir farklılıkta olarak telakki edildiği takdirde (140), teşri'i tefsirlerin asli kanun metni ile bir birlik teşkil edecek şekilde kaynaşmış olması ve yine Digesta metnine atfen söylenildiği gibi (141), bir belgenin tefsiri yeni bir şey vermeyip (dat-ihdasi olmadığı), esasen verilmiş olanı tanımlaması (datum significat-izhari olması) dolayısı ile, başka bir tutum benimsenebilir. Bu takdirde daha önceki hükme dayanılırsa, geri etkili mütalaa edilirse, hatalı bir hukuk yorumuna dayanılmaktadır.

Yeni kanun ile, teşri'i tefsir arasında mahiyet farklılığı olduğu tezi, yine de sadece bir faraziyeyle dayanmaktadır. Eğer kanun koyucunun kendi yorumu daha önceki kanunun manasına uymazsa, onun tıpkı haklı bir yorumda ortaya çıkabileceği gibi, bu takdirde yine de teşrii yorum bir başka geri etki eden kanun gibi etkili olur. Eğer o yorumla-

(137) Cass. civ.'in 14.5.1935 t. li kararı, DH 1935, 428.

(138) Bu yönde, Lent, ZJP 65, 315 vd. 333 vd., Lent-Jauemig, Zivilprozessrecht, 11. Bası. §. 37 VI; Broks JuS 1962, 126; Donau JR 1960, 204 vd.; Calamandrei'da tabii ki eğer "una a pia norme giuridiche'den" söz ediyorsa, buna cevaz verir durumdadır (bkz. (dnp. 135)

(139) Parteihre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg, 1961 s. 249 vd., 27 vd.

(140) Dpn. 60'da zikrettiğimiz Gabba, Bd. I, s. 19.; Roubier, s. 287 vd.; dnp. 60'da zikredilen Torrente, s. 5; Rouast, DP 1921, 129 vd.; başka deliller dnp. 78'de zikrettiğimiz Reymond, s. 228 vd.; 241 vd.; Tietz NJW 1951, 468; Roubier ve Reymond, kolaylıkla kanun koyucunun kendi tefsirinin, tefsir edilen kanuna dahil edilmesi fikrinden vazgeçtiler ve onun yerine doğru tefsirin uygulamada bir değişiklik gibi etki ettiği iddiasını ileri sürdüler. Fakat bu şu sebepten doğru olmayabilirdi, bir mahkeme değişmiş kendi uygulamasını, kanun koyucunun yorumu vasıtası ile, bunu tamamen bir tarafa bırakarak, tekrar önceki kendi görüşleri lehine vazgeçmede serbesttir.

(141) Ulpian, D. 28, 1, 21 Par. 1.2. qui testam. fac. poss.

nan normun gerçek muhtevasına tekabül ederse, bu takdirde mevcut bir mesuliyetin kabulünde, kanun alanında mukavele alanında olduğunun aynısı mevcuttur ki, bu da hukuki temelin ikamesi anlamına gelir. Bu yeni bir hak ihdası muamelesidir (142) ve sadece bir "datum significat" değildir. Eğer bunu kabul edersek, dava konusunu kanun metinlerinin sırf paragraf veya maddelerine göre tesbit edersek, bu halde teşri'i tefsirin her türlü, önceki hükmün hukuki kesinleşmesine aykırı olarak, yeni geri etki eden bir norm meydana getirir (143). (çn).

b- Elbette Almanya'da bu gün özellikle, kısmen de italya'da dava konusunun bir başka tasviri mevcuttur. Bu düşünce artık kesinlikle maddi hukuk ve belirli bir kanun metnine göre kendini yönlendirmez. Aksine dava konusunun belirleyici niteliği olarak, verilen dilekçeyi ve onun gerekçelendirilmesi için zikredilen hayat olgularını kullanmak suretiyle global olarak tesbit ederiz (144). Eğer bu öğretinin temeline inersek, bu takdirde geri etki eden bir kanun sayesinde meydana getirilen ius supveniensi'yi asıl dava konusuna dahil etmek akla yakındır. Her şeyden önce doğru kanun tefsirlerinde böyle bir görüş reddedilemez.

Buna rağmen bu düşünce doğru değildir. Davacı bütün özel hal ve şartlar altında davasında global hukuki sonuçları iddiasını ortaya atmak için zorlanamaz. O daha çok eğer özel bir hak koruma ilgisi mevcutsa, maddi hakkın vakıalarına göre kendini yönlendiren bir hak iddiasıyla sınırlandırabilir. Buna göre davacı mahkemede örneğin tazminat davasının tetkikini, eğer o forum delicti commissi (EheG, s. 32) (haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi) nezdinde dava açmışsa, sadece haksız fiil noktai nazarından veya boşanma davasında boşanma sebebini zina ile sınırlandırabilir (145).

Fakat denebilir ki, her davacı makul olarak, davasını son şifahi müzakerelerin anın-

(142) Bu doğrudur: Enneccerus-Nipperdey, Par. 53 II; Winkler, Forum 1963, 480.

(143) Bir teşri'i tefsirin mahiyetinin doğru olarak kavranmasında, tamamen itirazsız olarak iddia edilmekte olduğu üzere, bu tefsiri diğer geriye etkili kanunlardan farklı olarak temyiz safhasında nazara alabilmenin deruni haklı çıkarılmasına da gerek kalmamaktadır. bkz. Cass. nin 20.1.1920 t. li kararı, DP.1921, 129 vd., Rouast'ın bunu tasvib eden açıklamaları ile; Reymond, s. 291 vd.; Roubier, s. 267; kıyaslayınız dpn. 18'de zikredilenler ile.

(çn). Bu kısımda yazarın anlattıklarına ve özellikle dava sebebi, dava konusu ve davanın aynılığı konusunda, Türk Hukuku için bkz. Postacıoğlu, (Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, s. 232, 685). Yazar her ne kadar açık ve net olmasa da, özellikle Fransız Hukukuna yakın şekilde, yani dava sebebini maddi vakıalara dayandırma yerine, hukuki sebebe bağlı olarak izah etme meylinde. Buna mukabil Üstündağ, dava sebebini, vakıalara dayandırma teorisine göre izah etmektedir. (Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 1992, özellikle s. 449 vd., Yazar bu eserde s. 450, dpn. 11'de, yine Habscheid'e yaptığı bir atıfla, Fransa'da cari olan ferdileştirme teorisinin, 1970'li yıllardan sonra terk edildiğini söylüyor. İddianın Müdafaaının Değiştirilmesi Yasası, İstanbul, s. 25 vd., Usul Kanunumuz açısından s. 81 vd.)

(144) Dpn. 15'de zikredilen Nikisch, s. 40. II; Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld, 1956, s. 141 vd.; Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, München-Berlin 1954 (baştanbaşa, özellikle s. 183 vd., kesin hüküm için, s. 139 vd.); en yeni JuS 1965, 81 vd.; Thomas Putzo, Zivilprozessordnung, München-Berlin, 1973 Einl. II 5; Dpn. 1'de zikredilen Rosenberg, s. 88 II, 1c; Baumbach-Lauterbach, s. 2, dpn. 2, A; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Zivilprozessordnung, s. 253 öncesi, II.5'deki açıklamalar, s. 253, III, 2; Bötticher, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess, Rosenberg için amağan, München, Berlin, 1949 s. 73 vd., 79 vd.; Avusturya'dan: Petschek-Stagel, Der Österreichische Zivilprozess, Wien 1963 s. 268; İtalya'dan dpn. 130'da zikredilen Jaeger'den burada mutlaka bahsetmek gereklidir. Burada dava konusu için vakıaların fonksiyonu hakkındaki düşünceler farklıdır. Bir kısmı davakonusunun aynı değerde bir unsurunu görmek isterken, diğerleri ona sadece talebin tanımında başvurulmasını istemektedirler (son görüşte Schwab, Rosenberg). Bu ihtilafli konuya burada girmiyoruz.

(145) Bkz. Bunun için dpn. 144'de zikredilen benim, Streitgegenstand isimli eserimde s. 167 vd.; Bötticher, FamRZ 1957, s. 409.

da geçerli olan maddi hukuk normları ile sınırlandırmak iradesine maliktir. Bu tabiatıyla, onun için hukuken koruma ihtiyacının da mevcut olduğu bir davranıştır. Bunun sonucunda, davayı kaybeden davacının, istediği mahkeme kararını, daha sonraki geriye etki eden kanuna istinaden yenilenmesini talep etmesi, kesin hüküm sebebi ile engellenemez. Bu durum tabiatıyla davayı kaybeden davalı için de geçerli olur.

Burada önce davacının subjektif noktai nazarından bakılarak, gerekçelendirilmiş olan husus maddi kesin hükmün zamanla sınırlarının objektif analizinde ortaya çıkar. Buna benzer bir mesele geri etki eden kanunların çıkarılmasında olduğu gibi, bir geri etki eden inşai hakkın sonraki kullanılmasında veyahut geri etki eden inşai bir hükmün çıkarılması hadisesinde kendini gösterir. Mesela bir satış sözleşmesinde satış bedeli talebi kesin hüküm halini alarak kabul edildikten sonra, hata sebebiyle itiraz edildiğini kabul edelim. Veya evlilik içi bir çocuğun evlilik dışı olduğunun açıklandığını düşünelim, onun zahiri aile statüsüne istinaden bir mirasın dava edilerek kesin hüküm halini aldığını ve elde ettiğini düşünelim. Bu son halde hemen hemen ittifakla kabul edilir ki, ilk hükmün hukuki kesinleşmesi o zaman davayı kaybeden tarafı inşai hüküm sayesinde geri etki edici olarak oluşan hukuki durumu geçerli kılmada engellenemez. Buna göre, yukarıdaki misalde kalmak için belirtelim ki, mirasçı olarak tesbit edilen çocuk, sahih neseb itirazının kesin hüküm halini almasından sonra, daha önce davayı kaybetmiş olan davalı tarafından mirasın iadesi için dava edilip ve eğer onun tarafından mirası iade etme hükmü elde edilmişse dolayısıyla çocuğa karşı ZPO'nun 767. Par. gereğince icyaya karşı dava, çocuğa karşı etkili olur (146).

Aynı hususu doğru olarak, geri etki eden inşai hakların icrası için -yani ilk misal için- de kabul edebiliriz (147). Alman uygulaması bunun için muhakkak surette bir başka noktai nazarı savunmaktadır (148). Alman uygulamasının bunun için gösterdiği gerekçe, yine de dava konusu kavramının analizinden ortaya çıkmamaktadır. Aksine davayı kaybeden tarafın daha önce kendine hak olarak düşen inşai hakkı daha önce ön davada ileri sürmesi gerekirdi düşüncesinden doğmaktadır. Bu düşünce ki, elbette o tartışmasız değildir- yine de hiçbir zaman, eğer bu soru maddi kesin hükmün zamanla sınırlanmasına göre, vakıalar alanından bakılarak değil, aksine hukuki durumdan bakılarak ortaya çıkarsa geçerli olmaz. Burada yeni bir kanun daima yeni bir hak doğurur ki, o hak eski müddeabihin kapsamına girmez. Buna göre, bu ilk ana bölümde ele alınmış olan mesele dava konusunun analizine girilerek çözümlenemez.

Yeni bir kanun, daima kesin hükümden masun maddi hukuki durum meydana getirir.

Gördüğünüz gibi, bundan devletin lehine verilmiş olan hükümlerde tam mantıki sonuçlar çıkarılmalıdır. Münferit şahısların lehine etki eden kesin hükümlerde, hükmün

(146) Dölle, DR 1943, 830; Rosenberg, §. 150, III, 2; Reichel, Wach için armağan, III. s. 26; RG, 4.3.1901 t. li karar, RGZ 48 384 vd.; Bosch.; ZAKDR 1942 , 308; diğer görüş dpn. 1'de zikredilen Heinitz, s. 236'da, inşai hakların icrasındaki paralel meselelerden, fakat açıkca yanlış bir kabulden hareketle; mukayese için yukarıdaki metne bkz.

(147) Dpn. 1'de zikredilen Rosenberg, s. 183, III, 2a; dpn. 138'de zikredilen Lent-Jauernig, s. 12, I; Schönke-Baur, Zwangsvollstreckung und Konkursrecht, §. 39 III 1 b; Habscheid, KTS 1964 79 vd., 85 ("Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit"), dpn. 21; dpn. 15'de zikredilen Blomeyer, §. 90, II, 2, daha başka deliller ile dpn. 4; Zeuner, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft, Tübingen, 1959, s. 106 vd.

(148) BGH. 16.2.1961 t. li karar, BGHZ 34, 274 vd; 1.6.1964 t. li karar NJW 1964, 1979 vd.; BAG. AP. Nr. 1 zu §. 767 ZPO; Helwig, System des deutschen Zivilprozesses, 1912, Bd. I, §. 231, VI, 2; dpn. 15'de zikredilen Nikisch, §. 107 I 2.

tain edilen muhtevalarına sonradan geri etki eden kanun ile dokunulmaması, yeni kanunun maddi hukuk muhtevasının, kesin hüküm halini almış olan bir hükmün tain edilen muhtevasına dokunmak istememesi şeklinde yorumlanması keyfiyetine dayanmaktadır.

## II. BÖLÜM İLERİ ETKİ EDEN HÜKÜM VE EX NUNC OLARAK KANUN DEĞİŞİKLİĞİ

Şimdiye kadar biz sadece, halihazırda gerçekleşmiş (tahakkuku tamam olmuş) hukuki sonuçlar hakkında karar veren hükümlerden bahsettik. Kural olarak bir mahkeme bunun gibi hukuki sonuçlar hakkında hüküm kurabilir. Bununla birlikte mahkemeler, bazı hallerde istikbalde ortaya çıkacak, ancak şimdiki halde mevcutmuş gibi yorumlamak zorunda olduğu, hukuki sonuçlar hakkında da karar vermeye yetkilidir.

Bütün hukuki düzenlemelerde -şurada burada dağılmış olarak- bu türden hükümler hakkında sarıh kanuni işaretler bulmak mümkündür.

En sık ve en belirgin olarak, bu Fransız Medeni Kanunu'nun (CC.) 208 vd. maddelerinde, İtalyan Medeni Kanunu'nun (CC.) 438, maddesinde, İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB.) 152, 156, 328 vd. maddelerinde, açıkça ifade ettikleri nafaka hükümlerinde ortaya çıkan hallerdir. Diğer hukuk düzenlerinde genel olarak tekrar eden ödemeler hakkında bir mahkumiyet öngörülmüştür. Mesela Alman Usul Kanunu (ZPO.) Par. 258'de bu görülür. Bu kanunlar, mesela İtalyan CC. m. 657 vd. (149) ve İtalyan ZPO. m. 257 sarahaten sık sık, tahliyenin gelecekteki bir tarihte yapılmasına ilişkin sarıh hükümler de zikrederler. Bu son hüküm bunun dışında bir karşı ifaya bağlı olmayan gelecekteki para alacakları için de geçerli olur. ZPO.nun 259. paragrafında Almanya'da gelecekteki ödemeye ilişkin bir davaya, eğer borçlunun zamanında ödemekten kaçınacağı gibi bir endişe mevcutsa, müsaade eden genel bir kural mevcuttur. Bu anlamda nihayet, mesela tıpkı İtalyan CC. m. 1183, 1187'de (149a) öngörülmüş olduğu gibi, ifanın gerçekleşebilmesi için, borçluya bir mühlet veren hükümler de zikredilmelidir.

Fakat açıkça kanuni belirlemeler bulunmasa dahi, kazai içtihatlar ve doktrin birçok halde henüz tam aktüelleşmemiş (tam tahakkuk etmemiş) hukuki sonuçlar hakkında da hüküm vermeyi caiz telakki etmektedir. İsviçre için örneğin Guldener (149b), gelecekteki ödemeler hakkında davaya, eğer davacı davada korunmaya layık bir menfaat gösterirse ve vadenin tahakkuku hesaplanabiliyorsa o zaman müsaade etmektedir. Tekrarlanan ödemeler hakkında dava nihayet İtalya'da (150) ve Fransa'da (151) nafaka davaları dışında genel olarak kabul edilmiştir.

Bundan başka buraya genel olarak, sarahaten gelecekteki hukuki ilişkilere ait karar-

(149) Bu usulün çerçevesi içinde tahakkuk etmiş bir hususun karar altına alınmasının mümkün olduğu hususunda bkz. Battaglini-Novelli, Codice di procedura civile, 3. Bası, Mailand 1961, madde 657, Temyiz Mahkemesi'nin 28.2.1949 t. li ve 382 numaralı kararına atıf yaparak.

(149a) Dpn. 17'de zikredilen Costa tarafından buraya dahil edilmiştir, Manuela, Nr. 24

(149b) Dpn. 1'de zikredildi, s. 252.

150) Bkz. dpn. 73'de zikredilen Chiovenda, Istituzioni, Nr. 48; dpn. 17'de zikredilen Costa-Manuela, Nr. 24; Vasalli, La sentenza condizionale, Rom 1918, s. 100.

(151) Karşılaştırınız, Vincent in Encyclopedie Dalloz, notion "action" 42 ve 44; elbette gelecekteki ifaya ilişkin davalar Fransa'da "interet ne actuel" doktrininin etkisi altında, Almanya'dan daha ender olarak caiz telakki edilmiştir. Bkz. Vincent adı geçen yer ve dpn. 114'de zikredilen solus-Perrot, Nr. 229 vd.

lara dahil edilmeyen, ama bununla birlikte davalıyı belirli bir hareketi yapmaktan alıko-  
yan (152), ya da davacının devamlı bir davranışına tahammül eden hükümleri ihtiva  
eden birçok hüküm de girer. Aynı zamanda tevali eden ödeme ilişkilerinin dışında, de-  
vam eden hukuki ilişkilere müdahale eden hükümler de buraya dahildir (örneğin evlilik  
hayatının ihyası, bir işe kabul, inşa hukuku veya sular hukuku komşuluk münasebetleri-  
nin düzenlenmesi davalarında) (153). Bunun dışında, hukukun gelecekteki bir ödeme  
hakkında bir davaya cevaz vermediği yerde, istikbalde tam anlamıyla gerçekleşecek  
olan hukuki sonuçlar hakkında, bir tesbit davasının mümkün olduğu durumlarda bu çok-  
ca görülür (154).

Bütün bu hallerde bir kanun değişikliği, hükümde gelecekteki durumu ele alan hu-  
kuki sonuç tamamen gerçekleşmeden önce veya -devamlı ilişkilerde- hükmün konusunu  
teşkil eden hukuki münasebette daha başka ödeme mükellefiyetleri belirlediği sürece orta-  
ya çıkabilir.

Bu hükümler ya da bu gibi hükümlerin belirli grupları özel bilimsel araştırmaların  
sık sık konusu olmasına rağmen, problemimizin özet bir irdelenmesi yoktur. Şimdiye  
kadarki tartışma üstelik hemen hemen münhasıran hükmün esasının vakıalar kısmında  
ayrılmasına yol açan sonuçlarla meşgul olmuştur.

Bunun dışında iki farklı hüküm türü birbirinden kesinkes ayrılmalıdır ki, bunlar bir  
yanda inşai hükümler ve diğer yanda tesbit hükümleridir. Bu sonuncusuna bizim anlayı-  
şımızda ifa hükümleri de dahildir. Çünkü edaya (ifaya) ilişkin hükümlerin, tesbit hü-  
kümlelerinden dar anlamda farklılık gösterdiği icra etkisine, bizim araştırmamız açısından  
kesin bir mana atfedilemez.

Tesbit ve eda hükümlerinin maddi hukuk temel ilişkisinin, usuli ilişki ile techiz edil-  
mesine (örtünmesine) ilişkin bir özellik mevcuttur. Eğer hükümde tesbit edilen hukuki  
sonucun tamamen gerçekleşeceği bir anda, hakimin kabul ettiğinden bir başka maddi  
hukuki durum geçerli olursa, bu takdirde esasında farklı olan bu iki hukuki ilişkiler ara-  
sında bir ikilem oluşur. İnşai hükümlerde durum başkadır. Bunlar hakkı değiştirerek  
maddi hukuki duruma bizzat müdahale ederler. Yeni bir kanun, hüküm vasıtası ile mey-  
dana getirilen maddi hukuki duruma ya ona saygı göstermekle ya da yeniden değiştir-  
mekle etki eder -sonraki bir başka inşai hükmün araya sokulması ile ya da ex lege- ola-  
rak, yerinde bir tabir ile bunun tıpkı tesbit ve eda hükümlerinde görülmesi gibi onun te-  
melini sarsmaz. Bir yandan tesbit ile edanın kabulüne ilişkin hükümler arasındaki ayrım  
ve diğer yandan inşai hükümler arasındaki ayrım burada tahkik edilen anlamda, maale-  
sef çoğu kez gözetilmemiştir ki, bu durum tartışmada esef edilecek bir karışıklığa yol  
açmıştır. Karşılaştırmalı bir etüd için bu fark dikkate alınmak zorundadır. Çünkü aynı  
ekonomik niyete hizmet eden kararlar bir hukuk düzeninde tesbit veya eda kararları ola-  
rak, diğer hukuk düzeninde inşai kararlar olarak ayrılırlar, özellikle Almanya'nın İtalya  
ile olan ilişkilerinde nafaka hükümlerindeki durumda olduğu gibi.

(152) Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem, s. 56'da istikbaldeki ödemelere ilişkin davaların karakterini  
doğru olarak tebarüz ettirmiştir; dpn. 17'de zikrettiğimiz Costa, Manuela, Nr. (fakat sadec patent huku-  
ku ile sınırlı olarak); dpn.1 'de zikrettiğimiz Guldener, s. 523, dpn. 7.

(153) Bunun için bkz. özellikle İtalyan Medeni Kanunu, m. 1049/III, 1050.

(154) Bkz. dpn. 149b'de zikrettiğimiz Guldener; Vasalli la Sentenza condizionale, Rom 1918, s. 96; dpn.  
114'de zikrettiğimiz Solus-Perrot, Nr. 233 vd.

## I. TESBİT VE EDA HÜKÜMLERİ

Hukuk doktrininde ve uygulamasında incelediğimiz konu ele alınırken, genellikle bir tesbit ve eda hükmünün izahı ile meseleyi incelemeye çalışırlar. Bu tamamen doğru olmasa da, burada incelenecek olan kararlar için bir model önemi taşımaktadır. İlk ana bölümde ele alınan sorunlara paralel sorunlar, tesbit ve eda davalarında, inşai hükümlerde olduğundan daha fazla nazara çarpar. Bu sebeple biz evvela bu birinci grubu incelemeye başlayacağız.

1- Vakıaların ve kanunların değişikliğinin "ileriye etki eden" tesbit ve eda hükümlerine etkisine ilişkin doktrinde savunulan görüşler birbirlerinden büyük ölçüde ayrılır ve hemen hemen münhasıran vakıaların değişmesi örneği esas alınarak fikirler yönlendirilir. Bunlar üç gruba ayrılabilirler:

a- Çoğu kez, bir vakıa ya da kanun değişikliğinde, dava sebebinin bir değişikliği görülür ve yeni bir duruma dayandırılmış dava, ilk hükümden ayrılan bir dava maksadı ile, bir sınırlandırma olmaksızın mümkün telakki edilir (155). Bu husus ekseriye bu tür hükümlerin "clausua rebus sic stantibus" formülüyle adlandırılır.

Mesela, davalının 2.1 tarihinde verilen bir hükümlerle, davacıya 1.6. tarihinde belirli bir meblağ para ödemeye mahkum olduğunu kabul edelim. Ama 1.3. tarihinde hukuki durum o şekilde değişir ki, davalı artık borçlu değildir. Davalı buradan hareketle yeni hukuki durumu bir menfi tesbit davası ile ileri sürebilir, icraya karşı dava açabilir veya ödediği meblağın istirdadını talep edebilir. Bu arada bir hukuki değişiklik değil, ama bir vakıanın değişmesinin ortaya çıktığı durumda Fransız Temyiz Mahkemesi, mesela daha önce nafaka mükellefiyeti hakkında kızı lehine verilmiş kesin hükme rağmen, kızının evlenmesinden dolayı artık borçlu bulunmadığı nafakaları babasına geri ödemeye mahkum etmiştir (156).

Değiştirilen hal ve şartlarda değişen dava sebebi görüşü, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 21.7.1954 (157) tarihli kararının da esasını oluşturmuştur ki, bunda mahkeme kendi daha önceki karşı uygulamasından vazgeçerek, bir evlilik dışı çocuk için nafaka yükseltme davasının "nouvelle et principale" olduğunu ve bunun sonucu olarak, mahkemelerin yetkisine ilişkin normal (umumi) hükümlerin uygulanacağını ve ilk hüküm mahkemesinin münhasıran buna yetkili olmadığını belirtmiştir. Bu görüş bunda mündemiç olarak, bu gibi hükümlerde de maddi kesin hükmün zamanla sınırlandırılması için, diğer hallerde olduğundan daha başka bir şeyin geçerli olmadığını belirten, ön şarttan yola çıkmaktadır. Ölçü teşkil edici, son şifahi müzakerenin sona ermesi anıdır (158).

(155) Bu yönde Segni, Nr. 20; Liebman, s. 18; Chioenda, Principi, s. 1328; Carnelutti, Lezioni VI, s. 481; Messineo, Manuela di diritto civile e commerciale, 8. Bası, s. 74, Nr. 4; Tedeschi, Gli alimenti, Turin 1958, 2. Bası, Nr. 18, bu arada dpn. 2'de nafaka talepleri hakkındaki hükümlerde de, yeni hukuki durumun geçerli olmasına karşı çıkacak kazanılmış hakkın doğmayacağına işaret etmektedir; Pollak, System der österreichischen Zivilprozessrechts 2. Bası, Wien 1930-1932, s. 538; OGH, 29.12.1921 t. li karar, Zbl. 1922, Nr. 91; 2.7.1958; t. li karar, EvBl. 1958, NR. 323; dpn. 159'da zikredilen Maumböck, s. 3 vd.; Stigel-Michlmayr Zivilprozessordnung und Jurisdiktionsnorm, 12. Bası, 1960, s. 411 ZPO, Anm. H4; Schwartz, Das Billigkeitsurteil des §. 829, Halle 1904, s. 45; Kuhlmann, Gruch. Beitr. 65, 276 vd.; R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht, 2. Bası, Leipzig, 1906, s. 757; Oertmann, AcP, 109, 283 vd., Hebraud-Raynaud, Rev. trim dr. civ. 1954, s. 691 f.

(156) 5.1.1938 t. li karar, S. J. 1938, 636.

(157) S. J. 1954, 8333, Madry'nin tasvib eder açıklamaları ile.

(158) Özellikle Kuhlmann, Schmidt ve dpn. 155'de zikredilen Pollak.

Daha sonra ortaya çıkan bütün vakıalar ve daha sonra çıkarılan bütün hukuki ilkeler, kesin hükümden etkilenmeyen bir tolerans alanı doğururlar.

b- Bu görüş büyük ölçüde sonuçtan hareket etmektedir. Çünkü istikbaldeki hukuki ilişkiler hakkındaki hükümlerde de, davanın taraflarına bir değiştirilmiş vakıalar veya hukuki durumun ileri sürülmesini esirgemek haksızlık olur. Almanya'da vakıalar değişmesinin kesin hüküm halini almış kararlar üzerine etkisi meselesi, birçok hal için ZPO. Par. 323'de açıkça düzenlenmiş olup, bu madde şunları düzenlemiştir.

"İstikbalde vadesi dolacak olan tekrarlanan ifaya mahkumiyet hallerinde, ödemenin yapılması hakkında mahkumiyet için, ödemelerin tutarının tesbiti veya ödemenin devamı için, bu hal ve şartlarda önemli değişiklikler meydana gelirse, bu takdirde taraflardan birinin, dava yoluyla hükmün uygun şekilde değiştirilmesini talep edebilme hakkı vardır.

.....

Hüküm, sadece dava açıldıktan sonraki zaman için değiştirilebilir".

Sonuçta bu madde ile, hükmü yeni vakıalar durumuna intibak ettirmek imkânı teminat altına alındığından, "bu maddede yeni bir kanun ile, kesin hükmün şumulünün dışında bir tolerans alanının yaratılmasını kanuna muvafık hale getirmekten ziyade, kesin hüküm halini almış olan bir hükme, -istisnai olarak mümkün olan- sadece, hakim inşai hükmü ile müdahale edilebileceğinin nazara verildiği", son derece hakim olan bir doktrin ortaya çıkmıştır (159). Bu görüş ZPO. Par. 323/fık. III ile savunulabilir ki, bu fırka hükmün etkilerinin uyarlanmasına ancak davanın açılması gününden itibaren cevaz veriyor (160).

İstikbaldeki hukuki durumlar hakkında karar veren bir hükümde, bu zaman aralığında gerçekte hal ve şartların değişmesinin, sadece bir karşı hüküm vasıtası ile mümkün olabileceği, Almanya'nın dışında da öğretilmektedir (161). Bu görüş açıkça İsviçre Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin, 2. fıkrasının esasını oluşturur (162). Buna göre:

"Eğer hüküm esnasında kafi derecede kanaat ile cismani zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hakim in tetkik selahiyetini muhafaza etmeye hakkı vardır."

Bu hükümden itirazi kayıtsız bir değişmenin mümkün olmadığını istihrac etmek mecburiyetindeyiz (163).

c- b şikkında zikredilen görüşün temsilcileri ekseriye kesin hüküm halini alan ilk hükmün, değişen hal ve şartlara uydurulmasını, zımnen o hükmün karşı bir hüküm vasi-

(159) Oppermann, ZZP 38, 445 vd.; Goldschmidt, Zivilprozessrecht, 2. Bası, s. 208; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, s. 167, dpn. 14; ders., System, s. 234 V 2; Heim Feststellungswirkung, s. 160 f.; Rosenberg, s. 153 I, 1 ve 2; Nikisch, s. 107 II 1; Kisch, Beitrage zur Urteilslehre, Leipzig, 1903, s. 183 vd.; Maurnböck, Die Abänderungsklagen des s. 323 und die Vollstreckungsabwehrklage des s. 767, ZPO in ihrem Verhaeltnis zum Recht des Landes Österreich, Diss. Erlangen, 1938, s. 15 vd.; keza ağırlıkta olan İsviçre doktrini; karşılaştırma için bkz. Knecht, Die Abänderungsklagen, Diss. Zürich, 1954, s. 17, dpn. 1.

(160) Mesela dpn. 155'de zikrettiğimiz Oertmann, kendi noktai nazarından rente hükümlerinin eda hükümleri olduğuna ilişkin tezin, ZPO. s. 323'den tamamen anlaşılamaz olduğunu belirtmektedir.

(161) Dpn. 152'de zikrettiğimiz Vasalli, s. 113; dpn. 1'de zikrettiğimiz Heintz, s. 247 vd.

(162) 30.3.1911 t. li karar.

(163) İsviçre'de uygulamada ağırlıkta olan budur, karşılaştırma için bkz. Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Bd., 2. Bası, Zürich 1958, s. 190 f. ve dpn. 159'da zikrettiğimiz Knecht, s. 85; bu pratiğin zararları ve onların ortadan kaldırılması arayışları için bkz. Oftinger, zikredilen yer ve Knecht, aynı yer, s. 95.

tası ile ihlal edilerek, mümkün olduğunu kabul ederler (164). Fakat bu hiç gerekçelendirilmemiş bir görüştür. Fiili veya hukuki ilişkilerin değişmesinde, dava konusunun değişmediğini görürsek, bu takdirde gelecekteki hukuki ilişkiler hakkındaki kesin hüküm, ancak yeni bir hüküm vasıtası ile delinebilir. Çünkü kanun buna ilişkin açık bir hukuki temeli ihtiva eder. Almanya'da, tekrar edilen ödemeler hakkında verilmiş hükümler için bu durum mevcut değildir. Diğer hukuki düzenlemelerde, böyle hükümlerin değiştirilebilmesine ilişkin kanuni tesbitler oldukça dardır (165). Bu gibi hükümlerin, yeni hal ve şartların ortaya çıkmasında tadil edilemeyeceğine inanan yazarlar da mevcuttur (166). Basel Kantonunun İstinaf Mahkemesi (167), bir olayda, hükme bağlanarak kesin hüküm halini almış bir davada, hükmen belli bir taksit ödeme mükellefiyetinde olan bir sigorta şirketinin, bu taksitde istihkak kesbetmiş kişinin, artık çalışamaz durumda olmaması sebebiyle, ödeme mükellefiyetini kaldırır şekilde karara bağlamıştı.

2- Zikri geçen görüşler arasında bir karar, bu manada, sadece a ve c imkanları arasında bir seçim yapabilir. b. görüşü kendi içinde çelişkilidir. Çünkü bu görüş, hukuki bir temeli olmadan ilk hükmün, kesin hüküm etkisini bertaraf eden karşı bir kararı caiz görmek istemiştir.

c. görüşünün (yani fiili ve hukuki ilişkilerin değiştirilmesi kesin hüküm dışında bir tolerans alanı yaratmaz) lehinde aşağıdaki husus ifade edilebilir: Hakim sadece hali hazırdaki hal ve durumlara göre hüküm vermez. Aksine istikbaldeki hal ve şartları (tahakkuku beklenen) nazara alarak, hüküm vermektedir. Hüküm vermede hali hazırdaki hal ve şartlar sadece bir emare olabilir. Maddi kesin hükmün zamanla sınırlanması için, esas alınacak an, bu gerekçe ile son şifahi müzakerenin bitişi anı değil, bilakis ona nazarların taalluk ettiği zamandır ki, tekrarlanan ödemelerde buna göre her bir taksidin vadesinin geldiği zamandır. Eğer münasebetler hakimın öngördüğünden farklı olarak gelişirlerse, bu takdirde hakim emarelere dayanan tahminlerinde yanılmıştır. Ama böyle bir yanılma hakimın bu halde yanılmasından başka türlü değerlendirilemez. Verilen kararın kesin hüküm halini almasında hata hiçbir şeyi değiştirmez.

Fiili hal ve şartların değiştirilmesi problemi için, bu görüş ağırlık kazanmaktadır. Çünkü hakim hali hazırdaki ilişkileri değil, fiili hal ve şartların istikbalde yeniden alabileceği durumu da hükmüne esas almıştır. Hukuki durumun değişmesinin sadece ilgili problem için hiçbir zaman geçerli olmaz. Çünkü hiçbir halde hakim istikbaldeki ödemeye ilişkin hükümde, hukuki durumun istikbalde yeniden şekillenmesi hakkında bir teşhiste bulunamaz. O en doğrusu sadece hükmün verildiği tarihte geçerli olan ve devam eden hukuki durumu nazara alarak, bir faaziyyeden yola çıkmak mecburiyetindedir. Kanuni durum bakımından, gelecekteki hukuki ilişkiler hakkındaki hükümlerde, kesin hüküm anı için geçerli özel bir durum yoktur. Bütün diğer hükümlerde olduğu üzere, bir hukuki değişimin nazarı itibare alınacağı an, her mercide o muhakemenin en son şifahi müzakerenin sonudur (168). Bu sebeple, ileriye etki eden hüküm, kesin hüküm halini almış ise ve tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde olduğu gibi, kararın bir kanun hükmüne istinaden, değişen fiili hal ve şartlara intibakı müm-

(164) Maddi kesin hükmü ihlal eden inşai hükmün caiz olup olmadığı ya da ihtilaf konusunun farklılığının kabul edilip edilmeyeceği bilinmeksizin de sık sık bu sonuncusu iddia edilir. Örneğin, Egger, Kommentar zum schweizerischen ZGB 2. Aufl., Art. 320, Nr. 45

(165) Örneğin İsviçre'de özel bir takım hükümler mevcuttur. Bunun için bkz. dpn. 159'da Knecht, s. 75 vd.

(166) Costa, Le sentenze civile con la clausula rebus sic standibus, studi senesi 44 (1930), s. 311 vd., dpn. 130'da zikrettiğimiz Brumann, s. 117; karşılaştırmız dpn. 163.

(167) 3.9.1913 t. li karar S.J.Z. X. 145, NR. 41.

(168) Bkz. bunun için dpn. 12.



kün değil ise, yeni hukuki duruma itibar edilmesine karşı, ileriye etkili hükmün kesin hüküm vasfı ileri sürülemez.

Bunun dışında burada bu araştırmanın I. bölümünde yeni bir maddi hukuk kanununun, daima kesin hükümden masun olan yeni bir dava konusu meydana getirdiği kabulüne götüren aynı gerekçeler burada da geçerlidir (169).

Asıl soru, hükümlerin hali hazırdaki hukuki durumlar üzerine olduğu gibi, istikbaldeki hukuki ilişkiler üzerinde de yoğun bir tahsis muhtevası oluşturup oluşturmadığı, anayasal sebeplerin onların etkili olmasını kanuni durumun devam etmesine bağlayıp bağlamadığı, ya da her halükârda yeni bir kanunun maddi hukuk bakımından mümkün merteye geri etkili olarak hükme uymak anlamında yorumlanıp yorumlanmayacağıdır.

Bu sorunun cevaplandırılmasında çıkış noktası, devletin vatandaşa prensip itibariyle sadece, tamamiyle tahakkuk etmiş bulunan hukuki sonuçlara bağlı bir alanda dava imkânını bahsetmesinin tesbitidir. Bu çerçevede mahkeme kararları, hukuk barışı menfaatine ve özel izafilik sınırları dahilinde, maddi hukukunkine eşit değerde bir tahsis muhtevasına maliktirler. Eğer devlet istisnai olarak, gelecekteki hukuki ilişkileri bakımından mahkemeleri haberdar etmek imkânını temin etmiş ise, bunu iki sebeple yapmıştır. Bir kere usul ekonomisi noktai nazarındandır ki, davacı tekrarlanan ödemelerde her bir taksitten dolayı yeniden mahkemeleri taciz etmesin ve bir sürü dava açmak zorunda kalmasin. Diğer yandan adli teşkilatın ağır hareket etmesi yüzünden, davacının karşılaşacağı haksızlıkların önüne geçmek içindir. O bir icra hukuku belgesini, eğer o, ona maddi hakkın kabul ettirilmesi için ihtiyacı olduğunda ancak o zaman tasarruf edebilecek duruma girebilmesi için böyle hareket eder. Hiçbir zaman istikbaldeki hukuki ilişkiler hakkında bir hüküm kurmak imkânı davacıyı gelecek için ona hukuki duruma itmeden asla artık bir hak olarak düşmeyecek olan bir hukuki menfaati kendine sağlayacak duruma sokmamalıdır. Böyle bir hukuki durum eğer, hükümde ifade edilen hukuki sonuç güncelleşecekse geçerli olur. Buna göre, -kanuni duruma gelince- gelecekteki hukuki ilişkilere müteallik bütün hükümler *clausula rebus sic stantibus*'un itirazı kaydı altında bulunur.

Bu prensipler şu sonucu doğurmuşlardır: Hükümden ayrılan yeni hukuki sonuçlar, kanunun değiştirilmesi zamanından itibaren sınırsız olarak, mahkeme vasıtası ile, menfi tesbit davası, icraya karşı dava yolu ile ileri sürülebileceği gibi (169a) yeni hukuki duruma istinaden, ödemesi gereken miktardan fazla ödenmiş olanın geri ödenmesine ilişkin dava ile ileri sürülebilir. Maddi ilişkilerin değişmesi ile, yeni hal ve şartlar, yeni bir dava konusu meydana getirmez ve sadece özel hukuki sebepler çerçevesinde maddi kesin hüküm, hakim hükmü ile tadil edilebileceğinin mümkün olduğu şeklindeki egemen olan görüş takip edilirse, bu takdirde kanuni durumun değiştirilmesinde, tekrarlanan ödemelerde ZPO. Par. 323 mucibince ya da diğer hukuki düzenlemelerdeki buna uyan kanun hükümleri uygulanabilir olduğunu, çoğu kez isbat edildiği üzere kabul etmek yanlış olur (170). Çünkü ZPO. Par. 323. bu takdirde kesin hükmü delen bir normdur. Oysa bir

(169) Bkz. yukarıda dpn. 122 vd.

(169a) Kendiliğinden de anlaşılacağı üzere, icraya karşı maddi hukuka ilişkin bütün itirazlar, sadece icraya karşı dava yolu ile ileri sürülebilir. Mevzuatın değişmesi sebebiyle de, hükmün icra edilebilirliğinin, icra organının kendi yetkisi ile reddedilebileceği gibi, bir sonuç doğuramayacağı, kendiliğinden anlaşılacak bir durumdur. İcra organlarının yetkilerinin prensip niteliğindeki bu sınırlandırılması hakkında bkz. Furno, *Digesno sistimatico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Florenz 1942, s. 130; Liebman, *Opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Rom 1931, s. 173 f; Satta, *L'esecuzione forzata*, 2. Aufl., Mailand 1952, s. 210 vd.

(170) RG. 19.3.1941 t. li kararı, RGZ 166 303 vd.; Rosenberg, s. 153, II. 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, s. 323, Anm. II. 3a; Baumbach-Lauterbach, s. 323 Anm. 2.C.

kanun değişikliği daha başlangıçtan itibaren ilk hükmün kesin hüküm etkisinin dışında kalır.

Ama ZPO'nun 323. paragrafında, prensip olarak sadece genel kesin hüküm prensibinin teyidini görürsek, o kanun değişikliklerinde uygulanmaz. Bu husus aşağıdaki düşünceden doğar. "Kesin hükmün tasdiki teorisi" görüşünde, ZPO. Par. 323, genel ilkelerle olan ilişkisinde, maddi veya hukuki durumların değiştirilmesinde, sınırsız olarak ileri sürülebilecek *lex specialis*'den başkası değildir (171). Bu *lex specialis* hüküm, bir hakkın sükutu manasına gelir ki, Par. 323 fıkra 3.'e göre değiştirilen durumlar, genel ilkelere göre aslında mantıka uygun olarak, onların doğumu anına kadar geriye gidilerek değil de, aksine davanın açılmasının etkileri anından itibaren ileri sürülebilir. Değiştirilen hal ve şartlara istinad etme imkânının, ihtiva ettiği sınırlandırılışı yine de, anlamının gerektirdiği üzere, hakimin bu durumlara ilişkin olmak üzere, onların istikbalde nasıl cereyan edeceğine ilişkin fikir yürüttüğü veya yürütmek mecburiyetinde olduğu durumlar için geçerlidir (172).

Ama bunlara daha önce zikredilen hukuki ilişkiler dahil değildir. Bunlar hakkında ZPO'nun 323. paragrafı uygulanmaz (173).

3- Şimdiye kadar elde ettiğimiz bilgilerle, girişte dpn. 23 vd. tasvir edilen durumların birkaç tanesi daha güvenle çözümlenebilirler.

a- Pau İstinaf Mahkemesi (Cour d'Appel de Pau) (24), gayrimenkulün kazanç esasına göre satışına ilişkin karara bağlanan bir olayda, yükseltelen kazancın mahkemenin huzurunda son şifahi müzakereden önceki zaman için, maddi kesin hükümden dolayı artık talep edilemeyeceğini tesbit etmiştik. Bunun aksine, yükseltelen meblağ bu andan mesele, kanun koyucunun kendi tefsirinin neşrinden itibaren değil de, yeni davanın açılması anından itibaren talep edilebilir. İstinaf Mahkemesi (Cour d'Appel) burada, ilk hükümde sadece o an için vadesi dolmuş yıllık taksitler hakkında karar verildiğini, daha sonraki taksitlerin ise dava edilebileceğini hükme bağlamıştı. Fransız hukukuna göre yine de, ilk taksit hakkında verilen hükmün, bağlayıcı etkisine göre, esasında devam eden taksitler için de bağlayıcı etki vardır. Bu Cour'un dikkatle ortaya koyduğu farklı bir durumdur. Davacının ilk muhakemede davayı kısmen kaybetmesi asıl ilişkiden kaynaklanmıyordu, vadesi gelen taksidin hususi niteliğine dayanmaktaydı. Gerçekte yine de bu husus söz konusu değildi. Eğer başlangıçta, bütün yıllık taksitler dava konusu edilmiş olsa idi, yıllık taksitler için daha önce verilmiş olan hüküm, yeni hukuki duruma uyarlanabilirdi. Bu taksitlerin hüküm kesinlik kazandıktan sonra vadesi gelmişti. Çünkü ilk hükümde, daha sonra durumun nasıl gelişebileceğine ilişkin yapılan hakimin takdiri teşhis ve tesbitleri, daha sonraki hukuki değişme hakkında belirleyici olamazdı.

b- Aile Hukukunun Değiştirilmesi Kanunu'nun 9. maddesinin II fıkrasının 5 no.lu bendinde (bkz. yukarıda dpn. 25-27), bütün tarihi oluşum ile bir mana bütünlüğü içinde, anayasanın 116. maddesinin 1. fıkrasına göre doğru kanun yorumu görülmelidir. Bu hüküm anayasa normu olmasına rağmen, elbette, kanun koyucunun kendi yorumunun, bir anayasa normunun özel mevcudiyeti kuvvetine dahil edilmeyen bir sınırlandırması ile, basit kanun koyucu tarafından doğru yorumlanabilir. Bu incelemenin I. bölümünde vurgulandığı üzere kesinlik kazanmış mahkeme kararlarının lehinde bir itirazi kayıt söz konusu ise, bu zaten geri etki eden kanun değişikliğinde geçerli olan durumdan daha başka

(171) Bu şekilde bütün açıklığı ile, Kuhlmann, Gruch, Beitr. 65, 270 vd., 291 vd.

(172) Buna göre doğru olarak, Blomeyer, Lehrbuch, s. 87 VI, 5b.

(173) Doğru görüşte Nikich, s. 107 II, 2a.; RG. 24.4.1900, t. li karar RGZ 46 65. vd.; Habscheid, FamRZ, 1954, 34 vd. daha başka delillerle dpn. 16.

anlam ifade etmez. Buna göre, FamRAndG. m. 9, II, Nr. 5, S. 2 zamanla oluşan genel ilkelere sadece bir teyidinden ibarettir. FamRAndG. Art. 9, II, Nr. 5, S. 2'nin yorumunda bunun dışına çıkmak ve keza gelecekteki hukuki ilişkiler hakkındaki hükümlere de özel bir mevcudiyet himayesi tanımak için hiçbir sebep yoktur. Bu çeşit kararlar daha çok, kanun koyucunun kendi yeni yorumuna istinaden, yeni bir kanunun istikbaldeki hukuki ilişkiler hakkında verilmiş tesbit ve eda hükümlerinde olan ilişkilerinde ortaya çıktığı gibi, geride kalmıştır.

c- Daha büyük zorlukları, dpn. 23'te tasvir edilen ve Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından karara bağlanan olay arz etmektedir (maintien dans les lieux) çünkü burada bir inşai hükmün bağlayıcı etkisi söz konusu olmaktadır.

Aynı mahkeme bununla birlikte içinde bir tesbit kararının, kesin hüküm kuvvetinin söz konusu olduğu, tamamiyle benzer bir hali karara bağlamıştı (174). 24.2.1947 tarihli hükümle, Bayonne Bidayet Mahkemesi (Tribunal Civil de Bayonne) bir alt kira mukavelesinin otomatikman uzatılması için, aranan kanuni şartların mevcut olmadığı yönünde bir tesbitte bulunmuştu. 28.3.1947 tarihinde bu tür kira mukavelelerinin uzatılmasını düzenleyen bir yeni kanun çıkarılmıştı. Bu defa Temyiz Mahkemesi nezdinde, alt kiracının ortaya atılan kira ilişkisini uzatmaya yönelik tesbit davası artık başarıya ulaşmıştı. Gerekçe olarak, Temyiz Mahkemesi elbette, sadece yeni kanunun hakkında hakim henüz bir karar vermediği ve bu yeni kanunun, yeni subjektif bir ak meydana getirdiğini açıklamıştır (175). Fakat bu işaret meseleyi daha ileriye götürmemektedir. Çünkü buna her yeni kanunda rastlanır. Ama sonuçta, Bayonne Mahkemesi'nin bu hükmünün, alt kira ilişkisinin daha sona erdirilmediği bir zamanda ve ortaya çıkacak bir uzatma ihtimali olmaksızın verildiğini düşünürsek, o zaman bu hüküm yine de doğrudur. Bu muhakkak ki, neşredilen karar gerekçelerinde cevabını bulamayan bir soru idi.

d- Açıklıkla denilebilir ki, Tribunal Civil de la Seine'nin değerlendireceği bu olayda, buna karşı emsal teşkil eden hüküm, ihtilaflı kira münasebetinin henüz sona erdirildiği bir zamanda çıkarılmıştı (176). Bir firma ticari yerleri 1.4.1951 tarihine kadar kiralamıştı. Söz konusu kira kontratında, kiracı bayanın iflası halinde, kira sözleşmesi otomatikman feshedilmiş olacaktı. Bu dediğimiz husus 16.2.1951 tarihinde tahakkuk etmişti. Kiralayan kişi, 14.12.1951 tarihinde kesin hüküm halini alan bir tahliye kararını çıkartmıştı. 27.3.1952 tarihinde kiracı kadın kendi isteği ile kiralanan yeri tahliye etti. 30.9.1953 tarihinde, yani tahliyeden birbuçuk yıl sonra bir yeni kanun (karamname) çıktı (177). Bu kanun 36. paragrafta şunları belirlemişti:

"le faillite et la liquidation judiciaire n'entraiment pas de plein droit, la resiliation du bail... Toute stipulation contraire est repute non ecrite." (İflas ve adli tasfiye kendiliğinden kiranın infisahını mucib olmaz. Aksine her anlaşma hükümsüz -kararlaştırılmamış sayılır).

Aynı karamname geçiş hükümlerinde aşağıdaki düzenlemeyi ihtiva etmektedir:

Madde. 41 "Pour tous les baux en cours ou proroges, ces demandes peuvent etre renouvelees ou formees, dans les conditions du present decret, nonobstant toute preemption, forclusion ou decheance, sous la seule reserve des decisions de justice passees en force de chose jugee ayant mis fin au bail ou constate l'absence de droit au renouvellement lorsquelles sont intervenues pour lune des causes et aux conditions prevues au pre-

(174) Cass. soc. 5.1.1948 t. li karar, Bull. 1948, 49.

(175) Keza bu hükmün Hebraud-Raynaud tarafından tahlili, Rev. trim. dr. civ. 1948, 499 vd.

(176) 29.10.1955 t. li hüküm, JCP, 1955, 8992.

(177) DH. 1953 leg. s. 393 vd.; Dalloz, Code Civile, m. 1778'de basılmıştır.

sent decret." (Bir kararname çerçevesinde, bütün kira sözleşmeleri için, hak düşmesi iddiaları nazara alınmaksızın ve sadece kesin yargı gücünü kazanmış ve kira sözleşmesine son veren bir yargı kararı ile yenileme hakkının yokluğu tesbit edilen kiralar müstesna olmak üzere bu talepler yeniden ilk kez ileri sürülebilir).

Madde. 43 "Si une demande en reprise ou un conge a ete forme avant la mise en vigueur du present decret, le locataire peut former ou renouveler jusqu'au 31. dec. 1953 une demande de renouvellement ou de payement d'une indemnité de déviction." (Bu kararnamenin yürürlüğe girmesinden önce ileri sürülen talep mevcut ise, kiracı 31 aralık 1953'e kadar yenileme talebinde bulunabilir veya bir tazminat talep edebilir).

İflas idaresinin, bu hükümlere dayandırılmış tazminat davasına Temyiz Mahkemesi muvafakat ederken, şöyle gerekçelendirmişti: Kira ilişkisini ortadan kaldıran şartın, geriye dönük olarak geçersizliğinin açıklanması sonucunda, ilk hükmün bir manası kalmamıştır. Bu sebeple kiracı kadın, haksız olarak kiralanan yerden çıkarılmış olmaktadır.

Kira mukavelesinin muhtemelen 1.4.1951 tarihinde zaten sona erdiğini mütalaamızın dışında tutsak bile (178), ben bu hükmü hatalı karar olarak değerlendirmek mecburiyetindeyim. Eğer onun mukaddematının son bulunduğu düşünülürse, bu tarzda yıllardan ve onyıllardan beri nihayete erdirilmiş olan kira ihtilafları yeniden canlandırılmış olacaktı. Hebraud ve Raynaud (179) bu kazai içtihatlarda "causa finita" (neticelenmiş dava) düşüncesinin büsbütün ortadan kaybolduğunu söylerlerse, tamamiyle haklıdır. 30.9.1953 tarihli kararnamenin 41. maddesinde "baux en cours" (süresi henüz sona ermemiş kiralar)'ın sarahaten sözü edilmiştir. Bununla kuşkusuz, önceki hukuka göre etkili bir kira ilişkisi demek istenmemiştir. Aksi takdirde aynı kanun hükmünde derpiş edilen, önceki fesih sebeplerinin göz ardı edilmesi ve bunun kesin hüküm halini almış kararlar dahil olarak yapılmasının hiçbir anlamı kalmayacaktı (179a). Fakat yeni kanunun uygulanabilmesi için, kiracının hâlâ kiralanan yerde oturması gerekmektedir, düşüncesinden yola çıkılabilir.

Dpn. 23'te anlatılan, Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından karara bağlanan olayda elbette, belirtildiği üzere, bir inşai hükmün devamlılık kuvveti söz konusu olmaktadır. Bu bizi "ileri etki eden" hükümlerin ikinci grubuna götürmektedir.

## II. İNŞAI HÜKÜMLER

1. Bu hükümler burada incelenecek anlamda, iki hal grubunda pratikte görülmüştür. Bir defasında Fransa'da kira sözleşmesinin feshi hükümlerinde ve diğer bir halde de İtalya'da evlilik dışı çocuk için nafaka hükümlerinde (orada inşai hükümlerin bir türü olarak telakki edilmiştir).

Buna ilaveten bütün hukuk düzenlerinde dağınık olarak bulunan bir sürü özel hüküm mevcuttur.

a- Dipnotu 23'te ele alınan olayda Fransız Temyiz Mahkemesi (Cour de Cassation), başlangıçta karar veren mahkeme bir faydalanma ilişkisinin uzatılmasını, ancak onun belirli bir zamanda sona erdirilmesini de hükme bağlamıştı. Onun (söz konusu kararın) ortaya çıkmasından önce kira mukavelesinin uzatılmasını ex lege olarak gerçekleştiren

(178) Kiracı kadının her halükârda, iflasın açılmasından evvel bir "demande de renouvellement de bail" mahkemeye sunmuştu, öyle ki bu mesele gerçekte kuşkudan anı değildi.

(179) Rev. trim. dr. civ., 1956, 276.

(179a) Buna göre haklı olarak Girord, SJ. 1953, 1124, Nr. 19 sonrası.

yeni bir kanun çıktı.

Chambery Bidayet Mahkemesi (Tribunal de Chambery) (180), yeni kanunun yürürlüğe girmesi ile, eski kira mukavelesinin zaten kesin olarak sona ermiş bir hukuki ihtilafla uğraşmak durumunda idi. Kiralanan yerlerin içinde bulunduğu ev, savaşın etkisi ile kısmen tahrip edilmişti. CC.'nin 1722. maddesine istinaden kiracı 1947 tarihinde kesin hüküm halini almış olan kira mukavelesini fesheden bir karar elde etmişti. 2.8.1949 tarihli (181), madde I/1'de aşağıdaki hususu belirleyen bir kanun çıkarılmıştı:

"Nonobstant les dispositions des articles 1722 et 1741 du Code Civil, les baux a loyer de locaux ou dimmeubles a loyer de locaux ou dimmeubles a usage commercial industriel ou artisanal portent sur limmeuble réparé ou reconstruit, meme sur un autre terrain et quelle que soit la localite ou a lieu la reconstruction, en remplacement de limmeuble detruit en toaite ou en partie par suite d actes de guerre." (Fransız Medeni Kanunu'nun, 1722 ve 1741. maddeleri nazara alınmaksızın, savaş işlemleri dolayısı ile kısmen veya tamamen harap olmuş binalara bedel inşa edilen taşınmazlar başka bir yerde inşa edilmiş olsa dahi, bu taşınmazlar üzerindeki kira sözleşmeleri, onarılan veya yeniden inşa edilen taşınmazlara geçer).

Bu hükme istinaden önceki kiracı binanın yeniden tamirinden sonra kiralayandan kira ilişkisinin devamını talep etti ve bunda haklı idi.

Chambery Bidayet Mahkemesi (Tribunal de chambry), Temyiz Mahkemesi'nin (Cour de Cassation) daha önce zikredilen kararında olduğu gibi, burada mevcut inşai hükmün özelliklerini kısmen dikkate aldı. Her iki mahkeme yeni davaya sadece şu hususa işaret ederek cevaz verdiler. Yeni kanun, üzerinde daha önce herhangi bir karar verilmiş, yeni subjektif bir hak meydana getirir.

b- Geleceğe etki eden ve mevcudiyeti bir kanun değişikliği muvacehesinde güç problemler ortaya koyan ikinci grup inşai hükümler, İtalyan hukukuna göre evlilik dışı çocuğun nafaka hükümleridir. Bizim hukuk düzenimizden bakıldığında nafaka hükümlerini normal eda hükümleri olarak mütalaa etmeye alıştık.

İtalyan CC. m. 438 evlilik dışı çocuk için nafakayı şu şekilde belirliyor:

"devono esser assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi deve somministrarli." (Nafaka miktarı talep edenin ihtiyacı oranında ve verenin ekonomik durumuna göre belirlenir).

Bu formüllendirmede son derece ağır basan İtalyan doktrini (182), nafaka miktarını belirlemede bir adli tesbitin söz konusu olmadığını, aksine bir tesbit hükmünün (sentenza determinativa veya dispositiva) söz konusu olduğunu çıkarmıştır. Mevcut bir nafaka hükmünü, değişen hal ve şartlara uyduran kanuni belirlemelerde mündemiç olan o hükümlerin tesbit edici karakteri daha da açıktır. Örneğin, CC'nin 440. maddesinde, ZPO. Par. 323'de olduğunun aksine, hükmün bir değişikliği talep edilemez, aksine; "Lautorita giudiziaria prevede per la cessazione, laumento..."

(180) 15.7.1952 t. li hüküm, GP. 19522.295

(181) Dalloz'da basılmıştır, CC. m. 1778'e ek olarak.

(182) Her şeyden önce dpn. 134'de zikrettiğimiz Costa, s. 178 vd.; ders., dpn. 17'de zikredilen Manuale, s. 253, Nr. 184; Betti, Efficacia delle sentenze determinative in tema di legato di alimenti, Camerina 1921, S. 40, Nr. 8, Costa'ya aynı yere atıf yapıyor, s. 279; aynı yönde dpn. 1'de zikredilen Heinitz, s. 246 vd.; her ne kadar misal olarak açık olmasa da evlilik dışı çocuğun nafakası zikrediliyor ise de; dpn. 185'de zikredilen Liebman, Efficacia, s. 17 vd.; Almanya'da irad şeklindeki zararın tazminine ilişkin hükümlerde aynı görüşü temsil eden Oertmann, AcP, 109, 92; fakat dpn. 34'de zikrettiğimiz Segni, Nr. 11, s. 310'da aksi görüşte, bu hükümleri esas itibariyle tesbite ilişkin hükümlerle özdeşleştirir.

Bu tür hükümler, "sentenze determinative" diye adlandırılan (183), tesbit hükümleridir. Bizim hemen hemen unuttuğumuz bir kategoridir (184). Bunlar İtalyan doktrininde bu güne kadar Kisch tarafından gerekçelendirilmiş olan şekli ile kalmıştır (185).

Tesbit, eda ve inşai hükümlerin yanında aynı değerde olan hüküm sınıfından biridir. Gerçekte elbette bu hükümlerin kendine özgülüğü eda hükümleri ile inşai hükümlerin çakıştığındandır ve ilkler bir temel ilişkiyi tesbit ettiği, ikincisi bunu hüküm vasıtası ile yakinen nihai olarak "şekillendirdiği" için, inşai hükümlerin unsurlarının tetabukudur. Nitekim son anı ilgilendirdiğinden tipik tesbit hükümlerinde söz konusu olan inşai etki, yalın inşai hükümlerin, hüküm etkisinden başkası değildir (186). Bunlar bu gün özel hüküm türü olarak, hemen hemen her yerde tanınmakta ve kabul edilmektedir (187).

c- İstikbaldeki ödemelerin tesbitinde, yine de evlilik dışı çocuk için nafaka hükümlerinde ödeme seviyesinin belirlenmesi dışında da tesbitler mevcuttur. İtalyan CC. m. 443/II'ye göre, mahkeme nafaka ödemelerinin şeklini ve usulünü tesbit edebilir. BGB. Par. 1612/I'e göre (188) ve Fransız CC. m. 210 vd.'na göre bu sınırlı hallerde, Alman ve Fransız mahkemelerince de mümkündür. İsviçre Medeni Kanunu'nun 156. maddesine göre, Alman Evlilik Kanunu'nun 60. paragrafına göre, mahkemenin inşai hükmü ile boşanan çiftler arasında ex lege olarak mevcut olmayan nafaka yükümlülükleri meydana getirilebilir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 156. maddesine göre, hakim ana ve baba hakları ve çocuklarla olan şahsi ilişkiler hakkında gerekli tedbirleri vazeder. Nitekim buraya, örneğin, İtalyan CC. m. 1183, 1817'de olduğu gibi, hakimin inşai bir muamele ile, bir ex lege mevcut olmayan bir ödemeyi yapmasına ilişkin, bir süre tayin etmesi hali de dahildir.

Bu problem genellikle, formüle edilmiş olarak, bir hukuki hükmü istikbale ilişkin şekillendirdiği bir yerde ortaya çıkar. Hatta inşai bir hükümle, devamlı bir hukuki müna-sebet, istisnai olarak kaldırılmadığı, aksine onun Pat G (Patent Kanunu). Par. 15/I, 41 vd, GebrMG. Par. 11a'da söz konusu ettiği haller veya İtalyan CC. m. 2932'nin uygulanmasında ortaya çıkan durumda olduğu gibi gerekçelendirilirse bu olup biter. Hakkaniyet kararları da, İt. CC. m. 114'e göre buraya dahildir.

2- Ara zamanda ortaya çıkan kanun değişikliklerinin, hükmün inşai etkisi üzerine ne biçim bir etki yaptığı, gördüğümüz kadarıyla şimdiye kadar, bir mantık bütünlüğü içinde irdelenmiş değildir. İtalyan hukukunun evlilik dışı çocuğun nafaka hükümleri, özellikle sık sık görülen inşai hükümlerin istikbaldeki etkileri ile bir uygulamadır. Yine İtalya'da ekseriye hakim gelecekteki durumun nasıl tahakkuk edeceğine ilişkin maddi ilişkiler

(183) Fransız Mdeni Kanunu'nun, 208 ve 209. maddeleri aslında tamamen buna benzer şekilde kaleme alınmıştır. Buna rağmen Fransa'da bir tesbit hükmünün, inşai muamele olarak görülebileceği düşünülmemiş ve daima bir tesbit, eda hükmü vasfında kabul edilmiştir. Mesela bkz. yukarıda dpn. 156'da tasvir edilen olay.

(184) Kisch, Beitrage zur Urteilslehre, Leipzig 1913, s. 110 vd.

(185) Costa, le sentenze civile con la clasaula rebus sic standibus, Studi senesi 44 (1930) s. 167 vd., 178 vd.; ders. Manuale, 17 Nr. 31; Heinitz, s. 246 vd.; Liebmann Efficacia ed autorita della sentenza, Mailand 1935, s. 16 vd.; Betti, Diritto processuale civile Italiano, 2. Bası, Rom. 1936, s. 458; Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile, Padova 1941, §. 25.

(186) Bkz. Hepsi için Rosenberg, §. 87 II 2b; italya'da bu hükümleri Chiovenda Istituzioni, s. 189 vd.'da doğru olarak değerlendirmiştir; Camelutti, Lezioni, IV 35.

(187) Bu günde hâlâ eleştirici bir tarzda, fakat ikna edici bir gerekçe olmaksızın, Racco, Trattato di diritto processuale civile II, Turin, 1957 s. 241 f.; Roland, Chose jugee et tierce opposition, Paris 1958, Nr. 119.

(188) Gerçi Kisch, bu maddeye göre verilen hükmün bir tesbit hükmü olmayıp, sui generis hüküm olarak nitelendirmiştir bkz, Beitrage zur Urteilslehre, Leipzig, 1903, s. 140 vd.da, ancak hakikatı halde buna rağmen bir tesbit hükmü söz konusudur.

hakkındaki tahminlerinde buna göre de istikbal için bir şekillendirmede yanılırsa, ne yapılabileceği sorusu hakkında çok düşünülmüş olması bizi şaşırtmamalıdır.

Bazıları istikbaldeki etkileri ile, tesbit ve eda hükümlerinde olduğu gibi, aynen, dava sebebinin değişmesi anlamında, hal ve şartların değişmesi ile, değiştirilen yeni duruma uydurmak için davaya cevaz verilmesi gerektiğini söylemektedirler (189). Diğer bir görüş ise, hakim tarafından meydana getirilen inşai durumun bir değiştirilmesini kanun açıkca düzenlemiş ise bu mümkündür demektir (190). Üçüncü görüş kesinlikle böyle hükümlere devamlılık kuvvetinin atfedilemeyeceğini söylemektedir (191).

Bu son görüş başlangıçtan itibaren reddedilebilir. Hükümlerin, yeni hakim kararına yönelik talebe karşı hiçbir devamlılık gücüne malik olmadığı iddiası, bizzat hüküm mantığı ile çelişki halindedir. Kendisine karşı mücadele edilen bu öğretinin taraftarlarınca da inkâr edilemeyeceği üzere, bir yeni karar herhalükârda değişen hal ve şartlarda mümkün olabilir. Bunun dışında hüküm herhalde artık kesinleşmiştir ki, inşai hükümlerde şöyle denmektedir: Maddi hukuki durumun, hakim vasıtası ile hükme bağlanan değişikliği, hakim tarafından bu defa yeniden değiştirilemez.

Bunun gibi ilk zikredilen görüş de tutarsızdır. Çünkü o yeterli derecede bir inşai hükmün mahiyetine dikkat etmemektedir. Sadece tesbit ve eda hükümlerinde maddi hukuki durumun ve hükmün muhtevasının birbirinden ayrılması söylenebilir. Özellikle bu gibi hüküm çalışmalarında (karar verme muamelelerinde), hakimin hatalı tahminlere (beklentilere) istinaden gelecekteki gelişmenin yanlış değerlendirilmesinden dolayı hukuki sonuç bakımından onun daha sonra gerçekte ortaya çıkacak olan maddi hukuki duruma uymadığı şeklinde "kabülü" mümkün olabilir. Bu gerçek olarak ortaya çıkan vakıalar durumunu, bu şartlar altında yeni bir dava sebebi meydana geldiğini kabul ederek ve yeni bir dava konusu olarak telakki etmek mümkün olur ki, bu durum mevcut gerçek maddi hukuki duruma uydurmaya müsaade eder. İnşai hüküm buna karşı maddi hukuki duruma bizzat müdahale eder. Öyle ki maddi hukuki durum ile hükmün etkisi arasında kesinlikle bir çatışma ortaya çıkmaz.

Hakimin inşa eden hükmünde esas aldığı ilişkilerin değişmesinde, iki şey mümkündür: Ya yeni özel hal ve şartlar ex lege olarak yeniden maddi hukuki durumu değiştirirler. Bu tabii ki mahkeme kanalı ile ileri sürülebilir. Ama yeniden hakimin şekillendirmesi vasıtası ile değil de, tesbit veya eda hükmü vasıtası ile. Mesela bu hal evli çiftlerin ayrılmasına ilişkin hükümden sonra, yeniden barışmaları durumunda ortaya çıkar (İtalya CC. m. 157). Ya da değiştirilen ilişkiler, hakimin hukuki hal ve durumu yeniden şekillendirmesine müsaade bakımından, onun yetkisine gerekçe olur (192). Hiçbir hukuki düzenlemede hakimin inşai kararları için genel bir kural olmadığı için, onlar bunu sadece bir kanuni yetkilendirmeye istinaden yapabilirler. Orada ne birinin ne de diğerinin (yani ne hakimin inşai kararlarını tadil edebileceğine ilişkin genel bir kural, ne de değişen özel durumlar için özel bir yetkilendirme) olmadığı halde, inşai hüküm sayesinde oluşan hukuki durum değişmez ve hakim tarafından da değiştirilemez.

(189) Liebmann, *Efficacia*, s. 18 vd.; Cornelutti, Liebmann'a atıfyapıyor, anılan yer dpn. 12; Costa, 291 vd.; ders., *Manuale*, s. 253, Nr. 184; Heinitz, s. 257.

(190) Tekerrür eden ödemeleri düzenlemeyen bütün hükümler için Betti, (Dpn. 134'de zikredilen Costa'ya atıf yapıyor, s. 280vd.; keza dpn. 1'de zikredilen Heinitz, s. 251 vd.; dpn. 134'de zikredilen Costa, s. 294). Bu elbette yazarn değişen hal ve şartlarda, hakim vasıtası ile yapılan değişiklik arayışlarına karşı, şartların inşai hükümlerde de yeni bir dava sebebi doğuracağına ilişkin esas kabulüne bir çelişki teşkil eder.

(191) Delillerle dpn. 134'de zikrettiğimiz Costa, s. 278, dpn. 1-5.

(192) Fakat Costa ile, bundan değişen hal ve şartların bütün hallerinde yeni bir davanın ve hatta yeni bir inşai davanın açılmasının mümkün olduğu gibi bir mantıki sonuç çıkaramayız.

Burada evvela vakıalar durumunun değişmesi için ayrıntılı olarak zikredilmiş olan açıklamalar, aynı tarzda hukuki normların bir değişikliği için de geçerli olurlar. Bunlar inşa edilen hukuki ilişkiyi ipso jura (bizzat düzenler) ilgilendirir, büsbütün dokunulmaz bırakır veya hakimi yeniden inşa etmeye yetkili kılabilirler. Bu üç imkândan hangisinin her münferit hal için isabetli olduğu yeni kanunun yorumu ile bulunabilir. Eğer birinci hal mevcut ise, bu takdirde yeni hukuki durum, inşai hükümle değil, tesbit veya eda hükmü ile ileri sürülebilir.

Bu bilgi yukarıda 1a'da zikredilen mahkeme kararlarını doğru değerlendirmemiz için de bize imkân sağlar.

Dipnotu 23'de zikredilen Cour de Cassation'un kararında, hakimin hükmü ile uzatılan, fakat daha uzatılma süresinin geçmediği kira sözleşmesinin, uzatılmasının maddi şartlarının böyle bir ilişkide kanun kuvvetine tabi olup olmadığı söz konusu edilmektedir. Hükmün kesinleşmesine riayet problemi ile bu olayda karşılaşırız. Çünkü önceki hakim eski hukuki duruma istinaden daha önceki hükmü ile, artık uzatmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir. İstikbal için etkili bu tesbit, yeni kanunun çıkarılması ile, kendiliğinden geçersiz oluyordu.

Tribunal de Chambéry tarafından karara bağlanan vakada, devam eden kira sözleşmesinin, eski binanın tahribi durumunda, yeni kanunla kira mukavelesinin uzatılmasının kiralanın yerlerde yeni kanunun yürürlüğe girişi zamanında hâlâ mevcudiyetini sürdürüp sürdürmediği hususuna bağlı kılması söz konusuydu. Mahkeme tarafından eski hükme karşı yeni kanunun, eski hükmün ihtiva etmediği yeni subjektif bir hak oluşturup oluşturmadığına ilişkin vurgulanan soru, tamamiyle yanlış sorulmuş ve anlam taşımamaktadır.

Yeni kanun ex lege olarak, hükümle inşa edilen hukuki ilişkilere müdahale etmediği sürece, hakimin yetkili kılınması suretiyle yeniden inşa edilmeye tabi tutulabilir. Böyle bir yetki, yine de, belirtildiği üzere, her bir münferit hal için verilmek gerekir. Eğer yeni bir kanun başka türlü inşai ölçüler ortaya koyarsa ya da hakimi hukuk düzeninin şimdiye kadar tanıdığından başka şekilde inşai edime yetkili kılsa, bundan her halükârda genel olmayan zaten eski hukuk düzenine göre hakim muamelesi ile inşa edilen hukuki ilişkilerin, yeniden değiştirilebilir gibi bir sonuç çıkarılamaz.

Elbette hukuk düzeninde hakim tarafından inşa edilen, "münasebetlerin değişmesinde" yeniden değiştirilmesini ön gören durumlarda, "değiştirilen hal ve şartlara", ZPO. Par. 323'ün çerçevesinin dışında da farklı olarak bir kanun değişikliğide dahil edilmelidir. Çünkü eğer değişen fiili hal ve şartlara intibak mümkünse, hakimin inşai hükmü, değiştirilen hukuki duruma intibakı esirgemek için bir sebep mevcut değildir.

İstikbale yönelik inşai hükümlerin değiştirilen hal ve şartlara intibakını düzenleyen normlar çok sayıda mevcuttur. İtalyan nafaka hükümlerine ilişkin düzenlemeyi daha önce ele almıştık. İsviçre'de boşanmaya ilişkin kararlarda ana-baba haklarının şekillendirilmesinde ZGB. m. 157 değiştirilebilmeyi ön görmektedir. Aynı husus hakimin kararı ile meydana getirilen nafaka mükellefiyetlerinde de geçerlidir. (Mesela İsviçre ZGB. m. 153 II). Bununla birlikte, yukarıda açıklama 188'de zikredilen misallerde sarıh özel hükümler mevcut değildir.

Heinitz (193), bütün "sentenze determinative dei rapporti continuativi" (sürekli ilişkilerin varlığını belirleyen kararlar) için, evlilik dışı çocuğun nafaka hükümlerinde geçerli hükümlerin, kıyasen uygulanmasını tavsiye etmiştir. Burada böyle bir tezin, bu ya-



zarin iddia ettiği şekilde, genel olarak doğru olacağına inanmıyorum. Mesela hüküm ile GebrMG. Par. 11a, PatG. Par. 15 I'e göre bir cebri lisans (ruhsat) verilmişse ve belirli bir müsaade harcı tesbit edilmişse, bu takdirde tesbitin bir değişikliğine, kendileri sayesinde mukavele ilişkilerinde işlem temelini ortadan kaldırılmasını kabul eden şartların mevcut olmaları halinde müsaade edilebilir. Bunun için bir cebri müsaadenin yeni kanun ile ortadan kaldırılması imkânının keyfiyeti muhakkak ki yeterli olmayacaktır. Elbette ya münferit hallerde ya da toplu hallerde mevcut değişiklik hükümlerinin kıyasen uygulaması muhakkak ki mümkündür. İtalyan CC. m. 443'e göre ya da BGB. Par. 1612/1,2'ye göre nafakanın türü ve tarzını belirleyen bir hükmün değiştirilmesi mümkündür. Ödeme seviyesi için geçerli olan kanun hükümlerinin kıyasen uygulamasına, Almanya'da ZPO. Par. 323'ün tesbit ve ödeme hükümleri hakkında şekillendirilmiş olması keyfiyeti bir engel teşkil etmez, fakat BGB'nin 1612 I, 2 inşai bir hüküm için onu yetkili kılar (tesbit hükmü -I.S, von Kisch). Çünkü eğer ZPO'nun 323. paragrafında kesin hükmün tasdiki teorisi ile normal hal için sadece maddi kesin hükmün zamanla sınırlandırılması hakkında genel prensiplerin teyidini görürsek, bu kanun hükmünde istisnai hallerde hukuki ilişkilerin değiştirilmesi için hukuki sebebin engellendiğini görmemize hiçbir sebep yoktur. Bu sebepten ZPO. Par. 323, EheG. Par. 60'a göre hakimin hükmü ile meydana getirilen nafaka miktarlarının belirlenmesinde de uygulanabilir. Buna karşı bir kerelik bir ödemenin yapılabilmesi için, hakimin bir mühlet tayin etmesinde, eğer vakıalar ve hukuki durum sürenin geçmesinden önce hakimin mühleti belirlemedeki tahmininden değişik şekilde gelişmişse, bu takdirde değişikliğin mümkün olup olmadığı çok şüpheli görülmektedir. Aynı durum bana İtalyan CC. m. 1049 fık. 3'de de geçerli görünüyor. Bu takdirde hakim bir yabancı gayrimenkulden suyun alınması için, tazminatı ve tarzını düzenler. Burada gelecekteki hukuki ilişkiler hakkında verilen inşai hükümlerin bütün halleri için bir çözüm yolu görmek imkânsızdır. Tesbit ve eda hükümlerinden olduğundan daha değişik herhalde -bunu misaller göstermektedir- her münferit hal için çok farklı işlem gereklidir.

## SONUÇLAR

### I.

Yeni kanunun daha önce kesin hüküm halini almış hükümler hakkında nasıl bir etki edeceği sorusuna cevap ararken, yeni kanunun geri etki ettiği ve hükmün ileri etki ettiği haller arasında bir ayırım yapmak icab eder. Bunun dışında yeni hukuki ilkenin, hükmün etkilerine temas edip etmediği sorunu ortaya çıkmaz.

### II.

Bir geri etki eden kanunun çıkarılması halinde, evvela eski hukuki durum altında çıkarılan hükmün, anayasal haklılığın devamının korunmasından faydalanıp faydalanmayacağı incelenmelidir.

1- Eğer bu gibi hükümlerin, kesin hüküm halini alması halinde, davayı kazanan davacının lehine, özel olarak anayasal korumadan faydalanan haklar söz konusu ise, bu takdirde, davacıya hükümlerle tanınan her pozisyonu ondan esirgeyen her kanun, anayasa-ya aykırıdır.

2- Anayasalarda hukuk devletinin genel ilkeleri olarak, diğer hükümler anayasa hukuku bakımından korunmuştur. Fakat orada da istisnalar mevcuttur:

- a) Devletin lehinde verilen hükümlerde,
- b) Hükmün etkilerinin sorunlarına ilişkin, kanun koyucunun yaptığı kendi yorumlarında,
- c) Eğer amme menfaatinin gerektirdiği mecburi gerekçelerle hükmün etkilerinin ihlalinde, ancak bu durumda prensip itibarıyla zarar ödenmelidir.

### III.

Kanun koyucunun anayasal bir bağlantısının olmadığı yerde, yeni kanunlar prensip olarak, hükmün etkilerine riayetkâr olmalı, maddi hukuk anlamında onlara ekonomik tahsis muhtevasında yorumlanmalıdır. Uygulama ve doktrininin sık sık kesin kriter diye ileri sürdükleri yeni kanunun, hükmün kesin etkisinin kapsamına girmeyen, subjektif yeni bir hak yaratıp yaratmadığı sorusu, aslında yerinde bir soru değildir. Çünkü, burada ortaya konulan yorum kuralını, ortaya atmasaydık, bu soruya daima evet cevabı verilecekti.

Bu elbette hükmün ihtimali bir anayasal haklılığın mevcudiyetinin devamlılığının korunması gibi geçerlidir, eğer hüküm devletin lehinde verilmiş ise bu takdirde geçerli olmaz.

## IV.

Geriye etki etmeyen bir kanun değişikliğinin "ileriye etki eden hükümlere" etkisi meselesi, bir yandan tesbit hükümleri ve ödeme hükümleri ve diğer yandan da inşai hükümler için farklı olarak cevaplandırılmalıdır.

1- Bütün "ileriye etki eden" tesbit hükümleri ve eda hükümleri -kanuni duruma göre- clausula rebus sic stantibus'un itirazi kaydı altında bulunur.

Yeni bir kanun yeni bir dava sebebi meydana getirir. Değişen hukuki durum, bir menfi tesbit davası yoluyla, icraya karşı dava yolu ile ya da istirdat (borç olmayan şeyin ifası) davası ile ileri sürülebilir. ZPO. Par. 323 kanun değişikliklerinde uygulanmaz.

2- italyan hukukuna göre, evlilik dışı çocuğun nafaka kararları, ileri etki eden inşai hükümlere aittir. Yeni kanunun bu hükümlerin etkileri üzerinde iki şekilde tesiri olur: Ya yeni belirlemeler ex lege olarak, inşai hüküm vasıtası ile ortaya çıkarılan maddi hukuki durumu değiştirirler. Bu takdirde yeni hukuki durum, inşai dava yolu ile değil, tesbit veya eda davası yolu ile ileri sürülebilir. Ya da yeni tesbitler, hakimi yeniden şekillendirmeye yetkili kılarlar. Bununla birlikte eğer yeni kanun, şimdiye kadar olduğundan daha değişik bir şekillendirme kıstasları ortaya koyarsa, bu takdirde, ne birinci ne de ikinci hal ortaya çıkmaz.

Hukuk düzeninin "değişen hal ve şartların" mevcut olması durumunda, hukuki belirlemelerin hakim tarafından yeni bir şekillendirmesini düzenlediği her yerde, bir kanun değişikliği de bu şartlara tabi olur. Bu türden intibak normlarının uygulanması münferit hallerde mümkündür.

## SAĞLIKLI VE DENGELİ BİR ÇEVREDE YAŞAMA HAKKININ GELİŞİM SÜRECİ

Doç. Dr. Burhan KUZU

### "İnsan Merkezli" Dünya Anlayışı

21. asrın ayak seslerinin duyulduğu şu günlerde, dünyada gözlemlenen "İnsan Hakları" sorununu yeniden sorgulamak ve çağın gereklerine göre yeniden yorumlamak gerekmektedir. İnsan dışı canlı (\*) ve cansız varlıkların gözardı edildiği bir dünyada yaşıyoruz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin "her insan" diyerek başlaması her ne kadar övülecek yanını oluşturur ise de, "yalnızca insanlar" ya da "sırf insan" biçiminde düşünmesi zayıf noktasını teşkil etmektedir (1). Nihai blançoda, "dünyanın" da hesaba dahil edildiği bir mizan çıkarılması henüz tam olarak yapılmamıştır. Unutmamak gerekir ki, nesnelere, sahiplenmenin basit edilgen süjeleri değildir. Ne var ki, hukuk, insanlar arasındaki istismarcı asalaklığı sınırlamaya çalışırken, "şeylerin" üzerindeki aynı tür faaliyetlerden sözletmiyor. Eğer nesnelere kendileri de hukuk özneleri haline gelirse; işte o zaman, terazi bir dengeye doğru yönelir.

Bugün geldiğimiz noktada yukarıda belirtilen gerçeği gözardı ettiğimiz fark edilmiştir. Öyle ki, kendimizle ve birbirimizle uğraşmaktan yeryüzünü anmaz olmuşuz; yeryüzünü unutmanın aslında zamanı ve mekânı unutmak olduğu aklımızdan bile geçmemiştir. Oysa, bilgilerimizin, tekniğimizin ve teknolojimizin bizi getirip bıraktığı noktada, edilgen sandığımız, hafife alarak aşağıladığımız muhatap, şimdi artık kendisi dışında hiçbir yerde olamayacağımızı ihtar ediyor bizlere. Bu ihtar, insanlığın sonu olabilecek bir nükleer savaş tehlikesi değildir; böyle bir savaş ihtimal olarak olabilir veya olmayabilir de, fakat yeryüzü gezegenini "madde olarak" tüketişimizin hazırladığı yok oluşu ise her türlü ihtimaller hesabının ötesinde ve dışında duran bir gerçektir. Bilimin daha 10 milyar yıl kadar ömür biçtiği 1 milyar 80 bin trilyon metreküp hacmindeki gezegenimiz için bu rakamlar azımsanamaz büyüklükte ise de, bilinmelidir ki, sayılar yalnızca bir büyüklüğü ifade etmezler, asıl ve öncelikle bir tüketebilirliği gösterirler. Kaldı ki, buradaki tükenme canlılar gibi belli bir ömre ayarlı da olmadığından, doğal ölüm de beklenmiyor (2).

İnsan, varoluşundan bu yana, doğadan faydalanmış, bilgi birikimine ve teknik ilerlemeye güvenerek ona hakim olmaya çalışmıştır. Doğada üstünlük kurmaya yönelen bir

(\*) Hayvan hakları konusunda ilginç gözlem ve tedbirler için Bkz. SUNGURBEY, İ. Hayvan Hakları, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1993.

(1) SERRES, M., Doğayla Sözleşme (Çev. Turhan ILGAZ), İstanbul 1994, s. 51

(2) İbid. s. 7-8.