



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 15.09.2023
Revizyon Talebi: 18.09.2023
Son Revizyon Tarihi: 25.09.2023
Kabul: 24.11.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İdari Yargıda Emsal Karar-Müstakar Karar ve İçtihat Kavramları Hakkında Bazı Mülâhazalar

Necip Taha Gür*

Öz

Bu çalışmada mahkeme kararları, yargılama hukuku açısından tasnif edilerek, bir mahkeme kararının başka mahkeme kararlarına etkisi bağlamında ele alınmıştır. Her mahkeme kararının içtihat özelliği göstermediği ortaya konulduktan sonra, emsal olaylarda benzer karar verilmesinin sağlanması için dikkate alınan ve dolayısıyla bağlayıcı olmayan mahkeme kararları değerlendirilmiştir. Bu minvalde emsal içtihadın hukuki istikrar gereği ikna edici kuvveti ortaya konulmuştur. Emsal olaylara benzer kararlar verilmesi yani bir içtihadın emsal alınmasının hukuk kaynağı olarak değeri Kıta Avrupası Hukuku ve Ortak Hukuk farklılıklarına işaret edilerek açıklanmıştır. İlke barındırmasının yanı sıra istikrar kazanmış bir içtihadın başka kararlara emsal alınması yani müstakar içtihat kavramı, bir Kıta Avrupası yargılama hukuku teorisi olan *jurisprudence constante* (müstakar içtihat) çerçevesinde ele alınmıştır. Ortak hukuktaki *stare decisis* (emsal karar) doktrininin Kıta Avrupası Hukuku'ndaki karşılığı olarak kabul edilen *jurisprudence constante* (müstakar karar) doktrini, hem bir müessese hem de Danıştay kararlarında görülen müstakar içtihat kavramı çerçevesinde incelenmiştir. Müstakar içtihadın nasıl oluştuğu ve bu içtihadın hakim kararları üzerinde nasıl bir etkide bulunabileceği irdelenmiştir. Yine idari yargıda mahkemenin müstakar içtihattan sapsması sürpriz karar yasağı bağlamında ele alınmıştır. Re'sen araştırma ilkesi ile sürpriz karar yasağının bağdaşabilirliği, muhakeme hukukunun bir dalı olarak idari yargılama hukuku çerçevesinde tartışılmıştır. Türk yargılama hukukuna özgü bir müessese olan içtihadı birleştirmenin, müstakar içtihatla olan bağlantısı yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir. Böylece mahkeme kararı, içtihat, emsal içtihat, müstakar içtihat ve içtihadı birleştirme kararlarının, muhakeme hukuku bakımından görünümünde, ilke barındıran, dikkate alınan, istikrar kazanmış ve bağlayıcı mahkeme kararı biçiminde başlıklandırmaya gidilerek bu kararlar arasındaki farklılık ve benzerlikler irdelenmiş, aralarında irtibat kurulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Mahkeme Kararı, İçtihat, Emsal Karar, Müstakar Karar, Emsal Karar Doktrini, Müstakar Karar Doktrini

Some Considerations on The Concepts of Precedent, Constant Jurisprudence and Jurisprudence in Administrative Jurisdiction

Abstract

In this study, court decisions are classified in terms of procedural law and examined in the context of the effect of a court decision on other court decisions. After revealing that not all court decisions have the characteristics of jurisprudence, the court decisions that are taken into consideration in order to ensure similar decisions in precedent cases and therefore non-binding court decisions are evaluated. In this respect, the persuasive power of precedent case law as a requirement of legal stability has been revealed. The value of precedent as a source of law is explained by pointing out the differences between Continental European Law and Common Law. The concept of precedent, i.e., the precedent of a case law that has stabilised as well as containing a principle, is discussed within the framework of *jurisprudence constante*, which is a theory of Continental European jurisprudence. The doctrine of *jurisprudence constante*, which is accepted as the

* Sorumlu Yazar: Necip Taha Gür (Dr. Öğr. Üyesi), Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: necip.gur@yalova.edu.tr ORCID: 0000-0001-6813-6180

Atıf: Gür NT, "İdari Yargıda Emsal Karar-Müstakar Karar Ve İçtihat Kavramları Hakkında Bazı Mülâhazalar" (2024). *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1317. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0011>



Continental European equivalent of the doctrine of stare decisis (precedent decision) in common law, has been examined within the framework of both an institution and the concept of peremptory precedent as seen in the decisions of the Council of State. Again, the deviation of the court from the case law in administrative jurisdiction is analysed in the context of the prohibition of surprise decisions. The connection of the unification of jurisprudence, which is an institution specific to Turkish procedural law, with the case law is evaluated considering judicial decisions.

Keywords

Judicial Decision, Jurisprudence, Precedent, Constant Jurisprudence, Doctrine of Stare Decisis, Doctrine of Jurisprudence Constante

Extended Summary

In this study, court decisions are classified in terms of procedural law and examined in the context of the effect of a court decision on other court decisions. The court decision, as a textual product given by the judge according to law, equity and conscientious conviction, is analysed in terms of containing principles. In a court decision, if the abstract norm is clear and the judge applied it to the concrete case by the deductive method, he/she did not engage in a unique mental action. Such decisions are case decisions or application decisions. In this respect, after it has been demonstrated that not all court decisions have the characteristics of jurisprudence, the court decisions that are taken into consideration in order to ensure similar decisions in precedent cases and therefore are not binding have been evaluated. In this respect, the persuasive power of precedent case law as a requirement of legal stability has been revealed. The value of precedent as a source of law, i.e., the value of a jurisprudence as a source of law, is explained by pointing out the differences between Continental European Law and Common Law. At this point, it has been determined that whether a court decision is bound by other court decisions or not stems from the relationship between the legislature and the judiciary, in other words, from the view of the law and the judge. On the other hand, in addition to the fact that a court decision contains a principle, the notion of a jurisprudence, i.e., the concept of constant jurisprudence, is discussed within the framework of jurisprudence constant (constant jurisprudence), which is a Continental European jurisdictional law theory. While the concept of constant jurisprudence is seen in the decisions of the Council of State as the precedent that courts and even administrations take care to comply with, it has been revealed that this may actually correspond to an institution from French law. In this respect, the doctrine of jurisprudence constant, which is accepted as the Continental European equivalent of the doctrine of stare decisis (precedent decision) in common law, has been analysed within the framework of both an institution and the concept of the case law seen in the decisions of the Council of State. It is analysed how a constant jurisprudence is formed and how this jurisprudence may impact the judge's decision. There is a need for a certain time for the formation of a constant jurisprudence. Case law applied for a certain time will also prove its durability.

The fact that the court-issuing the decision is a higher-ranking court and that the decision is unanimous is important for it to be rendered unanimous. In the decisions of the Council of State, the broad interpretation of the interest of the inhabitants of the town in filing a lawsuit regarding zoning applications, environment, historical and cultural assets, the liability of the administration for acts of terrorism should first be based on fault liability and then, if there are conditions, on strict liability, and in the absence of these cases of liability, an investigation should be conducted according to Law No. 5233. It is argued that the criticism and contributions to be made by the doctrine in the decision review journals will be useful for the follow-up of the constant jurisprudence and criticism of the jurisprudence before it becomes constant. Within the scope of the study, the deviation of the court from the constant jurisprudence in administrative jurisdiction is also discussed in the context of the prohibition of surprise decisions. In one of the decisions of the Council of State, the prohibition of a surprise decision is addressed in the context of the right to be heard, but a surprise decision is a concept that can have a broader meaning. In this respect, making a decision different from the case law without a justifiable reason may violate the prohibition of a surprise decision. The compatibility of the principle of ex officio investigation and the prohibition of surprise decisions has been discussed within the framework of administrative jurisdiction law as a branch of procedural law. It is expected that the judge, who will decide differently from the established jurisprudence, will give the parties the opportunity to present their final statements before rendering his/her decision. The study also evaluates the connection of the unification of case law, which is an institution specific to Turkish procedural law, with the case law considering judicial decisions. As seen in the decisions of the Council of State, if a case law has become a case law, it should not be subject to a unification of the case law decision. In essence, the Council of State wants to prevent the case law from being frozen. This approach of the Council of State also reveals that although the case law is not as binding as the case-law consolidation decisions, it is a case law that is taken care to be followed and has a strong power to convince other courts/judges. Consant jurisprudence is thus explained as a product of the effort to ensure the integrity of case law rather than unifying it.

I. İlke Barındıran Mahkeme Kararı: İçtihat

A. Her Mahkeme Kararı İçtihat Mıdır?

Mahkeme kararı, “yargı organının, önüne gelen bir uyuşmazlığı kesin olarak çözmek amacıyla, uyuşmazlığa ilişkin kişiler ve olaylar ile somut hukuki durumlara ilişkin araştırma, gözlem ve hukukun ne dediğini belirlemek faaliyetinin sonucu olarak, hâkimin vicdani kanaati ile vardığı sonucu, yazılı hüküm olarak tespit ettiği kararlar¹” şeklinde tanımlanmaktadır². Mahkeme kararının yukarıda geçen tanımındaki vicdani kanaatin temeli, Anayasa’nın 138. maddesindedir. Anayasa’nın 138. maddesine göre “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”.

Danıştay’a göre; “(İ)dari yargıda mahkemelerce verilecek kararlarda bulunacak hususlar 2577 sayılı Kanunla belirlenmiş olup Türk Milleti adına İdare Mahkemesi tarafından verilen kararların yukarıda belirtilen mevzuatta öngörülen şekle ve usule uygun olarak, söz konusu unsurları barındıran biçimde ve dosyadaki belgelerin ilgili mevzuata göre hukuki irdelemesi yapılmak suretiyle oluşturulması, yargıç tarafından İdari Yargılama Hukuku usul, esas ve ilkeleri, mevzuat ve **yargısal içtihatlar ve hukukun genel esasları dikkate alınarak ulaşılan sonuca** ve vicdani kanaate göre hüküm kurulması gerekir³”.

Mahkeme kararlarının Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaate göre verilmesi, oluşum aşaması bakımından kişisel bir çabayla vücut bulduğunu göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) bir kararında bu hususa detaylı şekilde yer vermiştir. Şöyle ki bu durum, “Bir kanun hükmü ne kadar açık bir şekilde kaleme alınmış olursa olsun, yargısal yorum kaçınılmaz bir unsurdur Hangi hukukun hangi koşullarda uygulanacağını belirlenmesi, hukuka yönelik bu bireyselleştirilmiş yaklaşımın bir parçasıdır. Bu, her biri kendi yetki alanına sahip iki mahkemenin, farklı davaları inceleyerek, benzer olgusal koşulların ortaya çıkardığı aynı hukuki meseleye ilişkin farklı ancak yine de mantıklı ve gerekçeli sonuçlara varabileceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle mahkemeler arasında ortaya çıkabilecek yaklaşım farklılıklarının, yasal hükümleri yorumlama ve bunları kapsamaları amaçlanan maddi durumlara uyarlama sürecinin kaçınılmaz bir sonucu olduğu kabul edilmelidir⁴” şeklinde ifade edilmiştir. Tüm bu yaklaşımlar göstermektedir ki mahkeme kararlarında hakimın kişisel bir yaklaşımı söz konusudur ancak bu mahkeme kararlarının hukukun genel esasları gözardı edilerek oluşabilecek

¹ Şekli olarak bir mahkeme kararının nasıl olması gerektiği idari yargı anlamında İdari Yargılama Usulü Kanunu 22 ila 25. maddelerinde gösterilmiştir. Ayrıca Danıştay Başkanlar Kurulunun 13/04/2018 tarihli toplantısında kabul edilen “Karar Yazım Rehberi” Danıştay dava daire ve kurulları tarafından 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren uygulanmaktadır. Karar yazım rehberi için bkz <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/karar-yazim-rehberi.pdf> Erişim Tarihi 18.9.2023

² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (14. Baskı Savaş Yayınevi 2021) 59

³ Danıştay 6 D, 2008/13112, 12.10.2010.

⁴ AİHM, Nejdet Şahin ve Perihan Şahin v Türkiye, para 85-86.

bir metin olmadığını göstermektedir. Mahkeme kararı bir üst kavramdır ancak kararın içeriğine bakıldığında görülebilecek başka bir kavram vardır ki o da içtihat kavramıdır.

Mahkeme kararı ile içtihadı⁵ karşılaştırdığımızda gündelik dildeki kullanım ile teorik açıklamanın farklılık gösterdiğini belirtmek gerekir. Mahkeme kararında esas itibarıyla soyut hukuk kuralının somut olaya uygulanması çabasına girilmektedir. Dolayısıyla mahkeme kararı, hukuk kuralının somutlaştırılmasıdır⁶. İchtihat da bir mahkeme kararıdır ancak her kararda içtihat bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahkeme kararı içtihatın daha geniş bir kavramıdır⁷. Bu bakımdan mahkemece verilmiş her karara içtihat dememiz mümkün değildir. Zira somut olay karşısında hakimin vicdani kanaatine göre vereceği kararda norm ve hakim karşılaşması her zaman içtihat oluşumu sonucunu doğurmayabilir⁸. Hakim, önüne gelen her davada hüküm verme işlevini yerine getirdiği halde bazı davalarda, içtihat üretme işlevi görür. Sadece hüküm verme işlevini yansıtan uygulama kararlarıyla⁹ içtihat üretme işlevini de içeren ilkesel kararları ayırt etmek kolay değildir¹⁰. Çünkü birçok durumda içtihat özelliği gösteren mahkeme kararı, uygulama kararında gizlenmiş halde olabilir¹¹. Bu bakımdan mahkeme kararı ile içtihat ayrımı teorik olarak yapılabilirse de uygulamada iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır.

Gözler, idare hukukunun bilgi kaynaklarından bahsederken içtihat yani mahkeme kararı¹² diyerek, içtihat ile mahkeme kararını eş anlamda kullanmıştır. Esas itibarıyla bir ilke koyduktan sonra ona uyulabilecek bir prensip geliştiren mahkeme kararına içtihat denir¹³. Dolayısıyla mahkemeler tarafından verilen her kararın değil; sadece kanunun ve diğer mevzuat hükümlerinin yorumlanması ve hüküm bulunmaması halinde boşluk doldurmak suretiyle hukuk yaratılmasıyla elde edilen ve ilkeler içeren hükümlerin (*ilke kararları*) içtihat niteliği bulunmaktadır¹⁴. Başka bir ifadeyle, belli somut bir hukuki sorun hakkındaki mahkeme kararında, uyumsuzluğun çözümü için mahkemece benimsenmiş hukuki ilke, esas veya prensibi içtihat olarak nitelendirmek

⁵ Mahkeme kararının karşılığı olarak İngilizcede judicial decision veya judgement sözcükleri kullanılmaktadır. Buna karşılık ilke barındıran mahkeme kararı jurisprudence olarak ifade edilmektedir.

⁶ Nurbanu Erzurumlu Işık, 'Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medeni Usul Hukukunun İnşası', AYBÜ Kamu Hukuku Doktora Tezi (2020) 9.

⁷ Ali Cavit Zeybek, 'Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri', (1988) (68-69) Danıştay Dergisi, 46, 73.

⁸ Halim Alperen Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihatı Karakteri*, (On İki Levha 2020) 8-9.

⁹ Bu biçimdekiler "olay kararları" olarak da ifade edilmektedir. Bkz Nurbanu, s. 134. Hukuki bakımdan mahkeme kararının içtihat olduğunu ifade eden Özdemir, bir ilkenin sadece o olaya özgü uygulanıp başka olaylarda o ilkenin benimsenmesi durumunda "münferit içtihat" tan bahsedilebileceğini iddia etmektedir. Bkz Selman Özdemir, 'İdari İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdari Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme', (2021) 29 (2) SÜHFD 1383, 1390.

¹⁰ Çıtak (n 9) 154-155.

¹¹ ibid 219.

¹² Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C 1 (Ekin Yayınevi 2019) 3.

¹³ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (9. Baskı Seçkin Yayınevi 2021) 98.

¹⁴ Işık (n 7) 134.

gerekir¹⁵. Dolayısıyla ilgili mahkeme kararı, mevzuatı aşır, benzer olaylara uygulanabilecek yeni bir hukuk kaynağı özelliğine eriştiğinde, ondan içtihat olarak bahsetmek uygun olur.

Bir mahkeme kararının içtihat özelliği göstermeyebileceği örnek bir karar üzerinden görülebilir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin kararında¹⁶, “haftalık çalışma planının hazırlayan davacının onaylanması için (2012 yılından itibaren defalarca) davalı idareye başvurmasına rağmen haftalık çalışma planının onaylanmadığı göz önüne alındığında afiş ve duyuruları usulüne uygun şekilde asmamak fiilinin davacıdan kaynaklanmadığı, davalı idarece onaylanmayan haftalık çalışma planının asılamayacağı anlaşıldığından davacının 5(beş) ihtar puanı cezası ile tecziyesine ilişkin dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline” karar verilmiştir. Kararda daha sonraki benzer uyuşmazlıklar bakımından ilke barındıran bir hükme yer verilmeyip sadece soyut mevzuat hükmünün somut olaya uygulanması durumu söz konusudur.

B. İctihadın Oluşumu

Sözlükte “çaba göstermek, bütün gücünü kullanmak, ısrarlı olmak, zahmet çekmek” anlamındaki cehd kökünden türeyen icthâd “bir konuda elden gelen çabayı sarfetmek, bir şeyi elde edebilmek için olanca gücü harcamak” demektir¹⁷. Hukuki anlam bakımından içtihat mahkemeden sadır olan bir metindir ve dolayısıyla hakimnin zihni bir ürünüdür.

Bir mahkeme kararında yer alan hukuk ilkesinin içtihat niteliği taşıması için, birden fazla kararda benimsenmesi, öğretici tarafından doğrulanması veya yargısal teamül haline gelmesi şart değildir¹⁸. Bir yargısal içtihadın ortaya çıkması için tek bir yargı kararı esasında yeterlidir¹⁹. Ancak farklı bir görüş, içtihattan bahsedebilmek için onun süreklilik kazanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe sahip Karahanoğulları'na göre, “*Danıştay'ın her kararı bir içtihat oluşturmaz. “Müstakar içtihat” söyleşi de anlamsızdır. Karar bulmadıkça, bir yerde sabit ve sakin olmadıkça, kararların içtihat olması zaten mümkün değildir*”²⁰. Benzer düşünceden hareketle Yeşilyurt da “*ilke, kavram ve kategoriler bir dizgeye oturtulabildiği ölçüde, yargı uygulaması içtihadı yakınlaştırır. Türdeş kararların aralıksız sistemleştirilmesiyle içtihadı erişilebilir. Sistemleştirilen yargı kararları ilkelerle birbirine bağlanır ve bir*

¹⁵ Fahrettin Kayhan, ‘Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü’, (1999) (2) TBB 341, 343-344.

¹⁶ İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 2015/920, 31.3.2016, <https://www.ahef.org.tr/upload/files/14980349-3adb-43ba-855f-232e03dac87d.pdf>, Erişim Tarihi 2.9.23.

¹⁷ Diyanet İslam Ansiklopedisi, ‘İctihad’.

¹⁸ Kayhan (n 16) 345.

¹⁹ Çıtak (n 9) 156.

²⁰ Onur Karahanoğulları, ‘Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İctihat Değerlendirmesi), <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>, Erişim Tarihi 30.5.23.

iskelet halinde içtihadı oluşturur"²¹. Kanımızca bir yargısal kararın içtihat özelliği göstermesi yerleşik olmasından farklı bir durumdur. Sistemleşip yerleşik hale gelen yargı kararı²² zaten bünyesinde ilkeyi de barındıracağından içtihat olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak bu durum mahkemelerin kararını verirken dikkate alacağı bir tutunma noktasıdır. Hakim kararını yazarken bir sonraki mahkeme kararlarını etkileyeceği düşüncesiyle hareket etmediğinden, kararını verdiği anda bir içtihat oluşturmuş olabilir.

Diğer taraftan kararı veren mahkemenin derecesi, mahkeme kararının içtihat sayılmasında kural olarak önemli bir unsur değildir. Ancak bu durum içtihadın bağlayıcılık kudretinin belirlenmesinde dikkate alınabilir²³. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinden sadır olan bir mahkeme kararı içtihat özelliğini gösterebilir fakat bu kararın diğer mahkemelerce dikkate alınması noktasında yüksek yargı yerlerinin kararları kadar etkisi olduğunu söylemek güçtür²⁴.

İçtihat kural koyma ya da bir yorumdur. Örneğin 1961 Anayasa'sından önce idarenin sorumluluğuna ilişkin Anayasa'da bir madde bulunmazken, idarenin eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğu kanun boşluğunu doldurma ve kanun niteliğinde bir kural koymadır. 1961 Anayasası'ndan sonra ise idarenin sorumluluğunun kanuni bir dayanağı olması sebebiyle yargısal içtihat kural koyma değil artık bir yorumdur²⁵. Buradan hareketle sosyal risk ilkesinin terörden kaynaklanan zararların tazmininde kabul edilmesi yorum yoluyla içtihat oluşturma faaliyeti kabul edilebilir. Ancak 2004 yılında yürürlüğe giren Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanunla²⁶ birlikte Danıştay, bu kanunun sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hali olduğunu içtihat etmiştir²⁷. Esasında bu durum Kıta Avrupası hukuk sisteminde kanunun önceliği prensibinin de bir gereğidir. Zira 19. Yüzyıl Avrupası'nda, mahkemelerinin rolünün norm üretmek değil, önüne gelen uyumsuzlukları çözmek olduğu ifade ediliyordu. Kuvvetler ayrılığına dayanan bu keskin anlayış, Fransız devriminden önce kral tarafından manipüle edilen mahkemelere duyulan genel bir güvensizlikten kaynaklanmaktaydı. Hukukta kesinlik ve bütünlük idealleri yargıda keyfi kararlara yer bırakmamak iradesi yasama tarafından tesis edilen hükümlerin matematiksel kanonlar (kurallar) olarak formüle edilmesi anlamına geliyordu²⁸. Dolayısıyla anayasada bir hüküm ya da bir alanda kanuni düzenleme söz konusu

²¹ Nazile İrem Yeşilyurt, 'Türkiye'de İdari İşlem Kuramı İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme' AÜSBE Kamu Hukuku Doktora Tezi (2017) 144.

²² Bu konuda bkz III. İSTİKRAR KAZANMIŞ MAHKEME KARARI: MÜSTAKAR İÇTİHAH

²³ Kayhan (n 16) 345.

²⁴ Bu mesele için bkz II. DİKKATE ALINAN MAHKEME KARARI: EMSAL İÇTİHAH

²⁵ Zeybek (n 8) 65-67.

²⁶ RG, 27.7.2004/25535.

²⁷ Örnek olarak bkz Danıştay 15 D, 2012/189, 18.10.2012.

²⁸ Vicy Fon, Francesco Parisi, 'Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis' International Review of Law and Economics, Forthcoming George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-15 Minnesota Legal Studies Research Paper No 07-19 (2004) 4.

ise yorum yoluyla içtihat geliştirilebilir fakat hakim eliyle hukuk yaratmaya girişilemeyecektir. Ancak burada da hakimin mantıki akıl yürütmeye soyut hükmü somut olaya uygulaması, ortaya bir içtihadın çıktığı anlamına gelmeyecektir. İçtihat, normun olduğu ama anlamının belirsiz olduğu durumda yorum yaparak ortaya çıkabildiği gibi normun bulunmadığı bir konuda boşluk doldurmak suretiyle de oluşabilir²⁹. Örneğin idare hukuku alanında belli alanlarda kanunlar bulunmaktadır. Ancak idari işlem, idari sözleşme, düzenleyici işlem, idari sorumluluk, kamu hizmeti, kolluk faaliyeti, kamu malı gibi konularda genel kanun metinleri bulunmamasına rağmen, bu alanlar mahkeme içtihatlarıyla oluşturulmuştur³⁰.

II. Dikkate Alınan Mahkeme Kararı: Emsal İçtihat

Emsal içtihadın, çoğunlukla tarafların farklı olduğu sonraki bir yargılamada çözüme kavuşturulması gereken hukuki mesele ile aynı olması halinde dikkate alınması önem taşımaktadır³¹. Bu bağlamda bir mahkeme kararının benzer olaylarda bağlayıcı olup olmadığı ya da kararını veren hakimi ne yönde etkileyeceği problemi söz konusudur. Bir mahkeme kararı daha sonraki uyuşmazlıklarda dikkate alınıyorsa esasında o mahkeme kararının ilke barındıran bir özelliği olması gerektiği kabulünden hareket edilmelidir.

A. Emsal Olaylara Benzer Kararların Verilmesi Sorunsalı

Emsalin evrensel olduğunu söylemek esasında makul bir düşüncedir. Hakimlerin verdikleri kararlar, gelecekteki benzer senaryolar için bir ‘emsal’ oluşturabilmektedir. Bir anne çocuklarından birinin yemeğini bitirmeden tatlı yemesine izin verirse, kardeşinin de daha sonra benzer bir muamele istemesi muhtemeldir. Böylece soyut anlamda, aslında emsal evrenseldir. Yani minimalist anlamda emsal, zaman ve mekandan bağımsız olarak tüm hukuk geleneklerinde geçerlidir. Ancak belirli bir emsalin neden, ne zaman, nasıl ve ne ölçüde emsal olduğunu bildiren doktrin tarihsel bir düşüncedir ve belirli bir gelenekle bağlantılıdır³². İşte bu konuda emsal karara uymanın zorunlu olduğu Ortak Hukuk ile Kıta Avrupası Hukuku farklılık göstermektedir.

“(İ)hare hukukunun ‘içtihat hukuku’ olduğu yönündeki genel kabul gören iddiayı, Common Law sistemi ile farklılıklarını gösteren birkaç düzeltme ile anlamak gerekir. Gerçek anlamıyla içtihat hukuku, örnek karara (emsale) uymanın hukuken zorunlu

²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Çıtak, İdare Hukukunun İçtihadı Karakteri.

³⁰ Gözler (n 13) 69.

³¹ Işık (n 7) 135.

³² Rodrigo Camarena González, ‘From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism’ (2016) 7 (2) Transnational Legal Theory 257, 267.

olmasıdır”³³. Kıta Avrupası Hukuku anlamında idare hukuku uygulamasının bir içtihat hukuku niteliği kazanmasının imkansız olduğu ifade edilmektedir³⁴. Çünkü emsal yargı kararlarının bağlayıcı olmaması Kıta Avrupası Hukuk sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandırılmakta ve bunun kanunilik ilkesine bağlı olmanın bir sonucu olduğuna işaret edilmektedir. Emsal kararların bağlayıcılığının kabulüyle birlikte mahkeme kararları ile fiilen hukukun şekillenmesine ve böylece giderek hakimlerin kanun koyucu yerine geçmesine sebebiyet verilebilir³⁵ endişesi dolayısıyla mahkeme, yargı yeri tarafından verilen bir önceki kararla değil³⁶ halen ilk kaynaklara yani anayasa ve kanuna dayalı şekilde kararını vermektedir. Bu bakımdan içtihat hukuku olmasının da önü kesilmiş gibi durmaktadır³⁷.

B. Emsal İçtihadın Etkisi

İçtihat idare hukukunda asıl kaynak olabileceği gibi yardımcı kaynak da olabilir. Hakimin önünde yazılı kaynak olmaması durumunda idare hukukunun temel ilke ve kavramlarını kullanırken içtihatlar asli kaynak iken, kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinin varlığı durumunda yardımcı kaynaklardandır³⁸. Dolayısıyla mahkeme kararları, aşağıda ayrıca belirteceğimiz içtihadı birleştirme kararları dışında bağlayıcı değildir. Mahkeme kararının bir başka mahkeme hakimi tarafından bağlayıcı olmadığı ve dolayısıyla benzer konularda farklı kararlar verilebileceği Anayasa’da da zımnen kabul edilmiştir. Anayasa madde 138/1’de hâkimlerin “*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm ver(ecekleri)*” belirtilmiştir. Bu hükmün ışığında her somut olayda adaletin, hâkimin veya mahkeme heyetinin vicdani kanaatine göre, önceki olaya benzerlik gösterse dahi farklı yönde karar verilebilmesi mümkündür³⁹. Anayasa Mahkemesi “*Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumludur*”⁴⁰ şeklindeki belirlemeyle farklı kararlar verilmesinin hukuk sistemi bakımından olumsuz bir hal olmadığını vurgulamıştır. Ancak bu durum yargılama rejimimizde Kıta Avrupası Hukuk sistemi kaynaklı benimsenen tarihi arka plan dolayısıyladır.

İçtihadın bağlayıcılığı noktasında iki ayrı sistemden bahsedilmektedir. Bunlar Ortak hukuk sistemindeki *stare decisis* (emsal karar doktrini) ve Kıta Avrupası

³³ Nazile İrem Yeşilyurt ‘Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri’, (2014) 32 İnsan Hakları Yıllığı 1 3-4.

³⁴ Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, (Turhan Yayıncılık 2022) 133.

³⁵ Işık (n 7) 151.

³⁶ Türk yargı uygulamasına özgü içtihadı birleştirme kararlarının varlığını, gelişimin Türkiye’de farklı yönde olduğuna delil gösterebiliriz. Bu konuda bkz IV. BAĞLAYICI MAHKEME KARARI: İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI.

³⁷ V Fon, F Parisi (n 29) 4.

³⁸ Gözler (n 13) 82.

³⁹ Çınar Can Evren, ‘Bir Örnek Olay Üzerinden Mahkeme Kararlarında İstikrar’, (2019) 2 113 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 113, 122.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi Ercan Din Başvurusu Başvuru No 2014/94, para 59.

Hukuk sisteminde jurisprudence constante (yerleşik içtihat) doktrini⁴¹. Yargı doktrini olan jurisprudence constante, Ortak Hukuk (common law) doktrini olan stare decisis'in Kıta Avrupası Hukuku'ndaki karşılığıdır. Her iki doktrin de 19. Yüzyılda mahkemelerin benzer davalar hakkında karar verirken serbest davranmasını eleştiren hukuki pozitivist hareketten kaynaklanmıştır. Stare decisis tutarlı ve istikrarlı bir yargılama sağlayan doktrin haline geldiyse de jurisprudence constante için bunu söylemek çok da mümkün değildir⁴².

Jurisprudence constante ve stare decisis doktrinlerini karşılaştıracak olursak, Ortak Hukuk versiyonunun Kıta Avrupası Hukuku'ndaki muadiline göre anayasal olarak daha güçlü bir şekilde yerleşmiş olduğuna işaret etmek gerekir. *Stare decisis* sadece hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak görülmez, aynı zamanda önceki örnek davaları (yani emsal kararları) takip edersek istikrar, öngörülebilirlik ve hukuka güven değerlerinin sağlanacağı fikrinden kaynaklanan hukukun üstünlüğü ile neredeyse eş anlamlı olarak algılanmaktadır. Ortak hukuktan farklı olarak, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ise *jurisprudence constante* genellikle hukukun eşitliği ile ilgili maddelerde anayasal olarak yerleştirilmiş gibi anlaşılmaktadır. Diğer taraftan *stare decisis*'in, *jurisprudence constante*'den anayasal olarak daha güçlü bir şekilde yerleşmiş olması, Ortak Hukuk ülkelerindeki insanların hukuk bilincinde hakimlerin, mahkemelerin ve onların içtihatlarının geleneksel ve tarihsel önemini gözönüne aldığımızda şaşırtıcı değildir. Hukuk alanında da küreselleşmeye ve hukuk dünyasında iki büyük hukuk ailesinin yavaş yavaş birleştiğini savunan bazı fikirlere rağmen, iki hukuk ailesinde uygulanan söz konusu iki doktrin arasındaki önemli farklılıklar hala devam ediyor gibi görünmektedir⁴³.

Precedent ve *jurisprudence* kavramlarının Türkçe'de içtihat kavramıyla anlaşılması da meseleyi daha karmaşık hale dönüştürmektedir. İchtihadın ilk anlamı, emsal alınacak ilke barındıran mahkeme kararıdır. Bu ise ortak hukuk sistemindeki precedent kelimesine karşılık gelmektedir. Ortak hukuk sisteminde içtihat hukuku aslında içtihat ile oluşmuş geleneği anlatır ve emsal karara uymanın hukuken zorunlu olmasına dayanmaktadır. Üst mahkemenin verdiği karar, alt mahkeme tarafından değiştirilemeyeceğinden bağlayıcı emsal (*binding precedent*) oluşturur. Diğer yandan mahkemeler, kendilerinin aynı konuda daha önce vermiş oldukları kararları da güçlü ve haklı bir neden olmadıkça terk edemezler (*persuasive precedent*). Dolayısıyla, emsal yargı kararları, hukukun kaynakları arasında yer almaktadır⁴⁴. Buna karşın Kıta Avrupası'nda emsal karar doktrini benimsenmediğinden, kararı veren mahkeme

⁴¹ Yerleşik İchtihat hem bir doktrin hem de istikrar kazanmış mahkeme kararını ifade eden kavramdır. Bu konuda bkz III. İSTİKRAR KAZANMIŞ MAHKEME KARARI: MÜSTAKAR İÇTİHAT A. Anlam ve Oluşumu

⁴² Marko Novak, 'Ensuring Uniform Case Law in Slovenia: Jurisprudence Constante, Stare Decisis, and a Third Approachs' 2018 (XXVII) 1 Studia Iuridica Lublinsia, 131, 131.

⁴³ Novak (n 43) 134.

⁴⁴ Yeşilyurt (n 22) 145.

dahil, hiçbir mahkeme, içtihadi kurala uymak zorunda değildir⁴⁵. Oysaki ortak hukuk sisteminde, içeriğinde ilke barındıran precedent yani ilke kararlarıyla mahkemeler bağlıdır. Bu bakımdan bir mahkeme kararının diğer olaylar bakımından bağlayıcılığı yok ise sistemimizde emsal karara precedent⁴⁶ denmesi isabetli değildir.

Bir olayda şartlar aynı iken daha önce verilmiş karara aykırı yönde karar verilmesi durumunda, hakim tarafından bunun gerekçeleri açıklanmadığı takdirde, ilk etapta hakimin tarafsızlığından şüphelenilebilir. Dolayısıyla emsal kararlara uyma, emniyet ve istikrarı sağlar⁴⁷. Diğer taraftan hukukun yeknesak şekilde uygulanabilmesi için, mahkemelerin aynı olaylara ilişkin vermiş oldukları kararların birbiri ile tutarlı olması beklenen bir durumdur. Benzer durumlarda, aynı mevzuatın uygulandığı uyuşmazlıklarda farklı kararların ortaya çıkması kanun yolları aşamalarında engellenmeye çalışılmaktadır⁴⁸. Bu yönüyle hakimler bakımından daha önce verdiği karara uyma konusunda varsayımsal bir bağlayıcılık olduğu iddia edilebilir⁴⁹. Dolayısıyla emsal karar tutunulan bir kerteriz⁵⁰ noktasıdır. Dengeyi kaybetmemek, tutarlı biçimde ilerlemek için bu nokta önemlidir ancak denizde neyle karşılaşacağını bilemeyen hakim yeni bir içtihat etme faaliyetine girişerek kerteriz noktasından da sapabilir.

III. İstikrar Kazanmış Mahkeme Kararı: Müstakar İçtihat

Kıta Avrupası hukukunda emsal kararların bağlayıcılığı söz konusu olmadığından, içtihat bütünlüğünü sağlayacak kavram ve müesseselere ihtiyaç duyulmuştur. Müstakar içtihat aşağıda incelenecek içtihadi birleştirme kararlarından farklı olarak bağlayıcılığı bulunmayan ama içtihat bütünlüğünü sağlayıcı bir yargı mekanizması olarak ele alınmıştır.

A. Anlamı ve Oluşumu

Bir kararın müstakar içtihat sayılabilmesi için, ilmi yeterlikleri kabul edilmiş doktrinin bu kararları doğru bulmaları veya mahkemelerin öğretinin kanaatlerini yanlış bularak kararlarında sebat etmiş olmaları ve de kararın ilgili yerlerde yayılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre “*Alimler bazen bir içtihadı ilgili muhite*

⁴⁵ Çıtak (n 9) 158.

⁴⁶ Alman yargılamaya usulünde kullanılan präjudiz kavramı, önceki davanın gelecek davalar üzerindeki sonuçlarını anlatmaktadır. Ancak yeterli bir çeviri bulmak da zordur. Kavram precedent ve prejeduce yani emsal ve önyargı kavramının karışımıdır. Bkz Clara Günzl, ‘Case Law in Germany: The Significance of Seuffert’s Archiv’, William Eves, John Hudson, Ingrid Ivarsen, Sarah B. White (ed) *Common Law, Civil Law, and Colonial Law Essays in Comparative Legal History from the Twelfth to the Twentieth Centuries* (2021) 212-213.

⁴⁷ Mustafa Reşit Belgesay, ‘Mahkeme İçtihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İçtihat Kararlarının Derdest Dâvalara Tesiri’ (1960) 10 Adalet Dergisi, 815, 816.

⁴⁸ Özdemir (n 10) 1390.

⁴⁹ Işık (n 7) 139.

⁵⁰ Balıkçıların denizin sığ yerlerini belirtmek için koydukları işaret.

yayınlanmış yazılarında vazıhan doğru bularak müdafaa ederler. Bu halde adli örf birden teessüs eder. Bazen de âlimlerin karara iştirâkı açık olmaz, sadece itiraz eden bulunmaz, avukatlar içtihadı ileri sürerler, mahkemeler fazla düşünmeden ona göre karar verirler. Bu halde bir içtihat zamanla bir çok defa tekrarlanmakla ve içtihatları yayınlayan mecmualarda yazılmakla yavaş yavaş teessüs eder”⁵¹.

Danıştay’ın bir kararına göre “Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol, yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir. Bununla birlikte, yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında olduğu gibi, bazı hallerde içtihadın müstakar hale gelmesinin belirli bir zamana ihtiyaç duyacağı açıktır (*Aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. Zielinski and Pradal and Gonzalez ve Diğerleri/ Fransa [BD], B. No: 24846/94 ... 34173/96, 28/10/1999, § 59; ve Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008*)⁵².

Yine Danıştay’a göre “...yüksek mahkemelerin içtihatları birleştirme kararları yargı organlarını bağladığı gibi, idareyi de bağlayan kararlardır. İdare, benzeri olaylarda bu kararlar yönünde işlem tesisine zorunlu bulunmaktadır. Bunun dışındaki **kesin yargı kararları ise, yalnızca tarafları bağlayan kararlardır. Benzeri olaylarda bu yargı kararları doğrultusunda işlem tesisini zorunlu olmamakla birlikte, bu olaylar hakkındaki yargı kararları yerleşik hale gelmiş ise artık, idareler açısından bu kararlar emsal alınmayı gerektiren kararlardır. İdarenin, benzeri olaylarda yerleşik hale gelmiş yargı kararları doğrultusunda hareket etmesi, hukuka bağlı ve saygılı olmasının bir gereği olduğu gibi, lüzumsuz davaların açılmasını önlemesi bakımından ve dava ekonomisi açısından da uyulması gereken bir kural olmalıdır. Bu nedenle, idari yargı yerince verilen bir kararın, dava konusu işleme benzer ve dava konusu yapılmamış olan işlemler yönünden de emsal alınmasında hukuksal bir engel bulunmadığı sonucuna...”⁵³ varılmıştır.**

Müstakar içtihada, kökleşmiş, istikrar kazanmış içtihat denilmektedir ve müstakar içtihat, uyulmasına özen gösterilen içtihatdır⁵⁴. Belgesay’a göre “münferit içtihatlar formel bir hukuk kaidesi kabul edilemezse de istikrar bulmuş, doktrinle tasvip edilmiş içtihatların formel hukuk kaidesi olması zarureti bulunur”⁵⁵. Medeni yargılama yönüyle değerlendirmede bulunan Erzurumlu’ya göre ise mevzuatta hakimin yararlanacağı içtihatların müstakar olması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen öğretilerdeki hakim görüşün, hakimlerin karar verirken yararlanacakları içtihatların yerleşik olması gerekmektedir⁵⁶. İctihadı münferit içtihat ve müstakar içtihat olarak

⁵¹ Belgesay (n 48) 817.

⁵² Danıştay 13 D, 2016/3988, 9.2.2017

⁵³ Danıştay 1 D, 1997/123, 24.9.1997; Danıştay 1 D, 1996/172, 30.9.1996.

⁵⁴ Zeybek (n 8) 91.

⁵⁵ Belgesay (n 48) 816.

⁵⁶ Işık (n 7) 135.

ele alan görüşe göre, “müstakar içtihat” kavramı, pek çok olayda aynı hukuki ilkenin benimsenmesini, “münferit içtihat” kavramı ise sadece o olaya özgü olarak o ilkenin uygulanmasını, başka olaylarda o ilkenin benimsenmemesini ifade etmektedir⁵⁷.

Oluşan bir içtihat alt sınırdan üst sınıra, hayatın ve çeşitli olayların içinden geçerek kurallaşır. Böylece yargısal içtihat artık yerleşmiş içtihat olarak hukuki hayatta kendini gösterir⁵⁸. Ancak içtihadın yerleşmesi için genellikle en az birkaç davanın geçmesi gerekir. Bu sebeple derhal veya doğrudan etkisi de bulunmamaktadır. Diğer taraftan mahkemelerin gelecekteki durumlar için her zaman tutarlı bir biçimde emsal kararları takip etmemeleri nedeniyle erga omnes etkileri daha zayıftır⁵⁹.

Bir mahkeme kararını emsal içtihat kılan birtakım iç ve dış etkenler söz konusudur⁶⁰. İlk olarak hakimin genel ve soyut kural oluşturma çabası içerisine girmesi yani ortada bir içtihadın olması ve bunun da kararın yazım şekline yansımaları gerekir. Diğer taraftan içtihadın kararlarda kullanılarak benimsenmesi ve böylece dayanıklılığını ispat etmesi de gerekir. Ayrıca hükmü veren mahkemenin derecesi, oluşturduğu içtihadın yerleşmesinde önemlidir. Diğer bir deyişle yüksek dereceli mahkemenin içtihadının yerleşmesi, alt derece mahkemesinin içtihadına göre daha kolaydır. Tüm bunların yanında karara imza atan hakimlerin oybirliğiyle karar almaları da bir etken olarak kabul edilebilir.

Duran’a göre Türk idare hukukunun kaynakları arasında mahkeme içtihatları birinci sırada yer alması gerekirken içtihatların birleştirilmesi usulüne rağmen, bunlarda istikrar ve istimrar sağlanmadığından birçok alanda kanunlar önde gelmektedir⁶¹. Duran böylece kanunilik ilkesinin içtihadı, ikincil bir kaynak konumuna getirdiğine işaret etmektedir. Bu temeli farklı kaynaktan da okuyabilmek mümkündür. Nitekim Montesquieu’ya göre, yasa yapma yetkisi yasama organına aitti ve her hakimin sadece kanun sözcüsü olması gerekiyordu. Montesquieu ünlü eserinde zamanının sorunlarını dile getirmiş, böylece normatif bir bakış açısıyla bir çözüm öngörmüştür. Daha sonra, devrimden önce Fransız kralı tarafından manipüle edilen parlement’lere (o zamanki kraliyet mahkemeleri) duyulan genel güvensizlik nedeniyle, kuvvetler ayrılığına ilişkin katı bir anlayışa sahip olan “yasanın ruhu” devrim boyunca korunmuştur⁶². Böyle bir düşünce üzerinden hareket eden Kıta Avrupası bakışında, içtihatların bağlayıcı olmadığı meselesini de bu yönüyle değerlendirmek gerekir.

Öte yandan, Avrupalı hukukçular yavaş yavaş kodifiye edilmiş hukuktaki kesinlik ve bütünlük ideallerine ilişkin sağlıklı bir şüphecilik geliştirmişlerdir. Devrim öncesi

⁵⁷ Özdemir (n 10) 1390.

⁵⁸ Zeybek (n 8) 86.

⁵⁹ Novak (n 43) 135.

⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Zeybek (n 8) 94-95.

⁶¹ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) 29.

⁶² Novak (n 43) 132.

rejimlerin suiistimallerine ilişkin anılar azalmaya başladıkça, yargının rolüne ilişkin ideolojik kaygılar da yatışmıştır. Kıta Avrupası hukuk sistemleri böylece kendi yargı uygulamalarında, bir dizi benzer davanın bir hukuk kaynağı olarak ikna edici bir güç kazandığını ve gayri resmi bir emsal hukuk sistemine kademeli olarak bağlandığını kabul etmiştir. Bu yargısal uygulama, hukuk sisteminde kodifikasyonların başaramadığı kesinlik, tutarlılık ve istikrarı teşvik etmenin ve aynı zamanda adaleti sağlama maliyetlerini en aza indirmenin bir yolu olarak ortaya çıkmıştır. Bu yasal gelişim yolu, bir mahkemenin geçmiş kararlarının ancak önceki içtihatlarda yeterli yeknesaklık varsa dikkate alması gerektiğine dayanan bir doktrin olan *jurisprudence constante* 'yi doğurmuştur. « Jurisprudence constante », “ständige rechtsprechung”⁶³, “constant jurisprudence” olarak da ifade edilmektedir.

Yeknesak bir içtihat hukuku geliştiğinde, mahkemeler emsal kararları ikna edici bir hukuk kaynağı olarak değerlendirir ve bir karara varırken bunları dikkate alır. Geçmiş içtihatlardaki yeknesaklık düzeyi ne kadar yüksekse, içtihadın ikna edici gücü de o kadar yüksek olur. Dolayısıyla, herhangi bir hukuki meseleye ilişkin kararların bir araya getirilmesinden kaynaklanan önemli bir otorite gücü vardır⁶⁴. Böylece içtihatların etkileri konusunda başka müesseselere ihtiyaç duyulduğundan *jurisprudence constante* ilkesi öne sürülmüş ve buna göre de emsal kararlar tekrarlanıp yerleşik hale gelse dahi mevzuatın önceliği kabul edilmiştir. Bu doktrin, yüksek mahkemelerin tutarlı bir içtihat silsilesini gerektirmektedir, ancak tekrarlandığında bile içtihatların rolü sadece ikna edicidir⁶⁵. Belirli bir içtihadı atıfta bulunma veya açıkça atıfta bulunma şeklinde bir yargı uygulaması yoktur, ancak sürekli bir içtihat silsilesi yargısal karar alma sürecinde ilgili ve genellikle belirleyici bir faktör haline gelir⁶⁶.

Yerleşmiş içtihat, tek biçimliliği, emek tasarrufunu, öngörülebilirliği sağlar ve yargı yerlerinin iş yükünü azaltabilir.⁶⁷ Esasında İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasında bir dönem yayınlanan mahkeme karar kronikleriyle⁶⁸ yapılmak istenen hususun, yerleşik içtihatları değerlendirmeye ve izlemeye almak, böylece yerleşik içtihadın takibini kolaylaştırmak olduğu iddia edilebilir.

Karahanoğulları'na göre; “Danıştay’ın her kararı bir içtihat oluşturmaz. ‘Müstakar içtihat’ söyleşi de anlamsızdır. Karar bulmadıkça, bir yerde sabit ve sakin olmadıkça, kararların içtihat olması zaten mümkün değildir. İchtihat hukukunun geçerli olduğu

⁶³ ibid 132.

⁶⁴ V Fon, F Parisi (n 29) 5.

⁶⁵ González (n 33) 262.

⁶⁶ V Fon, F Parisi (n 29) 5.

⁶⁷ Zeybek (n 8) 95-96.

⁶⁸ Bkz Lütfi Duran, ‘Mahkeme Kararları Kroniği (İdarenin Malî Külfet Yüklenmesi)’, (1964) XXX İÜHFİM, 988-1000; Sait Güran, ‘Mahkeme Kararları Kroniği: İdare Hukuku (Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği meselesi)’ (1964) XXX (3-4) İÜHFİM, 1000-1034; Yıldızhan Yayla ‘Mahkeme Kararları Kroniği: Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi’ (1964) XXX (3-4) İÜHFİM, 1034-1048.

sistemlerde, precedent terimiyle karşılanan içtihat, a legal decision serving as an authoritative rule or pattern in similar cases that follow, yani izleyen benzer olaylarda bağlayıcı kural olarak kullanılacak karar anlamına gelir. Yargıçlar, kararlarını kanunda bir dayanak bulunmayan durumlarda, eski kararlarına dayandırır ve yeni kararlarında bunu açıkça yazarlar. İçtihat hukukunun en önemli özelliği, benzer durumlarda eski kararlarından farklı bir sonuca varmak isteyen yargıçın, bunu kararında sağlam ve açık biçimde gerekçelendirmek zorunda olmasıdır. Hukukun en önemli özelliği iç tutarlılık ve öngörülebilirliktir. İçtihat hukuku da bunun güvencelerinden biri. Bizim idare hukuku uygulamamızın, yazarların “idare hukuku bir içtihat hukukudur” saptamalarına karşın, açıkladığımız anlamıyla bir içtihat hukuku niteliği kazanması imkansız görünmektedir. Özellikle Danıştay kararlarının seçilerek yayınlanıyor olması ve Danıştay’ın bu durumdan güvence olarak kimi kararlarında önemli istisnalar yaratması bu imkansızlığın temel nedenidir⁶⁹. Bu düşüncüyü idare hukukunun bir içtihat hukuku olmadığını ifade ettiğinden kısmen kabul etmek gerekir. Ancak içtihadın mutlaka müstakar olması gerektiğine katılmak mümkün değildir. Zira içtihadın müstakar olması onun ikna gücüyle ilgili bir husustur. Tekrarlanmamış bir yargı kararı ilke barındırarak içtihat niteliği gösterebilir.

Kıta Avrupası hukukunda ortak hukukunun aksine emsal kararların bağlayıcılığının olmadığını ifade etmiştik. Bunun yerine içtihat bütünlüğünü sağlayıcı Fransız hukukunda geçerli olan *jurisprudence constante* ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre emsal kararlar tekrarlanıp yerleşik hale gelse dahi mevzuatın önceliği söz konusudur. Bu doktrin, yüksek mahkemelerin tutarlı bir içtihat silsilesini gerektirmektedir ancak tekrarlandığında bile içtihatların rolü sadece ikna edicidir⁷⁰.

Jurisprudence constante müessesesinin üç temel özelliği vardır. Birincisi, mevzuat merkezliktir. Sadece mevzuatın yargısal içtihattan üstün olduğunu değil, aynı zamanda içtihadın yargılama üzerinde bir ağırlığı varsa bunun sadece mevzuattan kaynaklandığını ima eder. Dolayısıyla mevzuat, içtihadın hangi durumlarda hukuk kaynağı teşkil edeceğini düzenlemektedir. İkinci olarak, içtihadın tekrarlanması, ona bir hukuk kaynağı niteliği kazandırmak için bir gerekliliktir. Son olarak teoriye göre emsal, bağlayıcı olmaktan ziyade ikna edici bir hukuk kaynağı olarak kalır⁷¹.

Kıta Avrupası hukukunda yargısal gerekçelendirmenin bir özelliği metinsel olmasıdır. Metinsel unsurlardan ilki, bu mahkemelerinin bir davanın gerekçelerini belirlemeye yönelik kanonik normlar yayınlama uygulamasıdır. İkincisi ise, salt metin olarak hükümler ile belirli bir dava için metinlerin yorumlanmasının sonucu olarak verilen kararlardır⁷². Başka bir ifadeyle mahkeme kararı metninde ilkeler

⁶⁹ Karahanoğulları (n 21) 3.

⁷⁰ González (n 33) 262.

⁷¹ ibid 263.

⁷² ibid 273.

belirlenebilir ve/veya yorumda bulunabilir. Örneğin tamamen içtihadi temele dayanan idarenin sorumluluğuna dair bir olay mahkeme, hizmet kusurunun şartlarını açıklarken bir kanonik norm yayınlamış olmaktadır. Diğer taraftan tesis edilen idari işlemin mevzuatta öngörülen sebebinin gerçekleşmesi ve bu sebeple de işlemin konu unsuru bakımında sakat olduğunu tespit ederken soyut hükmü somut olaya uygulayıp yorumda bulunmaktadır.

Tüm bu anlatılanlar ışığında ifade etmek gerekir ki, Danıştay kararlarında ifadesini bulan müstakar içtihat veya yerleşik içtihat kavramı, bir Kıta Avrupası hukuk mahkemesinde *jurisprudence constante* müessesesi gereği müstakar içtihat, öncesinde aslında emsal alınmayla yerleşiyor. Bu yönüyle müstakar içtihat, tekrarlanıp yerleşik hale gelen bir olayda esas alınan emsal içtihat olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla idari yargı uygulamamızdaki müstakar içtihat yaklaşımından anlaşılması gereken de *jurisprudence constante* kavramıdır. Bu kavram hem bir müessese hem de emsal alınarak yerleşen ve ilke barındıran mahkeme kararı için kullanılmaktadır.

Danıştay kararlarında geçtiği biçimiyle müstakar içtihada işaret eden birkaç yargı kararını aşağıda dikkatlerinize sunmak isterim.

“Çevrenin, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konularda, belde veya semt sakini sıfatıyla açılan davalarda, dava açma ehliyetinin daha geniş yorumlanmak suretiyle belirlenmesi gerektiğine ilişkin Danıştay kararları yerleşik içtihat niteliği kazanmıştır.”⁷³ İYUK md. 2’de yer bulan menfaat kavramının sınırları içtihatlarla çizilmişti. Böyle bir kararla hem ilk derece yargı yerleri belde sakini olma durumunu imar ve şehircilik gibi konularda geniş yorumlamakta hem de bu konuda içtihatların birleştirilmesine de lüzum bulunmamaktadır.

“Dairemizin konuyla ilgili yerleşik içtihadı da; terör eylemi sonucu bir zararın ortaya çıkması durumunda, öncelikle söz konusu olayın meydana gelmesinde idarelere atfı kabil bir hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk hallerinin bulunup bulunmadığının araştırılması, idarenin gerek hizmet kusuru gerekse kusursuz sorumluluk hallerinin olayda bulunmaması durumunda 5233 sayılı Kanun kapsamında gerekli inceleme ve araştırma yapılarak karar verileceği yönündedir.”⁷⁴

“Yerleşik yargısal içtihatlar göre, hukuka aykırılığı saptanan idari işleme dayalı olarak hükmedilecek maddi ve manevi tazminata yürütülecek faizin başlangıç tarihinin, genel olarak idarenin temerrüde düştüğü tarih de olan işlem tarihi olduğu kabul edilmekle birlikte, davacı tarafından dava dilekçesinde yasal faizin başlangıç tarihinin belirtilmemesi halinde, iptal davasının açıldığı tarihten itibaren faize

⁷³ Danıştay 6 D, 2016/8902, 1.12.2020, karşı oy.

⁷⁴ Danıştay 10 D, 2019/11770, 15.12.2020

hükmedilmektedir.⁷⁵”

“İdari yargı içtihatlarıyla yerleşik olduğu üzere, davacılar veya kurum ve kuruluşları tarafından belde veya semt sakini veya belediye meclisi üyesi sıfatıyla açılmış objektif nitelikteki bir iptal davasında kamu yararı ölçütü mutlak olduğundan ve dava kamu yararını sağlamak amacıyla açılmış bulunduğundan, hukuka aykırılık yargı kararıyla belirlendikten sonra davacının davasından feragat etmesi iptal davasının belirtilen niteliği ile bağdaşmaz.⁷⁶”

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13. maddesinde; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği kuralı yer almakta olup, anılan maddede, idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi, görevli olmayan adli yargıda dava açılması halinde adli yargıda dava açıldığı tarih itibarıyla yasal faiz uygulanması ilkesi benimsenmiştir. Nitekim bu durum, Danıştayın yerleşik içtihatlarıyla da kabul edilmiştir.⁷⁷”

Yine Danıştay’ın son dönemde istikrar kazanan içtihadıyla yaptırım tehdidi içeren işlemlere karşı açılan davalara bakması da örnek olarak verilebilir⁷⁸. Tüm bu verilen örnek müstakar içtihatlar göstermektedir ki bu en başta hakimlerin takip etmesi gereken süreçtir. Diğer yandan doktrin bu konuda karar kronikleri yayınlamak suretiyle bir içtihadın yerleşmesine ya da içtihattan vazgeçilmesine yardımcı olabilir.

B. Müstakar İçtihattan Sapma: Sürpriz Karar

Mahkemeler arasında ve bir mahkemenin daha önce karara bağladığı içtihada göre farklıklar söz konusu olabilmektedir. İçtihat farklılığına, dava sayısının çokluğuyla birlikte içtihat takibinin zorlaşması, mahkeme ve daire heyeti arasında koordinasyon eksikliği, mahkemelerinin görevlerinin, hakimlerin ve heyet üyelerinin değişmesi, mevzuatın yeni olması veya sık değişmesi neden olabilmektedir⁷⁹. Esas itibarıyla içtihadın değişmesi hukukun donmasını engeller ve dinamikliğini sağlar. Ancak hukuki güvenlik başta olmak üzere bu durum bir dizi problemi beraberinde

⁷⁵ Ankara 3 BİM, 2020/2041, 22.10.2020.

⁷⁶ Danıştay 6 D, 2007/2820, 28.12.2010.

⁷⁷ Danıştay 8 D, 2018/783, 24.06.2022.

⁷⁸ Danıştay 10 D, 1996/3286, 30.09.1998; Danıştay 14 D, 2011/5212, 01.06.2011; Danıştay 10 D, 2012/6579, 25.09.2013 Bkz Akyılmaz, Sezginer, Kaya (n 3) 351.

⁷⁹ Evren (n 40) 122.

getirebilmektedir. Burada hakimin daha önce verilen kararlarla hukuken olmasa da ahlaken kendisini bağlı hissetmesi gerekir. Zira mahkemelerden bir hukuk normunun benzer olaylarda aynı şekilde yorumlanmasını beklemek doğaldır. Diğer taraftan, aynı normun aynı olaya farklı şekilde uygulanmasını meşru kılacak bazı sebepler de olabilir⁸⁰. Ancak burada önemli olan mahkeme kararları arasında makul bir istikrarın olmasıdır. Anayasa Mahkemesi “*Yargı makamlarının benzer davalarda daha önceki kararlarıyla kabul edilebilir oranlarda uyumlu kararlar vermesi gerektiği, mahkeme kararlarında, istikrarlı değerlendirmelerin dışındaki bir yaklaşımın hukukun dinamik yorumuyla uyumlu ve gelişmeye yönelik olarak verildiğinin yeterli ve makul gerekçeyle açıklanması gerektiği*”⁸¹ ni ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre ise, “*hukuki güvenliğe ve yargılanabilir kişilerin meşru beklentilerinin korunmasına ilişkin gereklilikler, yerleşik bir içtihat bağlamında kazanılmış bir hakka yer vermemektedir. Gerçekte, içtihat değişikliği tek başına, adaletin iyi yönetimine aykırı değildir, zira dinamik ve gelişimci bir yaklaşımın terk edilmesi, her türlü yenilik ya da gelişmeyi engelleyebilecektir. Son olarak, iki dava arasında yapılan muamele farklılığı, söz konusu fiili durumlarda bir farklılık ile haklı gösterildiği takdirde, bir içtihat çelişkisi olarak anlaşılacaktır*”⁸². Ancak toplumsal değişim gerektiriyorsa ve kural bu yeni yoruma müsaitse, hakim önceki kararından sapabilir⁸³. Yeter ki bu durum Anayasa Mahkemesi’nin ifade ettiği gibi “*açıkça keyfi veya bariz takdir hatası içeren bir yorumdan dolayı*” olmasın. Böyle bir durumun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedebilmesi için bu yorumun yerleşik hâle gelen bir içtihattan saptığına veya derinleşmiş ve süregelen bir nitelik kazanan içtihat farklılığına dayanması gerekir”⁸⁴. Yine Anayasa Mahkemesi’ne göre “*Mahkemelerce hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesinde farklılıklar meydana gelmesi ya da önceki çözümün tatminkar bulunmaması, yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında içtihadın müstakar olması için belli bir zamana ihtiyaç duyulması gibi çeşitli nedenlerle içtihat değişikliğine gidilmesi de tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemez*”⁸⁵. Dolayısıyla Anayasa mahkemesi içtihat değişikliğinin mümkün olabileceğini, içtihadın yerleşik hale gelmesi için belli bir zamana ihtiyaç duyulduğunu belirtirken, müstakar içtihattan farklı bir içtihat ortaya koymanın, diğer içtihat değişikliklerinden farklı nitelikte olduğuna da işaret etmektedir. Nitekim başka bir Anayasa Mahkemesi kararında, müstakar içtihadın dikkate alınması hususunda ilgililerin haklı bir beklentileri olduğu Anayasa Mahkemesi’nce vurgulanmıştır. Karara göre “*Meşru*

⁸⁰ Serkan Kızılyel, ‘Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine’, (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 115, 116.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi Ahmet Acar, Başvuru No 2014/19936, 21/9/2017, para. 58

⁸² AİHM, Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 582/05, KT. 09.02.2016.

⁸³ İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, (Adalet Yayınevi 2015) 117.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi Selahattin Bayrı, Başvuru No 2018/32374, 15/9/2021, para. 47.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi Selvi Ağgöl ve Diğerleri Başvuru No 2013/6201, para. 64

beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına ya da aynı menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayanan yeterli derecede somut nitelikte bir beklentidir”⁸⁶. Bu bakımdan başlığın konusunu oluşturan müstakar içtihattan sapma, diğer içtihat farklılıklarından ayrı bir biçimde değerlendirilmelidir.

HMK madde 27’nin gerekçesine göre “*Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum sürpriz karar yasağı olarak da ifade edilmektedir. Yargı organları özellikle yerleşik içtihatların dışında bir karar verebilirler. Ancak bu konuda gerekçelerini tam olarak ortaya koymalı ve tarafların gerekçelerini tam olarak değerlendirmelidirler.*” Sürpriz karar kavramı da genel olarak medeni yargılama hukuku alanında inceleme altına alınmıştır⁸⁷. Ancak muhakeme hukukunun bir dalı olarak Ceza Muhakemesi’ni⁸⁸ inceleyen Nurullah Kunter’in yaklaşımına göre, yargılama hukukunun genel prensipleri olmalı ve bu prensipler adli ve idari yargılamalara da teşmil edilebilmelidir⁸⁹. Bu yaklaşımdan hareketle sürpriz karar kavramının idari yargılama hukuku bağlamında da ele alınabilmesi gerekir.

Davayı gören mahkemenin ne yönde karar vereceğini öngörebilmek lazımdır. Mahkemelerin, hukuken ve mantiken geçerli bir sebep bulunmamasına rağmen, müstakar içtihadı aykırı karar vermesi, hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu durum, yargılama hukukunda “sürpriz karar yasağı” olarak ifade edilmiştir⁹⁰. “*Sürpriz kararda, konuyla ilgili olarak mevcut hukukî düzenlemeler, yerleşik içtihatlar, yargılamanın o ana kadarki seyri dikkate alındığında, hukuken beklenmeyen, umulmayan, o şekilde ortaya çıkması haklı bulunmayan, tarafların ve üçüncü kişilerin öngöremedikleri bir karar söz konusudur. Burada önemli olan taraflarda sübjektif bir hayal kırıklığı veya davaya çok hazırlanmalarına rağmen aleyhlerine sonuçlanması değildir. Zira, tarafların bir davada her zaman aleyhlerine karar verilmesi ihtimali vardır. Keza bir davada taraf mevcut duruma göre ne kadar çok hazırlık yaparsa yapsın, şayet hukukî gerekçeler, mevzuat, konuyla ilgili görüş ve içtihatlar buna izin vermiyorsa, verilen karar sürpriz ve öngörülemez değildir. Önemli olan hem usûl hem de maddî hukuk bakımından bunun yargılamanın normal seyrinde gelişmesi, mahkemenin bu konuda haklı ve ikna edici gerekçesinin olmasıdır. Örneğin, yargılama sonunda mahkeme, gerçekten çok hukukî ve kanunda yeri olan bir hükme dayanarak karar verirse ya da yine tarafların gözden kaçırdıkları yerleşik bir içtihadı esas alırsa veya o güne kadar kimsenin üzerinde durmadığı doğru bir*

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No 2018/37665, 29/3/2023.

⁸⁷ Hakan Pekcanitez, ‘Hukukî Dinlenme Hakkı’, Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000), Makaleler, (C I, İstanbul 2016); Muhammed Özkes, *Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı*, (Ankara 2003).

⁸⁸ Nurullah Kunter, ‘Hukuk’, “Muhakeme Hukuku” ve Ceza Muhakemesi Hukuku”, (1981) 45 (1-4) İÜHF, 797-807.

⁸⁹ Aydın Gülün, İÜHF İdari Yargı Ders Notları.

⁹⁰ Ejder Yılmaz, ‘Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılama Hakkı’, <https://repository.bilkent.edu.tr/items/a254fb6e-baba-4d71-93a0-59ed7dcef6ac>, Erişim Tarihi 13.9.2023, 1517, 1537-1538.

hukukî gerekçe oluşturursa, belki taraflar bu kararı beklemeyebilir; ama hukuken sürpriz sayılacak bir durum yoktur. Çünkü, bu da hukukun akışı içinde gerçekleşecek hususlardır, ayrıca bir şeyin tarafın bilgisinde olmaması ile gerçekten öyle olmaması ve öngörülememesi farklı şeylerdir”⁹¹.

İmdi mahkemenin müstakar içtihadından farklı bir karar vermesi durumunda da sürpriz karardan bahsedilebilir. Mahkeme müstakar içtihadattan farklı bir içtihadta bulunabilir ancak bu durumda taraflara ve ilgililere bu konuda görüşlerini açıklama imkanı da vermelidir. Hukuki dinlenilme hakkının gereği de budur⁹². İdari yargılama hukukunda yer bulan re’sen araştırma ilkesine göre hakimin, idari uyumsuzluğa ilişkin bütün hususları kendiliğinden incelemesi mümkündür; ancak tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koyma imkanını vermesi de hukuki dinlenilme hakkının bir tezahürüdür. Bu bakımdan re’sen araştırma ilkesi ile sürpriz karar verme yasağı arasında bir çelişki de bulunmamaktadır. Zira tarafların, ikame edilen yeni veya farklı bir hukuki sebebi ilk defa görmeleri ve böylece savunma imkanının verilmemesi adil yargılanma hakkının ihlalini gündeme getirebilir⁹³. Müstakar içtihadattan farklı yönde karar verecek idari hakimin de taraflara bu konuda son sözlerinin karardan önce sunmaları için fırsat vermesi beklenir.

Danıştay tespit edebildiğimiz tek bir kararında sebep ikamesini tartışırken, “İdari yargıda sürpriz karar verme tarafların öngörülemeyen bir kararlarla karşılaşmaları anlamına gelmektedir”⁹⁴ biçimdeki ifadeyle sürpriz kararın tanımını yapmıştır. Söz konusu kararda esas itibarıyla tarafların iddia ve savunmalarına yer verilmeksizin sebep ikamesi yapılması durumu sürpriz karar yasağına aykırı olarak değerlendirilmiştir. Ancak kararda yapılan tanıma bakıldığında, tarafların öngöremeyecekleri, müstakar bir içtihadta aykırı yönde karar verilmesi durumu da sürpriz karar olarak değerlendirilebilmesi gerekir. Bu bakımdan sürpriz karar yasağının zahiri ve batini olarak iki yönü olduğundan da bahsedilebilir. Zahiri yönü müstakar bir içtihadattan sürpriz uyandıracak biçimde farklı yönde karar verilmesini; batini yönü ise dava konusunun o yargı kararı içinde tartışılıp tartışılmadığıyla ilgilidir. Yukarıda belirttiğimiz Danıştay kararında tanımlanan sürpriz karar kavramı batini yönüne işaret etmekte ise de zahiri yani dış yönü bakımından ele alınarak sürpriz karar yasağı idari yargı bakımından da kabul edilmelidir.

⁹¹ Muhammed Özekeş, ‘Gerçek Bir İctihat: 9. Hukuk Dairesi’nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı’, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/>, Erişim Tarihi 26.7.23.

⁹² Hakan Pekcanitez, ‘Hukuki Dinlenilme Hakkı’, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2020), 788.

⁹³ Zühal Aysun, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, (Seçkin Yayınevi 2016) 86-87.

⁹⁴ Danıştay 13 D, 2019/1893, 2.6.2021.

IV. Bağlayıcı Mahkeme Kararı: İçtihadi Birleştirme Kararı

Türk İdari Yargılama Hukukunda yargı kararları arasındaki çelişkileri gidermek ve içtihatları birleştirmek görevi Danıştay'a aittir. Danıştay bu görevini temyiz incelemesi yoluyla hukuk kurallarının ne şekilde uygulanacağını belirleyerek, bölge idare mahkemelerinin kesinleşmiş kararları arasındaki uyumsuzluk ve aykırılıkları gidererek ve kendi daireleri ile kurullarının kesinleşmiş kararları ile ortaya konulan farklı yöndeki içtihatları İçtihatları Birleştirme Kurulu aracılığıyla birleştirerek yerine getirmektedir⁹⁵.

İçtihadı birleştirme, Türk İdari Yargılama Hukuku bakımından, hukuki istikrarı ve eşitliği sağlama düşüncesiyle icat edilen dengeleyici mekanizmanın adıdır. Bu mekanizmaya diğer Kıta Avrupası Hukuk sisteminde rastlanılmamakta ve böylece, Türk hukukunun kendine özgü az sayıdaki usulünden biri olduğu ifade edilmektedir⁹⁶. Yukarıda belirttiğimiz üzere Kıta Avrupası'nda özellikle yargıcın norm üretmemesi gerektiği ve böylece yasamanın işiyle meşgul olmaması gerektiğine dair bir tarihi arka plan mevcuttu. Türk yargılama hukuku bakımından böyle bir kaygının olmadığı hatta hukuk tarihinde izleri bulunabilecek fetva geleneği dolayısıyla icat edilmiş bir müesseseye olduğu iddia edilebilir.

İçtihadı Birleştirme Kararları, hem bir yargı içtihadı hem de bağlayıcı bir hukuk normu özelliğini göstermektedir. Bu kararlar dışında bir yargısal karar kesin hüküm etkisi dolayısıyla davanın yalnızca taraflarını bağlarken, taraf dışındakiler bakımından emsal teşkil ederek bağlayıcılık taşımamakta⁹⁷, sadece diğer dikkate alınan karar olarak görülmektedir⁹⁸. Bu bakımdan Türk Hukukunda içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı diğer içtihatların bağlayıcı olmaması, karma bir içtihat sisteminin kabul edildiğini göstermektedir⁹⁹. Ancak farklı yargı kolları tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları birbiri bakımından bağlayıcı değildir¹⁰⁰. Diğer taraftan Danıştay Kanunu 3-c kapsamında aynı veya farklı bölge idare mahkemeleri bünyesinde bulunan istinaf dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki çelişkileri gidermek üzere verilen kararların bağlayıcı olduğuna dair kanun hükmü bulunmadığından, bu kararlar içtihadı birleştirme kararlarından ayrılmaktadır.

“İçtihatlarını birleştirmeye yetkili yargı mercileri, çelişen ve çatışan özel ve önel kararlarına konu olan somut uyumsuzluk ve olaylardan sıyrılarak, bunların ortaya çıkardığı tartışmalı ve çetin soyut hukuk sorununu, bu yoldan, genel ve

⁹⁵ Emre Akbulut, ‘Türk İdari Yargılama Hukukunda Çelişkili Kararların Önlenmesi İçin Alınabilecek Ek Tedbirler’, *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu*, Yücel Oğurlu, Kamala Valiyeva (eds) 2021, 490.

⁹⁶ Arif Bilgin, ‘Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesesinin Yaşama Şansı’, (1972) 27 (3) İstanbul Barosu Dergisi, 592 Aktaran Kızılyel (n 82) 116-117.

⁹⁷ Ali Ulusoy, *Yeni İdare Hukuku*, (3. Baskı Yetkin 2020) 83.

⁹⁸ Bu konuda bkz II. DİKKATE ALINAN MAHKEME KARARI: EMSAL İÇTİHAH

⁹⁹ Zeybek (n 8), 82.

¹⁰⁰ Bkz Danıştay Kanunu madde 40/4 ve Yargıtay Kanunu madde 45/5.

nesnel bir çözüme bağlamak, yani o noktada bir prensip kararı almak durumundadır. İşte yüksek mahkemeler, somuttan soyuta çıkmayı ve öznelinden nesnele geçmeyi sağlayan bu işlemleriyle, hukuka daha çok ve daha açık biçimde katkıda bulunmak olanağına sahiptir¹⁰¹. “İçtihadın birleştirilmesinde amacın kararlar arasında oluşan aykırılık veya uyumsuzluğun giderilmesi suretiyle hukuki istikrarın sağlanması olduğu dikkate alındığında, isteme konu aykırılığın hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir sürekliliğe sahip olup olmadığına, bir başka ifadeyle kararlar arasındaki aykırılıkların devamlılık gösterecek şekilde sürdürülüp sürdürülmediğinin de değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir”¹⁰².

Gülen’a göre amaç içtihatları birleştirmek değil bütünleştirmek olmalıdır. Bu sebeple içtihat bütünlüğü denmesinin daha isabetli olacağını düşünmektedir. İçtihatları birleştirmeden gerekirse farklı gerekçeyle onanması da önemlidir. İçtihatları çeşitlendirerek bütünlüğünü ve irtibat kopukluğu yapmadan gelişmesini sağlaması gerekir. Dolayısıyla bir temyiz merciinin görevi tekleştirmek değil, birbirine yakın ama birbirinden farklı olanları tespit edebilmektir. Böylece içtihat tutarlılığını, canlılığını, gelişme yönünü ve biçimini de takip edebilmektir¹⁰³. Danıştay da her içtihat farklılığında bu sebeple birleştirme yoluna gitmemektedir. Bir içtihat eğer müstakar hale gelmişse içtihatların birleştirmesine gerek görmemektedir. Bu esasında Danıştay’ın içtihat gelişmelerinin önünü açmayı istemesinden kaynaklanmaktadır¹⁰⁴. Dolayısıyla yukarıda inceleme altına aldığımız dikkate alınan ve istikrar kazanmış içtihat başka bir ifadeyle müstakar içtihat söz konusu ise Danıştay hukukun donmasını engellemek bakımından içtihadın birleştirmesine karar vermemektedir¹⁰⁵. Böylece içtihat gelişiminin yolu kapanmamış olmakta ve kararı hukuka aykırı değilse asıl karar mercilerinin yetkisine dokunulmayarak, müstakar hale gelmiş içtihattan ayrılmaya ve dolayısıyla bağlayıcı bir karar verilmesine gerek bulunmamaktadır. “Örneğin, birleştirme aşamasına gelindiğinde aykırılık hali son bulmuş ve sadece belli yönde içtihat söz konusu ise, hem artık yetkisizlik hali, hem de Kanunun aradığı şartlar bulunmadığından içtihatları birleştirmeye gerek kalmayacaktır”¹⁰⁶. Hatta Danıştay, önüne gelen aynı nitelikteki davalardan az bir kısmını belli yönde, geri kalanları tutarlı bir şekilde başka yönde karara bağladığı hallerde, o konuda içtihadın doğal yollarla istikrar kazandığını kabul ederek içtihatların birleştirilmesine gerek görmemektedir¹⁰⁷.

¹⁰¹ Lütfi Duran, ‘Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması’, (1972) 27 (3), Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 419 419.

¹⁰² Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 2008/1, 02.07.2012.

¹⁰³ Aydın Gülan, “Danıştay’ın Temyiz İncelemesinde Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırları”, 155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay Sempozyumu”, <https://www.youtube.com/watch?v=mOwBxdhM--M>, Erişim Tarihi 3.8.23.

¹⁰⁴ Duran (n 103) 433.

¹⁰⁵ Örnek Danıştay kararları için bkz ibid 430-431.

¹⁰⁶ Celal Işıklar, ‘İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları’ (2013) 14 TAAD 467 484.

¹⁰⁷ Duran (n 103) 430.

Sonuç

Her mahkeme kararı bir içtihat değildir. Her içtihat diğer mahkemeleri bağlayıcı değildir. Yine her içtihat müstakar (yerleşik) içtihat değildir. Bir mahkeme kararının içtihat niteliği göstermesi için müstakar olması da şart değildir; yani sadece bir mahkeme kararı da içtihat özelliğini gösterebilir. Hakim norm bulunmazken boşluk dolduruyor ya da yorum yaparak bir ilkeye ulaşıyorsa ancak içtihat özellikli bir karar vermiş olur. Soyut hükmü somut olaya uygulaması apaçık bir normun varlığı sebebiyle eğer yorum içermiyor veya boşluk doldurarak norm ihdas etmiyor ise ancak bir olay kararı olabilir. Olay kararı ise benzer bir olay için emsal karar olabilir. Emsal karar, içinde kural koyma ya da yorum barındırmayan ama sonraki uyuşmazlıklarda dikkate alınabilecek ve ikna edici mahiyetteki karar olarak açıklanabilir. Ancak emsal alınan olay kararı ilke barındırmadığından içtihat olarak nitelendirilemeyecektir. Müstakar hale gelmemiş emsal bir içtihat başka mahkemelerce dikkate alınan, kısmen ikna edici bir karar mahiyetindedir. Fakat müstakar içtihadın ikna edici gücü buna göre daha fazladır. Zira geçmiş içtihatlardaki yeknesaklık düzeyi ne kadar yüksekse, içtihadın ikna edici gücü de o kadar kuvvetli olur.

Müstakar karar ile müstakar içtihat arasında kullanım bakımından bir fark olmamalıdır. Zira bir mahkeme kararı istikrar kazanmış biçimde diğer kararlarda dikkate alınıyorsa onun genel soyut ilkeler barındırdığını kabul etmek gerekir. Bu sebeple müstakar karar kavramı yerine müstakar içtihat kavramının kullanım olarak tercih edilmesi gerekir. Ancak uygulamada mahkeme kararı ve içtihat kavramı birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir.

Bir içtihat müstakar hale gelmiş ise kuvvetli bir biçimde dikkate alınan emsal karar haline gelmiştir ve böylece içtihadı birleştirme kararının oluşturulmasına da gerek yoktur. Danıştay içtihadı, müstakar içtihadın varsayımsal bir bağlayıcılığı olduğunu kabul ederek, içtihadı birleştirme kararı seviyesine çıkarmadan onun hemen bir altında konumlandırmaya işaret etmektedir.

Bir mahkeme kararının oluşumundan sonra yürüyebileceği yol ve diğer hakim/mahkeme kararları üzerindeki ikna gücü zayıftan kuvvetliye doğru aşağıdaki gibi sıralanabilir:

Karar -> emsal karar -> müstakar içtihat -> içtihadı birleştirme kararı (bağlayıcı içtihat)

Bir içtihadın başka mahkemelerce dikkate alınmasında, emsal içtihadın bağlayıcı olduğu ve emsal içtihadın dikkate alındığı iki sistem söz konusudur. İlki stare decisis (emsal karar) doktrini, ikincisi ve bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemindeki jurisprudence constante (müstakar içtihat) doktrindir. Müstakar içtihat, ilke barındıran belli bir süre mahkemelerin benzer yönde karar vermesi

ve diğer mahkemelerin de bu içtihadı emsal olmasıyla oluşan karar türüdür. İdari yargı bakımından müstakar içtihatların takibi bakımından doktrinin karar kronikleri yapması önem arz etmektedir. Çünkü bir mahkemenin geçmiş kararları ancak önceki içtihatlarda yeterli yeknesaklık varsa ikna gücü de o kadar arttığından, bunun yargı yerleriyle birlikte doktrinin de katkısıyla gerçekleşmesi gerekir. Son dönemde Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yalnızca karar değerlendirmeleri için oluşturduğu “Karar İncelemeleri Dergisi” nin bu katkıyı sağlayacağını ümit ederiz.

Bu çalışmada ayrıca esas itibarıyla medeni yargılama hukukunda tartışıldığı görülen sürpriz karar yasağının idari yargılama hukuku anlamında bir karşılığı olabileceği tespit edilmiştir. Buna göre sürpriz karar yasağı daha çok batini yönüyle alınmasına rağmen, müstakar içtihattan haklı bir sebep olmaksızın sapılması durumu zahiri yönüyle alınarak idari yargıda sürpriz karar yasağının kabulü gerekir. Re'sen araştırma ilkesi ile taraflarca hazırlama ilkesi gibi temel farklılığı olan idari yargı ile adli yargıda, sürpriz karar yasağının daha geniş anlaşılacak suretiyle müstakar karardan haklı bir sebep olmaksızın sapılması durumu için kullanılabilmesi gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akbulut E, ‘Türk İdari Yargılama Hukukunda Çelişkili Kararların Önlenmesi İçin Alınabilecek Ek Tedbirler’, *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu*, Yücel Oğurlu, Kamala Valiyeva (eds) 2021, 473-491.
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (14. Baskı, Savaş Yayınevi 2021)
- Aysun Z, *İptal Davalarında Gereçeli Karar Hakkı*, (Seçkin Yayınevi 2016).
- Belgesay M, ‘Mahkeme İçtihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İçtihat Kararlarının Derdest Dâvalara Tesiri’ (1960) 10 Adalet Dergisi, 815-821.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, (9. Baskı Seçkin Yayınevi 2021).
- Çıtak H, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri*, (On İki Levha 2020).
- Duran L, ‘Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması’, (1972) 27 (3), Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 419-441.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982).
- Duran, L ‘Mahkeme Kararları Kroniği (İdarenin Malî Külfet Yüklenmesi)’, (1964) XXX İÜHFİM, 988-1000.
- Ejder Yılmaz, ‘Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı’, <https://repository.bilkent.edu.tr/items/a254fb6e-baba-4d71-93a0-59ed7dccb6ac>, Erişim Tarihi 13.9.2023, 1517-1554.

- Evren Ç, 'Bir Örnek Olay Üzerinden Mahkeme Kararlarında İstikrar', (2019) 2 113 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 113-136.
- Fon V, Parisi F, 'Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis' International Review of Law and Economics, Forthcoming George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-15 Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-19 (2004), 1-24.
- González R, 'From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism' (2016) 7 (2) Transnational Legal Theory 257-286.
- Gözler K, *İdare Hukuku*, C 1 (Ekin Yayınevi 2019).
- Gülen A, "Danıştayın Temyiz İncelemede Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırları", 155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay Sempozyumu", <https://www.youtube.com/watch?v=mOwBxdhM--M>, Erişim Tarihi 3.8.23.
- Gülen Aydın, İÜHF İdari Yargı Ders Notları.
- Günzl C, 'Case Law in Germany: The Significance of Seuffert's Archiv', William Eves, John Hudson, Ingrid Ivarsen, Sarah B. White (ed) Common Law, Civil Law, and Colonial Law Essays in Comparative Legal History from the Twelfth to the Twentieth Centuries (2021).
- Güran S, 'Mahkeme Kararları Kroniği: İdare Hukuku (Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği meselesi)' (1964) XXX (3-4) İÜHFM, 1000-1034.
- İşık N, 'Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medenî Usûl Hukukunun İnşası' AYBÜ Kamu Hukuku Doktora Tezi (2020)
- İşıklar C, 'İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları' (2013) 14 TAAD 467-500.
- Karahançoğulları O, 'Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İçtihat Değerlendirmesi), <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>, Erişim Tarihi 30.5.23.
- Kayhan F, 'Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü', (1999) (2) TBBD, 341-363.
- Kızılyel S, 'Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine', (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 115-142.
- Köküsarı İ, *Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*, (Adalet Yayınevi 2015).
- Kunter N, 'Hukuk", "Muhakeme Hukuku" ve Ceza Muhakemesi Hukuku', (1981) 45 (1-4) İstanbul Hukuk Mecmuası, 797-807.
- Novak M, 'Ensuring Uniform Case Law in Slovenia: Jurisprudence Constante, Stare Decisis, and a Third Approach' 2018 (XXVII) 1 Studia Iuridica Lublinensia, 131-142.
- Özdemir S, 'İdari İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdari Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme', (2021) 29 (2) SÜHFD, 1383-1434.
- Özkes M, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, (Ankara 2003).
- Özkes M, 'Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı', <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-iligili-emsal-karari/>, Erişim Tarihi 26.7.23.
- Pekcanitez H, 'Hukukî Dinlenilme Hakkı', Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2020).
- Pekcanitez H, 'Hukukî Dinlenilme Hakkı', Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000), Makaleler, (C I, İstanbul 2016).
- Ulusoy A, *Yeni İdare Hukuku*, (3. Baskı Yetkin 2020).

Yayla Y, 'Mahkeme Kararları Kroniği: Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi' (1964) XXX (3-4) 1034-1048.

Yeşilyurt N, 'Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri', (2014) 32 İnsan Hakları Yıllığı, 1-29.

Yeşilyurt N, 'Türkiye'de İdari İşlem Kuramı İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme' AÜSBE Kamu Hukuku Doktora Tezi (2017).

Zeybek A, 'Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri', (1988), (68-69) Danıştay Dergisi, 46-139.