

Hüküm Kurma ve İçtihat

Fırat Gedik*

Emel Koç**

A. GİRİŞ

İçtihat, Arapça kökenli bir sözcük olup, zorluk meşakkat anlamına gelmektedir. Kuram olarak, bir hukuk kuralını mantık, uslamlama ve yorum yollarına başvurarak incelemek ve öğrenmek anlamına gelmektedir. Yargısal içtihatlar, mahkemelerce verilen kararlarda bir sorunun çözümü için izlenen yolu ifade edip, somut bir konu hakkında yargının uyuşmazlığı çözümleyen kararı anlamına gelir. Olaya özgü bir karar olmakla beraber, yargının benzer uyuşmazlıklarda aynı çözüm yolunu izleyip benzer karar vermesi ile bir çeşit yargı geleneği oluşur. Bu gelenek mahkemelerce tekrarlanmak suretiyle devamlılık arz eder.

Benzer davaların benzer şekilde çözülmesi ve karara bağlanması hukuk hayatında *eşitlik*, *kesinlik* ve *tarafsızlık* sağlanması bakımından önem taşır. *Eşitlik*, *kesinlik* ve *tarafsızlık* unsurları aynı zamanda hukukun tahmin edilebilirliği ile de ilgilidir. Davada taraf olanların mahkeme kararlarını belirli bir ölçüde olsa da tahmin edebilmeleri hukuk hayatı açısından önemlidir.¹

Mahkeme içtihatlarından yararlanma şeklindeki uygulama, hâkimin hem zamandan ve hem de emekten tasarruf etmesini sağlar. Bu yöntem, benzer olaylarla ilgili olarak benzer uygulamayı yani, adaletin eşit gerçekleşmesini sağladığı gibi, mahkeme kararlarında birlik ve uyuma ulaşmayı gerçekleştirir. Ayrıca hâkimi, sorumluluğu tek başına üstlenmekten kurtarır diye söyleyenler olsa da bu fikir kanaatimizce *hâkimlik ödevi* ile bağdaşmaz.²

* Stajyer Hakim

** Stajyer Avukat

1 Can, Halil, Güner, Semih, Hukukun Temel Kavramları, Arıkan Yayınevi, Ankara, 2006, 3. Bası, syf.77.

2 Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa, Ekim, 2006, syf.158

Önlerindeki uyuşmazlığın çözümünde hâkimlerin benzer uyuşmazlıklar için alınmış önceki kararlara uymak *zorunluluğu* veya *ıçtihatların bağlayıcılığı* ise ülkelerdeki çeşitli hukuk anlayışlarına göre değişmektedir. Eğer ülkede yazılı hukuk kaynakları tam oluşmamış ise veya gelenek hukuku etkin ise benzer kararlar adeta yazılı hukuk yerine geçip yasanın görevini yapar (Anglo-sakson hukuk sistemi).Yazılı hukuk kurallarının yaygın olduğu hukuk düzenlerinde mahkemeler, diğer mahkemelerin kararlarına bakmayıp yasaları uygulurlar. Ancak soyut kural koyma yöntemi ile yazılmış yasalarda, mevcut uyuşmazlığı tam olarak çözebilecek hükümler bulunmayabilir. Bu takdirde sonuca o olayın benzerini çözümleyen bir mahkeme kararından yararlanarak varılabilir (Kara Avrupası hukuk sistemi). İçtihat, bu ikinci tür hukuk sistemlerinde, doğrudan kaynaklar arasında değil yardımcı kaynaklar arasında yer alır.

B. İÇTİHATLARIN ETKİSİ BAĞLAMINDA BAŞLICA HUKUK SİSTEMLERİ

1. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi

Anglo-Sakson, Anglo-Amerikan yahut İngiliz Hukuku olarak adlandırılan bu hukuk sistemi tam anlamıyla yazılı hukuk kurallarına dayalı olmayan bir sistemdir. İngiliz Hukukunun Common Law denilen kısmı da bize, kanuni bir esasa dayanmaksızın, sırf Ortaçağ'dan beri devamlı bir tekâmül arz eden yargı kararlarıyla vücut bulmuş bir hukukun çok önemli örneğini vermektedir. Yargı organları, somut olayları veya sorunları dava içerisinde inceleyip karara bağlarken, hukuku yaratırlar. Yargı organlarının kararı, hukuk kaynağını oluşturur. Hukuk kaynağı olduğu ölçüde, yargı organı kararlarına “precedents, judicial precedent” (yargısal emsaller) denir ve İngiliz

hukuku, esas yapısı itibariyle precedents'e dayanır.³ İngiltere'de yargısal kararların bağlayıcılığı, ilzam edici kuvvetinden söz edilir. Bunun anlamı şudur: her yargı organı kararı sadece kesin hüküm kuvvetini değil, yasa kuvvetini taşır. Yargı organı kararı bir "itibar" taşır ve bu açıdan kendi başına bir otorite olur.

Somut olaylar hakkında verilen kararlarda bağlayıcı emsal oluşturan, bu kararların hukuki ilkesidir. Buna "ratio decidendi" denilir. Yargı kararlarının içinde bağlayıcı kuvveti taşıyan yalnız bu ilke olduğu için, yargı organları birbirinin tamamen aynı olan olaylarda onu uygulamakla kalmaz, benzerlik gösteren her olayın bu ilkeye gerçekten tabi olup olmadığını da değerlendirir ve saptar. Ratio decidendi dışında kalan kısma "obiter dictum" yani karara etkili olmayan, karar dışı bölüm denilir. Kararlarda bu bölüm bağlayıcı değildir.⁴

Hâkimin faaliyeti mekanik olmaktan çok uzaktır. Bağlayıcı hukuk ilkesini kararın sözünden çıkarmak mümkün değildir; bunun için hâkimin gerekçelerini yorumlamak gerekir.

Yargı organı kararları *reports* denilen kitapçıklarda toplanır ve uygulayıcıya büyük kolaylık sağlar.⁵

Bugünkü kültür dünyasında, İngiliz hukuku, gerçek bir tarihi hukuk temsilcisidir ve belki de bu bakımdan bir benzeri yoktur. İngiliz hukuku "yapma bir hukuk olmayıp, yetişmiş bir hukuk"tur.⁶

2. Kara Avrupası Hukuk Sistemi

Kara Avrupası ülkelerinde hukuk kuralının sistematik analizi ve rasyonel prensiplere göre değerlendirilmesi önceliğe sahip olmuştur. Kanunların hukukun temel

kaynağını oluşturduğu ve mahkemelerin kanunlara uygun şekilde karar vermekle yükümlü oldukları benimsenmiştir. Dolayısıyla Avrupa hukukunda teorik ve pratik yan yana etkinlik kazanmış, hatta teorinin üstünlüğü çoğu kez hukuku uygulayanlar tarafından kabul edilmiştir. Gene Kara Avrupası hukukunda hâkimler hukukun geliştirilmesinin ve yenileştirilmesinin daha çok kanun koyucunun görevi olduğu yolundaki ortak inancı paylaşmışlardır.

C. İÇTİHATLARIN ETKİSİ BAĞLAMINDA TÜRK HUKUK SİSTEMİ

Türkiye, Kara Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer aldığından Türkiye'de de içtihatlar asıl kaynak değil, yardımcı kaynaklardır. Bu nedenlerle de bir mahkemenin vermiş olduğu karar diğer mahkeme için kural olarak bağlayıcı değildir; ancak uygulamada içtihatlar hem hâkimler için hem de avukatlar için neredeyse birincil kaynak kadar önemlidir. Çünkü soyut kuralların somut hale gelmiş ifadesini ancak kararlarda bulmak mümkündür. Ayrıca, yasada içi doldurulmayan hükümler yargısal kararlarla içi doldurularak diğer davalarda da ilgili hükmün uygulama yönü belirlenmektedir. Bu nedenle, bir kanun maddesinin tatbikatta nasıl anlaşıldığını, nasıl yorumlandığını, yani ihtilafın halli hususunda kanun hükümlerinden ne şekilde istifade olunduğunu tayin bakımından her mahkeme daha önce verilmiş bulunan mahkeme kararlarını incelemekten geri kalmaz.

Sürekli olan ve sürekli olması gereken mahkeme kararları, bir bakıma halkın gözünde, kaynak olarak, kanundan daha çok önem taşır. Halk, davranışını doğrudan doğruya kanuna göre değil, kanunun içeriğinin açıklık kazandığı, belirlendiği resmi uygulamaya göre ayarlar.

Uygulamada bu kadar önemli yer tutmasına karşın ülkemizde maalesef içtihat meselesinde yapılmış olan araştırmalar, Yargıtay'ın verdiği kararların derlenmesinden öteye gidememiştir. İchtihatların bağlayıcılığı ve kapsamının ne olması gerektiği konusunda bilim adamlarımız tarafından dahi yapılmış doyurucu bir araştırma bulunmamaktadır. Bunun kaynağını belki de Türkiye'mizde halen yeterince oturmuş bir hukuk anlayışının bulunmamasında aramalıyız.

Malum olduğu üzere memleketimizin Batı Hukuku diyebileceğimiz yeni hukuk anlayışına dâhil olması,

3 Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitapevi, Ankara, Eylül, 2006, 11. Bası, syf.73.

4 Ülkemizde de son yıllarda Yargıtay'ın verdiği kararların derlenerek yayımlanması hız kazanmıştır. Eski den beri Yargıtay Kararları Dergisi ile ulaşılabilen bu kararlar, günümüzde geniş bir kullanıcı kitlesi bulunan "içtihat arama motor"ları ile ulaşılması çok daha kolay kaynaklar haline almışlardır. Hatta yargının elektronik ortamda hizmet vermesini sağlayan bir altyapı sistemi olan Ulusal Yargı Ağı Projesi'nde (UYAP) içtihatların derlendiği bir arama motoru da bulunmaktadır.

5 Adal, Erhan, Hukukun Temel İlkeleri, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004, 8. Bası, syf.136.

6 Aybay, Aydın, Aybay, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Eylül, 2007, 4. Baskı, syf.87vd.

beşeri bilim için oldukça kısa bir zaman sayılacak sürededir. Zira bilhassa Kara Avrupası hukukunun temelinde Roma hukuku anlayışı yatmaktadır ve bu anlayışın Avrupa medeniyeti tarafından benimsenişi ve geliştirilmesi oldukça uzun bir zaman öncesine dayanmaktadır.⁷

İçtihat meselesinde Kara Avrupası hukukunda bilhassa yüksek dereceli mahkemelerin kararlarının izlenmesi doktrini gelişmiştir, bunun karşısında ise İngiliz hukukunda mahkemelerin birbirinin kararını izlemesi kabul edilmiş ise de burada üst dereceli mahkeme kararları için bir ayrıcalık tanınmamıştır. Buradan varılan sonuç aynı derecedeki mahkemelerin kararlarının da birbirilerini etkileyebileceğidir.

Bizde içtihat meselesinde yapılmış yeterli araştırma bulunmasa da fiilen az çok uygulamada yerleşmiş bir anlayış vardır. ‘Hukuka giriş’ kitaplarına bakacak olursak, burada mahkeme içtihatları ‘yardımcı kaynaklar’ başlığı altında düzenlenmiştir. Doktrinin bunu temellendirdiği en önemli dayanaklardan birisi ise TMK’nin 1. maddesinin son fıkrasında yer alan “hâkimin hüküm verirken yargı kararlarından yararlanacağı” yönündeki hükümdür.⁸ TMK’nin 1. maddesine bütün olarak baktığımızda⁹ ise *lafzıyla* bize özetle uygulayıcının yazılı hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmesini söylemektedir.

Bu hitaptan da anlaşılacağı üzere ülkemizde bir pozitif hukuk anlayışı mevcuttur; hukuk hayatını yazılı normlarla düzenleme amacı vardır. Fakat mevcut yazılı kuralların hızla değişen dünya düzenine ayak uyduramadığı da kabul edilen bir gerçektir. Bu durum kimi zaman hukuk insanlarının muhafazakârlıkla suçlanmasına da neden olmaktadır.

Hukuk kurallarının yetersizliği ve titizlikten uzak bir şekilde çıkarılan yasaların boşluklar içermesi uy-

7 Cansel, Erol, Özel, Çağlar, Hukuk Başlangıcı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim, 2006, 3. Basım, Ekim 2006, syf.125.

8 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu md. 1: “Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

9 Kalabalık, Halil, Temel Hukuk Bilgisi, Değişim Yayınevi, Eylül, 2003, 3. Basi, syf. 61.

gulayıcıları birbiri ile uyuşmayan yollara yönlendirmektedir. Bu durum ise aynı derecede olmakla beraber mahkemeler arasında benzer olaylar karşısında farklı kararlar alınma ihtimalini yükseltmektedir. Bu noktada ise “yüksek mahkemeler” oyuna dâhil olmaktadır.

Anayasanın 154. maddesinde “*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar*” diye buyurmaktadır. 155. maddede ise “*Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*” demektedir.

Görüldüğü gibi Anayasa tarafından Yargıtay ve Danıştay’a ilk derece mahkemelerinin kararlarını bir denetleme hakkı tanınmıştır. Yine ileride değinileceği gibi bu yüksek mahkemelere, ilgili kanunları ile tüm yargı mercilerini bağlayacak güçte *ıçtihadı birleştirme kararları* alma yetkisi de verilmiştir.

Burada küçük bir ayırım yaparak hâkimler, savcılar ve avukatlar tarafından içtihatlarla atfedilen önemi ele almak uygun olacaktır.

1. Hukuk Uygulayıcıları Açısından Durum

1a. Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Açısından

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki uygulamada aynı derecedeki mahkemeler arasında birbirlerinin kararlarını izleme yönünde bir eğilim söz konusu değildir. Bu düşünce Kara Avrupası hukukunun tipik bir özelliğidir.¹⁰ Kural olarak hiçbir hâkim benzer bir olay karşısında aynı seviyedeki bir mahkemede görevli olan hâkimin nasıl bir karar verdiğine bakmaz. Buna karşın hâkimlerimizin üst mahkemelerin kararlarını takip ederek benzer durumlarda benzer kararlar alması yönünde bir uygulama olduğu da açıkça bilinmektedir. Bunun hâkimler yönünden bazı pratik yararları bulunmaktadır.¹¹

10 Cansel, Erol, Özel, Çağlar, Hukuk Başlangıcı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim, 2006, 3. Basım, syf.125.

11 Ayrıntılı bilgi için bkz. a. 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu madde 15vd.(Res-

Ülkemizde hâkimlerin tayin ve terfi işlemleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu(HSYK) tarafından gerçekleştirilmektedir. HSYK ise bu işlemleri gerçekleştirirken öncelikle 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa sonra da bu kanuna uygun olarak aldığı kendi ilke kararlarına dayanmaktadır. Gerek yasada gerekse de kurulun ilke kararlarında hâkimlerin terfi işlemlerinde esas alınacak unsurların neler olduğu detaylıca düzenlenmiştir.¹² Meselelerin dışına taşmamak için bu esasların neler olduğunu sadece genel çizgileri ile belirtmek yeterli olacaktır.

Bir hâkimin istenilen derece ile terfi edebilmesi için belli bir iş sayısını tutturması ki bu 'iş'ten kasıt mahkemenin aldığı esas kararlardır ve bu kararlarının belli bir oranının (bu oran terfiinin niteliğine göre değişmektedir) Yargıtay nezdinde onanarak geçmesi gerekmektedir. Bunlar sonuç itibari ile hâkim için bir not olarak hesap edilmektedir. Mevzuatımızda, hâkimler için söz konusu olan terfi yolu genel olarak böyledir. Sonuç itibari ile bir hâkimin verdiği kararlar Yargıtay'ca ne kadar çok kabul görürse hâkim o kadar yükselmektedir. Eğer benzer bir konuda, üst mahkemenin kararı örnek alınmaz ve mahkemenin kararı temyiz edilirse, mahkemenin bu kararı üst mahkeme tarafından bozulabilir, kararı veren hâkimler de olumsuz not alabilirler.¹³ İşte bu mesele hâkimlerimizin dolaylı bir yoldan üst derece mahkemelerinin kararlarını izleyerek, verdikleri kararların

mi Gazete tarih 26.02.1983 sayı 17971)

- b. 07.04.1983 Tarihli ve 2 Sayılı Adli Yargı Hakim ve Cumhuriyet Savcıları İle İdari Yargı Hakim ve Savcıları Hakkında 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 21 ve 118. Maddeleri Uyarınca Tespit Edilen Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararı (Resmi Gazete, tarih 01.05.1983 sayı 18034)
- c. Adli Yargı Hakim ve Cumhuriyet Savcıları İle İdari Yargı Hakim ve Savcıları Hakkında 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 15 ve 118. Maddeleri Uyarınca Tespit Edilen Birinci Sınıf Olma Esaslarına İlişkin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararı, Karar 189/1 Tarih 26.02.2009 (Resmi Gazete, tarih 25.06.2009 sayı 27269)
- d. Adli Yargı Hakim ve Cumhuriyet Savcıları İle İdari Yargı Hakim ve Savcıları Hakkında 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 33 ve 118. Maddeleri Uyarınca Tespit Edilen Birinci Sınıf Olan Hakim ve Savcılarının Çalışmalarının Değerlendirilmesi Esaslarına İlişkin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararı, Karar 189/2 Tarih 26.02.2009 (Resmi Gazete, tarih 25.06.2009 sayı 27269).
- 12 Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa, Ekim, 2006, syf.159.
- 13 Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi Kararı: 1968/38 Esas 1969/34 Karar 12.06.1969 Karar Tarihi (Resmi Gazete yayın tarihi ve sayı: 29.01.1970-13412).

onanması için benzer yönde kararlar vermelerine neden olmaktadır. Bu da uygulamaya hâkimlerimizin yüksek mahkemenin kararları ile çatışmaktan kaçındığı ve bu nedenle de Yargıtay ve Danıştay'ın kararlarına paralel karar verdikleri düşüncesinin yansımasına neden olmaktadır.

Bu konuda karşılaşılabilecek en büyük mesele ise kuşkusuz, yüksek mahkemeler nezdinde yerleşmiş bulunan yanlış bir içtihadın sürekliliğini yukarıda belirttiğimiz nedenle devam ettirebilecek olmasıdır. Burada beklenen ise ilk derece mahkemesi hâkimlerinin, bozulan kararları karşısında direnmeleridir. Sayısı ne kadar az olsa da direnme kararları ile uygulamada karşılaşılmaktadır.

Belirttiğimiz bu yönleri Cumhuriyet savcıları bakımında da kabul etmek mümkündür. Sistemimizde tayin ve terfi işlemleri hâkimler ile aynı usullere tabi olan Cumhuriyet savcılarının içtihatlarına verdikleri önem de bu açıdan aynı ölçüdedir.

1b. Avukatlar Açısından

İçtihatlar hâkimler için önemli oldukları ölçüde avukatlar için de oldukça önemlidir. Avukatlar mahkemeye sundukları dilekçelerde delileriyle birlikte ilgili davaya ilişkin konuyla bağlantılı bulunan mahkeme kararlarını da sunmaktadırlar ki böylece hâkime benzer olaya ilişkin kendi istedikleri yönde bir karar verildiğini göstermektedirler. Avukatlar sadece içtihatlardan bu şekilde tümüyle yararlanmak yerine aslında benzer olmayan bir davadaki kararın gerekçesinde bulunan avukatın kendi davasıyla ilişkili kısmını da mahkemeye sunabilmektedirler.

Asıl olarak içtihatların her iki açıdan da önemi; benzer davaların benzer şekilde çözülmesi ve karara bağlanması hukuk hayatında eşitlik, kesinlik ve tarafsızlık sağlaması bakımından önem taşır. Eşitlik, kesinlik ve tarafsızlık aynı zamanda hukukun tahmin edilebilirliği ile de ilgilidir. Davada taraf olanların mahkeme kararlarını belirli bir ölçüde olsa da tahmin edebilmeleri hukuk hayatı açısından önemlidir.

İçtihatlar bu önemlerinden dolayı hukuk uygulayıcıları için doğru-uygun bir karar bulunduğu istenilen sonuca ulaşmak için çok önemli bir araçtır ve günümüz koşullarında içtihatlara ulaşmanın verdiği kolaylıkla kullanımları gün geçtikçe artmaktadır ve artacaktır da.

2. İçtihadı Birleştirme Kararları

Sistemimizde içtihatların etkinliği konusunda içtihadı birleştirme kararlarının (İBK) özel bir yeri bulunmaktadır. Hukuk düzenimiz bu kararlara diğer içtihatlardan ayrı olarak farklı bir bağlayıcılık tanımıştır.

Yargıtay kanunumuzun 45. maddesi ve Danıştay Kanunumuzun 39. maddesi hangi şartlarda İBK alınabildiğini düzenlemiştir. Burada en dikkat çekici olan husus Yargıtay Kanununun 45. maddesinde yer alan “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” hükmüdür. Ayrıca Danıştay Kanununun 40. maddesinde de Danıştay İBK’lerinin bağlayıcılığı hususu Yargıtay Kanunu ile aynı doğrultuda düzenlenmiştir. Bu cümle doktrinde İBK’lerin kanun gibi bağlayıcı olduğu yönünde yorumlanmaktadır. Acaba bu doğru, gerçekçi bir kabul müdür?

Şüphesiz ki söz konusu hüküm, İBK’leri kanunlar ile eş değer konuma getirmemektedir. Böyle kabul edecek olursak Yargıtay yasaasının bu hükmünün Anayasaya aykırılık teşkil edeceği şüphesizdir. Zira kanun, tamamen kendine özgü bir usul ile kabul edilen genel ve soyut bir düzenleme olmaktadır.¹⁴ İBK’ler ise bundan çok daha farklı bir usul ile çıkarılan ve daha çok somut bir vakıya ilişkin olmaktadır. Söz konusu hükmün esas gayesi ülke genelinde benzer olaylar karşısında farklı kararların verilmesinin önüne geçmek olarak anlaşılmaktadır. İBK ile uygulama alanındaki boşluklar doldurulur, yoksa bu karar yeni bir kanun çıkarılması anlamına gelmez.¹⁵ Asıl amaç ülke genelinde hukuk uygulamasında birlik sağlamaktır.

Görüldüğü gibi içtihatların ancak özel bir türü olan İBK’lerin hüküm veren hâkimi bağlayacağı kabul edilmiştir, oysaki diğer içtihatlar açısından böyle bir bağlayıcılık mevzuatımızda yer almamaktadır; ancak yukarıda belirttiğimiz nedenlerle uygulamada İBK dışındaki içtihatların da etkin olduğunu belirtmiş idik.

3. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Zaman Bakımından Bağlayıcılığı Sorunu

Yukarıda İBK’lerin bağlayıcılığından, hatta bunların

14 Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitapevi, Ankara, Eylül, 2006, 11. Bası, syf.79.

15 Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, syf.272vd.

doktrinde, kimi yazarlarca, kanunlarla eşdeğer düzenlemeler olarak kabul edildiğinden bahsettik. Bu noktada bir konuyu tartışmaya değer bulmaktayız:

TCK’nin 7. maddesinde ceza kanunu hükümlerinin geçmişe yürümezliği ilkesine istisna olarak bir hüküm getirilmiştir. Buna göre “suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” Acaba bu hükümde öngörülen şekilde, benzer bir durumu düzenlemekle beraber farklı zamanlarda geçerli olan İBK’ler yönünden lehe uygulama yapabilir miyiz veya İBK’leri geçmişe yürütebilir miyiz?

Bu konu, maalesef kendine bugüne kadar yeterli tartışma alanı bulamasa da zayıf olmakla beraber çeşitli düşünceler mevcuttur; ancak bu düşüncelerde dahi yeknesaklık bulunmamaktadır.

İBK’lerin zaman bakımından etkisi bilhassa kanun değişikliklerinin beraberinde değişen içtihatlar açısından önemlidir. Zira içinde bulunduğumuz dönemde özellikle ceza yasalarında sıklıkla değişikliğe gidilmektedir. Bu konuyu bir örnek yardımıyla şöyle izah etmek gerekirse: A suçu için 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda var olan düzenleme, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile suçun oluşum şartları açısından köklü değişikliklere uğramıştır. 765 SK döneminde A suçu ile ilgili olarak bu suçun unsurlarına açıklık getiren (B) İBK’si alınmıştır, 5237 SK döneminde ise yasal düzenleme değiştiği için Yargıtay bu sefer (C) İBK’sini alarak içtihat değişikliğine gitmiştir. 765 SK döneminde A suçunu işleyen Ali hakkında mahkûmiyet kararı, 5237 SK yürürlüğe girdikten sonra alınmaktadır. Ali suçu 765 SK döneminde işlemiş ve bu dönemde var olan düzenleme onun lehinedir, mahkûmiyet hükmü de söz konusu mülga yasa maddesine dayanacaktır. Şimdi problemlili olan nokta da lehe yasa hükmü değerlendirmesi yapılırken ve ceza tespit edilip hüküm kurulurken (B) içtihadına mı yoksa (C) içtihadına mı dayanılacağıdır.

Söz konusu bu tartışma hukuki öngörülebilirlik ile de ilgilidir. Bir ceza normunun kapsamı bakımından, istikrar kazanmış, makul bir yoruma güvenle hareket eden kişilerin bu güvenlerinin korunmaması için bir

neden var mıdır?¹⁶ Buna göre Ali, A filini işlerken bu filin neticelerini, nasıl bir yaptırım ile karşılaşabileceğini bilebilmelidir. Bu anlamda mevcut olan ve kanun kadar etkili olabilen (B) içtihadı Ali'ye ne ile karşı karşıya olduğunu gösterebilmektedir. Oysaki 765 SK ile birlikte (C) içtihadının uygulanması, lehe uygulama yapılırken tam tersi bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olabilir. Başka bir değerlendirme de (C) içtihadının (B) içtihadına göre Ali'nin lehine olması durumuna göre yapılabilir. 765 SK uygulanmasına rağmen (C) içtihadı bu yasa ile beraber uygulanabilir nitelikte, yani A suçunun unsurları bakımından uyuşma halinde ve Ali'nin lehineyse söz konusu içtihat da hükme esas alınabilmelidir.

Tabii ki örneğimizde değerlendirdiğimiz olasılıklar İBK'lerin lehe uygulanırılık ilkesi içinde kabul edilmesi hali için söz konusudur. Böyle bir kabul olmaz ise Ali için ancak (C) içtihadı uygulanabilir olacaktır.

Şimdi İBK'lerin lehe uygulanırılık ilkesi kapsamına alınıp alınamayacağı konusundaki değerlendirmelerimize geçebiliriz:

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrası şöyledir: “*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*” Bu hüküm hukukumuzda lehe uygulanırılık ilkesinin esasını oluşturmaktadır.

Yargıtay Kanununun 45. maddesinde yer alan ve İBK'lerin bağlayıcılık gücünü düzenleyen hüküm ise “*İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, daireslerini ve adliye mahkemelerini bağlar*” demektedir. Ancak yukarıda da yaptığımız değerlendirme neticesinde bağlayıcılık itibarıyla kanunlara yaklaşan İBK'lerin kanunlarla eşit seviyede görülemeyeceği sonucuna ulaşmıştık. Ceza kanunumuzun belirttiğimiz hükümünde ise söz konusu ilke için sadece kanunlara yer verilmiş, İBK'ler bu kapsam içinde sayılmamıştır. Pozitif hukuk mantığının yerleşik olduğu ülkemizde öncelikle yasal düzenlemeler konumuzla ilgili olarak bir sorun yaratmaktadır. Bu yönden İBK'ler lâfzî bir değerlendirme yapılacak olursa zaman bakımında

16 Yargıtay İBK E.4/K.11 Karar Tarihi: 15.06.1949 (Resmi Gazete yayın tarihi ve sayısı: 27.09.1949-7317).

geçmişe yürütülemeyecek ya da lehe uygulanırılık ilkesi ile birlikte anılamayacaktır.

Yargıtay 1946 yılında konuyla ilgili olabilecek bir karar almıştır.¹⁷ İBK'lerin geçmişe yürütülemeyeceğini savunan görüş sahipleri de bu içtihadı vurgu yapmaktadır. Buna göre “*tevhibi içtihat kararlarına dayanılarak daha önce müstakar bir surette tatbik olunan içtihatlar dairesinde muhkem kaziye teşkil etmiş olan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilemeyeceği*” öngörülmüştür. Karar düzeltme yolu her ne kadar yeni yasalar ile kalkmış ise de kararın özü bağlamında geçerliğini sürdürdüğü ve İBK'lerin geçmişe etkili olamayacağını öngördüğü belirtilmektedir. Ancak İBK'lerin geçmişe yürütülemeyeceğine yine bir İBK ile karar verilebilecek midir bu konu da tartışmalı bir konudur. Veyahut üzerinde durduğumuz bu İBK de yeni bir İBK ile değiştirilemeyecek midir? Görüldüğü gibi dayanılan bu gerekçe muallâkta kalmaktadır.

Bizim kanaatimiz İBK'lerin geçmişe yürütülebilmesi için en azından yasada bu yönde bir değişiklik yapılması gerektiği yönündedir, yani TCK'nin 7. maddesinin 2. fıkrasına bir ekleme yapılarak kanun ile beraber İBK'lerin de lehe uygulama ilkesine dâhil edilmesidir. Zira bahsettiğimiz gibi İBK kanuna eşit değildir. Ancak yasa değişikliği yerine geliştirilebilecek olan ilkesel bir formül ile de bu yönde bir uygulamanın önünün açılabilirliğini düşünmekteyiz. Böylece pozitif hukuk anlayışının muhafazakâr yapısının bir nebze de olsa yumuşatılabileceği kanaatindeyiz.

Asıl konumuzun kapsamını aşmamak için bu sorun ile ilgili daha detaylı tartışmayı bir başka araştırmaya bırakarak şu an uygulamada kabul edilen anlayışın, İBK'lerin zaman bakımından geçmişe etkili olarak uygulanmaması yönünde olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.¹⁸

4. Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

İçtihatların bağlayıcılığı açısından, bağlayıcılık gücünü Anayasadan alan Anayasa Mahkemesi kararları farklı bir boyutta yer almaktadır.

17 Yargıtay İBK E.4/K.11 Karar Tarihi: 15.06.1949 (Resmi Gazete yayın tarihi ve sayısı: 27.09.1949-7317).

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen norm, ortadan kalkar. Dolayısıyla, bundan sonra böyle bir normun uygulamasına devam edilmesi, ceza hukuku bakımından bir suç, özel hukuk bakımından da bir haksız fiil meydana getirebilir.¹⁹

Burada tartışılan konuda Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararın sadece hüküm fıkrasının mı bağlayıcı olduğu yoksa gerekçede yer alan yorumlayıcı bölümlerin de bağlayıcılık etkisi taşıdığıdır. Şu anki mevcut anlayış, sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğu yönündedir. Ancak yardımcı kaynak olarak bu yorumlayıcı bölümlerden de her zaman yararlanılması tabii ki mümkündür.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarının zaman bakımından etkisi yönünden yukarıda İBK'ler için yaptığımız değerlendirmenin benzerini burada da yapabiliriz. Anayasamızda Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yönelik etki doğuramayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak doktrinde genel kabul gören anlayış, bir ceza hukuku düzenlemesinin iptali halinde bu kararın söz konusu hükme dayanılarak verilen mahkûmiyet hükümlerine de sirayet edeceği yönündedir.²⁰ Biz de bu yönde bir kabulün hukuk devleti ilkesi ile bağdaşacağı kanaatindeyiz. Zira Anayasaya aykırı bir hükme dayanılarak bireylerin mahkûmiyetlerinin sürdürülmesi çağımız insan hakları anlayışına tamamen ters düşmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını değerlendirecek olursak; bu mahkeme, genel mahkemeler ile idari ve askeri yargı mercileri arasında doğan görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili bulunmaktadır. Bu mahkemeden çıkan kararlara, ilgili diğer bütün mahkeme ve yargı mercileri uymakla yükümlüdürler. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi kararları olayla sınırlı bulunduğu ve ilke niteliği taşımadığı için, benzer işlerde bağlayıcılıkları yoktur. Bu mahkemenin kararları, kanun gereğince Resmi Gazete'de yayımlanırlar.²¹

19 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, 7. Baskı, syf.408.

20 Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, syf.262vd.

21 Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2006, 21. Bası, syf.106.

D. SONUÇ

Buraya kadar ele aldığımız bölümlerde içtihatların hâkimin hüküm kurması esnasında ne oranda hâkimi bağlayacağını anlatmaya çalıştık. Şüphesiz ki yazılı hukuk kurallarının etkili olduğu bir sistemde içtihat gibi doğruluğu su götürebilir ve sistematik olarak henüz ele alınmamış olan bir hukuk kaynağının hükme esas alınması, üzerinde daha fazla tartışılması gereken bir problemdir. Bizim kanaatimiz; uygulamamızda yerleşmiş anlayışa berraklık sağlanması için, yukarıda İBK'lerin bağlayıcılığını tartıştığımız bölümlerde önerdiğimiz gibi, mevzuatta yer verilecek açık düzenlemelere yer verilmelidir. En azından emsal teşkil edebilecek nitelikteki mahkeme kararlarının bir sınır çizilerek tespit edilmesiyle, benzer davaların benzer şekilde çözülmesi ve karara bağlanması yoluyla hukuk hayatında eşitlik, kesinlik ve tarafsızlık sağlanabilir.

İçtihat hukukunun işlerliğinin önemli bazı şartlarını da şu şekilde açabiliriz:

İlk şart, mahkeme kararlarının güvenilir şekilde toplanması, sistemleştirilmesi ve yayınlanmasıdır. Burada ufak bir değinmeyle mahkeme kararlarının yani gerekçelerin nasıl olması gerektiği üzerinde durmakta fayda vardır. Yargı kararları mümkün olduğu kadar aleni, mümkün olduğu kadar düşünülmüş ve temkinli ve nihayet mümkün olduğu kadar elastiki olmalıdır. Kararların düşünülmüş ve temkinli olması da kararın gerekçesinde kendini gösterir. Bundan başka yargı kararlarının mahkemelerin uygulamasında bir rehber vazifesi görebilmesi için mahkemelerin kararlarını mümkün olan tam ve kesinlikte gerekçeye yazdırması zorunludur; bu gerekçe olmaksızın kararın hangi hukuki olgulara gönderme yaptığı ve dayandığı anlaşılmaz.

İkinci şart, mahkemeler arasında bir hiyerarşinin var olmasıdır. Mahkemeler arasında hukuk düzenince belirlenen hiyerarşi sayesinde hangi mahkemelerin kararlarının bağlayıcı olduğu saptanabilir.²²

Belirttiğimiz bu iki öncül günümüzde büyük ölçüde gerçekleşmiştir; ancak içtihat hukuku bağlamında alınması gereken yol hala vardır.

Hukuk kaynağı olarak mahkeme kararlarından kuş-

22 Çeşitli değerlendirmeler için bkz. Andreas B. Schwars'ın 29 Şubat 1936'da Ankara'da vermiş olduğu tebliğ (Siyasal Bilgiler Fakültesi Kütüphanesi, Kanun ve İçtihat-Hukuki hayatta mahkeme içtihatlarının rolü)