

YASALARIN (ANAYASA DAHİL) ZAMAN İÇİNDE UYGULANMASI

Doç. Dr. Tekin AKILLIOĞLU*

01. GİRİŞ. Yasaların zaman bakımından uygulanması çeşitli sorunlar içerir. Karmaşık ve yoğun bir yapısı bulunmakla birlikte bu sorunları bir temel soruna indirgemek mümkündür: «Hangi yasa ne zaman uygulanmalıdır?»

Bilindiği gibi iç hukuk bakımından aynı konuya ilişkin ve aynı nitelikte iki yasanın aynı zamanda uygulanması söz konusu olamaz (1). Doğal olan yasaların birbirini izlemesidir: Lex posterior derogat priori. Başka deyişle zaman bakımından uygulamada göz önüne tutulması gereken nokta yasaların birbirini izlemesidir. İzleme, karışıklığa son verme olduğundan bunun soruna yol açması şaşırtıcıdır. Nitekim bu düşünceden hareketle, KELSEN yasalar arasında çelişme olmayacağını, sorunun geçerlilik sorunu olduğunu belirtmektedir. Hangi yasanın geçerli olduğunu ise geçerliliği düzenleyen üst norma bakarak çözmek mümkündür. Sonraki yasanın önceki yasayı kaldırması ilkesi bu tür bir normdur (2).

Ne var ki uygulamada pek çok sorun bulunmaktadır. Zira birbirini izleme konusundaki normlar esnek ve göreceli bir nitelik taşır. Genel olarak zaman bakımından uygulama sorunlarını yürürlük kavramını temel alarak üçe ayırmak mümkündür: Yürürlüğe giriş ve yürürlükten kalkmaya ilişkin olanlar ile yürürlük sırasında ortaya çıkanlar... Burada konuyu sınırlamak

(*) A.Ü. S.B.F. Öğretim Üyesi.

(1) Bununla uluslararası hukukta söz konusu olabilir, denilmemekte sadece bu hukuk alanındaki «yasaların yer bakımından uygulanması» sorununa işaret edilmektedir. İki kavramın karşılaştırılması için bkz. P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, Paris, Sirey, 1929, vol. I, s. 1-6.

(2) H. KELSEN (çev. E.EISENMANN), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, s. 273 vd.

amacıyla sadece yürürlük sırasında ortaya çıkan sorunlar üzerinde durulacaktır. Bu sorunları kabaca belirlemek gerekirse; bir yasa yürürlük tarihinden itibaren ilişkin olduğu olaylara uygulanır, bazan bu uygulama yürürlük tarihinden önceki olayları kapsar, bazan da yasa yürürlükte olduğu halde yürürlükten kalkmış bulunan önceki yasa geçerli olmaya devam eder. Görüldüğü gibi birbirini izleme normuna eklenen üç yardımcı norm daha ortaya çıkmış bulunuyor. Kuramsal sorun, bunların birbirine göre durumlarını saptamaktan ibarettir.

02. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA NORMLARININ GÖRECELİLİĞİ. Yukarıda değindiğimiz, derhal uygulama, geriye yürümeme ve etkiyi sürdürme deyimleri ile özetlenebilecek üç normdan birinin ötekine üstün veya öncelik gösteren bir durumu bulunmamaktadır. Her üçü de, ceza hukuku alanına ilişkin anayasal geriye yürümezlik kuralı dışında doğrudan doğruya bir Anayasa kuralı tarafından düzenlenmiş değildir. Bu nedenle, ceza hukuku dışında bu üç normun göreceli olarak her olayın özelliğine göre uygulanması gerektiği sonucuna varmak mümkündür.

Bu noktayı bir Anayasa Mahkemesi kararı ile doğrulamak gerekirse, Yüksek Mahkemeye göre, ilke olarak yasaların derhal uygulanması gerekir. Buna istisna olmak üzere süregelen işlerde eski yasanın uygulanması kabul edilebilir. Ancak bu durumun belirlenmesi yargıca ait bir yetki olup bunun doğrudan doğruya Anayasa kuralları ile ilgili bir yanı bulunmamaktadır. Yorumun önemine dayanarak ilgili kısmı aynen almak yararlı görünmektedir :

«Öte yandan 766 sayılı Tapulama Kanunu itiraz konusu kuralının önceki kanun zamanında belirlenen hukuki durumlara nasıl uygulanacağı üzerinde açık bir hüküm getirmemiştir. *İster özel hukuk isterse kamu hukuku dalında olsun, kanunlar, kural olarak derhal etkilerini gösterirler.* Bu ilkeye ancak zaman içinde sürüp giden işlem ve ilişkilerde bir özellik tanınabilir ki, bu da kazanılmış hak kavramının bir sonucu olarak açıklanabilir. *Onun içindir ki, itiraz konusu kanun kuralının eski olaylar hakkında, işin özelliği de göz önünde bulundurularak adli kaza organlarınınca yorumlanma ve uygulanma biçimleri*

Anayasaya uygunluk denetiminde göz önünde bulundurulacak hususlardan değildir» (3).

Yorum ilk bakışta doğru görünmekle birlikte açıklanmaya muhtaç yanları vardır. İlk olarak, yasa açıkça zaman bakımından uygulama kuralı koymuşsa buna uyulur, sonucu çıkarılabilir. Gerçekten zaman bakımından uygulama normlarına yasa da açık kural yoksa, başvurmak gerekir. Bununla birlikte açıkça konan kuralın Anayasaya aykırı yanı bulunabilir. Dolayısıyla uyma zorunluğu, doğal olarak Anayasaya aykırılık savını dışarıda bırakmamaktadır. Ancak Yüksek Mahkemenin anlatımından, açıkça kural konmamışsa, Anayasaya uygunluk denetiminin söz konusu olamayacağı sonucu çıkmaktadır. İkinci nokta, derhal uygulamanın kural, olmasıdır. Bunun bir de istisnası bulunduğuna işaret edilmekte ve bunun «kazanılmış hak kavramının bir sonucu olarak» açıklanabileceği belirtilmektedir. Böylece bu ifadeden, derhal uygulama ilkedir, istisna olarak, kazanılmış hakları korumak amacıyla eski yasanın uygulanmasına devam olunur, sonucuna varabiliriz. Ancak kazanılmış hak kavramını tamamlanmış ve hukuki sonucunu doğurmuş işlere özgüleyen görüş kabul edilirse, bu yorum yerinde değildir. İleride üzerinde duracağımız bu görüşe göre, süregelen işlere belli koşullarda eski kanun uygulanır. Bunun kazanılmış hakkı koruma ile ilgisi bulunmamaktadır.

Yorumun yerinde olan son ifadesi, açık kural yoksa, derhal uygulama yerine eski kanunun etkisini sürdürdüğüne karar vermenin yargıcın yetkisi olduğu ve bunun doğrudan doğruya Anayasaya aykırılık savına yol açamayacağı noktasıdır. Buna da ileride örnekleriyle yer vereceğiz.

Böylece açıklamalarımızda saptadığımız ilk nokta zaman bakımından uygulama normlarının göreceliliği olmaktadır. En azından derhal uygulama ile etkiyi sürdürme bakımından, açık kural yoksa, yargıcın yetkisi egemendir. Ancak geriye yürüme yasağı bakımından da aynı şey söylenebilir mi?

03. GERİYE YÜRÜMEZLİK YA DA GERİYE YÜRÜME YASAĞI.

Zaman bakımından uygulama normlarının en dikkat çekici ve tartışma konusu olanı geriye yürümezlik kuralıdır.

(3) Anayasa Mahkemesi, T. 31.5.1973, E. 1973/13, K. 1973/23, AMKD (1974), Sayı 11, s. 258.

Geriyeye yürümezlik bir bakıma ceza hukuku açısından, yukarıda sözü edilen öteki iki ilkeye göre mutlak bir nitelik taşımaktadır. Başka deyişle bu bakımdan görelilikten söz etmek mümkün değildir. (Kuşkusuz bu da kendi içinde bir istisnaya yer vermektedir: Hafifletici cezanın uygulanması biçiminde). Bu nedenledir ki Anayasal nitelik ve önemde sayılmaktadır. Gerçekten ceza hukukundaki geriyeye yürümezliğin temel haklarla sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır. Bu noktayı ayrıca açıklamak gerekmez. Klasik yabancı temel metinlerden olan 1789 tarihli «İnsan ve vatandaş hakları Beyannamesi»nin 8. maddesinde bu ilkeye temel haklar düzenlemesi olarak yer verilmiştir. Fransız Hukukunda da istisnasız olarak Anayasal değerde sayılmaktadır. Bizde bilindiği gibi ceza hukuku bakımından geriyeye yürümezlik açık anayasal kurala bağlanmış bulunmaktadır (1961/33 ve 1982/38). Bu husus ayrıca 1950 tarihli Avrupa İnsan Haklarını ve ana hürriyetlerini korumaya dair sözleşmenin 7. maddesinde de ifade edilmiştir.

Geriyeye yürümezlik Fransız hukukunda hukukun genel ilkesi niteliğinde yüksek yargı yerlerince tanınmakta ise de ceza hukuku dışında buna anayasal değer tanınması söz konusu değildir. Buna karşılık 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun 2. maddesiyle kurala bağlanan geriyeye yürümezlik sadece medeni hukuk bakımından değil genel olarak yasalar bakımından hüküm ifade eden genel nitelikte bir kural olmakla birlikte bunun yasa koyucuya değil fakat yargıca yönelik olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu hukuk bakımından yasa koyucunun geriyeye yürümezliği serbestçe kararlaştırma yetkisi varsayılmaktadır.

Bizde Tanzimat döneminde Fransız Medeni Kanununun anılan kuralına benzer bir düzenleme yapılmış olduğu dikkat çekicidir. Bu düzenleme Fransız kanunun kısa ifadesine karşılık oldukça ayrıntılıdır.

Bu konuda rastlayabildiğimiz ilk düzenleme 1271 (yaklaşık 1855) tarihli «Nizamın yapılmasına dair Nizamname» başlığını taşıyan bu metne göre, (Madde Beş: Yeniden vaz olunan nizamın veyahud teccid ve ıslah olunan nizam-ı kadimede ta'dil ve tahvil kılınan mevaddın ahkamı geçmiş zamana cari olmayıp irade-i seniye-i mülükâne tarikiyle ilan olunduğu zamandan sonra hüküm cari olacaktır» Fi 21 S sene 1271, Ceride-i Havadis 734 (11 B 1271) s. 1 ve Ceride-i Havadis 735 (18 B 1271) s. 1.

Buna benzer bir metin 1282 tarihli (yaklaşık 1866) Birinci Tertip Düstur'un birinci cildinde (ilaveli ikinci bası) (s. 15) yer almaktadır: «Mevaddı Umumiye: Kanun ve nizam hükmü daimiyül cereyan olan evamiri seniye-i hazreti padişahiden ibaret tir:

Müruru zaman ve tebeddülü ahval ile bir kanun ve nizamın ya kâmilen değiştirilmesi veyahud bazı ahkâmının tadil ve tahvili veya müceddeden bir kanun ve nizam vaz'ı iktiza eyler ise kanun ve nizam yapmakda müttehaz olan usulün tamamii icraası ile yani evvela müzakere-i kavanin ve nizamata memur olan meclis ve dairede ve badehu meclisi vükelayı fahamda mütalaası ile kararlaştırılıb icraasına emr-ü ferman-ı hazreti padişahi müteallak buyurulmadıkça düsturülamel tutulamaz.

Yeniden vaz olunan kavanin ve nizamatin veyahut tecdid ve islah olunan kavanin ve nizamati kadimede tadil ve tahvil kılınan mevaddin ahkamı *tasrih ve tayin olunan zamandan ve bir vakit tayin ve tasrih olunmadığı halde ilânı tarihinden itibaren hükmü cari olub geçmiş zamana şamil olmaz*.

Bu konuda tarihini saptayamadığımız bir üçüncü metin daha da ayrıntılıdır: «Yeniden vaz olunan kavanin ve nizamatin veyahud tecdid ve islah olunan kavanin ve nizamati kadimede tadil ve tahvil kılınan mevaddin ahkamı *tasrih ve tayin olunan zamandan ve bir vakit tayin ve tasrih olunmadığı halde Dersaadette Takvimi Vekayi ve vilayet ve elviyede mahalli resmi gazetelerinedercinden ve gazete bulunmayan yerlerde merkezi vilayet ve liva olan şehir ve kasabalarda sair vesaiti münasib ile ilânı gününden itibaren on beş gün mürurunda neşrolunmuş ad-dile düsturülamel olur.*

Bir kanun veya nizamın hükmü mekablîne şamil olamaz. Fakat muhaffefi ceza olan ahkamı kanuniye bundan müstesnadır» (4).

Görüldüğü gibi 1855 tarihinden itibaren Osmanlı Mevzuatında genel olarak geriye yürüme yasağı kabul edilmiş bulunmaktadır. Cumhuriyet döneminde yukarıdaki metne benzer bir işlevi olan 1928 tarihli ve 1322 sayılı kanunların ve nizamname-

(4) YAKO SAMİ (Görüşe bidayet mahkemesi azasından), «Makablîne Şamil Kavanin», İmî Hukuk ve Mukayeseli Kavanin Mecmuası, Cilt 1, Sayı 1, s. 442-448. Bu metnin Birinci Cild Düsturumuzda bulunduğunu belirtmektedir.

lerin yayımlanması ve yürürlük tarihi hakkındaki kanunda geriye yürüme yasağına ilişkin kural bulunmamaktadır. Öte yandan Medeni Kanunda da bu nitelikte genel bir kural bulunmamaktadır. Sadece Medeni Kanunun uygulanmasına ilişkin Tatbikat Kanununda ayrıntılı bir düzenleme mevcut ise de bunu kanunların tümüne ilişkin bir genel hüküm saymak mümkün değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin geriye yürüme yasağının anayasal nitelikte olduğunu belirten kararları bulunmaktadır.

04. GERİYE YÜRÜMEZLİĞİN ANAYASAL NİTELİĞİ. Bilindiği gibi 1982 Anayasasının 38. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesini tanımlamaktadır. Buna göre suç tanımında ve cezada suçun işlendiği zaman kanunu esas alınır. İşlendiği zaman kanununa göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı ceza verilemez ve o kanunun öngördüğü cezadan daha ağır ceza verilemez. Anayasada açıkça belirtilen bu durum dışında geriye yürümezliğe yer verilmiş değildir. Bununla birlikte öğretide genellikle geriye yürümezliğin hukukun genel ilkelerinden olduğu belirtilmektedir (5). Bir görüşe göre Anayasa Mahkemesi yorumunda hukukun genel ilkelerine anayasal nitelik tanıdığı ölçüde geriye yürümezlik de anayasal nitelikte sayılır (6). Kanımızca ceza hukuku ayrı tutulursa, öteki hukuk alanları bakımından yasa koyucunun anayasa güvencelere aykırı olmamak koşuluyla geriye yürür nitelikte kural getirmesine engel bulunmamaktadır (7). Bununla birlikte, yukarıda değindiğimiz görecelliğin geriye yürümezlik bakımından da söz konusu olduğu söylenemez. Gerçekten, yasada açıkça belirlenmemişse yargıcın derhal uygulama ile eski yasanın etkisini sürdürmesi arasında durumun gereklerine göre takdir yetkisini kullanarak seçim yapabileceği söylenebilirse de, geriye yürür nitelikte uygulamayı seçme yetkisi olduğu söylenemez. Başka deyişle, her üç normun göreceli oluşu yasa koyucu bakımın-

(5) L. DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 412.

(6) H.İ. BİYİKLİ, «Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi», *Danıştay Dergisi*, Sayı 11, 1972, s. 87 vd.

(7) T. AKILLIOĞLU, «Ekonomik Alanda Yönetmelik İşlemlerinin Geriye Yürümezlik Kurah Karşısında Çeşitli Durumları», *AZİZ KÖKLÜ ABMAĞANI*, Ankara, 1984, s. 33 vd. Ayrıca bkz. N. ÇAĞAN, *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul, 1982, s. 181.

dandır. Yasada açık kural bulunmadığı takdirde geriye yürümezliğin ilke olduğu kabul edilmektedir (8).

05. **GERIYE YÜRÜMEZLİĞİN TANIMI.** Bu konuda en çok kullanılan kavram «kazanılmış hak»tır. Bu anlayışa göre, yeni kanun «kazanılmış hakkı» zedeliyorsa geriye yürür niteliktedir. Bilindiği gibi bu kavram eleştirilmektedir. Özellikle geçerli bir tanımı olmaması noktasında eleştiriler yoğunlaşmaktadır. Öte yandan geriye yürümezliğin kazanılmış hak gibi sadece ilgili lehine bir durumun korunmasından ibaret olmadığı, ilgili aleyhine de olsa geçmiş durumlara dokunulamayacağı öne sürülmektedir (9).

Gerçekten uygulamada kazanılmış hak teriminin kullanıldığı pek çok durum vardır. Bunların gerçekten kazanılmış hak oldukları tartışılabilir. Örneğin Anayasa Mahkemesi 1961 tarihli Seçim Kanununun «Seçime girecek partilerin en az on beş ilde aday gösterme zorunda olmaları» kuralının denetimine ilişkin kararında «Herhangi bir partinin zamandan tecrübelerden, geçmiş hizmetlerden yahut kendi özelliğinden doğmuş bir üstünlüğü varsa, bu onun kazanılmış hakkıdır» diyerek fiili üstünlüğü kazanılmış hakla özdeş biçimde yorumlamıştır (10).

Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin pek çok kararında kazanılmış hakkı çeşitli yönleriyle tanımladığı dikkat çekmektedir. Bu kararlarda belirtilen bazı önemli noktaları özetlemek gerekirse, yasa koyucu bir statüyü yeniden düzenlerken statüye giriş için eskiden mevcut olan bir imkânı bu defa tanımamışsa, kazanılmış hakların korunması savına dayanılmaz. Yasa koyucunun «Anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyla» genel hukuki durumları serbestçe düzenleme yetkisi bulunmaktadır (11). Aynı kararda belirtildiğine göre, olayda kazanılmış hakka dokunma ve dolayısıyla yasanın geriye yürür hüküm getirmesi,

(8) ROUBIER, Cilt 1, s. 10-11.

(9) KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1974 s. 375-376. Yazar muhakeme işlemleri bakımından kazanılmış hakka dayanılmasını eleştirirken «kazanılmış hak deyince daima lehde bir durum akla gelir. Halbuki evvelce yapılmış bir işlem, lehde de olsa aleyhte de olsa geçerlidir ve yeni kanuna göre tekrarlanmaz» demektedir.

(10) Anayasa Mahkemesi, T.5.3.1965, E. 1963/171, K. 1965/13, AMKD Sayı 3 (1971), s. 89.

(11) Anayasa Mahkemesi, T. 21.1.1971, E. 1969/37, K. 1971/8, AMKD 9 (1972), s. 227-228.

yasanın daha önceki statüye göre mesleğe girenlerin bu durumuna son vermesi halinde mümkündür. Düzenleme geleceğe yönelik olduğu ölçüde geriye yürümeden söz edilemez. Bir başka karardan da yukarıda belirlediğimiz durumun kesin olmadığı, kamu yararı ve kamu düzeni düşüncelerine dayanarak yasa koyucunun getirdiği yeni keşullara durumu uygun olmayanların aynı statü içinde kalmalarına son verilebileceği ortaya çıkmaktadır. Buna göre, yasanın yürürlüğe girişinden önce yabancı kadınlarla evlenmiş olanların belli görevlerde çalıştırılmayacaklarına ilişkin kuralın kazanılmış haklara aykırı yanı yoktur. Zira «kamu güvenliğinin bu arada devletin korunması için» her türlü önlemin alınması gerekir (12).

İlke olarak yasalar «kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, soyut, kişisel olmayan, genel hukuk kuralları» koymalıdır (13). Bu tanımın aksinden geriye yürüme tanımına varılabilir. Yasa geçmişe yönelik ve kişisel olan hukuki durumlar için özel kural içeriyorsa geriye yürür niteliktedir. Kazanılmış hak deyimiyle bir bakıma geçmişte kişisel durum olarak oluşmuş veya hükmünü tamamlayarak sona ermiş durumların korunması amaçlanmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre bu tür durumlara dokunulmasına yetki veren hiçbir Anayasa kuralı düşünülemez (14).

Buna karşılık kazanılmış hak kavramı bir ceza kuralı uygulaması söz konusu olduğunda öne sürülemez. Belli bir statüden çıkarılma cezasına ek olarak statünün devamı sırasında buna dayanılarak kişiye tanınan hakların kaybedilmesi sonucunu da getiren yasa kuralı Anayasaya aykırı değildir (15). Bu kuralın istisnası emeklilik hakkıdır. Zira, «Anayasaya dayanan haklar... gene ancak Anayasada gösterilen hallerde kayıtlana bilir. Anayasada ise sosyal güvenlik haklarının, cezalandırmak gerekçesi ile bazı kimselere verilmeyebileceğini veya kendilerin-

(12) Anayasa Mahkemesi, T. 22.5.1963, E. 1963/205, K. 1963/123, AMKD sayı 2 (1971), s. 17.

(13) Anayasa Mahkemesi, T. 11.10.1963, E. 1963/124, K. 1963/243, AMKD sayı 1 (1971), s. 430.

(14) Anayasa Mahkemesi, T. 11.11.1963, E. 1963/106, K. 1963/270, AMKD sayı 1 (1971), s. 473.

(15) Anayasa Mahkemesi, T. 28.6.1966, E. 1963/132, K. 1966/29, AMKD sayı 4 (1967), s. 193-194.

den geri alınabileceğini öngören açık veya kapalı bir şart yoktur» (16).

Yüksek Mahkemenin bu konuya ilişkin yanırları olan öteki kararlarına da göz atılırsa, ortaya daha başka ayrıntılar çıkmaktadır. Herşeyden önce Yüksek Mahkeme geriye yürürlük konusunda sadece kazanılmış hakka dokunmama kuralını yeterli bulmamaktadır. Bununla birlikte kavramın işlevsel olduğu alan mülkiyet hakkı ve genellikle özel hukuk alanıdır. Özel mülkiyet konusu olamayacak şeyler üzerinde kazanılmış hak savına dayanılmaz (17). Kazanılmış hak daha çok özel hukuk alanında kullanılmakta «Statü hukuku esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu idare hukuku alanında bu tür haktan genellikle söz edilmemektedir. Burada ancak statü hukukunun olanak verdiği oranlarda, genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra kazanılmış haklar ortaya çıkabilmektedir» (18). Yüksek Mahkemenin kazanılmış hak üzerinde durduğu bir başka kararında da sorunun önemini yitirdiği vurgulanmaktadır. Buna göre: «Bugün kazanılmış hak sorunu, kamu hukuku alanında eski önemini kaybetmiştir. Artık kazanılmış hak sorununu Anayasanın 11. maddesinde yazılı temel hakların sınırlandırılma nedenleriyle bir arada tartışmak ve bu hakların dokunulmaz ve ilişilemez olduğu yolundaki düşünceyi kamu hukuku alanında bir hayli yumuşatmak olanakları vardır» (19).

Anayasa Mahkemesinin kazanılmış hak ve dolayısıyla geriye yürümezlik konusundaki kararları yukarıda değinilenlerden ibaret olmamakla birlikte anılan kararlarından bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür.

Özetlemek gerekirse Yüksek Mahkeme, kazanılmış hakka dokunmamamın ilke olduğunu, hukuk devleti ve maddi varlığı geliştirme hakkının sonucu olarak kabul etmektedir (20). Bununla birlikte, gerek özel hukuk alanında gerekse kamu hukuku-

(16) Anayasa Mahkemesi, T. 11.12.1964, E. 1963/137, K. 1964/71, AMKD sayı 2 (1971), s. 264-265.

(17) Anayasa Mahkemesi, T. 25.1.1973, E. 1972/61, K. 1973/4, AMKD sayı 11 (1974), s. 102.

(18) Anayasa Mahkemesi, T. 13.1.1977, E. 1976/45, K. 1977/1, AMKD sayı 15 ((1978), s. 47.

(19) Anayasa Mahkemesi, T. 10.8.1971, E. 1971/22, K. 1971/54, AMKD sayı 9 (1972), s. 531.

(20) Bkz. yukarıda dipnot 14'te anılan karar.

ku alanında bu kavrama dayanmanın özellikle kamu yararı ve kamu düzeni gerekçeleri söz konusu ise geçerli olmadığını belirtmektedir. Fakat herhalde, kazanılmış haktan her iki alanda da söz edilebileceğini belirtmektedir. Böylece, Yüksek Mahkemenin geriye yürümezlik konusunda kazanılmış hakka dokunmamayı ölçüt olarak kabul ettiği fakat bir yandan da bu kavrama fazla güvenmediği ortaya çıkmaktadır. Kararlara göre, kazanılmış hakkın ister kamu hukuku alanında isterse özel hukuk alanında olsun genel bir kuralın tanıdığı olanağın belli kişiye uygulanarak kişisel duruma dönüşmesi biçiminde tanımlandığı dikkat çekmektedir. Kısaca kişisel durumların sonraki yasa ile değiştirilmemesi biçiminde özetlenebilir. Böylece kişisel durumların dokunulmazlığı ile kazanılmış hakkın dokunulmazlığı kavramlarının aynı olup olmadığı sorusu da sorulabilir. Bu soruya kazanılmış hakka yöneltilen eleştirileri gözden geçirerek yanıt vermek yerindedir.

06. KAZANILMIŞ HAK KAVRAMININ ELEŞTİRİSİ. Bu noktada ROUBIER'nin görüşlerini aktarmak yerindedir (ROUBIER, cilt 1, s. 321-327). Yazar, kazanılmış haklar kuramının Fransız İhtilalini izleyen dönemde ortaya çıktığına, geliştiğine ve 19'ncü yüzyıl boyunca Fransız öğretisinin sıkıca bağlandığı bir kuram olduğuna dikkat çekmektedir. Bu kavramın pozitif hukuktaki ifadesinin Fransız Medeni Kanununun 2. maddesinden kaynaklandığını belirtmektedir. Bu maddede doğrudan doğruya kazanılmış hak tanımı yoktur. Buna göre «kanun ancak geleceği düzenler, geçmişe etkili olmaz». Fakat, geçmişe etkili olmama yorumlanırken ortaya kazanılmış hak fikri çıkmıştır. Böylece öğreti uzun bir süre (neredeyse bir yüzyıl) kazanılmış hakla geriye yürüme yasağı arasında mantıklı sıkı bir bağ bulunduğunu varsaymıştır.

ROUBIER bu bağın anlamsızlığa varan biçimde abartıldığı görüşündedir. Bir tür A, B'ye göre tanımlanır, B de A'ya göre mantığı içinde ikisinin de ayrı ayrı tanımına girilmeksizin, daima biri ötekine göre tanımlama yoluna gidildiği için çıkmaza girilmiştir. Böylece, kanun kazanılmış hakka dokunduğu için geri yürür niteliktedir, denildiği gibi bazan da bir hak geriye yürüme imkânsız olduğundan kazanılmış hak niteliğindedir, denilmiştir.

Genellikle (Anayasa Mahkemesinin de çokluk belirttiği gibi) kazanılmış hakkın tanımı konusunda birlik olmadığı söyle-

nir. Oysa ROUBIER aynı görüşte değil. Ona göre, herkes kazanılmış hakkın ne olduğu konusunda az çok bir fikir sahibidir. Hukuk bilimi de kazanılmış hakkın ne olduğunu değil *ne zaman* bu niteliği aldığı sorununa çözüm getirmekle görevlidir. Nitekim bu tür çözümler her hukuk dalında mevcuttur. Örneğin herkes sözleşmenin karşılıklı irade uyumu ile tamamlandığını bilir. Miras hakkı miras bırakanın ölmesi ile kazanılır. Zilyed, zamanasımı süresi bittiği anda malik olur... Görüldüğü gibi kazanılmış hak kendine özgü güçlük arzeden bir kavram değildir. Eğer çeşitli yazarlar bu kavramın tanım gücünden söz ediyorlarsa, bunun nedeni kazanılmış hakka olduğundan fazla anlam yüklemek istemeleridir. Kazanılmış hak diyerek her şey, bu arada en uygun olmayanı da bu kapsam içine alınmak istenmiştir. Örneğin bir yazar ehil bir kimsenin yaptığı vasiyetin yeni kanunun aksi hüküm getirmesine rağmen geçerli olacağını şöyle açıklıyor: «Vasiyetçi vasiyetnamesini kendine izin veren kanun zamanında geçerli olarak yapmıştır. Bu durumda kazanılmış hakkı vardır ve yeni kanunun etki alanı dışındadır.» Oysa vasiyetname vasiyet edilenlere hak verme amacıyla yapılmaz mı? Ne var ki vasiyetçi henüz sağ olduğundan onların hakları kazanılmış değildir. Bu durumda yazar, vasiyet edenin de kazanılmış hakkı olduğunu kabul etmek zorunda kalıyor. Yazarın asıl demek istediği şey, vasiyetnamenin korunmaya değer bir hukuki durum olmasıdır. Ancak böyle olmakla ehliyet kazanılmış hak sayılmak zorunda değildir. Doğrusu, yeni kanunun tamamlanmış hukuki işlemleri değiştirici etki yapmamasıdır. Ehliyete gelince, bu durum yeni kanunun derhal uygulanmasını gerektirir. Ancak burada ehliyet değil, tamamlanmış işlem korunmaktadır.

Kısaca belirtmek gerekirse, kazanılmış hak kavramı geriye yürümezliği tam olarak açıklama olanağından yoksundur. Daha dar kapsamlıdır. Örneğin kazanılması belli bir sürenin geçmesine veya koşulun gerçekleşmesine bağlı hakların yeni kanunun etki alanı dışında tutulmaları doğaldır. Ancak bunlar kazanılmış hak niteliğini henüz almamışlardır. Klasik doktrin şarta bağlı hakların korunması fikrini bunların da geri alınmayacakları nedeni ile açıklıyor. Eğer korunma fikri geri alma ile açıklanabiliyor ise geri alınma koşulu ile kurulan hukuki ilişkileri geriye yürümezlik kapsamı dışında saymak gerekir. Örneğin Fransız Medeni Kanununun 1096. maddesi eşler arası bağışların her zaman geri alınabileceğini öngörüyor. Böyle bir iliş-

Kinin kurulduğunu daha sonra da bu kuralın değiştiğini varsayalım. Bu durumda daha önce yapılan bağışın geçersiz olduğunu saymak mümkün müdür?

Oluşum halinde bulunan, oluşumunu henüz tamamlamamış olan hukuki durumlarda kazanılmış hak kavramına dayanılması olumsuz sonuçlara yol açar. Bu noktada ROUBIER'den yaptığımız aktarmaya son vererek bizden bir örnek vermek istiyoruz.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir olayın konusu bir yarbayın 1 ay farkla albaylığa yükselme koşullarının değiştirilmesi nedeniyle bu imkândan daha uzunca bir süre mahrum edilmesine ilişkindir. Davacı yarbay olup değişiklikten önceki kanuna göre bekleme süresi olan üç yılın bitmesine 1 ay kala yapılan bir kanun değişikliği ile albaylığa terfi koşulları ağırlaştırılmıştır. İlgili terfi için gerekli olumlu sicillere sahip olup 31 Ağustos 1975'te normal olarak albaylığa terfi etmek durumunda iken 11 Temmuz 1975 tarihinde yürürlüğe giren yeni terfi koşulları karşısında gerekli not ortalamasını elde edebilmek için daha uzun bir süre beklemesi gerektiği ortaya çıkmıştır. Bu durum karşısında terfi ettirilmemesine dair işlemin iptali için açtığı davada Anayasaya aykırılık itirazında bulunmuş ve bu itirazı Yüksek Mahkemece ciddi bulunmuştur. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin gerekçesi kazanılmış hak kavramına dayanması bakımından ilgi çekicidir. Yüksek Mahkemeye göre, olayda kazanılmış hakkın ihlali söz konusudur. Zira, ilgilinin daha önce tahakkuk eden sicil notları kendisi bakımından kazanılmış haklardır. Anayasa Mahkemesi kanımızca yerinde olarak sicil notlarının kendiliğinden kazanılmış hak teşkil etmediği görüşündedir. Buna göre, davacı albaylığa yükselmek için belli süreyi ancak 30.8.1975 tarihinde doldurup terfi bu tarihte hak kazanacaktır. Hakkında daha önce düzenlenmiş bulunan sicil belgesi de bu tarihte işlerlik kazanmış olacaktır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesine göre olayda, klasik kurama uygun olarak bir beklenen hak durumu vardır. Yeni kanunun geriye yürüdüğünden veya kazanılmış hakları ihlal ettiğinden değil fakat sadece derhal uygulandığından söz etmek yerindedir (21).

Gerçekten olayda kazanılmış haktan söz etmek mümkün değil ise de (Terfi konusundaki kural açıkça kazanma tarihini

((21) Anayasa Mahkemesi, T. 10.3.1977, E. 1976/51, K. 1977/16, AMKD Sayı 15 (1978), s. 216-243.

belirlemiş) oluşmakta olan bir hukuki durum içinde oluşumunu tamamlamış kesimler söz konusudur. Üstelik davacı bakımından bu aşamalar tamamlanmış ve sadece terfi işlemi kalmıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin de belirttiği gibi bu durum da yeni kanunun uygulanması en azından hakkaniyet duygusunu zedeler niteliktedir. Ancak bunu hakkaniyet düşüncesinden önce tamamlamış durumların yeni kanunun etkisi dışında olduğunu kabul etmek mümkündür. ROUBJER'nin görüşünü uygulayacak olursak, oluşum halindeki durumlara yeni kanunu uygulamak mümkündür. Ancak, daha önce tamamlanmış durumları değiştirmemek koşulu ile. Dolayısıyla kazanılmış hak kavramından kurtularak şu formülü benimsemek daha uygundur. Oluşumunu tamamlamış veya hükmünü icra ederek hukuki hayattan silinmiş durumlar (statik durumlar) yeni kanunun etki alanı dışında tutulmalıdır. Buna karşılık oluşum halindeki durumlara tamamlanmamış kesimleri bakımından yeni kanun derhal uygulanır.

Bununla birlikte uygulamamızın kazanılmış hakların korunması fikrinden tamamen kurtulabildiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin yeni kararlarından birinde tamamlanmış duruma dokunulmazlık kazanılmış hakka dayanılarak açıklanmaktadır. Buna göre, keşif tazminatını değiştiren yasa kuralının görülmekte olan davada uygulanması kazanılmış hakka dokunmama gerekçesi ile mümkün değildir. Gerçekten olayda ilgiliye bir para ödenmesi ve dolayısıyla bir hak tanınması söz konusudur. Ancak bu konuda geçerli genel kural hakkın korunması değil tamamlanmış usul işleri üzerine bir daha dönülmemesidir (22).

(22) Anayasa Mahkemesi, T. 29.1.1980, E. 1979/23, K. 1980/9, RG. 23.6.1980, sayı 17026.