

DANIŞTAY'IN İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME UYGULAMASI

Prof. Dr. Lûtfi DURAN

«Evet, kaçınılmaz evrimler vardır, bu bir gerçek. Bugünün sistemi, günün birinde yerini elbet yeni bir sisteme bırakacaktır, bu da inkâr edilemez. Ama, gene de, Hukukun misyonu, yargıcın misyonu, herşeyden önce, kuralların genelliği ve istikrarı yoluyla, güvenliği sağlamaktır.»

Prof. Jean Rivero

Apologie pour les «faiseurs de systèmes» (Sistem'bazlara methiye),
Recueil Dalloz, 1951, Chroniques XXIII, p. 102.

Türk hukuk düzenine özgü olan içtihatları birleştirme usulünün, Anayasa'ya uygunluğu ve yargı görevi ile uyumluluğu sorunu burada söz konusu edilmeden,¹ bir «veri» olarak kabulü halinde; bu yolun, yüksek mahkemelere Hukuku geliştirme ve ilerletme fırsat ve imkânını veren en elverişli prosedür olduğu söylenebilir. Gerçekten, içtihatlarını birleştirmeye yetkili kılınan yargı mercileri, çelişen ve çatışan özel ve öznel kararlarına konu olan somut uyuşmazlık ve olaylardan sıyrılarak, bunların ortaya çıkardığı tartışmalı ve çetin soyut hukuk sorununu, bu yoldan, genel ve nesnel bir çözüme bağlamak, yani o noktada bir prensip kararı almak durumundadır. İşte yüksek mahkemeler, somuttan soyuta çıkmayı ve öznel-den nesnele geçmeyi sağlayan bu işlemleriyle, Hukuka daha çok ve daha açık biçimde katkıda bulunmak olanağına sahiptir.

¹ L. Duran, «Tevhid-i içtihat nedir?», Siyasî İlimler Mecmuası, Cilt XXIII, Sayı 269, s. 226-229, Ağustos 1953; aynı yönde: Aydın H. Tuncay (Danıştay Üyesi), *İdare Hukuku ve İdarî Yargının bazı sorunları*, Beşinci Bölüm «İdarî Yargıda İctihatları Birleştirme Müessesesi», Ankara, Danıştay yayınları No. 14, 1972, s. 240-277; Sayın Danıştay Üyesi, bu kitapta yer alan düşüncelerini, daha önce, hazırlanmasına katıldığı «Yüzyıl Boyunca Danıştay» (Ankara 1968) adlı ortak yapının «İdarî yargılama usulü» başlıklı bölümünün «V-İctihatların Birleştirilmesi» paragrafında (s. 703-711), kısaca açıklamış idi.

Bu yazıda, yüksek idare mahkemesi Danıştay'ın son zamanlarda içtihatları birleştirme uygulamasında bu yönde bir eğilim ve çaba gösterip göstermediğini ve vardığı sonuçları inceleyip saptamağa çalışacağız. Bu konuda, araştırmayı kolaylaştırması bakımından, yeni «Danıştay Dergisi» nin 1972 Ekim ayında çıkan 4 üncü sayısında toplu halde yayınlanmış olan 1971 yılının ilk üç ayı içinde Danıştay'ca ısdar edilmiş (24) tane İçtihadı Birleştirme Kararını gözden geçirip, eleştireceğiz. Söz konusu kararları incelerken, tarih ve numaraları ile anmakla beraber; bunlardan yapacağımız aktarmaların yerini, adı geçen dergideki sayfeleri işaret ederek göstereceğiz.

Danıştay'ın bu içtihadı birleştirme kararlarının tahliline girişmeden önce, hemen hepsinde sözü edilen 521 sayılı Danıştay Kanununun mezkûr usule ilişkin 45 inci maddesini, olduğu gibi, buraya aktarmakta yarar vardır: « — İçtihatları Birleştirme Kurulu, Dâva Dairelerinin veya Dava Daireleri Kurulunun kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli sayıldığı takdirde, Birinci Başkanın havalesi üzerine, Başkanın sözcüsünün düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir.» Danıştay Yüksek Kurulunun kalkış ve dayanak noktası bu madde olduğuna göre, içtihatları birleştirme işleminde şu üç ihtimal söz konusu olabilir:

- ya kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunmaz;
- ya aykırılık veya uyuşmazlık saptanmakla beraber, içtihadın birleştirilmesine lüzum görülmez;
- ya da, aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi için, içtihadın birleştirilmesine karar verilir.

Ancak Danıştay'ın yetkili hey'eti, ilk iki şıkta, «*İçtihadın birleştirilmesine yer olmadığına...* karar» vermekte olduğundan, bunları kaynaştırmakta ve bu alanda, sonuç itibariyle, olumsuz veya olumlu iki tür karar alır görünmektedir. Buna rağmen biz, konuya açıklık ve sorunlara özellik sağlayan kanunun öngördüğü üçlü ayırımı incelememizin planı olarak kabul edeceğiz.

I. Kararlar arasında aykırılık ve uyuşmazlık bulunmuyor...

Danıştay İçtihadları Birleştirme kurulu, ilk iş olarak, önüne getirilen kararlar arasında aykırılık ve uyuşmazlık bulunup bulunmadığını araş-

tırmaktadır. Gerçekten, ortada çelişen ve çatışan hükümler yoksa, birleştirilmesi mümkün ve mevzu bahis içtihadlar da mevcut değil demektir. Bu takdirde, kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunmadığı saptandıktan sonra, içtihadları birleştirmeye yer ve imkân olmadığına karar vermekten başka bir sonuca varılamaz.

Ancak, kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk, hangi hal ve şartlarda var veya yok sayılabilir? Danıştay bu soruyu, «iki karar arasında aykırılık veya uyumsuzluktan bahsedilebilmesi için maddî olay ve hukukî dayanakta ayniyet bulunmasına rağmen birbirine zıt kararlar verilmiş olması gerekir.»² biçiminde karşılamakta ve adetâ kaziyei muhkemenin, dâvaların tarafları dışında kalan, varlık şartlarının gerçekleşmesini zorunlu saymaktadır.

Böyle olunca, içtihadların birleştirilmesi usulü, Uyuşmazlık Mahkemesi önünde hüküm ihtilâflarının çözümlenmesi gibi, belki ondan da daha sıkı kayıt ve şartlar altında, sadece belirli bir uyumsuzluğa uygulanacak hukuk kuralının neden ibaret bulunduğunu veya uygulanış biçimini saptamaktan başka birşeye yaramamaktadır. Nitekim inceleme konumuz yirmi dört karardan hemen hemen hiçbiri, ilişkin olduğu belli özel ve somut uyumsuzluğun üstüne çıkıp, geniş kapsamlı genel ve soyut bir hukukî soruna çözüm getirmiş değildir. Kanundaki «kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk» ibaresinin böyle bir serbestliğe ve genişliğe engel olduğu ileri sürülemez. Çünkü, bu ibare, kararlara konu olan uyumsuzlukların bütün unsurlarında «ayniyet» ve hattâ «benzerlik» bulunması şartını ihtiva veya tazammun etmemekte; sadece üzerinde içtihad ihtilâfı doğan hukukî sorunda birlik mevcut olmasını gerektirmekte ve yeterli saymaktadır.

Birleştirilmiş içtihadların değiştirilmesi işlemi, kanunda herhangi bir kayıt ve şarta bağlanmamış ve, hukukî niteliği itibariyle, içtihadın birleştirilmesinden farksız bulunmuş olduğuna göre; kararlar arasındaki aykırılık veya uyumsuzluk koşulu, aslında içtihad ihtilâfının doğduğu noktayı saptamaya, yani çözümlenmesi gereken genel hukukî sorunu ortaya koymaya fırsat ve imkân veren bir belirtidir. İctihatların birleştirilmesi usulünde önemli unsurun, bizatihi kararlar değil, bunların içerdiği ortak hukukî sorun olduğu; adigeçen prosedürü Danıştay'a ilk ithal eden 21 Temmuz 1931 tarihli ve 1859 numaralı Kanunun TBMM'nde incelenmesi

² 23 Ocak 1971, E. 1966/62-K. 1971/8, S. 113; 23 Ocak 1971, E. 1967/1-K. 1971/13, s. 122; 20 Şubat 1971, E. 1967/11-K. 1971/14, s. 126-127.

sırasında, Adliye Encümenince «Deavî dairelerinden verilecek *mümasil mesailde* birbirine mübayin *kararlar* için içtihadın tevdihi hususunda bir hüküm konmasını(n) tamamen musip gör»ülmesinden de ³ açıkça anlaşılmaktadır.

Gerçekten içtihadları birleştirme usulü, belirli uyuşmazlıkların çözümlenmesinde başvurulmuş olağan veya olağanüstü bir kanun yolu olmayıp, Hukuk birliğini ve eşitliğini sağlamağa yarıyan ayrıcalı bir prosedürdür. Onun bu nitelik ve amacı, içtihadları birleştirme işlemi olduğunca genelleme, soyutlama ve genişleme yöntemiyle sonuçlara ulaşılmasını gerektirir. Aksine bir tutum ise; Danıştay'ın izlediği yolda, gerçek aykırılık veya uyuşmazlık bulunan kararlar arasında dahi bunun görülmemesine kadar varabilir ve aynı yönde bir alışkanlık ve teamül yaratabilir.

Şöyle ki Danıştay, 9 Ocak 1971 tarihli ve E 1966/79-K.1971/2 numaralı kararında; «Gümrük idarelerince tahsil olunan vergiler için mükellefler hakkında düzenlenen ödeme emirlerine karşı yöneltilen itirazların, doğrudan doğruya Danıştay'ın ilgili dairelerince mi, yoksa ilk önce vergi itiraz komisyonlarınca mı inceleneceği konusunda» (s.95) 4. ve 7. daireler arasında bulunduğu ileri sürülen içtihad ihtilâfının varlığını, sırf kararlardan birinde «*kanuna uygun bir ödeme emri tanzim edilmiş olduğu*» (s. 95) gerekçesine dayanılmış olduğu nedeniyle, «Her iki karar arasında dâva konusu gerekçe ve sonuç bakımından ayniyet bulunmadığı açıktır» (s.96) diyerek, kabul etmemiş ve içtihadın birleştirilmesine yer olmadığı sonucuna varmıştır. Oysa, bu hukukî sorun üzerinde daire ve hey'etler arasında ciddi tereddüt ve görüş ayrılıkları bulunduğu, benzer bir meseleyi çözümlen, 13 Mart 1971 tarihli ve E. 1969/13 — K. 1971/18 numaralı diğer bir içtihadı birleştirme kararının (s. 139-144) mündericatından ve sonucundan anlaşılmaktadır.

Bunun gibi, 23 Ocak 1971 günlü E. 1965/1-K. 1971/9 sayılı kararda; memurların fizyoterapi ve sıcak su ile tedavisi masraflarının kurumlarınca hangi hal ve şartlarda ödeneceği hususunda, 5. daire kararları arasında uyuşmazlık bulunduğu ileri sürülmüş ise de; Danıştay söz konusu olaylarda ne gibi uyumsuzluk gördüğünü iyice belirtmeden, “her iki davaya konu olan maddî olaylarda *tam bir beszerlik* müşahede edilmemesi sebebiyle aralarında aykırılık ve uyuşmazlık da hahis konusu olamayacağından... İçtihadın birleştirilmesine yer olmadığı”nı (s.115) kabul etmiştir.

³ A.H. Tuncay, *op.cit.*, s. 247 den naklen; «mümasil mesailde .. kararlar» ibaresinin altı tarafımızdan çizilerek.

Nihayet, 23 Ocak 1971 tarihli ve E. 1967/1-K. 1971/13 numaralı kararda; «20-21 Mayıs olayları sanıklarından askerî mahkemece yargılanıp beraatlerine karar verilmiş bulunanlardan; 5434 sayılı Kanunun 39 uncu maddesinin E fıkrasına göre disiplinsizlikten sicillen emekliye sevk edilen subayların bu emeklilik işlemi aleyhine açtıkları dâvalardan bir kısmı kabul edilerek emeklilik işlemi iptal edilmiş olduğu halde, aynı durumda olan diğer bir subayın açtığı davâ reddedilmiş bulunduğundan» (s. 122); 10. daire kararları arasında bu sebeple hâsıl olan aykırılığın giderilmesi istenmiş ise de; «*olayda benzerlik bulunmakla beraber, birbirine aykırılığı ileri sürülerek birleştirilmesi istenen kararlar, dâvacıların gizli sicilleri ve mahkeme dosyaları getirtilerek incelenmek suretiyle sanıkların sicilleri ve olaylara karışma dereceleri gözönüne alınmak suretiyle hâdisevî mahiyette verilmiş ve bu nedenle kararlar arasındaki aykırılık içtihadın birleştirilmesini lüzumlu kılacak nitelikte görülmemiştir.*» (s. 123) denilmiştir.

Danıştayın bu son gerekçesine itibar edilirse, çelişen ve çatışan kararlar mutlaka ve daima «*hadisevî mahiyette verilmiş*» bulunduğundan, bunlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın içtihatları birleştirme yolu ile giderilmesi her zaman lüzumlu görülmebilir.

Böyle bir sonuç, abartılmış sayılabilirse, de; Danıştay'ın bu noktadaki yöntem ve tutumunun nerelere kadar götürülebileceğini belirtmesi bakımından, anlamlı ve önemlidir. Bu itibarla, içtihadları birleştirme usulünün gereği gibi işleyebilmesi için, bu işleme konu olacak kararların, hukukî sorun dışındaki unsur ve ayrıntılarından sıyrılarak, prensip meselesi üzerinde bir çözüme ulaşmak için çaba gösterilmelidir.

II. İçtihatların birleştirilmesine lüzum görülüyor...

Yukarıdaki ayırımında son olarak anılan K. 1971/13 numaralı kararda; «içtihadın birleştirilmesine yer olmadığı» hükmü, sadece kararların «*hâdisevî mahiyette*» olduğu gerekçesine değil, aynı zamanda «*bu nedenle kararlar arasındaki aykırılık içtihadın birleştirilmesini lüzumlu kılacak nitelikte görülmediği*» sebebine de dayandırılmış bulunmaktadır. Demek oluyor ki, Danıştay Yüksek Kurulu, aralarında aykırılık veya uyuşmazlık olduğunu tesbit ettiği kararların «*hadisevî mahiyet*» taşıdığı hususundaki kanısını, 1964 tarihli 521 sayılı kanunun 45 inci maddesiyle tanınan «*lüzumu*» takdir yetkisine bir gerekçe olarak kabul edebilmektedir⁴

⁴ Sözü edilen Danıştay Kanunundan önce, içtihadları birleştirme usulünü düzenleyen hükümler, bu noktadan bir takdir yetkisi öngörmemekte idi. Ancak, Sayın A.H. Tuncay, Yüksek Kurulun böyle bir serbestliğinin «*aslında da mevcut*» olduğunu, daha önce de içtihadların birleştirilmesine «*lüzum*» görmeyebildiğini ifade etmektedir. (op.cit., s. 260).

Danıştay bu yetkisini kullanmak istediği takdirde; «*lüzum*» şartına ilişkin yerleşmiş ve kesinleşmiş içtihadına sâdık kalmak için, belli hallerde içtihadların birleştirilmesini neden «*lüzumlu görmediği*» ni, inandırıcı müsbet gerekçelere dayandırmak durumunda olduğu gibi; bu yoldaki kararlarını «birleştirilmesine yer olmadığına» değil, «*birleştirilmesinin gerekli (veya lüzumlu) görülmediğine*» biçiminde bir sonuca bağlamalıdır.

İncelemekte olduğumuz kararlardan, yukarıda değinilen K.1971/13 numaralı bir yana bırakırsak, Danıştay'ın içtihadların birleştirilmesini lüzumlu görmediği halleri beş kategoride toplayabiliriz. Bütün bu hallerin ortak yanları, o konuda *bir daha uyuşmazlık çıkmasının mümkün olmadığı* sanısı veya *icthad ve tatbikatın istikrar bulduğu* kanısıdır.

1 – Kanunun yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmiş olması:

İçtihadın birleştirilmesi kararları, I. Cumhuriyet hukuk düzenindeki yasal yorum (teşriî tefsir) kararlarından farklı olarak, ancak gelecek için geçerli ve uygulanabilir olduğuna göre; yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmiş bir kanun hükmüne ilişkin kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın bu yoldan giderilmesinde bir yarar bulunmadığı düşüncesiyle, içtihadların birleştirilmesi gerekli görülmebilir.

Nitekim Danıştay, 9 Ocak 1971 tarihli ve E. 1966/14-K.1971/5 numaralı kararında; «5432 sayılı Vergi Usul Kanunu ile kabul edilen ve kaçakçılık halinde uygulanan beş yıllık zaman aşımı süresinin 1/1/1950 tarihinde mülga 2395 sayılı Kazanç Vergisi Kanunu zamanındaki olaylara uygulanıp uygulanmayacağı konusunda» (s.102) 4. Daire ile dava daireleri kurulu kararları arasında görülen aykırılığın giderilmesi talep edilmiş; fakat, «...İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları istikbal için olup, kesin hüküm halini almış kararlara konu teşkil eden hâdiselere tesiri bulunmamaktadır. Bu bakımdan 1/1/1950 tarihinde yürürlükten kaldırılan 2395 sayılı Kazanç Vergisi Kanunu ile yine 1/1/1961 tarihinde yürürlükten kaldırılan 5431 sayılı Vergi Usul Kanunu geçici 5 inci maddesinden dolayı *bundan sonra da bir uyuşmazlığın çıkması mümkün görülmemesine binaen* bu konuda içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına... karar» (s.103) vermiştir.

Keza, Vergi Usul Kanunu ile ilgili diğer bir sorun hakkındaki 20 Şubat 1971 günlü ve E. 1969/5-K.1971/15 sayılı kararda; «İçtihadı birleştirme kararlarının kesin hüküm halini almış olan kararlara sirayetinin mümkün olmamasına, *mezkûr 131 inci maddenin on yıl önce yürürlükten*

kaldırılmış olması karşısında bu konuda bundan sonra bir uyuşmazlığın çıkmasının da mümkün görülmemesine ve 213 sayılı Kanunun konuyu açık olarak yeniden düzenleyen 35 inci maddesindeki bu hükme paralel bir karar alınmasında bir faide ve zaruret bulunmamasına binaen içtihadın birleştirilmesine yer olmadığı» (s. 129) sonucuna varılmıştır.

Dikkat edildiğinde görülür ki, bu sonuncu kararda, sadece bir kanun hükmünün yürürlükten kaldırılması değil, yeni kanunla hukukî sorunu çözümlen bir hükmün getirilmiş olması da sözkonusudur. Böylece, içtihadın birleştirilmesine lüzum görülmeyen diğer bir hale intikal etmiş oluyoruz.

2 – Sonradan çıkan kanunun sorunu çözümlenmesi:

Yüksek Kurula göre, 3. Daire ile Dava Daireleri genel kurulu kararları arasında, «Danıştay'da dâvanın açılışı sırasında vekâletnamesi olmayan, fakat dava açıldıktan sonra vekâlet verilmiş bulunan bir avukat tarafından açılan dâvanın ehliyet yönünden reddedilip reddedilmiyeceği konusunda» (s. 100) beliren aykırılık ve uyuşmazlığın, 1965 yılı başından itibaren, giderilmesine lüzum kalmamıştır. Çünkü, bu tarihte yürürlüğe giren 521 sayılı Danıştay Kanununun 88 inci maddesiyle, «ehliyet» ve «*tarafkların vekilleri*» konusunda HUMK'nun umumî hükümlerine yollamakla hukukî sorun olumlu biçimde çözümlenmiştir. Bu sebeple, Danıştay 9 Ocak 1971 tarihli ve E. 1965/26- K.1971/4 numaralı kararında; bu yeni hükümleri ve uygulama biçimlerini açıklamakla beraber, sonuçta: «İçtihadı birleştirme kararlarının kesin hüküm halini almış olan kararlara sirayetinin mümkün olmamasına, *açık bir kanun hükmü ile düzenlenmiş bulunan bir konuda tevhide içtihat kararı verilmesine mahal bulunmamasına* binaen bu konuda içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına...» (s. 101) demiştir.

Bununla beraber Danıştay, 23 Ocak 1971 günlü ve E.1965/35-55 K.1971/12 sayılı kararında; «...bilâhare 199 sayılı kanunla 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15 inci maddesinin 7 inci fıkrasında yapılan değişiklikle, «vergiden muaflığı kabul edilmiş olan menkul kıymetlerin Kurumlar Vergisinden istisna edilen temettü, faiz ve ikramiyelerine isabet eden giderlerin kurum kazancından indirilemiyeceği» *hükmü konulmak suretiyle mesele kesin suretle halledilmiştir.* Kanunun bu açık hükmü karşısında *bu konuda bundan sonra bir uyuşmazlık çıkmasının mümkün bulunmamasına* binaen içtihadın birleştirilmesine yer olmadığı» sonucunu da çıkarmıştır. Bu karar, yukarıda (1) numaralı bendin sonunda incelenen

K.1971/15 sayılı karara (s.129), gerekçelerin takdim-tehiri farkı ile, intibak etmektedir.

Bunun gibi, muvazaf askerlik hizmetini yedek subay öğretmen olarak yapanların Barem dışı görevlerde bu hizmetinin terfi sürelerine eklenebileceği yolunda önceki içtihadı birleştirme kararına aykırı şekilde 5. dairece verilen bir kararla aynı dairenin müstakar uygulaması arasında çıkan ihtilâf dolasiyle ittihaz edilen 27 Mart 1971 tarihli ve E.1969/21-K.1971/19 numaralı kararda; daha da ileri gidilerek, sonradan yürürlüğe giren Devlet Memurları Kanununun sözkonusu sorunu ilgililer lehine hallettiği uzun uzun açıklandıktan sonra, «Bu itibarla muvazzaf askerliklerini yapmış olup da *Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar henüz bu müddetlerin değerlendirilmesine tevessül edilmemiş haller bulunabilir. Nihayet, Beşinci Dairede halen bu şekilde açılmış dâva miktarı da hemen hemen yok denecek kadar azdır. Bütün bu nedenlerle Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe girmiş bulunması halinin meydana getirdiği yeni durum muvacehesinde içtihadın birleştirilmesine yer olmadığı*» (s.147) kabul edilmiştir.

3 – Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce İptal edilmiş olması:

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, ilişkin olduğu kanunun veya hükmünün gelecek için yürürlükten kalkması etkisini ve sonucunu taşıdığından, bunun, kanun koyucu tarafından, yerine birşey konulmadan, ilga edilmesi halinden farksız olduğuna bakılarak, o konudaki içtihat aykırılıklarının da birleştirilmesine lüzum görülmeyebilir.

Danıştay Yüksek Kurulu, 10 Nisan 1971 günlü ve E.1968/16-K.1971/24 sayılı kararında; Anayasa Mahkemesinin 625 numaralı Özel Öğretim Kurumları Kanununun özel yüksek okullarla ilgili hükümlerini, 9.7.1971 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, iptal etmiş olduğunu saptadığından; 8. ve 12. daireler kararları arasında, özel yüksek okul açılıp açılmıyacağı konusunda çıkan uyuşmazlığın, «*Bu durum karşısında özel yüksek okul açılmasına kanunî olanak kalmadığı*» (s.160) gerekçesiyle, giderilmesine ve «*İçtihadın birleştirilmesine yer olmadığı*» sonucuna varmıştır.

Danıştay, bu sorun üzerindeki kanaatini, daha önce, gayrimenkul kiralari hakkındaki kanuna göre belediye encümenlerinin aldığı kira takdiri kararlarına karşı açılan dâvalar dolaysıyla belirlediği ileri sürülen içtihad aykırılığına ait 9 Mayıs 1970 tarihli ve E.1965/33-K.1970/23 numaralı kararında (Danıştay Dergisi Sayı 2, s. 111-113) şu şekilde ve etraflıca açık-

lanmış idi: «Daire kararları arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunduğu kabul edilse bile, kararların dayandığı 6570 sayılı *Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 3 üncü maddesi* —bu arada 2 nci maddesi— Anayasa Mahkemesinin 26/3/1963 tarih ve E.1963/3-K.1963/67 sayılı kararı ile *iptal edilmiş olduğundan*; Belediye Encümenlerinin gayri menkul kiralarını takdir hususundaki yetkileri kalmamış bulunmaktadır. Bu nedenle, *anılan konuda, altı yıldan beri, idarî uyumsuzluklar çıkmadığı ve Danıştay'da dâvalar açılmadığı gibi ileride de uyumsuzlukların çıkması ve dâvaların açılması mümkün değildir.* Öte yandan içtihadı birleştirme kararları geriye yürümediğine, muhkem kaziye halini almış kararlara konu teşkil eden hâdiselere tesir icra etmediğine ve ortada gayrimenkul kiralarını takdire ilişkin idarî uyumsuzluklar bulunmadığına ve ileride uyumsuzlukların çıkması da mümkün olmadığına göre, *Danıştay organları ile idarî yargî mercilerini ve idareyi uymak zorunda bırakacak bir içtihadı birleştirme kararı verilmesinin gerekli olmadığı açıktır.*» (s.113)

Yukarıda ortaya koyduğumuz üç halde, Danıştay'ın içtihatların birleştirilmesine lüzum görmemesinin gerekçesi, o konuda bir daha uyumsuzluk çıkmayacağı veya buna imkân bulunmadığıdır. Bu gözlem ve kanı her zaman doğru ve kesin olmadığı gibi, içtihadın birleştirilmesini gereksiz kılacak nitelikte de değildir.

Bir kez, yalnız ilgili idareler elinde konuya ilişkin olarak yürütülen ihtilâflı muamelelerin varlığı ve sayısı hakkında değil, bizzat Danıştay'ın kendi önünde görülmekte olan dâvaların mevcudiyet ve adedi hakkında müsbet verilere sahip değilken, Yüksek Kurul, halihazırda uyumsuzluk bulunmadığını ve ileride de çıkmayacağını nasıl söyleyebilir? Nitekim, 27 Mart 1971 tarihli ve K.1971/19 numaralı kararda, «...Beşinci Dairede halen bu şekilde açılmış dâva miktarı da hemen hemen yok denecek kadar azdır.» (s.147) gibi şüphe ve tereddüt üzerine kurulu bir gerekçeye dayanılarak, içtihadın birleştirilmesine lüzum görülmemiştir. Oysa aynı Hey'et, K.1971/19 numaralı kararındaki yedek subay öğretmenlerin askerlik hizmetinin memuriyet kıdemi sürelerine eklenip eklenmeyeceği sorusuna benzeyen, Millî Korunma Kanununa göre kurulan müessese, teşekkül ve ortaklıklara, memuriyetten istifa etmek suretiyle veya açıktan atamaların buralarda geçen hizmetlerinin emeklilik fiilî hizmetinden sayılması gerekip, gerekmediği konusunu, 23 Ocak 1971 günlü ve E. 1968/11-K. 1971/7 sayılı kararıyla (s.105) incelemekten ve çözümlenmekten geri durmamıştır. Bu mülâhazamıza karşı, Millî Korunma Kuruluşlarının bugün de varlıklarını sürdürmekte olduğu ileri sürülebilirse de; 1964 den beri,

440 sayılı kanuna göre İktisadî Devlet Teşekkülü sayılan adigeçen teşkilâta dâhil personelin hukukî durumu, artık benzeri kamu görevlilerinden farklı değildir.

Bunun gibi, Yüksek Kurul, Anayasa Mahkemesinin 625 sayılı Kanununun hükümlerini iptal eden kararının yürürlük tarihi olan 9.7. 1971 den çok önce, 10/4/1971 tarihli ve K. 1971/24 sayılı kararında, özel yüksek okul açılıp açılmıyacağı sorununu, bu hususta kanunî olanak kalmadığı gerekçesiyle, içtihadı birleştirme kararına bağlamamıştır.

Bu itibarla, Danıştay, içtihad aykırılık veya uyuşmazlıklarını ele alırken, ilişkin oldukları sorunların, hal ve istikbalde dâva konusu teşkil edip etmiyecekleri üzerinde spekülasyona girişmeden incelemelerini yürütmelidir.

Öte yandan, kanunun yürürlükten kaldırılmış, değiştirilmiş veya iptal edilmiş olması, hükümlerinin, bu işlemlerin geçerli sayıldığı tarihten önceki olay ve durumlara uygulanmasını engellemeyeceği, aksine bunlara genellikle uygulanması zorunlu olduğu ilkel bir hukuk kuralıdır. Onun içindir ki Yüksek Kurul, içtihadı birleştirme kararlarının geriye yürümezliği esasına dayanırken daima, ve özenle bunların sadece «*muhkem kaziye halini almış kararlara konu teşkil eden hâdiselere tesir icra etmediği*»ni belirtmek ihtiyacını duymaktadır. Gerçi bu eski olay ve durumların, Danıştay'ın içtihadı birleştirme taleplerini ele aldığı tarihten sonra dâva konusu yapılmasına, idarî yargıya başvurma sürelerinin kısalığı elvermez. Lâkin yetkili idarenin bu tür sorunları yeniden gözden geçirmesinde süre engeli bulunmadığına göre, Yüksek Kurulun içtihadları birleştirmesinde her zaman yarar olabilir. Kaldı ki, kısa süreye bağlı iptal dâvaları ile temyiz müracaatları bakımından değilse bile, yeni sistemde oldukça uzun süreler boyunca açılabilen tam yargı davaları ile süreye tâbi olmayan yorum dâvaları ve süresi içinde açılan başka iptal ve tam yargı dâvaları dolayısıyla ortaya çıkabilecek «*hâdis mesele*»lerin hallinde yürürlükten kaldırılmış, değiştirilmiş veya iptal edilmiş kanun hükümlerinin uygulanması gereği ile karşılaşılabılır. Bu takdirde, içtihad ihtilâfı yaratmış olan kanun hükmünün daha önce birleştirme kararıyla kesin bir yoruma ve uygulama biçimine bağlanmış bulunması ilgililer için de, Danıştay için de emniyet ve istikrar kaynağı teşkil eder. Örneğin, 12 Ocak 1971 tarihli ve E. 1969/31-K. 1971/3 numaralı Anayasa Mahkemesi, kararı üzerine 9.7.1971 tarihinde faaliyetlerini tatil etmek durumuna giren özel teşebbüs sahiplerinin, daha önce meşru ve hâтта kanunî müsaadeye dayalı olarak yürüttükleri işletmelerini kaybettikleri nedeniyle, Devlete karşı açacakları tam yargı davalarında,

Danıştay evveleminde 625 sayılı Kanunun yürürlüğü sırasında özel yüksek okul açılıp açılmıyacağı sorununu çözümlenmek zorunda kalacaktır. Yüksek kurulun bu hukukî sorunu daha önce bir içtihadı birleştirme kararına bağlaması, gerek Anayasa Mahkemesi kararının, gerek özel yüksek okulları resmileştiren 25 Ağustos 1971 tarihli ve 1472 sayılı kanunun etkilerinden uzak kalmak bakımından, isabetli ve sıhhatli bir işlem olurdu.

Danıştay'ın bu yolda davranmamakta olması, içtihadı birleştirme taleplerinin geç yapılması ve geç ele alınması gibi pratik sebeplerden doğduğu gibi; asıl içtihad ihtilâfına konu olan kanunun dar hükümlerinden sıyrılarak, gerçek aykırılık veya uyuşmazlığı yaratan hukukî sorunu belirleyip, o genel ve yüksek noktaya ulaşmamasından ileri gelmektedir. Yüksek kurulun bu husustaki tutumu, yukarıda (1) inci ayırımında açıklanan kararlar arasındaki çelişki ve çatışmanın, kaziyei mahkemenin hemen bütün unsurlarında aranmakta olmasından, nitelik ve sonuç itibariyle, farksızdır.

Oysa, İdare Hukukunun, metin (yasal ve düzenleyici) hukuku değil, içtihat (yani Yüksek İdare Mahkemesinin kararları ile ortaya koyduğu ilke ve kurallar) hukuku olduğu gözden uzak tutulmazsa, Danıştayın özellikle içtihadı birleştirme kararları verirken, kanun hükümlerinin ileride uygulanıp uygulanamayacağı keyfiyeti ile kendini bağlı saymaması esas kabul edilmek gerekir. Filhakika, içtihad aykırılığına vesile olan asıl önemli ve genel hukukî sorun ile, değişen, kaldırılan ve iptal edilen, kanun, tüzük ve yönetmelik veya başka eski ve yeni mevzuat hükümleri dolayısıyla her zaman, tekrar karşılaşılabılır. Binaenaleyh, belki de «*esas amacı yargısal faaliyetlerde birlik sağlamak ol*»duğu içindir ki, yukarıda sayılan sebepler, içtihadların birleştirilmesine engel veya vesile addedilmemelidir. Çünkü idarî alanda «*yargısal faaliyet*», mevzuat değişikliklerinden kolayca etkilenemeyecek bir bütünlüğe, genelliğe ve sürekliliğe sahip olmalıdır.⁵

⁵ Aksi görüş için bak: A.H. Tuncay, *op.cit.* s. 256-257 ve 257-260. Sayın Danıştay Üyesi, «Bazı usulî hüküm ve esaslarla ilgili olanlar müstesna prensip ve kıstaslara ilişkin konularda içtihadların birleştirilmesi yoluna gidilmemelidir.» demektedir. Oysa bu husustaki etüdünü, içtihadı birleştirme kararlarının «*düzenleyici*» niteliği ile içtihad hukuku olan İdare Hukukundaki özelliği ve rolü üzerine bina etmiş bulunmaktadır.

Sayın Tuncay ayrıca, «içtihadların birleştirilmesine vesile alınacak kararların konuları nisbeten *genişçe bir çevreyi ilgilendirmelidir.*» şartının da aranmasını önerdiğine göre; Yüksek Kurulun bu yola başvurabileceği geriye ne gibi haller kaldığı sorulabilir. Çünkü, daha önce de belirtildiği üzere, aykırılık veya uyuşmazlık arzeden kararlar, tanımı gereği, «*hadisevî karar*» niteliğinde olduğundan, daima «*sübjektif tasarruf vasfı*» (!)ni taşıyacaktır. Fakat, kanımızca bu hal, bizatihî içtihadların birleştirilmesi kararlarının objektiviteden yoksun bulunmasını intaç etmez.

4 – Görevli daire veya Kurulun içtihadlarının istikrar bulması:

Dava daireleri ve kurulu, önüne getirilen aynı nitelikteki davalardan ilk ele alınanları bir yönde, sonradan çözümlenenleri hep başka belli bir yönde karara bağlamakta devam ediyorsa, o konuda içtihad istikrar bulmuş ve artık, «hâsılı tahsil kabilinden», içtihadların birleştirilmesine gerek kalmamış demektir. Danıştay, incelemekte olduğumuz kararlarının birçoğunda böyle bir saptama yaptığı ve düşündüğü için, içtihadın birleştirilmesine lüzum görmemiştir.

— 9 Ocak 1971, E. 1966/77 K.1971/1, Kok kömürü dağıtımından istifade ettirilmeyenlerin açtıkları dâvalarda 12. Dairenin 8. Daireden farklı ve fakat dava daireleri içtihadına da uygun olan kararları ile müstakar bir içtihad teessüs etmiş (s. 93-94).

— 9 Ocak 1971, E. 1966/79-K. 1971/2, «Gümrük vergi ve resimlerinden doğan kamu alacaklarına ilişkin ödeme emirlerine karşı yapılacak itirazların inceleme merciinin Gümrük Kanununun 89. ve 6183 sayılı Kanununun 58. maddeleri hükmü gereğince vergi itiraz komisyonları olduğu noktasında 7. Dairece senelerden beri yapılan uygulama istikrar kazanmış, (s. 95-96).

— 9 Ocak 1971, E. 1965/56 -K. 1971/3, «Gider Vergisi yönünden, hizmet dışı bırakılan gemi enkazının vergiye matrah olup olmayacağına ilişkin ihtilâfların hâkem kuruluna değil, idareye arzı lâzım geleceğine ilişkin bulunan 7. Dairece sekiz yıldan beri uygulanarak istikrar bulmuş olan anlayışın değişmediğine ve dairenin ilk kuruluşu sırasında verilmiş bulunan birkaç karar dışında artık içtihadın istikrar kesbeylemiş...» (s. 97-99).

— 23 Ocak 1971, E. 1965/2-K. 1971/10, «Bu tarihten (27.12.1955) sonra da Beşinci Daire yol masrafları ile seyahat ve ikamet yeymiyelerinden feragatı tazammun eden hususlarda daima red kararı verilmiş, o tarihten bu yana benzeri uyuşmazlıklar aynı biçimde çözümlenerek Beşinci Dairenin görüşü ve düşüncesi, açıklık ve süreklilik kazanmış ve bu suretle

Nihayet, sayın Danıştay üyesinin, olağanüstü ve istisnâî hallerle olağan ve normal durumlarda farklı çözümler kabul edilebileceği veya edilmesi zorunlu olduğu gerekçesiyle, çelişen ve çatışan kararlar arasında «zaman ve yer bakımından ayniyet aranma» sı koşulunu da ileri sürdüğü (s. 254-256) gözönüne getirilince; içtihadların birleştirilmesine başvurma ihtimalinin gerçekleşmesi olanak dışı sayılabilir. Böylece sayın Tuncay, karşı olduğu içtihadın birleştirilmesi müessesesini, içeriğini boşaltıp, işlemez bir kalıp haline getirerek, belki de ondan kurtulmak istemektedir.

artık anılan kararlar arasındaki işbu aykırılığın birleştirilmesine lüzum kalmamıştır.: (s. 116-117).

— 10 Nisan 1971, E. 1969/14 -K. 1971/22, «...19/3/1969 tarihli karardan önce ve sonra 12 nci dairece verilen kararlarda, 772 sayılı yasanın geçici 2 nci maddesinden faydalanmak için bu yasanın yürürlüğe girmesi üzerine yapılan intibak sırasında bekçinin ilişiğinin kesilmiş olması arandığı ve *bu içtihad devamlılık arzettiği cihetle, içtihadın birleştirilmesi yoluna gitmek için 521 sayılı Danıştay Kanununun 45 inci maddesinde yazılı «lüzum» unsuru da bulunmamaktadır.* Öte yandan *bu kabil ihtilâfların artık Danıştay 12 nci Dairesince değil, 5 nci Dairece çözümlendiği ve sözü edilen Dairede bu konuda aykırı içtihadlara gidilmesi bahse konu olmadığı yönü ile de içtihadın birleştirilmesi gereği bulunmamaktadır.*» (s. 153-154). Yüksek Kurul, sonradan çıkan bir kanunun sorunu çözümlemesi dolayısıyla içtihadın birleştirilmesine lüzum görmediği bir konuya ilişkin ve yukarıda anılan 23 Ocak 1971 tarihli ve E. 1965/35-55,K.1971/12 numaralı kararında da, «84 sayılı kanunla(4.) dairenin yeniden teşekkülünden sonra da hep bu istikamette kararlar verilmek suretiyle durum müstakar bir hale gelmiş ise de,...» (s.121) demektedir.

Ancak Danıştay, bir uyuşmazlığı halle görevli dairenin değişmiş olmasını, her zaman yeni hey'etin içtihadının istikrar bulduğuna kanıt saymamakta ve içtihadın birleştirilmesini gereksiz bulmamaktadır. Nitekim, 23 Ocak 1971 günlü ve E. 1967/13-K,1971/11 sayılı kararında, belde sınırları içinde bulunan bir mahelle veya semtin o beldeden ayrılarak bağımsız bir köy haline getirilmesi halinde 5442 İl İdaresi Kanununun 2nci maddesi hükmünün uygulanmasının gerektiğine dair «*ıçtihat konusunun 12. daire kararları ile istikrar bulunduğu, bu sebeple artık içtihadların birleştirilmesine yer olmadığı yolundaki görüş kabul edilmeyerek ortada, 521 sayılı kanunun 45. maddesine göre içtihadın birleştirilmesini gerektirecek birbirine aykırı kararların bulunduğu*» (s. 118) kâani olmuştur. En doğru hareket tarzı da bu olsa gerek; çünkü bir Yüksek Mahkemenin içtihadı, bir dairenin bir süre verdiği kararların yönüne bağlanamayacağı gibi; görevli dairenin veya daire üyelerinin değişmesi sonucu yeni eğilimlere de bırakılamaz.

Gerçekten, bir hukukî sorun üzerinde içtihad ihtilâfı varsa, bu çelişki ve çatışmanın iki veya daha çok karar arasında çıkmış olması arasında bir fark gözetilemeyeceğinden, aykırılık veya uyuşmazlığın, içtihadın birleş-

tirilmesi suretiyle giderilmesi lâzımdır. Zira, daireler arasındaki iş bölümüne ne denli uyulursa uyulsun, aynı sorunla karşılaşacak olan diğer dairelerle Kurulunun ve özellikle İdarenin, istikrar bulduğu kabul edilen daire içtihadına uymak zorunluğu bulunmadıktan başka (521 sayılı kanunun m. 46), bizzat o dairenin daha sonra içtihadını değiştirmesine de engel yoktur. Ayrıca Yüksek Kurul, çelişen ve çatışan kararların içerdiği gerekçe ve çözümlerden farklı mucip sebeplerle bambaşka bir hal suretini de kararlaştırabileceğine göre⁶ bu doğru ve kesin sonucu geciktirerek, daha bir süre içtihad dalgalanmalarına, ilgililer arasında eşitsizliğe, genel olarak şüphe ve tereddütlere meydan ve imkân vermek herhalde arzu edilecek şeyler değildir.

Nihayet içtihadları birleştirme usulü, hukukî sorunlar etrafındaki değişik ve ayrışık görüş ve anlayışları, uygulama bakımından belirli ve müstakar bir içtihadı bağlamaya yarayan bir yol olduğundan, buna başvurmadan içtihadın istikrar bulduğu güvenle ve kesinlikle söylenemez. Nasıl iddia edilebilir ki, daireler, bazen mevcut İçtihadları Birleştirme Kararlarına dahi aykırı hükümler vermekte *ve hatta bu nedenle içtihadın birleştirilmesi taleplerinde bulunmaktadır:*

— 9 Ocak 1971, E. 1965/24-30, K. 1971/6, 6774 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 13/7/1956 tarihinden sonra farhî asistanlıkta geçirilen hizmetin sonraki terfi sürelerinde değerlendirilmesi gerektiği yolunda Beşinci Dairece verilen 1963 tarihli kararın Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulunun 22/8/1958 tarihli ve K. 1958/523 sayılı kararına aykırı bulunduğu ileri sürülmüş ise de; Yüksek Kurul, «...dairelerce İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarına aykırı karar verilmesi halinde *bu kararın düzeltilmesi için, yeniden İçtihadları Birleştirme Kuruluna başvurulmasına imkân olmayıp, ancak karar düzeltilmesi yoluna başvurulmak suretiyle bu hal kararın düzeltilmesine sebep ve konu olabilir.*» (s. 104) demek zorunda kalmıştır.

— 13 Mart 1971, E. 1969/13 - K-1971/18 (s.139-144) ve 27 Mart 1971, E. 1969/21-K. 1971/19 (s.145-147) da da, İçtihadları Birleştirme Kararlarına aykırı daire kararları söz konusu olduğu halde, birincisinde inceleme, eski bir daire kararı İçtihadı Birleştirme Kararı yerine konarak yürütülmüş ve bir karara varılmış; ikincisinde ise, böyle bir ikameye lüzum görülmemiş, görevli daire kararlarının istikrar bulduğu ve esasen sonraki mevzuatın sorunu o yolda çözümlenmiş olduğu gerekçesiyle, içtihadın birleştirilmesine gerek duyulmamıştır.

⁶ Aynı yönde: A.H. Tuncay, *op.cit.*, s. 251

Böylesine karışık ve tutarsız davranışlar karşısında, daire içtihadının istikrar bulması sonucu, «yargı birliği bu halde kendiliğinden sağlanmış olmakla, içtihadların birleştirilmesi gereği de kalmamış» sayılacağını kabul etmek mümkün değildir.⁷

Bununla beraber, Danıştay'ın «istikrar bulmuş olma» halinde içtihadın birleştirilmesine lüzum görmemesi, kesin bir zorunluk olmadıkça kendisini ilerisi için bağlamamak ve içtihad gelişmelerinin yolunu açık tutmak istek ve amacıyla açıklanabilir. Gerçi, birleştirilmiş içtihadların değiştirilmesi imkânı da bulunduğu göre, donmuş ve katı içtihadlara bağlı kalmak ihtimali ve endişesi yersiz ve geçersiz sayılabilir. Lâkin daireler ile Kurulunun, içtihadı birleştirme kararlarının sağladığı kolaylık, rahatlık ve sorumsuzluğun çekimine kapılarak, içtihadların değiştirilmesi yönünde çaba ve girişimde bulunmaması tehlike ve sakıncası daima vardır. Bu bakımdan, Danıştay'ın «yargısal faaliyetlerinde» gerekli disiplinin sağlanması kayıt ve şartıyla, istikrar bulmuş içtihadın her zaman birleştirilmesi yoluna gidilmemesi, yerinde ve doğru bir yöntem olarak kabul edilebilir.

5 — İdarî tatbikatın istikrar bulması:

Danıştay'ın belli bir konu veya hukukî sorun üzerindeki içtihadının müstakar olması hali, bazan içtihadların birleştirilmesini gerekli ve zorunlu kılmayan bir sebep sayılabilirse de; faal İdarenin aynı şekilde tatbikat ve muamelelerinin istikrar bulması, sözü edilen prosedüre başvurulmasına asla engel ve vesile addedilmemelidir.

Yüksek Kurul, İdarenin mustakar tatbikatını, içtihadın birleştirilmesi lüzumunu kaldıran başlı başına bir sebep olarak değilse de, kuvvetli bir gerekçe niteliğinde kabul etmektedir. Şöyle ki, 9 Ocak 1971 tarihli ve K. 1971/2 numaralı kararın sonucunda aynen, «...içtihadın birleştirilmesine konu olduğu ileri sürülen Danıştay 4. dairesinin 31/10/1957 gün ve 3068 sayılı kararı ile 7. dairesinin 21/9/1963 gün ve 3932 sayılı kararı arasında

⁷ Aksine görüş için bak: A.H. Tuncay, *op.cit.*, s. 256. Sayın Danıştay üyesi, «istikrar bulmuş olma» halinde içtihadların birleştirilmesini, «isabetli olduğu düşünülen bir görüşü... o kurul veya daireye kabul ettirmek, empoze etmek belli bir konuda ilgili daire veya kurulun yerine geçerek doğrudan doğruya karar vermek demek olur. Bunu tecviz, o kurul veya daireye saygısızlık ve kararlarına itimatsızlıktan başka anlam taşımaz.» demektir. Oysa, çelişen ve çatışan kararlardan birine göre içtihadın birleştirilmesi gerektiği düşüncesine karşı, «hukukî bir meselede Yüksek Kurulu bu kararlarla mukayyet kılmak olur ki bunun, yargı fonksiyonunda hakimin bağımsızlık esasıyla te'lifi mümkün olamayacağı gibi, en isabetli bir çözüm yolunun araştırılıp saptanmasına da engel olacağı açıktır.» (s. 251) savını öne sürmektedir.

herhangi bir aykırılık ve uyuşmazlık bulunmadığı ve *bu husustaki uygulamanın da kesinlik ve devamlılık kazandığı görüldüğünden içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına...*» (s. 96) denilmektedir. Söz konusu «uygulama»nın Danıştay'a mı, yoksa idareye mi ait olduğu noktasında tereddüt edilirse; Yüksek Kurulun, 27 Mart 1971 günlü ve K. 1971/19 sayılı kararındaki, «Bu bakımdan haddizatında esasta Beşinci Daire kararları arasında bir aykırılığın varlığını bahis konusu etmek mümkün değildir. Aynı zamanda *idareler, kanunu bu şekilde uygulamakla tamamen müstakar bir durum yaratmışlardır.*» (s.146) yollu gerekçesinin açık ve kesin ifadesi gösterilebilir.

Bundan başka Danıştay, 23 Ocak 1971 tarihli ve K. 1971/11 numaralı kararında, daha da ileri giderek, idarî tatbikat alanındaki «*fiilî durum*»a bir kanıt biçiminde dayanmaktadır: «Esasen bir belde sınırı içinde bulunan mahallenin beldeden ayrılarak bağımsız köy haline gelmesinde 5442 sayılı Kanunun 2. maddesinin (c) fıkrası hükmünün uygulanacağı, Danıştay Genel Kurulunun 51/70 sayılı istişarî mahiyetteki kararıyla benimsenmiş ve *İçişleri Bakanlığınca yıllardan beri adı geçen karar uyarınca uygulama yapıldığı Bakanlığın dosyada mevcut 10/6/1967 tarihli dilekçesinden anlaşılmıştır. Bu fiilî durum da görüşümüzü desteklemektedir.*» (s.119). Bu kararda, idarî tatbikatın uygun bulunduğu Danıştay kararının, yukarıda anılan kazaî hükmelerden farklı olarak, bir danışma kararı olduğunu ayrıca belirtmek lâzımdır.⁸

Şu halde Yüksek Kurul, bir hukukî sorunun çözümlenmesinde, İdarenin uygulamasını bir «veri» olarak kabul etmekte ve kararına dayanak yapmaktadır. Oysa, Yüksek İdare Mahkemesinin fonksiyonu, İdarenin oluşturduğu «*fiilî durum*»ları («somut ve gerçek durumlar» anlamında olacak), onun arkasından hukukî biçimde açıklamak ve formüle bağlamak değil, önünde giderek ona doğru ve sağlam yolu göstermek ve «*hukukî durumu*» saptamaktır. Özellikle içtihadı birleştirme ameliyesi yapılırken, idarî tatbikatın şu veya bu yönde kazandığı istikrar, etkili bir unsur olarak kabul edilirse, bu anlayış ve tutum, Danıştay'ın idare üzerindeki «*hukukî düzenleyicilik*» misyonunu geniş ölçüde aksatır ve giderek tersine döndürebilir. Şunu da belirtelim ki, bu eleştiriler, yukarıda söz konusu ettiğimiz

⁸ Dava Daireleri Kurulu, 27 Haziran 1971 tarihli ve E. 1967/702-K. 1970/425 numaralı «*İETT Genel Müdürlüğü*» kararında (Danıştay Dergisi 1971, sayı 2, s. 138-141); söz konusu olan uyuşmazlık hakkında daha önce Danıştay Genel Kurulunca verilmiş bulunan mütalâaya nedense itibar etmemiş ve bunun tamamen aksine içtihatta bulunarak, bir hükme varmıştır.

üç kararın esas ve sonuçlarına yöneltmiş olmayıp, yalnızca ortak yöntemini hedef almakta ve bunun içerdiği çelişkiyi açıklamaktadır.

Her ne kadar Yüksek İdare Mahkemesi, içtihatlarında, «*İdarî icap ve zaruretleri*» gözönünde tutmak durumunda ise de; bu ereği, İdarenin kanuna ve hukuka aykırı şekilde oluşabilen tatbikatını benimsemekle veya destek saymakla gerçekleştiremez. Kaldı ki, idarî uygulama ve muamelelerin, gerçek kamu yararını ve kamu hizmetinin gereklerini, mutlaka içerdiği ve yansıttığı iddia edilemeyeceği gibi, Danıştayın bunları, hukuk çerçevesinde, idareden çok daha iyi ve isabetle takdir ve tesbit edeceğinde şüphe yoktur.

Bu itibarla, İctihadı birleştirme kararlarında idarî tatbikatın «*yedek gerekçe*» olarak dahi kullanılmasına yer ve gerek olmadığı kanısındayız.

III. İctihatların birleştirilmesine karar veriliyor...

Danıştay Yüksek Kurulu, önüne getirilen kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunduğunu kabul eder ve bununa giderilmesini lüzumlu görürse, içtihadların birleştirilmesine karar verir. Birleştirilen içtihat, sözkonusu olan kararlardan birinin yönünde çıkabileceği gibi; hepsinin dışında yepyeni bir çözüm biçiminde de olabilir.⁹ Ancak uygulamada içtihadın birleştirilmesi, genellikle kararlardan birindeki görüş ve düşüncenin benimsenmesi, ya da yeğ tutulması şeklinde sağlanmaktadır.

İncelemekte olduğumuz (24) karardan sadece (9) unda içtihadların birleştirilmesi kabul edilmiş, hemen tümünde kararlardan birine katılmış ve hiçbirinde farklı bir çözüm getirilmemiştir. Fakat bütün kararlarda, içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilebilmesi için Danıştay'ca aranan tek-mil şartların tam olarak gerçekleşmiş olduğu sanılmamalıdır. Nitekim, yukarıda belirttiğimiz gibi, Millî Korunma Kanununa göre kurulmuş teşkilât birimlerine, memuriyetten istifa suretiyle ve açıktan atananların emeklilik kıdemleri ile ilgili 23 Ocak 1971 tarihli ve E. 1968/11-K. 1971/7 numaralı karara (s. 105) konu olan aykırılık veya uyuşmazlığın içtihadın birleştirilmesi yolu ile giderilmesinin, Danıştayın anlayışına göre, lüzumu üzerinde tereddüt izhar edilebilir.

Bunun gibi, 1970 yılında yürürlüğe giren 1237 sayılı Devlet Memurları Kanununa Ek Kanun, işçi-memur ayırımından çıkan sorunları büyük ölçüde çözümledikten sonra, «Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kuru-

⁹ 6 sayılı dip notuna bak.

muna bağı yurtlarda çalışan kapıcı, bekçi, temizlikçi, odacı ve kalorifer-cilerin 5434 sayılı T.C Emekli Sandığı Kanunu değişik 12 nci maddesinin II sayılı fıkrasının (c) bendi gereğince Emekli Sandığı ile ilgilendirilmelerinin gerektiği hakkında» ki 27 Mart 1971 tarihli ve E. 969/4 K.971/21 numaralı İçtihatları Birleştirme Kararının uygulama yeri ve olanağı veya pratik yararı kalıp kalmadığı sorulabilir. Ayrıca, bu karara vesile olan 8. Dairenin kararında, davacının (D) cetvelinde elektronik teknisyeni olduğu açıklandığı halde; 10. Dairenin kararına konu olan Yüksek Öğretim Kredi ve Yurtlar Kurumu personelinin aylık durumu belirtilmemiş olduğundan; aynı statü içinde bulunmayan hizmetlilerin, sözü edilen daireler kararlarında farklı hukukî nitelikte görülmüş olmaları halinde, yine Danıştay'ın anlayışına göre, ortada çelişen ve çatışan kararların varlığından şüphe edilebilir.

Yüksek Kurulun 27 Mart 1971 gün ve E. 1965/16-K.1971/20 sayılı önemli bir kararına (s.148) vesile olan 5. Dairenin kararları arasında, yine Danıştay'ın kıstası uyarınca, aykırılık veya uyumsuzluk bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Gerçekten bu kararlardan 1963/2157 numaralı olan ilkinde, zam kanununun mer'iyet tarihi ile ilgilinin sandığa müracaat tarihi arasındaki dönem için ödenen paraların geri alınması; 1963/3678 sayılı olan ikincisinde ise, T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlüğe girdiği 1/1/1950 tarihi ile zam kanununun meriyete konduğu 18/7/1956 tarihi arasındaki devre için tediye olunan meblâğın istirdadı söz konusudur. Ayrıca, bizce bu konuda önemli olan, «İdarenin yersiz ve yanlış ödemelerini ilgililerden re'sen geri alıp alamıyacağı» biçiminde formüle edilebilecek hukukî sorun, her iki kararda bulunduğu gibi, birbirinden farklı çözümlere bağlandığından; içtihadın birleştirilmesine elverişli bir durum vardır.

Danıştay'ın içtihadları birleştirme uygulamasındaki yöntem bakımından burada belirtmek istediğimiz en önemli nokta; söz konusu (9) karardan, yukarıda işaret edilen K. 1971/20 (s. 148) numaralısının dışında, hiçbirinin genel bir hukukî sorunu içermediği ve herhangi bir ilke veya kural ortaya koymadığıdır. Bu sekiz karar, çeşitli kanun hükümlerinin yorumunu yapmaktan, belli ve sınırlı kişilerle belirli durumlara uygulanmasını göstermekten öteye bir kapsam ve etki taşımamaktadır. Aslında bu gibi metin tefsiri ve tatbikatında içtihat ihtilâflarının pek de çıkmaması umulur ve beklenir. Ama bu tür kararların, sonuçlarında değilse de, gerekçelerinde İdare Hukuku esaslarının belirlenmesi arzu ve temenni edilir. Ne yazık ki, içtihadın birleştirilmesi kabul edilen kararların çoğu bu kadarından da yoksundur.

Bu yazıda, Danıştay'ın içtihatları birleştirme yöntemi incelenmekte olduğundan; ele alınan kararların esas hakkında getirdikleri çözümler üzerinde durulmayacaktır. Sadece bunlardan ilginç olan bir kaçına kısaca değinmekle yetinilecektir.

— 23 Ocak 1971 tarihli ve E. 1968/11-K.1971/7 numaralı karar (s. 105-111), 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 130 uncu maddesini, gâî tefsirden yararlanarak, zorlanmakla beraber; «*hukukun genel prensiplerinden olan hak ve nasafet ve Anayasanın eşitlik esasına*» da dayanmaktadır. Kanunun açık ve kesin hükmüne karşı, «*hak ve nasafet*»in yardımına başvurulamayacağı ve özellikle hukuka uygunluk denetiminde bu prensibin yeri olmadığı bedihîdir. Anayasanın soyut eşitlik ilkesine gelince; kanun hükümleri dururken, bunlar atlanarak, doğrudan Anayasa hükümlerinin ve hele esaslarının uygulanamayacağını başka bir yazımızda göstermeğe çalışmıştık.¹⁰

— 13 Mart 1973 günlü ve E. 1969/13-K.1971/18 numaralı kararda (s.139-144), «...vergi veya vergi cezası borcundan ötürü kendilerine ödeme emri tebliğ olunan yükümlülerin ihbarnamenin ilân yoluyla tebliğinin usulsüz olduğunu ileri sürerek yaptıkları itirazlar üzerine İtiraz Komisyonlarınca verilen kararların doğrudan doğruya Danıştay'da incelenmesi gerektiği» sonucuna varmak için, Yüksek Kurul, Amme Alacakları Tahsil Usulü hakkındaki Kanun ile Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerini geniş tahlillere tâbi tutmuş; fakat Danıştay içtihad ve uygulamalarında dalgalanmalara sebep olan 6183 sayılı Kanunun 58 inci maddesindeki görev hükmü hakkında genel ve açık bir kural çıkarmak fırsat ve imkânını kullanamamıştır.

Gerçekten, sözü edilen Amme Alacaklarının Tahsil Usulü hakkındaki Kanunun 58 inci maddesinin Gümrük vergi ve resimleri hakkında uygulanmasına ilişkin olarak beliren görev sorunu, yukarıda anılan 9 Ocak 1971 tarihli ve E. 1966/79 -K.1971/2 numaralı kararın konusunu teşkil ettiği gibi; 17 Ekim 1958 günlü ve E. 57/1600-K.58/600 sayılı Tevhidî İctihad Kararı¹¹ ile daha nesnel ve kapsamlı biçimde çözümlenmiş görünüyordu. Buna rağmen, daireler ile Kurulunun bazan bu Tevhidî İctihad

¹⁰ L. Duran, «Anayasa, Kanun ve Hâkimler», *Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi*, Sayı 4, 1970, s. 263 ve sonrası; aynı yönde: A.H. Tuncay, *op.cit.*, «İdare Hukuku üzerinde bazı düşünceler», s. 22-35.

¹¹ *Danıştay İctihatları Birleştirme Kararları*, 1953-1966, Danıştay Yayınları: 1, Ankara, 1966, s. 145-149.

Kararına uymayan «*hâdisevî*» kararlar verdiği olmuştur. Anlaşılan, Danıştay, 6183 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği yirmi yıla yakın bir süreden beri, 58 inci maddesindeki görev hükmünün uygulanışını, hâlâ kesin ve son bir çözüme bağlayamamıştır.

— 27 Mart 1971 günlü ve E. 1965/16-K.1971/20 sayılı karar (s.148-149), «*Paraya ilişkin konularda kanuna aykırı olarak yapılmış olan ödemeler sonunda haksız ödemenin idarece geri alınabileceği*» yolundadır ve bundan ibarettir. Genel bir kural niteliğinde ifade edilen ve geniş uygulama alanı bulunan bu karar, ne yazık ki, gerekçeden yoksundur ve benimsediği 5. Dairenin 1963/3678 numaralı kararı da aydınlatıcı değildir.

Oysa K. 1971/20 Sayılı Karar, Danıştay'ın 4 Temmuz 1939 tarihli ve E.39/155 K.39/203 numaralı bir Tevhidi İçtihat Kararını,¹² belli etmeden, değiştirmiş görünmektedir. Filhakika bu eski kararında Danıştay. «*Memur maaşlarında tevkifat icrası, kanunlarda hususi bir hüküm olmayan ahvalde, kat'ileşen kazaî bir kararlar kabildir.*» esasını koymuş ve kabul etmiş idi. Yeni kararında ise, İdarenin yersiz ve yalnız ödemedi doğan alacağını, hiç değilse mahsup ve takas suretiyle, re'sen geri alabileceğini içtihad etmektedir. Böylece alabildiğine genişletilen İdarenin tek taraflı karar alma ve bunu re'sen icra etme yetkileri nasıl savunulabilir? Ayrıca, bu iki içtihadı birleştirme kararı arasındaki çelişki nasıl giderilecek veya bağdaştırılabilecektir?

— 10 Nisan 1971 tarihli ve E. 1968/4-K.1971/23 numaralı karar (s.155-159); Türkçe okuyup yazma bilmeyen köy muhtarlarının, seçim tutanaklarının kesinleşmesinden sonra, il veya ilçe idare kurullarınca görevlerinden çıkarılmıyacağını içtihad etmekte, fakat kanuna aykırılığı kabul edilen bu durumun nasıl sona erdirilebileceğini veya düzeltilebileceğini göstermediği gibi; daha genel bir sorun olarak Danıştay önüne sık sık çıkan, «*mahallî idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını...kaybetmeleri konusundaki denetim*» (Anayasa m. 116/3) işine hiç değinmemektedir.

Oysa Danıştay, sadece danışma kararları ile değil, yargı kararları ile de idarenin karşılaşacağı hukukî güçlüklerden ve çıkmazlardan kurtulması için ona doğru ve sağlam yolu ve yöntemi göstermek durumundadır. İçtihadları birleştirme usulü de bu fonksiyonun yerine getirilmesinde en elverişli araçtır. Nitekim Yüksek Kurul, 13 Mart 1971 günlü ve E.

¹² A. Şeref Hocaoğlu, *Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları* (1933-1948), Ankara, 1949, s. 35-37.

1969/13-K.1971/18 sayılı kararında (s. 139-144); ödeme emirlerine karşı itirazların komisyondan sonra doğruca Danıştay tarafından incelenmesini gerektiren sebepler arasında —hiç de zorunlu değilken— bir takım «uygulamaya ilişkin olarak ortaya çıkması olanağı bulunan...sorunları dahi» sözkonusu edip, bunların, benimsediği içtihat uyarınca çözümleneceğini belirtmiştir. Acaba Danıştay'ın K 1971/2 numaralı kararda bu yola girmemesinin nedeni, köylerimizin büyük çoğunluğunda Türkçe okuma yazma bilen muhtar bulunmaması tahmin ve endişesi midir?

Anayasanın 116 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında öngörülen «yargı yolu ile denetim» işi de, pek âla köy muhtarlarının görevden uzaklaştırılması konusu vesilesiyle, genel bir sorun olarak ele alınıp, kararın sonucunda değilse bile, gerekçeleri arasında doğru ve kesin bir çözüme bağlanabilirdi. Böylece, Danıştay'ı on yıldır uğraştıran, bir birinden farklı ve bol ayrışık oylu kararlara konu olan «mahali idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını...kaybetmeleri»ne dair işlemlerin nerede, nasıl ve ne zaman kesin şekilde yapılması gerektiği de anlaşılmış olurdu. Bu sorunun, Yüksek İdare Mahkemesi önünde hâlâ inandırıcı ve doyurucu bir çözüme kavuşmadığının kanıtı ise; incelemekte olduğumuz kararları ihtiva eden «Danıştay Dergisi» nüshasında yer alan, Dâva Daireleri Kurulunun, belediye başkanlığından düşürme ile ilgili, 5 Mart 1971 günlü ve E. 1971/164-K.1971/214 sayılı «Özsoy» kararıdır (s.164-171).

Sonuç

Bu inceleme boyunca görüldü ki, Yüksek Kurul, İctihadın birleştirilmesinin, gerek usulüne ilişkin koşul ve ölçütlerde, gerek esası hakkındaki hükümlerde, hukukî sorunlarla ilgili genel ve nesnel kurallara ve ilkelere çıkmaktan uzak kalmakta; aksine, elinden geldiğince, bu yoldan içtihad etmekten kaçınmakta ve daha ziyade somut ve belirli olay ve durumlara uygulanabilecek mevzuat hükümlerinin tefsir ve tatbik tarzını gösteren, çok dar kapsamlı, adeta özel ve öznel kararlar vermektedir.

Oysa, yüksek mahkemelerin ve özellikle Yüksek İdare Mahkemesi olarak Danıştay'ın yargı yolu ile ve hele içtihadları birleştirme usulü ile yapması mümkün ve gerekli fonksiyon; idarenin hukukî çerçevesini çizmek ve yönünü göstermek, yani ona, benzer veya yakın bütün olay ve durumlarda yararlanabileceği ve dayanacağı genel ve nesnel kurallar ve ilkeler vermek, bireylerin hak ve özgürlükleri ile kamu gücü ve yararı arasındaki dengeyi kuracak ve sürdürecekt esasları koymak, idarenin gelişmesini ve yenileşmesini hazırlamaktır. Ancak bu yöntem ve amaçla yü-

rütülecek bir yargı faaliyeti sayesinde, tedvin (codifié) edilmemiş ve edilemeyecek olan Türk İdare Hukukunun oluşumu ve erginliği sağlanabilir ve o zaman bir içtihad hukuku olduğu söylenebilir.

İşte, yedi yıl kadar önce, bir seri içtihat kroniğinin başlangıcında, Türk İdare Hukukunun geliştirilmesi bakımından doktrin ile jürisprüdansın işbirliğinden bahsederken¹³ Danıştay'ın böyle bir içtihat kudreti göstermesini umuyor ve diliyorduk. Bu yazıda incelenen içtihadın birleştirilmesi kararlarından derlenen örnek karşısında, umudumuzu korumak ve dileğimizi sürdürmek için, iyimser kalmayı çok isterdik.

Fakat, ne yazık ki, Yüksek Kurulun, yargı mercilerinde bulunması gerekli karar düzenine ve disiplinine ilişkin anlayışı ve uygulaması, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin kanaat serbestliği ilkelerini aşan bir nitelikte ve ölçüde olduğundan, buna olanak bırakmamaktadır.

Gerçekten, Danıştay'ın daha önce de başka bir vesile ile anılan 9 Mayıs 1970 tarihli ve E. 1965/33-K. 1970/23 numaralı kararında; söz konusu içtihad ihtilâfı için dahi geçerliği şüpheli bulunan, yargı kararlarının gerekçeleri ile sonuçları arasındaki bağıntı ile ilgili olarak aşağıda ileri sürülen görüşler ve saptanan esaslar doğru ve ümit verici görünmemektedir:

«...açıklandığı üzere her iki davanın tarafları aynidir. Aynı gayrimenkulün kirasına itiraz olunması bakımından konuları da aynidir. Ancak dâva konusu edilen Belediye Encümeni kararları ayrı ayrı olduğu gibi gerekçeleri de başka başkadır. Davaları gören 6 ncı ve 3 üncü Dairelerin iptal kararları değişik gerekçelere dayanmaktadır. Dayanması da tabii ve zorunludur. Zira, dairelerin iptal kararları, dâva konusu edilen ve değişik gerekçeleri taşıyan encümen kararları karşısında, aynı gerekçeyi taşıması icap etmez. Bilâkis ayrı ayrı gerekçelere dayanması gerekir. *Davalar başaka başka dairelerce görülmüş olduğundan, kararlardaki, dairelerin görüş ve gerekçelerinin aynı olacağını beklemek imkânsızdır.* Bu itibarla Dairelerin iptal kararları sadece ayrı ayrı gerekçeleri taşımış olması kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunduğunu kabule yeterli değildir» (Danıştay Dergisi, Sayı 2, 1971, s. 112)

Oysa, 12 nci Dairenin 23 Mart 1970 günlü ve E. 1969/2408-K.1970/537 sayılı kararında çok güzel açıklanan bir usul kuralına göre, «...kesin hüküm kaideten hüküm fıkrasına münhasır ve gerekçeye sirayet etmez. Ancak gerekçe, hükme ulaşmak için mahkemece yapılan hukukî ve man-

¹³ L. Duran, «İdare Hukuku», *İst. Huk. Fak. Mec.*, Cilt XXXIII, 1966-1967, sayı 1-2, s. 318.

tıkî tahlil ve istidlâllerden ibaret kalmayıp... hüküm fırkası ile ayrılması imkânsız bir bağılık içinde bulunuyor ise, istisnaen bu kısmın da kesin hükme dâhil olduğunu kabul etmek gerekir.» (Âmme İdaresi Dergisi, Cilt 4, Sayı 4, Aralık 1971, s. 225). Hemen belirtelim ki, adlî dâvalarla tam yargı dâvalarından farklı olarak, hukuka uygunluk denetimini içeren objektif idarî iptal ve yorum dâvalarında verilen kararların gerekçelerinin hüküm fıkrasıyla sıkı sıkı bağılılığı istisna değil, kaide niteliğinde ve ölçüsündedir. Bu bakımdan, genellikle hukuka uygunluk denetimi yapan Danıştay dâva daireleri ile Kurulunun yargılama yönteminde, yukarıda belirtilen bağımsızlık ve serbestlik sürdürüldüğü takdirde, gereken ve özlenen düzeyde içtihad yaratılması, imkânsız değilse, herhalde çok güçtür.

Binaenaleyh, aksine bir gelişmeye tanık oluncaya değin, jürisprüdansın Türk İdare Hukukunu ileriye ve olgunluğa götüreceği hususunda iyimser olmak kabil değildir.

Gerçi içtihad kroniğimizde açıklanan umut ve dileğimiz, sayın Danıştay mensupları arasında yankı uyandırmış¹⁴ ve bir süreden beri bunların Türk İdare Hukuku literatürüne değerli katkıları görülmeğe başlamıştır.¹⁵ Ancak, bizim jürisprüdansla doktrinin işbirliği konusunda izhar ettiğimiz ümit ve temenniler, sayın Danıştay mensuplarının kuramsal «yazılar»ından ve yayınlarından ziyade, Yüksek İdare Mahkemesinin toplu çaba ve atılımlarının eseri olan yargısal kararlarla gerçekleşebilir ve esas büyük misyonu da bu yoldan başarılabilir.

Ekim 1972

Prof. Dr. Lûtfi DURAN

¹⁴ A.H. Tuncay, *Yüzyıl Boyunca Danıştay'a Giriş*, in *Yüzyıl boyunca Danıştay (1868-1968)*, Ankara, 1968, s. 3, not 5; A.H. Tuncay, *İdare Hukuku ve İdarî Yargının bazı sorunları*, sunuş, s. 5.

¹⁵ *Yüzyıl boyunca Danıştay (1868-1968)*, Ankara 1968; «*Danıştay Kararlar Dergisi*» yerine 1970 yılından beri yayımlanmakta olan «*Danıştay Dergisi*»nin «Yazılar» bölümünde çıkan makale ve etüdler; A.H. Tuncay'ın anılan kitabı ve Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu'nun diğer neşriyatı.