

## ÖZEL HUKUK UYGULAMASINDA YARGI İÇTİHATLARININ VE İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARININ NORMATİF GÜCÜ

Av. Fahrettin KAYHAN (\*)

Hukuk Fakültesini yeni bitirmiş çiçeği burnunda bir hukukçu, fakültede aldığı klasik hukuk eğitiminin etkisiyle, hukukun yazılı kaynaklarının Anayasa, Uluslararası sözleşmeler, kanun, tüzük ve yönetmelikler olduğu ve bu kaynaklar arasında hiyerarşik bir ilişki olduğu, düşüncesindedir. O, İctihadi Birleştirme Kararlarının da kanun gereği bağlayıcı olması nedeniyle, hukukun asli kaynaklarından sayılabileceğini, ancak genel olarak ,yargısal içtihatların hukukun asli kaynaklarından sayılmadığını öğrenmiştir.

Bu genç hukukçu, uygulamaya atıldığında, klasik hukuk öğretisinin normlar hiyerarşisi teorisinin, realitede, tam tersi bir yapılanma gösterdiğini; tatbikatta, yargısal içtihatların normlar hiyerarşisinin tepesine gelip oturduğunu, hatta bir davanın kaderini konuyla ilgili yasa maddesinden daha fazla etkilediğini, hayretle müşahede eder. Yargısal kararlar içinde sadece, İctihadi Birleştirme Kararlarının yasa gereği bağlayıcı olduğunu sanmaktadır; fakat somut bir olayda, mevcut İctihadi Birleştirme Kararına aykırı, Yargıtay içtihatlarının istikrar kazandığını ve buna karşı hukuken çaresiz olduğunu gördüğünde şaşkınlığı bir kat daha artacak, kural sceptizmine (rule sceptism) düşecektir.

Gerçekten de, hukuk uygulamasında, yerleşik bir içtihat, konuyla ilgili yasa maddesinden normatif olarak daha değerlidir ve daha fazla hukuk gerçeği içermektedir. Yargısal içtihatların bağlayıcılığı prensibinin (stare decisis) Anglo-Sakson hukukuna özgü olduğu, Kıtâ Avrupası hukukunda ise bu prensibin kısmen ve nis-

(\*) Ankara Barosu Avukatlarından.

bi olarak kabul edildiği söylenir. Oysa, bu da klasik hukuk öğretisinin bir söylencesinden ibarettir. İctihatların bağlayıcılığı, istisnasız bütün hukuk sistemlerinde, yargılama faaliyetinin doğası gereği, geçerli ve zorunlu bir prensiptir. Bu nedenle, İsviçre- Türk hukukçusunun, elindeki somut hukuksal sorunun çözümünde emsal icthah aramak için harcadığı mesai, bir İngiliz hukukçusundan az değildir, olmamalıdır da...

Bu makalede, özel hukukta, icthah kavramı ve icthahların normatif gücü ve bu gücün hukuki ve fiili temelleri irdelenecektir. Bu bağlamda, İctihadı birleştirme müessesesindeki aksaklıklara değinilecek, çözüm önerileri sunulacaktır.

## II. TEMEL KAVRAMLAR

Her bilimsel çalışma, bir tartışma zemini oluşturabilmek için, işe kavramlaştırmayla, tariflerle başlamak zorundadır. Biz de, asıl konumuza bir zemin oluşturabilmek için, konuyla ilgili temel kavramları tanımlayıp, diğer kavramlarla olan sınır çizgilerini belirginleştireceğiz.

### A. YARGI KARARI

Yargı erki, yasama ve yürütme erklerinin yanında üçüncü gücü oluşturur. Anayasa'nın 9. maddesine göre, yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Yargısal faaliyet biçimsel ve maddi olmak üzere iki esasa dayanarak tanımlanır. Biçimsel ölçüye göre yargısal tanıma göre, yargı organlarının her türlü işlemi yargı faaliyeti olarak değerlendirilir. Ancak, biçimsel ölçü, yargı faaliyetini açıklamada yeterli değildir. Çünkü mahkemelerin yargısal olmayan, personelin yönetimi, yazı işleri gibi idari nitelikte faaliyetleri de vardır. Bu tarif, ancak yargısal faaliyetin başlangıcını haber verir (1).

Maddi anlamda yargı, pozitif hukukun, yargı organları tarafından uyumsuzluk konusu somut bir olaya uygulanmasıdır. Bir davada verilen ara kararı, nihai karar maddi anlamda yargısal faaliyet kapsamındadır.

(1) **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. Bası, C.I. 1979, s.3

Yargı kararı, kavramı da, maddi anlamda yargı faaliyeti kapsamında tanımlanmalıdır. Yargı kararı, yargı organının, somut bir olayla ilgili yapılan yargılamayı yürüten veya sona erdiren irade beyanıdır. Yargılamanın sona erdirmeyip, yürütülmesini sağlayan yargı kararlarına ara kararı denir ki, bu bizim inceleme alanımıza girmemektedir. Yargılamayı sona erdiren, kararlara ise nihai karar denir. Yargı organının nihai kararları maddi anlamda kesin hüküm niteliğini kazandıktan sonra, o olayla ilgili olarak tarafları ve hükmü veren mahkeme dahil bütün mahkemeleri bağlar. Yasama ve Yürütme Organları ile idare, yargı kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez ( Anayasa m. 138/4).

Ancak yargı kararı, kural olarak, sadece davaya konu o somut olay ve davanın tarafları için, hüküm ve sonuçlarını doğurur; davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler ve o davanın konusunu teşkil etmeyen olaylara etkisi yoktur.

## B. YARGI İÇTİHADİ

İçtihat kavramı, öğretilde, doğal olarak yargı kararı kavramı esas alınarak tanımlanmıştır. Edis'in tanımına göre içtihat kavramı, " yargı organı olan mahkemeler tarafından verilen kararlardan çıkan ilkeler"dir (2). Edis, yargı kararının organik tanımını esas alarak içtihadı tarif etmiştir. Ayrıca, tanımdan hukuksal ilkenin içtihat niteliğini kazanabilmesi için, tek bir yargı kararından mı yoksa birden fazla yargı kararından mı çıkarılması gerektiği açık değildir. Bilge ise, içtihadı, mahkemece verilen kararlarda bir sorunun çözümü için izlenen yol olarak tanımlamış, mahkemelerce, benzer meselelerde dahi aynı çözüm yolunun izlenmesi neticesinde adeta bir mahkeme geleneği meydana geleceğini belirtmiştir (3).

Kanımızca yargısal içtihat , belli somut bir hukuksal sorun hakkında mahkeme tarafından verilmiş yargı kararında, uyuşmazlı-

(2) **Seyfullah Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara, 1997, s. 227-228.

(3) **Necip Bilge**, Hukuk başlangıcı, hukukun temel İlkeleri, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1992, s.109.

ğın çözümü için mahkemece benimsenmiş hukuksal ilke (esas, prensip)tir. Yargı kararında benimsenen içtihat, hükmün gerekçesinden (ratio decidendi) anlaşılır. Ratio decidendi, somut olayda verilen kararın esas sebebi, somut olayın hükme bağlanması için lüzumlu mülahazalardır. Ratio decidendi, kararda genellikle hukuksal ilke olarak ifade edilir. Anglosakson hukukunda bu ilke, principle (prensip, esas)olarak adlandırılır

Anayasanın, 141. maddesinde "bütün mahkemelerin kararlarının gerekçeli yazılacağı" kabul edilmiştir (4). Diğer yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 381,388, 418/6, 489. maddelerinde gerekçeyle ilgili özel düzenlemeler getirilmiştir. Gerekçede, hüküm fıkrasında varılan sonucu zorunlu kılan maddi ve hukuki unsurlar doğru ve çelişkisiz olarak yer almalı, kıyaslar açık, mantıksal ve içerik olarak doğru olmalıdır. Başka bir deyimle, mahkeme kararlarında, *ratio decidendi*'nin yer alması pozitif hukukumuz açısından bir zorunluluktur.

*Ratio decidendi* kavramını biraz daha açıklığa kavuşturmak gerekirse: Bilindiği gibi, hukukun uygulanması, geleneksel mantık açısından kıyas işlemidir. Gerekçe, esasen bu mantıki kıyasların kararda yer aldığı kısımdır. Buna göre üç önermeden meydana gelen tasımda büyük önerme hukuk normunu ihtiva eder, küçük önerme ise somut olayın altlanması (subsumtion) ile elde edilir (5), üçüncü önerme olan vargı ise, her iki önermeden çıkan sonuç olarak olması gerekeni verir. Örneğin:

Reşit Olmayan kişi evlenirse reşit sayılır. (MK 11/2)	: Büyük öncül
Reşit Olmayan Ali evlidir.	: Küçük öncül
O halde Ali Reşit Sayılır.	: Vargı

Hemen belirtelim ki, hukukun uygulanması tasım şemasında çok basit gözükmeyle birlikte, bu aslında görüldüğü kadar kolay değildir. Çünkü mantık, biçimsel olarak sonuç çıkarılacağını gösterir, fakat büyük öncülle küçük öncülün nasıl sağlanacağını anlatmaz.

- (4) **Çetin Aşçıoğlu**, "Yargı Kararlarında Gerekçe", Ticaret Hukuku ve Yargı kararları Sempozyumu, Bildiriler tartışmalar, IX, 8-9 Mayıs 1992, s. 47 vd.  
(5) **Vecdi Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1971, s. 162.

Somut olaya uygulanacak büyük öncül, çoğu kez, tek bir kanun maddesinden oluşmaz. Hukuk kurallarının vakiya doğru uygulanması için, öncelikle büyük öncülün hukuk kurallarından yararlanılarak oluşturulması gerekir. Olaya uygulanacak büyük önermenin oluşturulması çok aşamalı fikri çalışma gerektirir. Öncelikle, muhtelif kanunlarda yer alan, somut olayla ilgili tüm hükümlerin, olayı örtecek şekilde derlendikten sonra, bunların, kurallar hiyerarşisi bakımından, genel hüküm-özel hüküm ayrımı açısından, eşdeğer kuralların zaman yönünden ortaya çıkan düzenleme çatışmalarının hukuk metodolojisine özgü genişliğine bir çalışmayla giderilmesi; daha sonra hukuk kurallarının derinlemesine bir çalışmayla yorumlanarak tasım işlemine uygun hale getirilmesi gerekir. İşte, bu ameliyelerden sonra, kararda ortaya çıkan büyük öncül, içtihat hukukunda, hukuksal prensip, içtihat olarak adlandırılır.

Bu anlamda, her yargı kararı, içtihadı içerir. Bir mahkeme kararında yer alan hukuksal ilkenin, içtihat niteliğini taşıması için, birden fazla kararda benimsenmesi, öğretiden tarafından doğrulanması ya da o ilkenin yargısal teamül haline gelmesi koşul değildir. Ayrıca, kararı veren mahkemenin derecesi, kararda yeralan ilkenin içtihat sayılmasında önemli bir faktör değildir. Bu sayılanlar içtihadın, normatif değerini belirler, kararın içtihat niteliğinde olup olmadığını değil.

İçtihadın yer aldığı hükümde, ratio decidendi yanında, obiter dicta denilen, somut hükme doğrudan etkisi olmayan ikincil derecedeki mülahazalara yer alabilir. Bunlar, içtihadın kapsamında değerlendirilmez.

### III. GENEL OLARAK YARGI İÇTİHAATLARININ NORMATİF GÜCÜ

Türk-İsviçre klasik doktrininde, kural olarak içtihatlar, hukuk kaynağı olarak kabul edilmez. İçtihatlar, MK 1. madde kapsamında, yargıcın karar verirken istifade edeceği yardımcı kaynaklardır. Yine de, mutlak olmasa bile emsal kararlara sınırlı olarak uyma

mükellefiyeti olduğu kabul edilmiştir (6). Anglosakson hukukunda ise, içtihatlarla bağlılık (stari decisio) ilkesi, ana kurallardandır. Mahkeme, bir kez olayların belli bir durumuna uygulanabilir bir hukuksal prensip koyduğunda, tarafların ve konusunun aynı olmasına bakılmaksızın o olayla esaslı benzerliği olan gelecekteki olayların tümünde o prensiple bağlıdır. Mahkemece, belli usuli merasime göre yargılama yapılarak, belli bir davada ortaya çıkan hukuksal sorunlar hakkında iyice düşünülüp taşınıldıktan sonra verilmiş kararın, aynı mahkemede, muadil başka bir mahkemede ya da daha alt derecedeki mahkemede görülen mütakip davalardaki uyumsuzluklarda emsal olması zorunluluktur (7).

Anglo- Amerikan hukukundaki içtihatların bağlayıcılığı öğretisi, hukuken ya da fiilen, az veya çok, bütün hukuk sistemlerinde geçerlidir. Hatta, hukukun çağdaş gelişiminin, deneysel ve yargısal içtihatlarla dayalı hukuka eğilimli olduğu söylenmektedir (8). Gerçekten de, Hiç bir yargıç, benzer konuda daha önce verilmiş bir kararı yok sayamaz; çünkü, bu pratikte hukuk düzeninin ve mahkemenin kendisini yok sayması anlamına gelir. Ancak kendisini o kararda yer alan ilkelerden ayrılmaya icbar eden gerekçeleri belirterek (Önceki kararın farklı somut özellikleri olduğu, büyük yanlışlıkları içerdiği vs.), önceki karardan farklı bir karar verebilir. Bu nedenle, içtihadın bağlayıcılığı kuralı; içtihattan ayrılma istisnadır.

- 
- (6) **Meier-Hayoz**, Art 1, No 474 vd. (Çeviren Ergun Önen) Özel Olarak Kazai İchtihatların Tanzim Edici- Normatif Kuvveti Meselesi, AHFM, XXV, 1968, Sayı, 1-2, s.153-172.
  - (7) **Black's Law Dictionary**, With Pronunciations, Sixth Edition, Centennial Edition (1891-1991), s.1406.
  - (8) **Yasemin Işıktaç**, " Hukukun Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynakları kavramına Etkileri", HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 2. Kitap, Afa yayınları, İstanbul, 1995, s. 81 vd.

## **A. İÇTİHATLARIN BAĞLAYICILIĞININ HUKUKİ TEMELLERİ**

### **1. Eşitlik İlkesi**

Anayasa'nın 10. maddesine göre, herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri şekilde ayırım yapılmaksızın kanun önünde eşittir. Hiç bir aileye, kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idari makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik prensibine uygun olarak hareket etmek zorundadır.

Pozitif hukukumuz açısından eşitlik prensibi, yargı organları açısından da bağlayıcıdır. Kuşkusuz eşit davranma mecburiyeti, benzer olaylarda benzer hükümlerin verilmesi gereğini de kapsar. Benzer olaylarda farklı hükümler verilmesi, başka bir deyimle içtihat uyumsuzluğu bir anlamda Anayasa'nın eşitlik prensibinin ihlali demektir.

### **2. Hukuki Güvenlik İlkesi**

Hukuki güvenlik ilkesi, normların önceden öngörülebilmesini, sürekli ve bir ölçüde değişmez olmasını gerektirir. Çünkü, hukuk sürekli olduğu zaman, önceden kestirilebilir ve ona güvenilebilir. Benzer olaylarda, farklı kararlar verilmesi, hukuki güvenliği ortadan kaldırır. Hukuki güvenlik ilkesi de, içtihatların bir ölçüde bağlayıcı olmasını zorunlu kılar.

### **3. Yargıtay Kanununda İctihattan Dönme Kurumunun Benimsenmesi**

Pozitif hukukumuzda, gerçekten de, Yargıtay dairelerinin kendi müstakar içtihatlarıyla bağlı olduğu ilkesi benimsenmiştir. Yargıtay Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrasında, bir Yargıtay dairesinin, müstakar içtihadından dönmek istemesi halinde, ilgili Hukuk veya Ceza Genel Kurulu içtihadı birleştirme yoluyla doğacak içtihat uyumsuzluğunu giderir. Başka bir deyimle, bir Yargıtay dairesi, kural olarak, müstakar içtihadıyla bağlıdır, bundan dönmeye yetkili değildir; müstakar içtihadından dönmek isterse, bu hususta karar vermeye başka bir mercii yetkilidir.

## A. İÇTİHAHLARIN BAĞLAYICILIĞININ FİİLİ TEMELLERİ

Klasik yorum teorisine göre, hukukun uygulanmasında, büyük önerme önceden verilidir. Hakim yasalarla önceden konulmuş prensipleri tasım işlemleriyle somut olaya uygular. Bu teoriye göre, hukukun uygulanmasında bir yaratıcılık yoktur, kanunların yorumu, yorum yöntemlerini kullanarak, mevcut olanı tanıma, bilme ameliyesidir. Yorumla, bir norm yaratılmaz, müşahede edilir.

Buna karşın, realist yorum teorisine göre ise, uygulanacak hukuk kuralı önceden verili değildir. Normu, hakim yaratır. Yorumdan önce, ortada bir norm yoktur. Hukuk normu, yasa metinlerinin yorumlanmasından sonra ortaya çıkar. Yasa metinleri, her zaman yorumlanmaya açıktır, bir hükümden birkaç norm çıkartılması mümkündür. Uygulayıcı, bu normlardan istediğini, serbest iradeyle seçer (9).

Eğer hukuku uygulayan merciin kararına itiraz yolu hukuken mümkün değilse ve pozitif hukuk karara hukuki sonuçlar bağlamışsa, o karar otantikdir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtay Dairelerinin nihai olarak verdiği kararlar otantikdir. Otantik kararda, belirtilen hukuksal ilke normun kendisidir, kendisine itiraz edilemez, muhtevasına bağlı olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurur. Artık, otantik kararda yaratılan normun doğru olup olmadığı sorusunun bir anlamı yoktur. Bu anlamda, yasa koyucu, uygulayıcının kendisidir. Otantik yorum merciinin, benzer bütün olayları inceleme yetkisi varsa, bu durumda, fiilen içtihadına uyulmasını isteme yetkisi, önce koyduğu ilkeyi referans göstererek müteakip benzer olaylara uygulama yetkisi de vardır. Bu nedenle, otantik yorum merciinin içtihadı, kanunun da öncelikli uygulanma gücünü kazanmaktadır (10).

---

(9) **Ahmet Dinçkol**, "Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", "HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 2. Kitap, Afa yayınları, İstanbul, 1995, s. 161 vd.

(10) **Kemal Gözler**, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu sorunu, Ankara, 1998, s. 185 vd.



Otantik yorum merciinin içtihadından dönme yetkisi tekel olarak ona aittir. O, uygulamada zaman zaman müşahede edildiği gibi içtihadından keyfi olarak, hukuki istikrara, eşitlik ilkesine ya da etik kurallara aldırılmadan dönebilir. Kuşkusuz, tanrı (ya da tabiat) bile, koyduğu kurallara göre hareket etme zorunluluğundadır. Bu keyfilik, hukuk düzeninin kaldıramayacağı düzeye gelmesi halinde, diğer kuvvetler, örneğin yasama, merciin otantik yetkisine müdahale eder, hatta o mercii lağvedebilir. Bu nedenle, yine fiili nedenlerle, otantik yorum mercii, kendi içtihadına uyma zorunluluğunu hisseder. Kuşkusuz, Tanrı (yada tabiat) bile, koyduğu kurallara göre hareket etmek zorundadır.

Realist yorum teorisi'nin bir çeşit 'norm rölativizmi', hatta 'kural septizmi' olduğu idida edilse bile, gerçeklik payı içerdiği de inkar edilemez.

#### IV. İÇTİHA TLARIN BAĞLAYICILIK DERECE Sİ

İçtihadın bağlayıcılığı kural olmakla birlikte, her içtihadın bağlayıcılık derecesi farklıdır ve hiç bir zaman mutlak değildir, her içtihat değişme potansiyelini içerir. Bir içtihadın emsal olarak alınabilmesi için bağlayıcılığının değerlendirilmesi gerekir. Bu da, bazı değer ölçülerinin kabulünü zorunlu kılar.

##### A. İÇTİHA TLARIN BAĞLAYICILIĞININ ÖLÇÜLERİ

###### 1. Otantik İçtihat - Otantik Olmayan İçtihat

Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuku uygulamakla görevli bazı merciler tarafından yapılan yorum otantiktir. Pozitif hukuk gereği, otantik yoruma, itiraz edilemez, iptal edilemez, Otantik yorum, kesindir. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar, Yargıtay Dairelerinin verdiği kararlar otantiktir. İşte otantik yorum yetkisine sahip, yargı organı tarafından konulmuş bir içtihadın bağlayıcılığında kuşku yoktur; Otantik içtihat, alt derece mahkemeleri ve hukuka tabi olanları kesin olarak bağlar. Otantik içtihattan, ancak o içtihadı vaz eden makam dönebilir. Bidayet mahkemesinin, otantik içtihadı aykırı karar verebilmesi, ancak otantik içtihat merciiini ikna edebileceğini, içtihadından döndürebileceğini düşündüğü ciddi gerekçelerle mümkündür; yine de son karar mercii, içtihat sahibi makamdır.

Buna mukabil, pozitif hukukun, itiraz yolu öngördüğü kararlara dayanan içtihat otantik değildir. Örneğin temyizi kabil olan bi-dayet mahkemesinin verdiği kararda yer alan içtihat; otantik değildir. Bağlayıcılığı hemen hiç yoktur. Bir içtihadın bağlayıcılık değerini ölçmede, en önemli kriter onun otantik olup olmadığıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulları, içtihadı birleştirme kararı vermek için, içtihat uyuşmazlığına konu kararların otantik olmasını şart koşmuş, otantik olmayan içtihatın bağlayıcı olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu her kararında aynen şöyle demiştir:

" Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadı birleştirme isteğine dayanak yapılan kararlarından 26.9.1962 tarihli olanı karar düzeltme yoluyla ortadan kalktığına göre bu kararın gerekçesinde yer alan görüş ele alınarak içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi mümkün bulunmamaktadır. Ortadan kaldırılmış karar üzerinde tartışma açılmaz" (11).

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel kurulu ise bir kararında ise, sınırlı yetkili İcra tetkik Merciiilerince verilen ve takip hukuku açısından maddi anlamda kesin hüküm oluşturmamayan kararda yer alan içtihadın bağlayıcı olmadığına karar vermiştir (12).

## 2. Münferit İctihat- Müstekar İctihat

Pek çok olayda, verilmiş otantik kararlarda aynı hukuksal ilkenin benimsenmesi halinde, müstakar içtihattan sözedilir ( juris prudance contante); Aksi halde, münferit içtihat söz konusudur. Müstakar içtihatın normatif değeri, münferit içtihadı göre yüksektir. Yargıtay Kanununun,15/2-b maddesine göre, Yargıtayın her hangi bir dairesi, müstakar içtihadıyla bağlıdır. Eğer daire müstakar içtihadından dönmek isterse, İctihadı Birleştirme (Hukuk veya Ceza) Genel Kurulu'na başvurmak zorundadır. Münferit içtihadın

(11) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 1981/1, K. 1981/3, T. 14.9.1981, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C. 6, 1981-1990, s. 17 vd.

(12) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1986/6, K. 1987/1, T. 13.2.1987, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C. 6, 1981-1990, s. 421 vd.

normatif değerinin düşük olması nedeniyle; münferit içtihatla, münferit içtihat arasında; münferit içtihatla müstakar içtihat arasında içtihat uyuşmazlığı söz konusu olamaz. Münferit içtihatların çatışması halinde, Mecellenin 16. maddesinde ifadesini bulan "*İçtihat ile içtihat nakzolunamaz*" külli kaidesi geçerlidir (13). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu bir kararında:

" ... Yukarıda özetlenen duruma göre gerçekten içtihadı birleştirme konusunda kararlar arasında aykırılık bulunduğu açıktır. Ancak, Dokuzuncu hukuk dairesinin görüşünün Daire uygulamasında kararlılık kazandığı, aksi yöndeki Hukuk Genel Kurulu'nun 2.4.1986 gün ve 802/329 sayılı kararının tek bir karardan ibaret bulunduğu yapılan inceleme ve araştırmalardan anlaşılmıştır. Hal böyle olunca yerleşmiş ve kararlılık kazanmış uygulama karşısında aksi yöndeki bir karar dolayısıyla içtihadı birleştirme yoluna gidilmesinde hukuki yarar olmadığı sonucuna varılmıştır." (14).

### 3. Kararda Yer Alan Hukuki İlkenin Yazılış ve Düzenleme Biçimi

İçtihadın yer aldığı kararda, sarih, genel, soyut bir hukuki ilke benimsenmiş olabileceği gibi, hukuksal ilke açıkça zikredilmeyip, zımnen belirtilmesi de mümkündür. Kararda hukuki esasın açıkça ortaya konulmaması durumunda, içtihadın normatif değeri düşecektir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, bir kararında, daire kararında ilke niteliğinde bir esasın benimsenmemiş olması nedeniyle içtihat uyuşmazlığı doğmayacağı gerekçesiyle içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına karar vermiştir (15).

---

(13) **Mustafa Reşit Belgesay**, Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri, İsmail Akgün mat., 1947, s. s. 20 Parg. 30

(14) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 1987/1, K. 1987/7, T. 27.11.1987, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C. 6, 1981-1990, s. 460 vd.

(15) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1986/1, K. 1986/3, T. 12.12.1986, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C. 6, 1981-1990, s. 409 vd.

Kararın gerekçesiz oluşu, uyuşmazlığın halline etkili maddi ve hukuki meseleleri tartışmamış olması veya gerekçenin görünürde ve yüzeysel olması (16) içtihadın bağlayıcılık gücünü önemli ölçüde düşürür.

#### **4. İctihadın Öğretide Doğrulanmış ve Benimsenmiş Olması**

Bir içtihat, öğretide büyük ölçüde doğrulanmış ve benimsenmişse, içtihadın dayanıklılığı ve bağlayıcı gücü yükselir (17). Diğer yandan, öğretide enine- boyuna tartışılmış, bütün ayrıntıları irdelenmiş bir konudaki içtihat münferit olsa bile, doktrinde hiç tartışılmamış yeni bir olayla ilgili içtihadı nazaran normatif etkisi fazladır.

#### **5. Toplu Mahkemelerde Kararın Alınış Nisabı**

Toplu mahkemelerde, kritik bir çoğunlukla verilmiş kararda yer alan içtihadın bağlayıcılık değeri düşük olacaktır. Örneğin karar bir oy farkıyla verilmiş bir karar, öğreti ve uygulamada mukavemetle karşılaşır (18).

#### **6. İctihattan Dönme ve İctihat Uyuşmazlığı**

Müstekar içtihattan, dönülmesi halinde, eski içtihadın bağlayıcı gücü kalmaz. Yeni tesis edilen içtihat, sayısal olarak münferit içtihat niteliğinde olmasına rağmen önceki içtihadın normatif gücünü haizdir. Başka bir deyimle, dönülen içtihadın bağlayıcılık değeri neyse, aynen yeni vaz edilen içtihadı sirayet eder.

Bazan, benzer olay ve hukuksal mesele hakkında birbirine zıt fakat eşdeğer normatif güce sahip içtihatlar söz konusu olabilmektedir. Buna, içtihat uyuşmazlığı denir. İctihat uyuşmazlığı halinde ise, çatışan içtihatların hiç birinin normatif etkisi yoktur.

(16) Yargı kararlarında gerekçe noksanı için bkz. Çetin Aşçıoğlu, s. 48.

(17) Edis, s. 228, Meier- Hayoz, s. 168.

(18) Meier- Hayoz s. 169.

## 7. İctihadın Yayınlanması

İctihatların yayınlanması, kuşkusuz onların eleştirilmesi olağanı getirir, bilimsel denetimi mümkün kılar, karar merciini fiilen, benzer olaylarda tutarlı olmaya zorlayarak müstekar içtihatların oluşmasına katkı sağlar. Bu da yayınlanmış kararın, normatif etkisini artırır.

## B. İCTİHATLARIN BAĞLAYICILIĞININ NİSBİLİĞİ

Bir yargısal içtihadın normatif bağlayıcılığı hiç olmayabilir, yukarıda sıralanan değerlendirme ölçülerine göre, örneğin otantik olmayan içtihadın bağlayıcılığı hemen hemen hiç yoktur. Buna karşılık, hiçbir içtihadın bağlayıcılık derecesi yüzde yüz değildir. Çünkü, içtihattan dönülmesi her zaman mümkündür. Ancak içtihadın bağlayıcılığı, kural olduğundan, içtihattan dönülmesi keyfi değildir. Örneğin, pozitif hukukumuzda, içtihattan dönülmesi, özel merasime bağlanmıştır. Her şeyden önce Yargıtay'ın herhangi bir dairesi'nin, müstakar içtihadından dönme yetkisi yoktur. İctihattan dönme, ancak içtihadı birleştirme yoluyla mümkündür. Ancak, İctihadı birleştirme kurulları, otantik merciler olmadığından, daireler, kanunda belirtilen usule uymaksızın, hatta önceki müstakar içtihadından dönme gerekçesini dahi açıklamadan dönebilmektedir. Bu da yasal düzenlemenin sakatlığından kaynaklanmaktadır.

İctihattan dönülebilmesi için, ortada değişikliği haklı kılacak nedenlerin bulunması ve bu nedenlerin gerekçesinin kararda açıklanması gerekir. İctihattan dönülmesi, hukuksal güveni, eşitlik ilkesini zedeler, belli ölçüde kaos yaratır. Bu nedenle içtihattan dönülme gerekçesinin, bu ilkeleri zedelemeyi göze alamayı gerektirecek ölçüde ciddi ve kabul edilebilir olmasını gerekir (19).

### 1) İctihadın, Ciddi Hukuki Yanlışlıklar İçerdiğinin Saptanması

Yargısal içtihadın, zaman içinde ciddi hukuksal yanlışlar içerdiği saptanabilir. Bilhassa, kanun değişikliklerinden sonra verilen

(19) Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 1989/1, K. 1989/2, T. 16.03.1990, Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararları, C. 6, 1981-1990, s. 571 vd.

ilk kararlarda benimsenen içtihatların, konunun uygulama ve öğretide yeterince irdelenmemiş olması nedeniyle, daha sonra yapılan bilimsel incelemelerde, hatalı olduğu anlaşılabilir. Bu hususta akademisyenler ve uygulamacılar tarafından yazılan karar eleştirileri, içtihat notları, düzenlenen bilimsel toplantı ve sempozyumlar çok yararlı işlev görürler.

Hukuken hatalı olduğu anlaşılan bir içtihada, hukuki istikrar ve eşitlik adına uymak, bizzat istikrar ve eşitlik kavramlarını zedeler ve hukukun nihai amacı olan adaletten uzaklaştırır.

## 2) Koşulların Esaslı Olarak Değişimi

Değişim, evrensel bir yasadır. Değişim, kanunun istisnası yoktur. Hukuk kuralları ve bu kurallardan çıkarılan ilkeler değişim kurallarına tabiidir. Tarihte, hiç bir hükmün değişmeden kaldığı görülmemiştir. Hukuk kuralları, gereksinimleri düzenlemek için vazedilir, yoksa gereksinimler eski kanunlara uydurulamaz. Ekonomik, sosyal, bilimsel hiç bir alanda, bugünkü ulaşılan konum, geçmişin aynı değildir. Bu değişimin doğal sonucu olarak, yasalardan çıkarılan hükümler de zamanın şartlarına göre değişecektir. Mecellenin, 39. maddesinde "*ezmanın tagayyuru ile ahkâmın tagayyuru inkar olunamaz*" (Zamanın değişimi ile hükümlerin değişimi inkar olunamaz) evrensel kuralı konulmuştur. Bu hükümdede, değişimin konusunu mer'i hukuk kuralları değil, hukuk kurallarından çıkarılan hükümler oluşturmaktadır; hukuk kuralları aynı kalmakla birlikte, yorumla onlardan çıkarılan anlam değişmektedir. Başka bir deyimle, zamanın değişimi ile içtihadın değişimi zorunluluğu ifade edilmiştir (20).

İçtihadın değişimini zorunlu kılan, değişimleri şu şekilde sıralayabiliriz (21):

---

(20) Mecelle' nin bu hükmü için bzk. Mehmet Eroğan, İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı yayınları, İstanbul, 1990.

(21) Yasemin Işıktaç, s.93

### **a) Ahlaki ve siyasi Değer Ölçülerinde Değişim**

İçtihatla, benimsenen çözüm tarzı, menfaatler dengesinin değerlendirilmesinde kullanılan ahlaki ve siyasi değer ölçülerinin değişmesiyle, artık adil olarak gözükmeyebilir. Örneğin, kadının sosyal durumun değişmesi nedeniyle, eşitlik ilkesi yeni bir içerik kazanmıştır. Türk Ceza Kanununun kadının zinasıyla erkeğin zinasına ilişkin hükümlerinde farklı düzenlemeler getirmiş olması, eskiden eşitliğe aykırı sayılmazken; daha sonra bunun eşitliğe aykırı olduğu kanaati hasıl olmuş, bu hükümler Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

### **b) Sosyal ve Ekonomik Değişim**

Sosyal ve ekonomik değişim de, içtihatla benimsenen çözüm tarzını adaletsiz duruma düşürebilir. Ekonomideki globalleşme, ticari entrümanlardaki değişim, sözleşmelerle yaratılan hukuksal araçların gelişmesi, normların kaplam ve kapsamını etkiler, içtihat değişimini zorunlu kılar.

### **c) Bilimsel Değişim**

Bilim ve teknolojiadaki gelişme, realitelerin daha iyi tanınmasına yol açar. Örneğin, genetik bilimindeki gelişmeler, babalık davalarıyla ilgili içtihatda değişimi zorunlu kılar.

## **V. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI**

İçtihatların birleştirilmesi kurumu, Türk hukukuna özgü olup, ilk olarak 1926 yılında 834 sayılı Mahkemei Temyiz Teşkilatının tevsiine dair kanun ile kabul edilmiştir. Ondan sonra, 1928 yılında vaz edilen Temyiz Teşkilatına dair Kanun, 1973 yılında çıkan 1730 sayılı Yargıtay Kanunu ve 4.2.1983 tarihli 2797 sayılı Yargıtay Kanunun'da içtihadı birleştirilmesi kurumu muhafaza edilmiştir. İçtihadların birleştirilmesi yolu, diğer yargı kollarında da ayrı ayrı düzenlenmiştir (22).

---

(22) Kuru, C:IV, s. 341 vd.

2797 sayılı Yargıtay Kanununun Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının Görevlerinin düzenlendiği 15. maddesinin 2. fıkrasında aynen:

" 2.a) Hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulunursa,

b) Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa,

Bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak.."

denilmiştir. Aynı Kanunun, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun görevlerini tanzim eden 16. maddesinin 5. bendinde ise:

" 5. Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzeyen olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu, Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi, Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi, Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek..."

hükmü konularak, içtihadı birleştirmede yetkili üç kurul öngörülmüştür: 1) İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 2) İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulu, 3) İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu.

Yargıtay Kanununun 45. maddesine göre, İçtihatların birleştirilmesini Birinci başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurullarının verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazıyla başvurması halinde, ilgili kuruldan ister. Bu isteklerin gerekçeli olması zorunludur. bunların yanısıra diğer merci ve kişilerinde gerekçe göstererek yazılı olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına başvurmaları mümkündür. Örneğin, yargıtay yayın işleri müdürlüğü, mahkemeler, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, hakimler, avukatlar,



akademisyenler vs.. içtihatların birleştirilmesini talep edebilirler bu durumda Birinci Başkanlık Kurulu, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekli olup olmadığına kesin olarak karar verir.

Yargıtay Kanununun 45. maddesine göre, İctihadı Birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. Hukuksal düzenleme bu olmakla birlikte içtihadı birleştirme müessesesinin hukuksal niteliği, Anayasaya uygunluğu ve bağlayıcılığı tartışmalıdır (23).

### A. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Yargılama faaliyeti, maddi anlamda, somut hukuksal uyumsuzluğun, kural olarak dava konusu olayla sınırlı olarak sadece tarafları bağlayacak şekilde çözülmesidir. Başka bir deyimle, soyut ve genel hukuk kurallarının tekil ve somut olaylara uygulanmasıdır. Bu anlamda, mevcut içtihadı birleştirme yöntemi, yargılama faaliyeti kapsamında düşünülemez. Çünkü, İctihadı birleştirme kararları, her şeyden önce, somut bir dava ve somut bir uyumsuzlukla ilgili değildir. Esasen, içtihadı birleştirme işlemi ortada bir dava yoktur. Davanın olmadığı yerde, yargılama faaliyetinden söz edilemez. Doğal olarak, içtihadı birleştirme kurullarının faaliyeti sonucunda ortaya çıkan karar, yargısal bir karar, bu kararlarda yer alan ilkeler de teknik anlamda yargısal içtihat değildir.

Kaldı ki, Yargıtay Kanununun 45. maddesine göre, İctihadı birleştirme kurulları, içtihat uyumsuzluğunu, daire kararlarından ayrı bir hukuki esası benimseyerek çözebilmektedir. Bu da, içtihadı birleştirme kararlarını somut olaylardan iyice uzaklaştırmaktadır.

İctihadı birleştirme kararı, genel- soyut- yazılı norm koyma işleminden başka bir şey değildir. Bu da, maddi anlamda yasama faaliyetidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "bir konunun içtihadı birleştirme kararıyla aydınlatılması, ameli

---

(23) Edis, s. 232, Lütfi Duran, 'Tevhidi İctihat nedir', Siyasi İlimler Mecmuası, Yıl: 1953, Sayı: 269, s. 228 vd.; Arif Bilgin, "Anayasa Düzenimizde Tevhidi İctihat müessesesinin Yaşama Şansı, İstanbul Barosu dergisi, Yıl: 1967, Sayı: 11,12, s. 592 vd.

sonuç bakımından , o konuda yeni bir yasa (kanun) çıkartılması anlamına gelmektedir" demektedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, içtihadı birleştirme kararını, "yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yenilik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak bir hukuki durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir" diyerek bu teze karşı çıkmış ise de, uygulamada durum hiç de öyle değildir (24).

Örneğin , 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararını ele alalım. Uygulamada, muris muvazaası olarak adlandırılan dava türü, tamamen bu kararla ihdas edilmiştir. Buna göre:

"Bir kimsenin mirasçılarını, miras hakkından mahrum bırakmak amacı ile gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz mal hakkında, tapu sicil memuru önünde, iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmesi halinde, saklı pay sahibi olsun veya olmasın , miras hakkı çignenen tüm mirasçılar görünüşteki satış sözleşmesinin BK nun 18. maddesine dayanarak, muvazaalı olduğunu gizli bağış sözleşmesinde şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilirler. Bu dava geçerli sözleşmeler için söz konusu olan MK nun 507 ve 603 maddeleri haklara etkili olamaz."

Kararda benimsenen hukuki ilkede, muris muvazaasının unsuru olarak zikredilen " murisin mirastan mal kaçırma kasdı" nı, ne Borçlar Kanununun 18. maddesinden, ne de Medeni Kanunun mirasın intikaline ilişkin hükümlerinden çıkarmak mümkündür. Medeni Kanunun sağlar arası hukuksal işlemlerin tenkisinin düzenlendiği 513. maddesinde " murisin mahfuz hisseli mirasçılarının mahfuz hissesini bertaraf etme kasdı" ndan sözedilmiş ise de, tenkis kurumunun muris muvazaasıyla bir ilgisi olmadığı açıktır (25).

---

(24) Anayasa Mahkemesi, T. 12.6.1969, E. 1968/38, K. 1969/34, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 7, s. 341 vd.

(25) **Yaşar Karayalçın**, "Mirasçının Muvazaası Nedeniyle Dava Açma Hakkı Var mıdır", Yargıtay Dergisi, Yıl: 1989, sayı: 1-2.

Diğer yandan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın tüm mirasçılarının külli halef olarak değil, kendi kişisel haklarına dayanarak muvazaa iddiasını ileri sürebilmelerini, ne Borçlar Kanununun sistemiyle ne de miras hukukunun ilkeleriyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı, soyut ve genel kural vzetmekten başka birşey değildir. Bu noktada, genel olarak içtihadın bağlayıcılığının doktrininin de, aynı sonuca vardığı düşünülebilir. Ancak arada ciddi ve pratik sonuçları bakımından önemli bir farklılık vardır: yargısal içtihatlar, genel ve soyut kural koymazlar. İçtihat, tek ve sınırları belli somut bir olayın hukuki çözümünde ortaya konan prensiptir. Bir içtihad, somut olayın özellikleriyle sınırlıdır, olayı genelleştirmez ve soyutlamaz. Eğer başka bir olay, somut özellikleri itibarıyla içtihadtaki olayla esaslı benzerlik gösteriyorsa, o olayın çözümünde de aynı prensipten hareket edilir. Eğer olay, içtihadtaki olayla benzerlik gösteriyor ve fakat bunun yanında kendine özgü, verilecek hükmün değişmesini gerektiren, başka somut özellikler taşıyorsa, içtihadın bağlayıcılığında sözedilemez. İçtihadın bağlayıcılığı öğretisinde, olayların somut özelliğine sıkı sıkıya bağlılık, somutlaştırma söz konusudur. İçtihadı birleştirme kararında ise, olayların somut özelliklerinin bir yana bırakılarak, kanun yapma tekniğinde olduğu gibi genelleştirme ve soyutlaştırma söz konusudur.

Diğer bir farklılık da, içtihadı birleştirme kararının uygulanması, kanunun tatabiki gibi koşullu tasım işlemini gereksindirir. Bu ise, her şeye yeniden başlamak anlamını taşır: İçtihadı birleştirme kararı, bir kanun gibi yorumlanacak, diğer yazılı hukuk kaynaklarıyla ilişkisi saptanarak yeniden somut olayın özelliklerine göre yeni bir büyük öncül oluşturulacaktır. İçtihadın uygulanması ise, başka bir mantık işlemi olan benzetme esasına dayanır. İçtihadın uygulanmasında, elimizdeki olayla, içtihadta yer alan olay arasında somut özellikleri itibarıyla esaslı benzerlik saptanırsa, içtihadta varılan hükme varılacaktır.

## **B. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARINA AYKIRI İÇTİHAT SORUNU**

İçtihadı Birleştirme Genel Kurulları otantik yorum yetkisine sahip merciiler değildir. Başka bir deyimle, bu kurullar, somut bir dava ile ilgili karar vermezler. Bir davada, otantik kararı verme yetkisi, Yargıtay daireleri ve direnme halinde Hukuk Genel Kurulundur. Bu nedenle, her ne kadar Yargıtay Yasası, içtihadı birleştirme kararlarının Yargıtay genel kurullarını, dairelerini ve bi-dayet mahkemelerini bağladığını söylüyorsa da, bu hüküm fiilen bir temenniden öteye gidemez. Bu hükmün işlerlik kazanabilmesi için, İçtihadı birleştirme kararını veren merciin, bu kararlara uyulup uyulmadığını, hukuken ve fiilen denetleme olanağına sahip olması veya bu denetlemenin her bir somut olayda başka bir meci tarafından yapılması gerekir. Yargıtay yasasında da bu hususta bir düzenleme yoktur.

Bu nedenle, İçtihadı birleştirme kararına uyulup uyulmaması hususu, otantik karar verme yetkisini haiz daire ve kurulun takdirine kalmıştır. Somut uyuşmazlığa bakan daire, açıkça veya zımnen içtihadı birleştirme kararına aykırı karar verebilir ve bu durumda hukuken yapılabilecek bir şey yoktur. Bu porobleme uygulamada, zaman zaman rastlanmaktadır.

Hal böyle olunca, içtihadı birleştirme kurumunun, konuş amacı olan, hukuksal güvenlik ve eşitlik ilkesi kökten zedelenmektedir.

## **C. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME MÜESSESESİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI**

1960 Anayasasının hazırlık çalışmaları esnasında, içtihadı birleştirme kurumunun Anayasa'ya alınmaması düşünülmüş, hatta, mahkemelerin, diğer mahkemeleri bağlayıcı genel ve nesnel kararlar alamayacağı yolunda bir düzenleme getirilmek istenmiş ise de, bundan vazgeçilerek 1960 Anayasasında da içtihadı birleştirme kurumu aynen benimsenmiştir. Daha sonra, içtihadı birleştirme yolunun, Anayasa'ya aykırılığı sorunu, İstanbul 19. Hukuk Hakimliği tarafından def'i yoluyla Anayasaya Mahkemesi'ne getirilmiş; Anayasa Mahkemesi, İçtihadı birleştirme kurumunun Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi, İçtihadı birleştirme kararları, teknik anlamda yargı kararı değildir. Yargıtay Kanunundaki düzenlemesiyle, içtihadı birleştirme kararlarının hukuki niteliği, şekli anlamda mahkeme kararı olarak nitelendirilse bile, maddi anlamda yasadır. Bu anlamda, içtihadı birleştirme müessesesi, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır. Yasama yetkisi mutlak anlamda, Türkiye Büyük Millet Meclisinin olup, bu yetki devredilemez.

Diğer yandan, Anayasanın 9. maddesinde, Yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, 138. maddesinde, hiç bir organ, makam ( mahkemeler dahil F.K.), merci ve kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. İçtihadı birleştirme kurumu, Anayasa'nın bu hükümlerine açıkça aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, değinilen kararında, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının eşitlik ve hukuki güvenlik ilkelerine dayandırmaktadır. Biz bu argümana, içtihatların genel olarak bağlayıcılığı kapsamında aynen katılıyoruz. İçtihat birliğinin, bir şekilde sağlanmasının zorunluluğu da ortadadır. Ancak bunun için öngörülen yöntemin Anayasaya ve yargı faaliyetin doğasına yabancı bir yöntemle sağlanmaya çalışılmasına karşıyız. Kuşkusuz içtihat birliğini sağlamanın, Anayasaya uygun bir yolu bulunabilir. Bir önceki bölümde belirttiğimiz gibi, içtihadı birleştirme kararlarına aykırı içtihat sorunu, mevcut Anayasa'ya ve yargının doğasına aykırı düzenlemenin ürünüdür.

#### **D. ÇÖZÜM ÖNERİMİZ**

İçtihadı birleştirme kurumu hukuki güvenlik ve eşitlik ilkelerinin yaşama geçirilebilmesi için zaruridir. Fakat, şu anki haliyle yasama faaliyeti niteliğindeki mevcut düzenlemenin, yargı faaliyeti içine çekilmesi ve Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun hale getirilmesi gerekir. Bunun için öncelikle, İçtihadı birleştirme talebi, temyiz gibi, kanun yolu haline getirilmelidir. Yüksek Mahkemenin herhangi bir dairesinde görülen bir davada verilen karar, Yargıtay'ın aynı veya diğer daire ve kurullarında benzer nitelikte-

ki olaylarda verilen kararlardaki içtihatlarla veya bir içtihadı birleştirme kararıyla çelişiyorsa, somut davada hukuki yararı olan taraf içtihadı birleştirme kanun yoluna müracaat etmelidir.

Bu durumda, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun, içtihat uyuşmazlığı incelemesi, somut bir dava üzerinde gerçekleşeceğinden, yapacağı yargılamanın ve vereceği kararın, yargısal faaliyet olduğunda hiç bir tereddüt doğmayacaktır. Ayrıca, somut dava üzerinde yapılan kanun yolu incelemesinin, bu inceleme sonunda verilen kararın Anayasaya'ya aykırı olduğunu iddia edecek hukukçu sanırım yoktur.

Şu anki haliyle hiç bir etkinliği olmayan, kağıttan kural (paper rule) niteliğindeki, İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olduğu yolundaki yasal hükme hiç gerek yoktur. Önerdiğimiz sistemde, İçtihatların birliği, işin doğasına uygun ve etkin bir biçimde sağlanacak, içtihadı birleştirme kurulları, somut davada önceki içtihadına uyulup uyulmadığını denetleme olanağına kavuşacağından, içtihadı birleştirme kararlarına aykırı yargıtay kararı paradoksu ortadan kalkmaktadır.

Bidayet mahkemeleri ve Yargıtay Daireleri, somut olayda, içtihadı birleştirme kararlarına, vicdani kanıları doğrultusunda ve hukuki bir engelle rastlamadan, kendilerince önemli gerekçelerle, aykırı kararlar verebileceklerdir. Bu durumda karardan tatmin olmayan tarafın kanun yolu müracaatıyla, konu yeniden İçtihadı birleştirme kurullarının önüne gelebilecek, içtihadı birleştirme kararlarının değişmesi, bu günküne göre daha esnek kurallara bağlanmış olacaktır. Böylelikle, içtihadı birleştirmenin, hukuku kalıplaştırdığı eleştirisi önlenmiş olacaktır.

## VI. SONUÇ

1. Sonuç olarak yargısal içtihatlar, klasik hukuk öğretisinde hukukun yardımcı kaynakları sayılsa bile, realitede hukukun asli ve birincil kaynaklarından. Anglo-Sakson hukukuna özgü olduğu söylenen içtihatların bağlayıcılığı (stare decission) doktrini, belli ölçüde de olsa fiilen kendi hukukumuz açısından da geçerlidir. Hukuk düzeninin nihai amaçlarından olan eşitlik ve hukuksal güvenlik ilkeleri bu prensibi zorunlu kılmaktadır.

2. Mevcut düzenlemede:İçtihadı birleştirme kararlarının fiili bağlayıcılığı tartışmalıdır. İçtihadı birleştirme kurulları, otantik yorum yetkisine sahip organlar değildir. Bu nedenle, içtihadı birleştirme kararlarını uyulup uyulmaması, otantik yorum yetkisine sahip organların (dairelerin) takdirine kalmıştır.

Diğer yandan içtihadı birleştirme kararları somut davaların çözümlü niteliğinde olmadığından maddi anlamda yargı kararları değildir. İçtihadı birleştirme faaliyeti yasama faaliyetidir. Bu yönden de Anayasaya aykırı bir müessesedir.

3. Buna karşılık, İçtihadı birleştirme kurumu bir zorunluluktur. Fakat içtihatların birleştirilmesinde Anayasa'ya aykırı olmayan bir yöntem getirilmelidir. Bu konuda bizim önerimiz, İçtihadı birleştirme bir kanun yolu olarak düzenlenmelidir. Yargıtay ilgili dairesinin, önceki içtihadı birleştirme kararına aykırı karar vermesi veya daha önceki benzer konudaki kendi içtihadına veya başka dairesinin içtihadına aykırı karar vermesi durumunda bu karardan hukuki durumu etkilenen taraf içtihadı birleştirme kanun yoluna müracaat etmelidir.