

**ÖZEL OLARAK KAZAI İÇTİHADIN TANZİM EDİCİ
(NORMATİF) KUVVETİ MESELESİ (*)**

Dr. Ergun ÖNEN

Medenî Usul ve İcra-
İflâs Hukuku Asistanı

1. Emsal kararlarına sınırlı olarak uyma mükellefiyeti :

a) Kaide

İsviçre Hukukunda bir mahkemenin bizzat kendisi veya bir üst derece mahkemesi tarafından verilmiş olan hükümlere sınırlı bir uyma mükellefiyeti vardır. Kaideten bir mahkeme belli sınırlar dahilinde olmak üzere kendisi veya daha üst derecedeki bir mahkeme tarafından verilen eski bir kararın muhtevasını teşkil etmiş olan bir görüşü, daha sonraki bir hâdisede kabul etmek mecburiyetindedir. Emsal kararlarında tesbit edilmiş olan hukukî unsur-

(*) Bu çeviri Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörlerinden Dr. Iur. Arthur Meier-Hayoz'un Bern Şerhinin 1 inci cildinin birinci bölümünde (Berner Kommentar «Komm. zum schw. Zivilrecht» Bd I, Einleitung und personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Bern 1962) ZGB Art. 1 ile ilgili açıklamalarının «Emsal kararlarının bağlayıcılığı» ile ilgili olan kısmına (s. 197-212) aittir.

Bu mesele 1966 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'nde yapılan Türk-İsviçre Hukuk Haftası dolayısıyla da inceleme konusu yapılmıştır. (Recueil des travaux de la III. Semaine juridique Torco-suisse, 1966 s. 191-248).

Bern şerhinin bu bölümü sayın profesörün müsaadeleriyle Türkçeye çevrilmiştir.

Çeviride geçen kısaltmalar :

Art. : Artikel (İsviçre kanunlarında «madde»)

BStrPO : Bundes Strafprozessordnung (Federal Ceza Muhakemele-ri Usulü Kanunu)

BV : Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29 Mai 1874 (29 Mayıs 1874 tarihli Federal İsviçre Ana-yasası).

lar âdeta bir kanun hükmünün muhtevasına benzer mahiyette kuvvetli bir esas olarak telâkki olunurlar. Benzer mahiyette aynı mahiyette değil. Zira, bir emsal kararının mevcudiyeti hâkimi kanunî bir hükmün varlığı halinde olduğu ölçüde bağlamaz. Hâkimin bir kanun hükmünden ayrılmasını haklı göstermeyecek belli vakıalar ona bir emsal karara uymama yetkisini verebilirler (kar. No. 505 vd.) (**).

Burada bahis konusu olan, yukarda No. 448 de değinilen ve doktrincede reddedilen görüştür. Bu görüşü, doktrin için esas addedilen (No. 440 vd.) ve teamül için de genellikle carî olan (No. 473) alelâde bir nazarı itibara alma mükellefiyetinden kesin olarak ayırmalıdır. Orada reddolunan görüşler (No. 444 vd.) burada da menfi olarak mütalâa edildiği sürece doktrin için önemi hakkında yapılmış olan açıklamalarla mutabakat mevcut olacaktır. Kanaatimizce bu bilhassa emsal kararlarının hukuk kaynakları olarak kabul edilmesinde carî olur (No. 445). GERMANN (1) emsal kararlarını önemleri yönünden hukuk kaynağı gibi nitelendirirken maddî bakımdan değil, sadece terminoloji itibariyle diğer bir görüşü kabul etmiş bulunmaktadır. Zaten onun da adlî alandaki teamülü mutlaka kanun ve örf ve âdet hukuku ile aynı şeymiş gibi göstermek istemediği, emsal kararlarının önemlerinin kademeli olmasını kabul etmiş olmasından da anlaşılır. (No. 519 vd.).

Bu fikir (2) İsviçre tatbikatındaki hakim görüşe (No. 478 vd.) uygundur.

f	: fıkra
FM	: Federal Mahkeme (İsviçre)
FMK	: «İsviçre» Federal Mahkeme Kararı (BGE «Bundesgerichtsentscheidung»); Bu çeviride FMK daha ziyade Entscheidungen des Bundesgerichtes «amtliche Sammlung» (BGE) (İsviçre Federal Mahkemesi Resmî Kararlar Dergisi) karşılığı olarak kullanılmıştır.
OG	: Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 16. Dez. 1943 (Federal Yargı Teşkilâtı hakkında 16 Aralık 1943 tarihli Kanun) sayfa
ZBG	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

(**) Metinde parantez içinde geçen bu rakamlar Bern şerhindeki paragraf numaralarını göstermektedir.

(1) Praejudizien als Rechtsquellen (Hukuk kaynağı olarak emsal kararları), özellikle s. 43 vd. ve 48 vd.

(2) Aşağıdaki dip not 496 vd. nda daha geniş olarak izah edilmiştir.

Mahkeme kararlarının burada sözkonusu edilen emsal olma değerinden maksat, evvelki bir hadisede verilen kararın, daha sonraki farklı bir olayın hükme bağlanması üzerindeki tesiridir. Fakat bir hüküm daha başka anlamda da emsal teşkil edecek bir mânâ ve ehemmiyeti haiz olabilir. Meselâ bilhassa bu hükmün diğer bir kamu organını, bu organın kanunen tesbit edilmiş ön şartlar ve meseleler hakkındaki bir kararında bağlaması anlamında (3) yahut alt dereceli bir mahkemece hadisenin yeniden karara bağlanması için üst dereceli mahkemenin hükmü bozarak iade kararının şekli bağlayıcılığı anlamında olduğu gibi (4). Bu hususlar burada münakaşa konusu yapılacak değildir.

b) Tatbikatın tutumu :

Mahkemeler ve hukuka tabî olanlar emsal kararlarının sadece küçük bir bölümünde yardımcı vasıta olma özelliği görürler. Vakıaların büyük çoğunluğu bakımından mahkemelerin tutumu emsal kararlarına -sadece belli sınırlar içinde olsa bile- uymaya kendilerini mecbur hissetmeleri şeklinde görülür. Kısa zaman evveline kadar hâkim olan teorinin aksine (No. 409) bugün tatbikatta hâkimin serbest olduğundan değil, daha eski kararlara olan bağlılığından bahsedilmektedir (5).

aa) Federal Mahkemenin görüşü :

Federal Mahkemenin, kendi emsal kararlarının münferit hadiseler ötesinde genel bir tesir sahasını haiz olduğu şeklindeki görüşü aşağıdaki vakılardan anlaşılır (6) :

— Federal Mahkeme gittikçe kazaî içtihatlar (yolu) ile elde edilmiş kaidelerin her üç resmi lisanda olanına da -hükmün hangi lisanda verilmiş olduğuna bakmaksızın-, Resmî Külliyatta neşrolunan hükümlere nazarân üstünlük tanımaktadır.

— Federal Mahkeme kararın ilânını açıkça hükmün emsal teşkil edebilecek önemi haiz olan bölümlerine inhisar ettirmektedir.

(3) Karş. Guldener, Zivilprozessrecht (Medenî Yargılama Hukuku), s. 303 vd. : Kesin hüküm meselesi.

(4) OG. Art. 66; BStrPO Art. 277.

(5) Karş. Meier-Hayoz, Privatrechtswissenschaft (Özel Hukuk ilmi), s. 97 vd.; diğer bibliyografya atflarıyla.

(6) Karş. Germann, Praejudizielle Tragweite (Emsal Kararlarının Tesir alanı) s. 302 vd.; Meier-Hayoz, Gewohnheitsrecht (Örf ce âdet Hukuku), s. 442 vd.

— Federal Mahkeme ekseri hallerde kendi emsal kararlarına, bunları itirazlara karşı tekrar gözden geçirse bile, bağlı kalmaktadır. Uyma kaide; uymama istisnadır.

— Federal Mahkemenin emsal kararlarına ne kadar büyük bir ehemmiyet atfettiği onun bu kararlara istisnaen uymadığı zamanlar kendini gösterir. Zira kaideten bir içtihat değişikliği ancak başka mahiyette olan emsal kararının veya emsal kararlarının esaslı ve şümüllü olarak müzakere edilmeleri sonunda vâki olur. Yakın geçmişte Resmî Külliyatta esas hükmün hemen önünde yer almış olan bukukî kaidenin ifadesine göre içtihat değişikliğinin bu şekilde yapıldığı sarahaten ifade edilmiştir (7). Aksine bu kaidenin ardına, herşeyden evvel kazaî içtihatın tam bir tasvip bulmadığı hallerde, parantez içinde rastgele «ıçtihatın doğrulanması» sözleri (8) iliştiliverilmiştir (9).

Federal Mahkeme sık sık yayınlanmamış olan emsal kararlarına da, hattâ çoğu zaman bunlarda ileri sürülen görüşün gerekçesini iyice belirtmeksizin, istinat eder (10). Bu itibarla yayınlanmamış olan bu kararlar, Federal Mahkeme kararlarının hakiki emsal kudretleri bakımından özel bir önemi haizdirler; zira bunlardan, eski hükümlere yapılan atıfların bir kısaltma anlamı taşımadıkları anlaşılır; çünkü aksi takdirde sadece yayınlanmış olan kararlar zikredilirlerdi.

— Federal Mahkemenin bugüne kadar olan kazaî içtihatları değerlendirme tarzı da bunların özel önemini ortaya koyar. Şöyle ki, Federal Mahkeme ekseriya sadece «mahkeme içtihatları» na veya «müstakar mahkeme içtihatları»na istinat eder (11). Bunu yaparken de Federal Mahkeme kendi içtihatlarına kanun hükümlerinden pek az farklı şekilde itibar eder. Federal Mahkeme 62 II 47 (II a) deki kararında kazaî içtihatı kanunla aynı ayarda göstermektedir: «Böyle bir iki yönlülüğe hem kanun hem de bugüne kadar olan tatbikat yabancıdır»; 84 II 401 deki Federal Mahkeme Kararında : «Kantonel içtihatların ifade tarzı ne kanunda ne de kazaî içtihatla hiçbir dayanak bulamaz» denilmektedir. Yüksek

(7) Karş. FMK. 82 II 571, 85 II 256 ve 86 II 7/8.

(8) Örneğin FMK 85 II 18.

(9) bk. FMK 82 II 481.

(10) FMK 57 II 471, 65 I 70, 68 IV 19, 74 I 24, 86 II 154.

(11) Karş. örneğin FMK 84, II 432, 434, 435, 444, 446, 452, 462.

(11 a) İsviçre Federal Mahkeme Kararları Resmî Külliyatı (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes), cilt 62, II. Bölüm, s. 47.

Mahkeme 86 II 153 deki kararında bir düşünce tarzını fazla sebep göstermeksizin «bu fikir bu arada kazai içtihatlarla aykırı hale gelmiştir» sözleriyle reddetmektedir (12).

Bu arada Federal Mahkeme heyeti kendi içtihatlarına karşı bazı tahditler koymuştur. No. 505 vd.'ndan Federal Mahkemenin kendi emsal kararlarına mutlak surette uymaya mecbur olmadığı anlaşılmaktadır.

Fakat Federal Mahkeme alt derece mahkemelerinden de kendisinin eski kararlarına mutlak bir bağlılık beklememektedir. Öyle ki, Federal Mahkeme münferit hadiselerde alt derece mahkemesinin hükmünü kendi emsal kararlarından farklı olmasına rağmen onaylamaktadır; fakat tabiatıyla bu arada kendi gerekçesi alt derece mahkemesinininki ile ehemmiyetli surette uyussa bile, o güne kadarki tatbikatında meydana gelen bu değişikliğin nedenlerini enine boyuna izah etmektedir (13).

Kamu hukukuna ilişkin şikâyetlerin Federal Anayasanın 4 üncü maddesi anlamında keyfilikten dolayı hükme bağlanmış olduğu bir takım kararlarda, Federal Mahkeme kantonal hükümlerin sadece Federal emsal kararlarından farklı olmalarından dolayı keyfi sayılamıyacaklarını açıkça belirtmiştir. Federal Mahkemenin emsal kararlarını kantonal mahkemelerin hukukî hadise bakımından kontrol etmelerine müsaade edilmiştir; federal bir emsal kararından farklı olan kantonal bir hüküm ancak aşikâr olarak sağlam esaslara dayanmamaktaysa keyfi addedilir (14). Kamu hukukuna ilişkin şikâyette şüphesiz hukukî meselenin karara bağlanışının sadece sınırlı bir kontrolüne cevaz veren bir kanun yolu söz konusudur.

-
- (12) Federal Mahkemenin en azından «kanunun açık olan lâfzını» «Federal Mahkemenin müstakar içtihatlarıyla» aynı hizaya koymuş bulunduğu hakkında FMK 51 II 105'e de bk.
- (13) Karş. FMK 81 II 481 vd. Bu kararda FM alt derece mahkemesinin kendi emsal kararlarından ayrılan görüşüne, kendi içtihatlarında meydana gelen değişikliğin nedenleri hakkında geniş açıklamalarda bulunduktan sonra, kısaca ve onaylayıcı yönde dikkati çekmiştir.
- (14) Karş. FMK 71 I 229; bu kararda şöyle denilmektedir : «Şimdiye kadar birçok defa karşılaştırılmış olduğu üzere FM'nin emsal kararlarında hükme bağlanmış olan esaslar kanun kuvvetinde olamazlar. Memleket Yüksek Mahkemesinden sadır olan kararlar karşısında bile kanton mahkemelerinin hukukî meseleyi tekrar gözden geçirme hakkı mahfuz tutulmuştur. Bu mahkemelerin üzerinde durduğu farklı tefsir, açıkça savunulması mümkün olmadıkça, keyfi olarak kıymetlendirilemez». Bu görüş FMK 73 I 188 ve 86 I 269 da kabul edilmiştir.

Bununla beraber Federal Mahkemenin alt derece mahkemele-
rini kendisinin emsal kararlarıyla bağımlı görmek istemediği di-
ğer hükümlerden de anlaşılmaktadır. Örneğin burada FM'nin, ön-
ceden ödeme mukavelelerinin muteber oldukları hakkında kazaî
içtihatlar sahasından 85 II 406 daki kararı zikredilebilir: «Federal
Mahkeme önceden ödeme akitlerinin esas itibariyle caiz oldukları
meselesini 84 II 13 vd., 266 vd. ve 628 vd. ndaki kararlarında iyice
incelemiş ve bunları kabul etmiştir. Önceki mercî (ki bu Zürih Yük-
sek Mahkemesinin 1 inci Hukuk Dairesi idi) temyiz edilen hükmün-
de eski hadiselerde savunduğu zıt görüşünde direnmıştır. Federal
Mahkeme tarafından belli bir hukukî uyumsuzluğun çözümünde ile-
ri sürülmüş olan hukukî fikir kanton mahkemelerini diğer bir ha-
dise dolayısıyla verilen kararlarında bağlamadığı... ve Federal Mah-
keme... somut olaylara özgü ilişkilere dayanarak alt derece mahke-
sinin hükmünü, bu hükmün Federal Medenî Hukukla bağdaşıp
bağdaşmadığını belirtmek amacıyla, söz konusu olan bütün nok-
talarda bu yönden incelemeye mecbur olduğu için, Zürih Mahke-
mesi buna yetkiliydi».

Buna karşılık Federal Mahkemenin kanton mahkemelerini
kendilerince verilen hükümlere uymaya şartlı surette mükellef ola-
rak görmesi FMK 51 II 104'den açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre
Federal Anayasanın 4 üncü maddesi anlamında bir ihkakı haktan
imtina veya bir hukukî eşitsizlik, «eğer temyiz edilmiş olan hüküm
kanunun açık ifadesi veya o mahkemenin müstakar içtihatlarıyla
tenakuz halinde ise», bahis konusu olur (15).

Hattâ Federal Mahkemenin kanaatince, en yüksek idarî mer-
cilerin tatbikatı (içtihatları) dahi hakimi bağlar; fakat Federal
Mahkeme 60 I 341 kararında şöyle demektedir: «Federal Mahke-
menin Medenî Kanunda mevcut boşluğu bundan böyle söz konusu
tatbikata (Federal Adliye ve Zabıta Makamlarının kararlarına) ay-
kırı olarak doldurmak istemesi ağır bir hukukî emniyetsizlik olur-
du».

bb) Kanton Mahkemelerinin tutumları (görüşleri) :

Fakat bu hiçbir zaman Federal Mahkemenin sadece kendi ka-
rarlarına büyük bir ehemmiyet atfettiği anlamına gelmez. Kanton
mahkemeleri de çok zaman kendi kararlarını gerekçelendirmek
için Federal Mahkemenin görüşlerine, ekseriya bu konuda saraha-

(15) Karş. FMK 49 I 301/2, 56 I 441, bk. ayrıca FMK 78 I 101 ve 83 I 151,

ten bir şey söylemeksizin, istinat ederler. Bu mahkemeler bunu yaparken kaideten Federal Mahkeme içtihatlarına uyarlar ve bu mahkemenin emsal kararlarını imkân nisbetinde, hattâ bunların doğru olup olmadığından emin olmasalar bile, kararlarına esas olarak alırlar (16). Gerçi burada ekseriya ön plânda kararı «bozulamaz», nakzedilemez yapma gayreti rol oynayabilir. Fakat asıl ve hele tek sebep bu değildir. Bu durum Federal Mahkemenin emsal kararlarına uygun olarak karar verilmiş olmasına rağmen, talep edilen müddeabihin elde edilememiş veya bir başka sebepten dolayı hukukî uyumsuzlukların Federal Mahkemeye kadar getirilememiş olmasında görülür.

Bununla beraber alt dereceli mahkemeler karşıt sebepler ileri sürmek suretiyle Federal Mahkemenin emsal kararlarına istisnaen uymamışlardır. Böyle hallerde hiç şüphesiz Federal Mahkeme ekseriya kendi içtihatlarına bağlı kalmıştır (17). Fakat Federal Mahkeme kendi görüşünü kısmen de olsa rastgele değiştirmek zorunda kalmıştır (18). Ve nihayet bir kaç hadisede kanton mahkemeleri Federal Mahkemenin emsal kararlarına, bu mahkeme kendi içtihatını buna uymayan kanton mahkemelerinin içtihatlarına uygun surette değiştirmeye kadar uymadılar : Örneğin muvazaalı evlenmenin hükümsüzlüğü (19) ve gebe olmayan bir kadında yapılan kurtaj teşebbüsünün cezaı gerektirmesi (20) meselelerinde olduğu gibi.

cc) Hukuka tabî olanların tutumları (görüşleri) :

İzah olunan adli teamüle avukatların ve hukuk müşavirlerinin keza daha genel olarak bankalar, sigorta şirketleri gibi hukuka tabî olanların emsal kararlarına (özellikle tatbikatı değiştiren hükümlere) karşı olan tutumları uygun düşer (21).

Fakat burada bu tatbikatın tenkit edici bir muhakemeye mukavemet edebilip edemeyeceği meselesi ortaya çıkar :

(16) Karş. örnek olarak FMK 40 II 254 ve 61 II 312.

(17) Karş. No. 489'da değinilen önceden ödeme akitlerinin muteber olup olmadıklarına dair kararları; ayrıca bk. FMK. 82 II 263/4, 83 II 21, 84 II 337.

(18) Karş. FMK 84 II 310.

(19) Karş. FMK 65 II 136.

(20) Bk. FMK 74 IV 65 vd. ve 76 IV 153 vd.

(21) Meier - Hayoz, *Gewohnheitsrecht*, s. 443.

c) Emsal kararlarının bu şekilde bir izahının cevazı ve doğruluğu meselesi :

Mutlak bir uyma mükellefiyetinin reddedilmesi şüphesiz ki isabetlidir. Bu bir defa alelâde bir içtihatı değil, yerleşmiş bir içtihatı uymayı gerekli addeden 1 inci maddenin 3 üncü fıkrasından anlaşılır. Bu husus OG m. 16 da (22) daha iyi anlaşılacaktır: «Eğer bir mahkemenin bir dairesi hukukî bir meseleyi diğer bir dairenin veya bir genel kurulun yahut ta büyük genel kurulun eski bir kararına veya kararlarına uygun olmayan şekilde karara bağlamak isterse, bu ancak diğer dairelerin rızası veya ilgili dairelerden kurulan kurulun veya büyük genel kurulun karar vermesiyle mümkün olabilir». «Her ne kadar bu usul hükmü ön plânda bizim yüksek mahkememizin müttehit bir içtihatını garanti etmek istemekteyse de (23); bundan konumuz bakımından da bazı şeyler çıkarılabilir. Yani bir taraftan Federal Mahkeme kendi emsal kararlarıyla mutlak şekilde bağımlı olmamalı, fakat diğer taraftan da bu emsal kararlarına uymama güçleştirilmelidir (24).

Fakat acaba mahkeme kararlarının emsal teşkil etmelerinin özel tesir alanı bakımından durum nasıldır?

Şüphesiz ki bu husus ZGB'nin 1 inci maddesinin 3 üncü fıkrasından açıkça anlaşılmamaktadır. Bu hüküm bir taraftan doktrinin diğer taraftan emsal kararlarının farklı şekilde izahı için hiçbir dayanak noktası ihtiva etmemektedir. Esasen Medenî Kanununun kısalığı, popülaritesi ve nihayet veciz olan hukukî tanzim şekli göz önüne alınacak olursa böyle bir şeyi beklemek de doğru olmaz. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, kanunun lâfzı yukarda No. 474 de serdedilen düşünceye aykırı düşmemektedir.

Halbuki bu fikir kanunun neşri zamanında kıt'a Avrupasında hâkim olan görüşe şüphesiz ki aykırıdır. Bu (eski) görüş emsal kararlarına her türlü bağılılığı reddediyordu. Bunlara karşı sadece alelâde bir nazarı itibara alma mükellefiyeti mevcuttu: Hâkim emsal kararlarını zımnî olarak nazarı itibara alamıyor, fakat bun-

(22) Karş. 1911 tarihli OG'nin 23 üncü maddesinin 2 nci fıkrası.

(23) Karş. FMK 57 II 361, 69 IV 172 vd., 65 II 29 vd., 76 I 312; ayrıca 81 IV 52/53.

(24) Karş. Germann, Praejudizielle Tragweite, s. 316/7 ve Praejudizien (Emsal Kararları), s. 14; ayrıca bk. Birchmeier, s. 20; Karl Siegrist, Die Plenarentscheidungen des Bundesgerichtes und anderer höchster Gerichte (Federal Mahkemenin ve diğer yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararları) (Doktora Tezi, Zürich 1949).

ları incelemeyen benimsiyemiyordu da. Onun, görüşünü yalnızca emsal kararlarına atıflar yapmak suretiyle gerekçelendirmekle yetinmemesi, aksine kendi görüşünü aynı mealdeki diğer görüşlerle desteklemesi gerekiyordu (25). Hattâ bu görüş daha önce kanunlarda bile yer almıştı, örneğin Eski Alman Medeni Kanununun 12. maddesinde (26) ve Fransız code civil (Medeni Kanunu) inin 5. maddesinde (27) olduğu gibi. Daha 20. yüzyılın ilk yarılarında mahkeme hükümlerinin emsal kuvvetlerinin reddedilmesinde ortak bir doktrin görüşünün (c o m m u n i s o p i n i o d o c t o r u m) ifadesi seziliyordu: «Birçok avukatların ve hâkimlerin emsal kararlarına adetâ tapmaları sebebiyle, fıkra 3 ün bu eğilimin belli bir müeyyidesi anlamında anlaşılması tehlikesi mevcuttur. Fakat böyle bir şey çok yanlış ve tehlikeli olur» (28). Hukuk düşünürü evvelce verilmiş mahkeme kararlarına (hükümlere) körü körüne uymaktan kaçınma hususunda yeteri kadar ikaz edilememektedir (29).

Bu arada İsviçre'de (30) ve diğer Avrupa memleketlerinde (31) adli teamül değişmiş ve modern doktrinde de bu fikirlerle bağdaşan bir görüşü temsil eden noktaî nazarlar fazlalaşmıştır (32). Bu değişen görüş -No. 498 de de tesbit edildiği üzere- Medeni Kanunun 1 inci maddesi hükmüne aykırı değildir; aksine ZGB Art. 1 f. 3'ün şümüllü tanzim tarzıyla bağdaşır mahiyettedir. Dahası var: Bu görüş, doğru bir tefsir metoduyla bulunmuş olan, yani değişen münasebetlere ve daha iyi bir muhakemeye (33) dayanarak, aynı şekilde kalan kanun lâfzının değişmiş olan anlamına uygun düşer.

Mahkeme kararlarının kanun boşluklarının kanunun ruhuna (P r a e t e r l e g e m) ve lâfzına uygun (I n t r a l e g e m) olarak

-
- (25) Yukarda No. 440'da bu fikre değinilmişti.
 (26) «Münferit hadiselerde ittihaz olunan tasarruflar ve mahkemeler tarafından belli hukukî anlaşmazlıklarda verilmiş olan hükümler hiçbir zaman kanun kuvvetini haiz değildirler, bunlar diğer hadiselere ve diğer şahıslara teşmil edilemezler».
 (27) «Kendilerine sunulan dâvalar hakkında hükümlerin genel ve düzenleyici hükümler koyma yoluyla karar vermeleri yasaktır».
 (28) Gmür, Anwendung (Uygulama), s. 125.
 (29) Alexander Reichel, Art. 1 No. 7.
 (30) Karş. No. 478 vd.
 (31) Karş. Meier - Hayoz, Privatrechtswissenschaft, s. 97 vd., yabancı eserlere yapılan atıflarla.
 (32) Bk. Germann, Praejudizien, 48 vd.
 (33) No. 502 vd. ndaki gerekçelere bk.

doldurulması gayesine yönelen (34) emsal kuvveti MK. un 1 inci maddesinin doğru olarak tanzim edilmiş olan 2 nci fıkrasından da anlaşılır. Bu fıkra hükmüne göre hâkim genel karakterde ve soyut bir kaide yaratmalıdır (35). Hâkimin koyduğu bu hukukî esas, yalnız bahis konusu olan hadiseyi değil, aksine aynı veya benzer karakterde olan bütün vakıaları, yani bütün bir hadiseler topluluğunu kapsayacak karakterde olmalıdır. Fakat eğer hâkim tarafından konulan kaide bilinçli bir şekilde müstakbel ve aynı karakterde olan hadiseleri de kapsayacak olursa, bu takdirde bu, aynı mahiyetteki hadiselerde aynı şekilde karar verilmesini gerektirecek, mantığın olduğu kadar adaletin de bir emri demek olacaktır (36).

Emsal kararlarının önemi hakkında burada temsil olunan görüş nihayet bir takım doktriner anlaşmazlıkların çözümünde olduğu gibi bir taraftan hukukun maddî doğruluğu (ve bu suretle elâstikiyet ve yumuşaklığı) mülâhazalarından, diğer taraftan hukuk önündeki eşitlik ve hukuk emniyeti (yani herşeyden evvel istikrar ve süreklilik) icaplarından çıkarılır (37).

Kararın maddî bakımdan doğruluğu şartı hükümlerin mümkün merteye az emsal kararı teşkil etmelerini, hukuk emniyeti ve hukuk eşitliği şartları ise bunun aksini gerektirecektir (38) (39). Fakat en iyi hal tarzı, hukuk emniyeti ve hukuk eşitliği şartlarının mümkün olduğu derecede etraflı olarak dikkat nazarına alınması suretiyle verilen hükme uyarak maddî doğrulukta en yüksek ölçüyü garanti etmektir. Burada temsil olunan bu görüş prensip itibariyle verilen hükümlere uyma zorunluluğunu benimsemiş bulunmaktadır: Bu düşünce tarzı hukuk emniyetini artırır, bilhassa hukuka tâbi olanlar nezdinde hukukun aynı şekilde ve devamlı olarak uygulandığına dair olan güveni sağlamlaştırır. Emsal kararlarının sınırlı bağlayıcılığının kabulü, sözde emniyetsiz olan hukuka; sağlamlık, açıklık ve kat'iyetin en yüksek derecesini bahşetmek için en mükemmel ve tesirli bir vasıtasıdır. Şu halde sınırlı bir uyma zorunluluğu sistemi, değişen hal ve şartlara intibak etme ve ye-

(34) Hakkaniyete uygun bir karar söz konusu olmadıkça; karş. ZGB Art. 4.

(35) Karş. No. 318.

(36) Bk. Germann, Praejudizielle Tragweite s. 306.

(37) Bk. Germann, Praejudizien, s. 28 vd.; Meier - Hayoz, Gewohnheitsrecht, s. 447 vd.

(38) Karş. FMK 49 I 294 vd. ve 56 I 446.

(39) İngilizlerin —meşhur— bir hükmünde emsal kararlarına bağlılığın şartları olarak hukukun «certainty: emniyet», «consistency: sağlamlık» ve «uniformity: muntazamlık» gibi özellikleri sayılmıştır.

ni gelişmeleri nazarı itibara alma imkânını tahammül edilmez bir tarzda tahdit etmeksizin, kazaî içtihatların belli bir süreklilik ve yeknesaklığını garanti eder.

Sınırlı uyma zorunluluğunun bundan başka daha bir takım avantajları vardır : Emsal kararlarında çözümlenmiş olan hukukî meselelerin tıpkı kanunda açıkça düzenlenmiş ilişkiler gibi müdafaa edilmelerine lüzum yoktur. Öte yandan en yüksek dereceli mahkemelerce verilen hükümlere daha aşağı dereceli mahkemelerin uyması yargı organları arasında bazı lüzumsuz derecelenmelere engel olabilir. Ve nihayet emsal kararlarına yapılacak atıflar hâkimi çok zaman etraflı gerekçeler göstermekten kurtarır.

2. Uyma zorunluluğunun sınırları :

Emsal kararlarına uyma zorunluluğunun her hadisede-defalarca söylendiği üzere- kesin sınırları vardır; maddî doğruluk şartından tamamen sarfı nazar edilemez (40). Hattâ anglosakson hukuku sahasında bile «stare decisis 'kararın bağlayıcılığı'» prensibinin katılığına rağmen maddî doğruluk yararına emsal kararlarına uyulmayabilir -yalnız bu kapalı şekilde, kaideten faraziyeler şeklinde olur (41). Daha önce verilmiş olan hükümlere mutlak bir bağlılığa İsviçre mahkemeler tatbikatında da rastlanmaz.

Bizim hukukumuzda göre emsal kararlarına hangi şartlar altında uyulmayabilir ve uyulmamalıdır? Şüphesiz ki bunun aslî şartı değişik karakterde olan bir hükümle veya hükümlerle olan temelli ve şümüllü bir uyuşmamadır (42). Kaldı ki tâbi olan ve serbest olan hukuk yaratma sahasında şartlar aynı değildir (43).

a) **Tâbi olan (serbest olmayan) hukuk yaratma sahasında** kaideten, kanunun ruhuna yeni (bir) yorumla daha iyi cevap verilebileceği sabit olmuştur. Şu halde aynı şekilde kâbili müdafaa ve aynı şekilde mümkün olan yeni bir yorumun bahis konusu olması yetmez; bunun isabetli maddî sebeplerden dolayı eskisine nazaran daha mükemmel olarak kabul edilmesi gerekir: «Eğer Federal

(40) Karş. FM'nin iki esas kararı : FMK 49 I 294 vd. ve 56 I 146 vd.; bk. ayrıca 78 I 101, 83 I 151.

(41) Karş. Radbruch, Der Geist des englischen Rechts (İngiliz Hukukunun Ruhu) s. 52.

(42) Karş. FMK. 85 II 40.

(43) Karş. Germann, Praejudizien 35 vd.; keza Praejudizielle Tragweite 321 vd.

Mahkeme o güne kadar uyulan bir kazaî içtihatın değiştirilmesini aslında çeşitli şekillerde yorumlanmaya uygun bir kanun hükmü ışığında, muteber ve Federal Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olmadığı tarzında mütalâa etmişse, bunun anlamı herhalde somut bir kararın o güne kadarki tatbikata aykırılığını haklı çıkarmak ve hükmü veren makamı her türlü isnattan kurtarmak için, kanunun ifadesinden yahut diğer yorum vasıtalarından elde edilen bir takım sebepleri ileri sürmenin kâfi gelmeyeceği şeklinde olmayacaktır. Değiştirilen yorum her halükârda sadece emsal teşkil edici karakterde olan bir hadiseden değil, aksine resmî makamların uzun yıllar devam etmiş değişmeyen tatbikatından ayrılma bahis konusu olduğu zaman, meselenin ciddî, esaslı bir incelenmesinin sonucu olarak görülmeli ve genel yorum kaidelerine göre kanunun esas maksadının o güne kadar kabul olunandan başka türlü olduğunu kabule uygun sebeplere, yani yorumda hatâ yapılmış olduğuna (yorumda hataya) dayanmalıdır» (44). Federal Mahkeme diğer bir kararında da (45) içtihat değişiklikleri için isabetli maddî sebeplerin varlığı lüzumunu aramaktadır.

Genellikle serbest olmayan hukuk yaratma sahasında hukuki eşitlik ve hukukî emniyet sebebi, praeter veya intra legem (kanunun ruhuna veya lâfzına uygun) olarak hukuk bulmaya dayanan bir emsal kararından ayrılmada olduğu gibi aynı önemi haiz değildir. Zira serbest olmayan hukuk yaratma sahasında kanun kanun olarak (bilhassa adaletin ve idarenin kanuniliği prensibi) hukuk eşitliği ve hukuk emniyeti için bir garanti teşkil eder.

Fakat istisnaen burada da yani, «maddî hukuka has kanun hükümlerinin değil de, bir fiilin medenî veya idarî yargılama sırasında, muayyen bir zaman fasılası zarfında yapılmaması halinde hakkın son bulması sonucunu doğuran usulî müddet kaidelerinin yorumu anlaşmazlık konusu olursa», hukuk emniyeti sebebine birinci derecede bir ehemmiyet atfedilir. Bu itibarla kanunun bütün vatandaşlar hakkında -eşit surette- uygulanması kaidesi burada geniş ölçüde hukuk emniyetinin muhafazasına hizmet eder; öyle ki bir ayrılmayı haklı gösteren daha yüksek bir menfaat, başka bir yorumun daha doğru olabileceği hususunda mevcut bir imkânın bulunuşundan dolayı değil, fakat ya kanunun ifadesinin ve insicamının daha yakından yapılacak bir incelenmesinin şimdiye

(44) FMK. 49 I 300.

(45) FMK. 84 II 83.

kadarki izahın gayet sarıh bir şekilde yanlış ve dayanaksız olduğunu göstermesi halinde, yahut bu olmadığı takdirde, aynı şekilde mümkün diğer yoruma üstünlük verme hususunda o güne kadarki tatbikatın getirdiği önemli pratik mahzur ve tehlikelerin mevcut olması halinde kabul edilebilir» (46). Böylece hukukun esaslarının yorumunda duruma göre emsal kararlarından, bunların kanunun hâkimce de kabul edilmiş bulunan yanlış yorumuna dayanmaları halinde bile ayrılmamalıdır.

b) ZGB Art. 1 f. 2 ye göre **intra ve praeter legem serbest hukuk yaratma için** «kanun koyucu» rehberdir. Bu sebepten kanun boşluklarını doldurma sahasında emsal kararlarından ayrılma için kanunların değiştirilmesi ve kaldırılmasındakine benzer düşünceler geçerli olurlar (47). Bu bilhassa bir kaidenin ahlâki ve realist bakımdan (48) artık uygun olmaması halinde görülür.

Fakat hâkim münasebetlerin en küçük bir değişiminde veya kıymet ölçülerinin asgarî bir tahavvülünde yeniden tanzim imkânını haiz olmak, için, her hadisede yeni baştan bütün sebepleri ve karşıt sebepleri zikretmek zorunda olmamalıdır; bunu kanun koyucu da yapmaz ve yapmamalıdır. İyi bir kanun koyucu hukuk emniyetinin değerini takdir eder ve hukukun istikrar ve devamlılığında asgarî bir ölçüye riayet eder.

aa) Menfaatlerin değer ölçülerinin değişimi :

O güne kadarki bir çözüm şekli bilhassa hukukî menfaatlerin değerlendirilmesi için muteber olan ahlâki ve siyasi görüşlerin değişmiş olmasından dolayı, âdil olmaktan çıkmışsa veya artık âdil olarak görülüyorsa, bu takdirde içtihat değişikliği gerekli olur.

1887 yılında Federal Mahkeme bir kanton kanununca düzenlenmiş olan kadının avukatlık mesleğinden çıkarılması meselesinin haklı olup olmadığını cevaplandırmak zorunda kalmıştı. Yüksek mahkeme bu soruya «kamu hukuku alanında, özellikle kamu hayatındaki faaliyet hakkına ilişkin olarak..., kadın ve erkeğin farklı hukukî muameleye maruz bırakılmalarının, hâlen şüpheden

(46) FMK 49 I 301/2; daha fazla bilgi yukarda No. 505 de.

(47) Karş. Germau, Grundfragen (Esas meseleler), 58; aynı müellif, Praejudizien, s. 36 vd.; Bruckhardt, Methode (Metot), s. 290; ayrıca FMK 56 I 442/3.

(48) Yuk. No. 328 vd.

uzak şekilde geçerli olan iç sebeplere dayanan hukuk görüşüne göre, hiçbir mahrumiyet teşkil etmeyeceği» esasına yollamada bulunmak suretiyle, olumlu cevap vermişti (49). 36 yıl sonra Federal Mahkeme bu içtihatını kadının sosyal durumu hakkındaki görüşlerin bugüne kadar değişikliklere uğramış olmasından dolayı değiştirmiştir (50).

bb) Gerçeklerin değişimi :

Eğer sosyal ilişkiler değişirlerse, hukuk da onlara uymalıdır. Hâkim realitedeki unsurların bu değişikliklerini de hesaba katmak zorundadır. Bunda etkili olan husus ekseriya değişen fiilî münasebetlerde o güne kadarki kaidelerin artık tatminkâr olmamaya başlamasıdır.

Federal Mahkeme 78 I 53 vd. ndaki kararında o zamana kadar olan tarihi - siyasi gelişmeden dolayı iki emsal kararına uymamış ve aileleriyle birlikte yurdumuza sığınan iki Yugoslav pilotunu iade etmeyi kabul etmemiştir; bu karar totaliter devlet sistemlerinin teşkili gerçeğini hesaba katmaya ve siyasi suç kavramının yeniden düzenlenmesine yöneltilmiştir.

79 I 146 vd. ndaki kararında Federal Mahkeme, gayrimenkullerin temlikinde kantonların o zamana kadarki vergi hükümlerine koymuş olduğu sınırlandırmayı değiştirmiş ve gayrimenkullerin ferağından doğan bir kârın, bu kâr diğer bir kantondaki bir emlak komisyoncusunca elde edilmiş olsa bile, mülkün bulunduğu kantonda vergilendirileceği esasını koymuştur (51). Burada asılan gayrimenkullerin değerlerinin artışıdaki sebeplerde meydana gelen esaslı değişiklik vakıası idi (52).

cc) Realitelerin daha iyi tanınması :

Gerçeklerin ilmî yönden değişik şekillerde anlaşılmaları da, ekseriya bizzat bu gerçeklerin değişmesi gibi tesir hasıl eder. Böylece ilmî gelişme o güne kadarki bir kazaî içtihatın maddî bakımdan artık uygun olmadığını gösterebilir.

(49) FMK 13 I 1 vd.

(50) FMK 49 I 18.

(51) FMK 83 I 184 vd. ile 265 vd. 333 de doğrulanmış ve aynı yönde karar verilmiştir.

(52) Kâra erişmek hususundaki konjonktürün, kambiyo ilişkilerinin, kamu —devlet— giderlerinin asli rolü; buna karşılık şahsî gayret ile erişilmiş kâr kaideten pek önemli olamaz.

Bu suretle meselâ yeni hidrolojik bilgiler yeraltı suları hukuku sahasındaki kazaî içtihatların değişmesini (53), kan gruplarının belirtilmesindeki yeni tıbbî usullerin keşfi bilhassa nesebin reddi ve gayrisahih nesep hukukunda içtihat değişikliklerini (54), en son İsviçre istatistiklerinin ilmî şekilde işlenmeleri iş ehliyetinin azalması veya yokolması yoluyla ortaya çıkan zararların araştırılmasında STAUFER/SCHAETZLE'nin (55) faaliyet cetvellerinin kabulünü sağlamıştır (56).

3. Bir emsal kararını önemli kılan faktörler :

Kazaî içtihatların bütün prensipleri emsal kararı olma bakımından aynı önemi haiz değildirler. Bunların ehemmiyetleri kademelidir. Bir emsal kararının önemi aşağıda değinilecek olan bir takım iç ve dış faktörlere mühim surette tâbidir.

a) Genel - soyut bir kaidenin yaratılması gayreti :

Bir kanun hükmünün tam olmaması veya hiç bulunmaması halinde, somut olaya uygulanacak bir kaide koymanın hakimnin görevi olup olmadığı veya hakimnin - soyut karakterde genel bir kaide yaratmaksızın- hadiseyi doğrudan doğruya hak ve nesafete göre hükme bağlayıp bağlamaması gerektiği hususu üzerinde durulması gerekli olan bir konudur. Hakimnin resen sadece tek hadiseye uygun bir çözüm yolu bulmak zorunda olması (57) veya kendiliğinden böyle bir hal tarzıyla yetinmesi halinde, kararın emsal teşkil edici önemi zarurî olarak pek az olacaktır. Hakimnin soyut ve genel bir hukuk kaidesi bulmak için somut vakiada karakteristik ve genel olan hususu tanımaya gayret göstermesi halinde ise durum başkadır. Ancak hakimnin kanunun tefsirinde ve boşluklarının doldurulmasında prensiplere göre hareket etmiş olması halindedir ki gerçek anlamda emsal teşkil etmenin önemli bir şartı gerçekleşmiş olur.

b) Hakimce yaratılan normun tanzim şekli ve usulü :

Emsal teşkil edici değeri bulunan bir mahkeme kararının önemi sadece onun soyut - genel bir kaideye dayanıp dayanmamasına

(53) FMK 65 II 143 vd.

(54) Bk. Hegnauer Şerhi, m. 254 No. 41 - 62.

(55) Nakdî Değer Cetvelleri, 2 A, Zürih 1958.

(56) FMK 86 II 7 vd., karş. ayrıca 86 II 154 vd.; bu sonuncu kararda emekli aylıklarının paraya çevrilmesi için aynı teşebbüsteki ölüm oranını gösteren cetvellerin uygulanabileceği ileri sürülmektedir.

(57) Karş. ZGB Art. 4.

değil, aksine bunun birtakım görüşlerde nasıl ifade edilmiş olduğuna da bağlıdır. Karara esas alınan normun yazılı hükümde açıkça zikredilmeyip, bunun zımnî olarak gerekli kılınması da mümkündür. Böyle bir norm tesirleri bakımından kaideten sarahatten formüle edilmiş olan diğer bir norma nazaran ikinci plânda kalır.

Hakimin yarattığı hukuk kaidesi ancak açık ve anlamlı ise ve kanunî hükümlere uygun olarak düzenlenmiş bulunuyorsa özel bir önemi haiz olur. Burada diğer ucu «mahkemenin kendisini açık surette emniyetsiz hissettiği, karara temel olan kaideyi dikkatle tanımladığı hadiseler teşkil ederler... Böyle hadiselerde en yüksek mahkemenin emsal kararları bile ihtirazî kayıtlardan ayrı olarak geçerli bir hukuk kaynağı değerinde değildirler... hükmün yoklayıcı tanzim tarzında olsa olsa bir 'müstakbel hukuktan' bahsedilebilir» (58). Bilhassa zor meselelerde tamamen memnuniyet verici bir hal şekline erişmek için ekseriya uzun bir yoklama ve arama süresi lâzımdır.

c) Emsal kararlarının adedi,

Kazaî bir içtihatın dayanıklılığı ve devam süresi :

Sadece bir tek veya iki yahutta daha fazla emsal kararının varlığı haliyle karşılaşılabilsen de duruma göre bunun hiçbir önemi olmayabilir. Hiçbir zaman sürekli bir tatbikatın tek bir hükme kıyasla daima daha büyük bir ehemmiyeti haiz olacağı söylenebilir. Aksine kısa müddet önce verilmiş bir emsal kararı yıllar öncesine ait olan ve tekrar tekrar doğrulanmış bulunan bir içtihat nazaran daha sağlam bir kaide yaratmış olabilir. Bu hal herşeyden evvel o güne kadarki kazaî içtihatı, söz konusu meselenin ve inandırıcı delillerin esaslı bir tetkikinden sonra değiştirmiş bulunan bir hüküm için carî olur. «Federal Mahkemenin böyle uzun müddet devam eden ve belki de başlangıçta itirazlara karşı ısrarla muhafaza edilen bir kazaî içtihattan vazgeçmesi, yeni konulan kaidenin emsal teşkil etme önemini o nispette fazlaştırma yönelimini doğuracaktır» (59).

Çoktan beri bilinen ve uzun bir zaman fasılası esnasında doktrince bütün detaylarıyla aydınlatılmış olan tartışmalı bir hususun tahliline dayanan bir hüküm, o güne kadar bilinmeyen veya ileri sürülmeyen bir hadise hakkındaki diğer bir hükme nazaran daha

(58) Germann, Praejudizien, s. 46.

(59) Germann, Praejudizien, s. 46/7.

ağır basacaktır. İlmî bir temelin bulunmaması halinde «meselenin bütün insicamı ve bütün sonuçları daha başlangıçtan farkedilemez. Öyle ki, bu durumda hükümden de gerçek hukuk yaratma için girişilen bir tecrübeden daha fazla birşey beklememelidir. Tabiatıyla böyle bir tecrübe de her zaman daha birinci seferde başarılı olamayacaktır» (60).

d) Tatbikat ve doktrin tarafından benimseniş :

Diğer taraftan bir emsal kararının diğer mahkemelerce nasıl benimsenileceği meselesi de mühimdir. Eğer mahkemeler emsal kararına sadece mütereddit şekilde ve kısmen uymakta veya hiç uymamakta ve buna göre karar vermekte iseler, bu takdirde en yüksek dereceli mahkemenin emsal kararları bile bir takım kayıtlardan uzak olarak geçerli olmaz. Fakat mahkemelerce kabulün yanı sıra bir hükmün hukuk ilminde ve duruma göre toplum düşüncesinde, bu arada bilhassa bahis konusu norm ile direkt olarak ilgili bulunan çevrelerde bir yankı uyandırmış olması da rol oynayan bir faktördür.

e) Hükmü veren mahkemenin derecesi :

Hükmün menşeinin özel bir önemi vardır. Alt derece mahkemelerinin kararları tabiatıyla daha az bir tesiri haizdirler. Bu gibi kararlarda, en yüksek dereceli mahkemenin kararlarında varolan zorlayıcı unsur kısmen veya tamamen bulunmaz.

f) Toplu hakimli mahkemelerde kanaat sağlama :

Nihayet toplu hakimli mahkemelerde az bir çoğunlukla verilmiş olan bir hükmün de otoritesi azdır ve bu hüküm, zaman itibarile eski olan emsal kararlarındaki bir değişiklik, çoğu zaman o arada mahkemelerde meydana gelmiş olan şahıs değişikliği sonucunda olduğu takdirde, küçük bir mukavemetle karşılaşır.

4. Emsal kararlarına uymanın usulü hakkında :

Bir mahkeme hükmünün emsal teşkil etme özelliği yönünden kontrol etmek için, herhangi bir kanun hükmünü değer ve bağlayıcılık bakımından incelemede olduğundan çok daha farklı bir usule ihtiyaç vardır. Emsal kararlarının N. 519 da izah edilen değişik

(60) Germann, Praejudizien, s. 47.

kademeli öneminin yanısıra emsal olarak bağlayıcı bulunan ve bulunamayan arasında da esaslı bir ayrıma dikkat edilmelidir.

Emsal olma bakımından bağlayıcı özelliği bulunmadığından hüküm fıkrasında yer alan somut karar daha başlangıçta dikkat nazarına alınmayacaktır. Böyle bir karar yalnız söz konusu hadise ve onun tarafları için bağlayıcıdır; bu bağlayıcılık da ancak o hükmün kesinleşmesi şartıyla olacaktır.

Fakat bu durumda hükümde benzer bir hadise dolayısıyla verilen yeni hüküm için mühim olan (şey) nedir ?

a) Ratio decidendi (Hükmün gerekçesi) :

Uyma yükümlülüğü kaideten sadece önemli hususlar, ratio decidendi (hükmün gerekçesi) denilen kısım için caridir. Bunlar o anda mevcut olan bir hadisenin hükme bağlanması için lüzumlu olan mülâhazalar olup, önceki bir hadisede kararın esas sebebi olarak geçerli olmuşlardır (61).

Bu ratio decidendi, mahkemelerce verilen hükümlerin hukukî gerekçelerinde ekseriya genel bir hukuk kaidesi olarak ifade olunmuştur. (Anglosakson Hukukunda bu «principle» «prensip, esas» olarak isimlendirilir).

Uyma zorunluluğu çoğu zaman bütünü kapsamaz veya yalnız principle'i yani esası içine alır; zira bu ekseriya çok dar veya çok geniş olarak ifade olunmuştur. Bu suretle hakimin yarattığı bir kaide ile ekseriya doğru olarak kavranılamıyan bütün vakıalar anlaşılır. Yalnız bu onarılması mümkün olmayan bir mahzur değildir: Aynı şekilde düzenlenmeye elverişli ve muhtaç olan daha sonraki bir hadisede hakim kendisince yaratılan hukuk kaidesini bu yeni hadiseye pekâlâ uygulayabilir. Hakimce yaratılan bir norm da tıpkı bir kanun kaidesi gibi benzer olaylara kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle genelleştirilebilir.

Fakat bunun aksi de mümkündür: Hakimce yaratılan kaideler başlangıçta çok geniş tutulup, bunun gerekli birtakım istisnaları zikredilmemiş olabilir. İşte bu gibi durumlarda da daha sonraki hadiselerde gerekli kısıtlamaları koymak hakime düşen bir iş olacaktır.

Gerçek «ratio decidendi» yi kavramak için, «principle» in sınırlı veya detaylı bir değişikliğinin söz konusu olduğu hallerde vak-

(61) Germann, Praejudizien, s. 21.

tiyle hükmün esaslarını teşkil etmiş olan vakıalara dönülmelidir. «Mahkeme tarafından emsal kararında önemli kaydıyla kendi hükümüne esas olarak alınan vakıalar da, yani emsal kararlarında açıkça böyle olarak gösterilen gerçeklerle, zımnen ehemmiyetli olarak hükme esas teşkil eden vakıalar da buraya dahildir» (62). Eski hükümle konulan hukukî norm çok geniş olarak düzenlendiği, yani eski hüküm için gerekli ve zarurî olandan daha geniş olduğu için eski bir hüküm yeni hükme bağlanacak (bir) hadise için emsal teşkil edemezse, bu takdirde İsviçre Hukukunda (Anglosakson Hukukunda olduğu gibi) bir tatbikat değişikliği söz konusu olmaz. Böyle bir durumda mühim olan, hükme bağlanacak yeni vakıanın da kesin olan hukukî normun kapsamına girmesi olacaktır (63).

Fakat öyle hükümler vardır ki, bunlarda «ratio decidendi» bir «principle (prensipl, esas)» olarak ifade olunmamıştır, hattâ hiç bir hukukî esas konulmamıştır (64); bundan başka gerekçe hiç bulunmayabilir, açıkça ifade edilmemiş olabilir veya çelişmelerle dolu bulunabilir. «Bu gibi hallerde yalnızca eski hadisenin önemli olan fiilî şartlarını tesbit etmek gerekecektir; bu şartlarla yeni vakıa hukuken önemli unsurların aynı olduğunu belirtmek amacıyla karşılaştırılmalıdır» (65).

b) Obiter dicta :

(Diğer bir hükmün gerekçesindeki hukukî mütalâa)

Esaslı olanlar yanında, obiter dicta denilen tesadüfî olan mülâhazalar da vardır. Bunlar öyle mülâhazalardır ki ancak tâlî surette hükme esas olarak alınırlar, şu halde her şeyden evvel somut hükme direkt bir tesirleri olmaz veya bu somut hükmü bir gerekçeye istinat ettirmek için lüzumlu değildirler (66). Bu söylenenler principle'in gerekçesi bakımından da söz konusu olurlar.

Esaslı olmayan mülâhazalar kaideten nazarı itibara alınmazlar. Fakat bunlar tamamen önemsiz de değildirler. Bu suretle Federal Mahkeme bazan, o zamana kadar doğrudan doğruya cevaplandıramadığı ihtilâflı bir meseleyi çözümlmek hususunda alt

(62) Germann, Praejudizien, s. 23 vd.

(63) Karş. Germann, Praejudizien, s. 27, vesikalarla.

(64) Karş. ZGB Art. 4.

(65) Germann, Praejudizien, s. 24; olayların karşılaştırılabilmesi için ZGB Art. 4. No. 18'e de bk.

(66) Germann, Praejudizien, s. 22.

dereceli mahkemelerin dikkat nazarlarını çekmek ve bu suretle müttehit bir içtihatın elde edilmesinde yardımcı olmak maksadıyla fırsatları değerlendirmektedir (67). Diğer hallerde Federal Mahkeme bu gibi tâli mülâhazalarla doktrinin ve alt dereceli mahkemelerin muhalefetine rağmen o güne kadarki tatbikata sadık kalındığına veya aksine, ilk fırsatta o güne kadarki tatbikatın muhtemelen değiştirileceğine veya hiç olmazsa tashih edileceğine değinmek istemektedir. Böylece Federal Mahkeme Art. 839 f. 2 ye (68) uygun olarak bir derneğe kabul zorunluluğunu, bunu FMK 76 II 294 de imâ ettikten sonra, olumlu olarak cevaplandırmıştı. FMK 84 II 363 te (alacağın) devir ve temlikinin soyutluğu meselesi ortaya atılmış («esasen devir ve temlik hukukunun bu temel meselesinin yeniden incelenmesi... kâfi derecede haklı kılınabilirdi...») ve böylelikle bir içtihat değişikliği imkânı veya ihtimali imâ edilmiştir. Bu gibi delâlet edici beyanlar eğer etraflı ve ihtimamlı bir gerekçeye sahip iseler özel bir ehemmiyeti haiz olurlar. Fakat bu halde de bunların emsal kararlarının gerçek gücüyle karıştırılmaları gerekir.

(67) Karş. mes. FMK 86 II 395.

(68) Karş. FMK 82 II 317.