

## 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.<sup>1</sup> Doğal olan yasaların birbirini izlemesidir : Lex posterior derogat priori. Başka deyişle zaman bakımından uygunlamada göz önüne tutulması gereken nokta yasaların birbirini izlemesidir. İzleme, karışıklığa son verme olduğundan bunun sorununa 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.<sup>2</sup>

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.

<sup>1</sup> 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, Birey, 1929, vol. r. s. 1-6.

<sup>2</sup> H. KELSEN (çev. E.EISENMANN), Theorie 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 GÖRECELİĞİ**

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 organlarınca yorumlanma ve uygulanma biçimleri

Anayasaya uygunluk denetiminde göz önünde bulundurulacak hususlardan değildir. »<sup>3</sup>

Yorum ilk bakışta doğru görünmekle birlikte açıklanmaya muhtaç yanları vardır. tık olarak, yasa açıkça zaman bakımından uygulama kuralı koymuşsa buna uyulur, sonucu, çıkarıla-bilir. Gerçekten zaman bakımından uygulama normlarına yasa-da açık kural yoksa, başvurmak gerekir. Bununla birlikte açık-ça konan kuralın Anayasaya aykırı yanı bulunabilir. Dolayısıy-la uyma zorunluğu, doğal olarak Anayasaya aykırılık savını dışarıda bırakmamaktadır. Ancak Yüksek Mahkemenin anlatı-mından, açıkça kural konmamışsa, Anayasaya uygunluk dene-timinin söz konusu olamayacağı sonucu çıkmaktadır. İkinci nokta, derhal uygulamanın kural, olmasıdır. Bunun bir de istis-nası bulunduğuna işaret edilmekte ve bunun « kazanılmış hak kavramının bir sonucu olarak » açıklanabileceği belirtilmekte-dir. Böylece bu ifadeden, derhal uygulama ilkedir, istisna ola-rak, kazanılmış hakları korumak amacıyla eski yasanın uygulanmasına devam olunur, sonucuna varabiliriz. Ancak kazanıl-mış hak kavramını tamamlanmış ve hukuki sonucunu doğur-muş işlere özgüleyen görüş kabul edilirse, bu yorum yerinde değildir. İleride üzerinde duracağımız bu görüşe göre, sürece-len işlere belli koşullarda eski kanun uygulanır. Bunun kazanıl-mış 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.

---

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

Geriye yürümezlik bir bakıma ceza hukuku açısından, yukarıda sözü edilen öteki iki ilkeye göre mutlak bir nitelik taşı-maktadır. -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 geriye yürümezliğin temel haklarla sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır. Bu noktayı ayrıca açıklamak gerekmez. Klasik yabancı temel metinlerden olan 1789 tarihli « İnsan ve vatandaş hakları Beynamesi » 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 geriye yürümezlik açık anayasal kurala bağlanmış bulunmaktadır (1961 33 ve 1982138). Bu husus ayrıca 1950 tarihli Avrupa İnsan Hak-larını ve ana hürriyetlerini korumaya dair sözleşmenin 7. maddesinde de ifade edilmiştir.

Geriye 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 geriye yürümezlik sadece edeni hukuk bakımından değil genel olarak yasalar bakımından hüküm ifade eden genel nitelikte bir kural olmakla birlikte unun yasa koyucuya değil fakat yargıca yönelik olduğu kabul edil-mektedir. Dolayısıyla bu hukuk bakımından yasa koyucunun geriye yürümezliği serbestçe kararlaştırma yetkisi varsayılmaktadır.

Bizde Tanzimat döneminde Fransız Medeni Kanunun 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) tarihlidir. « Nizamatin yapılmasına dair Nizamname » başlığını taşıyan bu metne göre, (Madde Beş: Yeniden vaz olunan nizamatin veyahud tecdid ve ıslah olunan nizamati kadimede ta'dil ve tahvil kılınan mevaddın ahkamı geçmiş zamana cari olmayıp irade-i seniye-i mülûkane tarikiyle ilan olunduğu zamandan sonra hükmü cari olacaktır » Fi 21 S sene 1271, Ceride-i Havadis 734 (11 B 1271) s. 1 ve Ceride-i Havadis 735 (18 B 1271)

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

Müruru zaman ve tebeddülü ahval ile bir kanun ve niza-mın ya kâmilen değiştirilmesi veyahud bazı ahkâmının tadil ve tahvil] veya müceddeden bir kanun ve nizam vaz'ı iktiza eyler ise kanun ve nizam yapmakda müttehaz olan usulün tamamii icrası ile yani evvela müzakere-i kavanin ve nizamata memur olan meclis ve dairede ve badehu meclisi vükelayı fahamda mü-talaası ile kararlaştırılıb icraasına emr-ü ferman-ı hazreti pa-dişahi müteallak buyurulmadıkça düsturülamel tutulamaz.

Yeniden vaz olunan kavantn ve nizamatin veyahut tecdid ve islah olunan kavanin ve nizamati kadimede tadil ve tahvil kılınan mevaddın ahkamı tasrih ve tayin olunan zamandan ve bir vakit tayin ve tasrih olunmadığı halde ilanı tarihinden iti-baren hükmü cari olup 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 mevaddın ahkamı tasrih ve tayin olunan zamandan ve bir vakit tayin ve tasrih olunmadığı halde Dersaa-dette Takvimi Vekayi ve vilayet ve elviyede mahalli resmi ga-zetelerinedercinden ve gazete bulunmayan yerlerde merkezi vi-layet ve liva olan şehir ve kasabalarda sair vesaiti münasib ile ilanı gününden itibaren on beş gün mürurunda neşrolunmuş ad-dile düsturülamel olur.

Bir kanun veya nizamın hükmü mekablina şamil olamaz. Fakat muhaffefi ceza olan ahkamı kanuniye bundan müstesna-dır. »<sup>4</sup>

Görüldüğü gibi 18SS tarihinden itibaren Osmanlı Mevzua-tırıda. genel olarak geriye yürüme yasağı kabul edilmiş bulun-maktadır. Cumhuriyet döneminde yukarıdaki metne benzer bir işlevi olan 1928 tarihli ve 1322 sayılı kanunların ve nizamname-

---

<sup>4</sup> YAKO SAMi (Görüce bidayet mahkemesi azasından), « Makablina Şa-mil Kavanin », İlmî Hukuk ve Mukayesei Kavanin Mecmuası, Cilt 1, SaYı 1, s. 442-448. Bu metnin Birinci Cild Düsturumuzda bulunduğu-nu belirtmektedir

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

#### **04. GERİYE YÜRÜMEZLİĞİN ANAYASAL NİTELİĞİ.**

Bilindiği gibi 1982 Anayasasınının 38. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesini tanımlamaktadır. Buna göre suç tanımında ve cezada suçun işlendiği zaman kanun 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.<sup>5</sup> Bir görüşe göre Ana-yasa Mahkemesi yorumunda hukukun genel ilkelerine anayasal nitelik tanıdığı ölçüde geriye yürümezlik de anayasal nitelikte sayılır.<sup>6</sup> Kanımızca ceza hukuku ayrı tutulursa, öteki hukuk alanları bakımından yasa koyucunun anayasa güvence-lere aykırı olmamak koşuluyla geriye yürür nitelikte kural getirmesine engel bulunmamaktadır.<sup>7</sup> Bununla birlikte, yukarıda değindiğimiz göreceliliğin geriye yürümezlik bakımından da söz konusu olduğu söylenemez. Gerçekten, yasada açıkça belirtilmemişse 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-

<sup>5</sup> L. DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 412.

<sup>6</sup> Hİ. BIYIKLI, « Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde idari işlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi ». Danıştay Dergisi, Sayı 11, 1972, s. 87 vd.

<sup>7</sup> T. AKILLIOĞLU, « Ekonomik Alanda Yönetmeliklerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları », AZİZ KÖKLÜ AR-MAĞANI, Ankara, 1984, s. 33 vd. Ayrıca bkz. N. ÇAĞAN, Vergilendir-me Yetkisi, İstanbul, 1982, s. 181.

dandır. Yasada açık kural bulunmadığı takdirde geriye yürü-mezliğin ilke olduğu kabul edilmektedir.<sup>8</sup>

## 05. GERİYE YÜRÜMEZLİĞİN TANIMI.

Bu konuda en çok kul-lanılan kavram « kazanılmış hak » tır. Bu anlayışa göre, yeni ka-nun « 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 le-hine bir durumun korunmasından ibaret olmadığı, ilgili aleyhi-ne de olsa geçmiş durumlara dokunulamayacağı öne sürülme-ktedir.<sup>9</sup>

Gerçekten uygulamada kazanılmış hak teriminin kullanıl-dığı pek çok durum vardır. Bunların gerçekten kazanılmış hak oldukları tartışılabilir. Örneğin Anayasa Mahkemesi 1961 tarih-li Seçim Kanununun « Seçime girecek partilerin en az on beş ilde aday gösterme zorunda olmaları » kuralının denetimine ilişkin kararında « Herhangi bir partinin zamandan tecrübelerden, geç-miş hizmetlerden yahut kendi özelliğinden doğmuş bir üstünlü-ğü varsa, bu onun kazanılmış hakkıdır » diyerek fiili üstünlüğü kazanılmış hakla özdeş biçimde yorumlamıştır.<sup>10</sup>

Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin pek çok kararında kazanılmış hakkı çeşitli yönleriyle tanımladığı dikkat çekmekte-dir. Bu kararlarda belirtilen bazı önemli noktaları özetlemek ge-rekirse, yasa koyucu bir statüyü yeniden düzenlerken statüye giriş için eskiden mevcut olan bir imkanı bu defa tanımamışsa, kazanılmış hakların korunması savına dayanılmaz. Yasa ko-yucunun « Anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyla » genel hu-kuki durumları serbestçe düzenleme yetkisi bulunmaktadır.<sup>11</sup> Aynı kararda belirtildiğine göre, olayda kazanılmış hakka do-kunma ve dolayısıyla yasanın geriye yürür hüküm getirmesi,

---

<sup>8</sup> ROUBIER, Cilt 1, s. 10-11.

<sup>9</sup> KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1974 s. 375-376. Yazar muhakeme işlemleri bakımından kazanılmış hakka dayanılma-sını eleştirirken « kazanılmış hak deyince daima lehde bir durum ak-la gelir. Halbuki evvelce yapılmış bir işlem, lehte de olsa aleyhte de olsa geçerlidir ve yeni kanuna göre tekrarlanmaz » demektedir.

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

<sup>11</sup> 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 duruma 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 koşullara durumu uygun olmayanların aynı statü içinde kalmalarına son verilebileceği ortaya çıkmaktadır. Buna göre, yasanın yürürlüğe girişinden önce yabancı kadınlarla evlenmiş olanların belli görevlerde çalıştırılma-yacaklarına ilişkin kuralın kazanılmış haklara aykırı yanı yoktur. Zira « kamu güvenliğinin bu arada devlet sırrının korunması için » her türlü önlemin alınması gerekir.<sup>12</sup>

İlke olarak yasalar « kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, soyut, kişisel olmayan, genel hukuk kuralları » koymalıdır.<sup>13</sup> Bu tanımın aksinden geriye yürüme tanımına varılabılır. Yasa geçmişe yönelik ve kişisel olan hukuki durumlar için özel kural içeriyorsa geriye yürür niteliktedir. Kazanılmış hak deyişimiyle 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.<sup>14</sup>

Buna karşılık kazanılmış hak kavramı bir ceza kuralı uygulaması söz konusu olduğunda öne sürülemez. Belli bir statüden çıkarma cezasına ek olarak statünün devamı sırasında buna dayanılarak kişiye tanınan hakların kaybedilmesi sonucunu da getiren yasa kuralı Anayasaya aykırı değildir.<sup>15</sup> 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 kendilerinden

---

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

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

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 11.11.1963, E. 1963/1106, K. 1963/270, AMKD sayı 1 (1971), s. 473.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 28.6.1966, E. 1963/132, K. 1966/2~, AMKD sayı 4 (1967), s. 193-194.



geri alınabileceğini öngören açık veya kapalı bir şart yok-tur. »<sup>16</sup>

Yüksek Mahkemenin bu konuya ilişkin yanları olan öteki kararlarına da göz atılırsa, ortaya daha başka ayrıntılar çıkmaktadır. Herşeyden önce Yüksek Mahkeme geriye yürürlük konusunda sadece kazanılmış hakka dokunmama kuralını ye-terli bulmamaktadır. Bununla birlikte kavramın işlevsel olduğu alan mülkiyet hakkı ve genellikle özel hukuk alanıdır. Özel mülkiyet konusu olamayacak şeyler üzerinde kazanılmış hak savı-na dayanılmaz.<sup>17</sup> 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. »<sup>18</sup> 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 II. maddesinde yazılı temel hakların sınırlandırılma nedenleriyle bir arada tartışmak ve bu hakların dokunulmaz ve ilişilemez olduğu yolundaki düşüncüyü kamu hukuku alanında bir hayli yumuşatmak olanakları vardır. »<sup>19</sup>

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 dokunmamanın ilke olduğunu, hukuk devleti ve maddi varlığı geliştirme hakkının sonucu olarak kabul etmektedir.<sup>20</sup> Bu-nunla birlikte, gerek özel hukuk alanında gerekse kamu huku-

---

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

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 25.1.1973, E. 1972/51, K. 1973/4, AMKD sayı 11 (1974), s. 102.

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

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 10.6.1971, E. 1971/22, K. 1971/54, AMKD sayı 9 (1972), s. 531.

<sup>20</sup> 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 dokun-mamayı 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 kuranı 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 öğretisi uzun bir süre (neredeyse bir yüzyıl) kazanılmış hakla geriye yürüme yasağı arasında mantıki 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 imkansız 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. Nite-kim bu tür çözümler her hukuk dalında mevcuttur. Örneğin herkes sözleşmenin karşılıklı irade uyuşması ile tamamlandığını bilir. Miras hakkı miras bırakanın ölmesi ile kazanılır. Zil-yed, zamanaşımı süresi bittiği anda malik olur ... Görüldüğü gibi kazanılmış hak kendine özgü güçlük arz eden bir kavram değildir. Eğer çeşitli yazarlar bu kavramın tanım güçlüğünden 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 olduğunu 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 kapsamıdır. 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 şartı bağlı hakların korunması fikrini bunların da geri alınmaya caıkları 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 varsa-yalım. Bu durumda daha önce yapılan bağışın geçersiz olduğu-nu saymak mümkün müdür?

Oluşum halinde bulunan, oluşumunu henüz tamamlama-mış olan hukuki durumlarda kazanılmış hak kavramına daya-nılması olumsuz sonuçlara yol açar. Bu noktada ROUBIER'den yaptığımız aktarmaya sen vererek bizden bir örnek vermek is-tiyoruz.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir olayın konusu bir yar-bayın 1 ay farkla albaylığa yükselme koşullarının değiştirilme-si nedeniyle bu imkandan daha uzunca bir süre mahrum edil-mesine ilişkindir. Davacı yarbay olup değişiklikten önceki ka-nuna göre bekleme süresi olan üç yılın bitmesine 1 ay kala ya-pılan bir kanun değişikliği ile albaylığa terfi koşulları ağırlaştır-ılmıştır. İlgili terfi için gerekli olumlu sicillere sahip olup 31 Ağustos 1975'te normal olarak albaylığa terfi etmek durumun-da 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 da-yanması bakımından ilgi çekicidir. Yüksek Mahkemeye göre, olayda kazanılmış hakkın ihlali söz konusudur. Zira, ilgilinin da-ha önce tahakkuk eden sicil notları kendisi bakımından kaza-nılmış haklardır. Anayasa Mahkemesi kanımızca yerinde ola-rak sicil notlarının kendiliğinden kazanılmış hak teşkil etmedi-ği 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. Dolayısı-y-la, 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.<sup>21</sup>

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

---

<sup>21</sup> 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 oluşumu-nu tamamlamış kesimler söz konusudur. Üstelik davacı bakımından bu aşamalar tamamlanmış ve sadece terfi işlemi kal-mıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin de belirttiği gibi bu durum da yeni kanunun uygulanması en azından hakkaniyet duygusunu zedeler niteliktedir. Ancak bunu hakkaniyet düşün-cesinden önce tamamlamış durumların yeni kanunun etkisi dı-şında olduğunu kabul etmekle çözmek mümkündür. ROUBIER'-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 durum-lar) yeni kanunun etki alanı dışında tutulmalıdır. Buna karşı-lık oluşum halindeki durumlara tamamlanmamış kesimleri ba-kımından yeni kanun derhal uygulanır.

Bununla birlikte uygulamamızın kazanılmış hakkın korun-ması fikrinden tamamen kurtulabildiğini söylemek mümkün de-ğildir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin yeni kararlarından bi-rinde tamamlanmış duruma dokunulmazlık kazanılmış hakka dayanılarak açıklanmaktadır. Buna göre, keşif tazminatını de-ğiştiren 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.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 29.1.1980, E. 1979/23, K. 1980/9, RG. 23.6.1980, sayı 17026.