

YARGISAL İÇTİHATLARDAN YARARLANMA YÖNTEMİ VE TÜRK HUKUKU

Av. Fahrettin KAYHAN*

I. GİRİŞ

Tüm hukuk sistemlerinde pozitif hukukun kaynakları, kanun hukuku, yargısal içtihat hukuku, bilimsel içtihat hukuku, örf ve âdet hukuku ve hakkaniyet hukukundan ibarettir. Ancak, her hukuk sistemi, bu kaynaklara farklı değerler vererek kendine özgü bir normlar hiyerarşisi oluşturur. Bir hukuk sisteminin pozitif kaynaklar indeksi ve hukukun kaynakları arasında oluşturduğu hiyerarşi, o hukuk sistemine kişiliğini ve orjinalitesini verir. *Common Law* hukuku, yargısal içtihat hukuku ve hakkaniyet hukukunu birincil kaynak kabul ederken, kontinental hukuk, kanun hukukunu pozitif hukukun birincil kaynağı olarak alır. İslâm hukuku da, bilimsel içtihadı pozitif hukukun birincil kaynağı kabul ederek, diğer iki hukuk sisteminden ayrılır.

Çağdaş Türk hukuk sistemi, kontinental hukuk sistemini kabul etmekle, hukukun kaynakları arasında kanun hukukunu aslı kaynak olarak almış, diğer hukuk kaynaklarına ve bu arada içtihat hukukuna yardımcı kaynak olarak yer vermiştir. Gerçekten de, Medenî Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında, yargıcın hüküm verirken ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan istifade edeceği hükme bağlanarak yargısal içtihatların kaynak olarak yardımcı niteliği vurgulanmıştır.

Ancak, kontinental hukukta olmayan, içtihadı birleştirme kurumunun kabul edilmesi; bunun da ötesinde, Cumhuriyet döneminde çıkarılan Yargıtay Kanunlarında yargısal içtihatlara özel bir değer verilmesi, yerleşik içtihattan dönme ve içtihadın değiştirilmesinin özel usullere bağlanmış olması ile Hâkimler ve Savcılar Kanunlarında benimsenen hâkimlerin terfi sistemi yargısal içtihadın kaynak olarak önemini, müşterek hukuka nisbeten artırmıştır.

Diğer yandan, hukukumuzda içtihatların bağlayıcılığını destekleyecek başka argümanlar da vardır. Hukuksal bir meseleyle uğraşmak, sözcüklerle matematik yapmaktır. Hukuk, matematik gibi aksiyomatik bir sistemdir. Belli aksiyomlar temel alındığında, bu aksiyomlardan çıkarılan teoremleri de kabul etmek zorunluluğu vardır. Hukuk ve matematiğin müşterek en temel aksiyomu eşitlik (=) aksiyomudur. Matematiksel ifadeyle, "a=b ve b=c ise a=c"dir. Hukuktaki diğer iki temel aksiyom "hukukun öngörülebilir olması" ve "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesidir. Bu üç aksiyomu doğru kabul edersek, bir içtihadın benzer olaylarda bağlayıcı olduğunu mantıksal olarak kabul etmek zorunda kalırız. İchtihatların bağlayıcılığı öğretisinin, yurttaşlar açısından görünümü ise, "ıchtihatların emsal olarak uygulanmasını talep etme" hakkıdır. Bu hak, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde ifadesini bulan âdil yargılanma hakkının türevidir. Gerçekten de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerleşik içtihatlarında, hukukun öngörülebilirliği meselesini, davalı ülkede yürürlükte bulunan kanun hukukunun yanı sıra, o ülkedeki içtihat hukuku açısından da değerlendirmektedir¹.

Kaldı ki, içtihat hukukunun, hukukun diğer kaynaklarından farklı bir yanı da, neyin hukuk normu olduğunun içtihatla belirlenmesidir. Gerçekten de, bir kanun hükmü, yargı kararıyla norm olarak tanınmadığı müddetçe normatif değer kazanamaz. İchtihat hukukunun bu özelliği, onu kendiliğinden normlar hiyerarşisinin başına yerleştirmektedir².

Tüm bu açıklamalardan sonra, Medenî Kanunun 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki "istifade eder" ibaresini, içtihat hukukunun hukukumuz açısından yardımcı kaynak olduğu, hâkimin hüküm verirken emsallere uyma zorunluluğunun bulunmadığı şeklinde yorumlanmasını olanaksız kılmaktadır³. Diğer taraftan, tüm dünyada hukuk sistemlerinin,

(1) Bzk. Sunday Times- Birleşik Krallık Davası, 26.04.1979, SERİ:A, No: 30.

(2) Kayhan, F.: "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İchtihatlarının ve İchtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/2 s. 348.

(3) İchtihatların Bağlayıcılığı ile ilgili olarak bkz. *Belgesay* M.R.: "Mahkeme İchtihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İchtihat Kararlarının Derdest Davalara Etkisi", *Adalet Dergisi*, 1960, S. 10, s. 815-822; *Bilge*, N.: "Yargısal İchtihatların Bağlayıcılığı ve İchtihadı Birleştirme Kararları", Seçkin Armağanı, Ankara, 1974, s. 217 vd.; *Erem*, F.: "Yargıtay Kararlarının Ceza Hukukunda Bağlayıcılığı", Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, 1968, 71-79; *Karaoğlan*, F.: "Tevhidi İchtihat Müessesesi", *Hukukî Bilgiler Mecmuası*, 1938, S. 109, s. 5905-5910; *Meier-Hayoz*, A.: "Özel Olarak Kazâ İchtihadın Tanzim Edici (Normatif) Kuvveti Meselesi, (Çev. Önen Ergun), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 1-2, s.153-172.

kanun hukukundan, yargısal inançlara dayalı hukuk bulma eğilimine doğru ilerlediği belirtilmektedir⁴.

Tam da bu noktada, içtihatlardan emsal olarak nasıl yararlanılacağı, bir içtihadın hangi koşullarda emsal alınıp, hangi koşullarda tefrik edileceği, içtihatların iptali meselesi gibi bir dizi metodolojik sorunlar karşımıza çıkmaktadır. Üstelik, içtihatların belirtilen önemi nedeniyle, bu sorunlar salt metodolojik olmaktan öte, doğrudan doğruya hakkın özünü etkileyecek niteliktedir.

İchtihatlardan yararlanma yöntemi konusunda Yargıtay Kanununda bazı ipuçları bulmak mümkündür. Yargıtay Kanununun 15. maddesinin 2-b bendinde " ... benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar" ibaresi, 16. maddesinin 5. bendinde "benzer olaylarda birbirine aykırı kararlar" ibaresi ve 45. maddesinin 5. fıkrasında "benzer hukukî konular" ibaresi geçmektedir. Bu ibareler, yargısal içtihadın emsal olarak uygulanmasında uygulanacak akıl yürütme biçimi konusunda bir fikir vermektedir. Buna göre, yargısal içtihatın olay veya hukukî mesele ile incelenen somut olay arasındaki benzerlik, içtihadın emsal olarak uygulanmasını mümkün kılacaktır. Ancak, "ıchtihat benzer olaylara uygulanır" önermesi bu konudaki metodolojik sorunların tümünü yanıtlamaya yeterli değildir. Bu benzerliğin koşulları nedir, nasıl bir benzerlik vuku bulursa içtihat, başka olaya uygulanabilir, tesbit edilen benzerlik, bir özdeşlik midir vs. gibi pek çok sorun gündeme gelmektedir. İşte, bu tebliğimizde, içtihat hukukunun bu tür metodolojik sorunlarını inceleyeceğiz.

Tebliğ konumuz olan, içtihatlardan emsal olarak yararlanma yöntemine girmeden önce, içtihat kavramına açıklık getirmeyi sonraki açıklamalarımıza bir temel oluşturmak bakımından zorunlu görüyoruz.

II. İÇTİHAT KAVRAMI

İchtihat sözcüğü, Arapça'da güç, takat, çaba anlamlarına gelen (cehede) kökünden gelen, iftial babından bir mastardır. Sözlük anlamıyla bir şeyi elde edebilmek için güç ve çaba sarfetmek anlamında kullanıldığında hakikî, kıyas vb. yollarla hüküm çıkarmak anlamında kullanıldığında mecazîdir⁵. İchtihat kavramı hakikî anlamıyla Türkçede hiç kullanılmamakla birlikte, mecazî anlamıyla İslâm hukuku aracılığıyla hukuk dilimize girmiş, Cumhuriyet döneminde de kullanımı sürmüştür. Üstelik, otantik biçimi içtihat olan sözcük, Türkçe ses uyumunun gereği olarak içtihat biçiminde evrimleşmiştir. Zaman zaman özleştirme

(4) *İşıtaç*, Y.: " Hukukun Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynakları Kavramına Etkileri", HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, s. 81 vd.

(5) *Karaman*, H.: İslâm Hukukunda İchtihat, 2. bası, İstanbul 1996, s.15; *Zeydan*, A.: (Çev. Ruhi Özcan): Fıkıh Usulü, İstanbul 1993, s. 375; *Atar*, F.: Fıkıh Usulü, 2. bası, İstanbul 1992, s. 375.

hareketinin etkisiyle, yargı kararlarında ve bilimsel eserlerde içtihat sözcüğü karşılığında inanç ve inanca sözcükleri kullanılmışsa da, bu sözcükler genel kabul görmemiştir.

İçtihat kavramının hukuksal tanımını yapmak, sözlük anlamını açıklamak kadar kolay değildir. Belki de, içtihat kurumuna farklı yaklaşımları giriş bölümünde belirttiğimiz üç büyük hukuk sistemine (İslâm hukuku, Anglo-Amerikan hukuku ve Kontinental hukuk) göre, karşılaştırmalı olarak tarif yapmak daha isabetli olacaktır.

A. İSLAM HUKUKUNDA İÇTİHAT KAVRAMI

1. Kavram ve Tarihçe

İslâm hukukunun asıl iki kaynağı, Kur'an ve hukuksal içerikte olanlara hadis denilen sünnetlerdir. Kur'anda, aile hukukuyla ilgili 70 ayet, borçlar hukukuyla ilgili 70 ayet, muhakeme hukukuyla ilgili 13 ayet, ceza hukukuyla ilgili 30 ayet, idare hukukuyla ilgili 10 ayet, devletler hukukuyla ilgili 25 ayet ve malî hukukla ilgili 10 ayet olmak üzere toplam 317 hukukî içerikli hüküm vardır⁶. Kur'andaki bu hükümler sebep-i nüzule (gönderilme nedeni) dayalı olarak konulmuş olmakla, temelde kazuistik yöntemi izlemiştir. İslâm hukukunun ikinci asıl kaynağı olan hadisler ise, peygamberin somut olaylara ilişkin söz, fiil ve davranışlarıdır. Ancak, bu iki kaynak, zamanla, sosyal ve ekonomik alandaki gereksinimleri karşılamaya yetmeyince, ortaya çıkan hukuksal sorunların çözümü için içtihat yoluna başvurılmaktan başka çözüm yolu kalmamıştır⁷.

Dar anlamda içtihat, Kur'an ve hadiste bir hukuksal sorunla ilgili olarak açık bir hüküm bulunmadığı zaman, gerekli hüküm ve bilgiyi elde etmek için başvurulacak çare ve işlerdir⁸. Şafii, er-Risale adlı eserinde, içtihadın bu dar tanımını esas alarak, içtihadı kıyasla (analoji) eş anlamlı kabul etmektedir. Şafii'ye göre içtihat, "Her bir hadise hakkında ya ona ait bir hüküm veya hak olan hükmün yolunu gösteren bir delâlet vardır. Hadisenin sarih hükmü varsa buna uymak gerekir. Eğer muayyen bir hüküm yoksa, hadisenin hak olan hükmüne götüren yolun delili içtihat ile aranır, içtihat ise kıyastan ibarettir"⁹. Mecellenin 14. maddesinde ifadesini bulan, "mevrid-i nasda içtihadı mahal yoktur"¹⁰ hükmü de, bu en eski ve dar tarifi esas alır.

(6) Erdoğan, M.: İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, İstanbul 1990, s. 41vd.

(7) Üçok, C.: "İslâm Hukukundan Temel Kurallardan İçtihat, İçtihatla Nakzedilmez", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 39.

(8) Karaman, s. 19

(9) Şafii, er-Risale, s. 477, Karaman, s. 15'ten naklen.

Ancak, içtihadın bu dar tarifi, zamanla değişmiş, kapsamı genişlemiştir. Zamanla içtihadın, temel kaynaklarda açık hükmün bulunduğu sorunlarla ilgili olarak, o hükümlerin manalarını anlamak için yapılabileceği kabul edilmiştir. Ali Haydar, Mecelle Şerhinde, "nassa muhalif içtihadı mesağ yoktur"¹¹ diyerek, Mecellenin 14 maddesini geniş anlamda yorumlamıştır. Bu şerhde açık hüküm bulunduğu halde ona karşı olmayan geniş anlamda içtihadın caiz olduğunu örneklerle anlatmaktadır¹². Sonuç olarak içtihat kavramı, mezhepten mezhebe değişik olarak, kimi zaman dar kimi zaman geniş anlamda tanımlanmışsa da, genel olarak, nasların bulunmadığı yerde kıyas, istihsan, maslahat, ıstıhap¹³ yollarıyla, nasların bulunduğu yerde, onların anlamını ortaya çıkarmak, sözlerin amaç ve kapsamını ortaya çıkarmak yollarıyla dini anlamak ve uygulamak olarak tarif edilmiştir¹⁴. Herhangi bir içtihat, bir çağın bütün müçtehidleri tarafından kabul görmüşse, bu içtihadı icma adı verilmiştir.

Peygamberin ölümünden sonra ortaya çıkan problemler ve fetihler nedeniyle ülkelerle girişilen ilişkiler sonucunda ortaya çıkan sorunlar, İslâm hukukunun asıl kaynaklarını kısa sürede yetersiz kılmış, adeta reel açıdan içtihat kurumunu İslâm hukukunun asıl kaynağı haline getirmiştir. Sahabe dönemiyle birlikte yoğun bir içtihat faaliyeti başlamıştır. İçtihat müessesesi yaşamın dayattığı bir zorunluluk olduğundan, müessesenin kabulünde hiç bir zorluk ve yadırgama yaşanmamıştır.

Ancak Hicri 4. Yüzyılla (Milâdî 9. Yüzyıl) başlayan ve Fıkıh tarihinde taklit devri olarak anılan dönemde, içtihat kapısının kapatıldığı yönünde düşüncelerin ortaya çıkması ve yaygınlaşması, müçtehit düzeyinde hukukçuların yetişmemesi, içtihat ehliyetinin çok sıkı şartlara bağlanmış olması gibi nedenlerle, İslâm hukuku esas kaynağından yoksun bırakılmış ve hukukî sorunlara çözüm üretmez hale gelmiş, deyim yerindeyse dondurulmuştur. İslâm hukuku ile ilgili bu talihsiz gelişme, zaman içinde İslâm hukukunun toptan veya kısmen terki sonucunu doğurmuştur. İslâm hukuku, bu devirle birlikte artık yaşayan bir hukuk olmaktan çıkmış, hukuk tarihinin konusu haline gelmiştir. Türkiye'de, 1850 yılında Fransız Ticaret Kanununa dayalı Türk Ticaret Kanunu, 1860 yılında Usul-ü Muhakeme-i Ticariye, 1863 yılında Deniz Ticareti Kanunu, 1879'da Usul-ü Muhakeme-i Hukukîye vs. kabul edilmiştir. Bu kanunların tamamı, İslâm hukuku dikkate alınmaksızın Batı

(11) "Açık hükme aykırı içtihadı yer yoktur".

(12) Haydar, A.: Düraru'l Hükkam Min Şerhi Mecelleti-l Ahkam , C. I, s. 66, Karaman, s. 19'dan naklen.

(13) Kavramlar için bkz. Atar.

hukukundan iktibas edilmiş veya esinlenilmiş yasalardır¹⁵. *Ahmet Cevdet Paşa*'nın büyük çabalarıyla 1869-1876 tarihleri arasında hazırlanan *Mecelle-i Ahkâm-i Adliye*, zamanın gerekleri düşünülmeden ve mezhep taassubu yüzünden sadece Hanefî hukuk anlayışının esas alınması nedeniyle, kısa sürede yetersiz kalmıştır. *Mecelle*, yerini, diğer İslâm ülkelerinde de kısa sürede Avrupa kaynaklı yasalara terketmiştir¹⁶. Türkiye'de Cumhuriyetin ilânı ile birlikte, İslâm Hukuku yürürlükten kaldırılmıştır.

Ancak İslâm hukukununun ihyası için çabalar devam etmiştir. 1964 yılında Kahire'de düzenlenen İslâmî Araştırmalar birinci kongresi toplanmıştır. Kongrede, içtihat kurumunun İslâmî hukuku için zorunlu olduğu, İslâm hukukunun gelişimi için tüm mezheplerden istifade edilmesi gerektiği karar altına alınmıştır¹⁷. Ancak, kanaatimizce bu, bin yıl gecikmiş bir karardır. İctihada dayalı bir hukuk sisteminde, bin yıllık bir arayı kapatma olanağı fiilen mümkün değildir. İslâm hukukunu canlandırma gayretleri, anakroniden ibarettir. İslâm hukuku, fer'i hükümler bakımından diğer hukuk sistemleriyle rekabet şansını Hicrî IV. yüzyılda, içtihat kapısını kapatmakla yitirmiştir.

Ne var ki, İslâm hukukçularının geliştirdiği, Usûl-ü Fıkıh, mevcut hukuk sistemimizde de uygulanma olanağı bulunan mükemmel ve evrensel denilebilecek hukuk mantığı ve metodolojisini içermektedir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi eski başkanlarından büyük hukuk adamı merhum *Ali Himmet Berki*'nin, Usul-ü Fıkıh kurallarını modern hukukumuza başarılı bir şekilde adapte ederek yazdığı, "Hukuk Mantığı ve Tefsir" isimli eseri, çağdaş Türk hukukumuzda bu açıdan çok büyük bir katkıdır.

2. İslâm Hukukunda İctihadın Kaynağı

İslâm hukukunda içtihadın, kaynak olarak, yargı kararlarına dayanma zorunluluğu yoktur. İslâm hukukundaki içtihat kurumu, bu yönüyle, diğer hukuk sistemlerinden tamamen ayrılır. İctihat, girişte de değindiğimiz üzere, İslâm hukukunda daha çok kendisine hukuksal sonuçlar bağlanmış bilimsel içtihat niteliğindedir. İctihatta bulunma yetkisi, kendilerine müctehit denilen hukukçulara aittir. Eğer, müctehit, aynı zamanda kadı ise, kuşkusuz bu durumda müctehit kadının verdiği

yargısal karar, içtihat niteliğindedir¹⁸. Ancak, müctehidin, içtihatta bulunabilmesi ve bu içtihadın geçerli olması için kadı olması, yargısal faaliyetinde bulunması koşul değildir.

Gerçi, İslâm hukukunun ilk devirlerinde kadılığı *Şurayh, İbn Ebi Leyla, İbn Şübrume* gibi içtihat ehliyetine sahip kişiler icra ederdi. Ancak Abbasi'lerden itibaren, mezheplerin düşumundan sonra kadıların belirli mezheplere bağlı olması geleneği başladı. Örneğin, *Halife Raşit* zamanında tayin edilen bütün kadılar Hanefîdir. Bu uygulama, müstakil müctehidlerin kadı olmalarını engellemiş, kadı olan müctehidlerin de içtihat yollarını tıkamıştır¹⁹. Böylelikle, içtihat kurumunun yaşayan hukukla bağı kopmuştur. Bilhassa Irak ekolüne mensup Hanefî mezhebinin, içtihat metodu olarak, henüz gerçekleşmemiş, yaşanmamış hukuksal sorunlara da çözüm bulma çabasını benimsemiş olması, daha doğru deyimle, müctehitlerin kendi kendilerine sordukları sorulara cevap verme usulünü benimsemeleri²⁰, hukukun, yargı faaliyetinden ve dolayısıyla yaşamdan kopmasına neden olmuştur.

İslâm hukukunda müctehidliğin, ilim ve yetenek olmak üzere iki koşulu vardır. İctihat ehliyetinin koşullarından olan ilmin sahasına, Kur'an, Sünnet, Arapça bilmek; İcma ya da olan konular, Kıyas, Fıkıh Usulü, Furu'u Fıkıh girmektedir. Müctehit olabilmek için bu bilim dallarına vakıf olmanın yanısıra içtihat için yetenekli olmak gerekmektedir²¹. İctihat ehliyetinin birinci şartı olan ilim, sonradan çalışmayla kazanılabilesine karşın, ikinci koşulu olan yetenek doğuştan (fitraten) olup, sonradan kazanılması mümkün değildir.

Müctehidler, her mezhepte, bilimsel güçlerine göre derecelere ayrılmışlardır. Bu hususuta yazılan eserlere tabakât, fakihleri derecelere ayıran eserlere de tabakat-ul fukaha adı verilmiştir. İslâmın ilk dönemlerinde sahabe ve tabiun hukukçuları çeşitli derecelere ayrılmamıştı. O dönemlerde hukukçular anlamına gelen fukaha tabiri ve hukuk anlamına gelen fıkıh tabirleri kullanılmamıştır. Fakat tabiun devrinden sonra, hukuk ekolleri (mezhepler) ortaya çıkmaya başlamıştır. Mezheplerin kurulmasından sonra, özellikle Hanefî, Malikî, Hanbelî, Şafiî, hukukçuları bilimsel güçleri nazara alınarak derecelere ayrılmaya başlandı. Örneğin *İbn Kemal Paşa*, Tabakât'ul Fukaha'sında, Hanefî ekolüne mensup hukukçuları; dinde müctehid, mezhepte müctehid, meselede müctehid, tah'riç ashabı, tercih ashabı, meşeyz ashabı, sırf mukallit olmak üzere yedi dereceye ayırmıştır²². Şafiî ekolüne mensup

(15) *Üçok, C./Mumcu, A.*: Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. bası, Ankara, s. 275 vd.

(16) *Ebu'l Ula Mardin*, Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, İstanbul 1946, s. 29 vd.; *Velidedeoğlu, H. V.*: "Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer'i Hukuktan Lâik Hukuka Geçiş", Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, Ankara 1968, s. 705-724.

(18) *Atar*, s. 336.

(19) *Karaman*, s. 164.

(20) *Üçok*, s. 39.

(21) *Atar*, s. 309.

(22) *Atar*, s. 314.

üçtehitler ise mutlak ve mukayyet müçtehit olarak ikiye ayrılmışlardır. sasen her iki taksim de muhteva bakımından benzer ve müçtehidin hangi ususlarda içtihat yapabileceğini ölçü alır.

Sonuç olarak içtihat kurumunun İslâm hukukundaki karakteristik zellikleri: 1) Kural olarak yargısal faaliyete dayanmaması 2) varsayımsal, gerçekleşmemiş olaylar hakkında da içtihat yapılabilmesi olarak zetleyebiliriz.

B. ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA İÇTİHAT KAVRAMI

1. Tarihçe

İslâm hukukunun güncelliğini yitirmesiyle, dünya üzerindeki hukuk sistemleri *Common Law (the Anglo- Amerikan Law)* ve *ontinental (the Civil Law)* hukuk olarak ikili sınıflandırmaya tabi edilmiştir²³. *Common Law*'ın anavatanı İngiltere'dir. Bağımsızlık ildirgesinin (Declaration of Independence) 1776 yılında ilânıyla birlikte, eni kurulan devletler, o tarihe kadar bölgesel şartlara uydurulmuş *Common Law* hukuk sistemi olarak kabul etmişlerdir. Temelde İngiliz *Common Law* sistemine dayanan Amerika Bileşik Devletleri hukuku, deral yasalarla birlikte, İngiliz hukukundan kısmen ayrılmış, fakat yine *Common Law* özelliğini muhafaza etmiştir. Bu nedenle bu sisteme, *Common Law* denildiği gibi, Anglo Amerikan hukuku da denilmiştir²⁴.

Common Law ve Kontinental ayrımında esas alınan *Common Law*'dır. Avrupa kültürünün bir parçası olan İngilizler, *English* veya *ritish* kavramını esas alarak, kendi dışında kalan Avrupa'lıları, *the ontinent* adlandırmasıyla ifade etmekten hoşlanırlar²⁵. Fakat, ne *Common Law* ne de Kontinental hukuk sistemi, coğrafi bir bölgeye zgüdür. Avrupa hukukunun, kolonial sistemin ve iktibasların etkisiyle im dünya üzerinde yayılmasıyla birlikte, bu iki kavramın coğrafi nırları da genişlemiştir.

Kontinental hukuk sistemi, modern dünyanın Roma hukukudur. ontinental hukuk sisteminin hukuksal gelişim çizgisi iki kez kesintiye gramıştır. Bunlardan ilki, kontinental sistemin, orta çağın son amanlarında Roma hukuku anlayışını kabul etmesidir. Avrupa'nın üneyinde kurulan ve egemenlik alanı bütün Akdeniz'i kapsayan Roma nparatorluğunun geliştirdiği ve *Justinianus* tarafından Altıncı yüzyılda

kodifiye edilmiş bulunan Roma hukuku, XII. asırdan itibaren Kıta Avrupası'nı etkisi altına almıştır.

Kıta Avrupasındaki hukukun gelişim çizgisini etkileyen ikinci olgu ise, XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan XX. yüzyılı da içine alacak şekilde yaygınlaşan kodifikasyon (tedvin) hareketidir²⁶.

İngiliz hukuku, gerek Roma hukuku ve gerekse tedvin hareketinden kendini koruyarak, hem Romanesk hukuka istisna teşkil eden bir sistem hem de içerik, yöntem ve düşünce tarzı olarak farklı kalabilmiştir.

Common Law hukukunun, konumuz açısından en önemli özelliği yargısal içtihadı dayalı bir hukuk sistemi olmasıdır. Bu nedenle, kanaatimizce, yargısal içtihat kavramını, yargısal içtihatların işlevlerini ve nihayet yargısal içtihatlardan istifade yöntemini kavrayabilmemiz için, *Common Law* hukuk sistemine aşına olmak gereklidir. Kontinental hukuk sisteminde, hukuka giriş derslerinin bir kaç sayfalık konusunu oluşturan içtihat, *Common Law*'da sistemin kendisidir. Anglo-Amerikan hukukunda, kararlara dayanma veya kararların bağlayıcılığı (stare decision or doctrin of the binding force of decided case) öğretisi diğer hukuk sistemlerine oranla mutlak denilebilecek derecede geçerli olduğu için, içtihat, hukukun en temel kaynağıdır. Bu nedenle, *Common Law* sistemi ile ilgili yazılan bütün kitaplarda bu hukuk sistemi şu şekilde tarif edilir: "common law is a judge made law"²⁷.

2. Kavram

Anglo-Amerikan hukukunda içtihat kavramını, *decision* (karar, yargı kararı) veya bir kararın örnek oluşu ifade edildiğinde *precedent* (emsal), bir yargı kararının özü, hukukî temeli ifade edildiğinde *ratio decidendi* (hukukî mesele ile ilgili gerekçe), ya da *principle* (esas) sözcükleri karşılar. Kanımızca Türkçedeki içtihat sözcüğünü karşılayan terim, *principle* sözcüğüdür. *Principle*, bir yargı kararının hukukî meseleyle ilgili gerekçesinden (*ratio decidendi*) endüktif akıl yürütme metoduyla çıkarılan ve hükmün hukukî temelini, özünü oluşturan esastır. Anglo- Amerikan hukukunda, yargı kararlarının gerekçesi üç kısımda değerlendirilir. Dava konusu olayla ilgili olarak verilen hükme (vakıa hükmü), *legal opinion* ya da *reason for decision*; hükmün dayandığı hukukî temeli ifade eden gerekçeye *ratio decidendi*; yargı kararında bu iki gerekçe dışında kalan ve hüküm için zorunlu olmayan

(23) Adal, E.: Fundamentals of Turkish Private Law, Revised fourth Edition, İstanbul 1994, s. 24.

(24) Farnsworth, E. A. (Çev.: Ergun Özsunay) Amerikan Hüsuf Hukukuna Giriş, İstanbul 1961, s. 27.

(25) Schwarz, A. B.: İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk, Konferans, İstanbul 1938, s. 4.

(26) Üçok/Mumcu, s. 243 vd.

(27) "Common Law, hâkimin yaptığı bir hukuktur".

beyanlara *obiter dictum* ya da kısaltılmış olarak *dictum* denir. İşte, içtihat, bu gerekçelerden *ratio decidendi*'den çıkarsananan esastır²⁸.

Kontinental akıl yürütme, daha çok dedüktiftir. Yani genel ve soyut kuralların tasım işlemiyle somut olaylara uygulanmasına dayanır. Buna karşılık Anglo- Amerikan hukukunda akıl yürütme ise, endüktif ve analogiktir. Başka bir deyimle, somuttan soyuta doğru bir çalışmayı gerektirir ve somutların mukayesesine dayanır. Bu nedenle, yukarıdaki tanıtımda *principle* sözcüğünü okuyan Kontinental hukukçunun içtihadı, mahkeme kararlarında yer alan genel soyut ilkeler olarak algılama olasılığı büyüktür. O, haklı olarak, yukarıdaki tanımdan Anglo-Amerikan hâkiminin somut olayla ilgili olarak, Kontinental hukuktaki kanunlara benzer genel ve soyut kurallar koyduğu sanısına kapılabilir. Bu kesinlikle yanlıştır. Mahkeme kararında yer alan ve içtihadı oluşturan prensip, yargılanan olay kadar somut ve münferittir, sadece yargılanan olaya özeldir. Anglo-Amerikan hukukunda hâkimlerin genel ve soyut nitelikte kural koyma yetkileri yoktur. Hâkim önündeki somut bir dava için prensip belirler, bu prensip dar bir sahaya tek bir davaya özgüdür²⁹. Hatta, Amerika Bileşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi'nin kanunların Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin verdiği kararlar dahi, bizdeki anlamıyla, kanunu yürürlükten kaldıran (olumsuz yasama) iptal kararı niteliğinde değildir. Federal Mahkemenin Anayasaya aykırılık kararı, Anayasaya aykırı bulunan normun eldeki somut dava için uygulanmamasından ibarettir³⁰. Mahkemenin, Anayasaya aykırı yasayı, derdest davanın sınırlarını aşarak iptal etmesi mümkün değildir. Mahkemenin kararı, içtihatların bağlayıcılığı öğretisi nedeniyle, hukukumuzdaki iptal kurumuna benzer *erga omnes* bir etki doğurur.

İçtihatların bağlayıcılığı öğretisi ile bu son söylediklerimiz çelişiyor gibi gözükebilir. Ancak, bir içtihadın benzer bir olaya uygulanması, daha sonra inceleyeceğimiz gibi, bizim alışık olduğumuz genelden özele bir akıl yürütme biçiminde değil, özelden özele örnekseme yoluyla (*by analogy*) ve özelden genele (endüktif) yapılan bir iştir. Başka bir deyimle, içtihat yargıcın koyduğu kural değil, fakat yargıcın kararından başkası tarafından çıkarsanan kuraldır.

C. TÜRK HUKUKUNDA İÇTİHAT KAVRAMI

1. Tarihçe

İçtihat sözcüğünün, Türkçeye İslâm hukuku aracılığıyla geçtiğini söylemiştim. Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşundan sonra gerçekleşen

(28) *Adal*, s. 25; *Schwarz*, s. 14; *Farnsworth*, s. 29 ; kavramlar için bkz. *Black's Law Dictionary*, 6th edition.

(29) *Llewellyn*, K. N.: *The Bramble Bush*, 2. Edition, Newyork 1951, s. 78.

(30) *Tunç*, H.: *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı* (Denetimin Kapsamı ve Organları) Ankara, 1997 s.100

hukuk devrimiyle ülkemiz, *kontinental hukuk* sistemine dahil olmuştur. Böylelikle, *Case Law* sistemine dayalı İslâm hukuku ve *Common Law* sisteminin aksine, genel, soyut ve müdevven kanunlara dayanan kontinental sistemde yargısal içtihatlar yardımcı kaynak olarak kabul edilmiştir.

Ancak İslâm hukukunun *Case Law* sistemi etkilerini yeni dönemde sürdürmüştür. Bunun başlıca nedeni Cumhuriyet dönemi hukuk hayatında, yargıç, öğretim üyesi, avukat olarak görev alan Prof. *Ebu'l Ula Mardin*, Yargıç *Fahrettin Karaoğlan*, Yargıç *Ali Himmet Berki* gibi çağdaş hukukumuz kadar İslâm hukukuna da vakıf büyük hukukçulardır. İçtihatların hukukî değeri, 1926-1935 ve 1961-1975 yılları arasında uygulama ve doktrinde ciddî şekilde tartışılmıştır. Bu hukukçuların etkisiyle, hukukumuz pür Kontinental sistemden esaslı şekilde ayrılmış, hukuk sistemimiz *Common Law*'in İngiliz uygulamasına değilse bile içtihatların bağlayıcılığı öğretisini daha yumuşak ve esnek uygulayan Amerikan uygulamasına yaklaşmıştır. Örneğin içtihatların bir kısmının mutlak bağlayıcılığı öngören ve Kontinental sistemin hiçbirinde bulunmayan içtihatları birleştirme kurumu, İslâm hukukundaki icma kurumununun Cumhuriyet dönemindeki uzantısıdır³¹. Ayrıca, Yargıtay Kanunu da içtihatlarla ilgili olarak benimsenen hükümler ve hâkimler ve savcılarının terfi sistemi de içtihatların bağlayıcılığı artıran öğeler olmuştur.

Hukukumuzdaki içtihat kurumunun Kontinental ülkelerden bu şekilde farklılaşması kanunların yanibaşında, adeta bir *Case Law* sisteminin oluşmasına yolaçmıştır. Ülkemizdeki monografik hukuk yayınlarına baktığımızda, hemen hemen her kitapta ek bölüm olarak konuyla ilgili yargısal içtihatların verildiğini görmekteyiz. Uygulamacılar ve yayıncılar, yargı kararlarını ihtiva etmeyen eserlere fazla iltifat etmemektedir.

2. Kavram

İçtihat terimi İslâm hukukundan Cumhuriyet hukukumuzda geçerken, terimsel anlamını, içtihat konusundaki ekoller arası münakaşaları ve içtihatın dayandığı kazuistik düşünme alışkanlığını kısmen beraberinde getirmiştir. Kontinental sistemle, İslâm hukukunun düşünce tarzındaki kan uyumsuzluğu da eklenince, hukukumuzda içtihadın "efradını cami, ağyarını mani"³² bir tanımını vermek güçleşmiştir. Yazarlar tarafından yapılan tanımlara göz gezdirecek olursak:

(31) *Dönmezer*, S./*Ermann*, S.: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. I, 8. baskı, İstanbul s. 272.

(32) "Ögelerini iceren, öge olmayanları içermeyen".

Seyfullah Edis, içtihadı: "yargı organı olan mahkemeler tarafından verilen kararlardan çıkan ilkeler" olarak tanımladıktan sonra, Medenî Kanununun 1. maddesi gereğince yargı içtihatlarının bidayet mahkemeleri kararlarında ortaya çıktığını, bununla birlikte kanunun üst yargı yerlerince verilen kararları da hedeflediğini, hatta Medenî Kanunun uygulanmasında idarî mercilerin kararlarından da yararlanılacak ilkelerin ortaya çıkacağını belirtmektedir. *Edis*, yargı içtihadı kavramı başlığı altında, yargı içtihatlarından yararlanılabilmek için, doğrulanmış veya benimsenmiş olması gerektiğini ifade etmiştir³³.

Edis, tanımında mehz İsviçre Medenî Kanununun Almanca metnini esas almıştır. Kanunun Almanca metninde *bewahrte Überlieferung* ifadesi kullanılmıştır. Öncelikle Alman dilinde *Überlieferung* terimi Fransızca metindeki *jurisprudence* sözcüğünden daha geniş kapsamlı bir kelimedir. Bu terim, yargı içtihatlarının dışında, idarî mercilerin uygulama ve kararlarını ifade etmektedir³⁴. Ayrıca bu sözcük, "içtihat" kavramından farklı olarak "gelenek" kavramını ifade eder³⁵. Aslında Almanca metinde de Fransızca metinde de anlatılmak istenen kavram, yerleşmiş (müstekar) mahkeme içtihatlarıdır. Ancak, yerleşik veya müstekar olma, *Edis*'in deyimiyle, "doğrulanmışlık ve benimsenmişlik" içtihat kavramının öğelerinden (eski deyimle rükün) değildir. Yerleşiklik, doğrulanmışlık, benimsenmişlik kavramları, belki içtihadın emsal olmasının veya bağlayıcılık derecesiyle ilgili koşul (şart) olabilir. Koşul ve öge (şart ve rükün) hukukî sonuçları bakımından aynı şeyler değildir. Bu koşullar olmasa da yargısal içtihat, yargısal içtihatır.

Edis, içtihadı, yargı organlarının kararlarını esas olarak tarif etmekle birlikte, yargı organlarının ne tür kararlarının içtihadın temeli olabileceğini belirtmemektedir. Acaba, organik anlamda, yargı organının verdiği her karar içtihadın temeli olabilir mi?

Diğer yandan, yargı kararlarından çıkan ilkeler kavramıyla ifade edilmek istenen nedir? Bu ilkeler yargı kararından nasıl çıkar veya çıkarılır ve yargı kararının hangi bölümünde yer alır veya almalıdır? Yargı kararından çıkan ilkeler, genel, soyut ilkeler midir? Yoksa içtihat kavramıyla anlatılmak istenen, bütün yargı kararlarından çıkan ilkelerin oluşturduğu bir bütün müdür? Ya da, yargı organlarının oluşturduğu bir gelenek (customary) midir? *Edis*'in açıklamalarında bu soruların açık yanıtları yoktur.

(33) *Edis*, S.: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, Ankara 1997, s. 227-228.

(34) *Bilge*, s. 231.

(35) *Egger*, A. (Çev.: Çernis, V.) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947, s. 81

Dönmezer-Erman, *Du Pasquer*'in tarifine uyarak, içtihat kavramını, "mahkemelerce verilen kararlardan doğan objektif hukuk" olarak tanımlamıştır. *Dönmezer-Erman*'a göre, mahkemelerin bakmakla yükümlü oldukları olaylar dolayısıyla verdikleri kararları iki kısma ayırmak mümkündür. Bunlardan bir bölümü, kanunun hükmünün basit olaya uygulanmasını ifade eder ki, bunlara "olaya ilişkin kararlar" denilir. Diğer bir bölüm ise, hâkim, mahkeme önüne getirilen olay hakkında hüküm verirken, kanun hükmünü ve anlamını adeta olaydan soyut olarak belirtmek zorunda kalır ve sonra bu anlama göre olayın ne surette çözümlendiğini gösterir. Bu çeşit hukuk prensipleri getiren kararlara ise, "prensip kararları" adı verilir. Yazarlara göre, içtihadı oluşturan bu prensip kararlarıdır³⁶.

Dönmezer-Erman'ın tarif ve tahlilleri içtihat kavramını ifade etmeye daha yakındır. Her şeyden önce yargısal içtihadın temelini oluşturan karar kavramını kısmen tahlil etmiştir. Ancak, kanımızca, olaya ilişkin kararlar diye taksim ettiği kısım yasanın olaya basit uygulaması değil, mahkemenin yargılama faaliyeti sonucunda ulaştığı vakıya ilişkin hükümdür. Diğer yandan, mahkemelerin baktıkları davada, yazarların ifade ettikleri anlamda genel ve soyut prensip kararları alma yetkileri yoktur.

Necip Bilge, "Kazaî içtihat adı da verilen yargısal içtihatlar, mahkemece verilen kararlarda bir sorunun çözümü için izlenen yolu ifade eder" sözleriyle içtihadı tanımladıktan sonra, mahkemelerin benzer olaylarda aynı çözüm yolunu tercih etmeleriyle adeta bir mahkeme geleneğinin meydana geleceğini ifade etmiştir.

Bilge'nin açıklamalarında içtihat hukukunun bir gelenek, örf ve âdet hukuku olduğu yönünde bir eğilim vardır. Oysa gelenekle, *Case Law* arasında çok ciddi farklar vardır. İçtihadın oluşması için, bir sorunun çözüm yolunun birden fazla kararda benimsenmesi gerekli değildir.

Eski Yargıçlardan *Ahmet Elifoğlu*, içtihat " hakkında kat'i sarahat bulunmayan meseleleri kanunun mufassal ve esas prensiplerinden hukukî bir netice istiharcı için bütün kudret ve gayreti sarfetmektir" şeklinde tarif etmektedir. Buna göre içtihadın iki unsuru vardır: 1) İçtihat edilmesi icap eden mesele hakkında kanunda hiçbir hüküm bulunmaması, 2) bu takdirde mevcut hüküm ve prensiplerden kıyas yoluyla bir netice çıkarılarak hüküm verilmesi³⁷.

Ahmet Elifoğlu'nun bu tarifi, İslâm hukuku Şafî ekolünün içtihat tarifidir. Yazar, yargıcın hukuk yaratması kurumu ile içtihat kavramını eş

(36) *Dönmezer/Erman*, s.172.

(37) *Elifoğlu*, A.: "Bizde Tevhidi İçtihat Müessesesi", Adalet Dergisi, 1955, S. 8. s. 796-806.

anamlı olarak kullanmakta, içtihadın oluşması için hukuk boşluğunu şart koşmaktadır. Ancak, bu tarifi hukukumuzdaki içtihat kavramını açıklığa kavuşturduğu söylenemez.

Velidedeoğlu, içtihadı, "mahkemelerce verilen kararlar içinde bir meselenin hal tarzı hakkında kabul edilen hukukî prensipler" olarak tanımlamıştır³⁸.

Yazarlarımız tarafından yapılan tanımları çoğaltmak mümkündür. Fakat tüm tanımlar, bize içtihat kavramını hissettirmekte, fakat içtihat kavramına nüfuz etmemizi sağlamakta yetersiz kalmaktadır. İchtihat terimi, bu adla yüksek mahkemelerin kuruluş ve işleyiş yasalarında geçmektedir. Yargıtay Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrasının 2. maddesinin 5. fıkrasında uyuşmazlığı, (b) bendinde yerleşmiş içtihat, 16. maddesinin 5. fıkrasında içtihat uyuşmazlığı, içtihatları birleştirmek ibareleri geçmektedir. Medenî Kanunun 1. maddesinin son fıkrasında ise kazaî karar sözcükleri kullanılmıştır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, mehz kanunda bu kavram yerleşik yargısal içtihat olarak kullanılmıştır. Medenî Kanundaki ibare, içtihadın temelini oluşturan, yargısal karar kavramını ifade eder. İchtihat kavramının yasalarda tanımı yoktur. Ancak, yasadaki sözcükler bağlam itibarıyla anlamlandırıldığında, içtihat kavramının temelini yargı kararları olduğu sonucuna kolaylıkla varılabilir.

Kanımızca yargısal içtihat, muhakeme sujelerinden yargı organının, bir dava ile ilgili yargılama faaliyeti sonucunda verdiği, taraflar arasındaki dava ilişkisini sona erdiren yargı kararının gerekçesinden tümevarım yöntemiyle çıkarsanan ve hükmün temelini oluşturan esastır.

Hemen belirtelim ki, bir yargısal karardan çıkarsanan ilkenin, 1) hukuk boşluğunu doldurması, 2) birden fazla kararda yer alması 3) yargısal gelenek halini alması, 4) açık, genel ve soyut bir hukuk kuralı olarak ifade edilmesi, 5) emsal özelliğinin ve bağlayıcılığının bulunması, 6) hükmü veren mahkemenin derecesi, içtihadın kuruçucu öğelerinden değildir. Diğer bir deyimle, tanımda belirtilen unsurları taşıyan her yargı kararı, bir içtihat içerir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, içtihat kavramı, kökü anayasa hukukunda, gövdesi genel muhakeme hukukunda olan ve meyvelerini hukukun tüm dallarında veren hukuk tarihiyle yaşıt ulu bir ağaçtır. İchtihat tarifimizin içeriğine nüfuz edebilmek için öncelikle, anayasa hukukunun çalışma alanına giren ve içtihat kavramının kökünü oluşturan yargılama faaliyeti kavramından hareketle, genel muhakeme hukukunun çalışma konusuna giren yargı kararı kavramını incelemek, dava ilişkisi kavramı üzerinde durduktan sonra, yargı kararı kavramının içtihat hukuku

açısından çok büyük önem arzeden unsurlardan gerekçe kavramını irdelemek, nihayet esas kavramının ne olduğunu araştırmak gerekir. Ancak, böyle bir girişim, bir tebliğin sınırlarını aşacağından sadece, esas kavramının incelenmesiyle yetinilecektir.

III. İÇTİHATTA BENİMSENEN ESAS

İchtihat kavramını, yargı kararının gerekçesinden çıkarsanan esas olarak tanımlamıştım. İchtihat kavramını tam olarak algılayabilmek için, esas kavramını aydınlatmak zorunludur. Esas sözcüğü uygulamada "davanın esası", "içtihatla benimsenen esas" ibareleri içinde kullanılır. Bu tebliğde esas sözcüğü, kavramını principle anlamında kullanılmıştır. Buna göre esas, bir yargı kararıyla, somut bir olay için konulmuş tekil bir normdur³⁹. Tüm hukuk normları gibi, esas, bir emri veya olması gerekeni ifade eder. Bu anlamda, esasın ihtiva ettiği norm, ya belirli bir davranışı emreder veya yasaklar ya da belirli bir davranışa yetki veya izin verir.

Esasın, diğer hukuk normlarıyla benzer yönleri olmakla birlikte esasla diğer hukuk normları arasında mahiyet ve nitelik bakımından ciddi farklılıklar vardır.

A. ESASIN UNSURLARI

Genel olarak hukuk normu, mantıksal yapı itibarıyla, bileşik önermelerin bir türü olan koşullu önerme niteliğindedir. Önermenin ön bileşeni kanunî olay, ard bileşeni ise hukuksal sonuçtur. Bir hukuk normu olarak tanımladığımız yargısal içtihadı oluşturan esasın da aynı şekilde iki ögesi vardır: illet ve hüküm.

1. İlet

İlet sözcük anlamıyla değiştirici anlamına gelir. Hastalığa, insan bedeninde değişiklik meydana getirdiği için halk arasında illet denilmiştir. İlet, hükümde değişiklik meydana getiren, olmayan bir hükmü var eden, hükmün üzerine bina kılındığı şeydir. Başka bir deyimle, hükmü belirleyen ilgiye illet denir. Fıkıh Usulünde, hükmün varlığı kendisine nisbet ve izafe edilen, hükmün dayandığı şey olarak tarif edilmiştir. *Common Law* hukukunda illeti kısmen karşılayan sözcük *holding*'tir. *Holding* sözcüğünün, *Black's Law Dictionary*'deki tanımı şu şekilde yapılmıştır. "*The legal principle to be drawn from opinion (decission) of the court*" (Mahkemenin gerekçesinden (kararından) çıkartılan hukukî prensiptir).

(38) *Velidedeoğlu*, H.V.: Medenî Hukukun Umumi Esasları, C. I, Cüz. I, Ankara

(39) *Gözler*, K.: Hukukun Genel Teorisine Giriş- Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998.

İllet, diğer hukuk normlarındaki kanunî olaya tekabül eder. Ancak, diğer hukuk normlarındaki kanunî olay, genel ve soyut olmasına karşın, esasın ögesi olan olay, içtihatla konulan hukuk kuralının tekil ve olayın somut özelliklerine sıkı sıkıya bağlı bir norm olmasının doğal bir sonucu olarak somut bir olaydır. Ancak, kararın gerekçesinde yer alan somut olayın her özelliği esasın ögesi olan illet niteliğinde değildir.

İllet, kararın gerekçesinde yer alan ve yargısal kararlar kendisine hukukî sonuç bağlanan somut olaya ilişkin niteliklerdir. Gerekçede yer alan somut olayla ilgili her yargısal beyan, hükmü tayin etmez. Bazı yargısal beyanlar, esasla doğrudan ilgili ve zorunlu olmayıp, yeri geldiği için ya da yararlı görüldüğü için kararda yer alırlar, varılan hükme izafeten hükmü belirleyici olmayıp ayrıntı (teferruat) düzeyindedirler. Bu tür, beyanlara *obiter dictum* denir. Yargı kararında benimsenen esas ortaya çıkarmak için, illetlerin ve diğer *obiter dictum* niteliğindeki beyanların ayrılması gerekir.

Gerekçede yer alan olayın somut bir özelliğinin illet olarak kabul edilebilmesi için, bazı koşulları taşıması gerekir. Bunlar: açıklık, belirlilik, uygunluk ve tamlıktır. Bu koşulları taşımayan bir özellik illet olarak alınmaz.

a) Açıklık

Her şeyden önce illetin açık olması gerekir. Uygulanacak içtihatla, illetin ne olduğu akıl ve duygularla anlaşılabilir. İllet, anlaşılacak kadar gizli ise veya karar gerekçesiz olduğundan belirtilmemişse esasın saptanması mümkün olmaz.

b) Belirlilik

İkincisi, illet belirli olmalıdır. Yani, illet, belirli ve somut bir gerçekliğe sahip olmalı kişi veya olayların değişimiyle esaslı bir değişim göstermemelidir.

c) Uygunluk

Üçüncüsü, illet uygun olmalıdır. Başka bir deyimle, hükümle illet arasındaki bağ mantıksal olarak uygun olmalıdır. Diğer bir ifadeyle illet, hükmü mantıken zorunlu kılacak uygunlukta olmalıdır.

d) Tamlık

Son olarak, illet tam olmalıdır. Bu biçimsel mantıktaki yeter neden ilkesinin bir gereğidir. Gerekçede illet olarak saptanan nitelikler, başlı başına hükmü zorunlu kılmaya yeterli olmalıdır.

2. Hüküm

Esasın ikinci ögesi hükümdür. Hüküm, gerekçe de yer alan illetlere bağlanan hukuksal sonuç veya hukuksal yaptırımdır.

B. ESASIN ÖZELLİKLERİ

1. Tekillik

Diğer hukuk normları, genel ve soyut olmasına karşın; esas, tekil (münferit) bir normdur. Esas, tek, biricik ve somut bir olayı düzenler. Esasın düzenlediği olay, zaman, mekân ve kişi yönünden biriciktir ve özgül koşullar içinde vuku bulmuştur. Bu yönüyle, olaylar arasında bir özdeşlik mümkün değildir. Her somut olay, bir insanın parmak izi gibidir; bilindiği gibi, bütün parmak izleri görünüşte birbirine benzer, ama hiçbirisi diğerinin aynısı değildir. Bu nedenle, iki olay arasında, aynıyet iddia etmek olanaksızdır.

Peki, olaylar arasında bir aynıyet ilişkisi kurulamadığına göre, içtihadın bağlayıcılığı nasıl mümkün olmaktadır?

Olaylar arasında bir aynıyet ilişkisi kurulamazsa da, olayların bazı nitelikleri arasında özdeşlik kurulması mümkündür. İşte bu niteliklerin bazıları, yukarıda da belirttiğimiz gibi illet niteliğindedir ve verilecek hükmü belirler. Bazı nitelikler ise, hükmü belirlemez ve olayın ayrıntısını oluşturur. İşte, içtihadın başka olaylarda uygulanmasını zorunlu kılan olaylardaki aynıyet değil, içtihadta yer alan illetle somut olaydaki illet arasındaki özdeşlik ve ortaklık nedeniyle olayların birbirine benzerliğidir.

2. Tarihsellik ve Deneysellik

Diğer hukuk normları, kural olarak, önceden gerçekleşmemiş fakat gelecekte gerçekleşmesi olası olayları düzenler. Diğer normlarda olay gerçekleşirse, norm uygulanabilir hale gelir; olay gerçekleşmezse norm uygulanmaz. Esas ise, kural olarak, önceden gerçekleşmiş, olmuş bitmiş bir olayı düzenler. Bu yönüyle mahkeme kararıyla benimsenen norm, deneyseldir ve tarihsel bir olaya ilişkindir. Mahkemeler, yaptıkları işin doğası gereği, geleceğe ilişkin bir olayı yargılayamaz; dolayısıyla gerçekleşmesi olası bir olayı düzenleyen bir norm getiremezler.

İçtihadta yer alan olay tarihsel olduğu kadar, içtihadın uygulanacağı yargılanmakta olan olayda tarihseldir, geçmişte olmuş bitmiştir.

3. Somut Olayın Özelliklerine Bağlılık

Yargı kararıyla konulan esas, yargılanan uyuşmazlığın somut özelliklerine sıkı sıkıya bağlıdır. Esasın sınırlarını somut olay belirler. Mahkeme, somut olayın sınırlarını aşan bir esası benimseyemez. Düzenlediği somut olayın sınırlarını aşan bir esas, emsal olma özelliğine sahip değildir.

Olayın özelliklerine bağlılık, içtihadın başka olaya emsal olarak uygulanmasında, genel ve soyut kanun hükmünün uygulanmasına oranla daha fazla özel bir dikkat ve analitik bir çalışma gerektirir.

IV. İÇTİHA TLARDAN YARARLANMA YÖNTEMİNİN MANTIKSAL TEMELİ

Bilindiği gibi, bir amaca varmak için takip edilecek yolların tümünü inceleyen bilgi alanına metodoloji (yöntem bilim) denir⁴⁰. İctihattan yararlanmada amaç, bir içtihadın somut bir olaya emsal teşkil edip etmediğinin ve içtihatların hangi koşullarda emsal olarak alınabileceğinin saptanmasıdır. Bu amaca ulaşmak için geliştirilen yöntemler, içtihat hukuku metodolojini oluşturur. Tüm metodolojik çalışmaların temelini formel mantığın akıl yürütme kuralları oluşturur. Bu nedenle öncelikle, formel mantığın akıl yürütme biçimleri ve içtihatlardan yararlanmada bunlardan hangisinin kullanılacağını kısaca incelemek zorunluluğu vardır.

Bilindiği gibi, formel mantıkta akıl yürütmenin üç şekli vardır: 1) Dedüksiyon (tümdengelim), 2) Endüksiyon (tümevarım) ve Analoji (örnekseme).

A. TÜMDENGELİM (DEDÜKSİYON)

Akıl yürütmenin birinci şekli olan tümdengelim, tasım (syllogisme) işlemiyle yayılır ve daha çok kanun hukukunun somut olaya uygulanmasında kullanılır. Bu nedenle tümdengelim, Kontinental hukukçunun, alışık olduğu düşünce biçimidir.

Öncüller denen iki önerme yardımıyla vargı adı verilen üçüncü ve sonuç bir önermenin elde edilmesi işlemine tasım denir⁴¹. Hukukun uygulanmasında, daha çok tasım işleminin bir türü olan koşullu tasım işlemi kullanılır. Koşullu tasım, büyük öncülü koşullu olan tasıma denir. Bu tür tasımda, küçük öncül, olayın kanunî olaya altlanmasıyla elde edilir. Büyük öncül, uygulanacak hukuk kuralını ifade eder. Vargı ise, hukuken somut olarak olması gerekeni verir. Koşullu tasım olayına örnek vermeden önce hukuk kuralının mantıksal yapısının incelenmesinde yarar görüyorum.

Genel ve soyut hukuk kuralının somut olaya uygulanmasını olanaklı kılan, hukuk kurallarının mantıksal yapısıdır. Hukuk normu, mantıksal yapı itibarıyla, bileşik önermelerin bir türü olan koşullu önerme niteliğindedir. Önermenin ön bileşeni kanunî olay, ard bileşeni ise hukuksal sonuçtur. Örneğin: Medenî Kanununun 11. maddesinin 2. cümlesine göre "evlenme kişiyi reşit kılar". Bu normdaki "reşit olmayan kişi evlenirse" kanunî olay; "reşit sayılır" hukukî sonuçtur.

(40) Karayalçın, Y.: Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Genişletilmiş 5. bası, Ankara 1994, s. 70.

(41) Küçük, H.: İslâm'da ve Batıda Mantık, 2. bası, İstanbul 1988, s. 155; Yıldırım C. Mantık-Doğru Düşünme Yöntemi. Ankara 1987. s. 2 vd.

Hukuk normundaki bu mantıkî yapı genellikle açık bir şekilde görülmez. Bunun başlıca nedeni, hukuk normunun dilsel bir metin olmasıdır. Sözlü ve yazılı ifadelerde mantıksal önermeler yeterince belirgin değildir: Ya tek tek cümlelere ya da paragraflara gömülü durumdadır. Hukuk normundaki bu mantıksal yapının ortaya çıkarılması için çözümleme yapmak gerekir.

Hukuk normunun ön bileşeni soyut ve genel bir vakiyedir. Çünkü hukuk kuralı aynı tip olaylara aynı tip sonuçları öngörmek amacını taşır. Hukuk kuralı zaman ve mekân içerisinde cereyan etmiş belli ve somut bir olayı değil, bilakis aynı türden tüm olayları ifade eder. Böylece kanunî olay, çekişmeli somut olaydan ayrılır.

Hukuk normunun ardbileşeni olan hukukî sonuç da, genel ve soyut niteliktedir. Hukuk normunun önbileşeni (kanunî olay), somut olay tarafından evetlenirse, hukuk mantığı anlamında hukukî sonuç da zorunlu olarak ortaya çıkar. Hukuk normunun önbileşeni ile ard bileşeni arasındaki zorunluluk ilişkisi olgusal değildir. Başka bir deyimle önbileşenin gerçekleşmesi, hukukî sonucun gerçekleşmesini olgusal olarak gerektirmez. Yani önbileşenle ardbileşen arasındaki ilişki saymaca, matematiksel bir zorunluluk ilişkisidir.

Hukuki düzenleme, tam, açık, yeterli ve çelişkisiz ise hukuku doğru uygulamak için altlama (subsumtion) ve koşullu tasım işlemi yapılması yeterlidir.

Altlama, olayın hukuken kavramlaştırılarak hukuk normunun önbileşenine sokulması işlemidir. Kuşkusuz, somut olay, reel olarak hukuk normuna sokulmaz. Olayın kavramlaştırılması (subsumtion), reel dünyada cereyan etmiş, somut bir olayın hukuksal olarak önemli görülen belli niteliklerinin ayrılarak hukuk evrenine aktarılmasıdır.

Medenî Kanununun 11. maddesinin 2. cümlesini bir koşullu tasım işleminde örnekleyecek olursak:

Reşit olmayan kişi evlenirse-reşit sayılır. (Büyük öncül-koşullu önerme)

Reşit olmayan Ali evlidir (Küçük önerme)

O halde Ali reşit sayılır (vargı)

Ancak tasım işlemi, hem biçimsel hem de içerik olarak yalnızca düşmeden uygulamak tasım şemasında görüldüğü kadar kolay değildir. Bir kararın gerekçesinde belki onlarca birbirine nedensellik bağıyla bağlı zincirleme tasım, indüksiyon ve örnekseme işlemi yapılır. Öyle ki, her bir mantıksal işlemin sonucu, diğerinin öncülünü oluşturur. Nihayet tüm bu çıkarsamalar, hep birlikte mantıksal açıdan hüküm sonucunu belirler. Diğer yandan, tasımın mantıksal açıdan geçerli olması için mantık

biliminin belirlediği biçim koşullarını taşıması gerekir. Mantıksal biçim koşullarına uymayan tasım, mantıksal olarak geçersizdir⁴².

B. TÜMEVARIM (ENDÜKSİYON)

Yargısal içtihatların başka olaylara uygulanmasında içtihadın konusunu oluşturan somut olayla, içtihadın uygulanacağı olay arasındaki "benzerlik" ten yararlanılacağını belirtmiştik. Mantık biliminde, benzerliği esas alan iki akılı yürütme biçimi vardır: tümevarım ve örneksene. İchtihatların, başka olaylara emsal olarak uygulanması bu iki akıl yürütme biçimiyle mümkün olmaktadır.

Bunlardan tümevarım, tümdengelim aksine, zihnin özelden genele, misallerden kaidelere, olaylardan kanunlara doğru işlemedir⁴³. Örnek vermek gerekirse:

Gözlediğim birinci güvercin beyazdı

Gözlediğim ikinci güvercin beyazdı Öncüller

Gözlediğim üçüncü güvercin beyazdı.

O halde, bütün güvercinler beyazdır. Vargı

Görüldüğü gibi, tümevarımda öncüller üç tane güvercini kapsarken, sonuç bütün güvercinleri içine almaktadır. Öncülleri, ne kadar çoğaltırsak çoğaltalım, bütün güvercinleri gözlemediğimiz müddetçe, tümevarımın kesinliğinden bahsedemeyiz. Bu nedenle, tümdengelimle akıl yürütme tasım işleminin geçerli veya geçersiz olduğunu kesin olarak söyleyebilirken, tümevarım da işlemin geçerli veya geçersiz olduğundan bahsedilemez. Tümevarımda, ancak, öncüllerle sonuç arasındaki ilişkinin zayıf veya güçlü olduğunu söyleyebiliriz.

C. ÖRNEKSEME (ANALOJİ)

Mantıksal akıl yürütmenin üçüncü biçimi, örneksene (analoji) dir. İslâm hukuku ve Türk hukuku uygulamasında hem tasım işlemini hem de örneksenmeyi ifade etmek için kıyas sözcüğü kullanılmıştır. Biz de iki terimi birbirinden ayırdetmek için, *sylogizm*'e tasım, *analoji*'ye örneksene demeyi uygun bulduk.

Örneksene anlamındaki kıyas, diğer hukuk ve mantık terimleri gibi dilimize Arapça'dan geçmiştir. Söcük anlamı, bir şeyin miktarını başka şeyle saptamaktır. Arapça'da, bu anlamda, "Tarlayı metre ile kıyas ettim" denir⁴⁴. Mantık biliminde ise örneksene, tümdengelim, tümevarımdan

(42). Biçim yanlışları için bkz. *Emiroğlu*, İ.: Mantık Yanlışları, İstanbul 1993, s. 43-93.

(43) *Küçük*, s. 113.

(44) *Zeydan*, s.183.

sonra akıl yürütmenin üçüncü biçimi olup, zihnin olaylar ve eşya arasındaki benzerlikten faydalanarak sonuç çıkarmasıdır. Klasik mantıkta örneksene, akıl yürütme işlemi olarak diğer düşünme biçimleri kadar önemlidir. Bilhassa, deney ve gözlem yöntemlerine dayanan doğa bilimlerinde örneksenenin özel bir önemi vardır⁴⁵.

Örneksene, bir veya daha çok açıdan benzer olan şeylerin diğer açılardan da benzer olacağı varsayımına dayanır. Örneksene yoluyla akıl yürütmek yararlı ve kaçınılmaz bir yöntem olmasının yanında tehlikelidir. Örneksene yönteminde, vargı öncüllerin kaplamasını aşmaktadır. İki şeyin bazı açılardan benzer olmalarına bakarak, onların diğer açılardan da benzer olacağını kabul etmek her zaman sağlıklı bir düşünce değildir. Eğer benzerlikler, gerçekte değil, görünüşte ise, ya da benzerlikle gerçek olmasına karşın yüzeysel ise, diğer benzerliklerin de varolduğu varsayımı güçlü olarak savunulamaz. Örneğin, daha önce tanıdığımız birine benzeyen birini gördüğümüzde, onun saçı, sakalı, boyu, kilosuna vs. önceki tanıdığımız kişiye benziyor diye huylarının da benzeyeceğini örneksene yoluyla kabul etmek, benzerliğin yüzeysel olması nedeniyle güçlü bir akıl yürütme kabul edilmez. Bu tür muhakeme, örneksenenin kötüye kullanılmasındır⁴⁶. Bu nedenle, içtihatların uygulanmasında örneksene yönteminin çok dikkatli ve ihtiyatlı kullanılması gereklidir.

Yaptığımız tanımdan da anlaşılacağı üzere örneksene işleminin dört ögesi vardır: 1) Asıl (Kendisine benzetilen, Asıl, müşebbihün bih), 2) Fer' (Benzetilen, müşebbih), 3) Teşbih (hüküm, benzetme) ve 4) illet (benzerlik). Örneksenenin öğelerini ve örneksene işleminin yapılışını göstermek için misaller:

Ali'de a, b, c özelliklerini gözlemliyoruz.

Yalçın'da da bu özellikleri gözlemliyoruz.

Ali'de ayrıca d özelliklerini de gözlemlemekteyiz

O halde, Yalçın'da da d özelliği vardır.

Hukuksal bir örnek verecek olursak:

Ali, reşit değildir ama evlendiği için reşit sayılmıştır.

Veli de reşit değildir ve evlenmiştir.

O halde, Veli'yi de reşit saymamız gerekir.

(45) *Küçük*, s. 113-114.

(46) *Emiroğlu*, s. 242.

Görülüyor ki, örnekseme yöntemi, bazı yönlerden benzerlik gösteren nesnelere başka yönlerden de benzer olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu nedenle, örnekseme yönteminin geçerliliği mantıken tartışılmaz. Örneksemenin, benzerliğin derecesine göre, tümevarım yönteminde olduğu gibi, doğruluk değerinin gücü değişir⁴⁷. İçtihatların emsal olarak uygulanmasında, tümevarım ve örneksemenin bu özelliği akıldan çıkarılmamalıdır. İslâm hukukçuları, bundan hareketle, örnekseme, *kıyas-ı evlâ* (güçlü örnekseme), *kıyas-ı müsavaat* (eşit örnekseme) ve *kıyas-ı edna* (zayıf örnekseme) olmak üzere üç dereceye ayırmışlardır.

İçtihatların emsal olarak uygulanmasında uygulanacak mantıksal işlemlerin tümevarım ve örnekseme olduğunu ve bu yöntemlerin mantıksal olarak nasıl işlediğini kısaca ortaya koymuş bulunuyoruz. Ne var ki, formel mantık kuralları, yaptığımız akilyürütmenin biçimsel doğruluğunu sağlamakta birlikte, konu bakımından doğruluğu sağlamaz. Bu nedenle, bu mantıksal yöntemlerin, hukuk alanına özgü yöntemlerle desteklenmesi gerekir.

V. SOMUT OLAYA EMSAL OLABİLECEK İÇTİHATLARIN DERLENMESİ VE TASNİFİ

Eldeki somut olay için emsal teşkil edebilecek içtihatların saptanmasında belli bir yöntem takip edilmelidir. Hasbelkader bulunan bir içtihatla yetinmek, araştırmacıyı, hukuksal sorunun çözümünde yanlış sonuçlara sevk edebilir. Bu nedenle emsal araştırmasının belli bir sistematik içinde yürütülmesi gerekir.

Emsal araştırmasına girişmeden önce, somut olay tüm ayrıntılarıyla saptanmalı ve genel bir hukuksal nitelemesi yapılmalı, sorun belirlenmelidir⁴⁸. Emsal araştırmasının, hukuksal sorunun bütün boyutları için yapılması gerekemeyebilir. Bu nedenle öncelikle araştırma sorusu belirlenmelidir. Araştırma sorusu, büyük ölçüde araştırmayı kolaylaştıracaktır⁴⁹. Örneğin muris muvazaasıyla ilgili bir davayla davacı avukatı olarak ilgilendiğimizi varsayalım. Davanın gidişatı içinde muris muvazaasında murisin mirastan mal kaçırma kastının ispat biçimi konusunda uyuşmazlık çıktığını düşünelim. Araştırma sorumuz bellidir: "Muris muvazaasında murisin mirastan mal kaçırma kasdının ispat biçimi nedir"? Bu soru emsal araştırmamızın temelini oluşturacaktır.

(47) Yıldırım, C.: Mantık Doğru Düşünme Yöntemi, Ankara 1992, s 11.

(48) Somut hukuksal sorunun saptanması ve hukuksal niteleme konuları için bkz. Hırş, E. (İşleyen: Volf, Çernis): Pratik Hukukta Metod, 4. bası, Ankara 1997, Kayhan, F.: Hukuk Davalarında Avukatlık Sanatı, Ankara 1994.

(49) Araştırma sorusu kavramı için bkz. Gökçe, O.: İçerik Çözümlemeleri-Sosyal Bilimlerde Bir Araştırma Yöntemi, Ankara 1994.

Daha sonra, sorudaki anahtar kavramlar (key words) saptanmalıdır. Olayımızdaki anahtar kavramlar: muris muvazaası, muris muvazaasının kanıtlanması, murisin mirastan mal kaçırma kasdıdır.

Anahtar kavramların saptanmasından sonra, problemin çözümüyle ilgili yazılı hukuk kuralları belirlenmelidir. Olayımızda, konuyla ilgili yasa maddesi, Borçlar Kanununun 18. maddesidir.

Bu işlemlerden sonra artık, emsal taramasına girişilebilir. İçtihatların bilgi kaynaklarından yararlanılarak emsal olabilecek içtihatlar belirlenmelidir. Zamandan tasarruf etmek için, öncelikle monografik eserlerden işe başlamakta fayda vardır. Araştırma konumuzla ilgili, *Nejat Aday*'ın Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa isimli monografik eseri varken, daha genel nitelikteki Borçlar Kanunu Şerhinden yola çıkmak veya doğrudan Yargıtay Kararları Dergisine başvurmak vakit kaybına neden olacaktır. Monografik eser, araştırma sorumuzu ve anahtar kavramları geliştirmemizi sağlayacak, diğer kaynaklardaki araştırmamızın daha sağlıklı olmasını temin edecektir. Ayrıca bu tür eserlerde, konuyla ilgili içtihatlar topluca bulunabileceği gibi, içtihatların emsal koşullarını taşıyıp taşımadığı konusunda bilimsel değerlendirmelere ulaşmamız mümkün olacaktır. Örnek olayımızda *Aday*'in eserini inceledikten sonra araştırma sorumuzu ve anahtar kavramlarımızı yeniden düzenlemek ihtiyacı doğacaktır. Bu şekilde emsal araştırmamız özel kaynaklardan genel kaynaklara doğru devam etmelidir.

Emsal araştırmamızda dikkat etmemiz gereken diğer hususlar şunlardır:

1. İçtihat Araştırması, Araştırma Tarihinden Geriye Doğru Yapılmalıdır

Emsal niteliği taşıyabilecek içtihatların derlenmesi, araştırma tarihinden geriye doğru yapılmalıdır. Böylelikle, içtihatın dönme veya içtihat uyuşmazlıklarının saptanmasında isabet kaydedilir.

Emsal araştırması ne kadar geriye doğru yapılmalıdır? İngiliz veya Amerikan *Case Law* sisteminde, bunun bir sınırı yoktur. Ancak Kontinental hukukunun bize sağladığı bir kolaylık vardır. İçtihadın kanunî dayanağının yürürlük tarihi, araştırmanın yapılacağı en eski tarih olacaktır. Yasal dayanağın yürürlük tarihini bilmek, bizi gereksiz araştırmadan ve zaman kaybından kurtarır. İçtihadın dayandığı yasanın, yürürlüğe girmesinden önce de, eldeki olaya benzer olayların vuku bulması ve içtihatla bir çözümün benimsenmesi mümkündür. Fakat o konuda yeni yasanın yürürlüğe girmesiyle, önceki içtihatlar geçerliliğini yitireceğinden, onların belirlenmesinin bize pratik bir faydası olmaz. Fakat çoğu kez yasal dayanağın yürürlük tarihine kadar gitmeye gerek kalmayabilir. Örnek olayımızda, Borçlar Kanununun 18. maddesinin yürürlük tarihine kadar gitmeye gerek yoktur. Konuyla ilgili

olarak 1.4.1974 tarihli ve 1/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının varlığı saptandıktan sonra, artık bu tarihten önceki içtihatları araştırmanın bize bir faydası olmayacaktır. Şu halde örnek olayımızla ilgili araştırma 1.4.1974 yılından araştırma tarihimiz olan bugüne kadarki süreyi kapsayacaktır.

2. Emsal Olabilecek Kararların Tam Metinleri Saptanmalıdır

Bazı kaynaklarda, içtihatların tam metnine yer verilmeyip, sadece yazarın yaptığı özetler yer alır. İyi bir özetin, içtihatla benimsenen esas içerdiği gerekir. Ne var ki, içtihat özetlerinde, çoğu kez somut olayın özellikleri ihmal edilmekte, sadece kanunî tanıma yer verilmektedir. Bu nedenle özetler, yanıltıcı olabileceğinden, emsal içtihatların tam metinleri tesbit edilmelidir.

3. Tasnifte İçtihatlar Arasındaki Hiyerarşi Gözetilmelidir

Tesbit edilen içtihatlar hiyerarşik bir tasnife tabi tutulmalıdır. Her içtihat aynı değerde değildir. Yazılı hukuk kuralları arasında olduğu gibi, içtihatlar arasında da bir hiyerarşi söz konusudur. İçtihatlar, Anayasa Mahkemesi Kararları, İçtihadı Birleştirme Kararları, Genel Kurul Kararları, Daire kararları vs. gibi hiyerarşik açıdan tasnif edilmelidir.

4. İçtihatlar Bakış Açısına Göre Tasnif Edilmelidir

Bir olayı farklı kişiler, farklı cepheleriyle algılayıp, yorumlarlar. Olay, bir psikolog, doktor, polis, antikacı veya hukukçunun bakış açısına göre farklı değerlendirilir. Olayla meslekî bağı olmayan biri ise, muhtemelen, duygusal tepki verir. Bireyler, olayları, meslekî ve genel yaşam deneyimlerinin birikimiyle oluşan algı temelini (paradigma) süzgecinden geçirerek algılar ve yorumlarlar. Bu nedenle, olay, farklı kişilerin bakış açısına göre nelik ve nitelik değiştirecek, herkes olayda diğerinin görmediği veya ilgilenmediği sorunlara rastlayacaktır. Daha öz bir deyişle, bakılan bakana göre değişecektir "there is no view without a view point"⁵⁰.

Olayı ele alan hukukçunun sıfatına göre çözüm arayacağı sorular ve çözüm yöntemleri de farklılaşacaktır. Gerçekten de, davacıyı veya davalıyı temsil eden bir avukatın ya da olaya el koyan Cumhuriyet Savcısının çözmesi gereken hukuksal sorunlar ve bu hukukî sorunlara yaklaşımı başka başkadır. Bu nedenle hukukçu, bir hukukî sorunu incelerken, ilk önce, konuyu hangi sıfatla ele alacağını saptamalı ve çalışmalarını buna göre yönlendirmelidir. Hukukçunun sıfatı, onun hukukî soruna bakış açısını belirler. Gerçekten de, bir olayı hukukçu olarak ele alan kimsenin sıfatına göre bakış açısı farklılaşacaktır ve her bakış açısı, olayın mahiyetini ve niteliğini, hukukçunun meslekî ödev ve

(50) "Bakış açısı yoksa, görüş yoktur".

sorumluluklarının kapsamını, çözülmesi gereken hukukî sorunları, hukukî sorunu çözüme metodunu ve ulaşılan sonuçları değiştirir.

Emsallerin saptanması işleminde de bu söylediklerimiz geçerlidir. Somut bir olayda taraf temsilcisi konumundaki bir avukatın ödevi, bakış açısının gereği, davadaki talebini haklı kılacak emsallerin saptanmasına yönelmektir. Aleyhe emsal teşkil edebilecek kararların ise, emsal teşkil etmediğini ispat etmek durumundadır⁵¹. Avukatın, işini yaparken içtihatları bilmemesi veya dikkate almaması özen borcunun ihlâli niteliğindedir⁵². Buna karşın avukat, azınlıkta kalan veya münferit bir içtihadı dayanabilir⁵³. Kenett Robert Redden'in bu konuda, bilhassa avukatların bakış açısına, çalışma biçimine ilişkin düşüncelerini alıntılanmakla yetiniyorum⁵⁴:

"Mesleğinin ortalama bir problemiyle uğraşan ortalama bir avukat, genelleştirilmiş önermelerden oluşan bir yapı içinde çalışır. O, deneme niteliğindeki varsayımlar aracılığıyla, daha önce karar verilmiş dava grupları veya sınıfları içinde, sonucu formüle etmeye çalışır. O, bu varsayımları kurallar ya da ilkeler olarak kabul eder ve onları ciddiye alır. Avukatın herhangi bir durumdaki ilk görevi - ister bu bir görüşme, ister bir lâyiha hazırlama, isterse müzakere olsun- entellektüel ve analitik olmaktır. O, karşılaştığı problemi, yakın gelecekte karar verilecekmiş gibi değerlendirmelidir. Geçmiş emsal kararlar hesaba katılmalıdır- fakat bu kesin değildir. Avukat, değişim yanlısı güçleri, muhalif yargıçların gerekçelerini, yasama öncesi politik grupların muhalefetini, kendi kararının doğruluğunu ve doktrinde esen egemen rüzgârları iyice tartmalı ve kendi amaçlarının değişim yanlısı güçlerin, muhafazakâr güçlere galip gelmeye yeterli olup olmadığına karar vermelidir. Bu değerlendirmede, iddiasını ortaya koymalı ve şansını denemelidir. Avukatlar, Mr. Justis Frankfurter'in dediği gibi, "ilişki uzmanlarıdır". İyi avukatlar, biraz entellektüel çözümlenmeye ve analiz ustalığına yeteneklidirler. Onların bir duruma ilişkin meslekî bakış tarzı, taktik değil, stratejik olmalıdır. Onlar, olabildiğince iyi çözüm yolları bulmaya çalışmalıdırlar. Avukat, hareketlerini doğrudan kavramsal düşüncelerin analizine dayandırmalı ve kuruntulardan ve ideolojik önyargılardan arınmış bir açık görüşlülükle pozisyonunu belirlemeye izinli olmalıdır. Avukat, körü körüne değil, müvekkillerinin sorunlarının hukukî gerçeklerine sadakatle, meslekî kariyerini tehlikeye atmalıdır. Herhangi bir şeyde, kısa sürede uzman

(51) Kayhan, F.: "Hukuksal Sorunun Çözümünde Profesyonel Bakış Açısı", Bursa Barosu Dergisi, Mart 1999, S. 61, s. 13-21.

(52) Sungurtekin, M.: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995, s.240.

(53) Sungurtekin, s. 319.

(54) Kenett Robert Redden: So You Want To Be A Lawyer, Indianapolis 1951, s.

olmaya hazır olmak için - organize bilgi kütlesi, temel prensipler, türev prensipler, teoriler ile gerçekler arasındaki bağlantı bakımından- iyi gelişmiş anlayışa sahip olmalıdır. Bir avukat, patent davasında kimyayı, bir kaza davasında tıbbı, balistiği, denizciliği, sosyolojiyi ya da mühendisliği araştırmak zorunda kalabilir. Birinci sınıf bir avukatın, onun alanında uzmanlaşmış bir bilim adamı kadar, bir kanıt uzmanının hatasını bulup çıkarır. Başarı avukatlık oyunlarına değil, avukatın analitik metoda egemen olarak aşırı çalışmasına dayanır".

Bir hâkimin emsallere yaklaşımı avukatlardan daha farklıdır. O, olaylara tarafsız bir bakış açısıyla olarak yaklaşmak zorundadır.

VI. DERLENEN VE TASNİF EDİLEN İÇTİHA TLARIN SOMUT OLAY İÇİN EMSAL NİTELİĞİNİN İRDELENMESİ

A. İÇTİHA TLARIN GEÇERLİ VE YÜRÜRLÜKTE OLUP OLMADIĞININ SAPTANMASI

1. İÇTİHA DİN DAYANDIĞI KARAR MUHA KEME HUKUKU AÇISINDAN GEÇERLİ OLMALDIR

Emsalin dayandığı yargı kararının muhakeme hukuku yönünden geçerli olması gerekir. Örneğin, Yargıtayın bir dava ile ilgili vermiş olduğu bozma kararı, karar düzeltme istemi üzerine kaldırılmış ve bidayet mahkemesi kararının onanmasına karar verilmişse, artık önceki karar muhakeme hukuku açısından geçerli bir karar değildir. Yargıtayın bozma kararındaki içtihat benzer bir olayda emsal olarak alınamaz. Muhakeme hukuku açısından geçersiz bir karardaki içtihat, içtihat hukuk alanında varlık kazanamaz. Bu nedenle, derlenen kararların muhakeme hukuku yönünden geçerli olup olmadıkları saptanmalıdır. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 1981/1 E., 1981/3 K. sayılı ve 14.9.1981 tarihli kararında bu görüşü teyiden aynen şöyle denilmektedir:

"İçtihadı birleştirme konusu yapılan Hukuk Genel Kurulunun 26.9.1962 tarih ve 4/21-76 sayılı kararı, karar düzeltme yolu ile anılan Kurulun 23.1.1963 tarih ve 4/64-14 sayılı kararı ile ortadan kaldırılmıştır.

...

"Hukuk Genel Kurulunun içtihadı birleştirme isteğine dayanılarak yapılan kararlardan 26.9.1962 tarihli olanı karar düzeltme yoluyla ortadan kaldırıldığına göre bu kararın gerekçesinde yer alan görüş ele alınarak içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi mümkün bulunmamaktadır. Ortadan kaldırılmış karar üzerine tartışma da açılmaz."

2. İÇTİHA T YÜRÜRLÜKTE OLMALDIR

Emsal olarak alınan içtihat iptal edilmiş olmamalıdır. Dönülmüş bir içtihat, içtihat hukuku anlamında, yürürlükten kaldırılmış, geçerliliğini yitirmiştir. Her ne kadar, hukukumuzda içtihattan dönme, ancak içtihadı birleştirme yoluyla mümkün ise de, Yargıtay Daireleri bu kuralı gözetmeksizin ve herhangi bir gerekçe beyan etmeden içtihatlarından dönebilmektedir. Yargıtay içtihadı birleştirme kurulları, bu şekildeki dönmenin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Hatta, içtihadı birleştirme müzakerelerinde, Dairenin içtihadından döndüğünü beyan etmesini dahi tecviz etmektedir. Bu nedenle, emsal alınacak içtihadın bu yönden dikkatlice araştırılması, iptal edilmiş içtihatların inceleme dışı bırakılması gerekir.

3. İÇTİHA DİN DAYANDIĞI HUKUKSAL KAYNAK YÜRÜRLÜKTE OLMALDIR

Emsalin dayandığı yasa hükmü yürürlükten kalkmış ve eldeki somut olay zaman bakımından o kanun hükmünün yürürlük alanına girmiyorsa, o içtihadın eldeki olay için emsal teşkil etmeyeceği açıktır. Bu tür kararlar diğerlerinden ayrılmalıdır. Örneğin, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 7.7.1965 tarih ve E. 1965/5 K. 1965/65 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında⁵⁵ benimsenen ilke şudur:

"Gayrimenkul kiralalarına ait 6570 sayılı Kanunun 2 ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması dolayısıyla aylık kira parasının belirtilmesi için kiralayan ve kiracı tarafından açılacak tesbit davalarında aylık kira parası gözönünde tutularak asliye ve sulh mahkemelerinin görevlerinin belli edilmesi gerektiğine..."

Ancak bu İçtihadı Birleştirme Kararında benimsenen prensip, 30.3.1973 tarih ve 1711 sayılı kanunla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenecek Hakkında Kanununun üçüncü maddesiyle, kira tesbit davalarında değerine bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemeleri görevlendirilerek yürürlükten kaldırılmıştır. Şu halde, bu içtihadın emsal olarak dikkate alınamayacağı açıktır.

B. İÇTİHA TLARDA BENİMSENEN ESASIN BELİRLENMESİ

İçtihatla benimsenen esasın, illet ve hüküm öğelerinden oluştuğunu belirtmiştik. Öncelikle, derlediğimiz içtihatların her birinin illet ve hüküm unsurlarının saptanarak içtihatlarda benimsenen esasın belirlenmesi gerekir.

(55) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları -Hukuk Bölümü, C.V, Ankara 1981, s. 324.

İllet, kararın gerekçesinde açıkça belirtilmiş olabilir. Bu durumda sorun yoktur. Ancak her zaman açıkça karar metninde belirtilmez. Bu durumda illetin saptanması için bazı yöntemlerin uygulanması gerekir. Bunun ilk yolu bölme ve deneydir. Buna göre, içtihatla belirtilen yargısal beyanda illet olabilecek nitelikler sıralanıp, tesbit edilir. Sonra bu nitelikler yeniden incelenip, gözden geçirilerek illet olmaya uygun olanlar alınır, uygun olmayanlar ihmal edilir. Bu işlem illetin ne olduğu saptanana kadar sürdürülür.

Diğer bir yöntem de ayıklamadır. Bu yöntemde, Yargı kararında tesbit edilen hukukî esasta, illetle ilgili olan, fakat illet olmayan özellikler ayıklanır.

Ancak, içtihatla benimsenmiş olan esasın saptanabilmesinin ön koşulu kararın gerekçeli olmasıdır. Gerçekten de esas, gerekçeyle birlikte varlık kazanan bir kavramdır.

C. İÇTİHATTA BENİMSENEN ESASTAKİ İLLETLERİN SOMUT OLAYDA GERÇEKLEŞİP GERÇEKLEŞMEDİĞİNİN TESBİTİ

Emsaldeki illetin ne olduğu anlaşıldıktan sonra yapılacak iş, aynı illetin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasıdır. Ancak, içtihadın yürürlüğe girdiği tarihle, incelediğimiz somut olayın gerçekleşme tarihi arasında fark vardır. Bu zaman farklılığı, içtihadın konulduğu tarihte, illet olarak alınmayan bir niteliğin, somut olayda illet olarak alınmasını zorunlu kılabilir. Bu durum incelenen somut olay için, içtihatla benimsenen esastan farklı bir esasın benimsenmesini gerektirebilir. Gerçekten de, hukuk sistemi sosyolojik, ekonomik, teknolojik ve ahlâkî gelişmelerden bağımsız bir yapı değildir. Hukuk, bu alanlarda zaman içinde vuku bulan değişimlere duyarlı olmak zorundadır. Nitekim, Mecellenin 39. maddesinde yer alan " ezmanın tagayyuru ile ahkâmın tagayyuru inkâr olunamaz", hükmü bu gerçeği vurgulamaktadır⁵⁶. Türkçe ifadeyle: "Zamanın değişimine göre kuralların değişimi yadsınamaz." Mecellenin bu hükmü, deyim yerindeyse hukukun doğa kanunlarından birini ifade etmektedir.

Kanun hukukunda bir meseleyle ilgili kuralların zaman içinde değişimi, o meseleyle ilişkin yasal düzenlemenin açık veya zımnî yürürlükten kaldırılıp, başka bir yasal düzenlemenin konulmasıyla olur. Ancak, içtihat hukukunda, bir meseleyle ilgili önceki içtihattan farklı bir içtihat tesisi, kural olarak, önceki içtihadın ilgasını zorunlu kılmaz. Önceki içtihatla, somut olaya ilişkin bir nitelik illet olarak hükme etkili olmamıştır; fakat sosyal veya ekonomik bir değişim, o niteliğin şimdi

(56) Bu ilkenin yorumu için bkz. Erdoğan, M.: İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi İstanbul 1990

incelenen olayda illet olarak ele alınmasını gerektirmiştir. Bunun sonucunda, doğal olarak, verilecek hüküm, içtihatkinden farklı olacaktır. Bu, önceki içtihadın iptali değil, o içtihadın somut olaydan tefrikidir. Tefrik ise, aşağıda inceleyeceğimiz gibi iptalden farklıdır. Tefrik halinde hem önceki içtihat, hem de yeni tesis edilen içtihat aynı anda yürürlükte ve aralarında çelişki yoktur. Bu nedenle, tefrik edilebilen iki içtihat arasında içtihat uyumsuzluğu da söz konusu olmaz. Bu durum, Mecellenin 16. maddesinde " içtihat ile içtihat nakz olunmaz" ilkesiyle ifade edilmiştir.

Örneğin, banka kredi sözleşmesinden kaynaklanan yabancı para borcunun temerrüt halinde Türk parasıyla ödenmesine ilişkin bir davada, standart sözleşmede yer alan faiz oranının BK 19-20 maddelerine aykırı olup olmadığı meselesiyle ilgili içtihatları inceleyen bir hukukçu, içtihatların dayandığı sözleşmeler aynı olmasına ve sözleşmelerde yer alan faiz oranları da aynı olmasına rağmen, bir tarihteki içtihatla faiz oranının BK 19-20 maddelerine aykırı olduğunu, diğer bir tarihteki içtihatla ise tersi bir hükme varıldığını gözlemleyebilir. Ancak, incelenen konu ekonomiye, hatta ekonomik konjonktüre son derece duyarlı olduğundan, ekonomik koşullardaki değişim nedeniyle iki içtihatdaki illetler farklı olabilir. Örneğin, birinci içtihatın tesis edildiği tarihte, ülkedeki enflasyon oranı % 65, reeskont faizi % 70; ikinci içtihadın tesis edildiği tarihte enflasyon oranı % 250, reeskont faizi % 150 ise içtihatdaki illetler farklı olduğundan, doğal olarak hükümler de farklı olacaktır. Bu durumda bu iki içtihat arasında bir uyumsuzluk söz konusu olmadığı gibi, sonraki içtihadın öncekini ilga ettiği de söylemez, iki içtihatla geçerli ve yürürlükte.

Tüm bu açıklamalar, içtihatla benimsenmiş olan esasta belirlenen illetlerin, somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği hususundaki araştırmanın eşsüremli ve ardsüremli olarak yapılması zorunluluğunu getirir. Zaman bakımından bu ikili yaklaşım, ilk kez dilbilim metodolojisinde F. de Saussure tarafından uygulanmıştır. Ancak, bu yöntem, dilbilimle sınırlı kalmamış, ekonomi ve sosyoloji alanlarında da kullanılmıştır. Nitekim Saussure, eşsürem- ardsürem karşıtlığına dayalı bir analizin değerlerle uğraşan tüm bilimlerde uygulamadan kaynaklanan zorunluluk olduğunu belirtir⁵⁷. Hukuk da değerlerle uğraşan bir bilim olduğuna göre, zaman bakımından bu ikili yaklaşımın hukuk bilminde de uygulanma imkânı vardır.

1. Eşsüremli (synchronique) Analiz

İçtihatla belirlenen illetlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasında kullanılan eşsüremli analiz, hukuku değişim olgusundan soyutlayarak, içtihat ile içtihadın uygulanacağı

(57) de Saussure, F.: Genel Dilbilim Dersleri, çeviri, Ankara 1976, s. 74.

somut olayın aynı zamanda gerçekleşmiş olduğu varsayımından hareket eder ve hukukta kararlılığı esas alır. Başka bir deyimle, eşsüremlilik, hukuku zamandan soyutlanmış bir değerler bütünü olarak algılar. Eşsüremlilik yaklaşımı, bu yönüyle statik bir yöntemdir. Eşsüremlilik yaklaşımıyla yapılacak örneğe şu soruların cevabını arar:

a) İctihatta benimsenen esasta belirlenen illetler, icthadın uygulanacağı somut olayda gerçekleşmiş midir?

b) Değişim olgusu bir yana bırakılırsa, icthatta somut olayda olmayan, somut olayda da icthatta bulunmayan illetler var mıdır?

2. Ardsüremlilik (diachronique) Analiz

Ardsüremlilik yaklaşımında ise, icthattaki illetlerin somut olayda tahakkuku araştırılırken, değişim olgusunun bir illet olarak alınıp alınmayacağı problemi çözümlenmeye çalışılır. İctihadın tesis edildiği tarihte somut olayın incelendiği tarih arasında geçen sürede, icthatta bulunmayan başka ve yeni bir illet ortaya çıkabilir. Ardsüremlilik incelemeye, varsa bu illetler saptanır.

D. VARGI

İctihatta benimsenen esas saptanıp, esasın illeti ve somut olayda gerçekleşen illetler karşılaştırmalı olarak tesbit edildikten sonra, örneğe işleminin son aşamasına geçilir. Yapılan tesbit ve karşılaştırmalara göre, icthadın somut olaya emsal oluşturup oluşturmadığı hususunda bir hükme varılır. Yapılan incelemeler sonucunda, üç türlü vargıya ulaşmak mümkündür: 1) İctihadın somut olaya emsal teşkil ettiği vargısı, 2) İctihadın somut olaydan tefriki 3) İctihadın İptali.

1. İctihadın Somut Olaya Emsal Olduğu Vargısı

İctihadın somut olaya emsal teşkil ettiği hükmünü verebilmek için, icthatta benimsenen esasta bulunan illetlerin tamamının somut olayda gerçekleşmesi, somut olayda da icthattan farklı bir karar verilmesini gerektirecek esasta bulunmayan herhangi bir illetin gerçekleşmemesi gerekir. Matematiksel olarak ifade edersek emsal olma hükmü, icthatta belirlenen illetler kümesi ile somut olayda saptanan illetler kümesi arasında birebir örten fonksiyon ilişkisinin kurulmasıdır. Eğer iki küme arasında böyle bir matematiksel fonksiyon ilişkisi kurulabiliyorsa, icthadın somut olaya emsal teşkil ettiğine hükmedebiliriz.

İctihadın somut olaya emsal olduğu somucuna varılırsa, icthatta benimsenen esasın hükmü, eldeki somut olaya da verilir. Buna icthada uyma denir. İctihadın emsal olduğu saptamasından sonra, olağan olan bu icthada uyulmasıdır. İctihadın emsal olmasına karşın, ona uyulması ancak icthatta benimsenen esasın hukukî yanlışlık içermesi nedeniyle iptali ile

mümkündür. İctihat iptal edilmeksizin, icthada uyulmaması icthadın uyuşmazlığı denilen çelişkili durumu ortaya çıkarır ki, hukuk sistemleri icthadın uyuşmazlığını çözecek önlemleri geliştirmişlerdir.

2. İctihadın Somut Olaydan Tefriki (Distinguishing)

İctihatta benimsenen esasta yer alan illetler, eksiksiz olarak somut olayda gerçekleşmemişse veya somut olayda icthatta bulunmayan başka bir illet tahakkuk etmişse, icthadın somut olaya emsal oluşturmadığı saptanır. Buna, icthadın somut olaydan tefriki denir. İctihadın somut olaydan tefriki icthadın iptaline veya icthadın uyuşmazlığına neden olmaz.

Tefrik işlemi icthadın hukukunun gelişimini sağlayan itici güçtür. Bir icthadın tefrik edilebiliyorsa, iptal edilmemelidir. Bir icthadın somut olaydan tefriki çoğu kez olanaklıdır. Hatta, Amerikan hukuk uygulamasında tefrikle ilgili, "kahverengi inek emsalı" denilen ilginç bir öykü anlatılır. Hikâyeye göre, bir çiftçinin ineği, arazileri birbirinden ayıran çiti devirerek komşunun ürününe zarar verir. Bunun üzerine komşu, zararın tazmini için, inek sahibi aleyhine dava açar. Davalının avukatı, davanın reddini gerektirecek bir dört dördlük (on all fours) bir emsal icthada dayanır. Davaya bakan ilçe mahkemesinin Sulh Hâkimi, davalının dayandığı icthadın emsal olduğunu kabul eder, ancak emsal gösterilen icthatta zararı veren ineğin beyaz, eldeki davadaki ineğin ise kahverengi olması gerekçesiyle, icthadı somut olaydan tefrik ederek davacının davasının kabulüne karar verir⁵⁸. Kuşkusuz, bu hikâyedeki tefrik, örneğemin kötüye kullanımındadır. Ancak, icthadların somut olaya uygulanmasında uygulanan örneğe yöntemini, icthadların bağlayıcılığı ilkesini ne kadar yumuşattığı, hukuk gelişmesine olanaklar sağlayabildiğinin de bir göstergesidir.

İctihadın tefrik nedenlerini genel olarak ortaya koyduktan sonra, icthadın somut olaydan tefrikini gerektiren iki özel durumu ayrıntılı olarak açıklamakta yarar görüyorum.

a) İctihadın Konusuna Özgü Olması

Emsalin birinci koşulu, icthadın konusuna özgü olmamasıdır. Eğer, icthadın konusuna özgü olursa, icthattaki hükmün başka hukuksal soruna taşınması mümkün olmadığından o icthadın benzer olaylarda emsal oluşturamaz.

Örneğin 1333 sayılı Kanunla, Ulu Önderimiz Atatürk'ün Medenî Kanununun 452. maddesi kapsamında kalan tasarrufları, mahfuz hisseler hakkındaki hükümlerden istisna tutulmuştur. Diğer taraftan, Medenî Kanun bütün vasiyetlerin mutlak surette tenkise tabi tutulduğunu hükme bağlamıştır. İşte, Atatürk'ümüzün, farzumuhal, vasiyetiyle ilgili açılmış bir

(58) Cooper, E.F.: Affective Legal Writing, Indianapolis, 1953, s. 144.

davada davanın reddine dair verilmiş bir yargı kararı, başka bir Cumhurbaşkanımızın vasiyetiyle ilgili bir davada emsal teşkil etmez⁵⁹. Çünkü, emsal alınan yargı kararı Atatürk'ün şahsına özgüdür. Bu kararın örnekseme yoluyla, başka olaylara uygulanması mümkün değildir.

b) İçtihadın Dayandığı Hukuksal Kaynak İle Somut Olaya Uygulanacak Hukuksal Kaynağın Farklı Olması

Emsalin dayandığı somut olay ile emsalin uygulanacağı somut olay esaslı bir biçimde birbirlerine benzeseler de, olaylar farklı farklı hukuksal kaynaklarda düzenlenmişse, emsal olarak gösterilen içtihat, eldeki somut olaya uygulanamaz.

Bu durum bilhassa sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda gündeme gelir. Bilindiği gibi, özel hukuk alanında, kuralların çoğu emredici değil, tamamlayıcı niteliktedir. Özel hukuktaki irade özgürlüğü ilkesi gereği, sözleşmenin tarafları, sözleşme koşullarını kanuna ve ahlâka aykırı olmamak kaydıyla düzenleyebilirler. Bu ilkenin sonucu olarak, benzer bir meselede iki sözleşmede farklı farklı hükümler benimsenmiş olabilir. Dolayısıyla, sözleşmeye dayanan içtihatların, emsal olup olmayacakları özel ve dikkatli bir değerlendirmeyi gerektirir. 13.3.1972 tarih ve 1972/1 E., ve 1972/5 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında isabetli olarak şöyle denilmektedir:

"Benzer işlerde Dokuzuncu Hukuk Dairesinden birbirine mübayan kararlar sadır olmuş bulunduğu bir vakiydir. Ancak bu mübayanet bir kanunî anlayıştan doğmamış olup, yürürlükten kalkmış bulunan toplu iş sözleşmesinde hükme bağlanan bazı maddelerin yorum tarzına dayanmaktadır. Özellikle belli bir süre yürürlükte kalan akitlerden doğan görüş ayrılıklarının ise, içtihadı birleştirme yoluyla çözümlenmesine imkân bulunmadığı aşikârdır. O halde iç yönetmelik ve toplu iş sözleşmesi hükümleri karşısında, işçilerin çalışılmayan hafta ve genel tatil gündeliklerine hak kazanıp kazanmadıkları konusunda sadır olan mübayan kararlar dolayısıyla içtihadı birleştirmeye gidilmesinde zorunluluk bulunmamak gerekir".

3. İçtihadın İptali (The overruling of a decision)

Yargıç, emsal gösterilen içtihat, yargılanmakta olan olaya tam olarak emsal teşkil etmesine karşın, içtihadı uymamak isteyebilir. Bu durumda içtihadın iptali, yani yürürlükten kaldırılması gündeme gelir. Hukukumuzda, içtihadın iptali " içtihadın dönme" kavramıyla ifade edilir. Ancak, bir içtihadın iptali, hukukun temel aksiyonları olan eşitlik, hukukî öngörülebilirlik ve hukukî istikrar ilkeleriyle çelişir. Ayrıca

(59) Berki, A. H.: Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1946, s.141.

İçtihat yürürlükteyken verilen kararların geçerliliğini tartışılır (effect of an overruled case) hale getirir. Bu nedenle, bir içtihadın iptali son derece istisnâî bir işlem olmalıdır. İçtihadın iptali, ancak içtihadta benimsenen esasın, açık ve ciddî yanlışlık içermesi nedeniyle sınırlı kalmalıdır.

İçtihadın iptalinin hukuk düzeninde yarattığı olumsuz etki nedeniyle, hukukumuzda içtihadın dönme zorlaştırılmıştır. Yargıtay Kanununun 15. maddesine göre bir Yargıtay dairesini, içtihadından dönmek isterse, buna kendisi karar vermeye yetkili olmayıp, Yargıtay Birinci Başkanlığından içtihatların birleştirilmesini talep etmek zorundadır.

E. İÇTİHA TLARIN EMSAL NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN MURİS MUVAZAASIYLA İLGİLİ ÖRNEKLER

Davacı A, murisi B. nin tapuda kayıtlı bir parça taşınmazını tapuda satış bedelini 100.000.- TL bedelle satış göstermek suretiyle imam nikâhlı eşi B.'ye bağışladığı gerekçesiyle muris muvazaasına dayalı tapu iptali ve tescil davası açmıştır. Yapılan keşifte, satış işleminin, yapıldığı tarihte 300.000.- TL olduğu saptanmıştır. Davacı tarafın bildirdiği tanıklar, işlemin gerçek yönünü bilmediklerini, ancak terekeden satış bedelinin çıkmadığını, murisin dava konusu taşınmazları satmak için bir ihtiyacı olmadığını beyan etmişlerdir. Davacı vekili Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 29.9.1981 tarih ve E. 9651, K. 10956 K. sayılı ilâmını emsal göstererek davanın kabulünü istemiştir. Yargıtay kararı şu şekildedir:

" Taraflar arasındaki davada; davacı miras bırakanın mirastan mal kaçırmak amacıyla 43 ada 36 parsel sayılı taşınmazı tapuda satış göstermek suretiyle davalıya temlik ettiğini, temlikte gerçek amacın satış değil, bağış olduğunu ileri sürerek muvazaaa nedeniyle tapu iptali ve tescil isteğinde bulunmuştur. Davalı davanın reddini savunmuştur.

"Mahkemece davanın reddine ilişkin hüküm süresi içinde ve duruşmalı olarak davacı vekili tarafından temyiz edilmekle; dosya incelenerek gereği düşünüldü:

"Dava BK'nun 18. maddesine dayanan muvazaaa hukuksal nedeniyle iptal isteğine ilişkindir. Davacı miras bırakanın dava konusu taşınmazı mirastan mal kaçırmak amacıyla tapuda satış göstermek suretiyle temlik ettiğini, temlikteki gerçek amacın bağış olduğunu ileri sürmüştür. Davanın bu niteliğine göre öncelikle tapuda gösterilen satış değeri arasında iddiayı doğrulayacak açık ve aşırı bir fark olup olmadığı üzerinde durması, aşırı farkın varlığı halinde bu yönün muvazaanın karinesi sayılması gerekir. Uyuşmazlık konusu evin satışı tarihi olan 1976 yılında 190.000.- TL değerinde olduğu halde tapuda 40.000.- lira üzerinden işlem yapıldığı uzman bilirkişiçe bildirildiğine göre olayda muvazaaya karine olabilecek açık ve aşırı farkın olduğu kuşkusuzdur. Her ne kadar davalı savunmasında satışın ileride ferâğ

verilmek üzere 1970 yılında haricen yapıldığını, satış bedeli olan 40.000.- TL'nin tapudaki akit tarihi olan 1976 yılına kadar perdepey ödendiğini bildirmişse de, o tarihte 58.000.- TL değerinde olan bir evin taksite bağlanarak 40.000.- TL ye satılması dahi değerler arasındaki açık ve aşırı fark olduğunu gösterir. Öte yandan, dinlenen tanık sözlerine göre de, murisin ölümünden bir gün önce yapılan temlikte gerçek amacın satış olmayıp bağış olduğunu ve davacıyı miras hakkından yoksun bırakmak amacının güdüldüğü anlaşılmaktadır. Görünürdeki satış akdi muvazaa nedeniyle, gizlenen bağış akdi ise şekil noksanlığı yönünden geçersizdir. Hal böyle olunca, 1.4.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı gereğince davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir".

İçtihatla benimsenen esas nedir? Esasın unsurunu teşkil eden illetleri; bölme, deney ve ayırma yöntemlerine göre somut olayla karşılaştırmalı olarak araştırılmalıdır. Öncelikle hükmün uygun görülen illeti, muvazaa ve mirastan mal kaçırma kastıdır. Ancak bu iki nitelik de belirli ve açık değildir. Çünkü muvazaa ve kasıt kişinin iç dünyasına ilişkin olaylar olup aklen tesbiti olanaksızdır. Bu nedenle kararda, bu illetlerin saptanmasında bazı karineler öngörülerek, illetler açık ve belirli hale getirilmiştir. Tapudaki satış değeri ile gerçek değer arasındaki 40.000/190.000 fark muvazaanın karinesi kabul edilerek muvazaa illeti belirlenmiş ve açıklanmıştır. Bu illetin karara özgü olmayıp sirayet yeteneği vardır. Olayımızda tapuda gösterilen değer ile gerçek değer arasındaki fark 100.000/300.000 TL dir. Bu farkın da, fahiş olduğu kabul edilebilir. O halde, içtihatla illetin biri, somut olayda tam olarak gerçekleşmiştir.

Mirastan mal kaçırma hususunda, kararda açık bir karine benimsenmemiştir. Murisin ölümünden bir gün önce taşınmazı devretmesinden bahsedilmişse de, bunun karine olduğu konusunda kararda bir açıklık yoktur. Mirastan mal kaçırma kasdının tanık beyanlarından anlaşıldığı yuvarlak bir ifadeyle belirtilmekle birlikte, tanık beyanları kararda yer almadığından mirastan mal kaçırma kasdının bu olayda neye dayanarak sabit sayıldığını mantıksal olarak anlayamıyoruz. Diğer yandan, içeriği açıklanmayan tanık beyanları, karara özgü olabileceğinden, başka olaylara sari değildir. Esasen, kararda bu açıdan sözde gerekçe söz konusudur. O halde, sadece muvazaa illetinin olayda gerçekleşmesi, aslın hükmü olan davanın kabulü, somut olayda verilerek sadece bu karara dayanarak dava kabul edilemez. Bu nedenle bu içtihat, somut olaya tam olarak emsal değildir, eldeki içtihat muris muvazaasının sadece bir unsuru için emsal oluşturabilir.

Şu halde, davacının dayandığı Yargıtay kararının esasları şu şekilde özetlenebilir: "Murisin, tapuda kayıtlı taşınmazını mirasçılardan mal

kaçırmak amacıyla tapuda satış göstermek suretiyle bağışlaması durumunda, tapudaki satış muvazaa, gizli bağış sözleşmesi ise şekil koşuluna uymaması nedeniyle geçersizdir. Tapuda gösterilen satış bedelinin gerçek değerinin altında olması, muris muvazaasının unsuru olan muvazaanın karinesidir".

Somut olayda, esasta yer almayan, fakat hükmü değiştirebilecek başka illetlerin bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır. Örnek olayımızda, davacı tanıklarının, "murisin taşınmazı satmak için ihtiyacı olmadığını ve terekeden de bir şey çıkmadığını" beyan etmişlerdir. Acaba bu beyanları ispat için yeterli olduğunu kabul edersek, bu olguları illet olarak kabul edebilir miyiz? Bir davanın bütün hukukî yönleri tek bir içtihatla çözümlenmez. Çünkü olaylar sınırsız ve sonsuzdur. Uygulanmak istenen bir içtihatla illetlerin, aynen somut olayda gerçekleşmesi nadir bir olaydır. Bazen, içtihatla illetlerin bir veya birkaçı somut olayda gerçekleşir ve fakat bazıları gerçekleşmeyebilir. İçtihatla olmayan, fakat somut olayda bulunan bir illetin verilecek hükmü değiştirmesi olasılığı da vardır. Bu nedenle bir davanın hukukî sınırları çoğu kez birden fazla içtihatla çizilmiştir ve birden fazla kararın birlikte analizi yapılarak tümevarım akıl yürütme yöntemi kullanılarak somut olaydaki tüm illetlerin yer aldığı bir hukukî esasın (prensibin) saptanması gerekebilir. Ayrıca, emsaldeki hüküm birden fazla illete dayanabileceği gibi, somut olayda esasta olmayan ve hükmü değiştirme olasılığı bulunan birden fazla illet bulunabilir.

Şimdi davalının Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.12.1983 tarih ve E. 1981/1-412, K. 1326 sayılı kararını emsal olarak gösterip davanın reddini savduğunu varsayalım. Karar aynen şöyledir:

"Davacı ortak miras bırakanın kendisini miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla dava sonucu taşınmazların tapuda satış gösterilmek suretiyle muvazaalı olarak davalıya temlik ettiğinden, temlikle satışın değil bağışın üstün tutulduğundan bahisle davalılar üzerindeki kaydın payı oranında iptal ve teşkilini istemiştir. Taşınmazların temlik bedeli ile gerçek değerleri arasında aşırı nisbetsizlik vardır. Bu nisbetsizlik muvazaanın karinesi sayılmak gerekir ise de ayrıca temlikin mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapıldığı temlikte satışın değil bağışın amaçlandığının dahi kanıtlanması gerekir. Bu nedenle, davacının bu husustaki delillerini incelenmek, tanık gösterdiği takdirde dinlenmek ve bundan sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmek gerekir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

"Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

"Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

"Sonuç: Davalılar vekilinin temyiz itirazının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen sebeplerden dolayı **BOZULMASINA** oybirliği, gerekçede oy çokluğuyla karar verildi".

Davalı vekilinin emsal olarak gösterdiği Hukuk Genel Kurulu kararında da muvazaa yönünden, değerler arasındaki fahiş fark prensibinin benimsendiğini müşahede etmekteyiz; ancak kararın esasında, muris muvazaası için sadece muvazaanın varlığı yeterli görülmemiş, ayrıca mirasta mal kaçırma unsurunun da kanıtlanması öngörülmüştür. Ancak mirastan mal kaçırma amacını somutlaştırıcı bir esas ortaya konulmamıştır.

Yargılamayı yürüten yargıcın, olayla ilgili olarak Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 7.7.1987 tarih ve E.5789, K.6963 sayılı kararını tesbit ettiğini varsayalım:

"Taraflar arasında görülen davada; davacılar, miras bırakanları Rukiye'nin 63,64,24,25 parsel sayılarıyla tesbit gören taşınmazlarını kadastrodan önce oğulları Fehmi ile diğer davalıların muris bırakanı Kemal'e temlikinin mirastan mal kaçırma amacıyla danışıklı olarak yapıldığı nedeniyle veraset belgesindeki hisseleri oranında tapu kayıtlarının iptaline ve adlarına tescilini istemişlerdir.

Davalılar satışın gerçek olduğunu ileri sürerek, davanın reddi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm davacılar vekili tarafından yasal süre içinde incelemenin duruşmalı olarak yapılması isteğiyle temyiz edilmekle, dosya incelenerek, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacılar, müşterek miras bırakanı Rukiye'nin sağlığında davaya konu taşınmazını, mirastan mal kaçırma amacıyla davalılardan Fehmi ile diğer davalıların ana miras bırakanı Kemal'e muvazaalı olarak temlik ettiğini, daha sonra yapılan kadastro tesbitinde bu taşınmazların 24,25,63 ve 64 parsel sayıları verilip, 4 parça halinde Fehmi ve Kemal adlarına tahdit ve tesbit gördüğünü ileri sürmüşler miras payları oranında iptal ve tescil isteğinde bulunmuşlardır. İddianın belirtilen niteliği ve içeriği itibarıyla davada BK'nun 18. maddesinde deyiminin bulan muvazaa hukuksal nedenine dayandığı açıktır. Mahkemece de iddia doğrultusunda nitelendirme yapılmış ve kanıtlanamadığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki, yerel

mahkemenin, iddianın kanıtlanamadığı sonucuna varırken, delillerin değerlendirilmesinde belirgin olarak yanılığa düştüğü anlaşılmaktadır.

Bilindiği gibi, bu tür davalarda uyuşmazlıkların sağlıklı ve âdil bir çözüme kavuşturulması yapılan temlikin gerçek yönünün, diğer bir anlatımla miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmasını zorunlu kılar. Bunu sağlayabilmek ise, toplanan delillerin yanların özel durumları ve yaşamın gerçekleri dikkate alınarak özenle değerlendirilmesine bağlıdır.

Somut olayda, davacılar müşterek mirasbırakan Rukiye'nin kendisinden önce ölen oğlu Abdullah'tan olma torunları kendilerine satış suretiyle temlik yapılan Kemal ve Fehmi ise oğullarıdır. Miras bırakan Rukiye'nin maddî durumu itibarıyla mal satmaya gereksinimi olmadığı, çekişmeli taşınmazı elden çıkarması için haklı, ciddî ve makul bir nedenin veya nedenlerin bulunmadığı dinlenen tanıkların açıklamalarıyla sabittir. Öte yandan, çekişmeli taşınmazın gerçek değeri ile tapuda gösterilen değeri arasında açık ve aşırı bir farkın varlığı da uzman bilirkişiçe saptanmıştır.

Değinen olgular ve deliller, miras bırakanın gerçekte satış yapmadığı, taşınmazını bağışladığı sonucunu ortaya koymaktadır. Esasen, az mal satarak çok para elde etmesi olanağı varken, değerli bir malı düşük bedelle oğullarına satması satıştan başka amacı gerçekleştirme arzusunun göstergesidir.

O halde, görünüşteki satış akdinin muvazaa nedeniyle, gizlenen bağış aktinin ise şekline uygun yapılamaması yönünden geçersiz olduğu gözetilerek, BK'nun 18. maddesi hükmü ve 1.4.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı kararın orjinal metninde (inançları) Birleştirme Kararı uyarınca davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere reddedilmesi isabetsizdir. Davacıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'nun 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** oybirliğiyle karar verildi.

Bu örnekte ise, diğer içtihatlardaki illetlerin yanı sıra "miras bırakan Rukiye'nin maddî durumu itibarıyla mal satmaya ihtiyacı olmadığı, çekişmeli taşınmazı elden çıkarması için ciddî, haklı ve makul neden veya nedenlerin bulunmadığı tanık ifadeleriyle sabit sayılması" olguları hükme illet olarak etkili olmuşlardır. Bu illetlerin aynen, somut olayda da gerçekleştiğini müşahede etmekteyiz. İrdelenen son üç kararın birlikte tahlilinden, davanın kabulü gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, somut olayda davalı vekilinin savunma olarak, " murisin dava konusu devir işlemini mirastan mal kaçırma amacıyla yapmadığını,

davalıyla dini nikahlı olarak yaşaması mukabilinde tapudaki işlemin yapıldığını" ileri sürdüğünü ve tanıkların da bu beyanları doğruladığını, davalı vekilinin ayrıca savunmasına emsal olarak Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 20.4.1976 tarih ve E. 4722, K. 4164 sayılı kararını emsal gösterdiğini kabul edelim. Dayanak gösterilen karar aynen şöyledir:

"Davacılar, öteden beri davalı ile nikahsız yaşayan murisin 83 ada 21 parsel sayılı evin 30.000 lira bedelle satış gibi gösterilmek suretiyle aslında bedelsiz ve muvazaalı olarak hibede bulunduğunu, davalının evi alacak parası bulunmadığı gibi, evin daha fazla değerde olduğundan muvazaalı olarak davalı adına tesis olan kaydın iptalini adlarına tescilini istemiştir. Davalı, murisin anasına evlatlık olarak girdiğini, evin parası ile ve peşin muamele ile peşin aldığını iddianın doğru olmadığını söylemiştir.

"Dava sabit görülmele kaydın iptaline davacılar adına payları oranında tesciline dair kararın duruşmalı olarak Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmiş olmakla iş karara bırakıldı, bilahâre dosya tetkik olunarak gereği düşünüldü.

"Muvazaa nedeniyle dava açılmıştır. Davacılar dilekçelerinde miras bırakanları ile davalı arasında "yasa dışı" ilişki mevcut olduğunu, bu nedenle dava konusu taşınmazı davalıya bağışladığı halde tapuda satış göstermek suretiyle temlik yapıldığını ileri sürerek kaydın iptalini istemişlerdir.

"Davacıların dinlettikleri tanıklardan ikisi miras bırakanla davalı arasında "aşkî" bir bağlantı mevcut olduğunu söylemişlerdir. Yaşlı bir kimse olan miras bırakanın, yasadışı ilişkiyi sürdürülebilmek amacıyla dava konusu taşınmazı davalıya temlik ettiği açıktır.

"Temlikin saiki yasal olmayan birleşmeyi sürdürmek isteği olduğuna göre hukukî işlemin muvazaalı olması sonuca etkili değildir. Borçlar Kanununun 65. maddesine göre, haksız ve ahlaka aykırı bir amacın elde edilmesi için verilen şeyin geri alınması olanağı yoktur.

"Miras bırakanın geri almak imkanına sahip olmadığı bir şeyi, mirasçıların muvazaadan sözederek davaya konu yapmaları takdirinde yukarıda sözü edilen madde hükmü ortadan kaldırılmış olur. 65. maddenin miras bırakan kadar mirasçılar hakkında da uygulanması gereklidir. Olayda bu durumun tersini düşünmek mümkün değildir. Bu düşüncelerle davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi yolsuzdur. Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA oy birliğiyle karar verildi".

İçtihatla, hükmün illeti olarak " muris ile davalının yasa dışı aşk ilişkisi yaşaması" yer almıştır. Bu illet, daha önce incelenen içtihatların, somut olaydan tefrik edilmesini gerektirmektedir. Bu karar, somut olaya

emsal teşkil edebilecek niteliktedir. Mahkeme, bu kararı örnek alarak, davanın reddine karar verebilir. Ancak, yargıç, bu içtihat dışında olaya uygulanabilecek yine 1. Hukuk Dairesinin 6.6.1983 tarih ve E.6572, K.6628 sayılı içtihadını tesbit etmiştir. Bu karara göre:

"Taraflar arasında görülen davada, davacılar vekili, üçüncü bir kişi adına tapunun 3.10.1945 tarih 18 numarasında kayıtlı olan dava konusu taşınmazın gerçekte karşılık olarak sahibi bulunduğu koyun sürüsünü vermek suretiyle müvekkillerinin miras bırakanı Hakkı tarafından satın alınmasına karşın, tapuda, tapudaki ferağ işleminin muvazaalı bir biçimde o tarihte murisin evlilik dışı birlikte yaşadığı davalılardan Ayşe üzerine yapıldığını, daha sonra davalı Ayşe'nin çekişmeli taşınmazı ölünceye kadar bakma şartı ile muvazaalı olarak evlatları diğer davalılara devrettiğini ileri sürüp müvekkillerinin miras payları oranında iptal ve tescil istemiştir.

"Davalılar vekili cevap layihasında yazılı nedenlerden ötürü davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

"Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararın temyizen incelenmesi süresi içinde davalılar vekili tarafından istenilmekle; hükmün onanmasını talep eden davacılar vekilinin duruşma isteği değer yönünden reddedilerek dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

"Dava, muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Davacılar, dava konusu taşınmazın gerçekte üçüncü bir kişiden miras bırakanları tarafından satın alındığını, ancak kendilerinden mal kaçırmak amacıyla bu yerin tapusunun murisin o tarihte evlilik dışı birlikte yaşadığı davalılardan Ayşe adına muvazaalı olarak oluşturulduğunu, Ayşe'nin de daha sonra taşınmazı yine muvazaalı işlemlerle kendi öz oğulları diğer davalılara devrettiğini ileri sürerek payları oranında iptal ve tescil istemişlerdir.

"Dosya içeriğinden toplanan delillerden ve özellikle, dinlenen davacıların tanıkları ile davalı taraf tanığı Sefer'in açıklamalarından dava konusu taşınmazı gerçekte karşılık olarak sahibi bulunduğu koyun sürüsünü vermek suretiyle Rüstem oğlu Mustafa adlı üçüncü kişiden miras bırakan Hakkı'nın satın aldığı, ancak tapu kaydının murisin o tarihte evlilik dışı birlikte yaşadığı davalı Ayşe adına muvazaalı olarak oluşturulduğu anlaşılmaktadır.

"Miras bırakanın yarar sağlamak istediği kişiye, üçüncü şahıslardan aldığı malın bedelini ödemesinin gizli bağış olduğu devamlılık kazanmış yargısal kararlar gereğidir. Olayda gizli bağışın tipik bir örneği mevcuttur. Görünüşteki satış bağıtı muvazaa, örtülü bağış akdi de şekil noksanlığı nedeniyle geçersizdir. Bunun yanısıra temellük gayrimeşru birleşmeyi sağlamak ve sürdürmek amacıyla

yapıldığı, bu itibarla BK'nun 65. maddesi hükmünce verilenin geri alınmayacağına ilişkin kuralın olaya uygulanma olanağı yoktur. Şöyle ki: gizli bağış yapanla (miras bırakanla) temellük eden Ayşe arasında bir dava mevcut olmadığı gibi iş bu dava miras bırakanın halefleri arasından halefiyet yoluyla açılmış bir dava da değildir. Aksine muvazaa hukuksal nedeninden kaynaklanan ve haksız eylem kurallarına dayanan iptal davası sözkonusudur.

"Hal böyle olunca ancak sözleşenler ya da onların halefleri arasında halefiyet esaslarına göre açılan davalarda uygulama yeri bulunan BK'nun 65. maddesi hükmünün bu davadan nazara alınması mümkün değildir. Nitekim bu yön Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 3.2.1982 tarih, 14464 sayılı kararlarında açıkça vurgulanmaktadır.

"Öte yandan, davalı Ayşe'nin sonradan kendi oğulları diğer davalılar Mehmet ve Metin'le yaptığı temlik nedeniyle anılan davalıların MK'nun 931 maddesinin koruyuculuğu altında buldukları da düşünülemez. O halde, davalıların sair temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine, ancak, davacıların kendi payları oranında iptal ve tescile karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere tüm mirasçıların paylarının belirlenmesi suretiyle hükmün kurulması doğru değildir, davalıların temyiz itirazları bu yönüyle yerindedir. Kabulüyle hükmün yalnızca belirtilen nedenden ötürü BOZULMASINA 6.6.1983 tarihinde oybirliğiyle karar verildi".

Bu içtihatla, davacıların halefiyet yoluyla miras şirketine izafeten dava açmayıp, kendi kişisel haklarına dayanarak hak iddia etmeleri illetine dayanılarak, BK 65. maddenin olayda uygulanma yeteneğinin olmadığı, muris ile davalının gayri resmî birlikteliklerinin muris muvazaasını ortadan kaldıramayacağı hükmüne varılmıştır. Bu içtihatla illetler de, bir önceki içtihatla olduğu gibi, somut olaya uymaktadır. Şu halde, iki içtihat arasında çelişki söz konusudur. Karar tarihleri esas alınarak sonraki tarihli içtihadın içtihattan dönme niteliğinde olduğuna karar verirsek, önceki içtihat iptal edildiğinden, son içtihat olaya emsal alınacaktır. İchtihattan dönme değil de, olayda bir içtihat uyumsuzluğu söz konusu ise, bu uyumsuzluğun Yargıtay Kanunu çerçevesinde giderilmesi gerekmektedir. Bu durumda, Yargıç veya davanın tarafları içtihatların birleştirilmesi için Yargıtay Birinci Başkanlığına başvurma hakkına sahiptir. Başvuru halinde, içtihatların birleştirilmesi bekletici mesele yapılacak, Hukuk Genel Kurulu'nun birleştirme konusunda vereceği karara göre sorun çözümlenecektir.

Ancak, içtihatların somut olaya uygulanması, otomatik bir işlem değildir. Somut olaya emsal teşkil eden içtihatların, hukukî doğruluğu ve diğer hukuk kaynaklarıyla insicamı da araştırılmalıdır.

İncelediğimiz muris muvazaası meselesi, bilindiği gibi, 1.4.1974 tarih ve E. 1 K. 5 No'lu içtihadı birleştirme kararına dayanmaktadır. Bu İchtihadı Birleştirme Kararının 16.3.1990 tarih ve E.1, K. 2 sayılı kararla değiştirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. 1974 tarihli içtihadı birleştirme kararında, "Bir kimsenin; mirasçılarını miras hakkından yoksun etmek amacıyla gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında Tapu Sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çiğnenen tüm mirasçıların, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli kalmış bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medenî Kanunun 507 ve 603 maddelerinin sağladığı haklara etkili olmadığına karar verildi".

Öncelikle belirtelim ki, miras hukukumuzda saklı pay sahibi olmayan mirasçıların miras hakkının sağlararası tasarruflarla ihlâl edilmesi mümkün değildir⁶⁰. Diğer yandan, İchtihadı Birleştirme Kararında, ispat sorunu her ne kadar, düzenlemenin dışında tutulmuş ise de, muris muvazaası uygulamalarında, mirasçıların bu iddialarını her türlü delille kanıtlamalarına olanak sağlanmıştır. Bilindiği gibi, taraflar arasındaki muvazaa iddiası, yazılı delille (senet) kanıtlanabilir. Şu halde, murisin küllî halefi olan mirasçıya, her türlü delille muvazaa iddiasını ispat olanağının sağlanması, HUMK'nun ispat rejimine ilişkin kurallarının açıkça ihlâlidir⁶¹.

Kaldı ki, İchtihadı Birleştirme Kararında kabul edildiği biçiminde, muris muvazaasında mirasçının ihlâl edilen bir hakkı bulunmamaktadır. Kanımızca, muris muvazaası iddiası davacının talep hakkı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmelidir⁶². Kanımızca, İchtihadı Birleştirme Kararında benimsenen düzenleme, açıkça hukuka aykırıdır

Konuyla ilgili, diğer bir sorun da, bizzat içtihadı birleştirme müessesesinden kaynaklanmaktadır. İchtihatların birleştirilmesi kurumu, Türk hukukuna özgü olup, ilk olarak 1926 yılında 834 sayılı Mahkemei Temyiz Teşkilâtının tevsiine Dair Kanun ile kabul edilmiştir. Ondan sonra, 1928 yılında vaz edilen Temyiz Teşkilâtına dair Kanun, 1973 yılında çıkan 1730 sayılı Yargıtay Kanunu ve 4.2.1983 tarihli 2797 sayılı Yargıtay Kanununda içtihadın birleştirilmesi kurumu muhafaza

(60) Oğuzman, K.: "Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi", İstanbul 1990, s. 192 vd.

(61) Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, Ankara 1990, s. 1645.

(62) Karayalçın, Y.: "Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır" Yargıtay Dergisi, 1989/1-4, s. 329.

edilmiştir. İçtihatların birleştirilmesi yolu, diğer yargı kollarında da ayrı ayrı düzenlenmiştir⁶³.

Yargıtay Kanununun 45. maddesine göre, İçtihadı Birleştirme Kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. Hukuksal düzenleme bu olmakla birlikte içtihadı birleştirme müessesesinin hukuksal niteliği, Anayasaya uygunluğu ve bağlayıcılığı tartışmalıdır⁶⁴.

Yargılama faaliyeti, maddî anlamda, somut hukuksal uyumsuzluğun, kural olarak dava konusu olayla sınırlanarak sadece tarafları bağlayacak şekilde çözümlenmesidir. Başka bir deyimle, soyut ve genel hukuk kurallarının tekil ve somut olaylara uygulanmasıdır. Bu anlamda, mevcut içtihadı birleştirme yöntemi, yargılama faaliyeti kapsamında düşünülemez. Çünkü, İçtihadı 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, içtihadı birleştirme kurulları, içtihat uyumsuzluğunu, daire kararlarından ayrı bir hukukî esası benimseyerek çözebilmektedir. Bu da, içtihadı birleştirme kararlarını somut olaylardan iyice uzaklaştırmaktadır.

İçtihadı Birleştirme Kararı, genel- soyut- yazılı norm koyma işleminden başka bir şey değildir. Bu da, maddî anlamda yasama faaliyetidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "bir konunun içtihadı birleştirme kararıyla aydınlatılması, amelî 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 hukukî durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir" diyerek bu teze karşı çıkmış ise de, uygulamada durum hiç de öyle değildir⁶⁵.

Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı, soyut ve genel kural koymaktan başka bir şey değildir. Bu noktada, genel olarak içtihatların

(63) *Kuru*, C. IV, s. 341 vd.

(64) *Edis*, s. 232; *Duran*, L.: "Tevhidi İçtihat nedir", *Siyasi İlimler Mecmuası*, Y. 1953, S. 269, s. 228 vd.; *Bilgin*, A.: "Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesesinin Yaşama Şansı", *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 1967, S. 11, 12, s. 592 vd.

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

bağlayıcılığı öğretisinin 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 hukukî çözümünde ortaya konan prensiptir. Bir içtihat, somut olayın özellikleriyle sınırlıdır, olayı genelleştirmez ve soyutlamaz. Eğer başka bir olay, somut özellikleri itibarıyla içtihatla olayla, yukarıda açıkladığımız anlamda, esaslı benzerlik gösteriyorsa, o olayın çözümünde de aynı esastan hareket edilir. 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 tatbiki gibi koşullu tasım işlemini gerektirir. Bu ise, her şeyden 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 örneksemeye dayanır.

Sonuç olarak, içtihadı birleştirme kararları, somut bir davayla ilgili yargılama faaliyeti sonunda verilmiş somut bir karar olmayıp, maddî anlamda yasama işlemi niteliğinde olduğundan, Anayasaya açıkça aykırıdır.

VII. EMSALLERDEN YARARLANMA BİÇİMİ

Emsaller tesbit edilip, somut olay için kullanılmaya karar verildikten sonra, yazma aşamasına geçilir. Emsaller, hukuk uygulamasında avukat sıfatıyla ele alınan davalarda lâyiha veya dilekçe denilen, hâkim sıfatıyla ele alınan davalarda karar adı verilen metinlerde kullanılır. Bu kullanımın, bilimsel olarak iki biçimi vardır: 1) Atıf 2) Alıntı.

A. ATIF USULÜ

Atıflar, layiha, dilekçe ve kararın muhatapları bakımından çok önemlidir. Okucunun, içtihadın dayanağı olan yargı kararlarına ulaşarak, bizzat değerlendirme yapabilmesi, metinde yer almayan ancak emsal içtihatla bulunan gerekçelere ulaşabilmesi emsallere usulüne uygun olarak atıf yapılmasına bağlıdır⁶⁶. Örneğin uygulamada gerek yargı kararlarında gerek dilekçelerde sık rastlanan "emsal içtihatlarla göre" ya da "Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre" gibi muğlak ve bilimsel olmayan ibarelerle yapılan atfın hiçbir değeri yoktur.

(66) *Karayalçın*, *Metod* s. 125.

Atıflar, metinde referans dipnotları biçiminde gösterilebileceği gibi, yazının metninde de parantez içinde gösterilebilir.

Emsallere atıf usulü, içtihadın yerli veya yabancı oluşuna, derleyeninin olup olmamasına göre değişir⁶⁷.

1. Yerli İctihatlar

a) Derleyeni Belli Olmayan Yerli İctihatlara Atıf

Kararı veren mahkemenin ismi veya kısaltması + Kararın tarihi + Virgül + Esas No+ Virgül + Karar numarası + Virgül + Kararın yayımlandığı kitap, dergi, külliyat, monografi vs. nin ismi veya kısaltması veya alındığı arşivin ismi + Virgül, ...

Örnekler:

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 19.01.1998, E. 1997/9470, 1998/132, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 1998/3, s. 148-148.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 25.01.1962, E. 1962/3544, K. 1962/333, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Arşivi.

b) Derleyeni Belli Olan Yerli İctihatlara Atıf

Bir önceki atıf yöntemi burada da geçerlidir. Ancak, kararın yayımlandığı kitap, dergi vs.nin ismi veya kısaltmasından evvel parantez içinde (Derl.+ Derleyenin Soyadı+Virgül + Önadı + nokta) eklenecektir.

Örnek:

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, T. 30.11.1978, E. 1978/12032, T. 1978/12468, (Der. Aday, Nejat), Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası, İstanbul 1992, s. 131.

2. Yabancı İctihatlar

a) Çevireni Belli Olan Yabancı İctihatlara Atıf

İctihadın ait olduğu hukuk çevresinde kullanılması mutad ve gelenek olan kısaltması + (Varsa) tırnak içerisinde karara konulan başlık + Virgül + Parantez içerisinde)Çev. + çevirenin soyadı + Virgül + Çevirenin önadı + Nokta) + Virgül + İctihadın tercümesinin yayımlandığı kitap, dergi, külliyat, monografinin ismi veya kısaltması + Virgül +

Örnekler:

BGE 86 II 78 " Anonim Şirketlerde Sermayenin İndirilmesi", (Çev. Akıntürk, Turgut), BATİDER, 1962, C. I, Sa. 2, s. 251 vd.

(67) Kalpsüz, T./Akıntürk, T./Kuntalp E.: Türk Hususî Hukukunda Atıf Usulleri ve Kısaltmalar, Ankara 1964 s. 27-28. (Sınıflandırma bu esere göre yapılmış ve örnekler bu kitaptan iktibas edilmiştir).

RO 60 II 399 " Şahsiyetin korunması , Basın yoluyla Şeref ve haysiyete Vaki Tecavüzler", (Çev. Akıntürk, Turgut) Adalet Dergisi, 1961, Sa. 3-4, s. 398 vd.

JdT 1953, 66 " Tacirler Arasındaki Hapis Hakkı" (Çev. Bozer, Ali), Ankara Barosu Dergisi, 1954, Sa. 3, s. 290.

b) Çevireni Belli Olmayan Yabancı İctihatlara Atıf

İctihadın yayımlandığı kitap, dergi, külliyat vs. nin ismi veya kısaltmasından önce, parantez içinde (Çevr.) kısaltması konulacaktır.

Örnek:

JdT 1946, 232 " Bağtın Yapılması, Teyid Mektubu", (Çevr.) , Adalet Dergisi, 1947, Sa. 4. s. 287.

B. ALINTI USULÜ

Emsal içtihadı sadece atıfla yetinilmeyip, kararın bir bölümünün alıntı yoluyla yazıya alınması gereksinimi de duyulabilir. Alıntının, kelime, imlâ ve noktalama bakımından aslına uygun olarak yapılması gerekir. Alıntı yapılan parça dört satırdan fazla ise normal metinden ayrılacak şekilde, sayfanın ortasına sık satır olarak ve tırnak içinde yazılır. İktibas edilen metinden, bazı kelime veya bölümler çıkarılıyorsa, bunların yerleri üç nokta ile gösterilir. Örneğin:

"Müdahale talebinin zamanı, yargılama bitinceye kadar olan süreyi kapsamı içine alır. Bu süre içinde davaya her zaman müdahale olunabilir. Ancak müdahale talebinin kabulü halinde müdahil davayı bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Başka bir deyişle, davayı hangi aşamada bulmuşsa geriye doğru dönmeden ve o aşamaya kadar olan usulî işlemlerde bir değişiklik yapılmadan ileriye doğru davanın takibi olanağı vardır " (Yargıtay 11. HD, T. 28,1.1975, E. 3828, K. 482, Kuru, s. 2502).

Alıntılanan parçada bir yanlışlık varsa, doğrusu braket içinde belirtmek koşuluyla, metin aynen alıntılanır. Alıntılanan bölüm, yazıdaki bir cümle ile birleştirilecek olursa, nakledilen kısım büyük harfle başlasa bile, ilk harf küçük harfe çevrilir. Örneğin: Medenî Kanununun 1. maddesinin 1. fıkrasında " hâkim, hükümlerinde ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan istifade eder" denilmektedir.

VII. İCTİHA TLARDAN YARARLANMA AÇISINDAN TÜRK İCTİHA T HUKUKU UYGULAMASI

A. KAMUOYU BİLGİSİ DIŞINDA KALAN KARARLAR

İctihatların bağlayıcılığı ve içtihatlara emsal olarak dayanma hakkı, içtihatların ulaşılabilir olmasını zorunlu kılar. İctihatların ulaşılabilir

olmasının bilinen en iyi yöntemi ise onların yayımlanmasıdır. Kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulamada gözetilip gözetilmediği, ancak yargı kararlarına ulaşmakla anlaşılabilir⁶⁸. Ancak, Türk içtihat hukukunda, içtihatların yayımlanmasında özlenen seviyeye gelindiği söylenemez. Bu durum, kararların çoğunun, kamuoyu bilgisi dışında kalmasına yol açmaktadır.

Diğer yandan, karar metinlerinin tam olarak yayımlanırken, kararı veren yargıçların, tarafların ve vekillerinin adlarına da yer verilmesi gerekir. Ancak, yüksek yargı kararlarında, kararı veren yargıçların, davanın taraflarının isimlerinin yer almadığı, hatta yayınlanan kararlarda ilk derece mahkemesinin adı ve dosya numarasına bile yer verilmediği zaman zaman gözlenmektedir.

Türk içtihat hukukunun en önemli sorunlarından biri de, gerekçesiz kararlardır. Gerekçesiz kararda, benimsenen esası saptama olanağı yoktur. Bu nedenle, gerekçesiz kararlarda, içtihattan emsal olarak yararlanılması imkânsızdır.

Gerekçe, fizik olarak dosyadan bağımsızdır, ait olduğu dava dosyasının devamı veya onun bir parçası değildir. Çünkü, dosya sadece o davaların muhakeme sujelerini ilgilendirirken, yargı kararı tüm kamuoyunu ilgilendirir. Bu nedenle, hükmü zorunlu kılan dosya içeriğinin ne olduğu, dosyaya bakmak durumunda kalmadan gerekçeden anlaşılmalıdır. Uygulamada çok sık yapıldığı gibi, hükmün dayanağını oluşturan senede veya genel olarak dosyadaki yazılara atıf yapılması yeterli değildir, bu senedin hükmü zorunlu kılan hangi hususları içerdiği gerekçede yazılmalıdır. Aynı şekilde bilirkişi raporuna veya tanık beyanlarına genel bir referans gerekçe değildir, raporda nelerin yer aldığı, tanıkların neleri söylediği kararda belirtilmelidir. Bu nedenle, mantıksal değerlendirme yapabilmek için, kararın ait olduğu dosyaya ihtiyaç duyulan karar gerekçesizdir⁶⁹.

Gerekçesizliğin, yargı kararını kamuoyu bilgisi dışında bırakması nedeniyle, kararda eşitlik ilkesinin zedelenip zedelenmediğini anlama olanağı yoktur.

Bu nedenlerle, yargı kararlarının tümünün gerekçeli ve ulaşılabilir olması için gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir.

(68) *Dursunkaya, O.*: "Yargıtay Kararlarının Yayımlanması ile İlgili Yasama Girişimleri ve Yerleşmiş İçtihatlar", *Adalet Dergisi*, 1973, S. 69, s.752-766.

(69) *Aşçıoğlu, Ç.*: "Yargı Kararlarında Gerekçe", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar IX, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (8-9 Mayıs 1992). Ankara 1992. s. 48.*

B. İÇTİHA TLARA UYMA

Hâkimler, büyük ölçüde, Yargıtay içtihatlarına mutlak olarak kendilerini bağlı hissetmektedirler. Bilhassa, birinci sınıfa ayrılmamış, ve çeşitli nedenlerle terfi ümidini yitirmemiş yargıçlar, kanun hükümlerinden önce, o konudaki içtihatları araştırmaktadırlar. Bu yargıçların, kitap tercihlerini, yüksek yargı hâkimleri tarafından yazılan genellikle konuyla ilgili içtihatların derlendiği, kazuistik metotla hazırlanmış monografik eserler oluşturmaktadır. Bu gruba giren yargıçlar, avukatların sunduğu ve kendi tesbit ettikleri içtihatları dikkatle incelemekte ve adeta yüksek yargı içtihatlarını, hiçbir değerlendirmeye tabi tutmadan mekanik olarak uygulamaktadırlar. Bu gruptaki yargıçlarda, Yargıtayın bozma kararlarına karşı, Yargıtayın kararının açıkça hukuka aykırı olduğunu düşünseler bile, ısrar kararı verme oranı oldukça düşüktür. Temyize tabi olmayan işlerde dahi, Yargıtayın içtihatlarına bağlılık gözlemlenmektedir.

Yargıtay kararlarıyla kendilerini mutlak olarak bağlı hisseden yargıçlar, davanın temyiz incelemesine gideceği dairesinin içtihatlarını mutlak olarak esas almakta; aynı konudaki diğer dairelerin içtihatlarına, hatta içtihadı birleştirme kararlarına aynı derecede bağlılık hissetmemektedirler.

Birinci sınıfa ayrılmış veya disiplin soruşturması nedeniyle terfi ümidini yitirmiş veya meslekte beklentisi olmayan yargıçlarda Yüksek Yargı içtihatlarına bağlılık daha düşüktür. Bu gruba giren yargıçlar, daha çok meslekî tecrübelerine ve vicdanî kanaatlerine göre karar vermektedirler. Bu grupta, Yargıtayın bozma kararlarına karşı ısrar kararı verme eğilimi daha fazladır.

Ancak, yargıçlar, içtihatlara kendilerini bağlı hissetmekle birlikte, bu bağlılıktan hoşnut değildirler. Bu da, yargıçların terfi sisteminin, Yüksek Yargı kararlarının bağlayıcılığında, en önemli etken olduğunu göstermektedir.

Yargıtay Daire ve Kurullarında da genel olarak, bilhassa yayımlanan kararlarda kendi yerleşik içtihatlarına bağlılık gözlenmekle birlikte, bu bağlılık alt derece mahkeme hâkimlerinde olduğu kadar mutlak değildir. Hatta zaman zaman, kökleşmiş içtihatlarla, münferit olarak aykırı kararlar verilebilmekte, kararlarda benimsenen görüşlerde kısa zaman dilimlerinde zikzaklar çizilebilmektedir.

Yargıtay kararlarında, kararların büyük bölümü, anayasal ve yasal kurallara aykırı olarak, formül- kararlar olarak ve gerekçesiz kaleme alındığından çoğu kez içtihatlarla uyulup uyulmadığını anlama olanağı da bulunmamaktadır. Formül kararların yerel mahkeme kararıyla birlikte yayımlanması halinde, bu konuda bir çıkarsama yapma olanağı doğabilecektir.

C. İÇTİHATLARA UYMAMA

Bilhassa Yargıtay Kurullarında, *Edis*'in deyiimiyle, üyelerin değişmesi nedeniyle, istikrar, eşitlik, yerleşmişlik, bağlayıcılık düşüncesi sözkonusu olmaksızın, içtihat değişikliğine gidilmekte, bu değişikliğin gerekçesini açıklamak nezaketine bile katlanılmamaktadır⁷⁰. Hatta, bağlayıcılığı kanun emri olmasına karşın İçtihadı Birleştirme Kararlarına aykırı Yargıtay kararlarına dahi rastlanmaktadır. Bilhassa, son zamanlarda, Yargıtay kararlarının öngörülebilirlik düzeyi oldukça düşmüştür. Bunun başlıca nedeni Yargıtay kararlarının büyük çoğunluğunda gerekçe bulunmayışıdır. Hatta, karara yansımayan gerekçelerle hüküm verildiği dahi vakidir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 12.12.1986 tarih ve E. 1986/1, K. 1986/3 sayılı kararında tartışılan Üçüncü Hukuk Dairesinin 14.1.1985 tarih ve 1985/6375 E. 1985/66 K. sayılı kararının karara yansımayan gerekçelerle alındığı anlaşılmaktadır. İ. Teoman Ozanoğlu, Hakkı Yaşar, Orhan Yalçınkaya ve Erhan Taylan'ın İçtihatların Birleştirilmesine yer olmadığına dair karar yazdıkları karşı oyda aynen şöyle denilmektedir:

" İş sahibi, işinin takibi için avukatla ücret sözleşmesi yapmış, sonradan vekâletname vermemek suretiyle işin avukatça takibini engellemiştir. Avukat ücret sözleşmesinden doğan alacağının tahsili için dava açmış, davayı kabul eden yerel mahkeme kararı, iş sahibinin temyizi üzerine, Üçüncü Hukuk Dairesinin 14.1.1985 tarih ve 6375/66 sayılı kararı ile' .. taraflar arasında yapılan ücret sözleşmesi, kararlaştırılan vekâlet ücretinin peşin ödenmesi koşulu ile yapılmıştır. Davalı peşin ödemede bulunmadığı gibi davacı avukata vekâletname de vermediğinden, ücret sözleşmesi peşin ödeme koşulu yerine getirilmediğinden geçerlik kazanmamıştır. Davacı avukatın vekâletname verileceği düşüncesiyle yaptığı vekâlet hizmeti de yoktur. Esasen, peşin ödenecek vekâlet ücreti kendisine ödenmeyen vekil, vekâlet hizmetini yapmak zorunda değildir. Bu itibarla, açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz" denilerek hüküm bozulmuştur. Davacının karar düzeltme isteği de Üçüncü Hukuk Dairesinin 27.6.1985 tarih ve 2616/4669 sayılı kararıyla reddilmekle, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda davanın reddine karar verilmiş ve bu karar süresinde temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.

.....

Bir defa, HUMK m. 388/3 uyarınca, kararın gerekçesi hükümde yazılı olmalıdır ve madde 428 ve 439 uyarınca Yargıtay Özel Dairesinin kararında bozma gerekçesi açıkça yazılmalı ve gösterilmelidir. Bozma ilâmında yazılı olmayan bozma gerekçesi,

(70) *Edis*, s. 232.

Dairenin tevhidî içtihat müzakerelerindeki sözlü açıklamalarına dayanılarak varit ve kabule şayan sayılamaz. Diğer bir ifadeyle, iki Yargıtay Özel dairesi kararları arasında Yargıtay kanununun 15/2-b maddesi çevresinde, "... biri birine uymazlık" bulunup bulunmadığı, "... biri birine uymayan kararlar verilmiş olup olmadığı.." Yargıtay ilâmında yazılı gerekçelere göre değerlendirilir. İlâmında yazılı olmayan, sözlü açıklamalarda ifade edilen sebeplere dayanılmaz. Zira böyle bir davranış, HUMK madde 388/3, 428, 439'a açıkça aykırıdır..."

Yüksek yargıç *Çetin Aşçıoğlu*'nun, isabetli olarak belirttiği gibi, "Türk yargısında kararların büyük bir çoğunluğunun gerekçesiz olduğu ve gerekçe geleneğinin yerleşmediği kabul edilmelidir. Böyle bir kabullenmenin Türk yargısının onur ve saygınlığına olumsuz etkisi olacağı; bu nedenle gerçek olsa da tartışılması gerektiği söylenebilir".

D) İÇTİHATLARDAN YARARLANMA YÖNTEM VE BİÇİMİ UYGULAMAMA

Gerek uygulamada gerek öğretide egemen olan görüş, benzer olaylarda içtihatlardan yararlanılacağı ve eğer olayların somut özellikleri farklı ise, emsalin olaya uygulanmayacağı yolundadır. Fakat içtihatlardan yararlanma yöntemi, hukukumuzda bilebildiğim kadarıyla sistematik ve detaylı olarak incelenmemiştir. Sanırım bunun nedeni, Kontinental sistemde kullanılan dedüktif akıl yürütme alışkanlığına sahip olmamızdır. Gözlemlerime göre, içtihatların uygulanmasında, örnekseme yerine, kanunların uygulanmasında olduğu gibi tasım işlemi uygulanmaktadır.

Diğer bir gözlemim de, uygulamada, hukukî metinlerde (karar, dava dilekçesi, lâyiha vs.) bilimsel atıf usulünün bilinmemesi veya uygulanmamasıdır. Genellikle, hukukî yazılarda bir önermeyi desteklemek için, " yerleşik Yargıtay kararlarına göre", " Dairemizin kökleşmiş içtihadı da bu yöndedir" vs. gibi muğlak ifadeler kullanılmaktadır. Çoğu kez esas ve karar numarası gösterilerek atıf yapılan yargı kararının ise, yayımlanıp yayımlanmadığı, yayımlandı ise hangi kaynakta yayımlandığı belirtilmemektedir.

Öte yandan, bir içtihadın tartışıldığı, emsal değerinin olup olmadığının araştırılıp ortaya konduğu veya hukukî sorunla ilgili olarak tüm içtihatların incelenerek tüketildiği metinlere rastlamak neredeyse olanaksızdır.

BİBLİYOGRAFYA

- ADAL, E.* : Fundamentals of Turkish Private Law, Revised fourth Edition, İstanbul 1994, s. 24
- ATAR, F.* : Fıkıh Usulü, 2. bası, İstanbul 1992
- ARAL, V.* : Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul 1991
- ARAL, V.* : Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1971
- AŞÇIOĞLU, Ç.* : "Yargı Kararlarında Gerekçe," Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar IX, (8-9 Mayıs 1992), Ankara, s.43-77
- BELGESAY, M. R.* : Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri, İstanbul 1947.
- BELGESAY, A. H.* : "Mahkeme İçtihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İçtihat Kararlarının Derdest Davaları Etkisi," Adalet Dergisi, 1960, S.10 s. 815-822.
- BERKİ, A. H.* : Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), İstanbul.
- BERKİ, A. H.* : Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948
- BİLGE, N.* : Hukuk Başlangıcı- Hukukun Temel İlkeleri, 8. bası, Ankara, 1992
- BİLGE, N.* : "Yargısal İçtihatların Bağlayıcılığı ve İçtihatı Birleştirme Kararları," Ankara, 1974, s. 217.
- BİLGİN, A.* : " Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesesinin Yaşama Şansı," İstanbul Barosu Dergisi, 1967, S. 11,12, s. 592
- COOPER, E. F.* : Effective Legal Writing, Indianapolis, 1953

- CURTI EUGENE/ FORRER* : Kanunu Medenî Şerhi, C.I, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Çev. Adliye Vekâleti, İstanbul, 1930
- DU PASQUIER, C.* : "Hukukun Tatbiki Hakkında Yeni Görüşler ve İsviçre Mahkeme İçtihatları," Çev. Jale Akipek, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1954, C. XI, S. 3-4, s. 3-20.
- DURAN, L.* : "Tevhidi İçtihat nedir", Siyasî İlimler Mecmuası, Yıl 1953, S. 269, s. 228
- DURSUNKAYA, O.* : "Yargıtay Kararlarının Yayınlanması ile İlgili Yasama Girişimleri ve Yerleşmiş İçtihatlar," Adalet Dergisi, 1973, S. 69, s. 752-766
- EDİS, S.* : Medenî Hukuka Giriş ve Başangıç Hükümleri, AÜHF Yayınları, 6. bası, Ankara 1997
- EGGER, A.* : İsviçre Medenî Kanunu Şerh- Giriş ve Kişiler Hukuku, Çev. Avukat Volf Çernis, Ankara 1947
- ELİFOĞLU, A.* : "Bizde Tevhidi İçtihat Meselesi," Adalet Dergisi, Ankara 1955. S. 8, s.795-806
- EMİROĞLU, İ.* : Mantık Yanlıları, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993
- ERDOĞAN, M.* : İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1990
- EREM, F.* : "Yargıtay Kararlarının Ceza Hukukunda Bağlayıcılığı "Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 71-79
- FARNSWORTH, E. A.* : Amerikan Hususî Hukukuna Giriş, Çev. Özsunay Ergun, İstanbul 1961
- GÖKÇE, O.* : İçerik Çözümlemeleri- Sosyal Bilimlerde Bir Araştırma Yöntemi, Ankara 1994

- GÖZLER, K.* : Hukukun Genel Teorisine Giriş- Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998
- İŞİTAÇ, Y.* : "Hukukun Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynaklar Kavramına Etkisi", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 2, İstanbul 1995, s. 81-96
- KALPSÜZ, T./ AKINTÜRK, T./ KUNTALP, E.* : Türk Hususî Hukukunda Atıf Usulleri ve Kısaltmalar, Ankara 1964
- KARAMAN, H.* : İslâm Hukukunda İçtihad, 2. bası, Ankara 1998
- KARAMAN, H.* : Fıkıh Usulü, İstanbul 1982
- KARAYALÇIN, Y.* : Hukukda Öğretim -Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Genişletilmiş 4. bası, Ankara 1994
- KARAYALÇIN, Y.* : "Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır? Yargıtay Dergisi, 1989/1-4, s. 329
- KARAOĞLAN, F.* : "İçtihat Yolunda Durak Yerleri, İçtihadın Tesis ve Tebdili," Adliye Ceridesi, 1937, s.111-129 ve s. 395-408
- KARAOĞLAN, F.* : "Tevhidi İçtihat Müessesesi," Hukukî Bilgiler Mecmuası, 1938, S. 109, s. 5905-5910
- KAYHAN, F.* : Hukuk Davalarında Avukatlık Sanatı, Ankara 1994
- KAYHAN, F.* : "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü," Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/1
- KAYHAN, F.* : "Hukuksal Sorunun Çözümünde Profesyonel Bakış Açısı", Bursa Barosu Dergisi, Mart 1999, S. 61, s. 13-21
- KUNTER, N.* : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bası, İstanbul 1989

- KURU, B.* : İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977
- KURU, B.* : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 4. Bası, Ankara 1979
- KURU, B.* : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 4. Bası, Ankara 1980
- KURU, B.* : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C III, 4. Baskı, Ankara, 1982
- KURU, B.* : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 5. Bası, Ankara 1991
- KÜÇÜK, H.* : İslâm'da ve Batıda Mantık, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2. bası, İstanbul 1988
- LLWELLYN, K. N.* : The Bramle Bush, 2. Edition, Newyork 1951
- MARDİN EBU'L ULA* : Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, İstanbul 1946.
- MEIER-HAYOZ, A.* : "Özel Olarak Kazai İctihadın Tanzim Edici (Normatif) Kuvveti Meselesi" (Çev. Önen Ergun), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXV, S. 1-2, s. 153-172
- MİLASLI GAD FRANKO:* "Tevhidi İctihat Müessesesi İctihat Kapısını Kapatmamalıdır," Hukukî Bilgiler Mecmuası, 1938, S. 107, s. 5851-5854
- OĞUZMAN, K.* : "Miras bırakanın Gayrimenkule ilişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi", İstanbul 1990, s. 192 vd
- OLGAÇ, S.,* : "Adaletin Gerçekleştirilmesinde Hâkimlerin Ödevleri ve Kanunların Yorumlanması ve İctihatların Belli Edilmesinde Yargıtayın Görevleri", Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 101-115
- REDDEN, K. R.* : So You Want To Be A Lawyer, Indianapolis 1951, s. 5-16

- SCHWARZ, A.* : İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk, Hukuk İlmini Yayma Cemiyeti, Konferanslar, İstanbul 1938, s. 4
- SINMAZ, B.* : Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararları, Ankara, 1998
- DE SAUSSURE, F.* : Genel Dilbilim Dersleri, Çeviri, Ankara, 1976
- TUNÇ, H.* : Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları), Ankara, 1997
- ÜÇOK, C.İMUMCU, A.* : Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. bası, Ankara 1991
- ÜÇOK, C.* : "İslâm Hukukunun Temel kurallarından "İctihat İctihatla Nakzedilemez", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 39-46
- PARRY, C.* : İngiliz Hukuk Sistemi, Çev. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1945
- YILDIRIM, C.* : Mantık- Doğru Düşünme Yöntemi, Ankara 1987
- YILDIRIM, M. K.* : Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- VELİDEDEOĞLU, H.V.* : Medenî Hukukun Umumî Esasları, C. I, Cüz. I, Ankara 1968
- _____ : "Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer'i Hukuktan Lâik Hukuka Geçiş", Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, Ankara, 1968 s. 705-724
- ZEYDAN, A.* : (Çev. Ruhi Özcan), Fıkıh Usulü, İstanbul 1993

TARTIŞMALAR

Işıl ULAŞ (Başkan)

Değerli konuklar, değerli meslekdaşlarım,

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün düzenlediği XVI. Sempozyum gününe Dairemiz adına hepinize hoş geldin diyoruz ve yine Dairemiz adına sempozyumun başarılı geçmesini diliyoruz. Ben ilk tebliği sunmak üzere tebliğ sahibi avukat sayın *Fahrettin Kayhan*'a söz veriyorum, buyurun efendim.

Av. Fahrettin KAYHAN

Sayın başkan, çok değerli katılımcılar, öncelikle *Karayalçın* hocama çok değerli övgüleri için teşekkür ediyorum ve böylesine seçkin bir hukuk topluluğuyla akademik bir zevki paylaşma imkânını bana sağladığı için şükran ve minnet duygularımı ifade ediyorum.

Işıl ULAŞ (Başkan)

Yargısal bir içtihadın nasıl olması gerektiğini ve bir içtihattan ne anlamamız gerektiğini bize tekrar hatırlatan değerli meslekdaşıma bu tebliğini çok kısa bir sürede toparlayıp, özetlemesinden dolayı ayrıca teşekkür ediyorum.

Efendim, şimdi tartışmalara geçeceğiz. Söz almak isteyenler, isimlerini yazdıracaklar, süremiz sınırlı olup, öğleden önce programımızı tam zamanında bitirmek zorundayız. Çünkü öğleden sonraki programımız daha yüklü. Ben söz almak isteyenlerin isimlerini alıyorum. Buyurun sayın *Demirkıran*.

İhsan DEMİRKIRAN

Sayın konuşmacının güzel tebliği için teşekkür ederim. Son derece yararlandık. Şimdi bizim Yargıtayda ve Bidayet hâkimleri arasında şöyle bir husus gelişti: Her konuda emsal bulunması gerektiği konusunda bir alışkanlık oluştu. Bir olayı anlatayım sonra esasa geleceğim. Karabiga'da bunu bana anlatan bir yargıç, sonra Kadıköy'de birlikte çalıştık. Hâkim diyor ki; ben Yargıtay kararını görmeden hiç bir konuda karar veremem. O konuda Yargıtay kararı yok, tetkike alıyorum diyor. Şimdi avukat hâkim arkadaşına gelmiş, hâkim karar vermiyor, emsali arıyor, ne yapacağız? Gel demiş ne konuda emsal istiyorsun, yaz bakalım, yazmış hâkime, götürmüş hâkim'de "Yargıtayın görüşü ne güzel" demiş ve o şekilde karar vermiş.

Şimdi arkadaşlar, tabii biz kontinental hukuku kabul ettik; o bir gerçek ama Amerikan hukukunu, İngiliz hukukunu kabul etmedik emsal hukuku yok. Hâkim

hukuk yaratacak. Şimdi örnek vereyim; Markalar Kanununda tam lisans sahibinin dava açma hakkı var, fikir ve sanat eserleri konusunda tam ruhsat sahibinin dava açması konusunda yani tam ruhsat sahibi biliyorsunuz Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 48 ve devamı maddeleri uyarınca eser sahibinden komşu hak sahibinden bu eserin kullanma hakkını devir alıyor. Peki, dava açma hakkı yok, özel olarak kanunda düzenlenmemiş, emsal de yok, şimdi avukat hâkime gidiyor; bana, emsal ver, diyor. Emsal yok ki, sen yaratacaksın emsali. Bence hâkimleri mutlaka emsal bulmaya sevk etmemek lâzım, hukuku yaratmak lâzım. Benim arzım bundan ibaret, teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BATTAL

Efendim saygılarımı sunuyorum. İki hususu arz edeceğim; bunlardan birisi tebliğde yapılan bir tesbit yanlışlığı ile ilgili. İlet kavramı değiştirici anlamında yorumlandı ve kullanıldı. İlet kavramı herhalde burada sebep anlamında kullanılmalıydı. İlet kavramını değiştirici anlamında kullanırken sayın tebliğcinin delili de şuydu; hastalık vücutta değişiklik meydana getirir, bu nedenle değiştiricidir ve hastalığa da illet denilir. Hayır. Her hastalığa illet denilmez, sadece ölüme sebep olan hastalığa illet denilir, illet burada ölüme sebep anlamındadır, yoksa nezle, grip gibi hastalıklara illet denilmez. Dolayısıyla herhalde bu yönden yeniden düşünülmesi lâzım.

Bir de şu husus var: İslâm Hukukunun uygulandığı dönemde arkadaşımızın tebliğinde de var, içtihatla fetva birbirinden ayrılıyor. Fetva somut olaya uygulandığı varsayılan ve genelleştirilemeyen hüküm, içtihat ise geneleştirilebilen hüküm şeklinde algılanıyor. Arkadaşımızın şimdiki teklifi de anladığım kadarıyla Yargıtay kararlarının bir kısmının bir tür fetva gibi sadece somut olaya münhasır kalmasını, diğer bir kısım kararların ise içtihat haline gelmesini öngörüyor. Oysa bugüne kadar bildiğimiz, uyguladığımız ya da anladığımız içtihat şuydu: Bir yargı kararının son aşamaya ulaşmış olması, kesinleşmiş olması bir yargı kararının içtihat haline gelmesi için yeterli olabilir. O içtihadın nasıl uygulanacağı, nasıl yorumlanacağı hususunda arkadaşımızın tebliğindeki açıklamaları hakikaten son derece etkili ve önemli. Son derece de gerekli bilgilerdi. Ama içtihatları bu şekilde bir kısmı fetva bir kısmı içtihat olarak yani bir kısmın sadece somut olaya uygulanabilir kararlar bir kısmı her türlü olaya uygulanabilecek kararlar şeklinde ikiye ayırmak sonucunu doğuran bir ayırım zannediyorum herhalde yeni tartışmaları beraberinde getirecek. Teşekkür ediyorum.

Çetin AŞÇIOĞLU

Herhalde on seneyi geçiyor, Yargıtay'da bir bildiri vermiştim; "Yargıtay'da insan unsuru ve çalışma yöntemleri" üzerine. Genel olarak ele aldığım konu arkadaşımızın bildiriyle belli bir konuda güncelleşmiş oldu. Bundan sonra gerekçe kavramının dört dörtlük incelenmesi gerekir. Nitekim gerekçe kavramını ben senelerce önce ele aldım; fakat o tebliğimde de yazıldığı gibi son derece yüzeysel bir incelemeydi bir başlangıç idi; o günden bugüne başka bir çalışma yapılmadı. Türkiye'yi bu konuda, arkadaşımızın da değindi bir tehlike bekliyor, Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi'nin önünde gerekçesiz yargı kararları nedeniyle açılmış davalar var. Türkiye için olumsuz kararlar çıkması olasılığı güçlü; öğretim üyesi bir arkadaşımızın bu eksikliği doldurmasında büyük yarar görmekteyim.

Şimdi ben bir konuya daha değineceğim, belki doğrudan doğruya ilgili değil ama benden evvelki konuşan arkadaşımız da değindi; dil konusuna. Birkaç sempozyum evvel burada "sempozyum" sözcüğü yerine "bilgi şöleni" sözcüğünün kullanılmasını önermiştim; bu benim bulduğum bir sözcük dizisi değil Devlete bağlı dil kurumunun yabancı kelimeler karşılığı olarak bulduğu Türkçe sözcüklerde önerilmiş. Geçenlerde bir televizyonun "bilgi şenliği" diye izleyicilerine duyurdu. Daha ilginç; geçen hafta Erzurum'daydım. Adli Tıpla ilgili bir toplantı vardı; bunu dile getirdim, sempozyumu yöneten doktor arkadaşlarımız derhal benimsedi ve sempozyum yerine "bilgi şöleni" sözcükleri kullanıldı.

İlet sözcüğü üzerinde de durmak istiyorum. Türkçe sözcükleri kullanma olanağı varken yabancı sözcükleri kullanmanın birtakım sakıncaları burada somutlaştı; anlamada zorluk çekiyorsunuz, arkadaşımız sebep dedi olabilir, neden sözcüğü kullanılmasında yarar görüyorum.

Arkadaşımız içtihatlarla ulaşabilme olanağına da ve ele aldığı konuların yüksek mahkemelerde uygulanabilmesi için bugünkü yüksek mahkeme düzeninin, çalışma yöntemleri A'dan Z'ye kadar değişmesi gerekir. Arkadaşımızın önerdiklerini uygulamak olanaklı değil. 200 üzerindeki Yargıtay üyelerinin bulunduğu yüz binlerce davanın geldiği (herhalde milyonu aşiyor) bir kurumda bunları uygulama olanağı yoktur, içtihatları bulmak ve izlemek olanaklı değildir (İçtihatın dönme konusunu da önemli Yargıtay'da göreve başladığım seneler 1983-1984 senelerinde uygulamaya yöneldim. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında görmüştüm, bir içtihatın dönme istediği zaman iki içtihat arasında bağ kuruyor, eskiden bu konuda dönüşlerim bu idi (o kararın tarih numarasını veriyor) şimdi bu karardan dönüyorum diyor. Yani bir bağ kuruyor bu da uygulama açısından son derece önemli. İşte 1983-1984'de 4. Hukuk Dairesi'nde bu yöntemi iki üç kararda uyguladım aynen çağdaş yargı düzeninde olduğu gibi. Baktım ki kimse uygulamıyor önemsemiyor ben de terk ettim. Yargıtay Kararlar Dergisi'nde yayınlandı (1994-1995'de).

Arkadaşımız, yanlış anlamadıysam, içtihatın dönmeyi yalnız hataya bağladı, bu eksik bir anlatım eğer yazısında geniş daha açıklama varsa onu bilemiyeceğim. İnançların değişmesi, çağın değişmesi, sorunların değişmesi nedeniyle bir hata olmadan da olanaklıdır. Hata burada uygun bir sözcük değil. Çünkü, kural olarak, "yüksek mahkemeler hata yapmaz" ilkesi yürürlükte; bizde ise hata yapar karar düzeltme yoluyla bu hatadan döner veya içtihadını değiştirir ilkesi egemen. Hata kelimesi sözcüğü yerine başka sözcük kullandılar; "dönme" "değiştirme" gibi.

Mahkemelerin, yüksek mahkemeler içtihatlarına sıkı sıkıya bağlı olması hukukun gelişmesi açısından sakıncalı; İhsan Demirkıran arkadaşımız çok tipik örnek verdi. Yargılamayı bir sanat olmaktan çıkaran bireyin "adil yargılanma" hakkını sürekli potansiyel bir tehlike altında tutan bir uygulama. Türkiye'de

yerleşmiş hatta yargıçların, avukatların genine işlemiş bir uygulama, bunun değişmesi gerekli. Yargıçları tembelleğe sevk eden hukuku donduran bir uygulama bundan nasıl dönülür, bundan dönülmesini yargıda bilgi ve kültür eksikliğinin giderilmesine bağlıyorum, üniversitelerden başlayan bilgi eksikliğine Yargıda yargıçlar ve avukatlar usta çıkar ilişkisi içerisinde el yordamıyla çalışıyorlar ve bu yolla edindikleri bilgileri kullanıyorlar. İşte somut örneği içtihat uyma olgusu, el yordamıyla çalışma. Bu köklü bir sorun; dediğim gibi ilk önce Hukuk fakültelerinde hukuk öğretimiyle ele alınmalı.

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN

İki noktayı belirtmek istiyorum. İctihat kapısı kapalıdır dediğimiz anda "ictihat ictihatla nakz olunmaz; ictihatlar değiştirilemez" sonucuna varılır. İctihat ictihat ile nakz olunmaz görüşünün İslâm Hukukundaki versiyonu başka. Türk hukuku için artık bu görüş söz konusu değildir: Hiç şüphe yok yerleşmiş bir ictihat, gerekçesi verilmek suretiyle, yetkili organ, yani ictihadı birleştirme kurulu tarafından elbette değiştirilebilir.

Aslında ictihat konusu, yargıyla yasama güçleri arasında zaman zaman çatışmaya sebep verebilecek olan ciddi bir konudur. Mahkemelerimiz yasal düzenleme olmayan bir konuda ictihat ile bir çözüm benimserlerse bunda önemli bir problem çıkmayabilir; nihayet yargılama yasada bir boşluğu kendi takdirine göre doldurmuş olmaktadır.

Bakın, zannediyorum 1947 senelerinde Türkiye'de teorik açıdan da pek tartışılmamış olan, mirasçılar arasında zamanaşımı işler mi işlemez mi konusu ictihadı birleştirme kararı ile hal edilmek istendi. Önce mirasçılar arasında zamanaşımı işler dendi; fakat kısa bir süre sonra bunu değiştirmek ihtiyacı hissedildi. Bu problemin yalnız hukuk hayatımız açısından değil, sosyal hayatımız açısından çok zor bir konu olduğuna şüphe yok.

Eğer düzenleme boşluğunu doldurmak söz konusu değilse o zaman ikinci ihtimal yani mevcut bir kuralı yorumlamak, anlam vermek, uygulamanın ihtiyacına göre bir uygun bir çözüm bulmak söz konusu olabilir ve zaten asıl önemli olan da bu ikinci ihtimaldir.

Fakat üçüncü ihtimal kurala aykırı yorum problemidir. Acaba yargının, yasa organının tesbit ve tercih ettiği bir çözüme aykırı bir çözüm benimsemek yetkisi var mıdır? Bu hukuk ve metot alanında çok tartışılan bir konudur.

Şimdi değerli meslekdaşım muris muvazaasından bahsettiler, sayın meslekdaşlarımız hatırlarlar. Bu konuda birkaç senedir devam eden çok ciddi bir tartışma var. Burada yasaya ve hatta Türkiye'nin benimsediği hukuk sistemine aykırı bir çözüm, bir ictihat söz konusu. Çünkü muris muvazaasında Yargıtayımızın benimsediği çözüm saklı payı ihlâl edilsin edilmesin muris muvazaasını kabul etmektedir. Saklı payı ihlâl edilmemiş ise Türk miras hukuku sistemine göre artık ihlâl edilecek bir hak yoktur, bir çelişme var burada. Bu çelişmeyi Yargıtay'daki bazı meslekdaşlarımız hissetmişler, muhalefet şerhini vermişler. Sonra ben ve bazı

arkadaşlarım bu tartışmaya katıldık ve bu çözümü sadece yanlış, yani yasaya aykırı değil, ayrıca haksız olduğunu da belirtmeye çalıştık. Ama tartışma devam ediyor. Bu konuda uygulamada çeşitli, hatta hukuk ahlâkıyla ilgili problemlerin ortaya çıktığını da biliyorum. Bir meslekdaşım bana dedi ki "bu konu avukat olarak bana geldi; fakat muris muvazaasına dayanarak dava açmayı meslek ahlâkıyla bağdaşmaz saydım ve o işi kabul etmedim". Bu konu çok ciddi ve çok yönleri olan bir konudur. Zannediyorum konu bu vesileyle bir daha tartışmaya açılmıştır. Tabii bu senelerden asırlardan beri devam eden bir tartışmadır; bundan sonra da devam edecektir ama konuyu bu bilimsel ziyafete, yani sempozyuma (sempozyumun karşılığı bilimsel ziyafettir) Lâtinceden gelen bir kelime getirdikleri için teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Şükrü YILDIZ

Efendim benim ifade edeceğim hususları kısmen sayın *Karayalçın* hocam kısmen de İhsan beyefendi ifade ettiler, ama ben biraz daha somutlaştırmak istiyorum. Tebliğinin 9. sayfasında ve yine sayın konuşmacının konuşmalarında şöyle bir hüküm var: "Kaldı ki ictihat hukukunun diğer kaynaklarından farklı bir yanı da neyin hukuk normu olduğunun ictihatla belirlenmesidir. Gerçekten de bir kanun hükmü yargı kararıyla norm olarak tanınmadığı müddetçe normatifte kazanamaz. İctihad hukukunun bu özelliği onu kendiliğinden normlar hiyerarşisinin başına yerleştirmektedir" hükmü var ki bu benim hukuk mantığım açısından kabul edilebilecek bir hüküm değildir. Şunun için değildir; biz biliyoruz ki hukuk kurallarını koyma yetkisi yargıya verilmemiştir, yasamaya verilmiştir. Yine hukuk kurallarını yürütme yetkisi yürütmeye aittir, yine ortaya çıkan hukuk problemlerini çözmeye yetkisi yargıya verilmiş bir yetkidir. Hatta Anayasal düzeni korumakla görevlendirilen Anayasa Mahkemesinin dahi kendisini kanun koyucu yerine koyması yasaklanmışken böyle bir hükmü ben kendi hukuk mantığım açısından yeterli görmüyorum doğru görmediğimi ifade etmek istiyorum. Kaldı ki, hem *Karayalçın* hocam ifade ettiler hem İhsan bey ifade ettiler. Yargıcın görevi hukuk yaratmaktır, zaten Medenî Kanun madde 1'de bu görevi yargıca vermiştir. Önüne gelen olayda öncelikle hukuk kurallarını, somut bir hukuk kuralı varsa onu uygulayacaktır. Bu uygulama belki yorumlama şeklinde de olabilir ama hiçbir şekilde var olan hukuk kuralını yadsıması inkâr etmesi yargıcın görevleri arasında değildir bu mümkün de değildir. Kaldı ki, yine tebliğinin 36. sayfasında sayın tebliğci de bu hususu gayet açıklıkla ifade etmiştir. İctihadın dayandığı hukuksal kaynak yürürlükte olmalıdır diyor. Yine bir ictihadı birleştirme kararının varlığından bahsedip daha sonra kanun koyucunun çıkarmış olduğu yeni bir kanunla bu ictihadı birleştirme kararının yürürlükten kaldırıldığını, uygulama gücünün yok olduğunu ifade ediyor. Benim ifade etmek istediklerim bunlardan ibaret. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Arif B. KOCAMAN

Şimdi efendim ben olayın biraz tarihsel arka planına değinmek istiyorum. Sayın tebliğ sahibi bizim Cumhuriyet döneminde *Ebu'l Ula Mardin, Fahrettin Karaoğlan, Ali Hikmet Berki* gibi çağdaş ve aynı zamanda İslâm Hukukunu da iyi bilen bazı hukukçuların etkisiyle hukukumuzun pür Kontinental sistemden esaslı şekilde ayrıldığını ve böylece olumlu bir gelişme çizgisinin ortaya çıktığını ifade

ediyor. Aslında biz tercihimizi 1926 yılında yaptık. Şimdi hukuk okulları arasındaki tartışmalara baktığımız zaman; bir tarafta 1789 Fransız İhtilâli'nin etkisiyle bazı kavramların değişmemesini savunan katı bir hukukî pozitivizm ve bunun hukuk alanındaki yansması olan kavram hukukçuluğu, öbür tarafta da buna tepki olarak ortaya çıkan serbest hukuk okulu ve daha sonra bunları uzlaştıran menfaatçi hukuk okulu. Şimdi bizim 1926'da İsviçre'den iktibas ettiğimiz Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu, tamamen menfaat hukukçuluğu okulunun izlerini taşımaktadır. Bu Kanunun yazarı *Eugen Huber*, Almanya'daki tahsili sırasında menfaat hukukçuluğu okulunun en önemli temsilcilerinden *Max Rumelin*'le yakın arkadaşlık yapmıştır ve Yasanın 1. maddesi bunun en iyi göstergesidir. Şimdi Avrupa'daki kodifikasyon hareketlerine baktığımız zaman iki çizgi görüyoruz: Bir tarafta 1789 Fransız İhtilâli'nden sonra çıkarılan Code Napoleon, Avusturya Medenî Kanunu ve daha sonra 1900 yılında çıkarılan Alman Medenî Kanunu. Diğer tarafta İsviçre Medenî Kanunu tamamen farklı bir çizgi. Birinci çizgi, yasada boşluk bulunabileceğini hiçbir şekilde kabul etmiyor. Bizdeki Mecelle de kazuistik meseleci yöntemi benimsediği için birinci gruba dahildir. İkinci grupta ise kanunda boşluk bulunabileceğini daha birinci maddesinde kabul eden ve hâkime doğrudan hukuk yaratma hak ve görevini yükleyen bir düşünce. Bu menfaat hukukçuluğu okulunun izleri Anglo-Amerikan hukuk dünyasına kadar uzanmıştır. Şimdi sonuç olarak biz 1926'da Medenî Kanun'un 1. maddesiyle hâkime çok önemli bir yetki ve görev vermişiz zaten ... Ayrıca yardımcı kaynak olarak kazaî içtihatlar dikkate alınabilir, o da Medenî Kanun'un 1. maddesindeki diğer bir husus. Ben bu gelişme çizgisinin, bu tarihsel perspektifin doğru olarak yerine oturtulmasını istedim. Şimdi serbest hukuk okulu da önceleri yanlış anlaşıldı, sanki hâkim serbestçe hukuk koyabilir gibi. Bu, hiçbir şekilde böyle değildir! *Kantorowicz* ve diğerleri böyle birşey demek istememişlerdir, ancak bir tepki hareketi olduğu için önceleri şiddetli itirazlarla karşılaştı. Fakat daha sonra menfaat hukukçuluğu okulu, daha uzlaşmacı bir çizgiye geldi. Biz, 1. maddeyi işte bu anlayışa borçluyuz. Benim söyleyeceklerim bu kadar efendim, teşekkür ederim.

Av. Fahrettin KAYHAN

Efendim, öncelikle övgülere teşekkür ediyorum, eleştirilere ise şükran ve minnet duygularımı ifade ediyorum. Çünkü, tebliği eleştirmeleri için dostlarıma verdim, fakat sadece övmekle yetindiler." Biz 15 Mayıs'tan sonra eleştirilerimizi bildireceğiz " diyerek dostluklarını ifade ettiler. Bu nedenle benim için övgülerden daha değerli olan eleştirilere sırayla değinmek istiyorum.

Sayın *İhsan Demirkıran*, her konuda içtihat araştırması yapılmasının yanlış olduğunu, içtihat olmayan, emsal olmayan konularda hâkimin hukuku kendi yaratması gerektiğini isabetle ifade ettiler. Sanıyorum hukuk uygulamamızda, her konuda emsal arayışına girilmesi, içtihatlardan yararlanma yönteminin yeterince bilinmemesinden kaynaklanıyor. Eğer bu yöntem meselesi çözülmüş, yeterince üzerinde durulmuş olsaydı- ki ben de dahil olmak üzere pek çok hukukçu fakülteyi bitirdikten çok sonra *Karayalçın* hocamdan metod dersi almak ihtiyacı hissetmiştim- kuşkusuz bu durumda olmayacaktık. Yöntem iyi kavrandığında, söylediklerimizin o

anlama gelmediğini ve yargıcın hukuk yaratmakla da yükümlü olduğunu kabul etmemiz gerekecektir.

Sayın *Ahmet Battal* ve Sayın *Çetin Aşçıoğlu*, müşterek bir konuyu dile getirdiler: Dil konusu. Bu konuda her ikisine de aynı anda yanıt vermek istiyorum. Sayın *Battal*, illet sözcüğünün değiştirici anlamına kullanılmasına karşı çıktılar. Kuşkusuz bir sözcüğün sözlük anlamı, bunun yanında ilgili bilim dalında kazanmış olduğu terimsel anlam vardır. değiştirici veya neden, illet kavramının sözlük anlamlarıdır. Sayın *Aşçıoğlu*'nun, sözcük tercihlerime ilişkin eleştirisine gelince: Öğrenciyken aynı zamanda Siyasal Bilgiler Fakültesinin derslerine de devam ederdim, çünkü bedava ders veriliyor, bilgi var. Fakültede Sayın Prof. *Mıhçıoğlu* vardı, rahmetli oldu zannediyorum. Kendisi dili özleştirmede işi esperantoya, yapay bir dile vardırarak derecede, aşırıya geçirdi. Bu ölçüde olmamakla birlikte, Sayın *Çetin Aşçıoğlu*'nun bu konudaki düşüncelerine katıldığımı hemen ifade edeyim. Kendi dil kullanımına gelince, kuşkusuz okunan metinler, kişinin dil tercihini farkında olmadan yönlendiriyor, değiştiriyor. Bu konuda çok özen göstermeme rağmen arı bir dil kullanmakta başarılı olduğum söylenemez. Bu konudaki eleştirilere katılıyorum ve bu kişisel zaafım ve başarısızlığım için hoşgörüyü diliyorum.

Sayın *Ahmet Battal*, içtihat ve fetva ayırımı yaptığımı söylediler. Böyle bir ayırma değindiğimi anımsamıyorum veya heyecandan ne dediğimi hatırlamıyorum. Böyle bir konudan söz etmedim. İchtihat ve fetva gibi bir ayırım koyma düşüncem de yoktur.

Sayın *Çetin Aşçıoğlu*, yargı kararında gerekçe kavramı üzerinde haklı olarak durdular ve bu konu üzerinde ne kadar dursalar haklıydılar. Çünkü gerekçesizlik, bizim hukuk sistemimizin büyük bir yarasıdır. İdarî organlar, yargı kararlarını gerekçesizlik nedeniyle uygulayamaz duruma gelmiştir ve çok saygı duyduğumuz yargı organları gerekçesizlik yüzünden, dilim varmıyor, ama saygınlığımı yitirecek duruma gelmiştir. *Aşçıoğlu*'nun önceki sempozyumlarda gerekçe konusunda verdiği tebliği defaatle okuduğumu ve çok istifade ettiğimi ve bu konuda belirttiği değerli görüşlerine katıldığımı belirtiyorum.

Yine *Aşçıoğlu*, içtihatın dönme konusunda çok önemli bir noktaya değindiler. Tebliğ metni çok uzun olduğu için sadece özetlemekle, yetindim. Bu nedenle yeterince vurgulayamamış olabilirim. Gerçekten de yargısal içtihatlardan yararlanma biçimi, yani atıf ve alıntı usulünün hukuk uygulamamıza yerleşmesi gerekmektedir. Bilhassa içtihatın dönme gibi, içtihadın iptali sonucunu doğuran hususlarda, atıf yönteminin kullanılmasında, hangi içtihatın hangi gerekçeyle dönüldüğünü anlamamız bakımından fayda vardır. Bu yöndeki düşüncelere katıldığımı ifade ediyorum.

Sayın *Aşçıoğlu*, içtihatların sıkı sıkıya bağlılığın kötü olduğundan söz ettiler. Bunun yine içtihatlardan yararlanma yönteminin kavranılmaması ve bilimsel olarak incelenmemesinden kaynaklandığını düşünüyorum. Bu sorun, bilhassa Amerikan hukukunda gündeme gelmişti. İchtihatların sıkı sıkıya bağlılık hukuku

otomatikleştiriyor; hâkimler hukuku bir değerlendirme yapmadan otomatik olarak uyguluyor. Böyle bir sorun, kuşkusuz içtihat hukukuna dayalı olan Amerikan hukukunda bizde olduğundan daha büyük tehlike yaratır. Çünkü biz kontinental sisteme tabiyiz. Ancak Amerika'da realistlerin çabaları ve yöntem üzerinde çalışmalar sonucunda bu sorun aşılmıştır. Amerika'luların Grand Styl, muhteşem üslup olarak nitelendirdikleri, hem hukukta kararlılığı hem de değişimi aynı anda gözetip ve dikkate alan bir değerlendirmeyle içtihatlardan yararalanmak gerekir.

Bu bağlamda, sayın *Karayalçın* hocam, "İçtihat içtihatla nakzedilmez" ilkesiyle ilgili olarak söylediklerimi eleştirdiler ve bunun içtihat kapısını kapatacağını ifade ettiler. İçtihatın dönme ve içtihadın somut olaydan tefriki konusunda bir ayırım koymuştum. Sanıyorum, yeteri kadar anlatamadım. İçtihatların, sosyal ekonomik ve ahlâkî değer yargılarındaki değişime bağlı olarak değişimini Yargıtay içtihadından dönme veya Yargıtay içtihadının iptali olarak algılamıyorum. Önceki içtihatla sonraki içtihadın farklı farklı içtihatlar olduğunu düşünüyorum. Değişim nedeniyle farklı içtihadın tesis edilmiş olmasını, önceki içtihatın dönme veya önceki içtihadın iptali kapsamında olmadığını; bunun, somut olayda önceki içtihatla değişim nedeniyle bulunmayan bir illetin ortaya çıkması nedeniyle, içtihadın somut olaydan tefrik edilerek yeni bir içtihat tesisi olduğu kanısındayım. Bu ayırımı kavramanın önemi çok büyüktür. Çünkü, statik bir değerlendirme, hukuku donduracaktır. Zaten İslâm hukuku hicrî 4. yüzyılda içtihat kapısını kapatmakla, hukuk tarihinin konusu olmuştur. Artık, bugün tekrar gündeme getirme şansı da yoktur. Birinci İslâm Hukuku Kongresi, İkinci İslâm Hukuku Kongrelerinde alınan kararlarla İslam hukukunu ihya etme çabaları var, fakat içtihat hukukunda bin yıllık bir arayış kapama olanağı yok, bu tamamen anakronik, sonuç alınamayacak bir çabadır. İçtihat kapısını kapamak çok büyük tehlike arzeder, hukuku dondurur, kesinlikle böyle bir düşüncemin olmadığını belirtirim. Sanıyorum, ortaya koyduğum kavramların yeni olması, konunun ilk defa bu tebliğde ele alınmış olması nedeniyle konuyu yeterince anlatamadım. Değişim, bir içtihadın iptalini gerektirmez, ancak bir içtihadın somut olaydan tefriki gerektirir. Bu ikisi, sonuçları itibarıyla çok farklıdır. Bir içtihadın değerlendirilmesinde, önce değişim olgusu dikkate alınmadan eşzamanlı bir inceleme yapılmalı, hemen ardından sosyal, ahlâkî, ekonomik değişim, bilhassa ekonomik değişim dikkate alınmalıdır. Tefrik ve iptal ayırımını daha iyi ortaya koyabilmek için, geçen sempozyum yapancı para borçlarıyla ilgili olarak bir akademisyen arkadaşımızın verdiği tebliğdeki örneği arzedeğim. O tebliğde tebliğçi arkadaşımız, yabancı para borçlarının Türk parasına çevrilerek tahsili davasında adı geçen sözleşmedeki faiz şartının BK'nun 19. maddesine aykırı olup olmadığına ilişkin 19. Hukuk Dairesinin kararları arasında uyumsuzluk olduğunu; bir kararda % 70, diğer kararda % 300, başka bir kararda ise % 500 gibi faiz oranlarının BK 19 maddesine aykırı olmadığını hükme bağlandığını ifade etmişti. Sayın Daire Başkanı ise kürsüye gelerek, bu içtihatlar arasında uyumsuzluk olmadığını, bunların farklı farklı olaylar olduğunu, sözleşmelerde aynı oranlar yer alsın bile, farklı konjonktürde farklı kararların verilebileceğini söylemişti. Evet, bizce de, bu içtihatlar arasında bir uyumsuzluk yoktur. Belli bir ekonomik konjonktürde faizler % 70, diğer bir

konjonktürde % 1500 ise, gerçekten de bu iki durumda konulan içtihatlar farklı farklıdır. Bir somut olayda, bu içtihatlardan hangisinin illetleri gerçekleşirse, o içtihat emsal olarak uygulanır. Bu tefrik ve iptal meselesinin çok dikkatli ele alınması, tefrik edilebilecek bir içtihadın iptal edilmemesi gerektiğini düşünüyorum.

"İçtihat içtihatla nakzedilmez" kuralını, bu anlamda söyledim. Yani tefrik edilmiş iki içtihat birbirini nakzetmez, bu iki içtihat arasında uyumsuzluk çıkmaz. Kuşkusuz, hocam *Karayalçın*'ın içtihat kapısının kapatılmasının sonuçları konusundaki söylediklerine aynen katılıyorum. Sayın *Karayalçın* hocam, hukuk boşluğu ve mevcut bir hukuk kuralının uygulanması ayırımını dile getirerek; *contra legem*, kanuna karşı yorum mevzuuna değindiler. Bu minvalde, Sayın *Şükrü Yıldız*, arkadaşımızın bu konuyla ilgili olarak tebliğimizin dokuzuncu sayfasında yer alan bir ibareyle ilgili eleştirisi vardı. İki konunun ilişkisi nedeniyle, her iki eleştiriye aynı anda yanıt vereyim. Tebliğin dokuzuncu sayfasında diyorum ki: "Hangi hukuk kaynağında belirtilirse belirtilsin, bir norm yargı kararıyla tanınmadığı müddetçe efektif olamaz". Bu söylediğim bir hukuk kuralı değil. Hukukun doğasında bilkiuvve mevcut olan bir şey. Varsayalım ki, bir " Fahrettin Kayhan'ın, Ahmet bilmem kime 10 milyon lira borcu olduğuna dair Kanun-u mahsus" çıkarttınız. Fahrettin Kayhan, bu kanundan doğan bu borcunu ödemedi, ödemiyor ... Hayek'in İş Bankası yayınlardan çıkan " Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük" adlı eserinden aldığım bir örneği naklediyorum. Şimdi, bir yargıç devreye girip, "evet bu kanun gereğince Fahrettin Kayhan'ın bu şahsa ödemediği 10 milyon lira borcu vardır ve bunu ödemelidir" demediği müddetçe; bu kanunda düzenlenen normun reel olarak, fiilî olarak ne anlamı olabilir? Bu konudaki sözleri, tebliğde içtihatların fiilî üstünlüğünü belirtmek için kullandım. Nitekim, bu fiilî durumun yarattığı önlenemez sonuç ise, *contra legem*, kanuna karşı yorumun gündeme gelmesidir. Bu husustaki en tipik örnek ise, hocam *Karayalçın*'ın belirttiği gibi muris muvazaası meselesidir.

Sayın *Arif Kocaman*'ın eleştirisine yanıt vermek istiyorum. Kontinental hukukun tarihine kısaca değindiler ve bizim 1926 yılında kontinental hukuk yönünde tercih yaptığımızı söylediler ve benim düşüncelerimin bu tarihsel gelişime ters düştüğü yönünde yorum yaptılar. Şimde, tekrar edeyim, tebliğim tamamını burada arz etme imkânı bulamadım, 60-70 sayfanın tamamını anlatmam mümkün olmadı. Kuşkusuz ki, kontinental sisteme mensup bir ülkemiz; fakat örneğin içtihadı birleştirme müessesesinin hangi kontinental ülkede olduğunu öğrenmek isterim. Bizdeki olduğu biçimiyle bir içtihadı birleştirme müessesesi, bildiğim, okuduğum kadarıyla- çünkü Almanca ve Fransızca bilmediğimden ancak çevrilmiş eserlerden izleyebiliyorum- hiçbir kontinental sisteme tabi ülkede yoktur. Bu kurumun varlığı, kontinental sistemden sapmadan başka bir şey değildir, diye düşünüyorum. Bunlar, olan durumu ifade etmek için kullandığım sözlerdir. Teşekkür ediyorum.

Işıl ULAŞ (Başkan)

Değerli konuklar, gerek tebliğ sahibinin açıklamalarından, gerekse söz alan konuşmacıların açıklamalarından hâkimin her olayda hukuk yaratması konusunda bir eğilim olduğunu tesbit etmiş bulunuyoruz. ilke olarak buna katılmamak mümkün

değil. Ama tüm yurttta yargısal uygulama birliğini sağlamak açısından içtihatların da bir kenara atılmasının mümkün olmadığını hepimiz biliyoruz. Esasen Medenî Kanununun giriş hükümlerinde de bu açıkça yer almıştır. Hakimin kararlarında ilmî ve kazaî içtihatlarından yararlanması son derece gerekli ve faydalıdır. Ama ortada bir gerçek var. Türk yargı hukuku sistemine göre, yargı birliğini sağlama görevi Yargıtaya verilmiştir. Fakat bugünkü yoğun iş yükü altında kimi dairelerde haftada üçyüz, kimi dairelerde beşyüz, altıyüz dosyayı karara bağlamak zorunda kalan Yargıtayın açıklanan bu tebliğ anlamında, her kararı bir içtihat şeklinde oluşturmasının mümkün olmadığını da herkesin kabul etmesi gereken bir gerçektir. Bu sorunun çözülebilmesi için yani içtihatların şu tebliğde açıklanan şekliyle oluşabilmesi için Türkiye'de mutlaka yargı reformuna gidilmesi gerekli ve zorunludur. Bunu her yıl adlî yıl açılışında Yargıtay Başkanları ve Barolar Birliği Başkanları açıklarlar ve söylenenler orada kalır. Bunu ben bir kere de belki faydası olur düşüncesiyle sempozyum tutanaklarına geçmesi için tekrar etmek ihtiyacını hissettim. Efendim, bu değerli tebliği sunan sayın *Kayhan* beye, konuşmalarıyla katkı sağlayan katılımcılara teşekkür ediyor ve bu tebliği burada bitiriyoruz.

**İTİRAZ EDİLMEMESİ HALİNDE DOĞURDUĞU
SONUÇLAR YÖNÜNDE FATURA
VE
İÇERİĞİ**

Bildiriyi Veren:

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BATTAL

Toplantı Başkanı: Y. Mete GÜNEL

14 Mayıs 1999 Saat 10.30