

İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİNİN GEÇMİŞE ETKİSİ: METODOLOJİK ÇOĞULCULUK AÇISINDAN BAZI DÜŞÜNCELER*

DOI: 10.21492/inuhfd.291311

Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ**
Çeviren: Zafer KAHRAMAN***

On beş yıldan biraz uzun süredir, Federal Mahkeme “faydacı metodolojik çoğulculuk” (*Pluralisme méthodologique pragmatique, pragmatischer Methodenpluralismus*) olarak isimlendirilen yeni bir yorum metoduna başvurmaktadır¹. Bu yaklaşım uyarınca, hukuk metni tüm yorum çabalarının başlangıç noktasında bulunur ama yorumu sınırlandırmaz. Aksine, *Eugen Huber*’in daha Medeni Kanun hazırlanırken² savunduğu üzere, Federal Mahkeme, kanunu potansiyeli hâkim tarafından belirlenmesi gereken açık bir normatif metin gibi genel

* Bu eser, “*L’effet rétroactif du changement de jurisprudence: quelques reflexions à l’aune de pluralisme méthodologique*” başlığıyla, Fransızca olarak “*Une empreinte sur le Code civil*”, *Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer, édités par Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup, Christiana Fountoulakis (au nom de la Faculté de Droit de Fribourg), Stämpfli Editions, Berne 2013* armağanında yayımlanmıştır.

** Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı olan ve Özel Hukuk ile Roma Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı olan yazar, M. Arnaud Nussbaumer’e bu eseri dikkatle okuması ve kontrol etmesi ile dizgiye hazırlanmasındaki yardımları için teşekkür eder.

*** Yrd. Doç. Dr. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ “Metodolojik çoğulculuk” (*Pluralisme méthodologique, Methodenpluralismus*) kavramı ilk defa ATF 110 Ib 1, 8’de ortaya çıkmış, buna karşın “faydacı metodolojik çoğulculuk” (*Pluralisme méthodologique pragmatique, pragmatischer Methodenpluralismus*) kavramı ilk defa ATF 121 III 219, 225’de görülmüştür; kavramın kökeni ise Federal Mahkemenin kullanımından her halde daha eskidir: Bkz. HANS-PETER WALTER, *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999*, s. 157 vd.; TORNIKE-KESHELAVA, *Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Eine Sprachkritische Untersuchung*, tez: Fribourg, Bâle 2012, s. 63 vd.; yakın tarihli bir referans için bkz. ATF139 III 201, 205, n. 2.5.1 ve aşağıda dn.37 vd.

² Açıklama için bkz. MARC AMSTUTZ, *Der “ext des Gesetzes, Genealoie und Evolution von Art. 1 ZGB, RDS 2007 II 237 vd.*, s. 253; DOMINIQUE MANAÏ, *Eugen Huber, juisconsulte charismatique*, Genève 1990, s. 148 vd.; Aynı yönde bkz. PASCAL PICHONNAZ, *Le centenaire du code des obligations: Un code toujours plus hors du code*, RDS 2011 II 117 vd., özellikle s. 205 vd.

olarak ele alır: Doğası gereği hukuk, mahkemelerin kendisi hakkında sahip olduğu kavrayışa göre değişen bir evrim geçirir. Bu, faydacı metodolojik çoğulculuğun bir sonucudur.

Elinizde tuttuğunuz bu armağanın adına ithaf edildiği yazar, Medeni Kanunun giriş bölümünü ele alırken de belirttiği gibi, hâkimin içtihat değişikliği gerçekleştirirken alması gereken önlemlerin pekâlâ farkındadır: “Eğer bir mahkeme kendi yerleşik içtihadını tartışmaya başlıyorsa veya bir yüksek mahkemenin yerleşik içtihadından ayrılıyorsa büyük bir dikkat göstermesi gereklidir.”³ ve ekler: “İçtihat ne kadar yerleşik ise, bu içtihattan ayrılan mahkemenin başvurması gereken gerekçelerin o kadar tatmin edici olması gerekir.”⁴ Paul-Henri Steinauer, öğretinin bir kısmı⁵ ve sabit içtihatlar⁶ ile birlikte onaylayarak sonuca varır: “Boşlukları dolduran kararlar söz konusu olduğunda dahi (yargılama hukuku), bir içtihat değişikliği ancak ilk içtihat somut olay adaletinin gereklerini karşılamıyorsa ve bu değişiklik hukuk güvenliği ve eşit işlem ilkesini ortadan kaldırıyorsa mümkündür.”⁷

Medeni Kanunun son bölümünün 1 ilâ 4. maddeleri, kanunlarda değişiklik yapılması halinde uygulanacak bazı genel ilkeleri hükme bağlamıştır. *Yeni kanunun geçmişe yürümezliği*, birazdan değineceğimiz bazı kıstaslar ile yumuşatılmış ve hafifçe budanmış da olsa, temel ilkedir. Her ne kadar Federal Mahkeme’ye göre geriye yürümezlik kuralı içtihatlarla uygulanmıyor olsa da⁸, bu bakış açısı öğretide tartışmalıdır⁹.

³ PAUL-HENRI STEINAUER, Le titre préliminaire du Code civil, in *Traité de droit privé suisse*, Cilt II/1, Bâle 2009, n.456’da ilgili içtihat zikredilmiştir.

⁴ *Ibidem*

⁵ ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 4. Bası, Berne 2010, s. 287 vd.; SUSAN EMMENEGER/ AXEL TSCHENTSCHER, in *Berner Kommentar, Bene 2012*, Art. 1 CC, n.490 vd. (anılış: BKomm- EMMENEGER/ TSCHENTSCHER); FRANZ WERRO, in *Commentaire romand, Code Civil I*, Bâle 2010, Art. 1 CC n.40 (anılış: CoRo CC I- WERRO).

⁶ Özellikle özel hukuk içtihatlarında referans için bkz. ATF 138 III 359, 361 n. 6.1, JdT 2013 II 187, 193*; ATF 138 III 270, 273 n. 2.2.2: “Değişikliğin sebepleri objektif olmalı ve hukuk güvenliğine sebepsiz yere zarar vermemek için içtihadın eskiliği kadar ciddi sebepler olmalıdır.”; ATF 136 III 6, 8 n. 3, JdT 2010 I 303; ATF 134 III 354 n. 3.2, JdT 2010 I 678; ATF 133 III 335, 338 n. 2.3, JdT 2010 I 223.

⁷ STEINAUER, *Le titre préliminaire*, n. 458.

⁸ ATF 90 II 295, 301 n. 3.2

⁹ Karşılaştırmalı hukukta meselenin analizi için bkz. THOMAS PROBST, *Die Änderung der Rechtsprechung – Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum*

İçtihatlardaki bir değişikliğin geçmişe etkili olması bir gereklilikten kaynaklanır; çünkü burada, değişmeyen bir yasama programının (hukuki metnin) somut olaya uygulanması söz konusudur. Aksi takdirde, hâkimin içtihatlarla gerçek anlamda hukuk yaratması kabul edildiğine göre, aynı geçmişe yürümezlik kuralını hukuk metinlerine de uygulamamız mı gerekir? Federal mahkeme, özel hukuku ilgilendiren bu sorunu umursamıyor gibi görünmektedir ki bunu birden çok defa yapmıştır¹⁰. Bu durum, mutlak ilkeler koymanın zorluğuna ya da belki de içtihatların somut olaya uygulanması yahut değiştirilmesinin zorluğuna hatta anlamsızlığına bağlanabilir. Yeni bir içtihadın etkileri, tıpkı aşağıda değineceğimiz devlet komisyonlarının iadesinde olduğu gibi, pekâlâ çok önemli olabilir.

Öte yandan, Fransız Yüksek Mahkemesinin meseleyi somut bir olayda inceleme fırsatı olmuştur. Bu olayı kısaca incelemek, bize sorunun çeşitli boyutlarını ele alma imkânı verecektir.

I. HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN GÜÇLENDİRİLMESİ ÜZERİNE FRANSA'DAN BİR DAVA

Fransız Yüksek Mahkemesinin 1. Hukuk Dairesi, 11 Haziran 2009 tarihli bir kararında, içtihatların değişmesinin zaman bakımından etkisi üzerine konuyla doğrudan ilgili bir karar vermek zorunda kalmıştır. Mahkeme şu şekilde saptamalarda bulunmuştur:

“1986 yılında varislerinin tedavisi esnasında kendisine uyuşturucu madde enjekte edilirken hepatit C virüsü bulaşmış olması nedeniyle Bayan Z, hekim Bay X’in sorumluluğuna başvurmuştur.

Bay X, kendisini Bayan Z’ye Hepatit C bulaşmasından sorumlu tutan ve belirli bir miktar geçici ödeme yapmasına hükmeden mahkeme kararına (Bordeaux, 15 Mart 2007) herkesin savunmasının hakkaniyet

Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsversprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), th. St. Gall, Bâle-Francfort 1993. Aynı yönde MARKUS REICH/LAURENCE UTTIGER, *Praxisänderungen im Lichte der Rechtssicherheit und der rechtsrichtigkeit*, RDS 2010, s. 163 vd. ve 177 vd.; BKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 CC, n. 495; DAVID DÜRR, in *Berner Kommentar*, Bern 1996, Art. 1 CC, n.602 vd. (anılış: BKomm-DÜRR).

¹⁰ Bkz. ATF 135 II 78, 85 n.3.2; ATF 116 II 493, 496, JdT 1994 I 190; ATF 116 Ia 359, 382, JdT 1992 I 98. Aynı yönde bkz. PROBST, *Die Änderung der Rechtsprechung*, s. 701.

ölçüsünde dinlenmesi gerektiğini ileri sürerek itiraz etmiş; davanın taraflarından birinin, hukuk kuralının, içtihatlardaki köklü değişiklik (*revirement de jurisprudence*) nedeniyle aleyhine dönmesinden etkilenmemesi gerektiğini, bunun uygulanması halinde adil yargılamadan mahrum kalacak olduğunu; 1986 yılındaki içtihatların, tedavi esnasında bulaşan enfeksiyonlarla ilgili olarak, hekime sadece özen yükümlülüğü yüklediği ve sonucu temin sorumluluğunun 29 Haziran 1999 tarihinden itibaren kabul edildiğini; 29 Haziran 1999 tarihinde meydana gelen içtihatlardaki bu köklü değişikliğin hekimlerin önceki faaliyetlerine de uygulanmasının hekimleri adil bir yargılamadan mahrum bırakacağını, zira şu anda kendisine yüklenen sorumluluğun dayanağı olan davranışların, olayların yaşandığı tarihte kabul edilen görüş uyarınca kendisine bir sorumluluk yüklemiyor olduğu; buna karşın, söz konusu olay, sonucu temin yükümlülüğünü öngören köklü içtihat değişikliği öncesinde yaşanmış olmasına rağmen, Bay X'in Bayan Z'ye karşı 1986 yılındaki davranışları nedeniyle bugün bir sonucu temin yükümlülüğü altına konulduğunu; temyiz mahkemesinin Bay X'i Fransız Medeni Kanunu m.1147 ve Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu m.6 hükümlerinde düzenlenen adil yargılanma hakkından mahrum bıraktığını ileri sürmüştür.

Ancak, adil yargılanma hakkının temelinde yer alan hukuk güvenliği, içtihatlardaki gelişimden kaynaklanan yeni çözümlerin anında uygulanmasına karşı çıkmak için bir gerekçe olarak, geçmiş yerleşik içtihatlar ile tanınmış olan bir hakkın yeni davalarda da uygulanmak üzere korunmasında kullanılamaz; zira adil yargılanma hakkını ileri süren taraf, yargıya erişim hakkından mahrum bırakılmış değildir. Bu nedenle, iddia dayanaksızdır. (...)

Tüm bu nedenlerle, bozma talebi reddedilmiştir.”¹¹

Bu karar okunduğunda, içtihat değişikliğinin geçmişe etki edip etmemesinin önemi dikkati çekmektedir.

1999 yılında, Fransız Yüksek Mahkemesi hakimın özen yükümlülüğünü tedavi esnasında kapılan enfeksiyonlar bakımından ağırlaştırmıştır. Önceden, hekim sadece özen yükümlülüğü altındaydı; diğer bir deyişle hekimin, sadece, işini görürken gerekli ve işin niteliğine

¹¹ Fransız Yüksek Mahkemesi 1. HD, 11 Haziran 2009, E. 688 (07-14.932), Dalloz 2009, AJ 1757, yorumlayan: I. GALLMEISTER.

uygun tüm tedbirlere başvurmamış olduğunu hastanın ispatlaması halinde sorumlu olacağı kabul ediliyordu¹². Mahkeme; hekimin, hastayla yaptığı bakım sözleşmesi kapsamında, hastaya tedavi esnasında enfeksiyon bulaşmamasının sağlanmasına dair bir sonuç sorumluluğu altına girmediğini kabul etmekle kalmıyor; aynı zamanda, hekimin sorumluluğunu doğuracak kusurun ispat yükünü hastanın üzerine yüklüyordu.

Tedavi esnasında bulaşan enfeksiyon nedeniyle hekimin sorumluluğunu bir sonucu temin sorumluluğu olarak açıklamak suretiyle mahkeme, hekimin sözleşmesel sorumluluğuna ilişkin rejimi kökten değiştirmiş oldu. Artık, hasta bakım sözleşmesi dolayısıyla hekim, illiyet bağımlı kesen başkaca bir sebebin varlığı ispat edilmedikçe sorumlu addedilecektir; diğer bir deyişle, hekimin kusuru karinedir ve kendisini sorumluluktan kurtaracak bir nedenin varlığını ispat yükü hekimin omuzlarına yüklenmiştir¹³. Hekimin yükümlülüğünün, sonucu temin sorumluluğu olarak kabul edilmesinin önemi buradadır¹⁴.

Bodeaux Temyiz Mahkemesi tarafından 2007 yılında mahkûm edilen hekimin ileri sürdüğü iddia ise, ne sözleşmenin akdedildiği ne de fiilin gerçekleştiği tarihte (1986) mevcut olan bir hukuki rejime (sonuç sorumluluğuna) göre mahkûm edilmiş olmasına dayanmaktadır. Başka deyişle, hekim, içtihatlardaki değişimin (somut olayda sorumluluğun ağırlaştırılmasının) geriye yürümezliğine dayanmaktadır. Hekim yükümlülüğünün varlığına değil, ancak daha ziyade, işlenen fiil ile mahkûmiyet kararı arasındaki zamanda bu yükümlülüğünün niteliğinin değişmesine karşı çıkmaktadır¹⁵.

Bu davada, Yüksek Mahkeme esasen içtihatlardaki değişikliğin geçmişe yürürlüğüne tam anlamıyla karar vermiş değildir; daha ziyade mahkemenin tercih ettiği kelimeler ile, sosyal anlayış ve menfaatlerin gelişip değişmesinin ürünü olan “yeni çözümün” geçmişe etkili olarak, halihazırda davası görülmekte olan sözleşmelere de uygulanabilir

¹² FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, Droit Civil: Les obligations, 10. Bası, Paris 2009, n. 577.

¹³ NICOLAS MOLFESSIS, La Cour de Cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la 1^{ière} Chambre civile du 11 juin 2009), Dalloz 2009 Chronique, s. 2567.

¹⁴ Ibidem

¹⁵ MOLFESSIS, La Cour de cassation, Dalloz 2009, s. 2568.

olduğuna veya uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁶. Mahkeme tarafından kullanılan “derhal uygulama” terimi, dolaylı olarak yeni çözümlerin geçmiş olaylara ilişkin davalara geriye etkili olarak uygulanabileceğine işaret etmektedir.

Yerleşik içtihatların bir kazanılmış hak doğurmayacağı ilkesini koyan Yüksek Mahkeme; bir taraftan, hekimin sözleşmenin kurulduğu ve olayların yaşandığı tarihte “yürürlükte olan” içtihatların somut olaya uygulanması talebini dayandırdığı “hukuk güvenliği” ile diğer taraftan, hastaların daha iyi korunması menfaatine hizmet eden 1999 tarihli içtihat değişikliğini değerlendirmiş ve menfaatler dengesini (hızlıca) tartıya koymuştur¹⁷. Bu durumda mahkeme, sonuç olarak, hekimin meselesine yeni çözümü uygulamış ve hekimin bozma talebini geri çevirmiştir.

Meselenin özü, hâkimin rolünden ne anlamak gerektiğiyle yakından ilgilidir. Somut olayda mahkeme, “*ıçtihat kuralları*” yahut “*preator kuralları*” gibi terimleri kullanmamaktadır; dahası, hekimin yükümlülüğünün niteliğinin değişmesindeki yaratıcı rolünü en aza indirme eğilimindedir¹⁸. Hâlbuki bu karar, aynı hukuk metnini (Fransız Medeni Kanunu m. 1137 ve 1147¹⁹) temel alan içtihatlardaki gelişimin gerçekleşmesinde mahkeme kararlarının kurucu etkiyi haiz olduğunu göstermektedir. Buna rağmen mahkeme, sözleşmenin kurulduğu anda var olan içtihatlara uygun karar verme gerekliliğinin, sadece ve sadece yeni içtihatlar kişinin yargıya başvurma hakkını elinden alıyorsa söz konusu

¹⁶ Fransa’da içtihat değişikliklerinin geçmişe etkisi ve mahkemelerin görüşlerindeki değişimlerin uygulamaya konması hakkında bkz. NICOLAS MOLFESSIS, *Combattre l’insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même*, in N. Molfessis (édit.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Paris 2005, s. 391 vd.; GUY CANIVET/NICOLAS MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence ne voudront-ils que pour l’avenir?*, JCP 2004, s. 2295 vd., doctrine I 189; NICOLAS MOLFESSIS, *Colloque sur le rapport du groupe du travail sur les revirements de jurisprudence*, Cour de cassation, 12 Janvier 2005, JCP 2005, s. 119.

¹⁷ Bu içtihat değişikliği için özellikle bkz. 1. HD, 29 Haziran 1999, 2 dava, Bull. Civ. I, n. 220 ve 222; Dalloz 1999, içtihat n.559, D. THOUVENIN, ve özet 395, yorumlayan J. PENNEAU; RTD Civ. 1999, s. 841, yorumlayan P. JOURDAIN; RDSS 2000, s. 354, yorumlayan L. DUBOIS.

¹⁸ Bu konuda bkz. MOLFESSIS, *La Cour de cassation*, Dalloz 2009, s. 259.

¹⁹ Aslen DEMOGUE tarafından yapılan ayrıma ilişkin bkz. TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, n. 577; FRANZ WERRO, *Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, RDS. 1997 I 343; FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets*, th. Habil., Fribourg 1993, n. 108.

olabileceği görüşündedir. Bu ancak, değişimin ilk derece yargılaması ile temyiz aşaması arasında gerçekleşmiş olması halinde mümkün olabilirdi²⁰. Mahkeme, yargılamayla ilgili olarak, 1986 yılında kanunun yeni içtihatlar geliştirmek için yeterli potansiyele ve içeriğe sahip olduğunu; “yeni çözümlerin” de buna dayandığını ileri sürmüştür.

İsviçre hukuku bakımından, bu karar ve Fransız hukukçuların zaman içinde içtihatların değişmesi ve bunun yarattığı sonuçlar hakkındaki yorumları²¹ aydınlatıcıdır. Elbette, Fransız hukukunda hâkimler içtihatlar yoluyla hukuk yaratmak hususunda isteksizdir²². *Montesquieu* tarafından hâkimler için yapılan “cansız”, “sadece hukukun sözlerini söyleyen bir ağız”²³ tanımlamasından ve 19. Yüzyılın ilk yarısında *Exégèse* okulu²⁴ tarafından söylenen “hukuk metni kültüründen” kendini kurtarmış olsalar da hâkimler, halen daha, sadece yasa koyucunun isteğini somut olaya uygulamakla görevli kimseler olarak düşünülmektedirler. Bu bağlamda düşünülecek olursa, hukuku somut olaya uygulamak söz konusu ise, önceden mevcut olan hukuka ilişkin yeni bir içtihat yahut bir içtihat değişikliği geçmişe etkili olarak uygulanabilmelidir. O halde, sadece adalete erişim gibi temel bir hakkın ihlali gibi durumlarda yeni çözümler derhal uygulama alanı bulamazlar.

MEYER-HAYOZ gibi yazarların etkisi altında²⁵, hâkimin hukuk uygulamasındaki rolüyle ilgili olarak sahip olunan anlayış, on yıllar

²⁰ Hâlbuki bu halde dahi, Fransız Yüksek Mahkemesinin Sosyal Dairesi, yeni içtihadın olaya uygulanması gerektiği görüşündedir (28 Ocak 2004, E. 02-40173): “Bir içtihadı yorumlayan hâkimlerin uygulaması, ilk derece mahkemesi kararından zaman bakımından sonra olsa da, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu m.6 § 1’e aykırılık teşkil etmez.” Aynı yönde bkz. MOLFESSIS, *La Cour de cassation*, Dalloz 2009, s. 2569.

²¹ Bkz. yukarıda dn.16.

²² Bu konuda, söz konusu kararın yorumunda benzer bir saptama için bkz. MOLFESSIS, *La Cour de cassation*, Dalloz 2009, s. 2570.

²³ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Cenevre 1748, kitap XI, başlık 6: “Milletin hâkimleri, tıpkı dediğimiz gibi, kanunun sözünü söyleyen ağız olmaktan ibarettirler; kanunun ne gücünü ne de sertliğini yumuşatma gücü olan cansız birer varlıktırlar.”

²⁴ *Exégèse* okulu için bkz. JULIEN BONNECASE, *L’école de l’exégèse en droit civil*, 2. Bası, Paris 1924, s. 128’de açıklıyor: “Bu hukuk metnine tapınmaktır, hatta daha iyisi hukuk kültürünün yerine kanun metni kültürünün geçmesidir.” Aynı yönde bkz. STEFAN VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Cilt I, Tübingen 2001, s. 475 vd.

²⁵ ARTHUR MEIER-HAYOZ, in *Berner Kommentar*, Bern 1966, Art. 1 CC n. 140 vd. ve 179 vd.

içinde, Fransız hukukunda yukarıda açıklanan değişime benzer biçimde değişmiştir²⁶. Bu nedenle, hâkimin hukuk uygulamasındaki rolü hakkında İsviçre hukukunda yaşanan bu güncel gelişimin, özellikle faydacı metodolojik çoğulculuk açısından bakıldığında, zaman içinde içtihatlarda meydana gelen değişimler ile ilgili olarak bizi farklı bir çözüme götürüp götürmediği incelenmelidir.

II. FAYDACI METODOLOJİK ÇOĞULCULUĞUN ETKİSİ

On beş yıldan biraz uzunca bir süredir, Federal Mahkeme faydacı metodolojik çoğulculuğu (*pragmatischer Methodenpluralismus*) uygulamaktadır²⁷. Bu isimlendirmenin temelinde aslında hâkimin hukuk yaratma rolü saklanmaktadır²⁸.

Esasen “*geleneksel*” metodoloji belirli bazı durumlarda içtihatların hukuk yaratma gücünü Medeni Kanunun 1. maddesi 2. fıkrası bağlamında açıkça tanyor ve “*preator hukuku*” yahut “*ıçtihat kuralları*” adıyla damgalıyordu²⁹.

Böylelikle, mutlak olmasa da, “açık anlam” kuralı (*règle de sens clair, Eindeutigkeitsregel*) kanunun lafzına belirgin bir önem yükliyordu³⁰. Federal Mahkeme de, bu doğrultuda sıklıkla, kanunun açık metninin yorumlanmaması gerektiği yönünde görüş bildiriyordu³¹.

²⁶ Boşluklarla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. HENRI DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code çivil, TDP II/1, Fribourg 1969, s. 89 vd.; BKomm-DÜRR, Art. 1 CC n. 298 vd. ve dahası özellikle STEINAUER, Le titre préliminaire, s. 125 vd.

²⁷ “Pragmatischer Methodenpluralismus” kavramını ilk kullanan mahkeme kararı ATF 121 III 219, 225 n. 1.d.aa’dır.

²⁸ Bkz. MARC AMSTUTZ, Oubos, Nachbemerungen zum pragmatischen Methodenpluralismus, in P. Gauch et al. (édit.), Mélanges en l’honneur de Pierre Tercier, Cenevre/Zürih 2008, s. 19 vd.; AMSTUTZ, Der Text der Gesetzes, RDS 2007 II 248 vd.; MARC AMSTUTZ/MARCEL A. NIGGLI, Recht und Wittgenstein: wittgensteins Philosophie als Bedrohung der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in P. Tercier et al. (édit.), Gauchs Welt: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, s. 3 vd.; KRAMER, Juristische Methodenlehre, s. 319 vd.; CoRo CC I-WERRO, Art. 1 CC n. 10 vd., 43.

²⁹ STEINAUER, Le Titre préliminaire, n. 103; KRAMER, Juristische Methodenlehre, s. 183 vd.

³⁰ Birçokları arasından bkz. STEINAUER, Le Titre préliminaire, n. 103; KRAMER, Juristische Methodenlehre, s. 59 ve 81 vd., özellikle s. 84; CoRo CC I-WERRO, Art. 1 CC n. 65 vd.

³¹ ATF 132 III 226 n.3.3.5; ayrıca bkz. ATF 135 III 640 n. 2.3.1, JdT 2010 I 95*; ATF 135 IV 113 n. 2.4.2; ATF 135 V 1 n.7.2.

Modern yorumlar, kanunun metninin somut herhangi bir olay için önceden hazırlanmış çözümler sunmadığını göstermiştir; kanun metni, somut olaya uygulanması gereken, genel ve soyut kuralları ifade eder³². Dahası, tartışmasız birbirinin aynı olan kuralları birden çok dilde yazılmış olan hukuk rejiminin, tamamen lafzi yoruma dayanması mümkün değildir. Bu demektir ki, özel ve somut olaya uygulanabilmesi için soyut norma anlam vermek gereklidir. Ayrıca, somut olayda, soyutla somutun arasındaki mesafe azaltılmalıdır ki bu da her zaman, özünde kurucu olan bir yorumlama süreci gerektirir³³.

Böylelikle, hukuk aktörleri, avukatlar ama özellikle hâkimler, özel bir normun sadece hâkimin bu normu somut olayların bütününe uygulaması halinde gerçekten var olacağının bilincinde olmalıdırlar. Bir hükmün her uygulanışı, söz konusu hukuk normuna *ek bir normatif yoğunluk (densité normative supplémentaire)* katacaktır.

Kavramların bu şekilde evrilmesinin ve bu saptamanın gücüyle, federal hâkimler; *açık hukuk metni olmadığını*³⁴, ama sadece (farklı dillerde de olsa) aynı hukuk metninin sistematik, amaçsal ve tarihi olmak üzere çok katmanlı (*multiplex*) yorumundan kaynaklanan, duruma göre farklı yorumlanan çözümlerin olduğunu kavramışlardır³⁵. Bu durumda, Federal Mahkeme bir yorum unsurunun diğerleri karşısında *a priori* üstünlüğünü reddetmiştir³⁶; hâkimler, yorum metotlarının zaman zaman farklı sonuçlar vermesini dikkate alarak “faydacı” (*pragmatique*) bir yaklaşım benimsemek gerektiği görüşündedirler³⁷.

³² Aynı yönde CoRo CC I-WERRO, Art. 1 CC n. 22; PIERRE MOOR, *Dynamique du système juridique, Une théorie générale du droit*, Cenevre/Zürih/Basel 2010, s. 242 vd. (okumanın boyutları üzerine)

³³ Bkz. PASCAL PICHONNAZ, *Le centenaire du Code des obligations*, RDS 2011 II 207.

³⁴ ATF 127 III 444, JdT 2002 I 213'den naklen. Aynı yönde açıklamalar için bkz. CoRo CC I-WERRO, Art. 1 CC n. 60.

³⁵ Çok katmanlı (*multiplex*) yorum kavramı için bkz. MARC AMSTUTZ, *Interpretatio multiplex: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Lichte von BGE 129 III 335*, in Honsell et al. (édit.), *Mélanges E.A. Kramer, Privatrecht und Methode*, Basel 2004, s. 67 vd.

³⁶ Bkz. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, s. 126 vd.; HANS-PETER WALTER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009, veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, RJB 147 (2011)*, s. 225, yakın tarihli içtihatlara da göndermeler ile; STEINAUER, *Le Titre préliminaire*, n. 320 vd.

³⁷ Kavram ilk defa ATF 121 III 219, 225 n.1.d.aa'da ortaya çıkmıştır. Aynı yönde bkz. ATF 136 V 195 n.7.1; ATF 133 III 175 n.3.1, JdT 2008 I 314; ATF 132 III 707 n.2, JdT 2007 I 61; ATF 131 III 33 n.2, JdT 2005 I 255.

İçtihadın Fransızca versiyonundan³⁸ daha iyi olarak İsviçre Almanca'sıyla yazılmış versiyonda, tıpkı 2013 tarihli şu kararda açıklandığı gibi, hâkimin hukuk yaratıcısı olarak rolünün altı çizilmiştir: “(...)Kanunun yorumlanması, normun lafzının değil, daha ziyade somut olayın anlaşılmasına ve kanunun somut olaya uygulanmasına dayalı düşüncenin rehberliğinde olmalıdır. Gerekli olan, normatif yapı içerisinde, kanunun ruhunun amaçladığı tatminkâr sonuca uygun olarak, somut olaya en doğru çözümü getirmektir. Burada Mahkeme, faydacı metodolojik çoğulculuğu takip eder ve yorum unsurları arasında hiyerarşik bir sıralamanın öngörüldüğü düşüncesini reddeder.”³⁹.

Şu halde yorum, somut olayda menfaatlerin araştırılarak adaletin sağlanması suretiyle⁴⁰ söz konusu normun içeriğinin belirlenmesi ve somut olayda uygulanmasından başka bir şey değildir⁴¹.

Yakın tarihli içtihatlar hukuk metninin soyut ve genel programının somut olaya uygulanması için güzel örnekler sunmuştur. Nitekim, İsv. BK m. 400/f.I uyarınca “Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.” Bu hükme dayanarak Federal Mahkeme, müşterilerinin vekili sıfatıyla hareket eden bankalar ve diğer finansal kuruluşların, aslında iş hacmi sağlayan bir finansal ürün sağlayıcısı sıfatıyla kazanç sağlamaları mümkün olduğu halde, aracılık komisyonu (*commission d'état, finder's fee*) adı altında almış oldukları meblağları müşterilerine iade etmelerine karar verdi⁴².

³⁸ Yayınlanan son karar ATF 139 II 49, 54 n.5.3.1'dir. Özel hukukta aynı yönde özellikle bkz. ATF 137 III 37, 342 n.3.1; ATF 136 III 283, 284 n.2.3.1; ATF 135 III 20, 23 n.4.4; ATF 133 III 555, 562 n.3.4.3.1.

³⁹ ATF 139 III 201, 205 n.2.5.1.

⁴⁰ FATIMA NIANG, De quelques contraintes européennes sur le juge suisse, in S. Besson/A.R. Ziegler (édit.), Le juge en droit européen et international/The Judge in European and International Law, Cenevre/Zürich/Basel 2013, s. 204.

⁴¹ PICHONNAZ, Le centenaire du Code des obligations (...), RDS 2011 II 209. Aynı yönde, WALTER, RJB 147 (2011), s. 222: “Yorumun amacı, ilgili normun içeriğinin, söz konusu olaya uygulanmak üzere en makul şekilde araştırılması ve uygulamaya konmasıdır.”

⁴² ATF 138 III 755, SJ 2013 I 217 (4A_127/2012 ve 4A_141/2012). Bu karar hakkında özellikle bkz. DANIELE GALLIANO/GIOVANNI MOLO, Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale, PJA/AJP 2012, s. 1766 vd.; PETER NOBEL, Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, in Jusletter du 19 novembre 2012; BEAT MATHYS/VITO ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?,

Geçmişte bazı bireysel komisyonların iade edilmesine mahkemelerce karar verilmiş olsa da⁴³, 30 Ekim 2012 tarihli söz konusu kararın ülkemizde faaliyet gösteren finansal kuruluşlar bakımından, salt İsv. BK m. 400/f.I'ın okunmasıyla öngörülemeyecek çarpıcı bir etkisi olduğunu söylemek gerekir. Diğer bir deyişle, m. 400 tarafından düzenlenen soyut ve genel kural Federal Mahkeme tarafından uygulamaya konulmuştur.

Acaba “vekilin, işbu sıfatla işini görürken aldıklarını iade etmesine” ilişkin bu soyut kuralın uygulanma şekli, normatif anlamda soyut kuralın kendisinden daha az değerde midir? Veya aksine, acaba içtihadi uygulamanın kurala bir vücut (ve tabii hayat) verdiğini mi düşünmeliyiz? Ve bunun sonucunda, Federal Mahkeme tarafından getirilen yeni ilkeler, sadece söz konusu karardan sonra yapılan sözleşmelere mi uygulanmalı yoksa bu ilkelerin geçmişe etkili olarak bütün vekâlet sözleşmelerini kapsayacak şekilde uygulanmasını mı kabul etmeliyiz?

Elbette, 400. madde hükmünün olası bütün yorumlara imkân verecek içeriğe zaten sahip olduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, işbu maddeye tâbi olan davanın taraflarından herhangi birisi, kararın bu kurala göre verilmesi nedeniyle şaşırıldığını öne sürerek itirazda bulunamazdır. Zira, böyle bir anlayış, hukuk uygulamasının güncel sorunlar karşısında evrim geçirmesini ve hukuk kurallarının toplumsal bağlamını göz ardı etmek olurdu⁴⁴. Esasen hukuk, mevcut bir toplum içinde ve bu toplumun belirli bir zaman diliminde ulaştığı noktada yazılır; ancak, özünde hukuk kuralları dinamiktir. Bu dinamik, elbette ki, davanın tarafları için bir belirsizlik ve güvensizlik durumu yaratır. Özellikle ilgili şahıslar için kararın önemi ne kadar büyükse, söz konusu belirsizlik ve güvensizlik o kadar artacaktır.

İçtihatlarda halihazırda bolca ele alınmış bir durum kanun tarafından, elbette bir miktar uyarlamak suretiyle, kristalize edilmiş ise

in Jusletter du 19 novembre 2012; PASCAL PICHONNAZ/Franz WERRO/BÉATRICE HURNI, La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755, PJA 2013, s. 887 vd. (ve birçok referans); FLAVIO ROMERIO/CLAUDIO BAZZANI, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, GesKR 2013, s. 49 vd.

⁴³ Özellikle ATF 137 III 393, JdT 2012 II 168; ATF 132 III 640, JdT 2008 I 58.

⁴⁴ Yakın tarihli benzer bir görüş için makalemize bkz. La concrétisation des changements sociaux dans le droit: éléments de réflexions, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2013 (vol.70), s. 130 vd.

durum daha da karmaşık bir hal alır. Genel işlem şartlarına ilişkin İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (*Loi fédérale contre la concurrence déloyale*) m.8'in kabul edilmesi buna örnek teşkil eder. 1 Temmuz 2011 tarihine kadar⁴⁵, sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının geçerlilik denetimi alışılmadık koşul (*clause insolite, Ungewöhnlichkeitsklausel*) incelemesine tâbi idi⁴⁶. Oysa söz konusu 8. maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte, bir tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları artık yeni bir hukuki rejime tâbi olacak ve büyük ihtimalle önceki döneme ait içtihatlardan etkilenecektir. Yeni bir hukuk metni söz konusu olduğu durumda, Medeni Kanunun son bölümünde yer alan geçiş hükümleri mahiyetindeki 1 ilâ 4. maddeler uygulama alanı bulacaktır. Eğer içtihatlarda, 2011 yılına kadar yürürlükte olan 8. maddenin eski halini genişleten bir yoruma dayalı, kendine has bir içerik denetimi söz konusu olsaydı (örneğin hilenin şartlarını genişçe yorumlamış olsaydı⁴⁷), Federal Mahkeme çok büyük ihtimalle bu içtihadının geçmişe etkili olduğunu kabul ederdi⁴⁸.

Biz, kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m.8 hükmünün önceden akdedilen sözleşmelere de derhal uygulanması gerektiğini savunduk⁴⁹. Buna karşın, öğretide diğer bazı yazarlar, bu kuralın yürürlüğe girmesinden evvel akdedilen

⁴⁵ Yeni hüküm 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RO 2011 4909).

⁴⁶ Alışılmışın dışında koşul kuralının uygulanması ve sınırlamaları üzerine bkz. ALFRED KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, PJA 2008 947 vd.; ARIANE MORIN, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 2009 497 vd., özellikle s. 519; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5. Bası, Zürih 2012, n. 880; FRANZ WERRO, L'achat et le leasing d'un véhicule automobile: regard critique sur les conditions générales, in F. Werro/H. Stöckli (édit.), Journées du droit de circulation routière, Bern 2006, s. 8 vd.

⁴⁷ Zaten Federal Mahkeme'ye göre hatanın şartları (ya da Almanca metne sadık kalıp tam ifade edecek olursak aldatmanın şartları) dava konusu sözleşme hükmünün üslubunun yanlış anlamaya müsait olması halinde gerçekleşir; herhangi bir aldatma kastının ispatı aranmaz; ATF 119 II 443 n. 1.c, SJ 1994 637; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9.bası, Zürih 2008, Cilt I, n. 1154 vd.; DOMINIQUE JUNOD MOSER, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, tez: Cenevre 2001, s. 166.

⁴⁸ Bkz. yukarıda dn.8

⁴⁹ PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel art.8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR/DC 2012 s.140 vd.

sözleşmelere uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedirler⁵⁰. O halde, bu iddia kabul edilecek olursa, genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin olarak alışılmadık koşul kuralının sağladığı gizli koruma zırhı, yeni 8. madde ile –elbette geliştirilerek– yeniden ele alınmış olsa da, bunun derhal uygulanması kabul edilmeyecektir. Oysa ki, çokça yaygın olarak kullanılan genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, eğer yeni bir içtihatla “alışılmadık koşul” olarak kabul ediliyorsa⁵¹, 8. madde hükmü kamu düzeninden sayılsın ya da sayılmasın, geçmişte akdedilen ve yürürlükte olan sözleşmelerin tümünde bu şekilde (alışılmadık koşul olarak) kabul edilecektir. Böyle bir ayırım yapmak mantıklı mıdır? Son bölümde ele alacağımız mesele budur.

III. İÇTİHATLARIN ZAMAN İÇİNDE DEĞİŞMESİ HAKKINDA KURALLAR

İçtihatlara eklenen her bir mahkeme kararı, bir hukuk normunu somutlaştırmaya yarayacak bir miktar daha unsur sağlamakta, normatif yoğunluğa katkı yapmaktadır. Buna karşın, eğer her bir kararın “*normatif değeri*” aynı ise, hiçbirisi tek başına normun yorumunu değiştirmez veya Pierre Moor’un sözlerine atıf yapacak olursak, “temel hukuki metinde aynen varlığını sürdüren hukuki kelimelerin anlamlarının dilbilimi bakımından değiştirilmesi” için bir zorunluluk bulunmamaktadır⁵². Bu saptama, zaman içinde içtihatların uygulanması bakımından önem arz etmektedir.

Böylelikle, bir mahkeme kararı; karmaşık bir durumu çözmek için veya önceden farklı şekilde yapılan bir uygulamayı (tıpkı aracılık komisyonu meselesinde olduğu gibi) artık farklı şekilde yapmak için belirli bir uygulamayı vurguluyorsa; yahut önceden öngörülmesi güç veya

⁵⁰ Özellikle GREGOR BÜHLER/RICHARD STÄUBER, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art.8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht2012, s.89; MARKUS HESS/LEA RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art.8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, PJA 2012 s. 1211; FLORENT THOUVENIN, Art.8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in Jusletter du 29 octobre 2012 n.59; MARKUS VISCHER/GILLES BENEDEK, Die intertemporale Anwendung von Art. 210 Abs. 4 OR, Jusletter du 3 Décembre 2012 n.49 vd.

⁵¹ Yakın tarihli örnekler için bkz. ATF 138 III 411 n.3, SJ 2012 I 445; ATF 135 III 1 n. 2.1, JdT 2011 II 516; ATF 135 III 225, 227 n.1.3, JdT 2009 I 475; TF 4A_404/2008, 18.12.2008.

⁵² MOOR, Dynamique du système juridique, s. 259.

beklenmedik ani bir yenilik, değişim ya da gelişim getiriyorsa içtihatların değişmiş olduğundan bahsetmek mümkün olur⁵³.

Elbette ki, bu kategorilerin tam anlamıyla sınırları ve ayrımları belirlenmiş değildir. Mahkemelerin bazen açıkça beyan ederek içtihat değişikliği yaptıkları halleri⁵⁴ veya bazen “içtihatların birleştirilmesi” (*précision de jurisprudence*) olarak sayılan halleri⁵⁵ ya da önceki kararlara ışık tutan son vakianın veya kararın dikkatle okunması suretiyle değişimin fark edilebileceği halleri içtihat değişikliği olarak düşünmek yeterlidir.

Her şeyden önce “içtihatlardaki modülasyon^{****}” (*modulation de jurisprudence*), “yeni anlamların yüklenmesi” (*remotivation sémantique*) hallerinde kararın zaman içinde nasıl uygulanacağı meselesi söz konusu olacaktır. Nitekim, içtihatlardaki modülasyon zaman içinde belli belirsiz gerçekleşmiş olabilir; o halde, bazen kararın geçmişe etki edip etmeyeceği tartışılırken içtihat değişikliğinin ne zaman gerçekleştiğine ilişkin bir zaman sınırı koymak ya da saptamak zor olabilir.

Bir kararın geçmişe etkili mi yoksa geleceğe yönelik etkili mi olması gerektiğine dair yardımcı olabilecek en azından üç kıstas düşünülebilir:

⁵³ Birinci başlık altında incelediğimiz kararı takiben Guy Canivet köklü içtihat değişikliğini şu şekilde açıklamıştır: “Mahkemenin, bir davayla ilgili olarak, kanunu öncekinden farklı yorumladığı her halde bir köklü içtihat değişikliği söz konusudur.”, CANIVET/MOLFESSIS, JCP 2004, s. 2295 vd., doctrine I 189.

⁵⁴ İçtihat değişikliğinin varlığının açıkça reddedildiği bir örnek için bkz. ATF 137 III 352; içtihat değişikliği kıstasları için bkz. ATF 138 III 270, 273 n.2.2.2: “Bir içtihat değişikliği özellikle hukuki kavramlar ve durumlar evrim geçirmiş veya yeni uygulama kanunkoyucunun iradesini daha iyi yansıtıyorsa haklı görülebilir.”; ATF 137 V 282, 292; idare hukuku uygulamasından aynı kıstaslara tâbi bir içtihat değişikliği için bkz. ATF 136 III 6, 8 n.3. Aynı yönde, içtihat değişikliklerinin tipolojisi için bkz. PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 253 vd.

⁵⁵ İçtihatların birleştirilmesi örnekleri için bkz. ATF 139 III 190, 193 n.4.4 (harcamalar hakkında Medeni hukuk sorumluluğu ve Usul hukuku ilişkisi üzerine); ATF 139 III 155, 159 n.5.3 (primler ve maaşa dâhil ödemelerin ayrımı hakkında).

^{****} Çevirmenin notu: Fransızca’da “Modulation” sözcüğü; müziğin tonunun ya da bir rengin tonunun değişimi anlamında kullanıldığı gibi, yeni durumlara göre yapılan fiyat vs. uyarlamalarında da kullanılmaktadır. Örneğin, rengin sarıdan kırmızıya dönmesi bir köklü değişiklik iken, sarının daha koyu ya da daha açık hale gelmesi bir ton değişikliği yani modülasyondur. Yazar burada, içtihatların kökten değişmediği, ancak mahkemelerin görüşlerinde günün ve olayın koşullarına göre meydana gelen ve zaman içinde gerçekleşen hafif yorum değişikliğinin olduğu durumları kastetmektedir.

- *Yeniden yönlendirmenin önemi.* Yeniden yönlendirmenin (kavramların yeniden anlamlandırılmasının) etkisiyle, belirli bir olayda, davaya taraf olan kişilerin bazı yerinde beklentilerinin dikkate alınması haklı görülebilir.

- Ortaya çıkan çözümün *beklenmedik karakteri*, öyle bir boyuttur ki dava tarafları bunu öngöremezler, kendilerini buna büyük ölçüde hazırlayamazlar; aracılık komisyonlarının iadesine ilişkin kararda durum böyle olmuştur.

- Ulaşılan çözümün *yeni karakteri*, daha önce bu şekilde çözümlenmemiş olan bir meselenin mahkeme tarafından ilk defa bu şekilde karara bağlanması; genel işlem şartlarında yer alan bir maddenin şaşırtıcı koşul olarak kabul edilmeye başlanması veya *lex Weber* örneğinde⁵⁶ olduğu gibi anayasal bir değişikliğin uygulanmaya başlanma anı durumları buna örnek olarak düşünülebilir.

Sadece içtihatların kökten değişmesi halinde değil, içtihatlardaki modülasyon hallerinde de bir geçiş rejimi belirlemek gereklidir. Bu konuda birden çok olasılık düşünülebilir⁵⁷. Nitekim, eğer bir içtihatdaki modülasyon, bir kanun metnindeki değişiklik ile normatif gücü ve etkileri bakımından denk sayılır ise⁵⁸, o halde geçiş rejimi için Medeni Kanunun son bölümünün 1 ilâ 4. maddelerinin kıyasen uygulanması yerinde olurdu.

Medeni Kanunun son bölümünün 1. maddesi hükmü yeni kanunun geçmişe yürümezliği kuralını düzenlemektedir. Bunun ana fikri, geçmiş bir olayın, ilke olarak, yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte farklı hukuki sonuçlar doğurmamasıdır. Burada hukuk güvenliği düşüncesinin etkisini görülmektedir. Esasen kanunkoyucu, burada, örneğin bir sözleşmenin taraflarının işbu sözleşmeden kaynaklanan beklentilerine etki etmek istemediğini açıklamaktadır. Temel ilke, geçmiş olaylara geçmiş

⁵⁶ Lex Weber ile ilgili bkz. ATF 139 II 243 (1C_646/2012); ATF 139 II 271 (1C_649/2012)

⁵⁷ REICH/UTTINGER, RDS 2010 I 178 vd., birçok öneri ileri sürmektedir. Özellikle (a) içtihatların kökten değişmesinin beyan edilmesi (BÉATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt 1983, s. 243); (b) kararı veren mahkemenin geçiş rejimini belirlemesi (PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 707 vd.); (c) sadece meseleye uygun kararların anında uygulanması (REICH/UTTINGER, RDS 2010 I 184 vd.).

⁵⁸ Aynı yönde bkz. REICH/UTTINGER, RDS 2010 I 175: “Hukuk uygulamasındaki değişimler metodolojik olarak kanun değişikliğinden güçlükle ayırt edilebilirler; işlevleri bakımından hukuk yaratan işlemlerdir.”

kanunun, yeni olaylara ise yeni kanunun uygulanmasıdır. Bundan yola çıkarak, daha sonra açıklayacağımız bazı istisnalar dışında, bir içtihadi modülasyonun aynı şekilde somut olaya uygulanacağı ancak evvelki olaylar için uygulama alanı bulamayacağı düşünülebilir.

Sözleşmesel anlamda, bilinmektedir ki, sözleşmenin oluşturduğu hukuki ilişki, bütün borçlar sona erinceye kadar devam etmesi nedeniyle bir zorluk bulunmaktadır. Bundan dolayı, eski kanun döneminde kurulan fakat henüz sona ermemiş bir sözleşme, yeni kanunun yürürlüğe girdiği anda bir “askıda olay” olarak kabul edilir⁵⁹. Böylece, sözleşmeyi meydana getiren, onu değiştiren veya sona erdiren hukuki olay yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş ise, bunun yeni kanun öncesinde bir olay olarak kabul edilmesi gerekir. Esasen, Medeni Kanunun son bölümünün 1. maddesinde düzenlenen sisteme göre, hukuki sonuçların varlığı değil; kurucu, değiştirici veya sona erdirici olaylar, yeni veya eski kanunun uygulanması bakımından belirleyici olacaktır⁶⁰. İchtihatların modülasyonunda da benzer şekilde düşünmek gereklidir.

Geçiş rejimine ilişkin olarak, geçmişe yürümezlik kuralının üç istisnası bulunmaktadır:

1. Kamu düzenine ve ahlaka ilişkin bir kuralın getirilmiş olması halinde (İsv. MK., son bölüm, m. 2/f.I) bu kural geçmiş veya halihazırda cereyan eden yahut askıda olan tüm olaylara uygulanır. Bir kuralın kamu düzeninden addedilmesi için emredici karakteri haiz olması yeterli değildir, günümüz hukuk düzeninin temel ilkelerine dair olması, başka bir deyişle, temel sosyo-politik veya etik kavramlarına hayat vermesi gereklidir⁶¹.

2. Taraf iradelerinden bağımsız olay (İsv. MK., son bölüm, m. 3) veya kazanılmış hak doğurmayan olay (İsv. MK., son bölüm, m. 4). Aslında bu iki hüküm geniş anlamda aynı düşünceyi ifade etmektedir: Eski olaylar dahi, kazanılmış hak doğurmadıkça yeni kanundan etkilenecektir⁶²; çünkü ya hakkın içeriği sadece kanuna bağlıdır ya da tarafların somutlaştırdığı veya bir hukuk devletinde haklı güven

⁵⁹ MARKUS VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, s. 36.

⁶⁰ MARKUS VISCHER, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Bası, Bâle 2011, Art. 1 Tit. fin. n. 9 (anılış: BaK-VISCHER); ATF 133 III 105, 108.

⁶¹ Özellikle bkz. ATF 133 III 105, 109 n. 2.1.3.

⁶² BaK-VISCHER, Art. 3 Tit. fin. n. 3. Aynı yönde bkz. ATF 133 III 105, 109 n. 2.1.1.

kazandıkları (*position de confiance, Vertrauenposition*) bir hal söz konusu değildir⁶³.

İçtihatların modülasyonu halinde, aynı ilkelerin uygulanması mümkündür. Zaman alan bir kanun değişikliğinden farklı olarak, her ne kadar kanun değişikliğinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği son ana kadar belirsizliğini korusa da⁶⁴; içtihatların modülasyonunun gerçekleşeceğini önceden müjdeleyen hiçbir işaret bulunmamaktadır. Hatta, Federal Mahkeme kararlarının, kendisinden önce gelen kantonal kararları ters köşede bırakması mümkündür. Bundan dolayı, Mahkeme, herhangi bir somut olayın özelliklerini irdeleyerek bu olayda tarafların menfaatlerini korumak amacıyla, önceki bir içtihadı modülasyonun uygulanmasını saf dışı bırakmayı haklı gösterebilir ve söz konusu modülasyonun geleceğe yönelik uygulanmasına karar verebilir.

Federal Mahkeme bunu birçok kez hatırlatmıştır. Köklü bir içtihat değişimi sadece gelecek olaylara uygulanabilir⁶⁵. O halde, içtihat değişiklikleriyle ilgili bir çeşit *ağırlaştırılmış geçmişe yürümezlik ilkesi* (*Principe de non-retroactivité renforcée, purely prospective overruling*⁶⁶) söz konusudur. En azından, içtihat değişimlerinin beyan edilmesi ilkesi

⁶³ BaK-VISCHER, Art. 3 Tit. fin. n. 5 vd. Aynı yönde bkz. ATF 133 III 105, 108; ATF 131 III 327, 332.

⁶⁴ Bu konuda, (İsim hakkına ilişkin olarak 2001 yılında olduğu gibi) Federal Meclis'in son oylamada reddettiği tasarılar veya parlamentonun büyük desteğine rağmen halk oylamasına konu olan kanun değişiklikleri akla gelebilir.

⁶⁵ Ender de olsa temyiz hakkını etkileyen değişimler için bkz. ATF 135 II 78, 85 n.3.2 (itiraz nedeniyle kısaltılmış süre); ATF 122 I 57, 61 n. 3d (temyiz hakkı). Aynı yönde ATF 116 II 493, 496, JdT 1994 I 190; ATF 116 Ia 359, 382, JdT 1992 I 98. Daha başka atıflar için bkz. PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 701.

⁶⁶ Evleviyetle bkz. PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 700 vd.; WALTER KLAPPSTEIN, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, Berlin 2009, passim. İskoç ve İngiliz uygulaması için bkz. Cadder v. Her Majesty's Advocate (Scotland) [2010] WLR 2601: "İşte şimdi hatırı sayılır miktarda hükmün etkisiyle ilgili olarak mahkemenin kararlarının geçmişe etkisini sınırlama gücü bulunmaktadır: Bakınız, örneğin, In re Spectrum Plus Ltd [2005] UKHL 41, [2005] 2 AC 680; Ahmed v HM Treasury (no2) [2010] UKSC 5, [2010] 2 WLR 378, para 17 [...]". Aynı yönde Amerikan hukukunda Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 639-40 (1965); BERYL HAROLD LEVY, Realist jurisprudence and prospective overruling, 109 (1960) U. Pa. L. Rev. s. 1 vd., özellikle s. 7 vd. (yazar, üç ayrı halini inceliyor.); WALTER V. SCHAEFER, Prospective Rulings: Two Perspectives, 1982 Sup. Ct. Rev. 1; ROGER J. TRAYNOR, Quo Vadis, Prospective Overruling: A question of Judicial Responsibility, 28 (1977), Hastings Law Journal s. 533 vd.

taraflar için meydana gelebilecek sürpriz etkisini azaltma ihtiyacını kısmen karşılar⁶⁷.

Bazı hallerde açıkça gerçekleşen bir içtihat değişikliğinde geçerli olan⁶⁸ (basit) geçmişe yürümezlik kuralı, ilke olarak, içtihatların birleştirilmesi halleri de dâhil, tüm içtihat değişiklikleri için geçerli olmalıdır. Başka bir deyişle, yukarıda tanımladığımız anlamıyla tüm içtihadi modülasyonlar⁶⁹, geçmişe etkili olmamalı ancak somut olaya (ilke olarak) derhal uygulanmalıdır.

Geçmişe etki sadece bir istisna olarak değerlendirilmelidir. Aslında, tıpkı yeni bir kanun metni gibi, hukuk güvenliğine ve tarafların belirli bir hukuk anlayışına duydukları güvene nazaran içtihatlardaki modülasyonun derhal uygulanmasına ağırlık verilmesi yerinde olacaktır⁷⁰.

O halde içtihatlardaki modülasyonun geçmişe etkili olması sadece ve sadece şu ihtimallerde söz konusu olabilir:

1. *Kazanılmış hak doğuran bir durumun yokluğunda* (İsv. MK, son bölüm, m.3'e kıyasen). Bu örneğin, içtihadi modülasyon taraf iradelerine ya da usul kurallarına ilişkin değilse söz konusu olacaktır. Bundan dolayı, sözleşmeler hukuku alanında kanun hükümlerinin yorumu geçmişe etkili olmayacak zira sözleşmenin içeriği taraflar tarafından belirlenecektir. O halde, aracılık komisyonuna ilişkin içtihatındaki modülasyonun geçmişe etkili olmaması gerektiği sorgulanabilirdi. Burada daha ziyade, sözleşmenin içeriğinin o güne kadarki yorumu İsv. MK. son bölüm m.4 anlamında bir haklı güven yaratmış gibi görünmektedir. Bu durumda, tek yapılması gereken, olayın kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmedığının tespit edilmesiydi ki bu da pek muhtemel görünmemektedir.

2. *Kamu düzenini ya da genel ahlakı ilgilendiren* bir kuralın yorumu söz konusu olduğunda (İsv. MK, son bölüm, m.2'ye kıyasen). Bir

⁶⁷ KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, s. 295'de verilen örnekte ATF 109 II 116, 120 kararında ATF 112 II 450, 455'in değişimi bildiriliyor. BKomm- EMMENEGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 CC n. 494 aynı örneği alıyor ancak bildirimde değil sadece değişime vurgu yapıyor.

⁶⁸ Federal Mahkem, halen daha içtihatlarla bir geçmişe etki atfetmek eğilimindedir. Buna karşın bkz. TF 15.05.2009, StE 2010 A 24.5, n.6 cons.6: "Hukuk uygulamasındaki bir değişim sadece geleceğe etki eder."

⁶⁹ Bkz. yukarıda s. 57.

⁷⁰ Detaylı bir inceleme için bkz. THOMAS PROBST, *Die Änderung der Rechtsprechung*, s. 520 vd.

içtihatla modülasyon, özellikle bir içtihadın değişimi; hukuk güvenliği ile zaman içinde farklı yorumlanmayı gerektiren hukuki kavramların ciddi ve objektif değişimi (*modification sérieuse et objective, ernsthafte sachliche Änderungsgründe*) arasındaki menfaatler dengesinin iyi tartılmasını gerektirir⁷¹. Bundan yola çıkarak, kamu düzenini veya genel ahlaki ilgilendiren bir içtihat değişikliğinin geçmişe etkili olmasını kabul etmek konusunda biraz daha rahat olmamız gerekir. Bir genel işlem şartının haksız olduğunu belirten bir içtihat için de aynı şekilde düşünebiliriz. Esasen, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m.8 kamu düzenini ve genel ahlaki ilgilendiren bir norm olarak kabul edilmeli⁷² ve evleviyetle bu ilkeye uygun şekilde uygulanmalıdır. Böylelikle, bu koşula ilişkin içtihatlar, devam etmekte olan ve işbu koşulu içeren tüm sözleşmelere, tarafları farklı olsa da uygulanmalıdır.

SONUÇ

Eğer bir hukuk kuralının metni –en azından geçerlilik süresi içinde– soyut ise, anlamı ve tabi ki normatif kapsamı, olası somut uygulamalara imkân verecek şekilde, yoruma konu olur⁷³. Davanın taraflarının davranışlarını belirleyen, hukuk metninin ortaya koyduğu genel ve soyut norm kadar bunun somut uygulamada nasıl algılandığıdır. Normatif güç, tıpkı hekimin sonucu temin yükümlülüğüne ilişkin Fransa’da geçen davada olduğu gibi, soyut metinden ziyade içtihat kararlarından kaynaklanır. Bu nedenle, içtihatların zaman içinde modülasyonunun zamansal etkisine dikkat etmek önemlidir.

Ayrıca, geçmişe etkinin uygulanıp uygulanmayacağını düşündüren dar anlamda içtihatların değişimi değildir; belirli bir zamandaki normatif yoğunluğun anlamının modülasyonudur.

Böylelikle, zaman içinde gerçekleşen içtihadi modülasyonların geçmişe etkili olacağı uzunca bir süre düşünülmüş olsa dahi; mahkeme kararlarının doğasıyla ilgili yeni düşüncelerin ortaya çıkması, geçiş rejimi

⁷¹ Örneğin bkz. ATF 136 III 6, 8 n.3

⁷² Benzer bir görüş için bkz. PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, BR/DC 2012, s. 138 vd.; Karşıt görüş için bkz. VISCHER/BENEDEK, Die intertemporale Anwendung, n. 47. Bu görüş, Yönetmelik m.10/f.1’e dayanmakta ve bunun sadece geleceğe etkili bir yürürlük öngördüğünü ve bundan dolayı kamu düzeninden sayılamayacağını ileri sürmektedir. Oysa ki, 93/13 sayılı Yönetmelik, Avrupa Birliği içerisinde görev ve yetki paylaşımı kuralları gereği geçmişe etkili yürürlük kazanamaz.

⁷³ MOOR, Dynamique du système juridique, s. 115.

kuralları hakkında geliştirilen ilkelerin *mutatis mutandis* uygulanmasını mecbur kılmaktadır. Böyle bir yaklaşım, bir içtihadi modülasyonun geçmişe etkili uygulanmasının haklı güveni hayal kırıklığına uğratmasına ilişkin meselenin daha iyi ele alınmasını sağlar. Kanun değişikliklerinde söz konusu olan geçiş rejimi kurallarının içtihatlardaki modülasyonlara uygulanması, birtakım küçük farklılıklar olsa da, eşit işlem meselesine çare olacaktır⁷⁴. Aynı zamanda bunların, kanun koyucunun koyduğu, elbette ki hâkim kararıyla somutlaştırılacak genel ve soyut ilkeler olduğu nazara alınmalıdır.

⁷⁴ KRAMER'e göre bu, hukukun zaman içinde değişmesinin temel sorunudur (Bkz. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, s. 293. Aynı yönde bkz. BÉATRICE WEBER-DÜRLER, *Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung*, ZBI 105/2004, s. 1 vd. ve özellikle s. 16).