

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Davut BÜLBÜL

HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ

Danışman
Doç.Dr. Köksal KOCAĞA

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya 2009

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
GENEL BİLGİLER.....	4
1.1. Takdir yetkisi.....	4
1.2. Takdir Hakkının Tarihçesi	5
1.3. Takdir Hakkının Medeni Hukuk ile Diğer Hukuk Alanlarında Düzenlenişi ve Uygulaması	6
1.3.1. Medeni Yargılama Hukukundaki Hakimin Takdiri ile İlişkisi	6
1.3.2. Ceza Hukukundaki Hakimin Takdiri İle İlişkisi	13
1.3.3. İdare Hukukundaki Hâkimin Takdiri İle İlişkisi.....	19
1.3.4. Sorumluluk ile Sigorta ve Ticaret Hukukunda Hâkimin Takdiri	21
1.3.4.1. Sorumluluk Hukukunda:.....	21
1.3.4.2. Sigorta Hukukunda	22
1.3.4.3. Ticaret Hukukunda.....	23
HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMININ TANIMI, HUKUKİ NİTELĞİ VE BENZERİ KAVRAMLARLA MUKAYESESİ.....	24
2.1. HAKİMİN TAKDİRİ KAVRAMI.....	24
2.1.1. Tanımı	27
2.1.2. Hukuki Niteliği	27
2.1.3. Takdir Hakkının Sınırları:	29
2.1.3.1. Yasaya Uygunluk.....	29
2.1.3.2. Makul olmak.....	30
2.1.4. Takdir Yetkisinin Türleri	32
2.1.4.1. Hukukî Olaya İlişkin Takdir yetkisi.....	32
2.1.4.2. Hukuki Sonuçlara ilişkin Takdir yetkisi.....	34
2.1.4.3. Hukuki Olaya ve Sonuçlara İlişkin Takdir yetkisi	36
2.2. HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN BENZERİ KAVRAMLARLA MUKAYESESİ.....	37
2.2.1.1. Yorum metotları	38
2.2.1.3. Kanunun sistemi	39
2.2.1.4. Kanunun hazırlık çalışmaları.....	40
2.2.1.4. Hükmün Amacı	40
2.2.1.5. Yorumun Yapıldığı Zamandaki Şartlar ve İhtiyaçlar.....	40
2.2.2. Hukuk Yaratma	44
2.2.3. Delillerin Değerlendirilmesi.....	48
2.2.4. Objektif İyiniyet İlkesi ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı Kuralı	50
2.2.5. İdarî Takdir Yetkisi	51
TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASI VE HUKUKİ SINIRI	53
3.1. TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASI	53
3.1.1. HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASININ HUKUKİ SINIRI	60
3.1.1.1. Kanunda Hükmün Varlığı	60
3.1.1.2. Takdir Yetkisine İlişkin Bir İbare İçeren Hükümler	61
3.1.1.3. Takdir yetkisi Sınırının Tespiti ve Aşılmaması.....	61
3.1.1.4. Takdir Yetkisinin Hakkaniyete Uygun Kullanılması.....	68
3.1.4.1. Hak ve Nisfet Kavramı ve Önemi.....	71
3.1.4.2. Hak ve Nisfeti Farklı Kavramlar Olarak Değerlendiren Görüş	71
3.1.4.3. Hak ve Nisfeti Aynı Anlamda Değerlendiren Görüş.....	72
3.1.1.4.2. Hakkaniyet ile Sosyal Adalet Arasındaki İlişki	72
3.1.1.4.3. Hakimin, Somut Olayı Takdirde ve Hukuki Nitelendirmede Dikkat Edeceği Hususlar.....	74
3.1.1.4.3.1. Önyargısız ve Objektif Olmak.....	74

3.1.1.4.3.2.	Hakkaniyet Düşüncesine Bağlı Kalmak	74
3.1.1.4.3.3.	Somut Hukuki İhtilafta Adil Bir Denge Kurmak.....	75
3.1.1.4.3.4.	Hukuki Çözümün Tutarlı ve Benzer Durumlarda da Uygulanabilir Olması	75
TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASINDA DENETİM		78
4.1.	GENEL OLARAK.....	78
4.1.1.	Takdir Yetkisinin Yargıtay'ca Denetlenmesi	79
4.1.1.2.	Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hukukî Sınırların Aşılması ve Yargıtay'ın Maddi Hukuk Uygulamasındaki Denetimine Giren Konular	86
4.1.1.3.	Hukukî Nitelemede Takdir Yetkisinin Yanlış Kullanılması.....	88
4.1.1.4.	Hukukî Sonucun Doğru-Yerinde Takdir Edilmemesi.....	97
4.1.1.6.	Takdir Yetkisinin Gerekçeye Dayanmadan Kullanılması	106
SONUÇ		110
KAYNAKÇA.....		112
Ö Z G E Ç M İ Ş		115

GİRİŞ

Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesinde, hâkimin kanunu sözüyle ve Özüyle uygulaması, kanunda hüküm bulunmayan durumda örf ve âdet kuralına başvurması, örf ve adette bîr hüküm bulamaması halinde hukuk yaratması, Türk Medeni Kanunun 2 inci maddesinde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, 3 üncü maddesi ile de iyiniyet ve iyiniyet karinesi düzenlenmiştir.

Çalışmamızın konusunu ise, Türk Medeni Kanunun 4 üncü maddesinde yer bulan hakimin takdir yetkisi hususunun incelenmesi oluşturmaktadır.

Hakimin Takdir yetkisi konulu bu çalışmamızda esas itibari ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 4 üncü maddesinde anlatılan takdir hakkından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Meri Medeni Kanunumuzun 4 üncü maddesi “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” demektedir.

4721 sayılı kanunla mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin yine 4 üncü maddesinde hakimin takdir yetkisi “Kanun takdir yetkisi verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim, hak ve nasafetle hükmeder.” şeklinde tarif edilmekte idi.

Hakimin Takdir yetkisi konulu bu çalışmamız dört ana bölüm halinde ele alınıp, değerlendirilmiştir.

Özetle;

Birinci bölümde genel olarak hakimin takdir yetkisi kavramı hakkında genel bilgiler verilmiştir.

İkinci bölümde hakimin takdir yetkisi kavramının tarifi, hukuki niteliği ve benzer kavramlarla mukayesesi yapılmıştır. Bu bağlamda hakimin delilleri serbestçe takdiri, yorum ve hukuk yaratma kavramları ve diğer ilgili kavramlar incelenecektir.

Üçüncü bölümde, hakimin takdir hakkının sınırları ve hangi şartlar muvacehesinde kullanılabileceği hususu üzerinde durulmuştur. Ve bu bağlamda sosyal adalet ve hakkaniyet kavramı üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın son bölümünde ise hakimin takdir hakkının denetlenmesi hususu, emsal Yargıtay içtihatları eşliğinde açıklanmıştır. Hakimin takdir hakkının denetimi ile ilgili

içtihatlar üzerinde yapılan değerlendirmelerle takdir hakkının denetimi açıklanmıştır.

Tez konumuz olan “Hakimin Takdir yetkisi” meselesi üzerinde yaptığımız bu çalışmamız, çalışmamızın özet değerlendirmesini ihtiva eden bir sonuç bölümü ile sona erdirilmiştir.

ABSTRACT

In the first article of Turkish Civil Code, to execute the law both practically and theoretically by Judge; choose community custom instead of official laws if there is not any written article, moreover if there is not any specific custom, he/she may create jurisprudence, in the second article of Civil Code; the rule of correctitude and prohibition of abuse of right and within the third article, presumption and presumption of innocence were framed.

The subject of our study is discussing and analysing the judicial discretion in the fourth article of Civil Code.

In this study with the subject of judicial discretion basically focus on understanding the judicial discretion which is written in law no 4721 Turkish Civil Code 4th article.

4721 Turkish Civil Code which is cancelled law no 743 covering judicial discretion and describing it as “ the judge may his/her will according to equitable jurisdiction if the law give permission or in the necessity.

This study which is named judicial discretion of Judge consist of four main parts;

First Part; general concepts and information of judicial discretion are discussed.

Second Part; detailed description of judicial discretion concept and compare it with similar notions and furthermore, critical appraisal of evidence independently and make comments with create law concepts by Judge and the other relative subjects are placed.

Third part; the limits of judicial discretion and usage of this right in which circumstances are discussed. And the concepts of equity with social justice are accentuated.

In the last part of the this study explaining how to inspect judicial discretion with similar cases from Supreme Court of Appeals.

This study which is named judicial discretion as a thesis theme, ends with the summary of our study as a conclusion.

GENEL BİLGİLER

1.1. Takdir yetkisi

Hukukun, ulaşmayı amaçladığı toplumsal barış ve düzeni, hukukî güvenlik ve kararlılığı ve daha da önemlisi bilimsel, teknolojik gelişim ve değişmeler karşısında sosyal adaleti gerçekleştirebilmesi için, onun doğru ve âdil uygulanması gerekir. Hukukun uygulanması aşamasındadır ki, dogmatik bir takım düşüncelerin yol açtığı verimsiz ve spekülasyonlara yönlendirici sonuçların yaratacağı haksızlık ve adaletsizliklere engel olmak düşüncesi, çok fazla önem taşımaktadır¹.

Bütün hukuk alanlarında, hukukun bulunup ortaya çıkarılması ya da karşılaşılabilecek hukuk boşluğu durumlarında hukukun yaratılması, hukuku uygulamada esaslı iki sorun olarak karşımızda bulunur. Bu sorunlardan ilki, hukukun bulunup ortaya çıkarılması; olayların hukukî yönden sınırlarının çizilmesi (yani hukuki boyutun belirlenmesi), olayın uygulanabileceğini işaret ettiği hukuk kuralının bulunması (yani hukuki niteleme işlemi), bulunan bu kuralın normatif içeriğinin (soyut maddi unsurların) çözümü gerekli somut hukukî uyuşmazlıkla birlikte değerlendirilmesi (yani normun amacına göre, somut olaydaki adaletin sağlanması) gibi daha çok mahkemeleri temsilen hâkimleri ilgilendirir.²

Hâkime takdir hakkının tanınması ise, bu aşamadaki hukuk uygulaması sorunu ile daha çok ilgili olup, somut hukukî problemlerin çözümünde bir yandan rasyonel ve pratik ölçülere uygun olarak, diğer yandan ise hukuk ve hakkaniyet ilkelerine göre karar vermeyi gerektirir. Bu gereklilik ve zorunluluk, toplumsal değerlerde görülen yeni oluşlar ve değişiklikler karşısında hukuk düzenince pozitif hükümler konulması şeklinde kendisini göstermiştir. Hukuk uygulamasında ikinci önemli sorun ise; hukukî uyuşmazlığın çözümü ile ilgili bir hükmün kanunda yer almadığı gibi, örf-adet hukukunda da bulunmaması halinde görülür. Bu aşamada hukuk uygulayıcısı olarak hâkim, takdir hakkını kullanmaya göre daha fazla bir yük altındadır; artık kanun koyucu gibi çözüm üretmek durumundadır³. Bulacağı çözümün, somut hukukî uyuşmazlıktaki çıkarları dengeleyen, hakkaniyete uygun ve hukuk düzeninin (hukuki güvenlik ve kararlılık ilkelerini zedelemeyecek şekilde) de kabul

¹ DEMİR, Mehmet: Hakimin Takdir yetkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1994, s.4.

² YILDIRIM, M. Kâmil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.268.

³ EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987, s. 137-138.

edebileceği bir nitelikte olması gerekir⁴. Bu nedenle, ortaya çıkarılacak (konulacak) kuralın, genellik ve soyutluk İlkelerine uygun olarak, aynı ya da benzer nitelikteki diğer olayları da kapsamı gerekmektedir. Bu düşünceden hareketle, hukukun doğru ve âdil bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla, hukukun yaratılması ile ilgili olarak böyle bir ödev ve yetkiyi hâkime tanımış olmakla büyük ölçüde onu (hâkimi) edindiği hukuk kültürü, vicdanı ve hakkaniyet anlayışı ile başbaşa bırakmıştır⁵.

Hukukun bulunması sürecinde, somut olaya ait hal ve şartlar ile birlikte soyut kanun hükmünün normatif içeriğini tespiti çalışırken hâkim, objektif ve amaca uygun değerlendirme yapmakla yükümlüdür. Bu değerlendirmenin hukuken kabul edilebilirliği, hâkimin doğru ve âdil bir yargılama faaliyetinde bulunarak vereceği takdir kararının, hem kanundaki hükmün soyut unsurlarına hem de somut çözümlerin takdir yetkisi kavramının özüne ve kullanımında uyulması gereken hukukî sınırlarla uygunluk göstermesine bağlıdır⁶. Hukuk bilimi, hâkime böyle bir imkânı tanımış olmakla, hukukun nihaî amacı olan adaletin hangi somut Ölçütler yardımıyla dağıtmakta olduğunu bilimsel görüşler ve eserler ile yargısal kararlar uygulama alanında kendini daha çok hissettirmektedir. Hâkimin kendisine tanınan bu takdir hakkını (serbestiyi), tam ve doğru olarak kullanması, onun çok titiz bir hukuk araştırmacısı ve uygulamacısı olmasını gerektirdiği gibi, bağımsız ve güçlü bir hukukî vicdana sahip olmasını da gerektirir. Çünkü, hâkimin kişiliği, uygulamada edindiği bilgi birikimi ve deneyimi sayesinde takdir hakkına dayanarak vereceği kararların doğruluğu ve yerindeligi, somut olayda adaletin gerçekleşmesinde önemli ölçüde etkili olacaktır⁷.

1.2. Takdir Hakkının Tarihçesi

Mülga Türk Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinden önce Osmanlı hukukunda Türk Medeni Kanuna karşılık gelen Mecellede de, hâkimin hak ve nısfet kurallarına göre karar vermesi esası bulunmakta idi. Ancak, buna dayanarak Osmanlı hukuk uygulamasında yargı görevini yerine getiren kadı'ların günümüz çağdaş Medeni hukuk anlamında (TMK. m.4. hükmünde de belirtildiği şekli ile) hâkime tanınan takdir hakkına sahip olduklarını söyleyemeyiz. Çünkü gerek daha önceki tarihli Padişah Kanunnameleri gerekse Mecelle düzenlemesi bugünkü teknik ve özel anlamda takdir hakkını ele alıp

⁴ EDİS, s. 206-207.

⁵ İMRE, Zahit: Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu, Fikret ARIK'a Armağan, Ankara 1972, s. 15 vd.

⁶ EDİS, s. 11-12.

⁷ BİRSEN, Kemalettin: Medeni Kanunun Lafzı ile Tatbikatta Takdir Selahiyetinin ve Hukuki Mesuliyetine Dair Düşünceler, İstanbul 1944, s.91 vd.

düzenlememiştir. Türk Medeni Kanundan önceki dönemlerde ülkemizde hak ve nısfetle hüküm vermeye yönelik olarak hâkime takdir yetkisi tanıyan genel ve soyut esaslar üzerinde durmak yerine; adalet düşüncesini yansıtan hükümlerle hak ve nısfet ihtiyacı giderilmeye çalışılmıştır.⁸

1.3. Takdir Hakkının Medeni Hukuk ile Diğer Hukuk Alanlarında Düzenlenişi ve Uygulaması

Bu tezde diğer hukuk alanlarındaki hakimin takdir yetkisi konusu ile Medeni ve Borçlar Hukuku alanındaki takdir yetkisi konusu arasındaki ilişki ve farklılıklar üzerinde durulacaktır.

1.3.1. Medeni Yargılama Hukukundaki Hakimin Takdiri ile İlişkisi

Maddi hukuk anlamında takdir yetkisi Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesinde, Medeni Yargılama Hukuku ile ilgili olarak delillerin - kanıt araçlarının serbestçe değerlendirilmesi anlamında takdir ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240 inci maddesinde düzenlenmiştir. Medeni Usul Hukuku ile maddi hukuktaki takdir yetkisi arasında sıkı bir ilişki görülmekte ise de, maddi hukuktaki dar ve teknik anlamda takdir yetkisi kavramı ile usul hukukundaki takdir, pozitif birer hukuk kuralı olarak farklı temellere dayanır. Öncelikle iki takdir yetkisi arasındaki ayrılık, farklı iki temel kanunda düzenlenmiş olmaları yüzünden göze çarpar⁹. Hâkimin, usul hukukuna ait olarak kullanacağı takdir yetkisi, tamamı ile tahkikat safhası, yani hukuk kurallarının uygulanmasından önce, gerçekleştirdiği bir değerlendirme ve vakıaları tespit işleminden ibaret olup, hâkimin önündeki davanın çözümünü etkileyecek derecede önemli görülebilecek çekişmeli vakıaların ispatı için getirilen delillerle vakıaları tespit etmeye yönelik olması nedeni ile usul hukukunda söz konusu olan takdire, delillerin takdiri denilmektedir¹⁰.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240 ıncı maddesi hükmünün lafzi ifadesinin, maddenin konuluş amacı ile birlikte ele alınıp yorumlanması durumunda, hâkimin delilleri

⁸ GÜRİZ, Adnan: (Adalet Kavramı), TFK Yay., Ankara 1994., s. 16-17.

⁹ YILDIRIM, s. 81.

¹⁰ GÜRDOĞAN, Burhan: Temyiz Mahkemelerinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, SBF, C. XI, Eylül 1956, S.3, s.258-285.

serbestçe takdir etmesinin ancak kanunda aksine bir hüküm bulunmaması ya da durumun gereği olarak bunu emretmediği hallerde söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Hâkime delillerin değerlendirilmesinde böyle bir serbestinin tanınmasındaki zorunluluğun nedeni, davanın bütünü ile ilgili olarak tarafların sunduğu deliller ile karşılaşan ve yüz yüze kalan hakimin, o davayı gören ve çözmek zorunda olan olmasıdır. Hâkimin, bu delilleri önündeki olayla ilgili olarak edindiği bilgi ve sezgisini kullanarak daha iyi bir şekilde değerlendirebilecek durumdadır¹¹.

Bununla beraber, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi konusunda getirilmiş bir takım sınırlamalar da bulunmaktadır. Bunlar arasında öncelikle; senet, yemin, ikrar ve kesin hüküm gibi takdire yer bırakmayan deliller gelmektedir ki, bu haller, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesini engeller. Değerlendirmeye sınır olarak gösterilip gösterilemeyeceği konusu tartışılabilir olmakla birlikte; delil yasağı, hakimin özel bilgisini önündeki davada kullanamaması ve ortada bir delil sözleşmesinin bulunduğu durumlarda delillerin değerlendirilmesinde birer hukukî sınır olarak gösterilmektedir¹². Hâkim, delilleri belirli bir serbesti içerisinde değerlendirirken önündeki somut olaya ait şartları ve tarafların durumlarını, olay ve kişilerin içerisinde bulunduğu toplumsal ortamın özelliklerini, hukuk sisteminin uygulandığı ülkenin fizik ve beşeri durumunu gözden uzak tutamaz. Çünkü, kendisine kanunen tanınan hareket serbestisi alanı, bir taraftan mantık ve doğa bilimlerinin yasaları ile diğer taraftan maddi-somut olayın esaslı özelliklerinden çıkarılacak objektif değer ölçüleri ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamaları zorlayarak bilinçli ya da bilinçsiz bir şekilde delillerin takdirinde yapılabilecek muhtemel sapmalar ve fahiş yanılgılarla karşılaşılması durumunda üst yargı organının müdahalesi kaçınılmaz olarak kendisini gösterecektir¹³.

Hakimin, somut vakıyı ispatında tecrübe kurallarının rolü davanın çözümüne etkili olabilecek bir vakıanın tespiti işlemini kolaylaştırmak suretiyle, bir bakıma fiilî karine oluşturacak derecede ispat ölçüsü olarak kabul edilmesinde görülmektedir. Ancak bunun dışında, bu kuralların delillerin takdirinde fazlaca bir ispat değeri olmadığı da söylenebilir. Bu kuralların ispat sırasındaki değer ve ölçüsünün ne olduğunun takdiri ise, hakimin, önündeki davanın çözümü için ilgili bulunan tecrübe kuralı ya da kurallarının varlık ve değerini bilebilmesine bağlıdır¹⁴.

¹¹ HAKER, Mustafa: Hakimin Takdir yetkisi ve Bu Hakka Dokunan Temyiz Mahkemesinin Kararları, İBD, C.XXXIX, S.4-5-6, 1965, s.117-124.

¹² YILDIRIM, s.236 vd.

¹³ ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 5.Bası, İstanbul 1992, s.587 vd.

¹⁴ ÜSTÜNDAĞ, s.589-590

Hâkimin delilleri serbestçe takdir edebileceğine ilişkin kanunî düzenlemenin sadece Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanundaki özel hükümlerden ibaret olmadığını söyleyebiliriz. Gerçekten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dışında maddi hukuk kurallarını içeren Medeni Kanun ve Borçlar Kanun ile özel kanunlarda, delillerin takdirine ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir¹⁵. Medenî usulde kazanmak veya kaybetmek, çoğu kere, mahkemenin hangi maddî durumu sübut bulmuş olarak kabul edeceğine bağlıdır. Bu itibarlardır ki, taraflar bakımından önem arzeden husus, hâkimin onların iddialarını, şahitlerin beyanlarını, ibraz edilen yazılı delillerin muhtevalarını; yani iddia ve müdafaayı ne şekilde takdir edeceğidir. Taraflardan her biri, ileri sürmüş olduğu vakıaların doğruluğu hakikinde mahkemeyi ikna etmeye çalışır. Bunda muvaffak olunamaz ise, o zaman hemen isbat yükü ile ilgili olarak şu çetin problem ortaya çıkar: Acaba dâva bakımından önemli olan bir vakıa gayrı kabili isbat olduğu, yani ne bir tarafça isbat edilebilir ne de diğer tarafça çürütülebilir bir vakıa olduğu takdirde, bu, taraflardan hangisinin aleyhine olacaktır? Böyle bir hal için bizim hukukumuz, isbat yükü ile ilgili olarak bir çok kaide öngörmüştür; bu kaideler çok çeşitli naktai nazarlara dayanmaktadırlar: İsbat yükü ile ilgili genel kaide şöyledir: Taraflardan her biri, kendi hakkını dayandırdığı hukuk kaidelerinin vakıa unsurlarının mevcudiyetini isbat etmekle mükelleftir. Malûm; olduğu üzere, medenî hukuk kaidelerini, ana kaideler ve istisnaî kaideler şeklinde tefrik etmek, kanun koyucunun elindedir. Bir hakkın doğumu için gerekli olan şartların bir kısmı ana kaide halinde tesbit edilir ki, bu şartların mevcudiyeti, hakkın doğmuş olduğunu iddia eden tarafça isbat edilmek lâzımdır. İstisnaî kaideler ise, ana kaidede öngörülen hakkın doğmayacağı halleri düzenlerler; binaenaleyh talepte bulunan tarafın hasımı, istisnaî kaidedeki şartların mevcut olduğunu ispat etmek mecburiyetindedir. Ana kaideler-istisnaî kaideler tefriki, bizim konumuz bakımından önem arzeden bir başka naktai nazara, ezcümle işin normal cereyanında bazı vakıaların büyük bir ihtimalle mevcut buldukları naktai nazara da dayanmaktadır. Bu hususla ilgili bir kaç misal zikrederim: Normal olarak, yetişkin kimselerin aklî melekeleri sağlamdır; binaenaleyh bu kimseler fiil ehliyetine sahiptirler. Bu itibarlardır ki kanun, fiil ehliyetinin bulunmaması haline müteallik olmak üzere istisnaî kaideler sevk etmiştir. Böylece ispat yükü de düzenlenmiş oluyor. Bir akit yapılırken taraflardan birinin akıl hastası bulunduğunu ikim iddia ederse, o, bir istisna olarak bu vakıayı ispat etmek mecburiyetindedir. Bu akdin muteber surette vücut bulabilmesi için gerekli olan şartlar, ezcümle iradelerin karşılıklı olarak beyan edilmesi ve her iki tarafın da fiil ehliyetinin mevcudiyeti, isbat meselesi bakımından kanun koyucu tarafından müsbet veya menfi olarak çeşitli hukuk kaidelerinde tesbit edilmiştir ve buradan isbat yükünün kime düştüğü de anlaşılır. İsbat yüküyle ilgili kaideler, vakıaların gayrı kabili isbat olmaları halinde kendilerini

¹⁵ EDİS, s.202

göstermektedirler; bunlar bir tarafın iddialarını isbat bakımından acz içinde bulunması halinde, bu iddianın doğruluğuna hâkimi ikna etmekte yardımcı olurlar. Fakat benim konum, bizzat mahkeme tarafından delillerin takdiri meselesidir. Burada her şeyden önce şu soruyu sormak gerekiyor: Acaba burada hangi kaideler cari bulunmaktadır? Düşünülebilir ki, burada cari olan yegâne ve en tabî hukuk prensibi, hâkimin gerçeği araştırması ve hakikaten vuku bulmuş olan hadiseleri tesbit etmek zorunda bulunmasıdır. Hâkimin bu hedefe nasıl vasıl olacağı, onun akli selimine bırakılmak gerekir. Şu anda, sizlerin benden daha iyi bildiğiniz «akıllı kadıyla ilgili fıkra»yı düşünüyorum: Davacı, dâvâlıdan ödünç olarak vermiş olduğu 20 altını iade etmesini ister, amma dâvâlı ondan asla 20 altın ödünç almamış olduğunu söyler. Davacının hiç şahidi yoktur, o hep dâvâlıya 20 altını belli bir incir ağacının altında vermiş olduğunu tekrarlar; fakat dâvâlı böyle bir incir ağacından haberi olmadığını ifade eder. Gayet ümitsiz bir durum. Bu sırada kadı davacıya hitaben «git, şahit olarak o incir ağacını alıp buraya getir» der. Davacı hayretler içerisinde çıkıp gider; kadı, ondan sonraki dâvaları görmeye devam, eyler; bir müddet sonra birdenbire «davacının çoktan geri dönmüş olması lâzım» deyince dâvâlı hemen «olamaz kadı efendi, zira o incir ağacı buradan çok uzakta» diye cevap verir. Gayet akıllı bir hâkim, işte ideal bu olmalı. Fakat bizim usul hukukumuzdaki delillerin takdirine müteallik kaideleri kal'e almamak mümkün değil. Muayyen resmî işlemlerin emin bir isbat kuvveti vardır ki, hâkim bunları nazarı dikkate almak zorundadır: Şahsi hal memuru bir çocuğun doğumu hakkında belge verir; noter taraflar arasında bir akdi tanzim eder, veya bir taraf kendi el yazısıyla kefalet senedini yazıp imzalar. Burada hâkim, çocuğun tesbit edilmiş olan ananın çocuğu olduğu; tarafların noterin tanzim eylediği akdi yaptıkları; kefaletin bizzat kefilin imzasıyla akdedilmiş olduğu noktasından hareket etmek mecburiyetindedir. Bizde bu çeşit kaideler eskiden daha çoktu. Meselâ daha yüz sene öncesinde bir şahidin beyanının ancak «yarım, delil» olduğu kabul ediliyordu. Şahit böyle telâkki edildikçe, onun beyanı da o derecede inandırıcı oluyordu. Ama biz bugün bu konuda çok modernize olduk. Bizde Medenî Usul Kanunu, hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi prensibini çok açık olarak vazetmiştir.

Şayet mahkemenin vermiş olduğu bir hüküm kanun yollarıyla, yani yüksek bir mahkeme tarafından kontrole tâbi tutulmamış olsaydı, hâkimin delilleri takdir yetkisinin hukukî esaslar ile ne derecede tahdit edilmiş olduğu meselesi sadece nazari bakımdan bir önemi haiz olurdu. Böylece delillerin takdirinde düşülmüş olan bir hata da, mahkeme hükmünün kesinleşmiş olmasıyla birlikte ehemmiyetsiz bir duruma düşerdi. Hâkimin hukuk kaidelerini ihlâl etmiş olması, tabiatıyla delillerin takdiri bakımından dahi ihlâl etmiş olması, «hukukun ihlâli» olarak tekrar bir kontrole tâbi tutulabiliyor. Kanun, hâkimin delilleri

«serbestçe edindiği kanaate» göre takdir edebileceğini söylüyor. Tatbikat bakımından burada şu iki mesele ortaya çıkabilir: Hâkim, kendi serbest kanaatine göre bir vakiyayı tesbit eder, fakat başkalarının böyle bir teshile karşı tereddütleri olursa ne olacaktır? Veya tamamen aksi olursa, yani başkalarının mevcudiyetine kanaat getirmiş oldukları bir vakianın mevcudiyetini hâkim kendi serbest kanaatine göre kabul etmezse ne olacaktır? Bir vakianın tesbiti çoğu kerre % 100 bir kesinlikle mümkün olamamaktadır. Farzedelim ki dâvâlı, incir ağacının altında davacıdan ödünç istemiştir, davacı da altınları ona ödünç olarak vermeye amade bulunduğunu söylemiştir. Fakat tam bu esnada onları rahatsız eden bir durum zahir olmuş ve altınların teslimi vaki olmamıştır. Davacının incir ağacının altında bulunmuş olduğunu inkâr etmesi vakiasından mutlaka onun gerçeğe aykırı olarak parayı almış olduğunu da inkâr etmekte olduğu neticesi çıkarılamaz. Böyle bir durumun nazârî olarak muhtemel olması asla inkâr edilemez. O halde, hâkim bütün böyle ihtimalleri nazara alıp da neticede karz iddiasını sübut bulmamış sayacak olursa ne olacaktır? Burada hemen şu kaide karşımıza çıkıyor: «Herhangi bir makul şahsın hayat tecrübelerine göre kanaat getirebileceği bir şeyde, hâkim halâ da tereddüt edemez». Lâkin buradan, delillerin serbestçe takdiri yetkisine konulmuş, oldukça önemli bir tahdit ortaya çıkıyor: Halâ da tereddüt etmenin gayrı mâkul olacağı şekilde yüksek dereceli bir ihtimal ortada buldukça, hâkim bu ihtimali gerçek olarak kabul etmekle mükelleftir.

Modern doktrine göre, genel tecrübe kaideleri, hâkimin delilleri takdir ederken başvuracağı salim insan düşüncesinin ve hayat tecrübelerinin kaideleridir. Medenî Usul Kanunu hâkime delillerin serbestçe takdiri yetkisini bahşederken buna atıfta bulunmaktadır. Binaenaleyh hâkim bu kaidelere uymazsa, verdiği hüküm kanunu ihlâl etmiş olur. Bu hukuk kaidelerinin ihlâl edilmiş olmasından dolayı da temyiz yolu açıktır. Mamafih bu, tabiatıyla her müşahhas durumda sınırlandırılmalıdır. Genel tecrübe kaideleri delillerin serbestçe değerlendirilmesi muhtevasına dahil sayılırsa, Temyiz Mahkemesi temyiz edilmiş olan hükmü vermiş bulunan hâkimin, hayat tecrübelerini gözönünde bulundurmuş olup olmadığına tamamen serbest bir şekilde karar verebilecektir. Ancak, böyle bir halde Temyiz Mahkemesi istinaf Mahkemesinin kanaatinin yerine bizzat kendisinin serbestçe edindiği kanaati ikame etmiş olur. Modern doktrine göre, Temyiz Mahkemesi bu kadar ileri gitmemelidir. Buna uygun olarak Temyiz Mahkemesinin içtihatları, Temyiz Mahkemesinin kontrolüyle ilgili hudutları tesbit etmiştir. Bu hudutları tecrübe kaideleri ve genel tecrübe kaideleri bakımından ayrı ayrı belirteceğim.

Vakiyayı tesbit eden hâkimin bir tecrübe kaidesini bilmemesi, yanlış anlamış olması veya mevcut olmayan bir tecrübe kaidesine istinat etmiş bulunması bir güçlük yaratmaz.

Böyle bir hata daima temyiz edilebilir. Buna mukabil, hâkimin müşahhas bir olayda tecrübe 'kaidesine izafe eylediği isbat kuvveti bakımından vaziyet değişir. Burada Temyiz Mahkemesi şöyle demiştir: Hâkimin tecrübe kaidelerinin isbat kuvvetini, müşahhas olayda kendini sınırlayabilen özel sukut sebepleriyle karşılaştırması, vakıa hâkiminin delilleri serbestçe takdir etmesidir, binaenaleyh temyiz kontrolünün dışında kalır. Burada hâkimin, kontrolden masun olan takdir sahası söz konusu oluyor. Hâkim tecrübe kaidelerini gözönünde bulundurmamak kaydıyla, bunları lehte veya aleyhte takdir etmekte serbesttir. 2. Bu serkeşti genel tecrübe kaidelerinde tahdit edilmiştir. Bu genel kaideler ancak başka bir vakıalar silsilesinin mevcudiyetini cidden imkân dahiline sokan özel vakıaların varlığı halinde kuvvetten düşürülebilirler. Böylece hadisenin başka türlü cereyan etmiş olduğunu gösteren özel vakıalar isbat edilmedikçe hâkim, bir tecrübe kaidesini ihmal etmemelidir. Ancak burada da bir manada hâkimin kontrolden masun bir takdir yetkisi vardır: Bu da, vakıaların hadisenin başka şekilde cereyan ettiği şeklindeki ihtimalinin, ciddî bir ihtimal olup olmadığını takdirdir. Bu, ihtimalin derecesine taalluk eder ve burada da hâkim ihtimalin ciddî olup olmadığını serbestçe takdir eder.¹⁶

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur¹⁷.

Konkordato mehli talep eden davacının talebi üzerine yapılan açık yargılama sonunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava: Talepte bulunan vekili dava dilekçesinde özetle; ülkenin içinden bulunduğu ekonomik istikrarsızlık, enflasyon ve devalüasyonların meydana getirdiği fiyat artışları, piyasadaki sıcak para akışının durgunlaşması, mal satışının durması alacakların vadesinde tahsil edilememesi gibi nedenlerle müvekkilinin stok mallarını, menkullerini ve gayrimenkullerini satıp paraya çeviremediğini, bayiliği yaptığı petrol dağıtım şirketinden yeni mal almadığını, önceden satın aldığı stok malların bedellerini ve şahsi borçlarını ödemede sıkıntı içine düştüğünü, stok mallarını, menkul ve gayrimenkul mallarının tüm borçlarını karşılamaya yeterli olduğunu, müvekkilin içinde bulunduğu ekonomik duruma rağmen bazı alıcıların icrai takibe müracaat ettiklerini, müvekkilin 2004 senesinden beri içinde bulunduğu ekonomik sıkıntıya rağmen borçlarını ödemeye devam ettiğini, konkordato mühleti verildiği takdirde bütün borçlarını konkordato hakimi nezaretinde ödemek istediğini, müvekkilin bütün borçlarını ödemek ve hiçbir alacaklıyı zor duruma düşürmemek istediğini, konkordato

¹⁶ Prof. Dr. Anved BLOOMEYER: Çev. : Doç. Dr. Turgut AKINTÜRK: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri

¹⁷ Haran İTM: E.2007/15, K. 2008/12, 29.11.2007

mühletinin kesinleşmesinden itibaren 8 ay ödemesiz borçların tamamını faizsiz olarak 3'er ay fasıllarla 8 eşit taksit halinde ve 2 sene süre içine ödeyeceğini beyan ile konkordato mehli verilmesini dava ve talep etmiştir.

Cevap: Bir kısım alacaklılar borçlu-davacının borçlarını ödeyebilmesi için konkordato mühleti verilmesini; X A.Ş., Z Bank A.Ş ve maliye hazinesi talebin reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkememizce her türlü yazışmalar yapıp gerekli taraf teşkili sağlandıktan sonra, mahallinde hükme medar olmak üzere keşif yapılmıştır. Mahkememizce resen seçilen bilirkişiler raporlarını dosyasına ibraz etmişlerdir.

Deliller: Alacaklı beyanları, bilirkişi incelemesi ve raporu, tapu kayıtları,....

Gerekçe: Konkordato dürüst borçlular yararına kabul edilmiş bir müessesedir. Bu nedenle konkordato talebinin kabul ve reddine etkili olabilecek her kötü niyetli hal değerlendirilmelidir. Konkordato mühleti talebinde bulunan davacı-borçlunun gelirini ve mal varlığını yanlış göstermesi, gizlemesi, gerçeğe aykırı borçlar ihdası ve beyan edilmesi, bazı alacaklılara özel yararlar sağlanması hatta vaat olunması kötü niyet emaresidir.

Somut vakıada özellikle konkordato mühleti verilmesini isteyen alacaklılar davacı ile ne tür bir ticari münasebet sonucu alacaklı oldukları hususunda, davacının tuttuğu defterler üzerinde bir açıklık olmadığı gibi bir tacirin günlük girdi ve çıktılarını takibe medar kasa defteri dahi tutulmadığı görülmüştür. Ayrıca konkordato mühleti verilmesini kabul eden alacaklıların ekseriyeti 1977 veya daha sonraki yıllar doğmuş davacı ile akrabalık bağı olan kişilerdir. Bu durum mahkememizde, konkordato mühleti verilmesini kabul eden alacaklılar MS, İBS, MS, MS gibi alacaklı gözükken şahıslar lehine hayalen alacak ihdas edildiği kanaati oluşturmuştur. Konkordato hükümlerinden faydalanmak isteyen borçlu, tetkik merciine pasif ve aktifini tam olarak gösteren konkordato projesi ve ayrıca mufassal bir bilanço vermeye mecburdur. Defter tutmaya mecbur kişilerden ise Ticari Defterlerinin durumunu bildirir bir cetvel ekleyip bu cetvelde Türk Ticaret Kanunu 66 ıncı maddesi uyarınca tutmakla yükümlü olduğu defterlerin hepsini tutup tutmadığını gösterir. Konkordato davacısı-borçlu Türk Ticaret Kanunu 66 ıncı maddesine göre tutulması mecburi defterler usulüne uygun tutulmamıştır. Zira defterlerin kapanış tasdikleri yaptırılmamıştır.

İcra ve İflas kanununun 285 ve 286.maddelerine göre konkordato mehli talebinde bulunan borçlunun ibraz ettiği projenin, alacaklıları zarara sokmak maksadını havi olmaması ve mevcudu ile uygunluk göstermesi gerekir. Davacı projesinde iş yerinin değerini 50.000,

demirbaş değeri 700.000 YTL olarak göstermiştir. Halbuki mahkemece iş yerinin değeri üzerindeki demirbaşları ile birlikte 204.200.YTL olarak tespit edilmiştir. Ayrıca ibraz edilen bilançoda gözükmemesine rağmen mahkememizce borçlu-davacının tarlaları üzerinde yapılan keşifte değerleri 619.704 YTL olarak tespit edilmiştir.

Yukarıda anlatılanlar muvacehesinde dosya kapsamında mevcut bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; konkordato mühleti verilmesini talep eden davacı-borçlunun, Türk Ticaret Kanuna göre tutmak zorunda olduğu defterleri usulüne uygun tutmadığı, konkordato projesinin mahkemece tespit edilen değerlere uygun olmadığı, konkordato mühleti verilmesini kabul eden alacaklıların talepte bulunan borçlu ile ticari münasebetlerinin takip edilemediği, usulüne uygun olarak tutulmamış olsa bile tutulan defterlerden alacaklı olduğu söylenen konkordato mühleti verilmesini kabul eden alacaklıların borçlu ile ticari münasebetinin veya harici alış verişlerinin tespit edilemediği, mübrez projede alacaklı portföyüne göre davacı borçlunun asıl alacaklılara ilaveten yeni alacaklı ihdas ettiği, böylelikle İcra İflas Kanunu 285 ve 286 ncı maddelerine göre konkordato mühleti verilmesi şartlarının oluşmadığı, ve keza davacı borçlunun Türk Medeni Kanununun 2 ve 3 üncü maddelerine göre iyi niyetli olmadığı, vicdani ve hukuki kanaatine varılmakla takdiren talebin reddi yönünde hüküm kurulmuştur.

Sonuç olarak denilebilir ki; Türk Medeni Kanundaki takdir yetkisi kavramı, bir davanın hâkim tarafından hukuk ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak nasıl takdir edilerek, takdire dayanan bir hüküm verilmesi konusunu esas almış iken, medeni yargılama hukukuna özgü olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ispat araçları olan delillerin takdirini düzenleyen 240 ncı maddesi hükmü, hâkimin somut olaydaki hangi vakıya ispat edilmiş gözüyle bakabileceği ile ilgilidir¹⁸.

1.3.2. Ceza Hukukundaki Hakimin Takdiri İle İlişkisi

Mülga Türk Ceza Kanununun 29 uncu maddesine 3679 sayılı kanun ile eklenen son fıkra hükmü ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi ile ceza hukukumuzda, hâkime, temel cezayı tayinde yardımcı olabilecek faile ve fiile bağlı ölçütler gösterilmiştir. Bu son fıkra hükmüne göre, "Hâkim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç

¹⁸ BERKİN, Necmettin M: Hukuk Usul Hukukunda Delillerin Takdirine İlişkin Sorunlar, İ.İTİAD, S.2, 1975, s.145.

sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddten tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir." Görüldüğü üzere, bu fıkra hükmü somut temel ceza miktarının belirlenmesinde, hakime esnek ve mutedil bir takdir yetkisi tanımıştır. Ceza hâkimi, bu madde hükümlerinin gösterdiği sebeplere dayanarak, kendisine tanınmış olan takdir yetkisini kullanabilecektir¹⁹.

Ceza hukuku doktrinde takdir kavramının, hâkimin ceza hukuku ile ilgili bir somut olayda, kanunun amacına uygun bir seçim yaparak karar vermesi anlamında ele alındığı söylenebilir. Bu anlamda takdir, bağlı ya da serbest takdir olarak iki şekilde düşünülmekte olup, hâkimin somut cezayı belirlerken kullanacağı takdir, bağlı bir takdirdir. Bağlı takdirin söz konusu olduğu durumda ise, hâkimin, dar bir alan içerisinde kalarak ceza kanununun kabul ettiği mevcut genel sisteme ve ceza tayini ile ilgili olarak kanunun öngördüğü hususlara dikkat etmesini zorunlu kılar²⁰.

Ceza hukukunu uygulayan hâkim, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu ile tanınan takdir hakkının kullanıldığı durumlardaki hâkimin konumundan farklı olarak, ceza kanununun öngördüğü soyut ceza tayinine ilişkin yol gösterici cezai hükümlere göre somut cezayı ölçmek, tayin etmek yani o ceza normuna mutlaka dayanmak zorundadır. Hukuk hâkimi yönünden ise, sınırlan bu derece kesin ve belirli ölçülerle çizilmiş bir alan içerisinde takdir hakkının kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak somut cezaya hükmetmek durumunda kalan ceza hâkiminin, Türk Ceza Kanununun ceza miktarını tayin için öngördüğü hükümlerle sınırlı bir alanda, Türk Ceza Kanununun o hükmü ile korunmak istenen hukukî yararı gözetmek ve hedeflenen kamu düzenine ulaşmak doğrultusunda takdir hakkını kullanması söz konusudur. Bu aşamada ceza hâkiminin takdir hakkını, ceza hukukunun ulaşmayı hedeflediği insanlık düşüncesi yönünde kullandığı ölçüde, takdir yetkisi kurumunun varlık nedenine uygun davranmış olacağı söylenebilir²¹.

Aynı şekilde, Ceza hukukunu uygulayan hâkimin, Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmüne paralel bir düşünceyle, temel cezayı takdir ederken önündeki özel ve somut olayın oluş şekli ile özelliklerini, ceza davasına konu olan suçun ağırlığını ve daha da önemlisi suçlu görülen kişinin kendine özgü kişiliğini hesaba katarak, sonuçta vereceği somut cezanın kamu vicdanını rahatlatacak ölçüde hakkaniyetli ve ceza kanununun ilgili hükmünün

¹⁹ ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, II.Bası, C.II-III, İstanbul 1992, s.624-625.

²⁰ ÖNDER, s.625-626.

²¹ EREM, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi-Genel Hükümler, Ankara 1993, s.220-221

düzenlenmesine yol açan temel düşüncenin öngördüğü kanunî adalete uygun olarak takdir hakkını kullanmak yoluna gitmelidir²².

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Taksirle bir kişinin ölümü ile birlikte birden fazla kişinin yaralanmasına neden olma suçundan sanık M..... Z.... Ç....'ın 5237 sayılı TCY'nın 85/2 inci maddesi uyarınca 6 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, 5237 sayılı TCY'nın 62 inci maddesinin uygulanmasına takdiren yer olmadığına, mahsuba, vekâlet ücreti ve yargılama giderinin tahsiline ilişkin Ankara 5. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 04.06.2007 gün ve 63-166 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9 uncu Ceza Dairesince 06.12.2007 gün ve 10473-9018 sayı ile temyizen incelenmesi ile;

Sabıkası bulunmayan, dosyaya yansıyan başkaca olumsuz davranışı da tespit edilemeyen sanık hakkında, 5237 sayılı TCK.nun 62 inci maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi..." isabetsizliğinden oy çokluğuyla bozulmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 15.01.2008 gün ve 206627 sayı ile; "... Yargılama boyunca sanığı yüz yüze gözleyen ve geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama süresindeki davranışları konusunda olumsuz kanaate ulaşan mahkeme heyetinin takdiri indirim hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına ilişkin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Gösterilen gerekçeler de yasal ve yeterli olup, bozma kararı mahkemenin takdir yetkisini kısıtlayıcı niteliktedir..." görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Dosya Birinci Başkanlığa gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

13.01.2007 tarihinde kullandığı yolcu otobüsünü Ankara'nın girişinde kaydırıp devirerek taksirle bir kişinin ölümüne birden fazla kişinin de yaralanmasına neden olan sanığın Yerel Mahkemece 5237 sayılı TCY'nın 85/2 inci maddesi uyarınca 6 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilen yargılama konusu olayda Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 62 inci maddesinin uygulanmasının gerekip gerekmediğine ilişkindir.

²² ÖNDER, s.632 ve 640

Toplanan kanıtlara göre sanığın taksirle bir kişinin ölümüne birden fazla kişinin de yaralanmasına neden olma suçundan cezalandırılmasında herhangi bir isabetsizlik ve bu kapsamda suçun sübutu ve nitelendirilmesinde de herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Dosya içeriğine göre; Sanığın şehirlerarası yolcu taşımacılığı yapan bir firmada otobüs şoförü olarak çalıştığı, olay tarihinde Eskişehir Ankara seferini yapmakta olan kullandığı otobüsün Ankara'nın girişinde devrilmesi sonucu bir kişinin öldüğü 18 kişinin de yaralandığı, dosyada bulunan bilirkişi raporlarına göre, kazanın oluşumunda Karayolları Trafik Yasasının trafik güvenliği ve düzeni ile ilgili olan kural, yasak, zorunluluk ve yükümlülüklerine uymadığı, bu bağlamda hızını azaltmayıp, hava ve zemin koşullarının gerekliliklerine uygun hareket etmediği, iniş eğimli, zemini karlı ve buzlu sokakta tamamen meslek ve idare hatası sonucu aracını kaydırarak devirdiği, bunun sonucu olarak ta kazanın meydana gelmesinde tam kusurlu olduğunun tespit edildiği, kaza anından hemen önce yolcuların kendisine yaptığı uyarıları dikkate almadığı, olaydan sonra ölen ve yaralananların zararlarının giderilmesi hususunda herhangi bir girişiminin bulunmadığı, gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasındaki savunmalarında kusurlu olmadığını ve sorumluluğun Karayolları Genel Müdürlüğü ile Belediyeye ait olduğunu ileri sürdüğü, son savunmasında ise pişman olduğunu beyan ettiği, yargılama sonucunda Yerel Mahkemece 5237 sayılı TCY'nın 85/2 inci maddesi uyarınca "suçun işleniş şekli, zamanı ve kusur durumu" göz önüne alınarak alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle teşdiden 6 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ve "geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama süresinden sonraki davranışları göz önünde bulundurularak 5237 sayılı TCK'nun 62 inci maddesindeki yazılı takdiri indirim hükümlerinin uygulanmasına takdirin yer olmadığına" karar verildiği anlaşılmaktadır.

"Takdiri indirim nedenleri" başlıklı 5237 sayılı TCY'nın 62. maddesindeki; Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altında birine kadar indirilir. Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir." şeklindeki düzenleme, 765 sayılı TCY'nın 59. maddesindeki; "Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezalar altında birden fazla olmamak üzere indirilir." biçimindeki düzenleme ile temelde aynı olmakla birlikte 2. fıkra yönünden kısmen farklıdır. 5237 sayılı TCY'nın 62. maddesinin 2. fıkrasında

takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra “gibi” denilmek suretiyle takdiri indirim nedenlerinin yasada sayılanlarla sınırlı olmadığı, aksine bunların örnek olarak sayıldığı açıkça vurgulanmıştır. Burada sayılan “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” nedenleri uygulamada hâkimi sınırlayıcı değil yol gösterici nitelikteki gerekçelerdir. Bunun sonucu olarakta 5237 sayılı TCY’nın tıpkı 765 sayılı TCY’nda olduğu gibi takdiri indirim nedenleri yönünden sınırlayıcı sistemi değil serbest değerlendirme sistemini benimsediği kabul edilmelidir.

Serbest takdir sisteminin bir gereği olarak, olayda takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu belirleme yetkisi yargılamayı yapan kişiye yani hâkime ait olacaktır. Zira yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti temin etme yolunda çaba harcayan hâkim, sanığı birebir gözlemleyen ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin varlığını ya da yokluğunu en iyi tespit edebilecek konumdaki kişidir. Hâkim, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin yanında her somut olaya göre değişebilecek ve önceden öngörülemez nedenleri de birlikte değerlendirerek bu hususta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun biçimde uygulama yapacaktır. 07.06.1976 gün ve 3-4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve bu doğrultudaki birçok Ceza Genel Kurulu kararında da vurgulandığı üzere, yasa koyucu hakime bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanıyarak, uygulamada çıkabilecek olan ve önceden öngörülme olanağı bulunmayan çeşitli halleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında hakimin bu yetkisini kısıtlamaktan özenle kaçınmış, bu tavrını 5237 sayılı TCY’nda da devam ettirmiştir.

Ancak hâkimin bu konudaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Bütün kararlarda olduğu gibi takdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin kararlar da gerekçeli olmalıdır. Bununla birlikte gösterilen gerekçelerin hak, adalet, nesafet kuralları ile dosya içeriğine uygunluğunun Yargıtay denetimine tabi olacağı da kuşku bulunmamaktadır.

Bu açıklamaların ışığında tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde;

Uzun yıllar otobüs şoförlüğü yapması nedeniyle mesleğinin insanların can ve mal güvenliği açısından önemini yakinen bilecek tecrübeye sahip olması beklenen sanığın olay tarihinde kar yağışlı olan hava koşulları ile eğimli, karlı ve buzlu olan zemin koşullarını dikkate almadan içinde onlarca yolcu bulunan kullandığı otobüsü kaydırıp devirmesi, olaydan önce yolcuların kendisine yaptığı uyarıları dikkate almaması, kazada ölen ve yaralananların zararlarını giderme yolunda hiçbir çabasının bulunmaması, alınan bilirkişi raporlarına göre kazanın oluşumunda tam kusurlu olduğunun tespit edilmesine karşın son savunmasına kadar

tüm aşamalarda kusurunun olmadığını belirtip suçu bazı kurumlara yükleme gayretine girişmesi göz önüne alındığında, sanık hakkında “geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama süresinden sonraki davranışlarını” gerekçe göstererek takdiri indirimin uygulanmamasına karar veren yerel mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Dairenin bozma kararının kaldırılmasına, usul ve yasaya uygun olan Yerel Mahkeme kararının onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı; “765 sayılı Yasanın 59. maddesinde olduğu gibi 5237 sayılı Yasanın 62. maddesi de, serbest değerlendirme yetkisini yargıca tanıyacak tarzda bir ifadeyle düzenlenmiştir. Ancak takdiri indirimin uygulanmasına ya da uygulanmamasına yönelik gerekçenin Yargıtay denetiminden uzak, dosyadaki bilgi, belge ve tespitlerle ve adalet ölçüleriyle çelişik olamayacağı gibi kabul edilebilir verilere dayanması gerektiği tartışmasıdır.

İncelemeye konu somut olayda Yerel Mahkeme alt sınırdan uzaklaşarak temel cezayı teşdiden tayin ettiği sanık hakkında üç nedene dayanarak takdiri indirimin uygulanmamasına karar vermiştir.

a-Sanığın geçmişi: Dosya içeriğine göre, uzun yıllardır şoför olan sanığın herhangi bir sabıkası olmadığı gibi geçmişini olumsuz olarak değerlendirmemize neden olacak bir veri de bulunmamaktadır.

b-Sosyal ilişkileri: Sanığın sosyal ilişkileri ile ilgili dosyada herhangi bir bilgi yoktur. Sanığın ekonomik, sosyal ve mali durumunun tespiti için mahkemece yazılan müzekkere bila ikmal iade edilmiştir. Bu nedenle bu husus ta sanık aleyhine değerlendirmeye konu olmamalıdır. Eğer bu husus sanık aleyhine değerlendirilecekse hangi sosyal ilişkilerinin olumsuz olduğu kararda gösterilmelidir.

c-Fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları: Sanık olaydan sonra olay yerinden kaçmamıştır. Tutuklu bulunduğundan dolayı da ölen ve yaralananlarla ilgilenmesi imkân dâhilinde değildir. Yargılama sürecinde duruşma tutanaklarına yansıyan bir olumsuzluğu bulunmadığı gibi olaydan dolayı pişman olmuş hatta son savunmasında bunu ‘ pişmanım keşke ben ölseydim’ şeklinde samimi olarak ifade etmiştir. Kaldı ki, ‘yargılama süresinden sonraki davranışları’ ile neyin ifade edilmek istendiği de anlaşılamamaktadır. Burada kastedilen 5237 sayılı Yasanın 62/2 inci maddesinde geçen ‘ yargılama sürecindeki davranışları’ ise sanığın hangi davranışları mahkemede olumsuz kanaatin oluşmasına neden

olmuştur? belirsiz olduğu gibi bu yöndeki değerlendirmenin dosyada dayanağı bulunmamaktadır.

Açıkça görüldüğü üzere Yerel Mahkeme yargıcının takdiri indirimin uygulanmamasına ilişkin gerekçeleri, dosya içeriğine ters düşmektedir. Dosya içeriğiyle uyuşmayan gerekçe kullanılması halinde, bu çelişki serbest takdir sisteminin gereği olarak kabul edilemeyeceğinden, isabetsiz olan böyle bir takdir Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmalıdır.²³

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşıldığı gibi, ceza hukukunda hâkime tanınan takdir, değişik sorunları içeren kapsamlı bir hak ya da yetkidir, denilebilir. Ancak buna rağmen özel hukukta hakimin sahip olduğu takdir yetkisi gibi geniş bir alan içerisinde, seçim yapabilme serbestisi anlamında tam bir takdir yetkisi ceza hukukunun suç ve cezada kanunilik ilkesi nedeniyle ceza hukukunu uygulayan hakime tanınmamıştır. Hakim, burada ceza hukukuna özgü anlamıyla bağlı takdir yetkisine sahiptir ve bu yetkisini de ancak ceza kanununun ceza tayininde göz önünde tutulmasını istediği, daha doğrusu emrettiği hususlarla bağlı kalarak, kabul edilmiş bulunan ceza hukukunun genel sistemi içerisinde, bunları hiç bir şekilde zorlamadan kullanmakla yükümlüdür²⁴.

1.3.3. İdare Hukukundaki Hâkimin Takdiri İle İlişkisi

İdare ve idari yargı hâkimi yönünden söz konusu olan takdir yetkisi, kanun ve hukuk kurallarının çizdiği sınırlar içerisinde ve ancak bu çizilen hareket serbestisi alanında kullanıldığı sürece idare hukuku ile ulaşılmak istenen amaca hizmet edilmiş olur. Bu nedenle, bu hukuk dalındaki «eşitlik» ve «kanunilik» ilkelerini temel alarak takdirin, kanunlar tarafından öngörülen özel ya da genel amaçlara ve kamu yararına uygun düşecek bir şekilde kamu yönetimi biliminin ilke ve kurallarına dayanan gerekçelerle kullanılması gerekmektedir²⁵. Bu amaç ve zorunluluk, aynı zamanda 1982 Anayasa'sında da (m. 125 hükmü ile) açık bir düzenleme konusu olmuş ve takdirin hukuka aykırı kullanılmasında yargı denetimi yolu geniş bir şekilde hükme bağlanarak yargısal güvencenin idari takdir alanındaki önemi ve ciddiyeti anayasal düzeyde kabul edilmiştir. İdare hukukunda ancak belirli kanun hükümleri ile düzenlenmemiş işlemler hakkında idareye zorunlu ve gerekli görüldüğü için takdir yetkisi hareket serbestisi tanınmıştır²⁶.

²³ Y.C.G.K, 2008/8-13 E, 2008-41 K

²⁴ DEMİR, s.26-27.

²⁵ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetim Hukuku, 9.Bası, Ankara 1993, s.179-181.

²⁶ EREM, s.220.

İdare hukukunun öngördüğü işlemlerin, önceden ne zaman ve nerede gerekli olabileceklerinin yeterince anlaşılabilmesi nedeniyle kanuni düzenlemeye konu yapılması imkânı bulunmadığı için olacak ki, idari takdir yetkisinin kullanım alanının sınırlarını önceden çizmek çok zor hatta kimi zaman imkânsız olmaktadır. Bu yüzden bu alanın yargısal denetimi ve bu arada idari yargı hâkiminin takdiri konusu apayrı bir önem kazanmaktadır²⁷.

Takdir yetkisi, idareye bir kanunun uygulanmasında, herhangi bir İdarî işlemin tesisinde ya da idari bir eylemde bulunmasında yer ve zaman koşullarını, halin icaplarını (durumun gereklerini) göz önünde bulundurmasını ve bu suretle onun bir yandan hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirme, diğer yandan eşitlik ve sosyal adalet-sosyal devlet gibi düşünceleri somut uygulamalarla, kişilere hissettirebilmesini sağlamak bakımından çok önemli bir hukukî araçtır²⁸.

Ceza hukukunda ceza miktarının tayininde takdir yetkisi gibi ya da medeni ve borçlar hukukunda tazminat miktarının saptanması, boşanma ya da ayrılığa hükmedilmesi gibi, idari yargı alanında da hem idarenin ve hem de idare mahkemesi hâkiminin birer devlet organı olarak hukukun uygulanmasında çözüm bekleyen somut olayların şartlarına ve özelliklerine en uygun düşecek idari ya da yargısal bir karar verirken belli bir hareket serbestisine sahiptir. Bu serbesti, sadece idarî yargı organının yerine getirdiği hukuka uygunluk denetimi ve idare hukukunu uygulama işlevi ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda toplumun türlü ihtiyaçlarının idare tarafından, idarî hizmetin gerekleri ölçüsünde karşılanmaya çalışılması zorunluluğu nedeniyle daha geniş bir alana ilişkindir. Bu geniş hareket serbestisi alanı içinde idare ancak hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirmeye çalışarak, bu ilkeyi tamamlayıcı idarî işlem ve eylemlerde takdir yetkisini kullanacaktır. Bu kullanımın, uluslararası sözleşmeler ve Anayasa gibi üst düzeydeki hukuk kuralları ile kanun ve diğer düzenleyici idari işlemlere uygunluğu konusunda elbette idari yargı hâkiminin de belli bir takdir hakkına dayanmak suretiyle denetimi söz konusudur²⁹.

Türk hukukunda 1982 Anayasa'sının 125 inci maddesi 4 üncü fıkrası "Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır" hükmü nedeni ile, idarî yargı denetimini yapan hâkim, takdir hakkını kullanırken, ancak idarî takdir yetkisinin kullanımını ile ilgili işlem ya da eylemin hukuka uygun olup-olmadığına bakacaktır. Hâkim, yerindelik denetimi de yaparak idarî takdir yetkisinin kullanımına engel olacak biçimde bir idarî takdir kararı veremeyecektir. Çünkü hâkim sadece hukuka uygunluk (yani iptal davasına konu edilmiş somut bir idarî işlemin, yetki-şekil-sebep-konu ve amaç yönlerinden hukuka uygun olup- olmadığı hakkında) denetimi yapabilir, ayrıca bu denetimin dışında kalan

²⁷ ALPAR, Erol: Yönetimin Hareket Serbestisi Alanın Yargısal Denetimi ve Sınırları, Ankara 1990, s.56 vd.

²⁸ ALPAR, s.56-57.

²⁹ ALPAR, s.24.

idarî mekanizmanın iyi işlemesi idarî ve kamusal gereklere en uygun düşecek ve kanuna göre de alınması mümkün olan kararlardan birinin idarece seçilerek alınması serbestisine saygı göstermek durumundadır³⁰.

İdarî takdir yetkisi kavramı ile Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmünde belirtilen hâkimin takdir yetkisi kavramları arasında önemli görülebilecek şu iki farkın varlığından söz etmek gerekir: Türk Medeni Kanunu 4 üncü maddesi hükmü gereği hâkim, önündeki somut hukuki uyuşmazlık için, özel durumları da hesaba katarak hakkaniyet ve hukuka uygun, âdil bir çözüm bulmakla yükümlü iken; idarî bir takdir yetkisinin kullanılması durumunda idare, toplumun genel ihtiyaçlarına ve kamu yararı gereklerine en uygun düşen ve İdari kanunlarda öngörülen ya da idari gereklere ve gerçeklere yakın birden fazla çözümden birisini, hakkaniyete uymasa da seçebilir. Bu, idarî takdirin genel ihtiyaca uygun bulunup-bulunmaması ile İlgilidir. Diğer bir fark da, hâkimin takdir hakkının somut olayda adaleti gerçekleştirmeye yönelik olmasına rağmen; idarî takdir yetkisinin kullanılmasında amaç, idarî mekanizmanın kamu yararına ve idari gereklere uygun olarak iyi bir şekilde işlemesini ve kamusal hizmetlerle ilgili girişimlerin gerçekleşmesini sağlamaktır³¹.

İdarî takdir yetkisinin kullanılmasında hukuka uygunluk denetimini yapan idari yargı organlarını temsil eden İdarî yargı hâkiminin de medeni hukuku veya borçlar hukuku hâkimi gibi Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmü uyarınca hakkaniyete uygun takdir kararları vermesi, hukuk uygulamasında birlik ve hukuki güvenlik için önem taşımaktadır³².

1.3.4. Sorumluluk ile Sigorta ve Ticaret Hukukunda Hâkimin Takdiri

1.3.4.1. Sorumluluk Hukukunda:

Sorumluluk hukukunda, sorumluluk doğuran belli bazı olaylarda hâkim, Türk Medeni Kanunu 4 üncü maddesi hükmü uyarınca hakkaniyet ilkelerine göre karar vermek durumundadır. Yani hâkim özel ve somut (münferit) olayın bütün unsurlarını ve esaslı özelliklerini inceleyerek önündeki zarar ve tazminat ile ilgili hukukî sorunları hukuk ve hakkaniyet kurallarına uygun makul çözümlere bağlamalıdır. Hakim, somut bir olaydaki durum ve şartları değerlendirme ve ortada kanun ve hakkaniyete uygun bir indirim sebebinin varlığını ve bunun tazminatta ne oranda bîr indirimi gerektirdiğini bir takdir kararı vererek belirleyecektir³³.

Hâkim, zararın varlığını ve miktarını belirleyip, tazminat yükümlülüğünün sınırını bulmaya çalışırken, genel hayat deneyimlerini, olayın genel-normal akışını ve

³⁰ GÖZÜBÜYÜK, s.178-179.

³¹ ONAR, S. Sami: idarenin Takdir yetkisi. SIM. S.37-48. C.IV, s.38.

³² EDİS, s.199.

³³ DEMİR, s.31.

zarar görenin almış olduğu tedbirleri de hesaba katarak serbestçe takdir hakkını kullanacaktır³⁴. Hakim, aynı zamanda örneğin, BK m.43/f.1 hükmü uygulamasında olduğu üzere kendisine tanınan geniş takdir yetkisi sayesinde tazminat şekillerinden birine (aynen ya da nakden tazmin, kararın yayınlanması ya da üçüncü kişilere bildirilmesi, kınama gibi) önündeki somut zarar verici olaydaki durum ve şartlar (tarafların ekonomik durumları, ortaya çıkan zararın niteliği ve büyüklüğü, taraflar arasındaki kişisel tanışıklık, zayıf bir nedensellik bağı, zarar verenin kendisinden beklenenden daha fazla tedbir almış olması gibi); adalet ve hakkaniyet gerekleri ile objektif iyiniyet gibi temel ilke ve kuralları göz önünde bulundurarak karar verecektir³⁵.

1.3.4.2. Sigorta Hukukunda

Sigorta hukukunda, zarar göreni ön plana alarak, zararı en çabuk ve en uygun araçlarla karşılamak amacı güden tazminat hukukunda, tazmin (zararı karşılama, giderme) yükümlülüğünün yerini sosyal güvenlik, sosyal adalet gibi bazı toplumsal düşüncelerin etkisiyle sigorta hukuku uygulamasına bıraktığı görülmektedir³⁶. Bu sayede zararı, sorumluluk sigortasında olduğu üzere, önce sigortacı karşılamakta ve daha sonra sorumlu kişiye kusur oranında rücu imkânı da bulunmamaktadır. Sigorta hukukunun yapısından gelen bu hukukî güvence, aynı zamanda hâkime takdir yetkisi tanınmasını da engellemektedir. Öte yandan sorumluluk hukukunun zararı giderme veya denkleştirme amacı yanında zararı önleme amacı (özellikle sözleşme dışı sorumluluk durumları olan haksız fiil-kusur, sebep ve tehlike sorumluluğu durumlarında) belli bir yaptırımı da beraberinde getirdiğinden bu alanda, sorumluluk sigortasının olumsuz etkisinden söz edilemez³⁷. Çünkü zarar verenin kast veya ağır ihmali halinde, sigortacının ona karşı bir rücu yetkisi ve dolayısıyla bu rücu sorununun çözümünde hâkimin takdir hakkını kullanabilmesi imkânı vardır. Hâkimin, bu durumda Borçlar Kanununun 51 inci maddesi II inci fıkrası hükmüne dayanarak somut olayda takdir hakkını kullanarak söz konusu madde hükmünde kural olarak öngörülen rücu düzeni ve sırasını değiştirebilme yetkisi bulunmaktadır. Kaldı ki, Borçlar Kanunu 51 inci maddesi hükmü kesin ve emredici nitelikte bir kural olmayıp, yalnız hâkime yol gösteren ve ona takdir yetkisi veren bir kanun kuralı hükmündedir³⁸.

³⁴ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, Ankara, 1991, s.298-300.

³⁵ EREN, s.359.

³⁶ TANDOĞAN, Haluk: Kusuru Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s 12-13.

³⁷ EREN, s.28-29.

³⁸ EREN, C.II, s.416.

1.3.4.3. Ticaret Hukukunda

Ticaret hukuku alanında da hâkimin takdir hakkını kullanmasına imkân veren hükümler Türk Ticaret Kanununun çeşitli maddelerinde öngörülmektedir. Şöyle ki;

- m. 474/son f.: (Mahkeme, halin icaplarını göz önünde bulundurarak takdir hakkını kullanır)
- m. 1035: (Sürastarya ücreti sözleşme ile taraflarca tespit olunmamışsa hakkaniyet üzere takdir olunur)
- m. 1156: (Denizaşırı satış sözleşmesine konu teşkil eden mallar ile gönderilen mallar arasındaki nitelik farkı, alıcının malı kabule nasafet kaidesine göre zorlanamayacağı derecede aşırı değilse, alıcının malları teslim alma mecburiyeti vardır)
- m. 1225: (Deniz kazalarında taraflar arasında kurtarma veya yardıma ilişkin ücret konusunda bir sözleşme yoksa, bu ücret halin icabı gözetilerek hak ve nasafet dairesinde tayin olunur)
- m. 1128 : (Kurtarma ve yardım hakkında yapılan sözleşme tehlikenin gerçekleştiği ortamda yapılmış ve buna göre kabul edilmiş şartlar hak ve nasafet esaslarına aykırı bulunursa, mahkemece değiştirilebileceği gibi iptal olunabilir.)³⁹

³⁹ DEMİR, s.35-36.

HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMININ TANIMI, HUKUKİ NİTELĞİ VE BENZERİ KAVRAMLARLA MUKAYESESİ

2.1. HAKİMİN TAKDİRİ KAVRAMI

Takdir yetkisi Medeni Kanunun hukukun uygulanmasında hakime tanıdığı önemli yetkilerden biridir. Hakim, önüne gelen olayı çözüme kavuşturmak üzere ilk önce kanunu uygulamakla yükümlüdür. Ancak bir çok durumda kanundaki hüküm, somut olayı bütün ayrıntılarıyla içine alamayacak kadar genel veya olayın özelliklerine uymayacak kadar soyut ve elastiki olabilir. Bu gibi durumlarda kanundaki hükmü somut olaya uydurabilmek için, onun uygulama biçimi ve kapsamını belirleme yetkisi, Türk Medeni Kanunun 4 üncü maddesi ile hakime verilmiştir.

Kanun hükmünün somut olaya olduğu gibi uygulanması, bazen kanun koyucunun amacını aşan sonuçlar doğurabilir yahut tarafların durumlarına uygun düşmeyen netice verebilir. Kısaca kanunda “gerçek olmayan kanun boşluğu” bulunabilir.

Hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasını önleyebilmek içindir ki, bazı hükümlerin olduğu gibi uygulanıp uygulanmamasının gerekip gerekmediği veya ne şekilde uygulanması gerektiğini, hayat ile karşı karşıya bulunan hakimlerin anlayışlarına havale etmek uygun olur. Medeni Kanunumuz bu düşüncelerin etkisiyle, hakimlere kanunu takdir yetkisine dayanarak uygulama serbestliğini vermiştir.⁴⁰

Kanun koyucu hakime takdir yetkisi vermeğe zorlayan sebepler; maddi imkansızlık, adalet hissini mümkün mertebe koruyabilmek arzusudur. Boş çerçeveye benzeyen kanunun genel kuralları ihtiyaç ve hayat icaplarının mütemediyen değiştirdiği vaziyetlerin hepsini birden kucaklayamaz. Hangi vaziyetlerin genel kuralların çerçevesi içerisine girdiğini tayin etmek lazımdır. Bu vazifeyi, hukukun maddi malzemesini teşkil eden ihtilaflarla karşı karşıya bulunan hakim başaracaktır. Sonsuz değişiklikler gösteren vaziyeti kat'i ve sert kaidelere bağlamak çok kere, haksız adaletsiz neticeler verebilir. Mesela boşanmanın gayri muayyen sebebi diyebileceğimiz şiddetli geçimsizlik mefhumunun kanun tarafından tarif edildiğini farz edelim. Şiddetli geçimsizlik vaziyeti karı kocanın sosyal seviyelerine, şahsiyetlerine, ahlak ve seciyelerine, tahsil ve terbiyelerine göre değişeceği için kanun tarafından yapılan tarif bir çok halde beklenilmeyen neticeler verebilir. Şu halde her hadisenin hususiyetine göre şiddetli geçimsizlik mefhumunun tayinini, hakimin takdirine bırakmak lazımdır.⁴¹

⁴⁰ AKİPEK, Jale - AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt 1, 6.Bası, İst. 2004, s.141,142

⁴¹ ARIK, Fikret: Adliye Ceridesi, No: 16, Yeni Hukukumuz ve Hakimin Faal Rolü, s.271.

Türk Medeni Kanunu 4 üncü maddesi “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir”. demek sureti ile teknik anlamda hakimin takdir hakkını tanımlamıştır.

Gerek mülga ve gerekse meri Türk Medeni kanununun 4 üncü maddesi hükmünde "Ve" bağlacı yerine "veya" kullanılmış, ayrıca daha da önemli bir farklılık olarak «hak ve nısfetle hükmeder.» ifadesinden farklı olarak «hukuka ve hakkaniyete göre karar» terimleri tercih edilmiştir. Bu iki sözel ve anlam farklılığı, takdir yetkisi kavramının tanımını daha düzgün ve yerinde yapma konusunda teknik kolaylık sağlamaktadır. Ancak sonuçla yine de takdir yetkisi ya da yetkisi kavramının unsurları ve sınırları ile tanımlanması güçlük gösterebilmektedir. Çünkü takdir denilen şeyin yöneldiği doğrultu ve bunun etki alanının başı ve sonu açık bir şekilde gösterilemediği gibi, herkesin üzerinde uyuşabileceği bir hukuk ve hakkaniyet fikrinden de ne anlaşılması gerektiği bir hukuk normunda kolaylıkla belirtilemez. Ancak buna rağmen takdir hakkına dayanak teşkil eden ve hâkimin takdir kararına yön veren, hukuk ve hakkaniyet terimleri iki ayrı anlama gelen birer deyim olmayıp, tek bir anlamı oluşturmaktadır ki, o da Hakkaniyet ya da Adil Hukuktur, denilebilir⁴². Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmünün sonundaki hak ve nısfet ölçüsü iki farklı karar kriteri olmayıp, aksine hakkaniyet-nasafet hukuku ile ilgilidir ve münferit olayın şartlarına ve esaslı özelliklerine uyan hukuk için kullanılan bir deyimdir; bu deyim aynı zamanda, kanun koyucunun yasama yoluyla soyut kural metodunu kullanarak koymuş olduğu pozitif, yürürlükteki hukuka karşıt anlamda, hukukun uygulanması sırasında kazuistik (meselecî) yollarla aynı zamanda hakkaniyete de uygun düşecek olan hukukun bulunup-ortaya çıkarılması anlamında bir tür doğru hukuku karşılamaktadır⁴³.

Kanunlardaki genel ve soyut nitelikteki kuralların toplum ihtiyaçlarına ve hayatın türlü evrim veya oluşumlarının gereklerine uydurulabilmesi, hukuk kurallarının somut olaylara uygulanabilmesi, bununla yükümlü olanlara oldukça geniş takdir yetkisi tanınmasını zorunlu kılar. Gerçekten, kanun .koyucu, hukuk kuralını öngördükten sonra, o kural, artık bağımsız bir varlık kazanır; kanun koyucunun denetiminden çıkar. Böyle bir kuralın muhtemel olaylara veya ilişkilere uygulanabilmesi için çok genel ve esnek olması gerekir. İşte bu yüzden, kanun koyucu, bilerek ve isteyerek, bilinçli bir biçimde eserini kendi içinde «intra legem» eksik bırakmıştır⁴⁴.

Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmünü yukarıdaki açıklamalar ışığında şu şekilde tanımlayabiliriz: Takdir yetkisi, soyut ve genel nitelikteki kanun

⁴² ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukuka Giriş, İst. 1986, s. 222-223.

⁴³ ÖZSUNAY, s. 223.

⁴⁴ EDİS, s.1.

hükümlerinin öngördüğü yasal adaleti, münferit olayın şartları ile taraflarının menfaatlerine en uygun düşecek somut olay adaleti ile uyumlaştırma, dolayısı ile hukuk ve hakkaniyet-adalet dengesi kurma konusunda, hakime kanunen tanınmış bulunan sınırlı bir serbestidir⁴⁵. Ancak burada da hakim kanun hükmünün içinde kalan, hüküm içi boşluğu (kanun içi boşluğu) doldurmaktadır. Buna karşılık, bir kanun hükmünün veya hükmün içerisindeki bir deyim açık ve anlaşılır bir anlam taşıması halinde, bir hüküm içi boşluktan söz ederek, hâkime hemen takdir yetkisi da tanıyamayız. Çünkü bu halde hâkimin takdir hakkını kullanması gereğinden çok bir yorum işlemine başvurması söz konusudur⁴⁶.

Esası itibari ile meri ve mülga Türk Medeni Kanunlarında hakimin takdir hakkının tarifinde, ana unsurlar birbirinin aynısı olmakla birlikte kullanılan kavramlar farklıdır. Şöyle ki, mülga medeni kanunda "...hakim hak ve nısfetle hükmeder." denilmektedir. Burada haktan kasıt, hukukun temel ilkeleridir, yani, hakim takdir hakkını kullanır iken hukukun temel ilkelerini de çiğnemeyecektir.

Onun için, buradaki "hak" değildir "hukuktur". Burada hakimin hukukun temel ilkelerine dikkat etmesi; takdir hakkını kullanırken hukukun getirdiği temel ilkeleri de çiğnemeyeceğine şaret edilmektedir⁴⁷. Nasafet kavramı ile kast olunan anlam ise hakkaniyettir. Ancak takdir esas teşkil eden ve hakimin takdir kararına yön veren hukuk ve hakkaniyet terimleri iki ayrı anlama gelen birer deyim olmayıp, tek bir anlamı oluşturmaktadır ki, o da Adil Hukuktur, denilebilir⁴⁸.

Fakat doktrinde bazı yazarlara göre hakkaniyet ve adalet aynı manayı ifade etmezler. Adalet somut vakıada özel durumu dikkate almadan en doğru kararı vermektir. Mesela, bir akıl hastasının işlemiş olduğu bir haksız fiilden dolayı sorumluluğu yoktur. Hakim, akıl hastasının fiilinden sorumlu olmadığına karar verecektir. Adalet bunu gerektirir. Ama Borçlar Kanununun 54 üncü maddesi, eğer hakkaniyet gerektiriyor ise, hakim, akıl hastasının haksız fiili ile vermiş olduğu zararın kısmen veya tamamen ödemesine karar verebilir. Örneğin, bir köyde akıl hastası olan zengin bir toprak sahibi tarlada harmanlar arasında dolaşır iken başkasına ait bir harmanı ateşe verse, hakim, akıl hastası zengin kişinin fiilinden dolayı cezai sorumluluğu olmadığına ancak hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde verdiği zararın tazminine karar verir⁴⁹.

⁴⁵ ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3.Basım, Ankara 1992, s.91.

⁴⁶ OĞUZMAN, M. Kemal: Medeni Hukuk Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1985, s.68.

⁴⁷ T.C. ADALET BAKANLIĞI, Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Ankara 2002, s.258 vd.

⁴⁸ ÖZSUNAY, s. 222-223.

⁴⁹ T.C. ADALET BAKANLIĞI, Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Ankara 2002, s.258 vd.

2.1.1. Tanımı

Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi ve yukarıda anlatıldığı şekli ve kadarı ile hakimin takdir yetkisi kavramını şu şekilde tanımlayabiliriz: Takdir yetkisi, soyut ve genel nitelikteki kanun hükümlerinin öngördüğü yasal adaleti, özel ve münferit olayın şartları ile tarafların menfaatlerine en uygun düşecek somut olay adaleti ile hukuk-hakkaniyet-adalet dengesini kurma konusunda hakime kanunun tanımış olduğu bir sınırlı serbestidir.⁵⁰ Hakimin takdir yetkisi; kanunun çok genel, soyut ve elastiki mahiyetteki hükümlerini, somut ve özel bir olaya uygun gelecek şekilde uygulama yetkisidir.⁵¹ Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural içi boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlaki düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralların amacı, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak kuralların ferdileştirilip doldurulması yetkisidir.⁵²

2.1.2. Hukuki Niteliği

Meri 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesiyle tanımlanan takdir hakkının kullanılması hususunda hakim, hem bir muhtariyet sahibi hem de bu takdir hakkını kullanarak hakkaniyete uygun hüküm tesis etmekten sorumludur. Şüphe yoktur ki hakime tanınan bu takdir yetkisi, hakimin dilediği gibi hareket edebilme imkanı sahibi olduğu anlamına gelmemektedir. Hakim, içeriğindeki boşluğu doldurduğu hükmün ihdas sebebi-varlık nedenine, takdir yetkisi kullanacağı hükümle korunmak istenen hukuki menfaate, kanun gerekçelerine meclis zabıtlarına bağlı kalarak, hakkaniyetli-adil bir hukuki çözüm üretmekle yükümlüdür⁵³.

Hakimin takdir yetkisi, hakimin kanun karşısında sahip olduğu serbestliğin önemli bir sonucu olarak görülür. Hakimin takdir yetkisinin söz konusu olduğu hallerde kanunda hakimin önündeki olaya uygulanabilecek bir hüküm vardır. Fakat bu hükümde, olaya uygulanabilecek çözüm yolu sadece ana hatları ile gösterilmiştir. Bu hükümden bütün ayrıntıları ile sonuç çıkararak hukuk kuralının somut olaya uydurulması yetkisi hakime bırakılmıştır. Takdir yetkisinin hangi hallerde uygulanacağını kural olarak bizzat kanun belirler⁵⁴.

Şu halde, takdir yetkisi kavramının hukuki niteliğinin hakime tanınmış belli bir hareket serbestisi alanında kullanılmak üzere, şartları oluştuğunda yerine getirilmesi gerekli

⁵⁰ ZEVKLİLER, s.91

⁵¹ AKİPEK-AKINTÜRK; s.142

⁵² EDİS, s.186

⁵³ OĞUZMAN, s.69.

⁵⁴ AKİPEK-AKINTÜRK; s.142,143

özel nitelikte bir yargısal ödev olduğu söylenebilir.⁵⁵

Borçlar Kanunu m.202/f.1’de, satılan şeyde ayıp bulunması halinde, alıcının sözleşmeyi feshedip satılanı iade ya da satılanı alıkoyarak satış bedelinden tenzil talep edebileceği düzenlenmiştir. Kanunun adı geçen maddesinin ikinci fıkrasında ise alıcının alım-satım konusu olan malın ayıplı çıkması üzerine fesih hakkını kullanıp dava açması halinde, hakimin açılan fesih davasında halin icabı, durumun gereklerini araştırmasının neticesi olarak sözleşmenin feshi davasının reddine karar verir iken satış bedelinden indirim yapılmasına dahi karar vereceği düzenlenmiştir. Bir başka ifade ile hakimin, halin icabını araştırıp sonuca göre hüküm kurması takdir hakkının kullanılması kadar yargısal bir ödevdir.⁵⁶

Yine Medeni Kanunun 167 inci maddesine göre, Boşanma davası açmaya yetkisi olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir. 169 inci maddesine göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır. 170 inci maddesine göre ise, Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hakim boşanmaya veya ayrılığa karar verir. Anlaşılacağı üzere hakim, davacının talebi ile bağlı değildir. Somut vakıanın özelliklerini gözeterek boşanma veya ayrılık kararından birini tercih ederek takdir hakkını istimal edebilir. Bir başka ifade ile hakim, somut vakıaya hukuku uygular iken vakıaya ait unsur ve şartları neticeleri ile birlikte değerlendirdikten sonra takdir hakkını kullanmak sureti ile hüküm verir. Ancak her somut meselede hakimin takdir yetkisi yoktur. Medeni Kanunun 167 ve devamı maddelerine göre açılmış boşanma davasında hakim, 1 ila 3 yıl arası ayrılığa hükmedebilir. Takdir edilen ayrılık süresince eşler müşterek hayatı yeniden tesis edemediklerinde, eşlerden birinin boşanma talebi ile açılan davada hakimin takdir yetkisi yoktur. Böyle bir davada hakim, eşler arasında müşterek evliliğin yeniden tesis edilemediğini gördüğünde talep gibi karar vermek durumundadır.⁵⁷

Türk Medeni Kanun bazen açık olarak hakimin takdir yetkisinden söz eder. Bu gibi hallere Türk Medeni Kanununun 182 ve 766 inci maddeleri ile Borçlar Kanununun 50, 329 ve 365 inci maddelerini örnek gösterebiliriz. Nitekim Türk Medeni Kanununun 182 inci maddesinin kenar başlığında “hakimin takdir yetkisi” deyimini kullanılmıştır. Bazen hakimin takdir hakkının varlığı kanunlarda kullanılan deyimlerden anlaşılır. Örneğin, haklı veya önemli sebepler, uygun miktar, hakkaniyet, muvafık tedbirler veya muvafık tazminat, işin icabı gibi deyimlerin varlığı hakime takdir yetkisi verildiğini gösterir. Bazen takdir yetkisinin varlığı kanun maddesinin yazılış şeklinden anlaşılır. Mesela “dava boşanmaya ilişkin ise, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa karar verilebilir.”

⁵⁵ DEMİR, s.42.

⁵⁶ ZEVKLİLER, s. 94.

⁵⁷ ŞAHİN ANIL, YAŞAR; Boşanma Sebebi Olarak Geçimsizlik, İstanbul 2008, s. 130

“ on beş yaşını dolduran küçüğün mahkemece erginliğine karar verilebilir⁵⁸.”

Türk Medeni Kanunu 4 üncü maddesi hükmü ile hâkime, kural-içi boşluğu doldurup-doldurmama konusunda da bir serbesti, seçim yapma imkânı tanımayarak, aksine ona bir Ödev yükleyerek, takdirle ilgili bir kanun hükmünün uygulanması için gerekli şartlar gerçekleşmiş olursa, O'nun takdir hakkını kullanmakla yükümlü olup, takdire yer veren kanun hükmünün uygulama şartları gerçekleşince artık hâkim bu hükmü takdir sınırları içinde kalarak uygulamamazlık edemez. Hakim, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak söz konusu genel çerçeveli takdir normunu münferit olaya uygulamak ödevini yerine getirmelidir⁵⁹.

2.1.3. Takdir Hakkının Sınırları:

2.1.3.1. Yasaya Uygunluk

Takdir hakkının en önemli ilkesi, yasaya uygunluktur. Yani dayanağını yasadan almayan ve uygulanışı yasaya uygun olmayan bir takdir hakkından söz edilemez. Onun için her hangi bir konuda hakimin takdir hakkının olup olmadığını öncelikle yasa belirler. Eğer yasa hakime belli bir konuda takdir yetkisi vermemiş ise, böyle bir konuda hakimin takdiri de söz konusu olamaz. Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240 ıncı maddesi “bu konunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hakim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder” hükmü ile bu husus açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesinde “ kanunun takdir yetkisini tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir” hükmünün bulunması ve 184 üncü maddesinde “hakim delilleri serbestçe takdir eder” kuralının konulmuş olması; boşanma davalarında hakime takdir hakkını kullanma yetkisi verilmiş olduğunu göstermektedir. Hakime takdir hakkının verilmiş olması takdirin yasallığı için yeterli değildir. Aynı zamanda hakime verilen bu yetkinin, kullanılmasının da yasalara uygun bulunması gerekmektedir. Yani hakim, yasalarla kendisine verilen takdir hakkını ancak yasalara uygun bir şekilde kullanabilir. Yasalarla hakimin takdirine bırakılmış bir husus hakkında içtihatı birleştirme kararı yoluna dahi gidilemez. Çünkü takdir hakkının tanındığı durumlarda, takdir hakkının içtihatla sınırlandırılması takdir hakkını kaldıran, kısıtlayan bir durum olabilir. Takdir hakkını kullanan hakim, kendisinin bir kanun koyucu olmadığını fakat, mevcut yasaların uygulayıcısı olduğunu göz önünde bulundurmalıdır⁶⁰.

⁵⁸ AKİPEK-AKINTÜRK; s.143

⁵⁹ EDİS, s.200

⁶⁰ ŞAHİN ANIL, s. 116

2.1.3.2. Makul olmak

Makul olan takdir akla uygun olan takdir demektir. Eğer takdir akla uygun değilse, doğaldır ki geçersiz olur. Hukuk mantık gerektiren bir ilimdir. Mantık ise akılı, doğruyu ve geręeęi bulmaya, araştırmaya sevk eder. Bir takdirin makul olup olmadığı, o takdirin oluşumunda bazı kurallara uyulup uyulmadığının saptanması ile açıkça ortaya çıkarılabilir. Belirgin ve apaçık kurallara uyularak varılmış bir karar ya da ulaşılmış bir takdirin makul ve olağan, buna karşılık bu kurallara karşı olarak erişilen bir karar ve takdirin makul olmadığı aıktır⁶¹.

Takdir; muhtelif ihtimallerden ve Őıklardan birini tercih edebilme kudret ve yetkisidir. Makul bir takdir yapabilmesi için elbette öncelikle takdir hakkını kullanacak olan hakimlerin, bağımsız, sağlıklı, bilgili ve cesaret sahibi kişiler olmaları gerektiği yabana atılamaz.⁶²

Hukuk düzeninde yeterince korunmayan bir görevlinin kendi kaderi üzerinde söz sahibi bulunan kişilerin dileklerine aykırı davranmama eğilimi duyması ve bu eğilimin onun görevini aksatmasına neden olması; insan denilen varlığın zayıf yanlarındanır.⁶³

Makul ve herkesi doyurabilecek takdir uygulamalarına ulaşılabilmek için, gerekli yetenek ve yetkilerle donatılmış insanlar kadar; doğru ve yerinde oluşturulmuş metotlara da ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenlerle takdir; öncelikle mantık kurallarına uygun olarak kullanılmalıdır. Mantık ilmine göre; insan zihni doğruyu kavrayabilmede olduğu gibi, bilgi edinmede de kendine özgü bazı ilklere göre çalışır. Bu kurallara aykırı bir işleyiş, doğru olandan uzaklaşmak ve geręeęi kaybetmek gibi sonuçlar doğurur.⁶⁴

Keza makul bir takdire ulaşmada kesin bir kanaat temin edecek delillerin toplanması gerekli bulunmaktadır. Bir başka ifade ile makul takdir için öncesinden gereken araştırmaların yapılması gerekir.⁶⁵

Hakimin, yaptığı araştırma neticesi olarak makul takdir yetkisi kullanması gerekeceği Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi kapsamında mündemiçtir. Aksi takdirde yeterli araştırma yapmadan verilen karar üst mahkeme sıfatı ile Yargıtay'da yeniden incelendiğinde bozulmaya mahkum olacaktır.

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Davacı vekili, yapılan anlaşma üzerine davalının müvekkilinin müşterisine ait emtiayı İzmir'den İstanbul'a taşıdığını, emtianın araç içinde devrilerek hasarlandığını, sigorta

⁶¹ ŞAHİN ANIL, s. 117

⁶² ŞAHİN ANIL, s. 119

⁶³ A. M., 1963/109-1966/17

⁶⁴ ŞAHİN ANIL, s. 122

⁶⁵ Y.16.HD, E.2003/11374-K.2003/10500

şirketinin müvekkiline karşı dava açtığını, bu davada sulh yoluna başvurarak ödemede bulunduğunu, davalının asıl taşıyan olarak sorumlu olduğunu ileri sürerek, dava açmıştır.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, mürekkep emtiasının İzmir'den İstanbul'a taşınması işinin alt taşıyıcı sıfatıyla davalı tarafından yerine getirildiği, emtianın hasarlı taşındığı, hasarlı taşımaya ilişkin davalının katılımıyla tutanak düzenlendiği, üst taşıyıcı olan davacının dava dışı sigorta şirketine ödeme yaptığı, rücu hakkının doğduğu, emtianın taşınmak üzere ihtirazi kayıtsız alındığı, hasarın taşıma sırasında meydana geldiği, yüklemeye ilişkin de bir çekincesinin ileri sürülmediği, esasen zararın yükleme hatasından kaynaklandığının ispat edilemediği, zararın belirlendiği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, karar verilmiştir.

Dava, taşınan emtianın zarara uğraması dolayısıyla ödemede bulunan üst taşıyıcının, ödediği tazminatın alt taşıyıcıdan rücu'an tahsili istemine ilişkindir. Ancak, hüküm yeterli araştırma ve incelemeye dayanmadığı gibi, esas alınan bilirkişi raporu da uyuşmazlığı çözmeye elverişli değildir. Türk Ticaret Kanununun 781 inci maddesi uyarınca taşıyıcı, kural olarak eşyanın kendisine teslim edildiği tarihten gönderilene teslim olunduğu tarihe kadar geçen süre içinde meydana gelen kayıp ve hasardan sorumludur. Ancak, kayıp veya hasarın, anılan maddede sayılan nedenlerden birinden kaynaklandığını ispat etmesi halinde de bu sorumluluktan kurtulması mümkündür. Açıklanan nedenlerden biri de hasarın, gönderen veya gönderilenin fiilinden yahut verdikleri emir ve talimattan kaynaklanması halidir. Öte yandan, alt taşıyıcı hasar ve ziyandan dolayı ancak gerçek zarar ile sorumludur. Üst taşıyıcının taşıtana veya onun sigortacısına ödediği tazminat miktarının, rücu edilebilecek üst sınır dışında bir etkisi yoktur⁶⁶.

Yine makul bir takdire ulaşmakta diğer bir gereklilik, toplanan bütün delillerin gücünü tespit etmek ve incelenen olayın oluşmasında etken olan yada olmayan unsurları ortaya çıkardıktan sonra uygulanacak hukuk kuralının hangisi olduğuna karar vermek gereğidir. Toplanan bütün delillerin, iddia ve savunmanın; hepsinin, bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekli olup, bir kısmının hiç gözüne alınmaması yahut delilleri bütün olmaktan çıkararak parça parça ele almak sureti ile anlam çıkarmak takdiri sakatlar.⁶⁷ Örneğin, herhangi bir yazının hedeflediği amaç ve gayeye ve taşıdığı anlama nüfuz edebilmek için, tamamının içerdiği fikirlerin birlikte değerlendirilmesi ve tartışılması zorunlu, bir veya birkaç cümleden çıkarılan manadan yazı sahibinin gerçek amacına intikal etmenin imkansızlığı açıktır.⁶⁸ Ölçülü, makul takdir; insan doğasına uygun bir takdirdir. Takdir hakkının keyfilik demek olmayıp; yasaların belli bir olay ve kişilere uygulanmasında, adaleti sağlamak için,

⁶⁶ Y.11.HD. E.2006/8135,K.2007/10477.

⁶⁷ ŞAHİN ANIL, s. 124.

⁶⁸ Y.1. CD.22.02.1969, 937/561.

uygulayıcılara verilmiş bir araç olduğunu belirleyen en önemli kural budur. Makul bir sonuca ulaşmak hususunda, hakimin uygulayacağı yöntemlerinden biri de; verilen bütün kararlarının gerekçeli olması zorunluluğudur. Hakim, kararında kendisini böyle bir inanca götüren nedenleri, kanun yolu denetimine imkan sağlayacak şekilde ve açıkça göstermelidir. Takdirin gerekçeli olması, onun makul olmasını sağlaması bakımından önemlidir.⁶⁹

2.1.4. Takdir Yetkisinin Türleri

Takdir yetkisi, takdire yer veren kanun hükmünün (normun) yöneldiği şeye göre, bazen somut hukuki olayın takdiri; bazen olaya ilişkin hukuki sonuçların takdiri ya da hem olaya hem de olayın sonucuna yönelik takdir olmak üzere üç ana gruba ayırarak incelenebilir⁷⁰.

Hâkime takdir yetkisi tanıyan hallerin belirli gruplar halinde sistematize edilip ortaya konmasında hukuk doktrini ve uygulaması açısından çok fazla önem ve yarar vardır. Sistematize sayesinde en başta hâkim, takdir hakkının çıkış noktasını ve yöneldiği hedefi belirlemek suretiyle takdirin iç ve dış hukukî sınırlarına uygun takdir kararı verme imkânına sahip olur⁷¹.

2.1.4.1. Hukukî Olaya İlişkin Takdir yetkisi

Takdire yer veren kanun hükmündeki takdir kriterlerinin (muhik sebep, icabı hal, önemli nedenler gibi) varlığının araştırıldığı ve belli bir olayın unsurlarının (şartlarının) değerlendirildiği durumlara kısaca 'Olayların Takdiri" denir⁷².

Hâkim önündeki somut hukuki olayda, kanun hükmünde sözü edilen takdir kriterine ilişkin durumlara bakarak bir değerlendirme yapacaktır. Örneğin, Medeni Kanununun 349 uncu maddesi hükmü, velayet yetkisi sahibi ana ve babadan birinin yeniden evlenmesi durumunda çocuğa gerekli ise (icap ettiği halde) bir vasi tayin edileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre, hâkim velayete tek başına sahip olan ana veya babanın yeniden evlenmesi durumunda gerekli görürse velayeti kaldırarak çocuğa bir vasi atayacaktır. Yine hakim önündeki somut olaya göre takdirini velayeti kaldırılan ana veya babadan biri lehine kullanarak onu vasi olarak atayabilecektir.⁷³ Yine Borçlar Kanununun 202/f.1. maddesinde de, satılan şeyde ayıp bulunması halinde, alıcının sözleşmeyi feshedip satılanı İade ya da alıkoyarak satış bedelinden indirim yapılmasını isteyebileceği düzenlenmiş, hemen ikinci fıkrasında ise, alıcının açtığı fesih

⁶⁹ ŞAHİN ANIL, s. 126.

⁷⁰ ATAAY, Aytakin: Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler-Genel Kavramlar, II.Bası, İst.1971, s.200-201.

⁷¹ İMRE, s. 169-170.

⁷² ÖZSUNAY, s.224

⁷³ KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, İst.1985-186, s.262

davasında durumun gereği ve özelliği satımın bozulmasını haklı göstermiyorsa satış bedelinden indirim yapmakla yetinebileceği belirtilmiştir. Yani burada da hâkim, satımdan dönmenin haklı olup-olmadığını olayın şartlarını ve özelliklerini takdir ederek belirleyecektir⁷⁴. Yine Türk Medeni Kanununun 26 ıncı maddesi, muhik sebeplere binaen isim değiştirmeyi düzenlemiş ancak hangi hallerin muhik sebep sayılacağı madde hükmünde gösterilemeyeceğinden her bir özel ve somut isim değişikliği ile ilgili olayda hâkim tarafından, gösterilen sebebin haklılığı takdir edilecektir. Bu madde uygulaması ile ilgili olarak hâkim, adın bir hayvan adı olmasını, herkesçe belli bir anlama gelmediği için alay konusu yapılmasını, çirkin ve yanlış anlamalara yol açmasını birer muhik (haklı) sebep sayabilir⁷⁵.

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Dava dilekçesinde "Kunter" olan soyadının "Üsmen" olarak tashihi istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiştir. Türk Medeni Kanununun 27 inci maddesine göre, haklı sebebin varlığı halinde ismin (soyadının) değiştirilmesi mümkündür. 1587 sayılı Nüfus Kanununun 46. maddesinin 2. fıkrasında da yazılı olduğu üzere sicil kaydının değiştirilmesine mahkemece karar verileceğinden ad ve soyadı değişiklik isteminin haklı olup olmadığı tahkik ve takdir edilecektir. Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği konusunda bir yasal düzenleme bulunmadığından ve esasen bu konuda bir kıstas belirlenmesi de söz konusu olmadığından, haklı sebebin var olup olmadığı, her bir davadaki özel koşullara göre mahkemece belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok, değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir. Bu özel, kişiye özgü nedenler; istemde bulunanın kişiliği, sosyal statüsü, aile ilişkileri ve mahkemeye yansıyan ruhsal durumu dikkate alınarak hakim tarafından değerlendirilmelidir. İsim kişiliğin ayrılmaz bir unsurudur. Kişi bununla anılır ve tanımlanır. İsmi bu işlev ve niteliği onun sahibi olan kişi tarafından benimsenmesi ile anlam ifade eder. İsmi benimsenmeyen, kişiliği ile özdeşleştiremeyen kişinin, ismini değiştirmek en doğal hakkıdır. Kişi genellikle belli bir soyadı ile doğar ve doğar doğmaz da ailesi tarafından konan bir isimle anılır. Bu kişi büyüyüp ergin oluncaya kadar ismini benimseyememiş onunla kendisini özdeşleştirmemiş olmasına rağmen onu bu isimle veya soy ismiyle yaşamını sürdürmeye zorlamada hiç bir toplumsal yarar olamaz. Hal böyle olunca da, isim değiştirme istemlerini içeren davalarda davacının tercih ve arzusunun ön planda tutulması, onun öncelikle dikkate alınması gerekir. Medeni Kanunun öngördüğü " haklı sebep" bu kapsam içinde değerlendirildiğinde hakimin bu konudaki takdiri ileri sürülen sebebin ve yeni alınmak istenen isim veya soy isminin makul,

⁷⁴ ZEVKLİLER, s.94

⁷⁵ ÖZSUNAY, s.224

toplum değerlerine ters düşmeyen ve özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikler bulunduğunun saptanmasıyla sınırlı olmalıdır. Kan bağıının, duygu bağıyla tamamlanmadığı, onunla pekişip gelişmediği durumlarda tek başına bir sevgi-saygı ilişkisinin doğmasına yeterli olmadığı bilinen bir gerçektir. Davacının hiç tanımadığı, görmediği, baba diye bilmediği ve olanak bulunduğu halde kendisi ile ilgilenmediği, görmek istemediği ve kendisini sevmediği, umursamadığı kanaatini taşıdığı kişi ile kendisini duygusal açıdan baba-oğul ilişkisi içinde görmemesi nedeniyle, onun soy ismini taşımakta sıkıntı çekmesinin makul ve hayatın olağan akışı içerisinde anlayışla karşılanabilecek nedenleri olabilir.⁷⁶

Hakim, olaya ait unsurların tespitine yönelik olarak da, takdir hakkına sahiptir. Borçlar Kanununun 21 inci maddesine göre, gabinin şartlarının gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için; ivazlar arası aşırı bir oransızlık ve bir tarafın zayıflığını diğer tarafın bu durumu bilerek sömürmesi vakıalarına ilişkin olarak hâkime bu unsurları tespite yönelik takdir yetkisi tanınmıştır.⁷⁷

2.1.4.2. Hukuki Sonuçlara ilişkin Takdir yetkisi

Hâkim, belli bir olayın varlığı veya unsurları ile ilgili olarak değil de, bu olaya bağlı olarak ortaya çıkabilecek sonuçların takdirine yönelik bir hakka sahiptir. Hukuki sonuçların takdirinde kanun hükmü özellikle bir kusurun derecesine, zararın saptanmasına, tazminatın şekil ve kapsamının takdirine ilişkin olarak hâkime bir değerlendirme imkânı tanır. Hâkim, önündeki özel ve somut hukuki olayın oluş şekli-şartları, özellikleri, nedenleri gibi olayın varlığı ya da yapısal unsurları üzerinde doğrudan durmayarak, olaya bağlı olarak hukuken önem taşıyan sonuçlarla ilgilenerek takdir hakkını kullanır. Hâkim, BK 43 üncü ve 44 üncü madde hükümlerine göre, zarar verici bir olay nedeniyle tazminatın kapsamını belirlemeye çalışırken açıkça takdire bağlı olmayan indirim sebeplerinden ayrı olarak, somut olaydaki esaslı bütün objektif durumları hesaba katarak hakkaniyete uygun bir indirim yaparken doğrudan doğruya hukukî sonuç (zarar ve tazminat kapsamı) üzerinde takdir hakkını kullanmaktadır. Ancak bu objektif durum ve şartlar, BK. m.43/f.1 anlamında tazminattan takdire dayalı bir indirim yapılmasını haklı gösterecek nitelikte olması gerekir⁷⁸.

Hakim somut vakıada özellikle; tarafların ekonomik durumları, toplumsal konumlan, zarar görenin zarara bedensel yatkınlığı, umulmayan bir durumun görülmesi ya da zararın

⁷⁶ Y.3.HD, E:1989/1012, K:1989/2375,T:02.03.1989.

⁷⁷ BK. Md. 21: "Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir. Bu müddet, akdin inikadından itibaren cereyan eder."

⁷⁸ KARAHAN, M. Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, I. Bası, İstanbul 1992, s. 779.

önceden kestirilemeyecek tutarda oluşu yoğunluk derecesi zayıf bir nedensellik ilişkisi, taraflar arasındaki kişisel tanışıklık ve zarar verenin kendisinden beklenenden çok daha fazla tedbir almış olması gibi özel durum ve şartları gözetmelidir. Borçlar Kanununun 43 üncü maddesinin 1 inci fıkrası hükmüne göre, hâkim tazminatın suretini ve derecesini tayin etmekle görevli olup, bunu yaparken hal ve mevkiin icabını göz önünde tutması gerekmektedir. Buradaki amaç, olayın özelliklerine göre hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaktır.

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Zarara sebebiyet veren davalı, Elazığ Yukarı Demirtaş köyünde doğup büyümüş bir kişidir. Askerlik yükümlülüğünü yaparken bir askeri araçla şoför olarak görevlendirilmiş ve araç onun tarafından kullanılırken trafik kazası gerçekleşmiştir. O halde rücu'an ödettirilecek tazminat kapsamı belirlenirken davalının içinde bulunduğu bu durumun göz önünde tutulması gerekir. Her ne kadar askerlik yükümlülüğü karşılıksız bir borç ise de; bu görevin ifası sırasında herhangi bir kasta dayanmaksızın sadece tedbirsizlik sonucunda bir zarar oluşmuştur. Davalı er olduğundan diğer kamu görevlileri gibi yaptığı hizmetin karşılığında asgari tutarda da olsa bir ücret almamaktadır. O halde rücu'an ödettirilecek tazminatın kapsamı belirlenirken hakkaniyet gereği belirtilen hal ve mevki gözeticilip onun icabı olarak talep olunan miktardan uygun bir indirim yapılmalıdır. Mahkemece bu yön gözetilmeksizin üçüncü kişilere ödenmiş olan tazminatın tamamının davalıdan tahsiline karar verilmiş olması yasaya aykırıdır.⁷⁹

Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir yetkisi verdiği hususlarda hakim hak ve nısfetle hüküm vereceği Medeni Kanun'un 4 üncü maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edilmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut

⁷⁹ Y. 4.HD. E.1989/111193, K.1989/3579.

halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Davaya konu edilen yayında kullanılan sözcükler ve yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde hükmolunan manevi tazminat miktarı çok fazladır. Daha az miktarda manevi tazminat takdir edilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesinde hakimin tazminatın ödenmesi yerine diğer bir yaptırıma veya ilave bir yaptırımı öngören bir karar verebileceği gibi, saldırıyı kınayan bir hüküm de kurabileceği öngörülmüştür. Medeni Kanunun 4 üncü maddesinde ise yasanın takdir yetkisi tanıdığı durumlarda hakimin, somut olaydaki olguları gözeterek hak ve adalete göre karar vereceği düzenlenmiştir.

Açıklanan şu düzenlemeye göre hakimin davaya konu olan uyuşmazlıkların çözümünde, belirlenecek yaptırımın türünü serbestçe takdir edebileceği, ancak bu yaptırımın somut olay itibarıyla hak ve adalete de uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır.⁸⁰

2.1.4.3. Hukuki Olaya ve Sonuçlara İlişkin Takdir yetkisi

Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hakime, hem hukukî olayın şartları ve nedenlerini hem de bu olayın sonuçlarını takdir etme yetkisi tanımaktadır. Hâkim bu gibi durumlarda hukukî olay ve sonuçlarını bir arada değerlendirerek, hakkaniyetli bir çözüm bulmakla görevlendirilmiştir. Yani, hukuku uygularken olaya ait unsur ve şartları, sonuçları ile birlikte değerlendirerek bir takdir kararı vermek söz konusudur. Tabii ki bu uygulamada, diğer takdir hakkına dayalı karar verme durumlarında olduğu gibi, hâkimin önündeki somut olayın esaslı bütün özelliklerini, tarafların sosyal, kültürel ve ekonomik düzeyleri ile kişilik görünümünü hesaba katarak hukuk ve hakkaniyet ölçülerine uygun bir çözümü hedeflemesi gerekir⁸¹. Medeni Kanunun 166/4 üncü maddesi hükmü gereğince, eşlerden biri tarafından açılan boşanma davasının reddine karar verilmesi ve kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesine rağmen, her ne sebeple olursa olsun, eşler arasında müşterek hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir. Keza Borçlar Kanununun 41 inci maddesi hükmünde, haksız fiilin unsurları düzenlenmiş, fakat bunun yanı sıra haksız fiilin işlenmesi sonucu ortaya çıkan zararlı sonucun tazmin edileceği de belirtilmiştir. İşte burada da, hâkim, hem kanunda gösterilen haksız fiilin unsurlarının tamam olup, olmadığını hem de onun sonucunda doğan zararın gerçek tutarını tespit edip bu

⁸⁰ Y.4HD. E.2000/12192, K.3122.

⁸¹ ZEVKLİLER, s.95.

belirlenen zarar karşılığında ödenecek tazminatın kapsam ve niteliğini takdir hakkını kullanmak suretiyle belirleyecektir⁸²

2.2. HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN BENZERİ KAVRAMLARLA MUKAYESESİ

Hakimin takdir hakkının kapsamını, sınırlarını ve takdirin şartlarını daha iyi anlamak için; hukuk yaratma, delilerin serbestçe takdiri, yorum gibi kavramlarla yakınlık ve farklarına işaret etmekte fayda vardır.⁸³

2.2.1. Yorum

Bir kanun hükmünün anlamının tespitine o hükmün yorumlanması (tefsir edilmesi) denir. Yorum yapmak durumunda olan makamların başında mahkemeler gelir. Hâkimler tarafından bir dâvayı çözümlerken yapılan yoruma yargısal yorum denilir⁸⁴.

Hakim, hukuk kurallarını lafzı ve ruhu ile anlamak durumdadır. Bu durumda hakim, bir takım kıstaslar kullanarak kanunu yorumlamalıdır. Hakim, açıklayıcı yorum, genişletici yorum, daraltıcı yorum gibi yorum teknikleri hukuk kuralının anlamını tespit eder iken, doğru ve yerinde olarak kullanırsa salt kanunun lafzına bağlı adalet ile hakkaniyet ve nasafetin öngördüğü adalet arasında denge kurmuş olacaktır. Ve bu sayede, kullanacağı takdir yetkisi ile özlenen bir hukuk ve hakkaniyete uygun adalet ihtiyacını karşılamada başarı gösterecektir.⁸⁵ Hakimin, pozitif hukuk kuralının gerçek anlamına ve amacına göre yapacağı yorum aynı zamanda takdir hakkının kullanılmasına önem taşır. Hakim takdir hakkını kullanır iken lafzi yorumu esas kabul ederek sadece bu yorum tekniği ile yetinir ise hatalı ve yetersiz çözümlere neden olur.⁸⁶ Keza hakim, pozitif hukuk kurallarını yorumlar iken sadece amaca göre yorum tekniğini kullanır ise takdir hakkının kullanımında keyfi olarak hüküm tesisine neden olabilir. Hukuk kaidelerini yorumda, hakim verilmiş bir kuralla bağlı olup belli unsurları dayanak yaparak gerçek anlamı ortaya çıkarma ödevini yerine getirir. Yorum yapar iken hakim, takdir yetkisinde olduğu kadar serbest değildir. Bu itibarla yorumu, hak ve nısfetle karar vermeyi gerektiren takdir yetkisinden ayırt etmek gerekir.⁸⁷

Hakim, önüne gelen ihtilafa ilk önce kanunu uygulayacaktır. Bunu yapabilmek için de,

⁸² ATAAY, s.200-201.

⁸³ EDİS, s.187.

⁸⁴ OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk Temel Kavramlar, Arıkan yayınları, 14.Bası, İstanbul 2007, s.54.

⁸⁵ KARAYALÇIN, Yaşar: Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1986, s.93.

⁸⁶ KARAYALÇIN, s.50-53.

⁸⁷ EDİS, s.190.

kanun içindeki hükümlerin gerçek anlamlarını ortaya çıkarmaya, yani kanunu yorumlamaya, tefsir etmeye mecburdur. O halde kanun uygulanabilmesi için hakim tarafından yapılacak ilk iş, kanunun yorumlanmasıdır. Yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlamını ve kapsamını belirlemek demektir.⁸⁸

Hakimin hukuk kaidelerini yorumlar iken uygulamak durumuna olduğu teknikler, bağlı kalmak olduğu prensipler vardır.

2.2.1.1. Yorum metotları

Kanun hükümlerinin yorumlanmasında ortaya atılmış çeşitli yöntemler vardır. Kanun hükümleri yorumlanırken, sadece hükmün ifade tarzına bağlı kalan, kelimelerin sözlük anlamını, metin içindeki yerlerini cümlelerin kuruluş tarzını esas alan yorum yöntemine, "söze göre yorum" (lâfzî tefsir) denilmektedir. Hükmün lâfzî yorumunda hareket noktası durumunda ise de, hükmün amacını göz ardı ederek sadece lâfza bağlı kalınması kabul edilemez. Bu nedenle, anılan yorum metodu, her zaman hükmün amacına uygun sonuç vermemesi bakımından, yetersizliği anlaşılmış bir metottur. Bu sebeple, "amaca göre yorum" (gaî tefsir) gerekli sayılır⁸⁹.

Kanun hükümleri yorumlanırken, kanun koyucunun bu hükmü koymakla güttüğü amacın, diğer bir ifade ile kanun koyucunun kanunu yaparken taşıdığı gerçek iradenin araştırılmasını esas alan bir yorum yöntemi vardır ki buna "sübjektif tarihî yorum metodu" denir⁹⁰. Kanunun uygulanacağı dönemde kanuna tâbi olanların, dürüstlük kuralı çerçevesinde, kanunun hazırlanması sırasında geçirdiği aşamaları değerlendirerek kanun koyucuya izafe edecekleri amaca göre kanun metnine verecekleri anlam esas alınmalıdır. Kanunun muhataplarının güvenini koruyan bu metoda "objektif tarihî yorum metodu" denir⁹¹.

Yorumun kanun hükmünün uygulanacağı zamanın şartları içinde yapılması gerektiği, kanun koyucunun kanunu koyarken güttüğü amacın değil, fakat kanun koyucunun kanunun uygulanacağı sıradaki şartlar ve ihtiyaçlar karşısında bulunmuş olması halinde güdeceği amacın araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanması gerektiği fikrine dayanan yoruma; zamana göre objektif yorum metodu denir⁹².

2.2.1.2. Medenî Kanunumuzun Benimsediği Esas Ve Kanun Hükümlerinin Yorumlanmasında Dikkate Alınacak Unsurlar

⁸⁸ AKİPEK-AKINTÜRK, s.114.

⁸⁹ OĞUZMAN/BARLAS: s. 55.

⁹⁰ EDİS; s.190.

⁹¹ ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 19.Bası, Ankara 2005, s.1134.

⁹² İMRE, s.162.

Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesinin 1 inci fıkrası "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır." demek suretiyle salt lâfzî bir yorumda bulunmanın yetersizliğine işaret ettiği gibi, serbest bîr yoruma da cevaz bulunmadığını kabul etmektedir. Yorumu yapan kişi, özellikle hâkim, yorumda serbest olmayıp, kanunun sözüyle ve özüyle (lafzıyla ve ruhuyla) bağlıdır. Hâkimin ihtiyaçlar haklı gösteriyor diye kanunu değiştirme ve kanuna aykırı bir sonucu kanun hükmü imiş gibi kabul etme yetkisi asla yoktur⁹³. Medenî Kanunun bu hükmü, bir kanun normunun anlamı tespit edilirken, lâfzi (söze dayalı) bir yoruma başvurulacağını kabul etmektedir. Gerçekten, yorumda öncelikle hükmün metninde kullanılan kelimelerin dilbilgisi yönünden anlamı, cümle yapısı, gramatik özellikleri gözönünde tutularak hükmün anlamı belirlenecektir⁹⁴. Bu, hükmün lâfzıdır. Fakat lâfzi yorumla tespit edilen anlamla yetinilmeyecektir. Bu anlamın kanunun ruhuna uygun olması gerekir⁹⁵. Konunun ruhu ile bağdaşmayan lâfzi yorum kabul edilemez. Böyle bir durumda kanun metnine verilebilecek anlamların içinde kanunun ruhuna en uygun olanın araştırılması gerekir. Eğer kanunun lâfzı ile ruhunu bağdaştırmak mümkün olmazsa, bu takdirde ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmek ve bu boşluk kanunun ruhuna uygun bir çözümlerle doldurulmak gerekir⁹⁶.

Medenî Kanun, kanunun ruhunun araştırılmasını emretmekte ise de, bunun ne anlama geldiğini, nasıl araştırılacağını belirtmemektedir. Kanunun ruhunun araştırılmasında aşağıdaki unsurlara başvurulmalıdır.

2.2.1.3. Kanunun sistemi

Kanunun bir hükmünü değerlendirirken, hükmün kanunda bulunduğu yer ve diğer hükümlerle olan ilişkisi, kısacası sistematigi gözönünde tutulmalıdır. Zira kanun birbiriyle ilgisi bulunmayan parça parça hükümlerden ibaret olmayıp, bir bütündür. Çeşitli hükümler bu bütünün mantikî bir sistem içinde düzenlenmiş parçalandır. O halde yorumlanacak kanun hükmü de bu bütüne dahil bir norm olarak, kanunun diğer hükümleriyle bir bütün halinde nazara alınarak yoruma tâbi tutulmalıdır⁹⁷.

⁹³ TEKİNAY, S.SULHİ: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 5.Bası, İstanbul 1987, s.61

⁹⁴ EDİS, s.193-194

⁹⁵ EDİS, s.185

⁹⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s.58

⁹⁷ EDİS, s195

2.2.1.4. Kanunun hazırlık çalışmaları

Kanun hazırlanırken yapılan çalışmalar (gerekçe, tasarıların gelişimi, komisyon ve meclis görüşmeleri) kanunun ruhunun tespitine yardımcı olabilir⁹⁸. Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu bakımından Türk Kanun Koyucusunun çalışmaları esas itibariyle İsviçre örneğine dayandığından, bu kanunlardaki bir hükmün ruhu araştırılırken İsviçre Medeni Kanununun metninden ve hazırlık çalışmalarından da yararlanılması zorunluluğu vardır⁶⁶. Ama İsviçre Medeni Kanunundan ayrılan konularda Türk Kanun Koyucusunun bu davranışının sebebinin araştırılması, hükmün ruhunun tespitinde rol oynayabilir⁹⁹.

2.2.1.4. Hükmün Amacı

Kanunun sistematığının veya hazırlık çalışmalarının yorumlanacak hüküm için doğrudan doğruya bir ışık tutmadığı hallerde dahi, gerek bu unsurlar, gerekse o müessesenin niteliği, hükmün kanuna konulmasındaki amacın ortaya çıkmasını sağlayabilir. Hükmün amacı da hükmün anlamının tespitinde çok önemli bir rol oynayan temel faktör durumundadır¹⁰⁰.

2.2.1.5. Yorumun Yapıldığı Zamandaki Şartlar ve İhtiyaçlar

Bir hükmün yorumlanmasında, yorumun yapıldığı zamandaki şartlar ve ihtiyaçlar da gözetilmelidir. Bir hükme verilmesi mümkün olan anlamların içinde, zamanın şartları ve ihtiyaçlarına en uygun olanı benimsenmelidir¹⁰¹.

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Taraflar arasındaki "menfî tesbit (istirdat)" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; mahkeme davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay, 3533 sayılı Kanunun 1 inci maddesine göre genel, katma ve özel bütçelerle yönetilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete veya belediyelere yahut özel idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan uyuşmazlıklardan adalet mahkemelerinin görevi içinde bulunanlar o kanunda yazılı "tahkim usulüne" göre çözümlenir.

⁹⁸ İMRE, s. 169

⁹⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s.60.

¹⁰⁰ AKYOL, Şener., Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri, C.I. İst.1984, s.17-22

¹⁰¹ AKYOL, s.251 vd.

Mahkemece tarafların durumları gözetilerek sözü edilen yasa buyruğu uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmek gerekirken işin esasının incelenmiş olması bozmayı gerektirir gerekçesiyle Yargıtay, mahkemenin bu kararını bozmuştur. Mahkeme önceki kararda direnmiştir.

İhtilaf, Sermayesi TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) tarafından verilen Siirt'te kurulu "Tedaş Siirt Müessese Müdürlüğü" ile Belediye arasında çıkan hukuki uyuşmazlığın tarafların sıfatına göre Genel Mahkeme sıfatıyla mı, yoksa 3533 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Zorunlu Tahkim prosedürü çerçevesinde mahalli yüksek dereceli hakim (hakem) sıfatıyla mı bakılıp sonuçlandırılacağı noktasındadır.

İşbu safhadan sonra yüksek mahkeme mevcut kanun hükümlerinin yorumlanmasının nasıl yapılacağı hususunda tarihi süreç içerisinde gelişen ve değişen şartlar ve mevzuatı değerlendirmek suretiyle değerlendirme yapmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti ilk kuruluş yıllarında faaliyetlerine ekonomi alanına yaydıkça bu sahalarda yalnız düzenleyici ve denetleyici faaliyetleriyle kalmayıp aktif bir vaziyete geçerek Türkiye'de sermaye birikiminin sağlanması amacıyla bir müteşebbis gibi hareket etmeye başlamıştır. Evvelce eşine rastlanmayan bir takım teşekkül ve müesseseler oluşturmuştur. Osmanlı İmparatorluğunda bu nevi müesseselerden Emniyet Sandığı ile Ziraat Bankası mevcut iken Cumhuriyet ile birlikte Sümerbank, Etibank, Denizbank, Devlet Ziraat İşletmeleri kurulmuştur. Türkiye'de İktisadi Devlet Teşekkülleri tabiri ilk kez 17 Haziran 1938 tarihinde çıkarılan "Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Sureti ile Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatı ile İdare ve Murakebeleri Hakkında" 3460 sayılı Kanun 1.maddesi ile ortaya atılmıştır. Bu Kanununun 26.maddesinde kanun hükümlerine tabi teşekküllerin, ellerinde bulunan teşebbüsleri hususi hukuk hükümlerine göre idare edilmek ve kendilerine bağlı olmak ve hükmi şahsiyeti haiz bulunmak üzere kurulacak sınırlı sorumlu müesseselere devretmeye mecbur oldukları belirtilmiştir. Yine aynı konuları düzenleyen ve 3460 sayılı Yasadan sonra 21 Mart 1964 tarihinde yürürlüğe giren 440 sayılı "İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri Hakkında Kanun"un 1.maddesinde "İktisadi Devlet Teşekküllerinin, sermayelerinin yarısından fazlasının tek başına veya birlikte Devlete (Genel ve Katma Bütçeli İdarelere) ve İktisadi Devlet Teşekküllerine ait olup, İktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan ve kuruluş kanunlarında bu kanuna tabi olacakları belirtilen teşebbüsler" olarak tarif edilmiştir. Kanununun 2/A bendinde bu teşekküllerle müessese ve iştiraklerinin karma ekonominin kurallarına ve ekonomik gereklere uygun olarak yönetilmelerine karlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak ve sermaye birikimine yardım etmek suretiyle daha fazla yatırım kaynağı yaratmalarının amaçlandığı belirtilmiştir.

TTK 18/1 inci maddesinde "Ticaret şirketleriyle gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler, kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere" kurulan teşebbüslerin tacir sıfatını taşıdıkları belirtilmiştir. Ticaret yasasında sözü edilen teşebbüslerin yukarıda anılan ve 233 sayılı KHK'de belirtilen Kamu İktisadi teşekküllerini kapsadığı benimsenmektedir. TTK.nun 18/1.maddesinde kuruluş kanunlarından" söz edilmekte ise de bugün için Kamu İktisadi Teşebbüslerinin kendi kuruluş kanunları bulunmadığı ve onların yerine Yüksek Planlama Kurulu tarafından ana statüler hazırlanıp bunlar Resmi Gazete'de ilan edildikleri için TTK 18/1 deki düzenlemeyi "ana statüleri gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek üzere kurulmak" şeklinde anlamak gerektiği benimsenmektedir. Bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün tacir sayılabilmesi için Ticari şekilde işletilmek üzere kurulması yeterlidir. Burada sermayenin kime ait olacağı bir kıstas olarak alınmamıştır. TTK 18/1 uyarınca teşebbüslerin tacir sayılması için kanunda öngörülen iki şart birlikte aranmamakta kendi kuruluş kanunları (ana statüleri) gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek cümlesinden sonra veya eki getirilerek "Ticari şekilde işletilmek üzere kurulan" teşebbüslerin de tacir sayılacakları belirtilmektedir.

Yine uygulamada Kamu İktisadi Teşebbüsü olmamakla birlikte Belediye, Vilayet gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve kuruluş kanunları uyarınca hususi hukuk hükümleri dairesinde yönetilecekleri açıklanan aslında Kamu İktisadi Kuruluşu gibi tekel niteliğinde mal ve hizmet üreten ve kendilerini meydana getiren Belediye, Vilayet ve Kamu tüzel kişileri tacir sayılmadığı halde kurdukları teşebbüs ve müesseselerin TTK 18/1 kapsamına giren birer tacir sayıldıkları ve bu müesseselerin kendi aralarında ve 3. şahıslarla olan ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların zorunlu tahkime tabi olmayıp adli yargıda görüleceği benimsenmektedir.

Kanunun çıkarıldığı 1938 yılında yürürlükte olan 1924 tarihli Anayasa'da idarenin kuruluşu faslında Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkında açık bir hüküm bulunmamaktadır. İktisadi Devlet Teşekkülü terimi ilk kez 3460 sayılı Kanun ile dile getirilmiştir. Tasarının Hükümet gerekçesinde "Her biri Devlet Müessesesi olan Umumi, Mülhak veya hususi bütçelerle idare edilen daireler arasında veya bunlardan biri ile Belediyeler arasında çıkan hususi hukuk hükümlerine göre oluşacak ve Adliye Mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hakimi tarafından hakem sıfatıyla çözümleneceği" belirtilmiş, Dahiliye, Adliye, Maliye Komisyonunca bu metin aynen benimsenmişken, Bütçe Komisyonunca, tasarının önceki komisyonlardan geldiği şekliyle benimsendiği yazıldığı halde hiçbir açıklayıcı gerekçe ilave edilmeden "Sermayesinin tamamı Devlete veya Belediyelere veya hususi idarelere ait" ibaresi eklenmiştir.

Öncelikle MK 1 inci maddesi uyarınca Kanunun sözü ve özünü incelemek ve yorumlamak gerekmiştir.

Türk Medeni Kanunu 1.maddesine göre Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK.nun 1.maddesine uygun düşmez. Ticaret Hukukunun kendine özgü kuralları ve Uluslararası sözleşmelerin bolca uygulandığı, Ticaret Hukuku disiplini içinde Ticaret Kanunu anlamında tacir sayılan ticari işletmeyi kurup işleten, ticari esaslara göre hareket eden KİT'leri bu kanunun kapsamı içine almanın kanun koyucunun 3533 sayılı Kanunla kurmak istediği sisteme ve kanunun amaçsal yorumuna aykırı olduğu açıktır.

28 Mart 1945 tarih ve 1/6 sayılı YİBK gerekçesinde "Devlet İktisadi Teşekkülleri özel hukuk prensiplerine tabi olmak üzere kurulmuş müesseselerdir. Bu müesseselerin hukuk hayatında görülen sair teşekküllerden farkının sermayelerinin devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinde mevcut hususiyetten ibarettir. Gerçi bu teşekküllerin görecekları vazifelerden bir kısmı devletin ekonomik politikasıyla ilgilidir. Ancak bu keyfiyet, İktisadi Devlet Teşekküllerine kamu hukuku müessesesi vasfı vermeyip sadece kurucusunun devlet oluşundan ve kuruluşunun bir kanuna dayanmakta bulunmasından ileri gelmektedir" denilerek bu kuruluşların özel hukuk tüzel kişisi oldukları belirtilmiştir.

Sonuç olarak; Kamu İktisadi Teşebbüsleri ticari işletme kurup işlettikleri için tacirdirler. Bunların sermayelerinin devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesi, bu kurumlara kamu hukuku müessesesi vasfı vermeyip, bu kuruluşlar özel hukuk tüzel kişisi olup, haklarında hususi hukuk hükümleri uygulanır.¹⁰²

Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğu şekil şartlarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davası kural olarak kabul edilemez; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde, olayın özelliğine göre hakim, Türk Medeni Kanununun 2 inci maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir. Bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve

¹⁰² Y.HGK. 2004/4-40 E., 2004/113 K.

karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu husus yasal himayeden yoksun kalır. Bu durumlarda sözleşmenin geçersizliğine dayanılarak akdin icrasından kaçınılamaz... olayın özelliğine göre cebri tescil davası kabul edilmelidir.¹⁰³

2.2.2. Hukuk Yaratma

Hakimin, hukuk yaratması ancak Türk Medeni Kanununun birinci maddesinde tarif edilen şekilde somut olaya uygulanacak soyut bir hukuk kuralının ne kanunda ne de örf ve adet hukukunda bulunmaması halinde söz konusudur. Bu halde hakim, mevcut hukuk boşluğunu hukuk doktrinleri ve mahkeme içtihatlarından faydalanmak sureti ile kanun koyucu gibi re'sen hareketle hukuk kuralı ihdas edecektir. Bir başka deyişle hakimin, önündeki somut anlaşmazlığın çözümlenmesine uygun gelen bir hukuk kuralının kanunda, daha doğru deyişle yazılı kaynaklarda veya örf ve adet hukukunda bulunmaması halinde, bir hukuk boşluğunun varlığından bahsedilir. Böyle bir durumda hakim, önüne gelmiş olan anlaşmazlığı Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesine uygun hareket ederek çözümlenmek zorundadır. Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesi ile, hukuk boşluğunun doldurulması konusunda hakime çok önemli ve çok büyük bir görev verilmiştir. Hakim, bu hukuk boşluğunu doldurmak amacıyla, kanun koyucuyumş gibi bizzat bir hukuk kuralı koymak ve ihdas ettiği kurala göre sorunu çözmek zorundadır.¹⁰⁴

Hâkimin takdir hakkını kullanarak verdiği kararlarda da hukuk yaratma ya da kanun koyucu gibi karar verme niteliği görülebilmektedir. Ancak buna rağmen, hâkimin hakkaniyete göre takdir hakkını kullanarak bir hüküm içi boşluğu doldurması, somut olaya özgü bir takdir kararı vermesi anlamına gelirken; hukuk yaratma işlemindeki genel ve soyut bir hukuk kuralı koymakla yükümlü olan hâkimin yerine getirdiği ödev hem nitelik hem de işlev yönünden Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmüne dayalı bir takdir kararı verme ödevi ile bağdaşmamaktadır¹⁰⁵. Tamamlayıcı nitelikte hukuk yaratma ile takdir kararlarının her ikisinin de hâkimin müstakil bir değerlendirme yapması gerektiği ve prensip olarak her ikisi için de benzer ölçütler geçerli olduğu söylenebilir. Bu noktada bu iki kavram birbirine benzemektedir. Ancak bu aşamada aralarında şöyle bir farkın bulunduğu belirtilebilir. Takdir kararı herşeyden önce somut olaylardaki özel hal ve şartlara dayandığı yani somut olayın

¹⁰³ Y. HGK, 6 Haziran 1979 gün 14/190-799 s. K.

¹⁰⁴ AKİPEK-AKINTÜRK; s.131

¹⁰⁵ EDİS, s. 141-142

esaslı noktalarının neler olduğunu belirlemeyi ve bunların aydınlatılmasına çalışmayı gerektirdiği halde; hukuk yaratmada, esas olarak genel bir geçerliliğe sahip olabilecek hususların neler olduğu araştırılarak pozitif hukuk düzeyinde somut olayı çözebilecek nitelikte genel-objektif-soyut bir hukuk normu kanun koyucu gibi koymaya çalışılır¹⁰⁶.

Bu halde hâkim, mevcut hukuk boşluğunu bilimsel görüşlerden (hukuk doktrini) ve yargısal kararlardan (mahkeme içtihatları, inançları) yararlanarak, kendi hukuk kültürü ve vicdanında oluşturduğu hukuki bakış açısı ile bir kanun koyucu gibi re'sen, gerekli hukuk kuralını bulup, ortaya çıkaracaktır. Burada, takdir hakkının kullanılması suretiyle doldurulan hüküm içi boşluklardan farklı olarak, hâkim yarattığı hukuk kuralı ile, kanun koyucunun istemeyerek yol açtığı boşluğu doldurmaktadır¹⁰⁷. Hakim, Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesi ile kast edilen gerçek kanun dışı boşlukları doldururken, genel-soyut ve şekli bir norm haline gelmeye elverişli bir karar vermek zorundadır¹⁰⁸. Kısacası, yaratacağı hukuk kurulanı hukuk sistemi ile bütünleştirmeye çalışacaktır. Fakat diğer yandan, takdir hakkını kullanmada, önündeki somut olaya getireceği çözüm, takdire yer veren kanun hükmünün normatif çerçevesinde kalmak ve sadece o normun koruma amacına giren menfaatlerle bütünleşmelidir¹⁰⁹.

Netice itibari ile hâkim, takdir hakkını kullanırken, hukuk kaynaklarındaki (kanun, örf-adet gibi yazılı ve yazısız) bir boşluğu değil; doğrudan kanunun bir hükmünde bilinçli olarak bırakılmış boşluğu doldurmaktadır¹¹⁰. Bu yönüyle de hukuk yaratmadan önemli bir ayrılık gösterir.

Hakim bir hukuk kuralı yaratabilmek için, her şeyden önce önüne gelmiş bulunan somut olaydan doğan menfaat çatışmalarının neler olduğunu ve bunlardan hangisinin daha fazla korunmaya layık bulunduğunu araştıracaktır. Ancak, hakimin araştıracağı ve karşılıklı olarak mukayese edeceği menfaatler, somut olay ile çekişme halinde bulunan tarafların menfaati değildir. Hakim, önündeki somut olaya benzeyen olaylardan ne gibi karşıt menfaatlerin doğabileceğini, önündeki somut olaydan tamamen sıyrılarak soyut bir şekilde araştırmalıdır. Yani ilk iş olarak hakim, ihdas edeceği kural ile nasıl bir maksat güdeceğini ve nasıl bir amaca ulaşmak istediğini tespit etmelidir. Hakim bir hukuk kuralı ihdas ederken gerçi somut bir olaydan hareket edecektir, fakat yarattığı hukuk kuralının bu olaydan ayrı olarak, buna benzeyen bütün olaylarda da uygulanabilecek doğru ve adil bir kural olması gerektiğini hiçbir zaman gözden uzak tutmamalıdır. Diğer bir ifade ile hakim, aynen bir kanun koyucunun izlediği yöntemine uygun biçimde hareket etmelidir. Hakim, her ne kadar somut bir

¹⁰⁶ GERMAN, Oscar A: Zur Problematik Der Ermessenentscheide, Festgabe für Ervin Ruck, Basel 1952, s.185

¹⁰⁷ TEKİNAY, S.SULHİ: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 5.Bası, İst. 1987, s.75

¹⁰⁸ AKYOL, s.17-22

¹⁰⁹ EDİS, s.201

¹¹⁰ ATAAY, s.202

olayı sonuca bağlamak üzere, bu olayda mevcut menfaat çatışmalarından hareket ederek bir kural yaratacak ise de, yaratacağı hukuk kuralının soyut ve genel mahiyet taşımasına özen gösterecek, olayın özelliklerinden tamamen sıyrılarak onları genelleştirecek, somut menfaat çatışmalarına genel mahiyet izafe etmesini bilecektir. Bu sebeptendir ki hakim, özellikle yaratacağı hukuk kuralının toplumun gereklerini ve bugünkü, hatta yarınki yaşam biçimi üzerindeki etkilerini göz önünde bulunduracaktır¹¹¹.

Hakimin yarattığı hukuk hiçbir zaman bir kanun hükmü mahiyetinde olduğu anlamına gelmez. Çünkü kanun koymak, Anayasa ile münhasıran yasama organına tanınmış olan bir yetkidir. Gerçekten hakimin yarattığı hukuk kuralı kanun gücünde değildir. Yasama organın koyduğu hukuk kuralı herhangi bir ihtilafın doğumunu takiben konulan kurallar değildir. Bir başka ifade ile yasama organının koyduğu kurallar önceden vardır ve herkesi bağlar. Oysa hakimin yarattığı hukuk kuralı, somut bir anlaşmazlığın doğumundan sonra ve esasen salt bu uyuşmazlığın çözümünü sağlamak için ihdas edilmiş kurallardır. Bu kural her ne kadar genel ve ne kadar soyut bir şekilde ihdas edilmiş olursa olsun, bir mahkeme kararı yahut bir hakim tarafından konulmuş kural olma niteliğini kaybetmez ve diğer hakimleri ve hatta onu ihdas eden hakimi dahi sonradan ortaya çıkan somut olaylarda bağlamaz. Bu hukuk kuralını ihdas eden hakim sonradan kendi kuralına uymak zorunda değildir.¹¹²

Uygulamada hakimler Türk Medeni Kanunu daha ilk maddesi ile kendilerine tanınmış olan bu yetkiyi çok istisnai hallerde kullanmaktadır. Tatbikatta hakimler hukuk boşluklarını yorumlama, kıyas yolu ile doldurma eğilimindedirler. Mamafih, pek ender de olsa Yüksek Mahkemenin söz konusu yetkiyi kullanmak sureti ile verdiği kararlar vardır.¹¹³

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Davacı, tatil köyü yönetimi, davalının 1997-2001 yılları arasındaki dönemde bir kısım aidatları ödemediğini öne sürerek, dava açmıştır. Davalı ise, davacının tüzel kişiliği ve yönetim planı bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Ülkemizde yaşanan ekonomik ve sosyal gelişme ile nüfus artışının iş yeri ve konut ihtiyacını doğurduğu bu ihtiyacın karşılanması amacıyla gerek devlet kuruluşları, gerekse özel girişimciler eliyle birden çok taşınmaz üzerine ayrı ayrı bloklar halinde toplu yapıların inşa edildiği bilinen gerçektir. Bu nitelikteki toplu yapılaşmalarda, çoğunlukla her parsel bir blok apartman yapılmakta bu blok apartmanlarda toplu yapının bir bölümünü teşkil etmektedir. Tek bir parsel üzerine inşa edilmiş blok apartmandaki bağımsız bölümler için Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti tesis edilmekte bu blok

¹¹¹ AKİPEK-AKINTÜRK; s.134

¹¹² AKİPEK-AKINTÜRK; s.136

¹¹³ AKİPEK-AKINTÜRK; s.135

yönetimiyle ilgili uyuşmazlıklarda anılan Yasa hükümleri uygulanarak çözümlenebilmektedir. Ancak bu blokların oluşturduğu toplu yapının yönetimiyle ilgili uyuşmazlıklarda ise Kat Mülkiyeti Kanunu, Medeni Kanunun toplu mülkiyete ilişkin hükümleri veya Kooperatifler Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Oysaki toplu yapının kendini oluşturan Blok apartmanlara ait ortak yerler dışında Tüm Toplu Yapı kapsamındaki bağımsız bölüm maliklerinin kullanımına terk edilmiş, kanalizasyon ısıtma aydınlatma, eğitim, spor park ve bahçe gibi ortak tesis ve alanlarının bulunduğu da bilinmektedir. Bu ortak tesis ve alanlarının amacına uygun olarak bir disiplin dahilinde kullanılmalrı, bakım ve onarımlarının yapılması, bakım ve onarımlar için gerekli giderlerin toplanıp harcanmaları Toplu Yapı Yönetimini zorunlu kılmaktadır. Ne var ki yürürlükte bulunan yasalarımızda toplu yapı yönetiminin oluşumuna görev ve sorumlulukları kapsamındaki blok apartman yönetimleriyle ilişkilerine görev sorumluluğu içinde davada taraf ehliyetine sahip bulunduğu dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. o nedenle de açıklanan konularda ve özellikle davada taraf olabilme ehliyeti konusunda yasal boşluğun varlığı kabul edilmelidir. Şu durum karşısında mahkemenin M.K.nun 1. maddesinden kaynaklanan görevi gereği olarak, benzer kurum ve kuruluşlar için yasalarımızda öngörülen düzenlemelerden örnekleme yoluyla yararlanarak toplu yapı içinde sosyal barışı sağlayıcı bir çözüm bulması bunun sonucuna uygun karar vermesi gerektiğinde tereddüt edilmemelidir.¹¹⁴

Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesi medeni hukukta kanun uygulamasının sırasını göstermiş, kanunda ve örf ve âdetle uygulanacak kural bulunmaması durumunda hâkimin hüküm yaratacağını düzenlemiştir. Oysa bu durum hakimin takdir yetkisi kullanmasından farklıdır. Hakkaniyet, takdir kararı uygulanacak bir kuraldan hareket eder. Önce bir kural mevcut olacaktır ve onun uygulanmasının somut olayda elverişsizlikler yaratmasına "hakkaniyet hükmü" ile engel olunacaktır. Şu halde Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesine göre kanunda, örf ve âdette hüküm yoksa, bu konudaki boşluk hâkim tarafından nasıl doldurulacaksa öyle doldurulur. Ortaya, kanun koyucunun davranacağı şekilde davranılarak, aynı yöntemler izlenerek genel, objektif, soyut, gayri şahsî bir kural çıkar. Bu hâkimin yarattığı hukuk kuralıdır, işte bu kural, objektif ve genel olan bu kural uygulanırken, onun olayın Özelliklerine ve farklılıklarına uydurulması hakkaniyet kararıdır¹¹⁵.

Netice olarak hakim hukuk yaratması ile takdir hakkının kullanılması arasında somut ve kesin sınırlar çizmek mümkün olmamakla birlikte iki kavram arasındaki bariz fark; hakim takdir hakkını kullanır iken kanunun bir hükmünde kanun koyucunun kasten bıraktığı kanun/hüküm içindeki boşluğu hak ve nesafet gözeterek somut bir vakıa hakkında takdir hakkını kullanarak karar vermesini ifade eder. Hukuk yaratma ise kanun koyucunun gözünden

¹¹⁴ Y. 13. HD. 2002/14834 E, 2003/4751 K.

¹¹⁵ AKYOL, s.348.

kaçan bir husus hakkında hakim, bir kanun koyucu gibi hareketle meri mevzuata uygun, somut olayda adaleti temin eden ve genel-soyut bir kural ihdas etmektedir.¹¹⁶

2.2.3. Delillerin Değerlendirilmesi

Delillerin değerlendirilmesi, bir usul hukuku sorunudur. Zira “hakim beyyinatı serbestçe takdir eder.” Delillerin değerlendirilmesi takdir hakkından farklı olarak delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile ilgilidir ve hakimin takdir yetkisi kavramından farklı bir anlam taşır.¹¹⁷

Hâkimin, belli bazı istisnalar dışında şu veya bu delili değerlendirmede sahip olduğu serbesti, tamamen ispat ve deliller sistemi içerisinde kullanılacaktır. Bu nedenle böyle bir değerlendirme, hukuk kuralını olaya uygulamadan önce yani dava malzemesinin tahkikatı ve toplanması aşamasında yer alır. Ancak buna rağmen delillerin değerlendirilmesi ile takdir yetkisi arasında kesin ve açık sınırlar her zaman çizilemez¹¹⁸.

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Taraflar arasındaki "kamulaştırma bedelinin artırılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240 ıncı maddesinde, bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hakimin ikame olunan delilleri serbestçe takdir edeceği belirtilmiştir. Hakimin delilleri takdirde serbest oluşu Yargıtay'ın bu konudaki denetimini önlemez. Çünkü temyiz yolunun amacı, ilk derece mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve uygulama birliğinin sağlanmasıdır. Nitekim HUMK'nun 428 inci maddesinde, maddi meselenin takdirinde hata edilmiş olması bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Diğer taraftan hakimin bu serbest takdir yetkisi kuşkusuz sınırsız olmayıp objektif esaslara dayanması gerekir. Anayasanın 154. maddesi Yargıtay'ı, Adliye Mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme merci olarak görevlendirmiş olup maddi vakıtlarla çelişir biçimde takdirde hataya düşülmesi halinde Yargıtay'ın görevinin doğal sonucu olarak ülkede uygulama birliğinin sağlanması amacı doğrultusunda hakimin kararına müdahale etmesi doğaldır¹¹⁹.

Borçlar Kanunu 199/son maddesi "Hâkim, ehli vukuf raporunu serbestçe takdir eder." şeklindeki hükmü, bir maddi hukuk düzenlemesi içinde yer almış olmakla birlikte, bu kanun

¹¹⁶ OĞUZOĞLU, H. Cahit : Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, 4. Basım, Ankara 1958. s. 155.

¹¹⁷ İMRE, Zahit: Sosyal Adalet ve Hakkaniyet, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, C.I., S.1 (1948) s. 155

¹¹⁸ YILDIRIM, s. 81

¹¹⁹ YHGK, 2001/5-594 E, 2001/625 K.

hükmü ile özel olarak hâkime tanınan takdir yetkisi tamamen delillerin serbestçe takdiri anlamında, yargılama hukuku ile ilgili bir takdirdir.

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Davacılar, miras bırakanları babalarının mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak davalı gelinine mülk temlik ettiğini, murisin hasta olması nedeniyle etki altında kalarak temlikin yapıldığını ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile adlarına tesciline karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, taşınmazdaki iki katlı yapının davalıya ait olduğu hususunda şerh düşülmesine karar verilmiştir.

Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nispi muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada, miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, kanunda öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, miras yetkisi çığnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler. Bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşınmaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.¹²⁰

¹²⁰ Y.1.HD,E.2006/646, K.2006/2567.

2.2.4. Objektif İyiniyet İlkesi ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı Kuralı

Doğruluk ve Dürüstlük ilkesi, hukukî ve fiil durumlarda bir kişiden, haklarını kullanırken ya da borçlarını yerine getirirken namuslu, dürüst, doğru ve akıllı bir insandan beklenebilen davranışı göstermesi, demektir¹²¹. Hâkim, hukuk kuralını somut bir olaya uygularken, kuraldaki soyut hukukî unsurları, uygulama şartlarını ve hukukî sonuçları objektif iyiniyet ilkesinin de yardımıyla takdir etmek durumundadır. Bu nedenle, her iki kavram, hukuku uygulama sürecinde birbirine yakınlaşmaktadır¹²².

Medeni Kanunun 2 inci maddesi hükmü, objektif iyiniyet ilkesinin uygulanabilirliğini sağlamak ve hukuk hayatına sokabilmek düşüncesiyle, hakkın kötüye kullanılması yasağını öngörmüştür. Bu kuralın temel amacı, kanunun uygulanmasında hâkime, özel ve istisnâî durumlarda objektif hukuk anlayışına ve sosyal adalet düşüncesine uygun kararlar vermesi imkânını sağlamaktır¹²³.

Objektif iyiniyet ilkesi, takdir hakkına göre daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu belirtilmelidir. Bu geniş uygulama aşağı yukarı Medeni Kanunun 2 inci maddesindeki hakkın kötüye kullanımı yasağı yönünden de geçerlidir. Ancak bu çok geniş uygulama hukuki güvenlik ortamını ve hukuki kararlılığı zedeleyici sonuçlar doğurabileceği gibi, hukuk uygulamasında keyfi kararlar verilmesine de yol açabilir¹²⁴. Bu nedenle aynen takdir hakkının kullanılmasında uyulması gerekli kurallara ve ileride açıklanacağı üzere içinde kalınması gerekli hukuki sınırlara uyma yükümlülüğü hâkim yönünden MK. m.2 hükmü ile ilgili kararlar vermede de söz konusudur¹²⁵.

Hâkimin takdir hakkını kullanarak hakkaniyetle karar vermesi imkânının söz konusu olduğu, halin icabı (durumların gereği) maslahat icabı (işin gereği), ahvalin nazara alınması (durum ve şartların hesaba katılması) ve benzeri takdir kriterlerinin her birinin kapsamındaki objektiflikle ilgili bir tutum ve davranışa bakılmak suretiyle aynı zamanda objektif iyiniyet ilkesine de başvurulacak, takdir kararıyla çözüme bağlanacak olay incelenmektedir¹²⁶.

Medeni Kanunun 2/f.2 inci maddesi anlamında bir hakkın kötüye kullanılmasına engel olmak amacıyla getirilmiş bulunan kural sayesinde hakim, yerine göre, objektifleştirilmiş kriterler yardımıyla, kanunu düzeltmek imkânına sahip bulunmaktadır. Yalnız burada kanundaki gizli boşluklarla, kanunun öngördüğü yasal adaletin, hukuki çözümünün tatmin edici olmamasından veya kanun hükmünün bir takım noksanlıklar ya da yetersizlikler taşımasından ötürü ortaya çıkan boşlukları doldurmak suretiyle hâkim tarafından kanun

¹²¹ OĞUZMAN, s.164.

¹²² EDİS, s.203.

¹²³ İMRE, s.170-171.

¹²⁴ OĞUZMAN, s.183.

¹²⁵ EDİS, s.204.

¹²⁶ EDİS, s.204.

düzeltilmeye çalışılır. Oysa yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi takdir hakkının kullanılmasında hâkim, kanunu düzeltme iddiasıyla bir açık ya da örtülü boşluğu doldurmaya kalkışmamakta sadece kendisinin takdirine yer vermiş belli bir takdir normunun gösterdiği genel çerçeve içerisinde kalarak, o hükmün kapsamı ve amacını aşmayarak, hüküm İçerişi boşluğu doldurmaktadır¹²⁷.

Hâkimin bir sözleşmeyi değişen şartlara uyarlama konusunda sözleşmede karşılaşılan uyarlama boşluklarını somut olayı çözmeye yönelik bir hukuk kuralı ile doldururken her ne kadar Medeni Kanunun 2 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı ilkesini esas hareket noktası olarak alması söz konusu ise de, tarafların farazi iradelerinin hâkim tarafından belirlenememesi durumunda yine hakkaniyet ve adalet kurallarına göre takdir hakkının kullanıldığı hususu belirtilmelidir¹²⁸.

2.2.5. İdarî Takdir Yetkisi

İdarenin belli durum ve koşulların oluşması halinde, belli bir kararı alıp-almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasından bir seçim yapmak konusunda sahip olduğu serbestçe hareket etme yetkisine "İdarî Takdir Yetkisi" denilmektedir¹²⁹. İdarenin sahip olduğu takdir yetkisi ancak kanunun tayin ve tahdit etmediği (belirleyip sınırlamadığı) alanlarda serbestçe karar verme ve hareket edebilme iktidarını ifade eder¹³⁰. İdare bu yetkisi, özel hukuk alanında kişilere tanınmış bulunan hareket serbestisi ve irade özgürlüğünün kamu hukuku alanında ve idarenin özel statüsü çerçevesinde gerçekleşen bir şekilde İbaret olup, idare hiç bir zaman yetkisine dayanarak kanun ve hukuk kuralları tarafından çizilen sınırları aşamaz¹³¹. Aksi takdirde, idarî yargı organlarınca Anayasa'nın 125 inci maddesi hükmü doğrultusunda hukuka uygunluk denetimi gündeme gelir. Bu denetimi yapacak olan idarî yargı hâkimi de, Medeni Kanunun 4 üncü maddesi hükmünü, aynen adli yargı hâkimi gibi belirtilen ilkeler ve çizilmeye çalışılan hukukî sınırlar içinde uygulamakla yükümlüdür. Bu, aynı zamanda, hukuk uygulamasında birliğin ve hukukî kararlılığın sağlanması bakımından da gerekli ve de zorunludur¹³².

Ceza hukukunda, somut ceza miktarının tayininde takdir yetkisi gibi Medeni ve Borçlar hukukunda tazminat miktarının saptanması, boşanma ya da ayrılığa hükmedilmesinde olduğu gibi idari yargı alanında da hem idarenin ve hem de idare mahkemesi hâkiminin birer

¹²⁷ EDİS, s.204.

¹²⁸ EREN, C.I. s. 511.

¹²⁹ GÖZÜBÜYÜK, s.176-179.

¹³⁰ ONAR, s..35-39.

¹³¹ ONAR, s. 39.

¹³² ÖZSUNAY, s.233.

devlet organı olarak hukukun uygulanmasında çözüm bekleyen somut olayların şartlarına ve özelliklerine en uygun düşecek idari ya da yargısal bir karar verirken belli bir hareket serbestisine sahiptir.

Bu serbesti, sadece idarî yargı organının yerine getirdiği hukuka uygunluk denetimi ve idare hukukunu uygulama işlevi ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda toplumun türlü ihtiyaçlarının idare tarafından ihtiyaca uygunluk (idarî hizmetin gereklerine göre) ölçüsünde karşılanmaya çalışılması zorunluluğu nedeniyle daha geniş bir alana ilişkindir. Bu geniş hareket serbestisi alanı içinde idare ancak hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirmeye çalışarak, bu ilkeyi tamamlayıcı idarî işlem ve eylemlerde takdir yetkisini kullanacaktır. Bu kullanımın, uluslararası sözleşmeler ve anayasa gibi üst düzeydeki hukuk kuralları (Anayasa-Uluslararası Antlaşmalar) ile kanun ve diğer düzenleyici idari işlemlere (tüzük, yönetmelik gibi) uygunluğu konusunda elbette idari yargı hâkiminin de belli bir takdir hakkına dayanmak suretiyle denetimi söz konusudur¹³³

Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmü sadece hâkimlere hitaben yazılmış bir hukuk normu olmayıp, hukuku uygulamakla görevli ve aynı zamanda yükümlü bütün resmi makam ya da merciler için de uyulması gerekli, genel nitelikte ödev yükleyen bir hukuk kuralıdır. Bu nedenle, bir kanun hükmünün takdire yer verdiği ve ilgili idarî makamı bu hüküm içindeki boşluğu doldurmakla yükümlü tuttuğu durumlarda idarî makam ya da mercii de artık hukuka ve hakkaniyete uygun bir karar almak ya da işlem tesis etmek durumundadır. Ancak idarî kuruluşlara takdir yetkisi verilen bu gibi durumlarda, idare tarafından verilen takdir kararı, hakim tarafından verilen yargısal nitelikteki takdir kararı gibi nihâî ve kesin olmayıp; aksi yönde bir iddiayla mahkemeye başvurularak, takdir kararı verilmesi ile ilgili hukuki olayın şartları ve hukuki sonuçları hakkında ayrıca medeni usul hukuku yöntem ve ilkelerine göre tahkikat ve İnceleme yapılarak hâkim hükmü şeklinde ayrı bir takdir kararı verilmesini isteme İmkânı mevcuttur¹³⁴.

¹³³ ALPAR, s. 56 vd.

¹³⁴ ÖZSUNAY ,s 225.

TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASI VE HUKUKİ SINIRI

3.1. TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASI

Takdir hakkının kullanılması safhasında hakim, ilk önce somut vakıanın tespiti ile vakıaya uygulanacak hukuk kuralını belirler. Somut olaya uygulanacak hukuk kuralı öncesi maddi olayın doğru tespit edilmesi gerekir. Bir başka ifade ile somut vakıanın tam olarak anlaşılması olaya uygulanacak hukukun uygulanmasını ve takdirin sınırında yardımcı olur. Mesela hakareti gerekçe göstererek açılan bir boşanma davasında davacı eşin hakaret iddiasını hakim, vakıanın bütün cereyan şartlarını tespit ettikten sonra davalı eşin vaki hakaretinin bir boşanma veya ayrılık sebebi olup olamayacağına karar vermelidir. Somut olaylara ilişkin vakıaların tespiti hakimin daha sonra takdir hakkını kullanması aşamasında uygulayacağı hukuk kuralı dolayısı ile takdir hakkının kullanılmasında önemli olmaktadır.¹³⁵

Somut vakıanın hukuki boyutunu belirlemede hakimin yapması gereken işlemler ise; somut ihtilafı ve bununla ilgili bütün belge ve bilgileri tespit etmek, bulguları etraflıca tetkik etmek ihtilafı hukuk nazarında aydınlatmak ve nihayetinde tespit edilen probleme doğru hukuk çözümler getirmektir.¹³⁶

Hakimin takdir yetkisi yada hakkaniyetle karar verme ödevi, hiçbir surette keyfilik anlamına gelmez; aksine, soyut kanun hükmünün objektif ve maddi kıstaslarla somut olayın özelliklerine uydurma yani ferdileştirme demektir.¹³⁷ Ancak şu husus da kabul edilmelidir ki; hakimin kişilik durumu kültürel yapısı tecrübe ve bilgi birikimi ile kanaatleri takdir kararlarında fazlaca rol oynar. Hakimler hukuki güvenlik ve istikrar ihtiyacını karşılayabilecekleri için takdire dayalı hakkaniyetli kararlar verir iken salt hukuk duygusu ve değer yargısı ile yetinmeyip, aksine daha sonraki olaylarda da uygulanabilmeye elverişli olabilecek nitelikte objektif ve önyargısız maddi-bilinen ölçüler yardımı ile akla uygun hukuki çözümler üretmelidir.¹³⁸

Hakimin hakkaniyet düşüncesine bağlı kalarak bir takdir kararı vermesi, adalet ve hukuk düzenine temel teşkil eden insan onuru ve doğruluk düşüncesi gibi esas değerlere ve modern yargılama tekniklerine dikkat etmesi gerekir. Bu ve buna benzer değerlerle birlikte somut olayın esaslı bütün özellik ve şartlarına bakarak hakim, soyut ve genel hukuk normunda öngörülen adalete, dava konusu ihtilafın taraflarına da dikkat ederek takdir hakkını

¹³⁵ GÜRDOĞAN, s. 262-263.

¹³⁶ KARAYALÇIN, s. 121.

¹³⁷ EDİS, s. 205-206.

¹³⁸ ARAL, Veedi: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1991, s.187.

kullanacaktır. Bu sayede, doğru ve haklı olan en uygun çözümü bulmaya çalışarak hakkaniyet düşüncesine bağlı kalmış olacaktır.¹³⁹

Hâkim ya mevcut ve mevzu hukuku ya da bunların yokluğu sebebiyle Medeni Kanunun 1 inci maddesine göre bizzat yarattığı hukuku uygular. Bu anlamda hukuk soyut ve geneldir; gayrişahsidir, mücerrettir; olaydan kopuktur. Önceden, hatta bazen onlarca yıl, yüzlerce yıl önceden konulmuş ve biçimlenmiştir. Hukuk kuralı yeni de olsa yine soyut, genel ve gayrişahsî olma niteliğindedir. Halbuki hâkim somut ve belli bir olaya bu kuralı uygulayacaktır. Aynı soyut, genel, objektif kural, binlerce somut, belli olaya uygulanır. Bu uygulama sırasında soyut ve genel hukuk kuralının binlerce somut ve belli olaya aynen uygulanması varsayımında, bütün kararların olaya uygun olduğu, olayların özelliklerini ve farklılıklarını gözettiği söylenemez. Hakkaniyet kararı, hukuk kuralının her somut ve belli olaya uygulanmasında ferdî ve somut menfaat durumunu tartarak karar vermektir. Fakat hemen altını çizelim ki hakkaniyet kararı her olayda ferdî ve somut çıkarlar dengesini gözetirken, tartarken asla sübjektif bir değerlendirme yapmaz. Hukuk uygulaması ve bu arada hakkaniyet kararı objektif hukuk uygulayıcısının yükümlerine saygılı maddî olaylara bağlı ve onlara dayalı; merhamet ürünü olmayan, bağışlama ürünü olmayan, keyfi olmayan, hukuk dışı kaynaklara ve düşüncelere dayanmayan, duygusal olmayan, fantazi oluşturmayan karardır. Hakkaniyet kararı, hakkaniyete uygun hukuka göre karar vermektir.¹⁴⁰

Hakkaniyet düşüncesi aynı zamanda, hukuk felsefesi alanında, “mutlak hak, mutlak haksızlığı doğurur” şeklinde özetlenen nasafet düşüncesi ile aynı temel hukuki düşünceye dayanır. Genel ve soyut hukuk kuralını, özel ve somut duruma doğrudan doğruya ve mutlak anlamda uygulamanın yaratacağı adaletsizliğe ve haksızlıklara karşı ileri sürülen düşüncelerdir.¹⁴¹ Hakim ahlaki ve hukuki bir bakış açısı ile takdir kararı verilmesini gerektirir her aşamada hakkaniyet düşüncesinin önemini kavramış olarak hakkaniyet ölçülerine uygun çözümler ortaya çıkarmalıdır.¹⁴²

Hakim, bir hukuk problemini hakkaniyetli bir çözüme bağlamak ve aynı zamanda tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kurmak için yapması gereken işleri kısaca özetlemek gerekir ise:

- somut olaya ait hukuken önemli bilgi ve belgeleri tespit etmelidir.
- Tespit edilen bilgi ve belgeler ile dosya kapsamını oluşturan evrakları esastan incelemelidir.

¹³⁹ İMRE, s. 168.

¹⁴⁰ AKYOL, Şener: Prof.Dr.Bülent Köprülü'nün Anısına Armağan, s. 338-339.

¹⁴¹ GÜRİZ, s. 18-19.

¹⁴² Demir, s. 81.

- Somut vakıanın hukuki boyutunu çizerek olayı hukuki bütünlüğü içinde kavramalı ve somut hukuki problemleri görüp-belirtmelidir.
- Tespit edilen ve çözüm bekleyen hukuki problemleri doğru ve yerinde çözmelidir.
- Bulunan hukuki çözümü gerekçe ve hüküm fıkrası şekliyle metinleştirmektir.¹⁴³

Diğer taraftan hakimin, adil bir denge kurmaya çalışırken içinde bulunduğu toplumun hakkaniyet düşüncesi ile adalet anlayışına dikkat etmesi gerekir. Mesela olayın oluş şekline, kusur ve zararın niteliği ve derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre adalete uygun takdir kararı vermelidir.¹⁴⁴

Manevi zarar, gerek zararın değerlendirilmesi ve gerekse giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir kavramdır. Özellikle ve güçlüğün ana sebebi kişinin manevi varlığına yapılan saldırıların meydana getirdiği tahribatın ölçüsünü ve giderilmesinin niteliğini belirlemekte toplanmaktadır.

Manevi zararın "manevi tazminat" adı altında para ile karşılamak istemesi hiçbir zaman paranın zarara uğrayan manevi değerleri geri getirdiği yada bu değerlerin parayla değiştirildiği anlamını taşımaz ve bu biçimde yorumlanamaz. Belki paranın bu konudaki fonksiyonu kişilik hakları zedelene kişinin duyduğu manevi acıyı bir ölçüde hafifletmek ve yumuşatmak ve yatıştırmaktan ibarettir. Amaç bozulan manevi dengenin onarılıp düzeltilmesidir. Bunun içindir ki manevi tazminat bir esas değildir. Diğer taraftan kişinin mal varlığına yönelik bir zararın karşılanması amaçlanmadığı içinde gerçek bir tazminat sayılmaz. O halde manevi tazminat her şeyden önce mağdurda yada zarara uğrayanda bir tatmin ve huzur duygusunu uyandırmalı ve manevi tazminat taktirine temel ana ölçü ve düşünce bu olmalıdır.

Şüphe yok ki, manevi tazminatın kapsamı ve sınırı ile miktarının belirlenmesi Hakime tanınmış bir haktır. Ne var ki taktir hakkının söz konusu olduğu bütün durumlardaki gibi bu konuda da hakim Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesinde öngörülen temel ilke uyarınca hak ve nesafetle hüküm verme zorunluluğundadır. O halde hakim hukuk bilgisinden yararlanarak Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve moral yapısını göz önünde tutarak ve özellikle tarafların olaydaki gerçek durumlarını değerlendirecek hak ve adalete uygun bir sonuca ulaşmalıdır.

Taktir hakkının gerek kamuoyunda ve gerekse toplum vicdanında hak ettiği güven ve inancı yaratması kesinlikle objektif esaslara dayanması şartına bağlıdır. İşte bu sebeptendir ki taktir edilecek manevi tazminat miktarı hem bu haksız eylemi özendirerek oranda, hem de mağdur yönünden zenginleşme aracı olacak tutarda bulunmamalıdır. Daha

¹⁴³ KARAYALÇIN, s. 121-131.

¹⁴⁴ HGK. 23.01.1985, 83/3-58 E, 85/36 K.

açık bir deyişle meydana getirilen eylem ile hükmedilen tazminat miktarı arasında makul ve haklı, inandırıcı bir orantı kurulması ve en önemlisi tazminatın davacı eş için zenginleşme aracı olacak tutarda bulunmaması ve diğer tarafın muhtaç hale düşmesinin önlenmesi gerekmektedir.¹⁴⁵

Hâkim somut olayın hukuken önemli bütün unsurlarını dikkate almalıdır. Sadece hâkimin karar vermesinde değil, her konuda herkesin verdiği kararda, söz konusu olayın hukuken önemli, belirli ve anlamlı unsurları, önemsiz, belirsiz ve anlamsız unsurlarından ayırt edilmeli, ona göre sonuca varılmalıdır. Hâkim de takdir yetkisini kullanırken, hakkaniyet kararı verirken, soyut hukuk kuralının uygulanacağı somut olayın ayrıntı sayılacak küçük özelliklerini, önem taşımayan unsurlarını, anlamsız taraflarını gözardı etmeli, kararını vermek için giriştiği faaliyette dikkate almamalıdır. Bir geçit irtifakı problemini çözen hâkim, geçitten yararlanmanın aşırı olup olma dığı konusunda karar verecekse bu geçitten kabzımal, bakkal yardımcısı, kocası, çocuğu, karısı, misafiri, postacı vb. kişilerin geçmesi üzerinde durmamalıdır. Geçitten yararlanan bir konutun gereksinimleri dışında olan konutu "ambara", "depo" olarak kullanıyorsa her gün boşaltılan yüz adet büyük kolinin geçitten diğer hak sahiplerinin yararlanmasını engelleyip engellenmediğine dikkatini vermelidir. Hâkim buna karşılık hukuken önemli unsurların tümünü (hepsini) dikkate alıp değerlendirmelidir.¹⁴⁶

Hakimin takdir hakkını kullanarak vardığı netice öncelikle takdire yer veren kanunda öngörülen amaca ve kanunla korunmak istenen hukuki menfaate uygun olması gerekir. Kanun koyucunun kasten bilerek koyduğu hüküm içi boşluğu, hakim takdir hakkını kullanarak esasında hakkaniyete dayalı kararları ile doldurmakla, hukukun şekillendirilip esnekleştirilmesinde kanun koyucu ile birbirini bütünler bir işbirliği işlevini görmektedir. Hakim böylece kanun hükmü içindeki boşlukları gidermek sureti ile aynı zamanda kanun koyucunun madde hükmü düzenleme işlevine esaslı bir yardımda bulunmuş olmaktadır.¹⁴⁷

Hâkimin somut, çekişmeli hukukî ihtilafları görebilmesi, önündeki olayı hukukî yönden takdir ederken, maddi veya usul hukuku bakımından önemli görülebilen unsurlar üzerinde durarak tahkikat ve muhakemesine başlaması gerekir. O bu esaslı unsurları doğru tespit etmek, hukuki sorun veya sorunların püf noktasını bulmak suretiyle doğru ve anlamlı hukuki çözümlere ulaşabilir¹⁴⁸. Hukuki boyutu belirlemede hakimin yapması gereken işlemler ise; somut uyuşmazlığı ve bununla ilgili bütün belge ve olguları tespit etmek, bunları esaslı bir şekilde incelemek, böylelikle somut-çekişmeli ihtilâfi hukuk bilimi ışığında kavrayıp, bir

¹⁴⁵ Y.2.H.D. 1986/9713 E., 10108 K.

¹⁴⁶ AKYOL, s.351.

¹⁴⁷ EDİS, s. 207

¹⁴⁸ HIRSCH, Ernest: Pratik Hukukta Metod. 3.Baskı, Ankara 1978, s. 63 vd.

hukukçu olarak tanımlamak ve son olarakta tespit ettiği hukuki problemlere doğru hukuki çözümler getirmektir¹⁴⁹.

Özetle hakim, takdir kararı verir iken takdir normunun objektif değer ölçüleri yardımı ile hakkaniyet düşüncesine bağlı kalarak somut hukuki çıkar çatışmasında mevcut durum ve şartlara en uygun düşecek ve adil bir denge üzerinde tutarlı ve olaylara da uygulanabilir hakkaniyetli bir hukuki çözüme ulaşmayı hedeflemelidir.¹⁵⁰

Yukarıda da değindiğimiz gibi hakkaniyet kararı; Hâkim, ya mevcut ve mevzu hukuku ya da bunların yokluğu sebebiyle Medeni Kanununun 1 inci maddesine göre bizzat yarattığı hukuku uygular. Bu anlamda hukuk s o y u t ve g e n e l d i r ; gayri şahsidir, mücerrettir; olaydan kopuktur. Aynı soyut, genel, objektif kural, sayısız somut, belli olaya uygulanır¹⁵¹.

Bu uygulama sırasında soyut ve genel hukuk kuralının binlerce somut ve belli olaya aynen uygulanması varsayımında, bütün kararların olaya uygun olduğu, olayların özelliklerini ve farklılıklarını gözettiği söylenemez. Hakkaniyet kararı, hukuk kuralının her somut ve b e l l i olaya uygulanmasında ferdî ve somut ç ı k a r l a r durumunu tartarak karar vermektir. Fakat hemen altını çizelim ki hakkaniyet kararı her olayda ferdî ve somut çıkarlar dengesini gözetirken, tartarken a s l a s ü b j e k t i f bir değerlendirme yapmaz. Hukuk uygulaması ve bu arada hakkaniyet kararı; objektif, hukuk uygulayıcısının yükümlerine saygılı, maddî olaylara bağlı ve onlara dayalı, asla merhamet ürünü olmayan, asla bağışlama ürünü olmayan, asla keyfi olmayan, asla hukuk dışı kaynaklara ve düşüncelere dayanmayan, ,asla duygusal olmayan, asla fantezi oluşturmeyen karardır. Hakkaniyet kararı, hakkaniyete uygun hukuka göre karar vermektir¹⁵².

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Hakim, boşanma için gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça sabit addedemez. İki tarafın bu konudaki kabulleri dahi hakimi bağlamaz. Hakim gösterilen delilleri serbestçe takdir eder. Boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden Hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme imkanı yoktur. Hakim evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür. Toplumun en küçük birimini oluşturan ailenin korunması ön planda tutulur. Ancak evliliğin devamı toplumun düzenini zedeler hale gelmiş, toplum için sorun oluşturmaya başlamış ve evlilik, sosyal ve ahlaki yönden çökmüş ise, bu durumda evliliğin korunmasında gerek karı-koca ve gerekse çocuklar yönünden bir yarar kalmamış demektir.

¹⁴⁹ KARAYALÇIN, s.122-125.

¹⁵⁰ ANSAY, Sabri Şakir: Hakimin Takdiri, A.D., 1937. s. 18.

¹⁵¹ AKYOL, s.338.

¹⁵² AKYOL, s. 339

Hakimin böyle bir evliliği sona erdirmesi en uygun çözüm olacaktır. Hakim belirtilen ilkeleri irdelemek bunlar hakkında yeterli bilgi toplamak evlilik birliğinin gerçekten onarılmaz şekilde kökünden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat sahibi olmak zorundadır. Sağlıklı bir sonuca ulaşılması olayların yeri, zamanı, ne şekilde olduğu, kimin davranışının öncelikli olduğu, karşı tarafın söz ve davranışlarının art niyetsiz bir tepki, bir öfke sonucu olup olmadığının bilinmesine bağlıdır.¹⁵³»

Takdir hakkının kullanılmasının en temel şartlarından birisi, kanunun hakime takdir yetkisi tanımış olup olmamasıdır. Bir başka ifade ile hakim, ancak kanunda kendisine bir takdir yetkisi tanınması halinde Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesine dayanarak takdir yetkisi kullanabilir. Hakim davaya konu hukuki ihtilafa hakkaniyetle bir çözüm getirmekle sorumlu tutulmuş ise hiçbir şekilde hakkaniyete hissi ve önyargılı yaklaşarak bir karar verme yoluna gitmemelidir.¹⁵⁴ Çünkü her bir takdir kararının kanundaki takdire yer veren bir kanun hükmüne, bir takdir normuna dayanması takdir hakkının hukuken varlığının kabulü için aranan ve ona hukuki sınır olan önemli bir konudur.¹⁵⁵ Hakim kendisine hangi konulara ilişkin olarak takdir kararı verebilme imkanı tanındığı hususu ancak, takdire yer veren hükmün esaslı bir incelemeye tabi tutulması sureti ile anlaşılabilir. Bir başka ifade ile takdir hakkının daha önce ele alınıp örneklenen türlerden hangisi ile ilgili olduğunu hakim, doğrudan doğruya o hükmü yorumlayıp içeriğini belirleme yolu ile anlamaya çalışacaktır.¹⁵⁶ Hakime hakkaniyetle hüküm verme ödevini yerine getirmekle yükümlü tutan Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesinin kanunun başlangıç hükümleri kısmında yer almasındaki amaç takdir kararı verilebilecek durumları sınırlamak ya da sınıflandırma imkanı vermek değildir. Hakim kanun hükmünü somut bir vakiya uygular iken o hükümle sahip olduğu takdir yetkisi aynı zamanda hükmün yorumu somut olayı hukuken nitelendirme ve uygun bir hukuki sonuca ulaşım bunu bildirme işlemlerini de kapsar genişlikte olduğunu kabul gerekir.¹⁵⁷

Hakim takdir hakkını kullanır iken, daha doğrusu takdire dayalı bir hakkaniyet hükmü verir iken, doğrudan doğruya bu hakka yer veren kanun hükmünün normatif içeriğine ve bununla bağlı kalarak normatif koruma amacına bakıp hukuki sınırı tespit etmek durumundadır. Bu tespit işlemi, takdir hakkının kullanımına ilişkin olarak takdirin sınırının tespitine yönelik olduğu için tespitle ilgili takdir normunun çok iyi incelenmesi lazımdır. Bu yüzden ilk olarak takdir hakkının hangi hususlar bakımından hangi menfaatleri korumak için tanınmış olduğuna bakmak söz konusudur. Hakim, takdir hakkını doğrudan doğruya, ilgili kanun hükmüne bakarak, hukuki olayı mı, hukuki sonuçlara mı yoksa her ikisine birden mi

¹⁵³ HGK. 2001/2-601 E., 2001/615 K.

¹⁵⁴ BELGESAY, Emcet: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, İstanbul 1945, s. 81.

¹⁵⁵ KÖPRÜLÜ, Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipieri, İstanbul 1970. s. 87.

¹⁵⁶ ÖZSUNAY, s. 227.

¹⁵⁷ GÜRDOĞAN, Burhan: Vakıa ve Hukuk, SBF. C. XI . Ankara 1956, s.6.

yönelik olarak tanındığını tam olarak belirledikten sonradır ki, hükmün normatif amacını aşmayacak biçimde hakkaniyetli çözümleri araştırıp, bulmaya çalışacaktır.¹⁵⁸

Hakkaniyet kararı, kanun koyucunun nihai amacıdır. Kanun koyucu, koymuş olduğu bir hukuk kuralının asla haksız bir sonuç doğurmasını istemez. Kanun koyucunun amacı, kanun koymanın amacı, hukuk düzenini sağlamaktır. Kuralların genel, soyut, gayri şahsî ve objektif olmaları, bu kuralların uygulandıkları somut olayda haksız, ters, elverişsiz, olaya uymayan sonuçlar vermesi için değildir. Bu sebeple hâkim, karar verirken kanun koyucunun bu nihai amacını dikkate almalıdır ve karar verirken kanun koyucunun yerine kendisini koymalıdır. Hâkimin burada kanun koyucunun yerine kendisini koyması, Medeni Kanunun 1 inci maddesinde kanun boşluğu doldururken kendisini kanun koyucunun yerine koymasından farklıdır. Oysa hâkim Medeni Kanunun 4 üncü maddesine göre hakkaniyet kararı verirken, kanunun verdiği takdir yetkisini kullanırken, yasa koyucunun nihai amacını gerçekleştirilmede, kuralın uygulanmasından beklenen objektif amacı sağlamada kendisini yasa koyucunun yerine koyar¹⁵⁹.

Hakimin, kendisine tanınan takdir hakkının sınırlarını gösteren hükmün normatif amaç ve değerini doğru bir şekilde yorumlayıp, tarafların somut olaydaki hukuki menfaatlerini ve özel durumlarını hesaba katarak hakkaniyetli çözümlere ulaşmalıdır. Bu amaç doğrultusunda örneğin, takdir yetkisi hukuki olaya yönelik olarak tanınmış ise, bu olayın varlığını, oluş şartlarının neler olduğunu ve somut olaydaki önem derecelerini objektif ölçüler kullanarak önyargısız ve titiz biçimde değerlendirip vereceği takdir kararını sağlam temeller üzerine kurmalıdır. Türk Medeni Kanununun 170 inci maddesi “ Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hakim boşanmaya veya ayrılığa karar verir” hükmüne baktığımızda, söz konusu fıkranın ilk bölümünde boşanmanın sebeplerinden biri gerçekleşmiş olduğu takdirde hakimin boşanma ve ayrılığa hükmetme konusunda geniş bir takdir hakkına sahip olduğu görülmektedir. Bir başka örnek vermek gerekir ise hakim, Borçlar Kanunu m.49.hükmüne göre manevi zarar ve tazminatı belirler iken yine takdir hakkını her bir özel-somut olaya göre farklı şekilde kullanmak durumundadır. Adı geçen maddenin uygulanmasında hakim, olayın oluş şartlarını ve tarafların zarar verici olay nedeni ile oluşan zararının kapsamını somut olaya göre objektif maddi ölçülerle değerlendirmek sureti ile; kişisel-moral değerlerindeki eksilmelerin duygusal azalmaların somut olaydaki şartlar içerisindeki o kişi üzerinde yarattığı olumsuzlukların derecesini titiz ve önyargısız olarak araştırmalı ve çağdaş bir hukuk bakışı ile manevi tazminatın tutarını olabildiğince yüksek tutmalıdır. Hakim zarar gören ile zarar verenin

¹⁵⁸ ÖZSUNAY, s. 68.

¹⁵⁹ AKYOL, s.340-341.

olumlu-olumsuz sosyal mevki ve ekonomik durumlarını kültürel birikimlerini psikolojik durumlarını zarar görenden kaynaklanan kusurun varlığı ve derecesi gibi kanuni sebepler ile takdir sebeplerini somut olay yönünden esaslı ve objektif bir değerlendirmeye tabi tutarak tayin ve tespit etmelidir.¹⁶⁰ Yani hakime manevi tazminatın miktar hesabında elinin altında tazminat miktarını gösterecek tarife imkanı olmadığından olaydan olaya değişen farklılık arz eden özellikleri değerlendirip, elde ettiği veri ve bulgulara göre kararını vermesi gerekir.

Hâkim kamu yararını da gözetmelidir. Taraflar serbestçe mutabık kalsalar bile olayın unsurlarından biri; kamunun çıkarlarını, toplumun menfaatlerini ilgilendiriyorsa; hâkim bu kamu yararını takdir yetkisini kullanırken gözardı edemez. Örneğin; tarafların sözleşmesinin konusu AIDS mikrobu tecrübe amacı ile taraflardan birinde klinik denemesinin yapılması ise, hâkim AIDS'in toplum sağlığı için taşıdığı tehlikeleri gözardı ederek karar veremez. Ancak kamu yararının korunup kollanması ve dikkate alınması, Devlet başta, kamu tüzel kişilerinin t a r a f oldukları dâvalarda, karşı tarafının yararına karar verileceği anlamına gelmez. Taraflar arasındaki ihtilafta çıkarların tartılması ve değerlendirilmesi hâkimin sorumluluğundadır. Hâkim, soyut hukuk kuralını uygularken tarafların çıkarlarını tartıp değerlendirecektir. Bu değerlendirme objektif, gerekçeli, maddî unsurlara dayalı, hâkimin kendisine tevdi olunan yargı yetkisini kullanma yükümünün gereklerine uygun şekilde yapmalıdır. Hâkim, bu değerlendirmeyi ve tartmayı hukuk devleti ilkesinin prensiplerine uygun olarak yapmalıdır. Hâkim, bu değerlendirmeyi ve tartmayı a s l a kendi çıkarları doğrultusunda yapamaz¹⁶¹.

3.1.1. HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN KULLANMASININ HUKUKİ SINIRI

Takdir yetkisi hâkime sınırsız bir serbesti ve değerlendirme imkânı sağlamış değildir. Her hakkın özüne ve varlık nedenine bağlı kalarak kullanım alanına getirilen hukuki sınırlar, takdir yetkisi için de söz konusudur.

3.1.1.1. Kanunda Hükmün Varlığı

Takdir hakkını kullanmada ilk olarak, kanunen bir takdir hükmü ile hakime takdir hakkının tanınmış olup-olmaması konusu önem taşımaktadır. Bu nedenle, hâkim ancak kanunda takdir yetkisi tanınması durumunda takdir kararı verebilir. Takdir kararının, ka-

¹⁶⁰ EREN, s. 381

¹⁶¹ AKYOL, s.352

nundaki takdire yer veren bir kanun hükmüne, bir takdir normuna dayanması takdir hakkının hukuken varlığının kabulü için aranan ve ona hukuki sınır olan önemli bir konudur¹⁶².

Kanun hükmünün gayet açık ve kesin ifade taşıyan düzenlemesini uygularken hakimin takdir kararı vermesi söz konusu olmaz. Çünkü bu tür hükümlerde takdire yollama yapıldığını gösteren en ufak bir işarete, İbareye açık ya da üstü kapalı bir biçimde rastlanılmamaktadır. Bunlar gibi açık, kesin ve emredici ya da tanımlayıcı bir görüntü sunmayan kanun hükümlerinin uygulanması aşamasında, karşılaşılabilecek ihtiyaçlara hukuk vicdanlarını ve hakkaniyet özlemini rahatlatacak bir takdiri nitelikte çözüm bulmaya çalışmaya gerek yoktur.

3.1.1.2. Takdir Yetkisine İlişkin Bir İbare İçeren Hükümler

Kanunun bir hükmü takdire yollama yaparken, bazen çok açık bir şekilde hakime takdir yetkisi tanıdığını gösteren bir ibare taşır. Ancak takdir normlarının diğer bir bölümü, bu derece açık olmamakla birlikte, Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesinde gösterilmiş olan bazı terimler (örn. icabı hal yahut muhik sebepler) ya da bu deyimlerle aynı anlama gelen, benzer içerikteki diğer bazı terimler (örn. maslahat icabı, iktiza eden tedbirler, ahval müsait ise, haklı sebep, münasip tedbir-tazminat-miktar, haksız bir tecavüz-zarar, icap ettiği hal, haksızlığın mahiyeti vb. ifadeler) ile takdir hakkına yer verebilir. Takdir hakkına yollama yapan diğer normlar grubu ise, yazılışı bakımından (... emredebilir, ... hükmedebilir, ... iktifa edebilir, ... feshedebilir, ... tensip eder, gibi kavramlarla hakime alan içerisinde kalarak kullanabilecektir. Yani, takdire yer veren kanun hükmünün kendine özgü normatif içeriği ve konuluş nedeni ile korunmasını istediği hukukî çıkarlarla gösterilmiş olduğundan, hakim takdir hakkını doğrudan doğruya bu hükümlerle sınırlı olarak kullanacaktır¹⁶³.

3.1.1.3. Takdir yetkisi Sınırının Tespiti ve Aşılması

Takdir yetkisi kavramı ve uygulama sorunu ile ilgili olarak karşılaşılan önemli bir konu da, takdir hakkının hukuki sınırının yani takdire yer veren kanun hükmünün öngördüğü ve kendi normatif amacı ile varlık-konuluş nedenine bakılarak hukuki çerçevesinin belirlenmesi ve bu belirli alanın dışına çıkılmamasıdır. Hâkim ancak takdire yollama yapan kanun hükmünün içerik ve amacına bakarak anlaşılabilir olan her bir özel takdir alanının çizdiği sınırlı bir hukuki çerçeve içerisinde kalıp, takdir hakkına dayalı hakkaniyetli bir hüküm ya da daha özel

¹⁶² KÖPRÜLÜ, (Medeni Hukuk Genel Prensipler), s.87

¹⁶³ ÖZSUNAY, s.227.

ve teknik bir deyişle takdiri bir karar verebilir¹⁶⁴. Bunların dışında, bir kanun hükmünün düzenlenişinden ya da ifadesindeki bir deyim veya terimin anlamının açık olmaması gibi bir yorum işleminin yapılmasını gerektiren diğer bazı durumlarda ortada bir takdir hakkının varlığından söz edilemez. Bu nedenle de hakimin takdir hakkını kullanması ve bu kullanımın dış hukuki sınırı ile ilgili hukuki bir sorun bulunmaz¹⁶⁵

Türk Medeni Kanun 4 üncü maddesi ile, hâkime tanıdığı hakkaniyet kararı verme veya takdir yetkisini kullanma hallerinde, bir ölçüde hâkime güvenmiştir. Hâkim bu yasal güveni çok dikkatli kullanmalıdır. Hâkim kendisine tanınan bu yetkinin, bu görevin, bu güvenin sınırlarını aşmamalıdır. Hâkim "hakkaniyet kararı" vermelidir, ancak hakkaniyeti saptırmamalıdır. Hâkim "takdir yetkisini" kullanmalıdır, ancak keyfliğe düşmemelidir, kişisel mizacına, inancına göre karar vermemelidir. Boşanmaya karşı olduğu için, boşanma dâvalarında takdirini dâvanın reddi sonucunu doğuracak yönde kullanmamalıdır. Bir yakınım trafik kazasında kaybettiği için, trafikten doğan tazminat veya ceza dâvalarında sorumlunun aleyhine haksız bir takdir ve değerlendirme yapmamalıdır. Şu millete mensup olduğu için, başka milletten bir şahsın dâvasına objektif ölçütlerin dışında ölçülerle, takdirlerle, değerlendirmelerle bakmamalıdır¹⁶⁶.

Daha önce de belirtmeye çalıştığımız gibi, hakim takdir hakkını kullanırken, daha doğrusu takdire dayalı bir hakkaniyet hükmü verirken, doğrudan doğruya bu hakka yer veren kanun hükmünün normatif içeriğine ve bununla bağımlı kalarak normatif koruma amacına bakıp hukukî sınır tespit etmek durumundadır. Bu tespit işlemi, takdir hakkının kullanımına ilişkin olarak hukuki sınırın belirlenmesi amacına yönelik olduğu için, tespitle ilgili takdir normunun çok iyi bir şekilde incelenmesi gerekir. Bu yüzden ilk olarak, takdir hakkının hangi hususlar bakımından, hangi hukukî menfaatleri korumak için tanınmış olduğuna bakmak söz konusudur. Hâkim, takdir hakkının doğrudan doğruya ilgili kanun hükmüne bakarak, hukukî olaya mı, hukukî sonuçlara mı yoksa her ikisine yönelik olarak mı tanıdığını tam olarak belirledikten sonradır ki, bu türe göre sınırlı bir kullanım alanına göre, hükmün normatif amacını aşmayacak biçimde hakkaniyetli çözümleri araştırıp, bulmaya çalışacaktır¹⁶⁷.

Hâkimin, kanun koyucunun bir kanun hükmü ile takdir hakkına yer verilen açık ve anlaşılır bir şekilde hükmün çerçevesini çizmediği durumlarda, o hükme esas olan temel hukuki düşüncüyü dayanak yapmak suretiyle, hükmün, kanun koyucunun o hükmü hangi amaçla ve hangi menfaatleri koruyup gerçekleştirme endişesiyle koyduğu hususuna, kısaca

¹⁶⁴ EDİS, s.212.

¹⁶⁵ OĞUZMAN, s.68.

¹⁶⁶ AKYOL, s.355.

¹⁶⁷ ÖZSUNAY, s.227

hükmün konuluş nedeni-amacına göre söz konusu edilebilecek hukuki alanın sınırlarını zorlamadan takdir hakkını kullanmak zorunda olduğu belirtilmelidir¹⁶⁸.

Hâkimin, kanundaki takdir hakkının sınırını belirlemesinden başka, bu belirlediği sınırı aşmaması da gerekir. Bu nedenle, kendisine tanınan takdir hakkının sınırını gösteren hükmün normatif amaç ve değerini doğru bir şekilde yorumlayıp, tarafların somut olaydaki hukuki menfaatlerini ve özel durumları hesaba katarak hakkaniyetli çözümlere ulaşmalıdır. Bu amaç doğrultusunda örneğin, takdir yetkisi hukukî olaya yönelik olarak tanınmışsa bu olayın varlığını, oluş şartlarının neler olduğunu ve somut olaydaki önem derecelerini objektif ölçütler kullanarak önyargısız ve titiz biçimde değerlendirip vereceği takdir kararını sağlam temeller üzerine kurmalıdır.

Aynı şekilde hakim, hukukî sonuçlara ilişkin olarak takdir hakkını kullanmak durumunda kalırsa, takdire yollamada bulunan kanun hükmünü inceleyerek, takdirin hukukî sonucun kapsam ya da nitelik yönlerinden hangisiyle ilgili olarak tanındığını tespit edecektir. Yani hükmü soyut anlamda takdir edip, daha sonra kendisine hangi yönde takdir yetkisi tanınmışsa o yönde olmak üzere, somut olayda takdirini, sonuçların takdiri ile ilgili hükmün amacı ile sınırlı bir biçimde tespit ettiği alan içerisinde kalarak kullanacaktır¹⁶⁹.

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Türk Medeni Kanununun 170 inci maddesine gereğince hakim, boşanma sebeplerinden biri sabit olunca boşanmaya veya ayrılığa karar verebilir. Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; mahkemece yargılama sonunda Türk Medeni Kanununun 170-171. maddeleri gereğince tarafların 1 yıl müddetle ayrılıklarına hükmedilmiş verilen hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Anayasanın 141/3 üncü maddesi gereğince mahkemenin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılmalıdır. Türk Medeni Kanununun 170/3 üncü maddesine göre "dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa karar verilebilir". Bu durumda davacı mutlak bir boşanma nedenine dayanmış ve bunun varlığını kanıtlamış olsa bile, hakim barışma ihtimalini gördüğü takdirde boşanma yerine ayrılığa hükmedebilecektir.

Bu durumda bir boşanma nedeninin gerçekleşmesi halinde barışmanın mümkün görüldüğüne, ortak yaşamın yeniden başlayabileceğine ve nihayet ileride birleşme umudunun bulunduğuna ilişkin hakimin takdirinin kesin ve denetimden uzak olduğunu düşünmemek gerekmektedir.

¹⁶⁸ Y. 2.HD, E.1973/2050, K.2640

¹⁶⁹ EDİS, s.212-213

Her şeyden önce hakimin takdir hakkını çok ciddi ve son derece isabetli kullanması gerekmektedir. Eşinin barışma ihtimali gerçekleşmeye yakın bir ciddiyetle görülmeli, varlığı makul surette kabul edilmeli, böyle bir kanaat sağlam ihtimale dayandırılmalı, hatta barışma ihtimalinin varlığı bir kararın ikrarından ya da hareket tarzından anlaşılmış olmalıdır. Özellikle barışma ihtimali kuvvetli bulunmalıdır. Zayıf bir ihtimal yeterli değildir. Bu konuda bir takdire ulaşırken dosyaya uygun dayanaklar gösterilmeli, boşanma nedeninin ve geçimsizliğin asıl saiki ve eşlerin kişisel durumları üzerine eğilmeli, mücerret bir barışma ihtimalinin dışında eşlerin sosyal ve kültürel durumları değerlendirilmelidir. Olayların yoğunluğu ve ağırlığı eşlerin uzun süredir ayrı yaşamakta olmaları gibi haller her halde yeniden biraraya gelme ihtimalini ortadan kaldıracı bir unsur olarak düşünölmelidir.

Nihayet Hakim kararında barışma ihtimalinin varlığını ve kendisini böyle bir inanca götüren nedenleri kanun yolu denetimine olanak verecek açıklıkta göstermelidir (Anayasa md.141/3, HUMK md.388). Ancak bu yolladır ki mutlak bir boşanma nedeni hukuka uygun nispileştirebilir. Nisbi boşanma sebebine de takdir yetkisi Anayasa ve kanun çerçevesinde kullanılmış olur. Davalı kocanın davacı kadını sürekli dövdüğü, birlik görevlerini yerine getirmedığı, davacı kadını anne ve babasına götürüp yolun buraya kadar deyip terk ettiği tanık beyanlarıyla belirlenmiştir. Taraflar arasında evlilik birliği temelinden sarsılmış ve Türk Medeni Kanununun 166/1 inci maddesi koşulları oluşmuştur¹⁷⁰.

Hukukî sonucun kapsamı yönünden takdirine ilişkin olarak ise, BK.'nun m.42/f,2 hükmünü tipik bir örnek olarak gösterebiliriz. Bu madde hükmünde aynen "Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tayin eder" denilmek suretiyle, hâkime özellikle hukukî sonucun kapsamına yönelik olarak takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkimin burada takdir hakkına dayanarak adalete uygun olarak kararım vereceği ana kadar gerçekleşen ve olayın tüm olarak oluşumuna dahil bütün esaslı unsurları hesaba katması gerektiğinden, öncelikle, mevcut bütün delilleri serbestçe değerlendirmelidir. Bu, maddi hukuk anlamında bir takdir kullanımı olmayıp, sadece ispat hukukuna özgü olarak bir delil takdiridir¹⁷¹. Elbette öncelikle, zarar gören tarafından zararın gerçekleşmiş olduğuna yönelik olarak sunulan somut vakıalar hâkimde tam olamasa da belli bir kanaat uyandırmalıdır. Çünkü, hâkim ancak zararın varlığı hakkında böyle bir kanaate sahip olduğu zaman, onun gerçekleşmiş olduğunu büyük bir ihtimalle kabul ederek, bunun miktarını belirleme konusunda takdir hakkını kullanabilir. Bunu yaparken de, önündeki türden bir somut olayın, olayların genel akışı, genel hayat deneyimleri ve zarar görenin almış olduğu

¹⁷⁰ Y. 2.HD, E:2005/13395, K:2005/16225

¹⁷¹ EREN, C.II, s.299

tedbirleri hesaba katarak, iddia edildiği şekilde zarar doğup doğmadığını ve bunun miktarını serbestçe belirlemeye çalışmalıdır¹⁷².

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Dava niteliği ve içeriği itibarıyla tacir ya da tacir sayılan taraflar arasında haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Davalı tarafın yangında zarar gören mallar ve hükmedilen tazminatın kapsamı ile ilgili hükme yönelik temyiz itirazlarına gelince; mahkemece benimsenen uzman bilirkişi kurulu raporuna göre davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, zarar hesabı yönünden bilirkişi kurulu raporu haksız fiil kurallarına uygun olmadığından mahkemece varılan sonuç da davanın niteliğine, dosya kapsamında toplanan delillere uygun düşmemiştir.

Türk Hukukunda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teoriye göre zarar, malvarlığının zararı meydana getiren olaydan sonraki durumu ile, olay meydana gelme idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Zarar hesaplanırken yalnızca zararı meydana getiren olayın zarar görenin malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin değil, olumlu etkilerin de gözönünde bulundurulması ve zararlar yarar denkleştirilerek gerçek zararın hesaplanması gerekir.

Kural olarak Borçlar Kanunu'nun 42 inci maddesi hükmüne göre zararı kanıtlamak davacıya, zararın kapsamını belirlemek ise hakime aittir. Mala verilen zararlarda, eski hale getirme mümkün oldukça zarar, onarım bedeli ile sınırlıdır. Kuşkusuz bunun yanında meydana gelecek değer kaybı zararı da istenebilir. Ne var ki istenebilecek bu bedeller, hiçbir şekilde malın olay tarihindeki rayiç değerini geçemez. Malın tamamen elden çıkması veya onarım yapılarak kullanılmasının mümkün olmaması halinde ise, zarar hesabı yapılırken malın olay tarihindeki rayiç değerinin dikkate alınması gerekir. Bu olguların sonucu olarak hükmedilecek zarar kapsamının sağlıklı biçimde belirlenebilmesi için, öncelikle eski hale getirmenin mümkün olup olmadığının araştırılması, sonucuna göre değerlendirme yapılması zorunludur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74 üncü maddesi hükmüne göre de mahkeme, tarafların iddia ve savunmaları ve talepleri ile bağlıdır. Kural olarak mahkemenin istekten fazlasına veya başka bir şeye hükmetmesi olanak dışıdır. Öte yandan bu kural, yalnızca sonuç istem yönünden değil, sonuç istemi oluşturan zarar kalemleri yönünden de uygulanır.

¹⁷² KARAHASAN, M. Reşit: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, C.I, 1. Bası, İstanbul-1992, s.1406-1407

Açıklanan hukuki olgular ışığında somut olaya gelince, davacı taraf Polatlı Sulh Hukuk Mahkemesinin 2002/38 D.İş sayılı dosyasına verdiği delil tespiti istemine ilişkin dilekçesinde, yangın sonucu maliki bulunduğu kereste ardiyesi ve depoda bulunan traktör, mibzer, römork, ilaçlama makinesi, lombardini su motoru, 80'li hızar makinesi, testere bileme makinesi, 1 tonluk baskül, 3 ton gübre, kapalı çatı, 35-40 m3 civarında kalıplık inşaat kerestesi ve sair malzemelerinin yandığını belirterek bunların halihazır durumu ile rayiç değerlerinin tespitini istemiş, planya, kalınlık makinesi ve yatar daire makinesinden söz etmemiştir. Delil tespit dosyasında yapılan keşif sırasında tanık olarak dinlenen ve davacının depo olarak kullandığı yerin kiracısı olduğu anlaşılan Kemal, bina içinde bulunan 250 adet kapı ve 2,5 m3 kereste ile birlikte planya, kalınlık makinesi ve yatar daire makinesinin de kendisine ait olduğunu, davacının işyerinde 40 m3'e yakın işlenmiş kereste, 1 şerit, 1 el kantarı, 1 bileme makinesi, 1 traktör, 1 mibzer, 1 römork, 1 pulluk, 1 holder, 1 lombardini su motoru ve 4 tona yakın gübresinin bulunduğunu bildirmiş, dinlenen diğer tanık Celal de bu tanığın beyanını doğrulamıştır. Dava açıldıktan sonra mahkemece dinlenen davacı tanıkları dahi yanan depoda bulunan planya, kalınlık makinesi ve yatar daire makinesinin davacıya ait olduğu yönünde bir beyanda bulunmamışlardır. Hal böyle olunca, bu makinelerin yanan işyerinde kerestecilik faaliyetinde bulunan ve davacının kiracısı olan Kemal'e ait olduğunu ve davacının kendisine ait olmayan bu makineler nedeniyle bir istemde bulunamayacağını kabul etmek gerekir. Yine her iki bilirkişi kurulu raporunda da depoda bulunan ve davacıya ait olduğu anlaşılan 40 m3 civarındaki kerestelerin 3. sınıf kereste olduğu açıklanarak 2002 yılı piyasa rayiçlerine göre..... TL/m3 birim fiyat üzerinden keresteler için toplam TL zarar hesabı yapılmış ise de, dinlenen tanıklardan hiçbirisi bu kerestelerin istiflenmiş yeni kereste olduğunu açıklamamış, aksine davacı tanığı Harun ile davalı tanıkları Mücahit ve Murat yanan kerestelerin inşaattan çıkma kullanılmış kalıp keresteleri olduğu yönünde beyanda bulunmuşlardır. Davacı taraf da kerestelerin yeni ve hiç kullanılmamış olduğuna ilişkin herhangi bir belge ibraz edememiştir. Bu olgular dikkate alındığında, yanan kerestelerin inşaattan çıkma daha önce kullanılmış kalıp tahtaları olduğu kabul edilerek zarar hesabı yapılması gerekirken, bilirkişilerce yeni kereste değerine göre zarar hesabı yapılması da hatalıdır. Ayrıca, delil tespiti dosyasındaki uzman bilirkişi kurulu raporunda yanarak zarar gören çatı ve makinelerin yangından önceki yeni değerleri dikkate alınarak yangından sonra zarar görmüş haldeki değerleri ile arasındaki fark esas alınarak zarar hesabı yapılmış ise de, davacının alacağı bedelle eski çatı yerine yeni bir çatıya kavuşacağı, bu nedenle de sebepsiz zenginleşeceği gözardı edilerek denkleştirme kuralları uyarınca çatı yapım bedelinden eskiyeni farkı, bir başka deyişle amortisman düşülmemiş, traktör ve makinelerin model ve yıpranmışlık durumları dikkate alınarak yangın gününde ve kullanılmış haldeki piyasa rayiç

değerleri esas alınarak, bu değerden varsa hurda değeri düşülmek suretiyle davacının gerçek zararının hesaplanması gerektiği de gözardı edilmiş, mahkemece hükme esas alınan uzman bilirkişi kurulu da bu yönde bir değerlendirme yapmadan tespit dosyasındaki bilirkişi kurulu raporunda bildirilen değerleri esas alarak zarar hesabı yapmış, tespit dosyasındaki bilirkişi kurulu raporunda bildirilen değerlerin aynen benimsenmesinin gerekçesini dahi açıklamamışlardır. Eksik ve yetersiz bilirkişi kurulu raporu esas alınarak hüküm verilemez.

O halde, mahkemece az yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak uzman bilirkişilerden davacı tarafın gerçek zararını gösteren gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor veya görevlendirilecek yeni bir bilirkişi kurulundan rapor alınmalı, davacı tarafın haksız fiil kurallarına göre isteyebileceği gerçek zarar duraksamasız belirlendikten sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir hüküm verilmelidir. Mahkemece böylesine bir araştırma ve soruşturma yapılmaksızın, eksik araştırma ve soruşturma ile ve yetersiz bilirkişi kurulu raporu dayanak yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi, davacı tarafın şerit bileme makinesi için istediği miktar olduğu halde, talep aşılarak bu zarar kalemi yönünden tazminata hükmedilmesi dahi isabetsizdir¹⁷³.

Hakim, Borçlar Kanunu 49 uncu maddesine göre, manevi tazminat miktarını tespit ederken, takdir hakkını her bir somut olaya göre kullanmalıdır. Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi gereğince, kişisel çıkarları (hakları) halele uğrayan kişi manevi tazminat isteyebilir. Kişisel haklara tecavüz yüzünden bedensel ve ruhsal açılara uğrayan kişiye, bunların terfisi için bir miktar para ödenmesi, zarara uğrayanı kısmen de olsa tatmin amacını güder. Medeni Kanununun 24 üncü maddesinde düzenlenen ve 49 uncu maddesi ile de teyit edilen esas kural uyarınca manevi tazminat istenebilmesi, kişisel hak ve yararların halele uğraması hallerinde mümkündür. Kişilik hakları, kişinin hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlar. Bu hak, insanın doğumu ile kazanılan ve kişiliğine bağlı olan bir haktır. Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü, şeref, onur ve saygınlığı, ünü, isim, resim ve sırları hep kişisel varlıklardır. Özellikle aile değer bütünlüğü kişisel varlıkların en önemlilerindedir. Aile bütünlüğü aleyhine işlenen bir haksız eylem, o aileyi oluşturan tüm fertler aleyhine doğrudan doğruya işlenmiş bir haksız eylem sayılır. Çünkü, ailenin saflığını, vakar ve sorumluluğunu korumak, herkes için ahlaki bir görev olduğu 'kadar, hakimlere düşen bir görevdir. Gerek bilimsel görüşlerde ve gerekse uygulamada bu yön oybirliği ile benimsenmiştir. Temyize konu edilen olayda; davalılardan İzzet'in davacılarından Fatma'nın zorla ırzına geçmekten dolayı 10 sene 6 ay ağır hapis cezasına mahkum edildiği ve 1803 sayılı Yasa gereğince af nedeniyle cezasının ortadan 'kaldırıldığı, Antalya Ağır Ceza Mahkemesi'nin

¹⁷³ Y. 7HD, E:2006/4082, K:2007/762.

ilamiyle sabit olmuştur. Davalılar tarafından işlenen 'bu eylemin davacı Fatma'nın kişilik haklarını ağır şekilde halele uğrattığı kadar, davacı Fatma'nın. anne ve babasının da aile bütünlüğünü doğrudan doğruya haleldar ettiği kuşkusuzdur. Anne ve baba ömürleri boyunca bu olayın doğuracağı acıyı, üzüntüyü duyacaklardır. Çünkü ana ve baba bu olayın doğrudan doğruya mağdurlarıdır. O halde, ana ve baba için de uygun görülecek bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekir¹⁷⁴.

Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir yetkisi verdiği hususlarda hakimin hak ve nesafetle hüküm vereceği Medeni Kanun'un 4 üncü maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir. ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.¹⁷⁵

Sonuç olarak; manevi tazminat miktarlarının saptanması konusunda, hâkime, takdir hakkını kullanırken elinin altında bulunduracağı ve tazminat tutarlarını gösterecek bir cetvel ya da tarife verilmesi imkânı bulunmadığından, olaydan olaya değişen ve farklı görünümler sunan özel hal ve şartları yani olayın oluşumuna ve somut sonuçları doğurmasına neden olan olgusal etkenler ile tarafların durumlarını bir bütün olarak değerlendirip, elde ettiği veri ve bulgulara göre, hâkimin takdiri nitelikteki kararını belirlemesi gerekir¹⁷⁶.

3.1.1.4. Takdir Yetkisinin Hakkaniyete Uygun Kullanılması

Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi ile tanımlanan takdir yetkisi sınırı esas itibari ile maddenin lafzı ile tanımlanmış, sınırlandırılmıştır. Takdir hakkının esasını oluşturan, ona maddi bir içerik kazandıran hakkaniyet ve sosyal adalet kavramları önem taşımaktadır. Hakim kanunun kendine takdir yetkisi verdiği yerlerde, hak ve nısfet (hakkaniyet) dairesinde karar

¹⁷⁴ Y. 4HD, E:1979/6924, K:1979/11432.

¹⁷⁵ Y.4HD., E:2005/5748, K:2006/6332.

¹⁷⁶ DEMİR, s.113-114.

vermekle yükümlüdür.¹⁷⁷ Hakim takdir kararını verir iken kanun hükmünün metin bütünlüğünü koruyarak, olabildiğince adil ve somut ihtiyaçlara uygun olarak, kararının sert ve sevimsiz olmamasına büyük dikkat göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü ise, ancak hak ve nısfet daha doğrusu hakkaniyet ölçüsüne uymakla yerine getirmiş olur.¹⁷⁸

Hakkaniyet ve adalet kavramları arasında çok sıkı ayrılması zor ve girift bir ilişkinin varlığını kabul etmek durumundayız. Bu iki kavram arasındaki anlam farkını doğuran püf noktayı şöyle belirtebiliriz. Adalet kavramı daha çok, hukuk biliminin ulaşmayı hedeflediği ve aynı zamanda ona temel oluşturan moral değerlerle ilgilidir. Başka bir ifade ile adalet denildiğinde bundan anlaşılması gereken şey, doğrudan hukuk normlarına ve ilkelerine egemen olması gereken üst düzeydeki moralsal değer ve düşüncelerin özetidir. Adalet toplumsal yaşantımızı düzenleyen kurallara ve ilkelere temel oluşturan, hukuk felsefesinden kaynaklanan yüksek düzeyli ve ahlaki doğruluğu bulunan düşüncedir.¹⁷⁹

Hakkaniyet ise, soyut ve genel adalet düşüncesinden özel ve somutlaştırılmış bir görünümünden ibarettir. Hakkaniyetle karar vermek ise, kanun hükümlerinin eksik ve esnek bırakılmasından doğacak sakıncaları gidermek amacı ile hakime takdir hakkına dayanarak karar verme yetkisinin tanındığı yerlerde söz konusu olur. O ise, bu gibi durumlarda önündeki belli özel ve somut olayın özellik ve şartlarına uygun takdir kararları vermekle yükümlüdür. Daha açık bir söyleyişle, hakkaniyetin gerçek anlam ve amacı, o somut duruma göre, soyut adalet düşüncesinin de gereklerine uygun düşen çözüm yolunu bulmaktır. Bu anlamda hakkaniyetin, somut olay adaleti ile ilgili bir kavram olduğunu söyleyebiliriz. Hakkaniyet ile adalet kavramları arasındaki silik ve belirsiz görünen sınırları bu şekilde göstermeye çalışmamıza rağmen, hakkaniyetin adalete olan bağı çok sıkıdır. Hakim, hakkaniyetle karar vermek durumunda kalınca zaten, doğrudan doğruya geçerli ve baskın adalet anlayışının gereklerine ister istemez bağlı kalmaktadır. Hakkaniyet demek zaten, hukuk kurallarına hükmeden adaleti, hakim önündeki somut olaya yansıtması demektir.¹⁸⁰

Anayasanın 141/3 üncü maddesi gereğince mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılmalıdır. Türk Medeni Kanununun 138/3 üncü maddesine göre dava ve istek boşanmaya ilişkin olmasına rağmen karı-kocanın barışmaları ihtimali bulunduğu takdirde, hakim ayrılığa karar verebilir. Bu durumda, davacı mutlak bir boşanma nedenine dayanmış ve bunun varlığını kanıtlamış olsa bile, Hakim barışma ihtimalini gördüğü takdirde boşanma yerine ayrılığa hükmedebilecektir. Bu durumda bir boşanma nedeninin gerçekleşmesi halinde barışmanın mümkün görüldüğüne, ortak yaşamın yeniden başlayabileceğine ve nihayet ileride

¹⁷⁷ GÜNER, s. 670-671.

¹⁷⁸ ANSAY, s.17-18.

¹⁷⁹ EDİS, s. 217.

¹⁸⁰ TEKİNAY, s.75.

birleşme umudunun bulunduğuna ilişkin Hakimin takdirinin kesin ve denetimden uzak olduğunu düşünmemek gerekmektedir. Her şeyden önce Hakimin takdir hakkını çok ciddi ve son derece isabetli kullanması gerekmektedir. Eşlerin barışma ihtimali, gerçekleşmeye yakın bir ciddiyetle görülmeli, varlığı makul surette kabul edilebilmeli, böyle bir kanaat sağlam ihtimale dayandırılmalı, hatta barışma ihtimali varlığı bir tarafın ikrarından yada hareket tarzından anlaşılmış olmalıdır. Özetle barışma ihtimali kuvvetli bulunmalıdır. Zayıf bir ihtimal yeterli değildir. Bu konuda bir takdire ulaşılrken dosyaya uygun dayanaklar gösterilmeli boşanma nedeninin ve geçimsizliğin asıl saiki ve eşlerin kişisel durumları üzerine eğilmeli, mücerret bir barışma ihtimalinin dışında eşlerin sosyal ve kültürel durumları değerlendirilmelidir. Olayların yoğunluğu ve ağırlığı eşlerin uzun bir süredir ayrı yaşamakta olmaları gibi haller her halde yeniden bir araya gelme ihtimalini ortadan kaldıracı bir unsur olarak düşünölmelidir.

Nihayet Hakim kararında barışma ihtimalinin varlığını ve kendisini böyle bir inanca götüren nedenleri, Kanun yolu denetimine olanak verecek açıklıkta göstermelidir. Ancak bu yoldadır ki mutlak bir boşanma nedeni hukuka uygun nispileştirilebilir. Nispi boşanma sebebinde de takdir yetkisi Anayasa ve Kanun çerçevesinde kullanılmış olur.

Hakimin karar verme sürecinde kullandığı ve takdiri olarak nitelendirilen yetkisini, keyfilikle karıştırmamak gerekmektedir. Keyfilik, hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmadan hareket edebilmeyi ifade eder. Takdir yetkisini kullanan hakim, bu yetkiyi çok genel bir söyleyişle ancak serbest bıraktığı alanlarda kullanabilir. Bu yetki hakimi, hiçbir zaman kanunların, hukuk kurallarının üstüne veya dışına çıkarmış olmaz. Hatta takdir yetkisine dayanarak hareket eden hakimi sınırlayan bir hukuk kuralı olmasa bile hakimin, hak ve nisfet gibi uygun davranmak zorunlulu vardır. Mülga Türk Medeni Kanunu 4 üncü maddesinde hak ve nisfet kavramını kullanmıştır ki, bundan maksat hakkaniyetten başka bir şey değildir.¹⁸¹

Hakimin hukuki kaideleri kıymetlendirme, takdir etme selahiyeti ince ve nazik bir iştir. Herhalde hakim mutlak surette serbest değildir. Kanun hilafına hüküm veremez. Kanunuz kaza, hissi bir kaza olur ve bu da kolayca zulme varabilir. Hakim, umumi hukuk nizamının emir ve hizmetinde bulunmaktadır. Hukukdaşlar ona karşı objektif takdir unsurlarına göre hüküm verecektir diye itimat etmektedir. Hakim de bu tasavvurun füsunundan kendinin kurtaramaz. Hakim de bilir ki, adaletin tevzii ve hukuki emanet ancak bu surette mümkün olur.¹⁸²

Bir hukuk devletinde herkes önceden var olan kanunları bildiği sürece hakimin varacağı kararı önceden kestirebilir. Eğer hakim, kanunda bulunmayan kendisine verilmeyen

¹⁸¹ DİNÇKOL, Abdullah: Yargıtay Dergisi, Cilt 19, 1993, s.216.

¹⁸² ANSAY, S.ŞAKİR: Adliye Ceridesi, 1938, s. 12.

bir takdir yetkisi kullanırsa, kanun koymak önemini kaybeder. Kanunda takdir hakkında bir açıklık olmadığı hallerde bile hakim, hakkaniyeti gözetmek durumundadır. Hakim, takdir yetkisini kullanır iken, nasıl hukuk kuralı ile bağlı ise yerine getirdiği görevin niteliğinden gayesinden doğan hak ve nısfet gibi bir iç direktifle de bağlıdır.

Hakkaniyet kavramı, adaletin özel ve bireyselleştirilmiş veya somutlaştırılmış halini ifade eder.

Hakkaniyet adaletin somut olaya uygulanmasıdır. Yasanın genelliğini düzelten bir şey olarak, yani genel olmak itibarı ile bütün hallere mükemmel bir şekilde uymayan yasal adaletten farklı bir adalet türü olarak ortaya çıkar. Uygulama sırasında kuralın olaya intibak etmesini sağlar. Bu şekli ile hakkaniyet adaletin daha fazla gerçekleşmesini sağlar. Hakkaniyet adaletin katı eşitlikçi yönünü yumuşatan ve tamamlayan bir işlev görmektedir. Bu anlamıyla adaleti arayan hakim, takdir yetkisi gereğince, hal ve durumun gereklerini, tarafların sosyal durumlarını göz önüne alabilir ve kararını hakkaniyete uygun olarak karar vermelidir.¹⁸³

Mülga Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesinde geçen, meri kanunda hakkaniyet kavramının benzerleri olarak kullanılan kavramların açıklanması, hakimin takdir hakkını kullanırken göz önüne alacağı hususları değerlendirmek bakımından önemlidir.

3.1.4.1. Hak ve Nısfet Kavramı ve Önemi

Mülga Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmünde sözü edilen bu iki terimin neyi ifade ettiği hususunda iki farklı görüş vardır.

3.1.4.2. Hak ve Nısfeti Farklı Kavramlar Olarak Değerlendiren Görüş

Kanun koyucunun Türk Medeni Kanununun 4 üncü hükmünde, hak ve nısfet terimlerini farklı anlamlarda kullandığını ileri süren bu düşünce; hak terimi ile, hâkimin hukuk kurallarından esinlenerek, pozitif hukukun temel İlke ve kurumlarına uygun düşecek şekilde takdir karar vermesi gerektiği gösterilmek istendiğini kabul eder. Diğer terim olan nısfet'ten ise, adalete ilişkin duygu ve düşünceyi anlamaktadır¹⁸⁴.

Hak ve nısfet terimleri arasında anlamsal bir fark bulunduğunu ve bu nedenle farklı kavramlara işaret ettiğini ileri süren görüş, Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmünün temel amaç ve hedefini, kanunun doğrudan doğruya, olduğu gibi somut duruma uygulamak sonucu doğabilecek sakıncalara engel olmak ve kanunun soyut-genel hükümlerini somut olaya ait

¹⁸³ DİNÇKOL, (Yargıtay Dergisi): Cilt 19, 1993, s.229,230.

¹⁸⁴ AKİPEK, s.140

özellik ve şartlara göre ferdileştirmek olarak belirlemiştir¹⁸⁵. Bu görüşe göre, Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmünün amacı, hâkim tarafından takdir hakkına dayanarak adalete en uygun bir karar verilmesini istemekten ibaret değildir. Nısfet terimi de bu nedenle, subjektif adalet düşüncesine dayanır ve özel-somut olaya alt hal ve şartların ve menfaat ihtilâflarının gözönünde tutularak ve olayın taraflarını sağlıklı bir biçimde tatmin ederek kanunun uygulanmasını gerektirir¹⁸⁶. Medeni Kanunun 4 üncü maddesi hükmüne göre, hak ve nısfetle karar verme esasının, hâkime takdir yetkisi tanınan yerlerde, adalet duygusuna veya doğal hukuk düşüncesine bağlı kalması zorunluluğu ile ilgilidir¹⁸⁷.

3.1.4.3. Hak ve Nısfeti Aynı Anlamda Değerlendiren Görüş

Hak ve nısfet bir bütünü ifade eder, bu ise 'Hakkaniyet' denen kavramdır¹⁸⁸. Hâkim, takdir kararını verirken kanun hükmünün ratio legis'ini koruyarak, olabildiğince âdil ve somut ihtiyaçlara uygun olarak, kararının sert ve verimsiz olmamasına büyük bir dikkat göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü ise, ancak hak ve nısfet daha doğrusu hakkaniyet ölçüsüne uymakla yerine getirmiş olur¹⁸⁹. Medeni Kanunun 4 üncü maddesi hükmüne göre, takdir hakkının kullanılması ihtimali bulunan yerlerde, hâkimin hak ve nısfet esaslarına göre karar vereceğini göstermiş olmasının, o kadar da önemli bir uygulama kolaylığı sağladığı ya da bir zorunluluğu giderdiği kaçınılmaz olarak söylenemez. Çünkü, hâkim yerine getirdiği yargısal görevin niteliği ve doğası gereği, hakkaniyet-nasafet hukukundan başka birtakım hukuk dışı kurallara göre zaten kararını [hakkaniyet hükmünü) verememektedir. Bununla beraber, kanunun pozitif bir kuralının muhik sebepler veya icabı hale göre bir kenara bırakılıp, takdir karar verilirken izlenecek ve uyulacak yöntem-esas sadece hakkaniyet ve nasafet hukuku uygulamasına temel olan, çağdaş hukuk düşüncesi ve adalet anlayışından (sosyal hukuk ve sosyal adalet gibi) kaynaklanmış bazı yazılı ya da yazısız ilke ve kurallardır¹⁹⁰.

3.1.1.4.2. Hakkaniyet ile Sosyal Adalet Arasındaki İlişki

Soyut ve genel düzeyde geçerliliği kabul edilecek bir adalet kavramına ulaşma konusunda, hakkaniyet kavramına duyulan ihtiyaç ve bu kavramın hukuk uygulamasındaki işlevsel önemi gittikçe artmaktadır. Çünkü, toplumu oluşturan bireyler ya da topluluklar

¹⁸⁵ AKİPEK, s. 140

¹⁸⁶ AKİPEK, s.140

¹⁸⁷ ATAAY, s.201

¹⁸⁸ TEKİNAY, s.75.

¹⁸⁹ ANSAY, s.17-18.

¹⁹⁰ ADAM, Tahsin: Hakim ve Nesafet, Adalet Ceridesi, S.6, Ankara 1941, s.365 vd.

karşılaştıkları somut-ferdi adaletsiz ve eşitsiz olaylarda, durumlarda hukuk uygulaması alanında, pozitif hukukun uygulanabilirliğine güven duymak istekleri her zaman yinelenmektedir. Bu şekilde, onların vicdanlarında bir hukuk inancı ve akıllarında bir hukuk bilinci oluşması/oluşturulması sayesinde, somut adaletsiz durumlarda karşılaştıklarında bir 'adalet sezgisine' sahip olmaları söz konusu edilegelmektedir. Bu aşamada asıl önemli olanın, soyut ve genel bir adalet kavramı arayışından çok, somut adaletsizlik-eşitsizlik durumlarını belirleme ve bunlara ilişkin ortak-sağlam hukuki değerler-ölçütler yaratarak, hakkaniyet hukukunun ağırlıklı ve etkin bir şekilde toplum hayatına yerleşmesini sağlamak olduğunu söylemek, bir zorunluluğun ifadesi olmaktadır¹⁹¹.

Sosyal hukuk ve sosyal adalet düşüncelerinin temelinde, insan, insanlık ve toplumsal yardım-dayanışma gibi esaslı ve erdemli düşünceler yatar. Bu temel ise, hakkaniyete dayanan kararların da, yüksek insanî değer ve amaçlara yönelmesine, bu düşünceleri somutlaştırmasına yardımcı olarak, hukuk uygulamasında çok önemli bir yeri işgal etmektedir. Sosyal hukuk anlayışının öngördüğü biçimde, bireylerin toplumsal hayatın güncel hukuki ilişkilere katılımı, sonuçta ise sosyal barış ve güvenliği doğuracaktır. Bu şekilde, karşılıklı yardımlaşma ve dayanışmada her bir bireyin çabası, katkısı bulunacağından sosyal ve ekonomik hakların dağıtılması ve paylaşılması da sosyal adalet anlayışının gereklerine uygun olacaktır. Özlenen bu durumlar için ise, hukuk düzeninin, toplum hayatındaki kişileri gerçek sosyal-ekonomik ve kültürel kimlikleriyle, düzeyleri ile ele alıp, sosyal adalet şemsiyesi altında haklar ve ödevlerini gerçekleştirmesine yardımcı olmak zorunluluğuna uymasına gerek vardır¹⁹². Bu zorunluluk ise en başta, devlet ve onun hukukunu uygulamakla yükümlü resmî makam ve mercilerin çabasını gerektirir. Bu yetkili kişilerden biri olarak hâkimin ise, Medeni Kanunun 4 üncü maddesi hükmü gereği olarak, hakkaniyet ve sosyal adaleti somut hukukî çıkar uyuşmazlıklarının çözümünde temel almak yükümlüğü vardır. O bu yükümlülüğünü, vereceği takdir kararlarında (sosyal adalet ilke ve kurallarının özelleştirip, bireyselleştirme şeklinde) hakkaniyet ve sosyal adalet gereklerini yansıttığı ölçüde yerine getirmiş olacaktır. Tabii bu arada, bunda-ki başarının, hakimlerin güçlü-zorlu bir hukuk vicdanına ve bilgisine bağlı olduğunu belirtmeliyiz¹⁹³.

¹⁹¹ GÜRİZ, s.19-20.

¹⁹² GÜRKAN, s.82.

¹⁹³ İMRE, s.76.

3.1.1.4.3. Hakimin, Somut Olayı Takdirde ve Hukuki Nitelendirmede Dikkat Edeceği Hususlar

3.1.1.4.3.1. Önyargısız ve Objektif Olmak.

Takdir hakkını kullanacak olan hâkimin, somut olaya ait her bir vakıayı objektif ve önyargılardan uzak kalarak tespit etmesi ve hukuki açıdan değerlendirmesi, ele alıp incelediği somut hukuk uyuşmazlığına hukuk kuralları tarafından gösterilen hukuki çözümleri bulup ortaya çıkarmasında yardımcı olur. Hâkimin objektif değerlendirmelerle işe başlaması, hukuka ve hakkaniyete uygun kararlar vermesinde rolü bulunan önemli bir etkidir. Hâkime takdir hakkının tanınması her şeyden önce, hâkimin bireysel görüşlerini, kişisel tutum ve niyetleri ile kendine özgü eğilimlerini göz önüne sergilemesi demek değildir. Hakim, somut duruma ait esaslı bütün özellik ve şartları, objektif olarak bilinmesi gerekli bütün özel hal ve şartları yine tamamen objektif değer ölçütleriyle değerlendirmeli; doğrudan doğruya olayın maddi oluşumu ile ilgili olarak görülen nedenlere uygun bir biçimde hakkaniyet ihtiyacını gidermeye çalışmalıdır¹⁹⁴. Şu da vardır ki, hâkimin kişilik durumu, kültürel yapısı, uygulamada kazandığı deneyim ve bilgi birikimi ile hukuki ve felsefî kanaatleri takdir kararlarında fazlaca bir rol oynar. Takdire dayanan bir kararında hakim, her zaman somut bir olayla ilgili olarak hukukî bir değerlendirme yaparak bir değer yargısı oluşturmak durumunda kaldığı için, hukukî eşitlik ve kararlılık yönlerinden takdir kararları herhangi bir boşluk içermeyen kanun hükümlerini uygulamada olduğu gibi aynı kapsam ve açıklıkta güvence sağlayamamaktadır. Bu nedenle, bu derece geniş bir kapsam ve açıklıkta olmamakla birlikte olabildiğince hukukî güvenlik ve hukuki kararlılık ihtiyacını karşılayabilmek için, hakkaniyetli hükümler verirken, salt hukuk duygusu ve değer yargısı ile yetinmeyip, aksine daha sonraki olaylarda da aynı biçimde göz önünde bulundurmaya elverişli olabilecek nitelikte objektif ve önyargısız maddî-bilinen ölçütler yardımıyla akla uygun hukukî çözümler üretilmelidir¹⁹⁵.

3.1.1.4.3.2. Hakkaniyet Düşüncesine Bağlı Kalmak

Hâkimin hakkaniyet düşüncesine bağlı kalarak bir takdir kararı vermesi, onun değer ve değerlendirme ölçüt ve yollarını seçerken, adalet ve hukuk düzenine temel dayanak oluşturan insan onuru ve doğruluk düşüncesi gibi esas değerlere ve modern yargılama tekniklerine dikkat etmesini gerektirir. Bu ve buna benzer temel değerlerle birlikte, somut olayın esaslı bütün özellik ve şartlarına bakarak, soyut ve genel hukuk

¹⁹⁴ EDİS, s. 2005-2006.

¹⁹⁵ ARAL, s.187.

normunda öngörülen yasal adalete, dava konusu edilmiş ihtilâfin taraflarına da dikkat ederek, özel ve bireysel bir görünüm vermeye çalışacaktır. Bu sayede, hakkaniyet düşüncesine bağlı kalmış olacaktır¹⁹⁶.

Hakkaniyet düşüncesi aynı zamanda, hukuk felsefesi alanında, "mutlak hak, mutlak haksızlığı doğurur" şeklindeki özetlenen nasafet düşüncesi ile aynı temel hukuki düşünceye dayanır. Bu ikisi, esasında genel ve soyut hukuk kuralını, münferit duruma doğrudan doğruya ve mutlak anlamda uygulamanın yaratacağı adaletsizliğe ve haksızlıklara karşı ileri sürülen düşüncelerdir¹⁹⁷.

3.1.1.4.3.3. Somut Hukuki İhtilafta Adil Bir Denge Kurmak

Hakim, somut hukukî ihtilafta kişi ya da kişilerin hukuki taleplerine ve somut hak durumlarına ilişkin hukuki problemleri çözmek durumundadır. Hakim, ihtilafı hakkaniyetli bir çözüme bağlamak ve tarafların hukukî çıkarları arasında âdil bir denge kurmak için; Somut olaya ait hukukî önemli bilgi ve belgelerin tespitini, tespit edilen bilgi ve belgelerin, dosya kapsamını oluşturan evrakın esasını inceleme işlemini, olayın hukuki boyutunu çizerek, olayı hukuki bütünlüğü içerisinde kavramak ve somut hukuki problemleri görüp belirleme işlemini, tesbit edilen ve çözüm bekleyen hukukî problemleri doğru ve yerinde çözmek işlemini, bulunan hukukî çözümü, gerekçe ve sonuç-karar biçiminde yazıp metni eşitirmek işlemlerini yapmak durumundadır¹⁹⁸. Hâkim, her bir hukuk kuralını uygulamada olduğu gibi takdir hakkına yer veren bir takdir normunu uygularken de, yukarıda kısaca gösterilmeye çalışılan belli başlı işlemleri öncelikle yerine getirmelidir. Hakim, bu şekilde taraflar arasındaki ihtilafı doğru tespit ederek, kanuni düzenleme ve hakkaniyet açısından ne şekilde bir hukuki korumaya bağlayabileceğine zemin (hukukî bir temel) hazırlamış olur¹⁹⁹.

3.1.1.4.3.4. Hukukî Çözümün Tutarlı ve Benzer Durumlarda da Uygulanabilir Olması

Hâkimin takdir hakkını kullanarak vereceği bir takdir kararının, benzer hukukî olay ve durumlarda da uygulanabilir nitelikte bir hakkaniyetli çözüm görünümü sunması gerekir. Bu gereklilik, hâkime tanınan takdir hakkının hukukî eşitlik ve güvenliği sağlama işlevlerini güçlendirip, etkinleştirmek bakımından aynı zamanda bir hukuk uygulaması zorunluluğudur.

¹⁹⁶ İMRE, s.168.

¹⁹⁷ GÜRİZ (Adalet Kavramı) s.18-19.

¹⁹⁸ KARAYALÇIN, s. 121-131.

¹⁹⁹ EDİS, s.206.

Hakim, takdir karar verilirken gelecekte gerçekleşmesi muhtemel takdir hakkına konu olaya benzer olaylara ilişkin olan durum ve şartları da incelenmelidir. Hâl ve icaba göre karar verildikten sonra, eğer yeni bir esaslı durumun ortaya çıktığı ispat edilebiliyorsa, sonraki benzer bir olay hakkında farklı bir takdir kararı verilmesi gerekir; meğer ki, önceki olaya ait hal ve şartlara göre verilen takdir kararının, sonraki olay yönünden haksız olduğu kabul edilmemiş olsun²⁰⁰.

Somut olayın esaslı bütün Özellik ve şartlarına göre verilen takdir kararının hukukî eşitlik ve hukukî güvenlik ilkelerini hiç bir şekilde ve zamanda bertaraf etmesi söz konusu olamaz. Yani, takdir hakkının kullanılması, hiçbir şekilde bu esaslı ilkelerden feragat etme imkânını hâkime vermez. Böyle olmakla beraber, bu ilkelerin aslında, hakkaniyet ve adalet kavramlarının kapsamı içerisinde kaldığı da düşünülmektedir²⁰¹. Benzer olaylarda da uygulanabilir bir çözüm bulma konusu, hâkimin Medeni Kanunun 1 inci maddesine göre hukuk kuralını yorumlaması ya da hukuk boşluğu varsa hukuk yaratması durumlarında olduğu gibi; takdir hakkını kullanmak sonucu bulduğu hukuki ve hakkaniyetli çözümün, kanun koyucunun da o, takdir kararına konu olan somut olay için öngörüp, kabul edebileceği bir çözüm olmasını gerekli kılar. Kanun koyucunun bilinçli olarak tam ve yetkin bir içerikte koymamış olduğu hükümlerdeki boşluğu, hâkim kendi takdirine yollamada bulunan bu kanun hükümlerindeki takdir hakkını kullanarak içerdiği boşlukları hakkaniyete dayanan kararları ile doldurmakla, hukukun şekillendirilip, esnekleştirilmesinde kanun koyucu ile birbirini bütünler bir işbirliği işlevi görmektedir. Hakim, böylece, kanun hükmü içerisindeki boşlukları gidermek suretiyle aynı zamanda kanun koyucunun kural koyma işlevine esaslı bir yardımda bulunmuş olmaktadır²⁰².

Hakime takdir yetkisi tanıyan kanun koyucunun, takdire yer veren kanun hükmü ile genel çerçevesini belirlediği bir hareket serbestisi alanı içerisinde hâkimin bulacağı hakkaniyetli çözümü, kendisinin de kanundaki genel sistematik bütünlüğü sağlamak bakımından kabul edebileceği, benimseyebileceği nitelikte görmüş olması gerekir. Ancak hâkimin takdir yetkisi ve kararı ile ilgili somut olayın ve bunun esaslı özellik ve şartlarının kanun koyucu tarafından önceden açıkça ve anlaşılır bir biçimde öngörülememesi, keza sonradan ortaya çıkan ihtiyaç ve menfaatlere göre nasıl ve ne şekilde hesaba katıp, yasal çözüm getireceğini belirleyebilmesi oldukça güçtür. Bütün bunlar, ancak somut olayı değerlendirecek ve hakkaniyetle karar verebilmek için bilinmesi gereken hal ve şartları inceleyecek olan hâkim tarafından etkili ve ölçülü bir takdir kararı vermekle yapılabilir Bu aşamada, hakim ,

²⁰⁰ GERMANN, s.183.

²⁰¹ EDİS, s.207.

²⁰² EDİS, s.207.

takdire dayalı çözümünü kanun koyucunun genel amaç ve sistemine yaklaştırmak durumundadır²⁰³

Hakim, takdir kararı verirken, takdir normunun objektif değer ölçütleri yardımıyla, hakkaniyet düşüncesine bağlı kalarak, somut hukuki çıkar çatışmasında mevcut durum ve şartlara en uygun düşecek ve âdil bir denge üzerinde tutarlı ve benzer olaylarda da uygulanabilir bir hukuki çözüme ulaşmayı hedeflemelidir²⁰⁴.

²⁰³ GERMANN, s.180.

²⁰⁴ ANSAY, s. 18.

TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASINDA DENETİM

4.1. GENEL OLARAK

Hakimin takdir yetkisinin genel özelliği, onun takdir kararı veren kişinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmasıdır. Kişi takdir anında tümüyle kendi kişisel yetenekleri, bilgi ve görgüsü ile baş başadır. Hatta takdirdeki yerindeliğin, bu yetkiyi kullanan kişinin niteliklerindeki üstünlük ölçüsünde gerçekleşeceği, takdirin bu niteliği sebebiyledir ki, takdir yetkisinin hiçbir denetime tabi olmayacağı şeklinde görüşler vardır. Ne var ki toplumsal hayatın mütemadiyen değişmesi ve keşmekeşleşmesi, daha üst bir merciin takdir kararını denetleme zorunluluğunu doğurmuştur. Ancak takdir yetkisinin niteliği gereği, bu denetlemenin bazı şartları ve sınırları olacağı da doğaldır.²⁰⁵

Hakim takdir hakkını kullanır iken tamamen özgür, serbest bir takdire değil, objektif ölçülere bağlı bir takdire göre takdir kararına ulaşmakla yükümlüdür.²⁰⁶ Yani hakim, takdir hakkını kullanır iken kişisel duygu ve düşüncelerden sıyrılarak keyfilikten uzak objektif bir karar vermek zorundadır. Takdir kararı ile toplumda geçerli değer yargıları ve sosyal adalet düşüncelerine-gereklerine ters düşmemelidir.²⁰⁷ Hakim ya da resmî bir kurumun takdire dayanan kararlarında denetim yolu her zaman açıktır. Yani kural olarak, takdir kararlarına karşı kanun yoluna gidilebilir. Fakat şunu da belirtelim ki, Yüksek Mahkeme, Danıştay, Yargıtay, Sayıştay gibi üst denetim organınca yapılacak olan denetim; takdir kararlarının kanuna uygun olup olmadığı yani, takdir hakkının ilgili kanun hükmünün amacını aşacak biçimde kullanılıp-kullanılmadığı ya da takdir hakkının kötüye kaçan, ölçüsüz veya aşkın kullanımının bulunup-bulunmadığı ve nihayet, ilk derece (olay hâkiminin) mahkemesinin takdir kararında yanlış-hatalı kriterlere dayanıp-dayanmadığı sorunları ile sınırlandırılmıştır.

Bu gibi denetim alanına giren durumlarda, üst denetim organınca verilen başka bir karara, hukuka ve hakkaniyete uygunluğu kabul edilebilir nitelikte olduğu ölçüde karşı konulamaz. Hukukî eşitliği zedeleyen bir takdir kararının söz konusu edildiği durumlarda ortada bir takdir hakkının kötüye kullanılması hali vardır. Hukukî eşitliği ihlâl edici şekilde takdir hakkının hukukî hissiyata, öznel hukukî beğeni ve önyargılara dayanarak kullanılması elbette kabul edilemez. Çünkü hâkime, takdir yetkisi tanınırken, somut olayın özel hal ve şartlarına göre, kanun hükmü ferdileştirilirken -özelleştirilirken, özel çıkarların objektif

²⁰⁵ DİNÇKOL, Abdullah: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt.9, Sayı 1-3, 1995, Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi, s.143-144.

²⁰⁶ ÖZSUNAY, s. 228.

²⁰⁷ ZEVKLİLER, s 96.

ölçütlere başvurarak âdil bir dengeye kavuşturulması istenir. Bu, daha önce de belirttiğimiz üzere; takdir hakkının tanınmasında, hâkime hüküm-içi boşlukları hangi amaç ve kapsamda doldurabileceğini gösteren dış-hukukî sınırın ilgilendirdiği gibi, hakkaniyet ölçülerine uygunluk olarak ifade ettiğimiz iç-hukukî sınıra bağlı kalıp, bu sınırlan aşmama sorunları ile de ilgilidir²⁰⁸.

Hâkim takdir hakkına dayanırken, tamamen özgür-serbest bir takdire değil de, objektif Ölçülere bağlı bir takdire göre takdir kararına (Hakkaniyet hükmüne) ulaşmakla yükümlüdür²⁰⁹. Yani, O, takdir hakkını kullanırken, kişisel duygu ve düşüncelerinden sıyrılarak, keyfilikten uzak, objektif bir karar vermek zorundadır. Takdir karar ile toplumda geçerli değer yargılar ve sosyal adalet düşüncelerine-gereklerine ters düşmemelidir²¹⁰.

4.1.1. Takdir Yetkisinin Yargıtay'ca Denetlenmesi

4.1.1.1. Takdir Yetkisinin Denetiminde Genel Kural

Takdir hakkına dayanarak verilen takdir kararlarına karşı, hukukun ihlâl edildiği ileri sürülerek Yargıtay'a başvurulabilir²¹¹. Maddi hukuka dahil olan takdir yetkisi da, hukukun uygulanması ile ilgili bir uygulama sorunu olduğu için üst yargı denetimi kapsamına girmektedir. Çünkü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428/5 inci maddesi hükmündeki, "Mesele-i maddiyenin takdirinde hata edilmesi" ifadesi, dava konusu edilen somut hukuk uyuşmazlığını oluşturan vakıaların hukuken nitelendirilmesi olarak anlaşıldığından, ve buna aykırı olarak yapılan hukuk uygulamalarına karşı Yargıtay denetimi yine bu madde (m. 428/5.b) hükmü uyarınca yapılabilir²¹². Kural olarak Yargıtay'ın maddi hukuk ve yargılama (usul) hukuku yönlerinden yapacağı denetimin konusuna, hakimin maddi vakıalar (fiili olgular) alanında yaptığı tespit işlemleri girmemektedir. Takdir hakkının kullanılması işlemini iki aşamalı bir yargısal faaliyet olarak düşünürsek, Yargıtay'ın hâkimin takdir yetkisi üzerindeki denetimini ve bunun hukukî sınırlarını daha açık ve belirli bir şekilde görebiliriz.

Gerçekten, hâkim takdir hakkını kullanmada, ilk aşamada dava konusu ile ilgili olarak ileri sürülen talep sonuçlarını ve davaya karşılık olarak yapılan savunmanın dayanaklarını oluşturan maddi vakıaları (olguları) öncelikle tespit etmek durumundadır. Ancak, mantıksal ve

²⁰⁸ EDİS, s.212, 214-219.

²⁰⁹ ÖZSUNAY, s.228.

²¹⁰ ZEVKLİLER, s. 96.

²¹¹ ANSAY, s.331.

²¹² GÜRDOĞAN, s. 30

bilimsel ilke ve metotlarla yapacağı kıyaslama ve önermeler oluşturma işlemleri sonucunda vakıalara ilişkin olarak bir değer yargısından çok bir gerçeklik yargısına ulaşmaktadır. Bundan sonradır ki, hukuku uygulama alanına giren takdir yetkisi kullanımı gündeme gelir. Yani hâkim önce, somut hukukî uyuşmazlıkla ilgili birtakım maddi ve hukukî vakıaların, olayların hukukî boyutunu çizerek, daha sonra da kanunî hükmün normatif amaç ve değerine göre belirleyeceği hukuku çerçeve (dış sınır) içerisinde kendisine tanınmış bulunan takdir hakkını hakkaniyet ölçülerine de (iç sınır) uyarak kullanır. Bu sayede vereceği takdir kararı, önceden tespit ettiği hukukileştirilmiş olgulara göre ve objektif ölçütlerle yaptığı değerlendirme sayesinde sonuçta hukukî bir sonucu (çözümü) açıklar, bildirir.

Yukarıda anlatılanlara ilişkin olarak bir içtihat aşağıdaki şekildedir.

Taraflar arasındaki manevi tazminat davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 23 üncü Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine;

Dava yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedenine dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili 16.6.2000 günlü Sabah Gazetesi Başkent Ekinde davalı Cüneyt C... tarafından kaleme alınan Mapus Günleri başlıklı yazıda müvekkili hakkında gerçek dışı iddialarda bulunulduğunu ileri sürmüştür.

Davalılar vekili yazıda belirtilen hususların yazının yayınlandığı tarih itibariyle görünüşteki gerçeğe uygun olduğunu, basının haber verme hakkını kullandığını savunmuştur.

Mahkemece, toplanan kanıtlara, yazıda geçen sözler ve beyanlara göre davacının kişilik haklarına saldırıldığına anlaşıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Anayasa'nın 28 inci maddesinde düzenlenen basın özgürlüğünün amacı kamunun ilgisini çeken olaylarda toplumun bilgilendirilmesini sağlamaktır. Bu nedenle bazı durumlarda basın özgürlüğü ile kişilik hakları çatışabilir. Bu çatışma halinde haberin verilmesinde hukuka uygunluk sınırları içinde kalındığı taktirde basının sorumluluğundan söz edilemez. Bir haberin verilmesinde gerçeklik, kamu yararı, güncellik, öz ile biçim arasında denge kuralları ihlal edilmemiş ise haberin hukuka uygun olduğu gerek yargısal kararlarda gerekse bilimsel görüşlerde kabul edilmektedir. Haber verme hakkının sınırlarının belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan gerçeklik somut gerçeklik olmayıp haberin verildiği andaki olayın belirli biçimine uygunluk olarak anlaşılmaktadır. Basına somut gerçeği araştırma gibi bir görev yüklenmemiştir.

Dava konusu yazıda, davacı Türkan B...'in öğrencisi Gözde A...'ı dövdüğü ve aşağıladığı ve bu nedenle davacı ile tartışan Gözde'nin babası olan Erhan A...'ın tutuklandığı

belirtilerek, bu tutuklanmanın nedeni olarak davacı Türkan B...in eşinin adliyede hakim sıfatıyla görev yapması gösterilmiştir. Dosya içinde bulunan öğrenci Gözde P...'ın yaralanmasına ilişkin 8.6.2000 günlü geçici rapor ve diğer raporlar, Çankaya Kaymakamlığının yapılan inceleme sonrasında alınan ifadelerden davacının öğrencisi Gözde'yi dövdüğü, aşağıladığı ve hakaret ettiği iddialarının doğruluk kazandığı gerekçesiyle davacı hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin 25.7.2000 günlü kararı, öğrenci velisi Erkan A...'ın yargılandığı Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2000/651 esas sayılı dosya içeriği karşısında yazıda dile getirilen hususların o anda görünen gerçeğe uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu hali ile yazı yayın tarihinde haber verme sınırları içinde kalıp hukuka uygundur.

O halde davacı Türkan B...in isteminin tümünden reddi gerekirken yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir yetkisi verdiği hususlarda hakimin hak ve nısfetle hüküm vereceği Medeni Kanun'un 4 üncü maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Yayına konu olan olayın gelişimi, yazıda kullanılan sözcükler ve yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde hükmedilen manevi tazminat fazladır. Daha alt düzeyde tazminata hükmedilmelidir.

Ayrıca davacı manevi tazminatın yanında karar özetinin de yayınına karar verilmesini istemiş, mahkemece bu istem de kabul edilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesinde hakimin tazminatın ödenmesi yerine diğer bir yaptırıma veya ilave bir yaptırımı öngören bir karar verebileceği gibi, saldırıyı kınayan bir hükümde kurabileceği öngörülmüştür. Medeni Kanunun 4 üncü maddesinde ise yasanın takdir yetkisi tanıdığı durumlarda hakimin somut olaydaki olguları gözeterek hak ve adalete göre karar vereceği düzenlenmiştir. Davaya konu olayda, mahkemece istenen tazminatın kısmen hüküm altına

alınması ile davalıların eylemlerinin sabit olduğu belirlenmiş, böylece hukuka aykırılığın saptanmış olması ve hem de yararına tazminata hükmedilmekle davacının tatmin duygusu sağlanmış bulunmaktadır. Somut olayın özelliğine, haberin verilişinden bu yana uzun bir sürenin geçmiş bulunmasına ve Borçlar Kanununun 49/2 inci maddesindeki ölçüler esas alındığında ayrıca yayına da karar verilmiş olması uygun değildir.

Gereçleriyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Genel Kurul Kararı;

Dava, gazetede yayımlanan haberin kişilik haklarına saldırı oluşturduğu savı ile açılan manevi tazminat davasına ilişkindir.

Davacı vekili, Sabah Gazetesi Başkent ekinde yayınlanan haberin gerçeklikten uzak, taraflı, objektif olmayan bir biçimde kaleme alındığını, müvekkillerinin onur ve saygınlığına saldırı oluşturup, toplum içinde küçük düşmesine neden olduğunu diğer müvekkili Mehmet'in ise Hakim olup, yetkilerini asıp haberde görevini kötüye kullanarak Gözde'nin babasını tutuklattığı yönünde ifadelere yer verilmesinin haber verme ilkeleriyle bağdaşmadığını, bildirerek her müvekkili için 5.000.000.000 TL.den 10.000.000.000 TL. manevi tazminat istemiştir.

Davalı vekili; Yalnızca öğrencinin babasının anlatımı ile bağlı kalmadan araştırma yaparak haberin yazıldığını, yazarın bu olaydaki hayretini okuyucusu ile paylaştığını, olayın gerçek olup yayın günü itibariyle güncel olduğunu, oluşan olayın uygun görülemeyeceğini bu nedenle haberin eleştiri sınırları içinde olup yayın ilkelerinin sınırlarının aşılmadığını, istenen tazminatın aşırı olduğunu belirtmiştir. Yerel mahkemece: yazıda geçen sözler ve beyanlar kül halinde değerlendirildiğinde, davacıların kişisel haklarını ihlal ettiği anlaşılacak tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözönüne alınıp her bir davacı için 2.500.000.000 TL. manevi tazminata hükmedilmiş, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle karar bozulmuştur.

Uyuşmazlık; davacılarından Mehmet'in kişisel haklarına saldırı olduğunda tereddüt bulunmayan haberin, diğer davacı olan öğretmen de kişisel haklarına saldırı oluşturup oluşturmadığı, öte yandan hükmedilen tazminatın uygun miktarda olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Davaya konu yayının içeriğinde özetle; kızını döven öğretmenle tartışıp tutuklanan Gözde'nin babası Erkan tutuklanma öyküsünü anlattı, Erkan niçin tutuklanmış, çünkü öğrenciyi döven öğretmenin kocası Ankara Adliyesi'nde Hakimdir. Yaptığımız bir araştırmaya göre hakim ve eşinin ilk vukuatları değilmiş, daha önce de eşi ile tartışan iki kişi de tutuklanmış 37 gün yatmışlar. Bunların biri üzüntüsünden emekli olmuş, diğeri ise halen

öğretmenlik yapmaktadır. Bir yargıç eşine hakaret ettiği gerekçesiyle bir babanın tutuklanmasını isteyebilir mi? biçimindedir.

Demokrasinin gelişmesinde ve kökleşmesinde ulusal birliğin kararlılık kazanmasında, kamuoyunun oluş ve Delirişinde, sosyal ve siyasal ilerleme ve kamuoyunun bilinçlenmesinde basına düşen görev hem önemli hem de kapsamlıdır.

Basının görevi; geneli ilgilendiren yada ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde, halkı aydınlatmak, çeşitli konularda kamuoyunu düşünceye sevk etmek için tartışmalar açmak, onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek ve uyarmak, bireyleri içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları yönünden bilinçlendirmektedir. Anayasa'nın 28 inci ve 5680 sayılı Basın Yasasının 1 inci maddesi basın Özgürlüğünü düzenlemiş ve bunun sınırlarını göstermiştir. Basın özgürlüğü kişinin, dünyada ve özellikle yaşadığı toplumda oluşan ve toplumu ilgilendiren olay ve olgular hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamayı amaçlar Basın özgürlüğü demokrasinin olmazsa olmaz koşuludur.

Doğaldır ki, basının bu ayrıcalıklı konumu ve hukuk düzeninin kendisine tanıdığı özgürlük, tüm özgürlükler gibi, yine hukuk düzenince çizilen sınırlara tabidir. Basın, yaptığı yayınlarda gerek Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler bölümünde yer alan ve gerekse Türk Medeni Kanununun 24 ve 25 inci maddelerinde ayrıca özel yasalarda güvence altına alınmış olan, kişilik haklarına saygı göstermek, bunlara saldırı niteliği taşıyabilecek tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır.

Bu nedenle, bazı durumlarda basın özgürlüğü ile kişilik hakları çatışabilir. Bu çatışma halinde haberin verilmesinde hukuka uygunluk sınırı içinde kalındığı takdirde basının sorumluluğundan söz edilemez.

Basının, kamu görevi yaparken gözönünde tutulan amaç ile Kişilik haklarına verilen zarar arasında açık bir oransızlık varsa, objektiflikten ayrılıp, haber sınırını aşarak, genişletici ve yanlış yorumlarda bulunarak, gerçek dışı haber verilir, yersiz şekilde onur kırıcı sözler kullanılır, dürüstlük kuralına aykırı davranılır ve kişisel nedenlerle salt sansasyon yaratmak için yayın yapılırsa bu hukuka aykırı olur. Yayınladığı olayın doğruluğunu ve gerçekliğini araştırmak gazetecinin görevidir. Bununla birlikte, gazetecinin bir olayı doğru kabul edebilmesi için arayacağı desteklerin objektif yönden güven verici ve inandırıcı olmasının ölçüsü belirlenirken yayıncılığın özel cürümü gözetilmelidir. Ancak, yayınlanacak haber üçüncü kişilere ağır bir zarar verebilecekse, doğruluğun denetlenmesi görevi, daha katı ölçütlere bağlanmalıdır. Hemen belirtelim ki, haber verme hakkının sınırlarının belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan gerçeklik, somut gerçeklik

olmayıp, yayının yapıldığı andaki olayın belirli biçimine uygunluk olarak anlaşılmalıdır. Çünkü, basına somut gerçeği araştırma görevi yüklenmemiştir.

Bu ilkelerin ışığında somut olaya baktığımızda davaya konu yazıda, öğrencinin babasının tutuklanma nedeni olarak davacı Türkan'ın eşinin Ankara Adliyesi'nde Hakim sıfatıyla görev yapması gösterilmiştir. Ancak bu hususu destekleyecek bilgi ve belge dosyaya ibraz edilmemiştir. Öte yandan mahkeme kararlarıyla öğrencinin babası olan Erkan'ın görevli memur olan davacı öğretmene hakaret ve tehditte bulunduğu ve bu suçtan mahkum edildiği, davacı Türkan'ın ise öğrencisine karşı etkili eylemde bulunmak suçundan açılan davada beraat ettiği, bu konuda açılan disiplin soruşturmasında ise dosyanın muhakkike iadesine karar verilerek kapatıldığı görülmektedir. Bu deliller karşısında, yukarıda belirtilen iddianın gerçeklik ve doğruluk ilkesine aykırı olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan, haberde daha öncede benzer olay nedeniyle hakimin eşi ile tartışan iki kişiyi tutuklattığı ve 37 gün yattıkları belirtilmekte ise de, bu savı kanıtlayacak yada en azından buna delil oluşturabilecek bir bilgi yada belge yoktur. Bu ifadenin sözkonusu olayla da doğrudan bir ilgisi yoktur.

O halde yerilen haberde öze biçim arasındaki denge bozulduğundan, davacılar lehine manevi tazminat koşullarının gerçekleştiğinin kabulü zorunludur.

Yargıç, manevi tazminat miktarını belirlerken saldırıyı oluşturan eylemin ağırlığı olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sosyal konumlarını ve ekonomik durumlarını da dikkate alır. Bu miktarın belirlenmesinde karşılaşılan her somut olaya göre ve ona özgü değerlendirme yapılmalı, ancak bu değerlendirmenin Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesinde açıklanan hak ve nispetle karar verme kuralına aykırı olmamalı, zarara uğrayanda tinsel iç rahatlığını doğurmayı gerçekleştirecek düzeyde ve bununla sınırlı olmalıdır.

Buna göre yayına konu olayın gelişimi, yazıda kullanılan tümceler ve açıklamalar gözönünde tutulduğunda her bir davacı için kararlaştırılan 5.000.000.000 TL. tazminatın uygun bir miktar olduğu sonucuna varılmak gerekir.²¹³

Hâkim çekişme konusu somut hukuk olayına çözüm getirirken, etkili bulunan vakıaların gerçekleştiğini tespit amacıyla ortaya konulan çeşitli ispat araçlarını değerlendirirken, hukukî bir yargılama yapıp, hukukî bir değer yargısına varmamakta; sadece maddi-filî bir olguya, hukuku uygulamasında yararlanılabilir bir konuma getirmeye yönelik olarak bir gerçeklik yargısı ile sonuçlandırmaktadır.

²¹³ Y.H.GK., 2002/4-402 E, 2002/412 K

İlk derece mahkemesi hâkimi, tahkikat ve delillerin toplanması aşamasında, tarafların çelişen çıkarları ile ilgili olarak ileri sürülen somut-maddi vakıaları kontrol ederek, gerçekliğini değerlendirir. Bunun dışında ne üst (istinaf) bir mahkeme ne de yüksek bir yargı organı (Yargıtay) bu maddi vakıalar ile ilgili olarak hakimin tespit hükümlerinden daha sağlıklı ve daha doğru bir tespit ve takdir hükmü verebilir. Çünkü hâkimin vakıa tespitinde yaptığı seçimler ve ayıklamalar ile delillerin sonucuna ilişkin yaptığı değerlendirmeler, özel hukuk uyuşmazlığını çözümede ve takdir kararları ile ulaşılmaya çalışılan somut olay adaletini gerçekleştirmede daha ağırlıklı bir rol oynar²¹⁴. Ancak hâkim, tahkikat aşamasında delilleri, deneysel bilgiler (tecrübe edilmiş kurallar) ve genel düşünme kanunları ile kabul edilmiş bulunan objektif ve akla uygun ölçütlere göre değerlendirdiği sürece takdiri hukukî bir değer ve saygınlık kazanır²¹⁵.

Hâkim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 255 ve 266 ıncı maddeleri hükümlerin birer gereği olarak, vakıalarla ilgili İkâme edilen delillerle doğrudan muhatap olmalıdır.²¹⁶ Hâkimin vakıaları tespit alanında yaptığı delil takdirinin denetimi konusunda genel kural, maddi hukuka ait takdir hakkının denetimi ile ilgili olarak belirttiğimiz tersine, "Yargıtay denetimine tâbi olmama" şeklinde özetlenebilir. Ancak bazı durumlarda Yargıtay vakıa tespiti alanında kalan takdir ve tespit işlemlerini denetim konusu yapabilmektedir.

Özetle, Yargıtay denetimine tabi olan halleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz ;

I. Hâkim, HUMK. m.428/1,6 bent hükümlerine uymayarak vakıa tespiti aşamasında, iddia ve ispat yüküne ilişkin genel ilkeye aykırı olarak, tarafların ileri sürmediği bir vakıayı re'sen davaya katmış veya onlara bazı hatırlatmalarda bulunmuşsa ya da bir tarafın ileri sürdüğü bir vakıayı ve buna ait bir İspat aracını (delili) hesaba katmamışsa²¹⁷;

II. HUMK m.240 hükmünde "Bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere..." şeklinde belirtildiği üzere; HUMK'nun bu kanunî istisnalarla ilgili m.236, m.237, m.288 vd. ile 344. m. vd. gibi hükümlerine aykırı olarak delillerin serbestçe takdiri yoluna giderek, bu kanunî istisnalardaki kesin ve bağlayıcı ispat gücünü haiz delilleri hiçe saymışsa;

III. Hâkimin tespiti, mantık, genel düşünce kanunlarına aykırı, maddeten ve aklın imkânsız bir vakıa ile ilişkili görünmekte ise;

IV. Hâkimin tespiti, dava dosyasındaki mevcut delillerle çelişir bir durumda ise²¹⁸.

İstinaf mahkemelerinin kurulması sayesinde hakkaniyete ve hukuka uygun olarak verilecek takdir kararları ile ulaşılmaya çalışılan somut olay adaleti yönünden güven ve çabukluk sağlayacağı düşüncesine de katılmak mümkündür. Çünkü kanımızca, delillerin

²¹⁴ YILDIRIM, s.276.

²¹⁵ YILDIRIM ,s.33 vd.

²¹⁶ YILDIRIM, s. 90-95.

²¹⁷ YILDIRIM, s. 270-271.

²¹⁸ GÜRDOĞAN, s.31 vd.

serbestçe takdiri ilk derece mahkemesi hakiminin, bazen somut olaya ait maddi vakıaları tam-sağlıklı ve yerinde ele alıp, doğru ve adil bir hükme ulaşamadığı haller vardır, işte bu gibi hallerde, Yargıtay tarafından yapılması çok zor, hatta imkânsız olan, delillerin ikinci bir kez elden geçirilmesi işlevini yerine getirecek olan üst mahkemelerin oluşturulması gerekli ve zorunludur. Bu, üst yargı yerinde, olay hâkimince maddi vakıalarla çelişir bir şekilde yapılan delil takdiri yanlışlıkları daha sağlıklı bir şekilde ele alınıp değerlendirilerek, her bir somut olayı kendi esaslı şart ve özelliklerine göre hakkaniyetli çözümlere bağlamak imkanına kavuşulacaktır. Bu ise hukuk uygulamasında belli bir gelişme ve birlik düzeyini arttırarak, hukukun yeknesaklığı ve somut olay-soyut norm adaleti arasında sağlam ve daha da önemlisi, sürekli bir âdil-doğru denge amacını gerçekleştirmede etkin bir kanun yolu işlevini yerine getirecektir²¹⁹.

4.1.1.2. Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hukukî Sınırların Aşılması ve Yargıtay'ın Maddi Hukuk Uygulamasındaki Denetimine Giren Konular

Hâkimin delilleri değerlendirme aşamasında, mantık ve tabiat kanunları ile tecrübe kuralları; aklî gerekçelere dayalı vakıa hükmüne ulaşmada uyulacak kurallara ve kesin ve bağlayıcı kanuni deliller ile getirilen sınırlar; senet, kesin hüküm, yemin ve ikrara; hukuka aykırı yollardan elde edilmiş bulunan yasak delillere başvuramama; hakim yargılama faaliyeti öncesi ya da sırasında edindiği özel-kişisel bilgilerini kullanıp, kullanamayacağı konusunda sınırlamalar; ve son olarak ta, medeni yargılama hukukunun amaçlarına hizmet ettiği ölçüde taraf iradelerinin ürünü olan delil sözleşmeleri sınırları aşıp-aşmadığı hususları Yargıtay denetimine bağlıdır²²⁰.

Taraflar arasında görülen nafaka davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı; davalıların oğlu olan eşinin öldüğünü, zarurete düşüklerini ileri sürüp, velayet altında bulunan küçükler Ertuğrul ve Melike için davalıların nafaka ödemesini istemiştir.

Mahkemece; "...davacının, kendi anne ve babasının mali durumlarının davalılara oranla daha iyi bir durumda olduğu halde sadece davalılara karşı dava açtığı davalıların çocuklarla şahsi münasebet tesisine ilişkin karar almaları üzerine; davacının böyle bir

²¹⁹ YILDIRIM, s. 275-279.

²²⁰ YILDIRIM, s.177.

davayı açtığı ve dolayısıyla samimi olmadığı" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Türk Medeni Kanununun 364/1. maddesine göre; herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Nafaka davası, mirasçılıktaki sıra gözönünde tutularak açılır. Dava, davacının geçinmesi için gerekli ve karşı tarafın mali gücüne uygun bir yardım isteminden ibarettir. Nafakanın, yükümlülerin bir veya birkaçından istenmesi hakkaniyete aykırıysa hakim, onların nafaka yükümlülüğünü azaltabilir veya kaldırabilir (365/1.2.3).

Somut olayda; davacı, çocuklarının ihtiyaçlarını aldığı Bağ-Kur maaşı ile karşılayamadığını ileri sürerek, büyükanne ve büyükbabaları olan davalılardan yardım nafakası istemektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi, nafaka davası, mirasçılıktaki sıra gözönünde tutularak açılır. Davacının anne-babası ile kocasının anne ve babası, nafaka alacaklısı çocuklar bakımından; aynı sırada olup, davacının kendi anne-babası aleyhine dava açmaması durumunda; hakim, bu durumu hakkaniyete aykırı bulursa, davalıların nafaka yükümlülüğünü kanunun 365/3 maddesi gereğince azaltabilir veya kaldırabilir. Ne var ki; dinlenen tanıklar kirayı davacının babasının karşıladığını beyan etmişlerdir. Yardımcı olduğu anlaşılan babaya karşı davanın açılmamış olması hakkaniyete aykırılık teşkil etmez.

Mahkemece, davalılardan büyükanne hakkında (geliri bulunmadığından bahisle) verilen red kararı doğru olmakla birlikte, büyükbabanın saptanan gelirine göre torunlarına yardım etme yükümlülüğünün bulunduğu gözetilerek, diğer nafaka yükümlüsü dedenin de ödeyebileceği nafaka miktarı dikkate alınarak, hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekirken, davalı Ferit (büyük baba) hakkında da davanın reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.²²¹

Hâkimin vakıaların tespiti alanında davanın çözümünde etkili olmadığı ya da çekişmeli bulunmayan bir vakıayı gözönünde tutmaması, bu meseleyi fiilî bir mesele olarak kabul etmiş demektir ki, bu Yargıtay denetimine konu olmamakta iken; ileri sürülen vakıa ve bunun ispatı talebi ile mevcut somut olaydaki çekişmenin hukukî niteliği arasındaki ilişkinin var olduğunu takdir etmesinden kaynaklanan bir mesele ise, bu hukukî bir meseledir ve artık Yargıtay'ın bunu denetleme yetkisi vardır²²².

²²¹ Y.3. HD. 2004/2128 E, 2004/2179 K.

²²² GÜRDOĞAN, s. 36-37.

4.1.1.3. Hukukî Nitelemede Takdir Yetkisinin Yanlış Kullanılması

Hâkim tespit ettiği maddi vakıalara uygulanacak hukuk kuralını belirlemede sahip olduğu takdir hakkını yanlış kullanarak sonuçta yanlış takdir kararı vermişse, bu karardaki yanlışlığa-yanılgıya Yargıtay karışır ve söz konusu kararı bozar. Çünkü hâkim, önündeki somut olaya ait vakıaları, hukukî yönden nitelerken, yanlış hukukî niteleme nedeniyle uygulanmaması gereken kanun hükümlerini uygulamak suretiyle maddi hukuka aykırılık yapmış olmaktadır. Örneğin; hâkim, maddi vakıaları yanlış takdir etmek sonucu taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi bir sözleşme olarak kabul etmekle beraber, somut olayda vekâlet sözleşmesinin unsurları oluşmuş bulunmasına rağmen, bu sözleşmeye dayanan ilişkiyi istisna olarak nitelendirmişse, hukukî nitelemede takdir hakkını yanlış kullanmış demektir. Çünkü, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmiş olsaydı, taraflar arasındaki sözleşme hukuku ilişkisi farklı kanun hükümlerine göre belirlenecekti. Hâkim, bu örnekte İstisna sözleşmesine İlişkin Borçlar Kanunu hükümleri ile somut hukukî uyumsuzluğu çözmeye kalkışmakla farklı ve somut olayın hukukî bünyesine uymayan bir karar vermiş olduğu için, hukuku yanlış uygulamış olmaktadır. Hâkim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 76 ncı maddesi hükmü uyarınca, önündeki davada taraflarca ileri sürülen maddi vakıaları doğru tespit edip, hukukî açıdan yerinde bir nitelemeyle, ilgili kanun hükümlerini arayıp bulma ve hukuku böylece doğru ve âdil bir şekilde uygulamakla ödevlidir. Bu nedenle, hâkimi hukukî nitelendirmede özellikle tespit ettiği vakıalara uyan hukuk kurallarını (kanun hükümleri, örf-adet hukuku kuralları, Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararları) belirleyip uygulamakla yükümlüdür. Uygulanması gerekli hukuk kurallarının seçiminde yapılmış bir yanlışlığı içeren takdir kararlarını Yargıtay, maddi hukukun yanlış uygulanması olarak değerlendirerek bozmaktadır²²³.

Yukarıdaki konuya ilişkin olarak güncel bir mahkeme kararında durum aşağıdaki gibi ortaya konulmuştur.

Eşlerden birinin üç yıldır süren bir akıl hastalığına uğramış ve bu durum ortak hayatı diğer eş için evlilik birliğini sürdüremeyecek derecede çekilmez kılmış ise ve iyileşemez raporu da doktor tarafından verilmiş bulunursa, hakim takdir hakkını kullanarak, boşanma kararı verebilir. Ancak, akıl hastalığının diğer eş için çekilmez bir hale gelip gelmediği şartı hâkimin takdirine bırakılmış olduğu için, o bu takdirini somut boşanma olayının özellik ve şartlarına, tarafların gerçek sosyal-kültürel ve ekonomik düzeylerine göre değil de; kendi kişisel değer yargılarına, önyargılarına, keyfî-hissî yaklaşımlarına göre kullanırsa yine Yargıtay bu şekilde verilmiş bir takdir kararını maddi-boşanma ve aile hukuku yönünden bozabilir.

²²³KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı, Ankara s.466-467.

Türk Kanunu Medenisinin 166 ıncı maddesine dayanılarak açılan bir boşanma davasında, ancak iradi davranışlar boşanma sebebi olur. Davalı kadının, Rezidüel Şizofreni denilen akıl hastalığına musap bulunduğu, hastalığının kronik vasıf kazandığı ve tıbbi şifasının mümkün görülmediği mevcut hastalığı nedeniyle evlilikte kendisine yüklenen görevleri yerine getirmesinin beklenemeyeceği, Adli Tıp 4 üncü İhsas Kurulunun 9.10.2002 tarihli raporu ile belirlendiğine göre davranışlarının iradi olduğu kabul edilemez. Akıl hastalığına dayalı bir davada yoktur. Öyleyse Türk Kanunu Medenisinin 166 ıncı maddesine dayalı davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır²²⁴.

Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Dava Türk Medeni Kanununun 32 inci maddesine dayalı gaiplik kararı istemi değil, Türk Medeni Kanununun 427/1 inci maddesine dayalı kayyım tayini isteminden ibarettir. Mahkemece davacıdan delillerinin sorulup toplanması sonucuna göre karar verilmesi gerekir²²⁵.”

Buraya kadar açıklamaya çalıştığımız üzere, bir maddi vakıanın maddi hukuk alanında ne anlama geldiğini (hukuk dilinde nasıl adlandırılabilceğini) takdir etmede yani hukukî nitelendirme işleminde hatalı bir karar verilmişse, Yargıtay böyle bir takdir kararını denetimine konu yapabilir. Yargıtay’ın bu konudaki denetimini gerektiği şekilde yapabilmesinin, hâkimin somut vakıaları gerekçesinde açık-yalın ve doğru olarak ifade etmesine (tasvirine) de bağlı olduğunu bu arada belirtmek gerekir. Çünkü, vakıalar üzerinde gereken dikkat ve titizlikle araştırma, inceleme ve değerlendirme (kısaca, takdir) yapıldığı ölçüde dava dosyasını kapsamına giren somut vakıaları karar gerekçesinde olabildiğince açık, anlaşılır bir dille, çelişik ifade ve anlatım bozukluklarına yer vermeden gösterilebilir²²⁶.

Yukarıda anlatılan konuya ilişkin bir içtihat örnek vermek gerekir ise;

Taraflar arasındaki "kira uyarlaması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir Asliye 9 ıncı Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 3.12.2001 gün ve 234-951 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 23.5.2001 gün ve 3903-6048 sayılı ilamı ile; (... Davacı, davalının maliki olduğu taşınmazı 1.10.2000 tarihli ve 5 yıl süreli kira sözleşmesi ile kiraladığını, sözleşme ile aylık kira bedelinin 2000 Amerikan Doları olarak kararlaştırıldığını, ancak 2001 yılı Şubat ayı ortalarında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle dolar kurunun önceden tahmin edilemeyecek derecede yükseldiğini, sözleşmenin düzenlendiği sıradaki dengenin aleyhine bozulduğunu ileri sürerek, aylık kira bedelinin 1200 dolara uyarlanmasını istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

²²⁴ Y. 2.HD, E:2003/3064, K:2003/4349.

²²⁵ Y. 2.HD, E:2003/1821,K:2003/2704.

²²⁶ GÜRDOĞAN, s.47-48.

Mahkemece, aylık kira bedelinin dava tarihinden 1200 Amerikan Dolarına uyarlanmasına karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Hukukumuzda Ahde Vefa ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Eş söyleyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlanmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile, borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Yeri gelmişken hemen belirtelim ki, sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirir.

Gerçekte de, sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır.

Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir.

Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık o akitle bağlı tutulmazlar. Değişen bu koşullar karşısında Türk Medeni Kanununun 2 inci maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkanı hasıl olur.

Sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü hallere harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi, sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir.

Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişmeler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçlendirmesi durumunda "İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ" gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar.

Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılarak önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtle birlikte aynen uygulanmasını

talep etmek Türk Medeni Kanununun 2/2 inci maddesi hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılmasını manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa uyarılma yine yapılmalıdır. İşlem temeliniin çöküşüne ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesinde kaynak olarak Türk Medeni Kanununun 1, 2 ve 4 üncü maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temeliniin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur. Bu yönteme sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denilir. Uyarılma daha çok ve önemli ölçüde uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur.

Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan "irade özgürlüğü" "sözleşme serbestisi" ve "sözleşmeye bağlılık" ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar. Sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai tali yardımcı niteliktedir. Uyarılmanın anlatılan hukuku tanımından sonra şimdi, sözleşmeye müdahale için, gerekli olan esaslara değinelim;

Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağan üstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Az yukarıdaki örneklenen olayda olduğu gibi. Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarılma isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir; beklenebilir; olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmelidir.

Tarafların dövize endekli kira sözleşmesi yapmalarındaki gerçek ve ortak amaçlarının saptanması uyuşmazlığın çözümünde önem kazanmaktadır.

Yurdumuzda eşya fiyatlarının her geçen gün şaşırtıcı ve beklenilenin üstünde yükselmeler gösterdiği çok açıktır. Memleketin bu hususta yerleşmiş ekonomik durumu, bireylerin yaşamını ağırlaştırarak huzursuzluk kaynağı olmaktadır. İşte bu açık olgu karşısında, kiralayan mal sahiplerinin enflasyonun rizikolarından korunmak amacıyla dövize endekli kira sözleşmeleri düzenledikleri, kiracılarında bunu kabul zorunda kaldıkları yaşanan bir gerçektir. Demek ki dövize endekli kira sözleşmelerinin kurulmasında, tarafların gerçek ve ortak amaçları sırf zaman zaman yükselen enflasyonun olumsuz

etkilerinden kiralayana korumak ve güvence altına almak iradesinden kaynaklandığının kabulü zorunludur (Türk Medeni Kanunu 2/1 inci maddesi ve Borçlar Kanunu 18 inci maddesi). O nedenle; sözleşmenin in'ikadı anında ileride ekonominin aniden bozulacağını, tarafların tahmin edip, bunun olumsuz sonuçlarına yalnız kiracının peşinen katlanacağını, kararlaştırdıkları şeklinde bir yoruma gidilmesi mümkün değildir. Kaldı ki; işlem temelini alt üst edecek, çökertecek edimin ifası iktisadi bir yıkım olacak nitelikte fahiş bir durumun mevcut bulması hallerinde de çıkar dengesi aleyhine bozulan borçlunun Türk Medeni Kanununun 2/1 inci maddesindeki kurallarından kaynaklanan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkesi uyarınca hakimden sözleşmenin edimler arasındaki bozulan dengesini dürüstlük ve hakkaniyete uygun bir duruma getirmesini isteme tarafların birbiri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını ve sözleşmenin kuruluşu ve içeriği üzerinde serbestçe uyuşmalarını gerektirir. Hal böyle olunca da, ekonomideki ani bozulma (kriz) ve buna bağlı olarak döviz fiyatlarında meydana gelen şok patlamalar karşısında, sözleşmedeki denge davacı kiracı aleyhine katlanılmayacak derecede bozulabilir ve kiracı beklemediği, hiç hesaba katmadığı böyle bir sonuçla borçlarını ödemeyecek duruma girebilir. O nedenle uyuşmazlığın çözümünde, sözleşmenin temel edimi olan ve taraflarca başlangıçta kabul edilen döviz fiyatlarındaki normal artışlar dışında, sözleşmenin in'ikadından sonra 2001 yılı Şubat ayında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle işlem temelini çöküp çökmediğinin araştırılması ve aydınlığa kavuşturulması zorunlu olmaktadır. Hemen belirtelim ki, beklenilmeyen olağan dışı sonuçları önceden tahmin edilemeyen, ekonomik krizden dolayı kiralayana bir gün içinde sözleşme dışı nedensiz zenginleşmesi ve yarar sağlaması Türk Medeni Kanunu 2/1 inci maddesi hükmünce asla haklı görülemez. Ve tarafların sözleşmede eşit hak sahibi olmaları ilkesine de aykırı olup; dahası somut adalet duygularını da zedeler. Nitekim dairemizin sapma göstermeyen oturmuş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca ve öğretide de tasvip gören kararlarıyla, enflasyon olgusuna dayanarak kiralanın açıkları kira bedelinin yeni şartlara uyarlanması davaları mesmu kabul edilmiştir. Öyleyse, uyarlama esas ve ilkeleri lehine oluşmuş ise, kiracının da kira bedelinin uyarlanması için dava açabileceği "Evleviyyetle" kabul edilmesi gerekir.

Uyarlama davalarında, hakimin gözden kaçırmaması gereken temel esaslar şöyle sıralanabilir: Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır. Uyarlama daima yardımcı bir çözüm olarak düşünülmelidir. Sözleşmeye yazılan özel hükümler, yorumlanıp tarafların sağladığı hak ve yararlar değerlendirilmesi, ekonomik değişikliklerin etkileri, kiralanın nitelikleri gibi somut olayın özelliği ile belirlenecek tüm objektif ve subjektif hal ve koşullar kıymetlendirilmeli, uyarlama yapılması kanaatine kavuşulursa, sözleşmedeki intibak boşluğu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları (Türk Medeni Kanunu 2/1 inci ve 4

üncü maddeleri) ışığında yasa boşluğunda olduğu gibi Türk Medeni Kanunu 1 inci maddesindeki yetki kullanılarak doğrudan kendisinin yaratıp takdir ettiği bir kuralla hakim tarafından doldurulmalıdır. Sonuçta verilecek her türlü karar, az yukarıda açıklanan esaslara aykırı olmamalı, özellikle toplanan delillerin red ve kabul edilen yönlerini, dayanaklarını içerir şekilde gerekçeli ve Yargıtay denetimine uygun olmalıdır. Yukarıda geniş şekilde açıklanan uyarılama yöntem ve kurallarının ışığı altında mahkemece yapılacak iş; yerinde uygulama yapıp, uzman bilirkişiler düşüncesinden de yararlanmak suretiyle; sözleşmenin kurulduğu günden dava tarihine kadar geçen süre içinde, ülkemizin yerleşmiş ekonomik koşullarının etkisiyle sözleşmedeki yabancı paranın (dövizin) Türk parası karşısında normal artışlarla ulaşması gereken değeri bulunmalı, bulunan bu değer sözleşme gereği kiralayan yararına kabul edilmeli, daha sonra 2001 yılı Şubat ayında başlayan ve aralıksız şiddetini artıran umulanın üstündeki dolardaki artış ve buna bağlı ekonomik krizin tabii sonucu ortaya çıkan, sözleşmedeki yabancı paranın Türk parası karşısındaki dava tarihi itibariyle değer artışı tespit edilmeli, böylece belirlenecek iki değer arasındaki farklılık miktarı, sözleşmedeki özel hükümler, kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgede kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticari gelişmeler gibi değişiklikler, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışlar ile somut olayda görülebilen objektif etkenlerle karşılaştırılıp, değerlendirilmeli, sonuçta işlem temelinin çöktüğü, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derecede davacı aleyhine bozulduğunun benimsenmesi halinde, kiracının ne miktar kira parasından sorumlu olacağı belirlenmeli, böylece sözleşmedeki kira parasını, tarafların amacına uygun objektif iyiniyet, hak ve nesafet (Türk Medeni Kanunu 4 üncü ve 2/1 inci maddeleri) kurallarının elverdiği ölçü ve düzeyde yine yabancı para olarak uyarlanmalıdır.

Mahkemece, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin açıklanan kural ve yöntemler gözetilmeden hukuki nitelendirmede yanılığa düşülerek, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

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

Dava, yabancı para olarak kararlaştırılan kira parasının günün ekonomik koşulları altında çekilmez hal alması ve böylece işlem temelinin çökmesi olgusuna dayalı kira parasının uyarlanması isteğine ilişkindir.

Davacı K... Kitle Pazarlama Ticaret ve Gıda Sanayi A.Ş. vekili; Davacı şirketin 1/10/2000 tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesi ile davalı adına kayıtlı arsayı kiraladığını, aylık kira bedelinin 2000 Amerikan Doları olarak kararlaştırıldığını, ancak 2001 yılı Kasım

ayında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle hükümetçe uygulanan çıpa sisteminin terk edilerek dövizin dalgalanmaya bırakılması sonucu dolar kurunun önceden tahmin edilemeyecek derecede yükseldiğini ileri sürerek, aylık kira bedelinin 1200 Amerikan Dolarına uyarlanmasını istemiştir.

Davalı vekili; yabancı paranın riski ve devalüasyonların ülke ekonomisi bakımından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığını, bu nedenle kur politikalarının güvenilir olmadığını sözleşmenin taraflarınca bilindiğinin kabul edilmesi gerektiğini, tacir olan davacının Türk Ticaret Kanununun 20 inci maddesi uyarınca basiretli bir işadamı gibi davranarak ve hükümetçe alınacak ekonomik tedbirleri öngörerek sözleşme yapması gerektiğini savunmuş ve davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin, "2001 yılı Şubat ayında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle dolarda umulanın üstünde artış sonucu edimler arasındaki dengenin davacı aleyhine bozulduğu" gerekçesiyle, davanın kabulüyle aylık kira bedelinin 1200 Amerikan Dolarına uyarlanmasına dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçesiyle bozulmuş; Yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Kurulmuş bir sözleşmede sonradan ortaya çıkan bazı olgular nedeniyle değişiklik yapılabilmesi, bugün çağdaş tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen beklenmeyen hal (Emprevizyon) veya Clausula Rebus Sic Stantibus Kuramının koşullarının gerçekleşmiş olması halinde buna olanak sağlandığı görülmektedir. Bu kuramın, borçlunun şartları ne olursa olsun mutlaka akde sadık kalmasını zorunlu gören, bir bakıma artık eskimiş olarak nitelendirilebilecek Ahde Vefa Kuramını sınırlamak için konulduğu benimsenmektedir.

Beklenmeyen hal (Emprevizyon) kuramının açıklanması şöyle yapılmaktadır. "Akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse taraflar akide bağlı olmamalıdır. Buna "Clausula Rebus Sic Stantibus" (Beklenmeyen Hal Şartı) denmektedir. Bu görüş öğretide "Emprevizyon Teorisi" adıyla anılmaktadır. Öğreti de, sözleşmenin yapıldığı zamandaki durumların değişmemesi, sözleşmenin örtülü (zımni) şartıyla yapıldığı varsayılır.

Akitlerin ifasını şartların değişmemesine bağlayan (Clasula Rebus Sic Stantibus) fikri çok gerçeğe uygun değilse de, Ahde Vefa prensibine kesin ve sıkı sıkıya bağlılığın da her zaman adil olmadığı görülmektedir. Bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır.

Mukayeseli Hukuk açısından olayı irdelediğimizde; Alman Hukukunda Beklenmeyen Hal veya Clausula Rebus Sic Stantibus kuramının daha da somutlaştırılarak kabul edildiğini ve İşlem Temelinin Çökmesi Kuramı olarak adlandırılan bir kuramın geliştirildiğini görmekteyiz. Sözleşmenin temelini teşkil eden kendisi üzerine anlaşmanın

dayandığı ve karşılıklı edimlerin tayin olunduğu edim ve karşı edim arasındaki dengenin, taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılmaz biçimde bozulduğu hallerde, işlem temelini çökmesi söz konusu olacaktır.

İsviçre Hukukuna gelince; Yargıcın bir sözleşmeden dönme ya da fesih suretiyle ortadan kalktığı veya Emprevizyon nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilebilmesi için şu koşulların oluşması gerekmektedir.

a)Öngörülmez bir dış olayın sebep olması söz konusu dış olay bir kişi olayı olmamalıdır. Diğer taraftan bu olay öngörülemez olmalı ve sözleşmenin dengesinin yargıçtan müdahale talep eden tarafın kusurundan kaynaklanmaksızın bozmuş olmalıdır.

b)Sözleşme ekonomisinin bozulması.

Yargıç, yalnızca sözleşme henüz ifa edilmediği takdirde ne ölçüde Emprevizyon Kuramı çerçevesinde müdahale edebilir. Öngörülemez olgular, taraflar arasındaki dengeyi bozmuş olmalıdır. Bu hal özellikle sinallagmatik sözleşmelerde, edim ve karşı edim arasındaki ilişkinin bozulmasında söz konusu olur.

c)Objektif olarak katlanılması beklenebilecek rizikonun aşılmış olması gerekir. Federal Mahkeme içtihatlarında denge bozukluğunun önemli, açık ve aşırı olmasını aramaktadır. Bu nedenle her somut olayda, objektif bir değerlendirme ile, emprevizyon kuramını ileri süren tarafın üstlenmesi gereken azami rizikonun belirlenmesi gerekir. Eğer bu riziko aşılmışsa, yargıç sözleşmeye el atabilecektir.

Türk hukukunda mehzaz kanundaki uygulamalar doğrultusunda Türk Medeni Kanununun 2inci maddesinden de esinlenmek suretiyle hem Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesini hem de İşlem Temelinin çökmesi kuramını uygulamak suretiyle uyarlanma davalarının görülebilir olduğunu benimsemiştir. İşlem Temelinden Çökmesi kavramının uygulanabilmesi için sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden teşhis ve tahmin edilememiş olması gerekir.

İşlem Temelinin Çökmesi ilkesinin somut olaya ne şekilde uygulanacağı hususunun da irdelenmesi gerekir. Yukarıda anıldığı gibi uyarlama kurallarının uygulanması için öngörülmez bir dış olayın meydana gelmesi gerekir.

Bilindiği gibi Türkiye Ekonomisinin alınan tedbirlere rağmen istikrarlı bir duruma gelmediği bilinen bir gerçektir. 1 Temmuz 1944 tarihinde uluslararası Para Fonu'nun kurulmasından sonra ülkeler paralarını Dolar'a göre tanımlamışlar, gerçekçi bir kur politikası arayışı içinde Türk Lirası 7 Eylül 1946'da ABD doları karşısında % 50 oranında devalüe edilerek bir ABD doları 280 kuruş olmuştur.

16/7/1958 tarihinde yapılan büyük çaptaki kur ayarlaması ile bir ABD dolarının değeri 260 kuruştan 980 kuruşa çıkarılmış, Türk parasının değeri ABD dolarına göre aşırı

derecede düşürülmüş, bu uygulama yıllar boyunca devam etmiştir. 10.8.1970 tarihinde yeni bir devalüasyon kararı alınarak Türk Parasının değeri yabancı paralar karşısında % 66 oranında düşürülmüş, 1 Amerikan doları 15 TL. olmuştur. Bu uygulama ile yabancı paralar olmak üzere, kira bedelleri, her çeşit işçilik, malzeme ve mamul eşya fiyatları aşırı derecede artmış, enflasyon yıllar itibariyle üç haneli rakamlara ulaşmış, günlük ve gecelik faizler düşünülmecek kadar artmıştır.

Nitekim, 24 Ocak 1980'de yürürlüğe konan "istikrar tedbirleri"ne rağmen ekonomi tarihimizde ilk kez 1946'da % 104 olan üç rakamlı enflasyon, 1980'de % 107 olmuştur. Bu nedenle 1980 yılında 35 TL.den 77,5 TL.ye çıkarılan dolar kuru, 1981 yılında ikinci kez yapılan % 100'e yakın bir ayarlama ile 142 TL.ye çıkarılmıştır. Bu devalüasyon kararından sonra Bakanlar Kurulu, 27 Ocak 1984 tarihinde Merkez Bankası'nın TL.sını dolar karşısında % 13,6 oranında devalüe edilmesini onaylamıştır. 5 Nisan 1994 tarihinde bilinen ekonomik kararlar alınmıştır. Bu kararlar sonucunda, borsalar, para piyasaları, banka kredi faizleri aşırı derecede artmış; Ocak 1994 ayına göre yabancı paralardaki artış % 250-% 300'lere ulaşmıştır.

Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değer kaybının engellenmesi ve yükselen enflasyonun düşürülmesi amacıyla TC.Merkez Bankası 10 Aralık 1999 tarihinde, "Döviz çıpasına dayalı istikrar programını açıklamış; ancak 27 Kasım 2000 tarihinde bankacılık sisteminden kaynaklanan kriz nedeniyle, repo faizleri ve iç faizler rekor düzeyde yükselmiştir. Krizin giderek derinleşmesi sonucu döviz piyasalarından kaynaklanan Şubat 2000 krizi yaşanmış, ekonomideki bu açmazlar sonucunda hisse senedi borsaları çökmüş, bankalara devlet elkoymak zorunda kalmıştır. Türkiye İMF'ye başvurarak ekonomisine bir yön vermeye çalışmıştır. Merkez Bankası ciddi para politikalarına yönelmiş, 21/2/2001 tarihinde "döviz çıpasına" dayalı sabit kurdan dalgalı kura geçmek suretiyle doların, faizin, enflasyonun aşırı artmasına engel olmaya çalışılmıştır.

23.12.1999 tarihinde bir ABD doları 534.000 TL. iken 21.2.2001 tarihinde 687.000 TL. olmuş,11.7.2002 tarihinde 1.700.000 TL. olan ABD doları Irak savaşı sırasında 18.4.2003 tarihinde 1.790.000 TL.ya, bu kararın verildiği tarih itibariyle piyasa şartları sonucu 1.450.000 TL. olmuş, enflasyon Merkez Bankasının sıkı para politikaları sonucu %30 lara inmiştir. Son günlerde 1 yıllık vadeli bonolarda bileşik faizler yüzde 50 civarına, Merkez Bankasının yüzde 41 lik gecelik borçlanma faizlerinin fonlama bileşik faizi ile birlikte %50,6 ya gerilemiştir.

Sözleşmenin yapıldığı tarihte 1 ABD doları 691.260 TL.dir. Sözleşmenin bağitlandığı tarih itibariyle kiralayan 2000 USDx691.260=1.382.520.000 TL. aylık kira almaya başlamıştır.

Davacı sözleşmenin yapılmasından 6 ay 3 gün sonra bu uyarılama davasını açmıştır. Dava tarihi itibarıyla uyarılamanın yapılması halinde davalı kiralayana eline 1.200 USDx1.240.407=1.488.400 TL. geçmeye başlayacaktır.

Yukarıdan beri açıklandığı gibi Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir. Nitekim kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten 1 ay sonra Kasım 2000 tarihli ve bundan kısa bir süre sonra da Şubat 2001 tarihli ekonomik kriz meydana gelmiştir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bir gerçektir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Kasım 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır.

Türk Ticaret Kanununun 18/1 inci maddesinde Anonim Şirketlerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasanın 20/II inci maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır.²²⁷

4.1.1.4. Hukukî Sonucun Doğru-Yerinde Takdir Edilmemesi

Türk Medeni Kanununun 170 inci maddesi ile hakime, boşanma ya da ayrılık kararlarından birine karar verme hususunda takdir yetkisi verilmiştir. Gerçekten, bu madde hükmüne göre, hâkim, boşanma sebeplerinden birisinin varlığı halinde (öncelikli şart olarak) boşanmaya veya ayrılığa karar vermekle yükümlüdür. Bu ise, hukukî sonucun

²²⁷ Y.H.G.K; 2003/13-332 E, 2003/340 K

niteliğini (boşanma mı yoksa ayrılık mı) belirlemeye yönelik bir takdir kararı verilmesini gerekli ve zorunlu kılar.

Şu halde hakimin, Medeni Kanununun 170 inci maddesinin, somut boşanma sebepli olayda uygulaması söz konusu olduğunda, bu maddenin gerçek amacını ve konuluş nedenini, bu sonuçlardan birinin seçimi ile ilgili benzer özellik ve şartlan haiz diğer davalardaki uygulamalarını iyice araştırması gerekir. Boşanma davası açan eşin talebi yalnız ayrılığa ilişkin ise ya da açtığı boşanma davasını daha sonra kısmi feragatte bulunarak ayrılık istemine dönüştürmüştü artık hâkim bu gibi özel durumlarda boşanma kararı verme yönünde takdir hakkını kullanmamalıdır. Aksi yönde bir karar vermesi, esas ve usul yönlerinden hukukî sonucu yanlış takdir etmesi demektir. Böylece, doğru ve yerinde olarak bir hukukî sonucu takdir etmeyen bir takdir kararı Yargıtay tarafından bu yönden bozulacaktır²²⁸.

4.1.1.5. Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılması ve Hakimin Sorumluluğu

Yargıtay denetimine konu oluşturan bir diğer önemli konu da, hakimin, herhangi bir takdir normuna rastlanamayan yerlerde ya da tespit edilen hukukî sınırları aşarak takdir hakkını yanlış-aşkın ya da kötüye kullandığı hallerdir²²⁹. Takdirin aşkın kullanımı ve kötü, yanlış-yerinde olmayan kullanımı hallerinde, sınırların ihlâli gerçekleşmiş olmaktadır. Takdir hakkını kullanan hâkim, hiçbir şekilde, kendisinin takdirine yollama yapan takdir normunun, korunmasını amaçladığı hukuki değer ve menfaatleri göz ardı edemez. Takdir hakta kullanılırken, hukukî hissiyata kapılarak davranılmamalı ve somut olaya ilişkin esaslı özellik ve unsurlar hukukî çözümde açık-seçik bir şekilde ortaya konulmalıdır. Hukukî eşitliği ve güvenliği ihlâl edecek şekilde takdir kararı verilmesi yoluna ise, hiç bir surette başvurulmamalıdır. Bunlara uyulmayarak ve kanun hükmünün hâkime takdir yetkisi tanırken temel aldığı esas düşünceye ve normatif koruma amacına ters düşen, bu takdir normunun varlığına yol açan hukukî gerekleri hiçe sayan her bir takdir kararı uygulaması, takdir hakkının kötüye kullanılması hali olarak kabul edilir²³⁰.

Takdir yetkisinin aşkın kullanılmasına örnek olarak aşağıdaki içtihat dikkat çekicidir.

Taraflar arasındaki "tazminat" davasının yapılan incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 4. Hukuk Dairesince; ... Davalı yargıçlar tarafından yargılaması yapılan İstanbul 1 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesinin 2000/18 Esas sayılı kamu davasıyla ilgili olarak dairemize verilen dava dilekçelerinde ve yargılama sırasında sunulan diğer dilekçelerde dava nedenleri olarak özetle;

²²⁸ ŞENER, s.336-337.

²²⁹ İMRE, s.170.

²³⁰ İMRE, s. 170.

Davacılar Y.B.'nin: Kamu tanığı olduğunu, yargılamaya çağrılmış olmasına rağmen sonradan dinlenilmesinden vazgeçildiğini belirterek yargılama konusu olaylarla ilgili bilgilerini dilekçe ile mahkemeye bildirdiğini, ancak davalı yargıçların kendisi (ve başka şahıslar) hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunduğunu, bildiklerini mahkemeye yazılı olarak bildirmesinde yasaya aykırılık olmadığını, ayrıca kendisine ait taşınmazdaki yapıda emniyet tarafından zapt edilen güvenlik kameralarının gizli kamera ve disket sürücünün de disket silici olarak tutanak altına alınmasının gerçeği yansıtmadığını, yine bu yapı ve zapt edilen eşyalar hakkındaki iddialarının araştırılmadığını, yapı hakkındaki tedbir kararının sürdürüldüğünü ve medyada yapılan yayınlara göz yumulduğunu, tüm bu hususların HUMK'nun 573/1 ve 7. bentlerine aykırılık oluşturduğunu;

Davacılar F. C. E.'nin: Olay günü birçok evle birlikte kendi evinin de arandığını ve evinin örgüt evi olarak nitelendirildiğini, evde bulunan ve kendisine ait olan ziynet, nakit para, hisse senedi, bilgisayar, döviz gibi eşyalarının zapt edildiğini, bu eşyalarla ilgili olarak kamu davasına müdahil olma isteğinin kabul edilmediğini, bu eşyaların değerini koruyucu önlem alınmadığını ve kendisine iade edilmediğini, oturumlarda bulunmasına izin verilmediğini ve mahkemeye verdiği dilekçeler nedeniyle savcılığa suç duyurusunda bulunulduğunu anlatarak, bu hususların HUMK'nun 573/1 ve diğer bentlerine aykırılık oluşturduğunu;

Davacılar H. H. M., A. M. B. ve T. A.'nın: Kamu davasında sanık olarak yargılandıklarını; gözaltı süresince fena muamele gördüklerini ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini belirterek, savunma delillerinin davalılar tarafından toplanmadığını, hazırlık soruşturmasında ve iddianamede suç aleti oldukları belirtilen sıradan eşyaların gerçek mahiyetinin araştırılmadığını, müdahil avukatı ile davalı N. A.'nın bağlantısının ortaya çıkması nedeniyle yapılan reddi hakim isteminin reddedildiğini, reddi hakim isteminin müzakeresine Cumhuriyet Savcısının da katıldığını, davalılar hakkında soruşturma bulunduğunu, mahkemeye dilekçe ve mektup gönderenler ve bazı sanıklar hakkında garez ve nefis saiki ile suç duyurusunda bulunulduğunu, davalıların menfaat karşılığında ara kararları vermiş olmaları şüphe ve ihtimalinin bulunduğunu, keyfi ve taraflı davrandıklarını, yargılama konusu bazı suçların 4616 sayılı Yasa gereğince erteleme kapsamına girmesine rağmen bu yönün gözetilmediğini, medyada yapılan yargılama ile ilgili yayınlar hakkında yayın yasağı kararı verilmediğini, tutuklu sanıkların bulunmasına rağmen duruşmaların otuz günden fazla sürelerle ertelendiğini ve tutukluluk halinin sürdürüldüğünü, 08/12/2000 tarihli oturumda davalılardan N. A.'nın "sizin müvekkillerinize bunlar nasıl adam diyor muyuz" biçiminde konuştuğunu, yine yargılama sırasında bir savunma avukatına karşı "konuşmazsan hatırım kalır" sözünün söylendiğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılıklar bulunduğunu;

ileri sürerek HUMK'nun 573 üncü maddesine aykırılıklar nedeniyle çeşitli miktarlarda manevi tazminatlar istedikleri, kamu davasının getirtilerek incelenmesini ve sonucunun beklenmesini, bilirkişi incelemesi yapılmasını talep ettikleri, hukuki mütalaalar sundukları, bazı dava nedenlerinin diğer davacılar tarafından da dava konusu yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davalılar ve vekilleri gerek cevap dilekçelerinde ve gerekse yargılama sırasında verdikleri diğer dilekçelerde: Bu davaların açılması nedeniyle 20/09/2002 tarihli oturumda davadan çekildiklerini belirterek bu süreye kadar yapılan yargılama sırasında usul ve yasa hükümlerine uygun olarak ve tarafsızlıkla yargılamanın yürütüldüğünü, esas hakkında mütalaanın verilmesinden sonra mahkeme heyeti üzerinde bir baskı oluşturulmaya çalışıldığını, bu davanın da aynı niyetin göstergesi olduğunu, dava hakkının kötüye kullanıldığını, DGM.lerdeki yargılama ve zapt-müsadere usulünün diğer mahkemelerden farklı olduğunu, savunma taleplerinin kabul veya reddedilmesinin yargılama göreviyle ilgili bulunduğunu, duruşma inzibatının sağlanması, suç duyurusunda bulunulması, yayın yasağı, duruşmanın erteleme süresi gibi konuların mahkemenin takdirinde bulunan hukuki konular olduğunu, reddi hakim müzakeresi sırasında duruşma salonundan Cumhuriyet Savcısının çıkarılmamış olmasının müzakereye savcının da katıldığı anlamına gelmediğini, binadaki yerleşim zorunluluğu nedeniyle savcının duruşma salonunda kaldığını davacıların sonradan sundukları dilekçelerin iddianın genişletilmesi ve dava konusu vakıaların değiştirilmesi niteliğinde olması nedeniyle buna muvafakat edilmediğini, ceza mahkemesinde çözümlenecek hukuki olguların bu davada ileri sürülemeyeceğini, söylendiği iddia edilen sözlerin manevi tazminat gerektirmediğini, kamu davasında taraf durumunda bulunmayan ve mahkemeye dilekçe gönderen şahıslar hakkında "bu dilekçelerin hukuki değerlendirilmesi yapılarak" mahkemeye etki ve telkin amacı bulunması nedeniyle suç duyurusunda bulduklarını, şahsi bir husumet söz konusu olmadığını, müdahil avukatın davalılardan N. A. ile Hakkari'de çekilen bir toplu veda fotoğrafını kullandığını, yapılan soruşturma sonucunda bakanlık tarafından davalılar hakkında işlem yapılmasına yer olmadığına karar verildiğini, muhtemel zararın dava konusu edilemeyeceğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık bulunmadığını belirterek davanın reddedilmesini savunmuşlardır.

Davacılar tarafından dairemize ayrı ayrı açılmış bulunan tazminat davalarının davalılarının aynı yargıçlar olmaları ve aynı kamu davasının yargılanmasına ilişkin dava nedenlerinin ileri sürülmesi, dava edilen bazı maddi vakıaların benzerlik taşıması gözetilerek 2002/9383 sayılı dava dosyasında birleştirilmesine 25/03/2003 tarihinde karar verildiği, dava konusu iddialarla ilgili olarak taraf kanıtlarının toplandığı, davacı tanıklarının gerek dairemizde ve gerekse istinabe yoluyla dinlendiği, dava "ilgili tanık anlatımlarının belirlendiği, bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek bulunmadığı, halen derdest olduğu

anlaşılan kamu davası" dosyasının getirilip incelenme isteminin dairemizce uygun görülmediği anlaşılmaktadır.

Davacılar tarafından dava dilekçesine ekli olarak sunulan belgeler, ilgili mahkemeden getirtilen iddianame ve yargılama tutanağı örnekleri ve tüm dosya içeriğindeki bilgiler itibariyle: hazırlık soruşturması yapılmasından sonra DGM. Cumhuriyet Savcılığı tarafından düzenlenen 11/01/2000 tarihli iddianame ile bir kısmı tutuklu olmak üzere otuzaltı sanık hakkında kamu davası açıldığı (davacılardan T. A. hakkında dava açıldıktan sonra tutuklanarak ek iddianame ile dava açıldığı), iddia edilen suçların çıkar amaçlı suç örgütü kurmak, bu örgüte yardım etmek ve tehdit ile menfaat sağlamak suçları olduğu ve sanıkların 4422 sayılı Yasa'nın 1/1, TCK'nun 192/ilk, 313, 314. maddeleri gereğince cezalandırılmalarının istendiği, davanın tensip işleminin 24/01/2000 tarihinde yapıldığı ve davalıların davadan çekildikleri 20/09/2002 tarihli oturuma kadar onüç farklı günde duruşmalar yapıldığı, oturumlarda davalıların dışında başka yargıçların da görev yaptıkları, ağırlıklı olarak davalıların yargılamasını yürüttükleri kamu davasının henüz sonuçlanmadığı, davaya konu edilen yargılama döneminin yaklaşık 2,5 yıl sürdüğü ve yapılan oturumlarda sanıkların savunmaları, müştekilerin anlatımları, tanıkların bilgilerinin belirlendiği, 19/03/2002 tarihli oturumda verilen esas hakkında mütalaa ile sanıkların cezalandırılmalarının istendiği ve bunu izleyen iki oturumda davalı yargıçların reddi yönünde sanıkların istemleri bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yargılamanın üçüncü oturumu olan 04/08/2000 tarihinde gıyabi tutuklular dışında fiilen tutuklu sanık kalmadığı, bu oturumdan evvel yapılan iki oturumda ve tensipte otuz günlük süre aşılıarak duruşma günü belirlenmişse de bunun defter durumu nedeniyle zorunluluktan kaynaklandığının tensip ve oturum tutanaklarına yazıldığı, bu zaruretin 2485 sayılı DGM. Yargılama Usulü Yasası'nın 20/3. maddesindeki koşullara uygun bulunduğu anlaşılmaktadır.

Hazırlık soruşturması sırasında C. Savcılığının talebi üzerine çıkar amaçlı örgüt kurmak ve örgüte üye olmak suçu nedeniyle 4422 sayılı Yasa kapsamındaki fiillerden elde edildiği hakkında kuvvetli şüphe bulunduğu belirtilerek bazı taşınmazlara 4422 sayılı Yasa'nın 6. maddesi gereğince el konulmasının istenmesi üzerine dava dışı DGM hakimi tarafından 24/11/1999 tarihinde el koyma kararı verildiği anlaşılmaktadır. Dava açılmasına ilişkin iddianamede Silivri'deki örgüte ait çiftliğin bulunduğu arsa parselleri üzerine alınan bu tedbir kararının tapu kayıtlarına işlendiği ve yine örgüte ait olduğu iddia edilen takılar, paralar ve kıymetli evrakların emanete alındığı belirtilmektedir. Davacılarından F. C. E.'nin hazırlık soruşturması sırasında sanık sıfatıyla hakkında inceleme yapıldığı ve DGM. C. Savcılığının 11/01/2000 tarihli ve 1999/2525 hazırlık sayılı ek takipsizlik kararının dördüncü bendinde bu

davacının evinde örgütle bağlantılı olan oniki bayanı barındırdığı anlaşılmış ise de, o bayanlar hakkında takipsizlik kararı verildiğinden ve davacının kız kardeşi nedeniyle örgüte yardımcı olduğu ve yardım amacıyla hareket ettiğine dair yeterli delil olmadığı belirtilerek takipsizlik kararı verildiği, yine aynı kararın birinci bendinde davacılarından Y. B. hakkında da aynı örgütle doğrudan bağlantısı olduğu anlaşılmışsa da kamu yararı bulunmadığından dolayı takipsizlik kararı verildiği, yargılama sonucunda düzenlenen 19/03/2002 tarihli esas hakkındaki mütalaa ise bazı sanıklara ait taşınmaz hisselerinin 4422 sayılı Yasa'nın 6/son maddesi gereğince devlete intikalinin istendiği, diğer hisseler üzerindeki tedbirin kaldırılmasının mütalaa olunduğu, ayrıca bazı sanıklara ait oldukları belirtilerek döviz, nakit para, Alman Markından Türk Lirasına çevrilen nakit para, ticari senetler, ziynet eşyaları, bilgisayarlar ve donanımlarının devlete intikaline karar verilmesinin istendiği, diğer eşyaların ise bazı sanıklara iadesinin talep olunduğu anlaşılmaktadır.

Davacılarından F. C. E.'nin 28/09/2000 tarihli dördüncü oturuma katılarak müdahale ve eşyaların iadesini istediği, mahkemece eşyalara ilişkin olarak tutanakların ve eşyalara el koyma biçiminin incelenmesine karar verildiği, izleyen oturum olan 08/12/2000 tarihli oturumda adı geçen davacının bu istemleri konusunda görüş bildirmesi için cumhuriyet savcısına süre verildiği, izleyen oturum olan 02/03/2001 tarihli oturumda adı geçen davacının müdahale isteminin reddine ve eşyaların iadesi konusunun hüküm aşamasında düşünülmesine karar verildiği, daha sonraki üçüncü oturumda (30/10/2001 tarihinde) duruşmaya katılan F. C. E.'nin emanette bulunan Alman Marklarının paraya çevrilmesi isteminin aynı oturum kabul edildiği (bu markların adı geçen davacıya değil H. B. 'ye ait olduğu yönünde dilekçe ve beyanlar bulunduğu), diğer oturumlara bu davacının katılmadığı en son 20/09/2002 tarihli ve davalıların yargılamadan çekilmelerine ilişkin oturuma davacının katıldığı, ancak müdahale talebinin önceden reddedilmiş olması nedeniyle duruşmadan çıkarıldığını ileri sürdüğü, adı geçen davacının katılma talebi ve eşyaların iadesi talebine ilişkin olarak davalı yargıçların usul hükümleri doğrultusunda duruşmanın idaresi ve inzibatı konusunda gerekli işlemleri yaptıkları hukuka aykırı bir işlem bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Yine 28/09/2000 tarihli oturumda davacılarından Yakup Balaman'ın dinlenmesi yönünde ara kararı verildiği, ancak izleyen üç oturum boyunca bu davacının dinlenmesi için yazılan yazıların tekidi ve adres araştırması nedeni ile ertelemeler bulunduğu, en son 14/08/2001 tarihli oturumda bu davacının dinlenmesinden vazgeçildiği, adı geçenin 25/12/2001 ve 29/04/2002 tarihinde mahkemeye iki ayrı dilekçe göndererek kamu davası hakkındaki bilgileri ile hazırlık soruşturması sırasında uğradığı haksızlıkları yazılı olarak bildirdiği, aynı şekilde davacı F. C. E.'nin de eşyalar nedeniyle dilekçeler verdiği, reddi hakim isteminin yapılmasından sonraki 21/06/2002 tarihli oturumda mahkemeye dilekçe gönderenlerin tümü hakkında suç

duyurusunda bulunulmasına karar verildiği, bu suç duyurusunun herhangi bir kişiye şahsen yönelik olarak değil, genel anlamda karara bağlandığı, DGM. C. Savcılığına yazılan 21/06/2002 tarihli suç duyurusu yazısında dava ile ilgili olmayan ve davada sıfatı bulunmayan kişiler tarafından dosyaya gönderilen mektup ve dilekçeler hususunda TCK'nun 232. maddesi gereğince gereğinin takdir ve ifası biçiminde yazı yazıldığı, bu başvuru nedeniyle DGM. C. Savcılığı tarafından toplam 149 sanık hakkında mahkemeye tahakküm ve nüfuz icra etmek suçundan dolayı yapılan soruşturmalar neticesinde sanıkların dostu, arkadaşı ve yakını olan bir kısmı da sade vatandaş durumunda bulunan, bu kişilerin kamu davasına esas olaylar ve soruşturma hakkındaki bilgileri nedenleriyle yasal dilekçe yetkisi kullanılarak mahkemeyi bilgilendirmek amacıyla dilekçe ve mektup gönderilmesinde suçun maddi ve manevi unsurlarının bulunmadığı belirtilerek takipsizlik kararları verildiği, davacılar Y. B. ve F. C. E. hakkında da bu bağlamda takipsizlik kararları bulunduğu, iddia edildiği üzere davalı yargıçların davacıların şahsına husumet nedeniyle bu suç duyurusunda buldukları kanaatine varılmadığı, "esas hakkında mütalaa verilmesinden ve reddi hakim isteminden sonra bir çok kişi tarafından mahkemeye gönderilen bu belgelerin takdir ve değerlendirmesi yapılırken usule ve hukuka uygun olarak mahkemenin telkin ve baskı altına alınmak istendiği düşüncesiyle hukuki işlemde bulunulduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.

21/06/2002 tarihli oturumda müzakere amacıyla duruşma salonunda bulunan tüm kişilerin salondan çıkarıldıkları ancak Cumhuriyet Savcısının müzakere sırasında duruşma salonunda kaldığı ileri sürülmekte ise de, konuya ilişkin olarak tarafların iddia ve savunmaları, tanık anlatımları incelendiğinde, belirtilen oturumda Cumhuriyet Savcısının reddi hakim talebinin incelenmesine dair müzakereye fiilen iştirak ettiği hususunda bir kanıt bulunmadığı, kaldı ki davada kamu adına taraf bulunan C. Savcısının, sanıkların reddi hakim talebi konusunda sözlü veya yazılı görüş bildirmesinin gerekli olduğu, 10/07/2002 tarihli yazının ise reddi hakim taleplerinin yinelenmesi nedeniyle oluşan hukuki süreç içinde ve 21/06/2002 tarihli oturumdan sonra verildiği anlaşılmalı iddianın doğrulanmadığı anlaşılmaktadır.

Dava açılmasına ilişkin iddianamede ve 19/03/2002 tarihli esas hakkında mütalaa diğer sanıklarla birlikte bu davaya taraf olan bir kısım davacıların bazı müştekilere yönelik eylemleri nedeniyle TCK'nun 192/ilk maddesi gereğince cezalandırılmalarının istendiği, esas hakkındaki mütalaanın verilmesinden sonra bir kısım sanıkların dilekçeleriyle bu konuyu belirtmeleri üzerine 21/06/2002 tarihli oturumda Cumhuriyet Savcısının 192/ilk maddesine ilişkin kısmi (ek) mütalaa ile 4616 sayılı Yasa'nın bu suça uygulanmasını talep ettiği, iddianamede suç tarihinin 19/11/1999 ve öncesi olarak belirtildiği, sonradan yürürlüğe giren 4616 sayılı Yasa'da 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçların ertelenmesinin yasal

düzenleme altına alındığı, gerek suç tarihi itibariyle ve gerekse kamu davasının henüz kesin hükme bağlanmadığı olgusu karşısında hukuki bir konu oluşturan bu hususun ceza mahkemesindeki hüküm aşamasında gözetilebilecek nitelik taşıması nedeniyle hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

07/04/2000 tarihli oturum sonrasında bazı medya organlarında kamu davasıyla ilgili olarak yayınlar yapılması üzerine sanıklar tarafından yayın yasağı kararı verilmesinin istendiği, 24/04/2000 tarihli müteferrik karar ile yayınlanan görüntülerin adil yargılanma zeminini ortadan kaldıracak mahiyette olmadığı belirtilerek bu istemin reddedildiği, esas hakkında mütalaa verilmesi ve reddi hakim istemlerinden sonra 21/06/2002 tarihli oturumda davalıların son oturumdaki bu usuli konular itibariyle yeniden durum değerlendirmesi yaparak yayın yasağı yönünde ara kararı vermelerinde de hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Savunma delillerinin toplanmadığına ilişkin iddiayla ilgili olarak davacıların yargılama süreci içindeki tüm taleplerini bildirir liste sundukları, bu listede davacılar dışındaki kişilerin de savunma taleplerinin yer aldığı, bu talepler konusunda yargılamayı yürüten davalı yargıçların değerlendirmeler yaparak ara kararları oluşturdukları, savunma delillerinin noksan veya hiç toplanmamasına ilişkin bu iddiaların usul hukuku ile ilgili olup, eldeki davada değerlendirilmesinin ve bir eksiklik bulunup bulunmadığı konusunda ceza mahkemesini ve temyiz aşamasını etkileyecek biçimde bu davada bir hüküm sonucu belirlenmesinin yerinde olmadığı, davacıların hazırlık soruşturması sırasındaki işlemlerle ilgili iddialarının davalıların hazırlık soruşturmasında görev yapmadıkları gözetilerek kamu davasının hüküm ve temyizi aşamasında değerlendirilecek hukuki bir konu olduğu sonucuna varılmıştır.

Yine yargılama sırasında davalılardan N. A. ve bir mahkeme üyesi tarafından söylendiği belirtilen sözlerin doğrudan doğruya davacıların şahsına yönelik bulunmadığı, 08/12/2000 tarihli oturum sırasında sanık vekili Avukat C. O.'nun müdahil E. Ş.'ye yönelik olarak "bu ne biçim kadın, etrafa işaretler yapıyor, duruşma salonundan çıkarılsın" sözü üzerine davalı N. A.'nın adı geçen avukata hitaben söylediği sözün davacıların şahsı ile ilgisi bulunmadığı duruşmadaki bu olay çerçevesinde söylenmiş bir söz olması itibariyle davacıların kişilik hakkına saldırı da oluşturmadığı, söylenen diğer sözün de başka bir savunma avukatına hitaben söylendiği anlaşılmaktadır.

Kamu davasında müdahil vekili olan Avukat E. Ş. Y.'nin sanıklardan B. A.'dan müdahil, kendisi ve davalılardan N. A. adına para istediği konusuyla ilgili olarak davalılar hakkında Adalet Bakanlığı tarafından yapılan soruşturmada işlem yapılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği, adı geçen avukat hakkında ise avukatlık görevini kötüye

kullanmak suçundan kamu davası açıldığı anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 18/03/2003 tarih ve 13390 sayılı cevabi yazısında açıklandığı üzere; Bu davaya konu edilen 4616 sayılı Yasa gereğince erteleme kapsamındaki dava bölümü nedeniyle tecziye biçiminde mütalaa verilmesi iddiası, CUMK'nun 382. maddesine aykırı olarak C. Savcısının heyet müzakerelerine iştirak ettiği iddiası, mahkemeye mektup ve dilekçe gönderen kişiler hakkında haksız yere suç duyurusunda bulunulduğu iddiası, medyaya yayın yasağı konulması yönündeki talebin reddedilmesinden sonra yayın yasağı konulması iddiası, sanıkların keşif, bilirkişi incelemesi gibi savunma taleplerinin usul ve yasaya aykırı olarak reddedildiği iddiası, bir sanık vekiline hitaben "biz sizin müvekkillerinize bunlar nasıl adam diyor muyuz" sözüne ilişkin iddia ve davalı N. A.'nın rüşvet aldığı şüphesine ilişkin iddianın bakanlıkça incelendiği ve davalılar hakkında yukarıda sayılan bu iddialar yönünden işlem yapılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır. Adalet Bakanlığı'nın yukarıda belirtilen işlemine karşı bir kısım davacılar ve başka kişiler tarafından idare mahkemesine işlemin iptali biçiminde davalar açılmışsa da davalı tarafça sunulan Ankara 9. idare Mahkemesinin 2002/1101-1637 sayılı kararı da gözetilerek bu davaların sonucunun beklenmesine gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Yukarıda açıklanan hususlar, tarafların iddia ve savunmaları, toplanan kanıtlar ve tanık anlatımları ile tüm dosya içeriği incelenip değerlendirildiğinde: davalıların 2,5 yıllık yargılama süresince tüm oturumlarda bizzat görev almadıkları, ancak birçok oturumda yargıç olarak buldukları, usul hukukuna uygun olarak yargılama işlemlerini gerekçeli ve nedenlerini açıklayarak ara kararları biçiminde hükme bağladıkları, esas hakkında mütalaanın verilmesinden sonra reddi hakim istemleriyle birlikte olarak daha evvelki yargılama dönemine ilişkin bulunan ancak o dönemde herhangi bir dava veya hukuki işleme konu edilmeyen olaylar ve hatta hazırlık tahkikatına kadar uzanan hukuki konular da eklenmek suretiyle dava dilekçelerinde açıklanan iddialarla eldeki davanın açıldığı, yukarıda özetlenen süreç gözetilerek dava konusu edilen olaylarda hukuka aykırılıklar bulunduğu iddiası ön plana çıkarılmış ise de, zamanlama açısından bakıldığında ileri sürülen iddiaların esas hakkında mütalaa ile sanıkların cezalandırılmasının istenmesinden sonraya tekabül ettiği, kamu davasının henüz sonuçlanmadığı ve ceza yargılamasının sürmekte bulunduğu, ancak bu davaların açılması nedeniyle davalı yargıçların 20/09/2002 tarihli oturumda çekilme kararı verdikleri, dava konusu iddialarla ilgili olarak davacıların kendi şahıslarıyla ilgili iddialar yanında aynı davadaki başka sanıklar tarafından ileri sürülebilecek konuları da dava nedeni yaptıkları ve bu bağlamda aynı kamu davasıyla ilgili olarak hazırlık soruşturması sırasında ismi geçen bir çok kişiyi ve kamu davasında yargılanan bazı sanıkları ve o davada görev yapan avukatları tanık olarak dinlettikleri ve bir biçimde yargılamaya iştirak etmiş olan

kişilerin tanık olarak anlatımlarının tümünün değil, davacının şahsıyla ilgili olan bölümünün bu davada değerlendirilmesi gerektiği, bu bağlamda yapılan değerlendirme sonucunda ve yukarıda açıklanan hususlar karşısında davalıların hukuka aykırı bir davranış veya işlemleri olmadığı gibi HUMK'nun 573. maddesinde sınırlı olarak sayılan sorumluluk koşul ve nedenlerinin de bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılarak davanın reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.²³¹

4.1.1.6. Takdir Yetkisinin Gereğe Dayanmadan Kullanılması

Hâkimin takdir hakkını kullanarak verdiği takdir kararlarında da, diğer mahkeme kararlarında olduğu gibi, gerçek gösterme zorunluluğu vardır. Gerçek niteliğinde görülemeyecek boş sözlerle, anlamsız ve şatafatlı ifadeler içeren çok soyut-genel ve esnek olarak hukukî sonucu gösteren yargılarda bulunması da doğru bir gerçeğe dayandığını göstermez²³². Hâkim takdir hakkını kararında gösterdiği şekilde kullandığını haklılaştıracak ve doğru gösterecek bir gerçekçelendirme işlemi yapmak durumundadır. Bu durum, onun için aynı zamanda hukukî bir zorunluluktur. Çünkü, takdir hakkının tutarlılığı ve ikna ediciliği, tarafların bu şekilde bir kararı kabullenebilmesine ve hissi bir karar olup olmadığının denetlenebilmesine imkan vermesine bağlıdır²³³.

Hâkimin takdirine etki yapan esaslı ve özellikle değer yargılarını, objektif bir şekilde, somut-maddi vakıalarla ilişki kurmak suretiyle gerçeğinde ayrıntılı olarak işlemelidir. Yani gerçekçelendirme işleminde; somut vakılara ilişkin olarak tarafların mahkemeye sunduğu, özellikle takdiri delilleri, objektif esaslara dayanarak, mantıklı-inandırıcı ve bilimsel ölçütler yardımıyla değerlendirmelidir. Hakim, hakkaniyet ölçüsüne ters düşecek keyfî, indî ve dar bir anlayışın ürünü birtakım davranışlardan olabildiğince uzak kalmak ve bulunduğu çözümün neden hakkaniyet kurallarına uygun bulunduğunu belirtmekle yükümlüdür²³⁴.

Hâkim, takdir hakkını neden dolayı o yönde kullandığını, delillerini nasıl değerlendirerek kararındaki yargısal sonuca (hükme) vardığının somut gerçekçelerini, nedenlerini ve olaya ait maddi vakıaları da göstermek ve bunların tartışmasını da yapmak suretiyle kararında belirtmek zorundadır. Ancak bu halde, gerçek anlamda bir hukuki gerçekçeden söz edilebilir ki, doğru ve akla dayanan bir gerçekçelendirme işlemi ancak bu şartlara uygun karar vermekle yerine getirilmiş olur²³⁵.

²³¹ Y.H.G.K., 2005/4-342 E, 2005/433 K.

²³² YILDIRIM, s.202-203.

²³³ EDİS, s.220.

²³⁴ EDİS, 220-221.

²³⁵ YILDIRIM, s.202-206.

Hâkimin kendisine Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmü ile genel bir kural olarak ve diğer bir özel takdir hükmü (normu) ile de somut durumlara özgü olarak tanınmış bulunan takdir hakkını kullanırken, somut uyuşmazlık konusu olan taraf menfaatlerine ve olayın esaslı bütün özellik ve şartlarına uygun, doğru, yerinde ve âdil bir denge kurma (hakkaniyetli bir hukukî sonuca ulaşma) çabası sonucu ulaşacağı takdir kararında mutlaka tutarlı, güçlü ve daha da önemlisi somut gerekçelere dayanması ve objektif olarak hukukî bir kanaat oluşturmada temel olan ve kanaate saygınlık kazandıran, aklî, mantıksal ve kimi zaman da değer yargılarından ayrılmaması gerektiği belirtilmelidir²³⁶.

Hakim, mevcut olan hukuk normlarının, yazılı hukuk kurallarının esasına, amacına, şekline uygun hareket etmekle yükümlü tutulmakta ve denetim organları da bu uygunluğu kontrol görevi ifa etmektedir. Yüksek yargı organı Yargıtay, hakim eğer, tespit ettiği vakılarda uygulayacağı hukuk kuralının belli edilmesinde yanılmışsa, vakıaların hukuki tavsifi sırasında hata yapmışsa verilen hükmü bozacaktır. Hakimin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararlarda ise, mevcut yazılı hukuk kurallarının şekline, amacına, esasına bir uygunsuzluk söz konusu değildir. Eğer söz konusu ise, doğal olarak, böyle bir durumda hakim, takdir yetkisine dayanarak hareket etmiş değildir. Çünkü kendisini çemberleyen bir hukuk kuralı vardır ve ona tecavüz etmiştir. O halde, ortada ihlal edilmiş bir kanun ve yetkisi hâle görmüş bir şahıs yoksa, yani hakim, kendisini çemberleyen hukuk kaidelerinden hiçbirini ihlal etmeyerek, belirli bir olay üzerinde kendi görüşlerine göre, durumu serbestçe takdir ederek davranmışsa; bu durumda yalnız hukuki kontrol yapmakla görevli olan Yargıtay'ın, hakimin bu şekildeki kararlarına müdahale etmesi, “kendisinin ihdasındaki gayeye” bir tecavüz niteliğinde görülmektedir. Adalet mekanizmasının mükemmel bir şekilde işlemesi ve gelişmesi, hakimin takdir yetkisine dahil olan bütün hususlarda, Yargıtay'ın hüküm vermemesini gerektirmektedir. Yargıtay, hakimin takdire dayalı kararlarını kontrol etmekle, olaylara, mevcut olan kanunların iradesini değil, kendi görüşlerini uygulamaktan başka bir şey yapmamış olacaktır. Gerçekte, kendi görüşlerini hakimin görüşlerine üstün kılmış olacaktır. Bu surette uygulanacak olan, kanun değil, Yargıtay'ın kendi takdirinin ürünü olan prensip ve kurallardır. Yargıtay, davayı yeni baştan gören, maddi meseleyi inceleyen bir derece mahkemesi değildir. Fakat bugünkü iş yoğunluğu Yargıtay'ı esas görevinden saptırmış, istinaf mahkemesi konumuna düşürmüştür. Eğer Yargıtay, hukuk birliğini temin edeceğim diyerek, mahkemelerin her hükmünü keyfi olarak bozarsa, kurulmak istenen hukuk birliğini bizzat kendisi bozmuş olur. Yargıtay'ın denetiminin amaca uygun olması için, bozma kararlarında hakimlere yön verici nitelikte gerekçe göstermesi gereklidir. Aksi halde, takdir yetkisinin kullanılmasında işe yarayan objektif esasların ortaya konulmaması, Yargıtay'ın

²³⁶ İMRE , s.169-170

hukuk birliğini temin etmek görevi ile açıklanamayacak bir faaliyet yapması demek olacaktır. Takdirin isabetsizliği gibi soyut ve genel ifadelerle mahal mahkemelerinin kararlarının bozulması, denetimin haklığını ortadan kaldıracaktır. Hakimin takdir kararını denetleyen Yargıtay, bu kararın hukuk kuralı çerçevesinde verildiğini tespit ettiği takdirde, onama kararı ile onun doğru olduğunu belirterek, karar üzerindeki yanlışlık şüphesini kaldıracaktır. Ancak, dosya içeriğine göre, çelişen yada hukuka uymayan bir gerekçe ile verilen veya gerekçesi bulunmayan bir takdir kararı ile karşılaşan Yargıtay, bunlara değinmekle yetinecek ve bozduğu karar dosyasını, yeniden değerlendirme yapmak üzere mahal mahkemesine gönderecektir. Bu şekildeki bir Yargıtay denetiminin amacı, varsa bir hukuksal sorunu ortadan kaldırıp, onun yerine takdir kararı vermek değildir. Türk hukukunda ilk derece mahkemeleri tarafında verilen takdir kararlarının denetlemesini yapan Yargıtay, takdir yetkisinin kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırlar içerisinde kullanılıp kullanılmadığını inceleyecektir. Bu açıdan Yargıtay, hakimin çalışma tekniğini tamamlayacak, denetlenebilir bir metodoloji geliştirecek ve takdir kararlarının denetimi için bir araç işlevi görecektir.²³⁷

Hakim takdir kararında, maddi vakıanın maddi hukuk alanında ne anlama geldiğini yani hukuki nitelendirme işleminde hatalı bir karar verilmiş ise, Yargıtay böyle bir hukuk kararını denetime konu yapabilir. Yargıtay'ın bu konuda denetimini gerektiği gibi yapabilmesinin, hakimin somut vakıaları gerekçesinde doğru olarak ifade etmesine de bağlı olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü, vakıalar üzerinde gereken dikkat ve titizlikle araştırma inceleme ve değerlendirme yapıldığı ölçüde Yargıtay'ın hukuki nitelendirme ile ilgili olarak yapacağı denetim daha verimli sonuçlar doğurur. Bunun için, hakim, Yargıtay denetimini sağlıklı ve olanaklı kılacak şekilde dava dosyasının kapsamına giren somut vakıaları karar gerekçesinde olabildiğince açık, anlaşılır bir dille, çelişik ifade ve anlatım bozukluklarına yer vermeden göstermelidir.²³⁸

Hakim, takdir hakkına dayanarak bir karar verme serbestisini kullandığı hukuki nitelendirme aşamasında bir yanlışlık, çelişki yada zafiyete düşerek maddi-somut vakıayı hukuki yönden yanlış nitelendirmiş ise, bu bir hukuki hata ve dolayısı ile kanunun yanlış uygulanması demek olup, HUMK m.428 hükmü uyarınca da bir bozma nedenidir.²³⁹

Yargıtay denetimine konu oluşturan bir diğer önemli konu da hakimin, kanun öngördüğü yerler dışında yada tespit edilen hukuki sınırları aşarak takdir hakkını yanlış kullanması veya suiistimal etmesi halleridir. Hiçbir hak ve yetki maksadına aykırı olarak

²³⁷ DİNÇKOL, s.147 vd.

²³⁸ GÜRDOĞAN, (Deneme) s. 47-48

²³⁹ GÜRDOĞAN, (Vakıa ve Hukuk) s. 282

sınırları haricinde kullanılamayacağı için, hakim kanunların kendisine tanıdığı hak ve yetkilerin sınırlarını aşamaz veya kötüye kullanamaz.²⁴⁰

Hakim takdir hakkını kullanır iken, hukuki hissiyata kapılarak davranmamalı ve somut olaya ilişkin esaslı özellik ve unsurları hukuki çözümde açık seçik bir şekilde ortaya koymalıdır. Hukuki güvenliği ve eşitliği ihlal edecek şekilde takdir kararı verilmesi yoluna ise hiçbir surette başvurmamalıdır. Aksi halde hakimin kullandığı takdir yetkisi, hakkın kötüye kullanılması hali olarak kabul edilir.²⁴¹

Hakim takdir hakkını kararında gösterdiği şekilde kullandığını haklılaştıracak ve doğru gösterecek bir gerekçelendirme yapmak durumundadır. Bu durum, hakim için aynı zamanda hukuki bir zorunluluktur. Çünkü takdir kararının tutarlılığı ve ikna ediciliği tarafların bu şekilde bir kararı kabullenmesine ve hissi bir karar olup olmadığının denetlenmesine imkan vermesine bağlıdır. Hakim, hakkaniyet ölçüsüne ters düşecek keyfi ve dar bir anlaşın ürünü bir takım davranışlardan olabildiğince uzak kalmak ve bulduğu çözümün neden hakkaniyet kurallarına uygun bulunduğunu belirtmekle yükümlüdür.²⁴²

Takdir hakkının denetlenmesinde güdülen en önemli hedef; doğaldır ki; yasaların amaçlarına uygun olarak uygulanmasını sağlamaktır. Ayrıca yasaların uygulanmasında her yerde ve herkes için aynılık sağlanması da vardır. Çünkü benzer durumlarda benzer uygulamaların benimsenmesi, adalet duygusunun bir icabıdır. Gerçekten benzer durumlarda başka başka uygulamalara gidilmesi ve başka başka kararlar verilmesi adalet duygusunu incitir. Ancak ne var ki; aynı çevrede yetişmiş, aynı eğitim evrelerinden geçmiş iki kişinin dahi, belli bir olayda benzer davranışlarda bulunması ve benzer kararlar vermesi her zaman gerçekleşmez.²⁴³ Bir ilim olan hukukun görevleri arasında kuşkusuz ki; takdir hakkını kullananlar kadar, onları denetleyenlerin de uymak zorunda oldukları esas ilkeleri bulup ortaya çıkarmak da vardır. Çünkü takdir hakkını kullananlar kadar onları denetleyecek olanların beşeri zaafardan kaynaklanabilecek yanlıklarına da ancak; hukukun belirlediği bilimsel ilkelerin; sağlam ve yetkin usulleri ile engel olunabilir.²⁴⁴

²⁴⁰ İMRE, (Hakimin Durumu) s. 170.

²⁴¹ EDİS, s. 220

²⁴² EDİS, s. 220-221

²⁴³ ŞAHİN ANIL, s. 114 .

²⁴⁴ ŞAHİN ANIL, s. 114.

SONUÇ

Hakimin Takdir yetkisi konulu çalışmamızın esasını, Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi hükmü ile hakime tanınan takdir hakkının mahiyeti, kullanılması ve denetiminin ne anlama geldiğinin ve nasıl yapıldığının açıklanması oluşturmaktadır.

Hakim, bir kanun hükmünü uygularken somut hukuki ihtilafın hallinde, dava konusu vakıaya uygulanacak olan, kanun hükmünün yetersiz veya vakıaya bire bir uymaması halinde, takdir hakkını kullanarak nihai bir neticeye varacaktır. Ancak hakim önüne gelen çözüm bekleyen somut ihtilaflar üzerinde takdir hakkını kullanırken her türlü takyitten uzak, serbest hareket edemeyecektir. Bir başka ifade ile Türk Medeni Kanunu hakime, takdir hakkını kullanır iken onun adalete uygun, hakkaniyet üzerine karar vermesini emretmiştir.

Hakim, takdir hakkını kullanırken kanunun bütün lafzi ve ruhi maksat ve yorumuna sadık kalmakla mükelleftir. Hakim kanunun mücerret ve genel hükmünü somut vakıaya tatbik ederken somut vakıanın bütün özelliklerini, taraflar arasındaki hukuki menfaat ihtilafın hallinde göz önüne alacaktır. Hakim, zamanın getirdiği sosyal ve ekonomik gelişmeleri takip edecek ve somut vakıa içindeki hukuki ihtilaf hakkında hakkaniyet üzerine karar verecektir.

Hakim, çözüm bekleyen hukuki ihtilaflar hususunda hangi hallerde takdir hakkını kullanacağı, hangi hallerde kanun hükmünü hiçbir yoruma girmeden doğrudan uygulayacağını, öncelikle somut vakıaya tatbik edeceği kanun hükmüne bakarak karar verecektir. Bazen somut vakıaya uygunluk arz eden mücerret kanun hükmü, hakime takdir yetkisi tanımaz. Hakim bu gibi durumlarda direk kanunun ilgili hükümlerini tatbik mecburdur. Ancak bazen de hakim, somut vakıaya tatbik medar kanun hükümleri içerisinde takdire bırakılmış bazı eksikler ve boşluklarla muhatap olabilir. Eğer bahsi geçen eksiklikler veya boşluklar Türk Medeni Kanununun ilk maddelerinde tarif edilen hakimin hukuk yaratması kapsamında kalmıyor ise takdir hakkını istimal ile çözüme ulaşacaktır.

Türk Medeni Kanununun ilk maddesinde yerini bulan hakimin hukuk yaratması kavramı kapsamı itibari ile hakimin takdir yetkisi kavramından farklı manalar içermektedir. Hukuk yaratma ihtimalinde hakim, önüne gelen ve halli ile mükellef olduğu bir hukuki ihtilafa tatbik medar, mevzuatta bir kanun hükmü, bir örf adet kuralı bulamadığı hallerde ihtilafi karara bağlayabilmek uğruna, bir kanun koyucu gibi hareketle hem önündeki somut vakıayı çözen hem de benzer somut vakıalara tatbik elverişli genel mücerret hüküm ihdas eder.

Hakim, somut vakıa hakkında takdir hakkını kullanmak sureti ile karar verirken, öncelikle Türk Medeni Kanununun temel prensiplerinden olan iyi niyet, doğruluk dürüstlük, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi takyitlerle kayıtlıdır. Ayrıca hakim, takdir hakkına

istinaden karar verdiği hallerde dahi kararını hakkaniyet ve adalet düşüncesi üzerine inşa etmek durumunda olduğu için, somut vakıanın bütün şartlarını etraflıca araştırmak, tarafların sosyal, kültürel ve ekonomik hallerini tespit etmekle zorundadır. Mesela Borçlar Kanunu hükümleri gereğince açılan bir tazminat davasında veya Medeni Kanun hükümleri gereğince açılan bir boşanma-nafaka davalarında hakim, davaya dolayısı ile taraflara ilişkin teferruatlı bir araştırma yapmalıdır ki; kararını hakkaniyet ve adalet uygun bir şekilde verebilmiş olsun.

Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi ile kendisine takdir yetkisi verilen hakim, genel ve mücerret olan kanun hükümlerini somut vakıalar karşısında ferdileşirleştirir, somutlaştırır. Takdir yetkisi sayesinde ki hakim, Türk Milleti adına adalet tevzi eder, davanın tarafları arasında hakkaniyet üzere bir denge kurar.

KAYNAKÇA

- ADAM, Tahsin:** Hakim ve Nesafet, Adalet Ceridesi, S.6, s.365 vd, Ankara 1941.
- AKİPEK, Jale-AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt 1, 6.bası, İstanbul 2004
- AKYOL, Şener:** Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri, C.I., Genel İlkeler-Şahıslar-Aile Hukuku, İstanbul 1984
- AKYOL, Şener:** Prof.Dr.BÜLENT Köprülü'nün Anısına Armağan, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, s.335 vd.
- ANSAY, Sabri Şakir:** Hakimin Takdiri, A.D., S.1, s 17 vd, Ankara 1937.
- ANVED, Bloomeyer:** Çev. : Doç. Dr. Turgut AKINTÜRK: Medeni Usul Hukukunda Delilerin Takdiri
- ALPAR, Erol:** Yönetimin Hareket Serbestisi Alanın Yargısal Denetimi ve Sınırları, Ankara 1990.
- ARAL, Vecdi:** Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İst. 1991.
- ARIK, Fikret:** Yeni Hukukumuz ve Hakimin Faal Rolü, Adalet Ceridesi, S.3, s.256 vd., Ankara 1942
- ATAAY, Aytakin:** Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler-Genel Kavramlar, II.Bası, İst.1971.
- BELGESAY, Emcet:** Türk Kanunu Medenisi Şerhi, İstanbul 1945.
- BERKİN, Necmettin M:** Hukuk Usul Hukukunda Delillerin Takdirine İlişkin Sorunlar, İ.İTİAD, S.2, 1975.
- BİRSEN, Kemalettin:** Medeni Kanununun Lafzı ile Tatbıkatta Takdir Selahiyetinin ve Hukuki Mesuliyetine Dair Düşünceler, İstanbul 1944.
- BLOOMEYER, Anver Çev. : Doç. Dr. Turgut AKINTÜRK:** Medeni Usul Hukukunda Delilerin Takdiri
- DEMİR, Mehmet:** Hakimin Takdir yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1994
- DİNÇKOL, Abdullah:** Hakimin Takdir Yetkisini Kullanmasında Hak ve Nisfet , Yargıtay Dergisi, Cilt 19, 1993.
- DİNÇKOL, Abdullah:** Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt.9, Sayı 1-3, 1995, s.145 vd.
- EDİS, Seyfullah:** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987

- EREM, Faruk:** Türk Ceza Kanunu Şerhi-Genel Hükümler, Ankara 1993.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, Ankara 1991.
- GERMAN, Oscar A.:** Zur Problematik der Ermessenentschende, Festgabe für Ervin RUCK, Basel 1952.
- GÜRDOĞAN, Burhan:**Temyiz Mahkemelerinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, SBFD, C. XI, Ankara Eylül 1956.
- GÜRİZ, Adnan:** (Adalet Kavramı), TFK Yay., Ankara 1994.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref:** Yönetim Hukuku, 9.Bası, Ankara 1993.
- HAKER, Mustafa:** Hakimin Takdir yetkisi ve Bu Hakka Dokunan Temyiz Mahkemesinin Kararları, İBD, C.XXXIX, S.4-5-6, 1965.
- HIRSCH, Ernest** : Pratik Hukukta Metod. 3.Baskı, Ankara 1978.
- İMRE, Zahit:** Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin iktisadi Meseleler karşısında Durumu Fikret ARIK'a Armağan. Ank. 1972.
- İMRE, Zahit: Sosyal Adalet ve Hakkaniyet, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, C.I., S.1 , s2 vd., Ankara 1948
- KARAHASAN, M. Reşit:** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, C.I, 1. Bası, İstanbul 1992.
- KARAYALÇIN, Yaşar:** Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1986
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder:** Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı, Ankara.
- KÖPRÜLÜ, Bülent-KANETİ, Selim:** Aile Hukuku, İstanbul 1985.
- KÖPRÜLÜ, Bülent:** Medeni Hukuk, Genel Prensipleri, İstanbul 1970.
- OĞUZOĞLU, H. Cahit :** Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, 4. Basım, Ankara 1958.
- OĞUZMAN, M. Kemal:** Medeni Hukuk Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1985.
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS,Nami:** Medeni Hukuk Temel Kavramlar, 14.Bası, İstanbul 2007.
- ONAR. S. Sami** :İdarenin Takdir yetkisi. SIM. S.37-48. C.IV., s.35 vd.
- ÖZSUNAY, Ergun:** Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986.
- ÖZTAN, Bilge:** Medeni Hukukun Temel Kavramları, 19.Bası, Ankara 2005
- ÖNDER, Ayhan:** Ceza Hukuku, Genel Hükümler, II.Bası, C.II-III, İstanbul 1992.
- ŞAHİN ANIL, YAŞAR:** Boşanma Sebebi Olarak Geçimlik, İstanbul 2008.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 5.Bası, İstanbul 1992.
- TANDOĞAN, Haluk:** Kusuru Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.

GÜRDOĞAN, Burhan:Temyiz Mahkemelerinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, SBFD, C. XI, Eylül 1956.

YILDIRIM. M. Kâmil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

T.C. ADALET BAKANLIĞI: Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Ankara 2002.

TEKİNAY, S.SULHİ : Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 5.Bası, İstanbul 1987.

ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3.Basım, Ankara 1992

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI : Davut BÜLBÜL
Doğum Tarihi ve Yeri : 21.12.1977- Kahramanmaraş
Medeni Durumu : Evli

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Elbistan Mükrimin Halil Lisesi
Mezun Olduğu üniversite : Marmara Üniversitesi
Lisans Diploması : 60
Tez Konusu : Hakimin Takdir yetkisi
Yabancı Dil / Diller : İngilizce
Çalıştığı Kurumlar : Adalet Bakanlığı
Adres : Ordu Adliyesi
Tel. no : 0505 839 8440