

10 Kasım 2017, Strazburg

AVRUPA HÂKİMLERİ DANIŞMA KONSEYİ (CCJE)

20 (2017) SAYILI GÖRÜŞ

**YASANIN DÜZGÜN BİR ŞEKİLDE UYGULANMASINDA
MAHKEMELERİN ROLÜ**

I. GİRİŞ

1. Yasanın eşit ve düzgün bir şekilde uygulanması, yasanın genel niteliğini, yasa önünde eşitliği ve hukuki kesinliği teminat altına alır. Öte yandan, yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlama ihtiyacı uygulamada katılığa yol açmamalı, hukukun gerekli gelişimini aşırı derecede kısıtlamamalı ve yargı bağımsızlığı ilkesini tehlikeye atmamalıdır.
2. Bakanlar Komitesinin kendisine verdiği görev uyarınca Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi (CCJE), yasaların düzgün bir şekilde uygulanmasında mahkemelerin rolü konusunda araştırma yapmaya ve uygulanabilir standart ve tavsiyeleri belirlemeye karar vermiştir.
3. Bu Görüş; önceki CCJE Görüşlerini, Hâkimlerin Magna Carta'sını (2010) ve özellikle Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı (1998) ile Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkililiği ve Sorumlulukları Hakkındaki CM/Rec(2010)12 No.lu Tavsiye Kararı (bundan sonra "CM/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı" olarak anılacaktır) gibi Avrupa Konseyi belgelerini temel alarak hazırlanmıştır.
4. Bu Görüş; yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasında mahkemelerin rolü konusunda CCJE Bürosunca hazırlanan ankete CCJE üyelerinin verdiği yanıtları¹, bu yanıtların analizini ve Avrupa Konseyince atanan bilirkişi Profesör Aleš GALIČ (Ljubljana Üniversitesi, Slovenya) tarafından hazırlanan rapor ile ön taslağı dikkate almaktadır.

II. YASANIN DÜZGÜN BİR ŞEKİLDE UYGULANMASI NEDEN ÖNEMLİ?

5. Yasanın düzgün bir şekilde uygulanması yasa önünde eşitlik ilkesi için zorunludur. Ayrıca, hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik hususları hukuk devletinin ayrılmaz birer parçasıdır. Hukukun üstünlüğüne dayalı olan bir devlette vatandaşlar, haklı olarak diğerleriyle aynı muameleye tabi olmak ister ve eylem veya kusurlarının hukuki sonuçlarını öngörebilmek için benzer davalarda verilen önceki yargı kararlarına itimat edebilirler.
6. Mahkeme kararlarının sürekli çelişkili² olması, hukukun üstünlüğüne dayalı olan bir devlette en önemli unsurlardan biri olan kamunun yargıya duyduğu güveni azaltabilecek bir hukuki belirsizlik durumuna sebebiyet verebilir.³ Yasanın düzgün bir şekilde uygulanması, halkın mahkemelere duyduğu güvene katkı sağlar ve adil yargılama ve adalet algısını geliştirir.
7. Eğer taraflar konumlarını önceden bilebilecek durumda olurlarsa, çoğu kez en başından mahkemeye gitmemeye karar verebilirler. Avukatlar mümkün olduğu ölçüde müvekkillerine nasıl tavsiyede bulunacaklarını bilmeli, dava taraflarıysa haklarını bilmelidirler. Açık, tutarlı ve güvenilir kuralları düzenleyen emsaller/yerleşik içtihatlar (bundan sonra içtihat olarak anılacak), ihtilafları gidermede yargının müdahale ihtiyacını azaltabilir. Özellikle yüksek mahkemelerin benzer davalarda verdikleri önceki kararlar esas alınabilirse, davalar daha etkili bir şekilde çözülebilir.
8. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (bundan sonra AİHM olarak anılacak) yorumlandığı üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (bundan sonra AİHS olarak anılacak) 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkı da yasanın düzgün bir şekilde uygulanması gereğiyle ilintilidir. Bazı yorumlama farklılıkları, mahkemeler ağına dayalı olan tüm yargı sistemlerinin doğal bir özelliği olarak kabul

¹ Anket yanıtları (ulusal raporlar) şu 34 ülkeden alınmıştır: Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Gürcistan, Almanya, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Moldova Cumhuriyeti, Monako, Karadağ, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovenya, İsviçre, İsveç, "Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti", Türkiye, Ukrayna ve Birleşik Krallık.

² İngilizce "conflicting" (çelişkili) terimi, bu Görüş'ün Fransızca versiyonunda "contradictoire" olarak çevrilmiştir.

³ AİHM, 1 Aralık 2009 tarihli ve 44698/06 sayılı Vinčić ve diğerleri / Sırbistan Davası.

edilebilir.⁴ Bu sebeple farklı mahkemeler, benzer fiili gerçek durumlarda ortaya çıkan aynı hukuki soruna ilişkin farklı fakat rasyonel ve gerekçeli sonuçlara varabilir.⁵

9. Bununla birlikte, bazı durumlarda, özellikle son derece mahkemeleri olmak üzere ulusal mahkemelerin çelişkili kararları, AİHS'nin 6(1) maddesinde öngörülen adil yargılanma şartını ihlal edebilir. Bu sebeple, (1) ulusal mahkemelerin içtihadında “derin ve uzun süredir devam eden farklılıklar” bulunup bulunmadığı, (2) iç tüzüğün bu tutarsızlıkların üstesinden gelebilmek için bir mekanizma öngörüp öngörmediği, (3) bu mekanizmanın uygulanıp uygulanmadığı ve (4) gerekli görüldüğü takdirde ne derecede uygulandığı değerlendirilmelidir.⁶ CCJE, içtihadın değişmezliği ve tutarlılığı ile bireyin adil yargılanma hakkı arasındaki yakın ilişkinin önemini belirten gelişmeyi hoş karşılamaktadır.

III. HUKUK KAYNAĞI OLARAK İÇTİHAT

10. Emsal kararların bir hukuk kaynağı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine veya bağlayıcı olup olmadıklarına bakılmaksızın önceki yargı kararlarına başvurmak, hem Anglosakson hem de medeni hukuk sistemini benimseyen ülkelerin hâkimler için önemli bir araçtır. Bununla birlikte, CCJE, Anglosakson ve medeni hukuk sistemleri arasındaki farkın, genellikle emsal kararın ve içtihadın ele alınışı hususunda özellikle önemli olduğunu kabul etmektedir.

11. Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde yüksek mahkeme kararları, sonraki benzer ihtilaflarda bağlayıcı emsaller niteliğindedir.⁷ Bu sebeple, emsal kararlar prensipte hukuken bağlayıcıdır ve uygun bir hukuk kaynağı olarak değerlendirilirler. İhtilaflı konularda emsal kararı dikkate alma prensibi (*stare decisis*)⁸, Anglosakson hukukunun önemli bir özelliğidir. Medeni hukuk sistemini benimseyen ülkelerde hâkimlerin bağımsızlığının teminatı, özellikle hâkimlerin bağımsız oldukları ve karar verme süreçlerinde benzer davalarda daha önce verilen yargı kararlarına değil de yalnızca Anayasaya, uluslararası antlaşmalara, kanunlara ve genel hukuk ilkelerine tabi oldukları anlamına gelir. Bu sebeple, medeni hukuk sistemini benimseyen birçok ülkede içtihatlar geleneksel olarak bağlayıcı bir hukuk kaynağı olarak görülmemektedir. Sonuç olarak, aynı derecede veya daha yüksek derecede bir mahkemenin bir emsal kararı bozup bozamayacağı veya herhangi bir mahkemenin – daha alt bir mahkeme de olabilir – keyfi olmamak şartıyla içtihattan farklı bir karar verip veremeyeceği hususunda Anglosakson ve medeni hukuk sistemleri arasında geleneksel olarak önemli farklılıklar bulunmaktadır.

12. Bununla birlikte, CCJE, medeni hukuk sistemini benimseyen ülkelerde hâkimlerin içtihadı – özellikle, içtihatla değişmezliği sağlamak gibi bir görevi de bulunan yüksek mahkemelerinkini – rehber edindiklerini gözlemlemiştir.⁹ CCJE üyelerinin raporlarından anlaşılıyor ki, birçok medeni hukuk sisteminde alt mahkemeler resmî olarak üst mahkemelerin kararlarına tabi olmasa da, yüksek mahkemelerin benzer davalarda verdiği kararlara uymaktadır. Bu, üst mahkemelerin ve özellikle yüksek mahkeme¹⁰ veya Yargıtayın yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamadaki rollerinin bilincinde olmalarını gerektirir. Ayrıca, medeni hukuk sistemini benimseyen bazı ülkelerde, tam katımlı (grand chamber) veya geniş katımlı (extended chamber) toplantılarda yüksek mahkemenin verdiği (bazı) kararlar (tam katımlı toplantıda başka bir karar alınana kadar), tüm mahkemeler veya tüm yüksek mahkeme heyeti için bağlayıcıdır.

⁴ AİHM, 17 Nisan 2012 tarihli ve 18650/09 sayılı Tomić ve diğerleri / Karadağ Davası ve diğerleri.

⁵ AİHM, 20 Ekim 2011 tarihli ve 13279/05 sayılı Şahin ve Şahin / Türkiye Davası.

⁶ AİHM, 20 Ekim 2011 tarihli ve 13279/05 sayılı Şahin ve Şahin / Türkiye Davası.

⁷ Bkz. Yargı kararlarının kalitesine ilişkin CCJE 11(2008) sayılı Görüş, paragraf 45.

⁸ *Stare decisis* terimi Latince olup “verilmiş olan karara dayanmak” anlamına gelir.

⁹ Bkz. Yargı kararlarının kalitesine ilişkin CCJE 11(2008) sayılı Görüş, paragraf 48.

¹⁰ Bu Görüş’te “yüksek mahkeme” (supreme court) “en yüksek dereceli mahkeme” yerine kullanılacaktır.

13. Sonuç olarak, medeni hukuk ülkelerinde yargı kararları – özellikle bir yüksek mahkemeninkiler – belirli bir davada verilen kararlardan daha çok önemlidir ve bu açıdan bir hukuk kaynağı olarak görülebilir. CCJE üyesi medeni hukuk ülkelerinin sunduğu raporlarda, hukuk devleti, yasa önünde eşitlik, adalet ilkesi, adil yargılanma hakkı ve yasanın düzgün bir şekilde uygulanması kavramının temelini oluşturan yüksek mahkemelerin konumuna ilişkin anayasal kurallara yer verilmiştir. Yasama düzeyinde ise, mahkemelerin teşkilatlanmasına dair yasalar (özellikle yüksek mahkemenin yetkileri), anayasa mahkemelerine dair yasalar ve yüksek mahkemelere erişim kriterlerini belirleyen yasalar da uygun sayılmaktadır.

14. *Stare decisis* doktrini uyarınca, emsal teşkil eden bir karar uygun bir karardır. Medeni hukuk ülkelerinde kararların uygun olabilmesi için, genellikle, belirli bir hukuk meselesi konusunda verilen kararların birbirine benzemesi ve genel eğilimi (yerleşik içtihat, *jurisprudence constante*, *ständige Rechtsprechung*) yansıtması gerekir. Bu, hiç kuşkusuz, yüksek mahkemenin daha önce karara bağlanmamış bir hukuk meselesi konusunda ilk defa vereceği kararın içtihat niteliğine sahip olmasını engellemeyecektir. Bir içtihadın ne zaman yerleşik olarak addedileceğine dair herhangi bir formül olmadığı kabul edilmektedir. Günümüzde, medeni hukuk ülkelerinde birçok yüksek mahkeme, ileriki davalarda uygulanacak normları belirlemek için dava seçme yetkisine sahiptir. O halde, bu davalarda yüksek mahkeme tarafından emsal teşkil etmesi için alınan kararlar yerleşik içtihat olarak kabul edilebilir.

IV. İÇTİHADIN STANDARTLARA UYGUN OLMASINI SAĞLAMA ARAÇLARI

a. Resmî, yarı resmî ve gayriresmî mekanizmalar

15. Mahkemelerin tutarlı bir içtihat temin etmesini sağlayan bir takım resmî, yarı resmî ve gayriresmî mekanizmalar vardır.

16. İstinaf mahkemelerine¹¹ ve özellikle yüksek mahkemeler veya Yargıtaya taşınan hukuki davalar, yasanın düzgün bir şekilde yorumlanması ve uygulanması üzerinde en direkt etkiye sahiptir. Yüksek mahkemelerdeki bu işlemler, örneğin (1) bir davacının karara itirazı (bir hukuk meselesiyle ilgili nihai rücu davası; düzeltme, temyiz) konusunda hüküm vermekten ibaret olabilir; (2) yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamayı veya içtihat yoluyla hukukun geliştirilmesini amaçlayan bir savcı (veya benzer bir kamu organı) tarafından yüksek mahkemeye yapılan özel bir başvuru (hukuk davalarında) şeklinde olabilir, ki bu birçok sistemde dava taraflarının haklarını etkilemeyecek şekilde bir tespit kararıyla sonuçlanmaktadır; (3) tamamıyla soyut bir şekilde – belirli bir davayla ilgili yapılan itiraz nedeniyle değil – açıklayıcı bir beyanda (ki bu, örneğin “standart karar”, görüş, ilkesel hukuki mütalaa olarak adlandırılır) bulunmaktan ibaret olabilir; (4) alt mahkemenin talebi üzerine, henüz çözüme bağlanmamış bir dava çerçevesinde mahdud bir hukuk meselesiyle ilgili kabul edilen bir ön karar şeklinde olabilir.

17. Yarı resmî mekanizmalar, örneğin aynı mahkemedeki hâkimlerin veya aynı dereceden farklı mahkemelerdeki hâkimlerin veya daha yüksek bir mahkemedeki hâkimlerin düzenli toplantılarını içerir. Bu toplantılar, tamamen gayriresmî veya belirli bir dereceye kadar kurumsal bir nitelik taşıyabilir. Yerleşik içtihat uyarınca (örneğin, hukuk davalarında kişiye verilen zarara ilişkin tazminat skalaları, ceza davalarında verilecek hükümlerin belirlenmesi veya geri ödenebilir avukat ücretlerinin tanımlanması – geçerli bir avukatlık ücret tarifesi yoksa) dikkatin uygulanabilir ilkelere çekildiği “kılavuz ilkeler”in (hâkimlerin bireysel olarak değerlendirilmesi hususuna da yeterince yer ayırmaktadır) yayımlanması benzer etkilere sahip olabilir.

18. Üçüncü sırada, uygulamada içtihat farklılıkları olduğunda hâkimlerin mutabakata varmak için gayriresmî istişareleri gibi tamamen gayriresmî mekanizmalar bulunmaktadır. Hukuk ve yargı

¹¹ “İstinaf mahkemeleri” aynı zamanda istinaf kurullarını belirtmek için kullanılır.

alanındaki hizmet içi eğitim, içtihatların öngörülebilirliği ve içtihatlarla belli bir standart getirilmesi için oldukça önemlidir.

19. Bu yarı resmî ve gayriresmî mekanizmalar yasanın aynı şekilde uygulanmasını amaçlamaktadır, fakat bu bağlamda çıkarılan sonuçlar hâkimin bağımsızlığını ihlal etmemelidir.

b. Yüksek mahkemelerin rolü

20. İçtihatteki çelişkileri çözmek ilk olarak yüksek mahkemenin görevidir. Yüksek mahkeme, tutarsızlıkları düzeltmek ve böylece halkın yargıya duyduğu güveni sürdürmek için içtihadı belli bir standart getirilmesini temin etmelidir.¹² Bir taraftan içtihadı belli bir standart getirilmesine ilişkin değerlendirmeler ile diğer taraftan yüksek mahkemeye erişim mekanizmaları arasında doğal bir bağlantı vardır.

21. CCJE, hukuk geleneklerindeki ve yargının organizasyonundaki farklılıklar sebebiyle Avrupa'da yüksek mahkemelere erişimin bir ülkeden diğerine farklılık gösterdiğini kabul etmektedir. Yüksek mahkemelerin ağırlıklı olarak özel veya kamusal bir işlevle mi hizmet vermesi gerektiği konusunda da aynı durum söz konusudur. Birinci işlev, her bireysel davaya tarafların menfaatine adil ve doğru bir çözüm bulmaktan ibarettir. İkinci işlev ise, içtihadı belli bir standart getirmek ve hukuku geliştirmek suretiyle kamu menfaatini korumak ve teşvik etmekle ilgilidir. Bu, Görüş'ün kapsamını aşacağından CCJE, yüksek mahkemelerin nasıl organize edileceği ve bu mahkemelere nasıl ulaşılacağına dair herhangi bir tavsiyede bulunmayacaktır¹³. Bununla birlikte, yüksek mahkemenin içtihadı belli bir standart getirilmesini sağlama sorumluluğu, yüksek mahkemeye yapılan temyiz başvurularına ilişkin uygun seçim kriterlerinin belirlenmesini gerektirebilir. Sınırsız bir temyiz hakkı tanıyan ülkeler, temyiz başvurusu için izin alma zorunluluğunu veya bir başka uygun filtreleme mekanizmasını getirmeyi düşünebilir. Bu bağlamda, CCJE, R (95) 5 No.lu Tavsiye Kararı'nda ifade edilen görüşleri hatırlatır¹⁴.

22. Temyiz başvuru izni için bu tür kriterlerin uygulanması, özellikle ihtilafın yüksek mahkeme tarafından çözümünün söz konusu davanın kapsamını da aşan bir öneme sahip olduğuna işaret etmektedir. Yüksek mahkemenin verdiği karar, prensip olarak gelecekteki davalarda da izlenmeli ve bu sebeple alt mahkemeler, gelecekteki davaların tüm tarafları ve onların avukatları için önemli bir rehber niteliğindedir. Yalnızca emsal değeri olan davaların yüksek mahkeme tarafından karara bağlanması ancak bu tür seçim kriterleriyle mümkündür. Bu tür davaların yüksek mahkemeye taşınmasını sağlayan yegâne kriterler yine bunlardır. Böylece, yüksek mahkeme, hukukun tüm alanlarında gelecekteki davalarda etkili olacak kuralları belirleme görevini de etkili bir şekilde yerine getirebilir. Hukuk davalarında bir şikâyetin değeri veya ceza davalarında söz konusu cezanın ağırlığı gibi diğer seçim kriterleri bu amaçlara hizmet edemez.

23. CCJE, yüksek mahkemelerin içtihadın standartlara uygun olmasını sağlama ve sürdürme sorumluluğunun onların sık sık müdahale edebilecekleri şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Böyle bir yaklaşım, kaçınılmaz olarak, hem yüksek mahkemelerin baktığı davalarda gecikmeye ve verdikleri hükümlerin kalitesinde azalmaya, hem de bizzat yüksek mahkemenin içtihadında çelişkilere de yol açacaktır; ayrıca, açıktır ki bir yüksek mahkemenin baktığı dava sayısı aşırı derecede yüksekse, onun içtihadı sıklıkla göz ardı edilecektir. Bu sebeple, alt mahkemelerin

¹² AİHM, 12 Mayıs 2012 tarihli ve 34796/09 sayılı Albu ve diğerleri / Romanya Davası.

¹³ Bkz. Yargı kararlarının kalitesine ilişkin CCJE 11(2008) sayılı Görüş.

¹⁴ Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hukuki ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ile Usullerinin İşleyişinin Geliştirilmesi hakkında üye devletlere yönelik R (95) 5 No.lu Tavsiye Kararı (Madde 7(c)): "Üçüncü mahkemeye temyiz başvuruları, özellikle üçüncü kez adli inceleme gerektiren davalar – örneğin, hukukun gelişmesine veya yasanın yorumlanmasına belli bir standart getirilmesine katkı sağlayabilecek davalar – için geçerli olmalıdır. Bu başvurular, kamusal önem taşıyan genel nitelikteki hukuki konularla da sınırlandırılabilir. Temyiz başvurusunda bulunan kişi, davanın bu amaçlara katkısı olacağına ilişkin nedenlerini belirtmeye mecbur tutulmalıdır".

çelişkili kararlarının mevcudiyeti, sırf dava taraflarına yüksek mahkemeye sınırsız erişim hakkı tanımakla çözülemez.

24. Aynı mahkeme içerisinde içtihadın standartlara uygun olmasını sağlamaya yönelik araçların varlığı özellikle yüksek mahkemeler için uygundur. Yüksek mahkeme içtihadın standartlara uygun olmasını sağlamak yerine bizzat bir belirsizlik ve çelişkili içtihat kaynağı olursa, bu durum bilhassa çok sorun teşkil eder. Bu sebeple, yüksek mahkeme içerisinde bu tutarsızlıkları giderebilecek mekanizmaların bulunması çok önemlidir. Bu araçlar, örneğin, yüksek mahkemenin içtihadı farklıysa veya yerleşik bir emsalin tekrar gözden geçirilmesi ya da muhtemelen değiştirilmesi düşünülüyorsa, Büyük Daireye (Grand Chamber) sevk veya daha geniş jürilerin toplanmasını şeklinde olabilir. Bir dairenin içtihadından vaz geçmek istediği başka bir daireyle en azından “fikir alışverişi”nde bulunması gerekli olabilir. Yukarıda 19. paragrafta bahsedilen gayriresmî mekanizmalar da yararlı olacaktır.

25. CCJE’ye göre, istinaf mahkemelerinin içtihadındaki çelişkileri (aynı istinaf mahkemesi içinde olsun veya farklı istinaf mahkemeleri arasında olsun) gidermenin en iyi yolu, hukuk meseleleriyle ilgili olarak yüksek mahkemeye temyiz için başvurma imkânının olmasıdır.

c. İstinaf mahkemelerinin rolü

26. Hatırlatalım ki yüksek mahkemelere erişim hakkının istisnai bir durum teşkil etmesi halinde, istinaf mahkemeleri birçok dava için en üst derece mahkeme haline gelecektir. Bu sebeple, bu mahkemeler, yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlama ihtiyacını da kapsayan, adaletin kalitesini temin etme rollerini gerçekleştirebilecek durumda olmalıdır. İctihatta tutarlılığın sağlanması zaman alabilir; o nedenle, hukukta kesinlik ilkesini tehlikeye atmadan içtihadındaki çelişkiler belli bir süre tolere edilebilir.¹⁵ Dolayısıyla, CCJE’ye göre, istinaf mahkemeleri çelişkili kararlar verir vermez yüksek mahkemeden birden müdahale etmesi ille de istenmemelidir. Birçok davada, istinaf mahkemelerinin yasaları zamanında ve düzgün bir şekilde uygulamaları beklenebilir. Bu sebeple, istinaf mahkemeleri yasaların düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamada önemli bir role sahiptir.

d. İhtisas mahkemeleri

27. Alt dereceli ihtisas mahkemelerinin mevcudiyeti, yargı yapısının en üstünde genel yargı yetkisine sahip sadece bir yüksek mahkeme varsa, içtihadın standarda uygunluğunu ille de çok olumsuz bir şekilde etkilemez. Bununla birlikte, birçok “yüksek mahkeme” veya nihai yargı yetkisine sahip mahkemeler mevcut ise ve bu mahkemeler aynı hukuki meselelere bakıyorsa, bu durum yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasında bir takım sorunlara yol açabilir. AİHM içtihadı uyarınca, bu gibi durumlarda iç hukukun bu farklı ve bağımsız yüksek mahkemeler arasındaki tutarsızlıkları giderecek resmî veya gayriresmî mekanizmalar öngörmesi ve bu mekanizmaların birleştirici bir etkiye sahip olması çok önemlidir¹⁶.

e. Mücerret olarak bağlayıcı açıklayıcı beyanlar

28. CCJE’ye göre, yüksek bir mahkeme, gelecek için rehberlik etmek ve böylece içtihadın standarda uygunluğunu ve hukukun gelişimini sağlamaktan ibaret olan kamusal görevini düzgün bir temyiz filtreleme sistemiyle başarabilir. Bu filtreleme sistemi, yüksek bir mahkemenin genel kurul toplantılarında kabul edilen bağlayıcı açıklayıcı beyanlar veya genel görüşler şeklinde mücerret olarak yasa yapmaya tercih edilmelidir. Birçok ülkede (henüz) mevcut olan bu araçlar¹⁷, ön kararların aksine, somut veya askıdaki davalardan bağımsız olarak ve bu davaların tarafları ile bunların avukatlarının görüşleri alınmadan kabul edilmektedir. Bu araçların içtihadın standarda uygunluğu ve hukuki kesinlik

¹⁵ AİHM, 12 Mayıs 2012 tarihli ve 34796/09 sayılı Albu ve diğerleri / Romanya Davası.

¹⁶ AİHM, 20 Ekim 2011 tarihli ve 13279/05 sayılı Şahin ve Şahin / Türkiye Davası.

¹⁷ Yukarıda 16. paragrafın 3. maddesinde belirtilen bu araçlar –bağlayıcı olmadıkları ve görülmekte olan davalara atıfta bulunmadıkları için–, aynı paragrafın 2. maddesinde belirtilen ve herhangi bir itiraz yöneltilmeyen araçlardan farklıdır.

üzerinde olumlu bir etkisi olabileceğini kabul eden CCJE, kuvvetler ayrılığı sisteminde yargı erkine atfedilen rol açısından bu araçların endişe verici olduğu görüşündedir.

f. Ön kararlar

29. Bazı ülkelerde, görülmekte olan davalar çerçevesinde alt derece mahkemelerin bir hukuk sorununun yorumuyla ilgili bir hususu yüksek mahkemeye taşıma imkânı vardır. Bu imkân, ileride oluşabilecek farklılıkları önleyebileceğinden, yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasına katkıda bulunabilir. Öte yandan, bu tür ön kararlar, soruna vaktinden önce verilmiş uygun bir yanıt olabilir ve böylece hukukun sürekli gelişimini engelleyebilir.

V. İÇTİHADA UYMAMA

a. Hukukun gelişimi için yasalarda katılığın ve engellerin önlenmesi ihtiyacı

30. CCJE; yasanın önünde eşitlik ilkesi ve yasanın düzgün bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gözetilirken, bunun, kanunlarda katılığa ve hukukun gelişiminde engellere yol açmaması gerektiği görüşündedir. Dolayısıyla, “benzer davalar aynı şekilde hükme bağlanmalıdır” koşulu mutlak bir zorunluluk olarak görülmemelidir. İçtihadın gelişimi, kendi içinde, adaletin düzgün işleyişine aykırı değildir; zira içtihat geliştirilmez ve günün koşullarına uyarlanmazsa her türlü reform ya da iyileştirme çabası sonuçsuz kalacaktır¹⁸. Toplumdaki değişimler, yasanın yeniden yorumlanmasını ve dolayısıyla önceki içtihadı uyulmamayı gerektirebilir. Kaldı ki, uluslararası mahkeme ve antlaşma organlarının (Avrupa Birliği Adalet Divanı veya AİHM gibi) kararları da çoğu zaman ulusal içtihadın tashih edilmesi ihtiyacıyla sonuçlanmaktadır.

31. İçtihadı uymamanın bir başka sebebi de yasanın bir önceki yorumunu iyileştirme ihtiyacı olabilir. Bununla birlikte, ancak acil bir değişiklik ihtiyacı varsa böyle bir iyileştirmeye gidilmelidir. CCJE’ye göre, hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik hususları, daha önce yerleşik bir içtihadı bulunan hukuki bir meselenin yeniden açılmaması gerektiği varsayımını desteklemelidir. Böylece, belirli bir hukuk meselesine ilişkin içtihat standartlara ne kadar uygun olursa, bu içtihadı uymayan hâkimin kendi kararını ikna edici bir şekilde gerekçelendirmesi de o kadar zor olacaktır.

b. Yerleşik içtihadı uymamanın gerekçelerini açıkça belirtme zorunluluğu

32. CCJE’nin kanaatine göre, hâkimlerin prensip olarak yasayı tutarlı bir şekilde uygulamaları isteniyorsa, bir mahkemenin önceki içtihadı uymamaya karar vermesi durumunda bunu net bir şekilde kararlarında belirtmeleri çok önemlidir¹⁹. Kararın gerekçelerinde hâkim, yerleşik içtihadın ilgili davada farklı olduğunu bildiğini açık bir şekilde belirtmeli ve bunun neden uygulanamayacağını detaylı bir şekilde açıklamalıdır. Hâkimin içtihadı bilinçli bir şekilde uyup uymadığı (yani değişiklik yapmak amacıyla) veya mahkemenin önceki içtihadı kaale alıp almadığı ya da onu bilmezlikten gelip gelmediği ancak bu yöntemle belirlenebilir. Kaldı ki hukukta gerçek bir gelişme ancak bu şekilde sağlanabilir. Bu koşullara uymamak keyfi olarak değerlendirilebilir ve bireyin adil yargılanma hakkına ihlal teşkil edebilir²⁰.

c. Yargının bağımsızlığı ilkesi ve içtihadın bağlayıcı gücü

33. Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde, emsal kararı dikkate alma prensibine (*stare decisis*) göre, yalnızca yüksek mahkemeler ve bazı durumlarda aynı dereceden mahkemeler önceki içtihadı uymayabilirken, alt derece mahkemeleri ise genellikle yüksek mahkemelerin emsal kararları

¹⁸ AİHM, 20 Ekim 2011 tarihli ve 13279/05 sayılı Şahin ve Şahin / Türkiye Davası, paragraf 58.

¹⁹ Bkz. Yargı kararlarının kalitesine ilişkin CCJE 11(2008) sayılı Görüş, paragraf 49.

²⁰ Bkz. AİHM, Brezovic/Hırvatistan Davası.

bağlamaktadır. Bu sebeple, alt derece mahkemelerin bu yetkisizliği yargı bağımsızlığı şartlarıyla bağdaşmıyor şeklinde değerlendirilmez²¹.

34. Aksine, birçok medeni hukuk ülkesinde, hâkimlerin bağımsızlığının (anayasal) teminatı, özellikle, hâkimlerin karar verirken yalnızca Anayasa, uluslararası antlaşmalar ve yasalara uymaları gerektiği, ancak daha yüksek mahkemelerin önceki benzer davalarda verdiği adli kararlara uyma zorunlulukları olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, alt mahkemelerin de daha yüksek mahkemelerin yerleşik içtihadına uymayabileceği kabul edilmektedir. CCJE, farklı yasal geleneklerin, yüksek mahkemelerin emsal kararları ile alt mahkemelerdeki hâkimlerin bağımsızlığı arasındaki ilişkilerde farklı bir algıya yol açabileceğini ve bu farklı yaklaşımların bir arada var olmayı sürdürebileceklerini kabul etmektedir.

35. Bununla birlikte, ilk olarak, şayet bir alt mahkeme üst derece bir mahkemenin yerleşik içtihadına uymamaya karar verirse, yukarıda **b** alt başlığında belirtilen gerekçelere dair koşulların tamamen uygulanması esastır. İkinci olarak, alt mahkemenin üst mahkemenin içtihadına uymaması durumunda, karara karşı bu üst mahkemeye temyiz yolu açık olmalıdır. İhtilafı meseleye dair son söz üst mahkemede olmalı ve üst mahkeme, önceki içtihadında ısrar edip etmeyeceğine veya alt mahkemenin ileri sürdüğü argümanları göz önünde bulundurarak bu içtihadı değiştirip değiştirmeyeceğine karar vermelidir.

36. Eğer taraflar haklı olarak mevcut içtihadı güveniyorsa, CCJE'ye göre, içtihadı uymamayı düşünen mahkemenin mümkün olduğunca aşırı bir sürprize yol açmaktan kaçınması gerekmektedir. Mahkeme, taraflara içtihadı uymamayı düşündüğünü ve ona göre argümanlarını hazırlamalarına ve gerekirse gözden geçirmelerine olanak tanıdığını anlatmalıdır. İstisnai durumlarda, ileride içtihadı uymama tercihi bile, haklı olarak mevcut içtihadı güvenen taraflar açısından karardaki aşırı katılığı önlemek için kabul edilebilir bir araç olabilir.

d. Davaları ayırt etme

37. Karar verme, görülen davanın özel şartlarının tamamının değerlendirilmesini gerektirir. Bu bakımdan, içtihadın standarda uygunluğunun da sınırları vardır. İchtihadın uygunluğu, önceki davanın esasen benzer olaylara dayalı olduğu ön koşuluna dayanır. İchtihadı dayanırken, kararların alındığı davanın bağlam ve koşullarının göz önünde bulundurulması gerekir.

38. Davaları ayırt etmek için uygun teknikler geliştirirken uygun içtihadı analiz etmeye de gereğince odaklanılmalıdır. Bu teknikler, bir davanın, görünürde önceki kararın yer aldığı kategori içerisinde sınıflandırılmamasını sağlar; böylece, dikkatli ve eleştirel bir analiz sayesinde, önceki kararın aslında bir emsal teşkil etmediği ortaya çıkar. Söz konusu fiili durumdaki farklılıkların el vermesi halinde iki ihtilafı farklı şekilde ele almak, içtihadta çelişki olduğu şeklinde değerlendirilemez.

e. Yerleşik içtihadı uymamanın hâkimler açısından sonuçları

39. Kanun bilgisi – içtihat bilgisi de dâhil – yargı yetkinliği ve gayretinin bir yönüdür; bununla birlikte, iyi niyetle hareket edip de yerleşik içtihadı uymayan ve bunun gerekçelerini sunan hâkimin içtihadta değişiklik yapma konusunda cesareti kırılmamalıdır. İchtihadı bu şekilde uymama, disiplin yaptırımlarına yol açmamalı veya hâkimin çalışmasının değerlendirilmesini etkilememeli ve yargı bağımsızlığının bir unsuru olarak görülmelidir.

VI. İÇTİHADIN YAYIMLANMASI VE RAPORLANMASI

40. Yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamak için uygun bir içtihat raporlama sistemi zorunludur. Yalnızca münferit dava taraflarının değil, diğer mahkemelerin, avukatların, savcılarının,

²¹ Doğrusu, Anglosakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde alt mahkemelerin emsal kararlarının yüksek mahkemeler üzerinde asla bağlayıcılığı yoktur.

akademisyenlerin ve kamunun da bu konuda bilgi sahibi olabilmeleri için en azından yüksek mahkemelerin ve istinaf mahkemelerinin kararlarının yayımlanması gerekir; çünkü ancak bu şekilde bu kararlar ileriki davalarda esas alınabilir²².

41. Resmî, yarı resmî ve özel nitelikte olabilen bu raporlar, klasik kâğıt formatında veya özel veya kamusal elektronik veri tabanı şeklinde düzenlenebilir. Hâkimlerin, yüksek mahkemelerle istinaf mahkemelerinin içtihadına ilişkin en az bir elektronik veri tabanına ücretsiz erişimleri ve bunun için de eğitimleri olmalıdır.

42. CCJE, farklı hukuk geleneklerinin değişik türde adli kararlara ve aynı zamanda hangi kararların ne şekilde yayımlanması gerektiğine dair farklı konseptlere yol açtığını kabul etmektedir. Bununla birlikte, CCJE, rapor edilen kararların yeterince benzerlik taşımayan ileriki davalarda gereksiz yere kullanılmasını engellemek için davanın fiili koşullarıyla bağlamının özenle incelenmesi gerektiğini şiddetle vurgulamaktadır. CCJE, emsal karar arama işlemini kolaylaştırmak için maddi olguları da içeren karar özetlerini (dizinler veya düsturlar) yayımlama uygulamasını hoş karşılamaktadır.

43. Yüksek mahkemeler veya istinaf mahkemeleri çok sayıda içtihat ürettiklerinde, bu içtihatların yalnızca yayımlanması hâkimler, avukatlar ve akademisyenlerin içtihatları düzgün bir şekilde takip edebilmeleri için yeterli olmamaktadır. Bu gibi durumlarda, CCJE, ileriki davalarda takip edilecek önemli standartları belirleyen kararların seçileceği ve bunların büyük ölçüde dikkate alınmalarını sağlayacak şekilde yayımlanacağı (örneğin “önemli kararlar derlemesi” şeklinde) bir sistemi gerekli görmektedir.

VII. DİĞER İLGİLİ HUSUSLAR

a. Üç devlet erkinin sorumlulukları

44. Yasayı düzgün bir şekilde uygulama kavramı, devletin tüm organları için geçerlidir: yasama erki, yürütme erki ve yargı erki. Bu açıdan, devletin organları birbirine bağlı ve bağımlıdır, çünkü hepsi de hukuk kurallarının tutarlılığını teşvik etmek ve bu kuralların uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk mümkün olduğunca net, öngörülebilir ve tutarlı olmalıdır; yasama erki, yasaları değiştirirken, değişikliğe girilen alanlarda geliştirilen içtihadı göz önünde bulundurmalıdır. Yasalar gereksiz anlam karmaşası ve iç çelişkilere meydan vermeksizin mantıksal açıdan tutarlı ve açık bir şekilde yazıya dökülmüş olarak iyice hazırlandığı takdirde, mahkemeler yasaların düzgün bir şekilde uygulanmasını daha iyi sağlayabilir.

45. CCJE, son derece düzenli bir modern toplumda yasama reformlarının kaçınılmaz olduğunu kabul etmekle birlikte sık, bazen tutarsız ve aceleci yasa değişikliklerinin yasamanın kalitesine ve hukuki kesinliğe zarar verdiği uyarısında bulunmaktadır. Yasa değişikliklerinin bölüm bölüm yapılması ve bu şekilde değiştirilen yasaların karmaşıklığı da hukuki kesinlik ilkesine gölge düşürmektedir.

46. İchtihattaki çelişkiler, bazen, mahkemelerin içtihadı düzgün ve genel olarak kabul edilebilir bir biçimde yorumlamalarını engelleyen muğlak olarak hazırlanmış yasalardan kaynaklanmaktadır. CCJE, bu durumda yasada değişiklik yapmanın nihayetinde yasamanın görevi olduğu görüşündedir. Bu, yine de karmaşık ve detaylı bir düzenleme hedeflendiği anlamına gelmemelidir. Geniş tanımlar ve açık normlar, mahkemelere en gerekli olan esnekliği sağladıklarından ve yasadaki boşlukları doldurma ihtiyacı doğduğunda faydalı olabildiklerinden çoğu zaman zorunludur. AİHM’nin de yine belirttiği gibi, her ne kadar yasada kesinlik çok istenen bir özellik olsa da, aşırı bir katılığı beraberinde getirebilir. Oysaki yasa değişen koşullara ayak uydurabilmelidir²³.

b. Avukatlarla savcıların rolü

²² Bkz. Adalet ve bilgi teknolojilerine ilişkin CCJE 14(2011) sayılı Görüş.

²³ AİHM, 14 Nisan 2009 tarihli ve 18297/08 sayılı Borisenko ve Yerevanyan Bazalt Ltd. / Ermenistan Davası.

47. Yasaların düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamada avukatların ve cumhuriyet savcılarının rolü çok önemlidir. Dava tarafları için adaletin için en iyi şekilde uygulanabilmesi için avukatlarla cumhuriyet savcıları gerekli katkıyı sağlamalıdır. Avukatlarla cumhuriyet savcıları, içtihadı dair gerekli araştırmaları yapmalı ve önceki yargı kararlarının neden uygulanacağı veya uygulanamayacağı konusunda gerekçelerini sunmalıdırlar.

c. Uluslararası ve uluslarüstü hukukun düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamak

48. Hukukun uluslararası bir nitelik kazanması, farklı ülkelerde uygulamada birliğin nasıl sağlanacağı hususunda bir takım zorluklara yol açmaktadır. Uluslararası antlaşmalara ilişkin olarak, tüm taraf devletlerde bunların düzgün bir şekilde uygulanmasına gereken özen gösterilmelidir. Ulusal yasalar ile uluslararası antlaşmalar arasındaki çelişkilerden kaçınılmalıdır. Bu amaçlar, bir devlette “düalist sistem” (uluslararası hukukun doğrudan uygulanmadığı, bir iç mevzuatın gerekli olduğu sistem) veya “monist sistem” (uluslararası hukukun iç hukuka entegre edilmesinin gerekli olmadığı, uluslararası antlaşmanın imzalanır imzalanmaz mahkemelerce doğrudan uygulanabildiği sistem) olup olmadığına bakılmaksızın gözetilmelidir. Bunun için, bir arada var olan ve kısmen entegre olmuş hukuk sistemlerinin bir bütün olarak işlemlerini sağlamak için farklı seviyelerde hukuk kuralları arasındaki özel etkileşimi açıklamak gerekir²⁴.

VIII. BAŞLICA SONUÇLAR VE TAVSİYELER

- a. Emsal kararları bir hukuk kaynağı olarak değerlendirilsin ya da değerlendirilmesin veya bağlayıcı olsun ya da olmasın, bir kararı önceki kararlara dayanarak gerekçelendirmek, hem Anglosakson hem de medeni hukuk ülkelerindeki hâkimler için güçlü bir araç teşkil etmektedir.
- b. Yasanın eşit ve düzgün biçimde uygulanması, hukukun üstünlüğüyle yönetilen bir devlette yasanın genel niteliğini, yasa önünde eşitliği ve hukuki kesinliği güvence altına alır. Yasaların düzgün biçimde uygulanması, halkın doğruluk ve adalet algısını ve adaletin işleyişine duyduğu güveni güçlendirir.
- c. Mahkemelerin – özellikle de son derece mahkemelerinin – sürekli çelişkili kararlar vermesi, AİHS’nin 6(1) maddesinde öngörülen adil yargılanma ilkesine zarar verebilir.
- d. Yasanın düzgün biçimde uygulanmasını sağlama ihtiyacı uygulamada katılığa yol açmamalı, hukukun gerekli gelişimini aşırı derecede kısıtlamamalı ve yargı bağımsızlığı ilkesini tehlikeye atmamalıdır.
- e. İçtihadındaki çelişkileri gidermek, yasaların tutarlı ve düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve içtihat aracılığıyla hukukun gelişimini sürdürmek en başta yüksek mahkemenin görevidir.
- f. İçtihadın standarda uygunluğunu ve tutarlılığını sağlamak açısından, yüksek mahkemenin temyiz yoluna ya da bir başka uygun filtreleme mekanizmasına izin verme yetkisinin olması en uygun olanıdır. Seçim kriterleri, yüksek mahkemenin, içtihadın standarda uygunluğunu ve hukukun gelişimini sağlamaktan ibaret olan kamusal işlevini gözetmelidir.

²⁴ Bu hususta, CCJE, uluslararası hukukun ve Avrupa hukukunun etkili bir şekilde uygulanmasında ulusal hâkimlerin rolüne dair 9(2006) sayılı Görüş’üne atıfta bulunmaktadır.

- g. İctihadın standarda uygunluğu ve hukuki kesinlik üzerinde olumlu bir etkisi olabileceğini kabul ederek, bir mahkemenin genel kurul toplantılarında kabul edilen bağlayıcı açıklayıcı beyanlar veya genel görüşler şeklinde mücerret olarak yasa yapmak, erklerin ayrılığı sisteminde yargının rolü açısından endişe uyandırmaktadır.
- h. Yasaların düzgün biçimde uygulanmasında istinaf mahkemeleri de önemli role sahiptir.
- i. Yüksek mahkemelerde, kendi bünyelerinde verilen kararlarla ilgili tutarsızlıkları giderebilecek mekanizmalar bulunması oldukça önemlidir.
- j. Hukukun belirli alanlarında nihai yargı yetkisine sahip birden çok mahkemenin bulunması durumunda, iç hukukun bu farklı ve bağımsız yüksek mahkemeler arasındaki tutarsızlıkları giderecek resmî veya gayriresmî mekanizmalar öngörmesi ve bu mekanizmaların birleştirici bir etkiye sahip olması çok önemlidir.
- k. Bir mahkeme önceki içtihadı uymamaya karar verdiğinde, bunu kararında açık bir şekilde belirtmelidir. Hâkimin bu konudaki yerleşik içtihadın farklı olduğunu bildiğı ve daha önceki içtihadın neden uygulanamayacağı detaylı bir şekilde izah etmelidir.
- l. Önceki kararlar, ayrıntılı ve eleştirel bir inceleme sonucunda söz konusu davaların koşulları ve bağlamının farklı olduğu ortaya çıkarsa, başka bir davanın fiili ve hukuki durumlarına uygulanamaz.
- m. Yasanın düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamak için yüksek mahkemelerle istinaf mahkemelerinin uygun bir içtihat raporlama sistemine sahip olmaları şarttır.