

HUKUKUN UYGULANMASINDA YARGICA TANINMIŞ TAKDİR YETKİSİ

Doç. Dr. Seyfullah EDİS

§ 1. — Takdir yetkisi kavramı.

I — TAKDİR YETKİSİNİN NEDENİ VE ÖNEMİ.

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 kılar¹. 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, b i l e r e k v e i s t i y e r e k, b i l i n ç l i bir biçimde eserini kendi içinde «intra legem» eksik bırakmıştır.

Bu gibi durumlarda, kanun, belli bir kural öngörmekle beraber, olayın ve ihtiyaçların özelliklerine göre, o kuralın yargıç tarafından tamamlanmasına da imkân vermiştir². Hiç kuşkusuz, bu, onyedinci yüzyıldaki Prusya Medenî Kanunu denemesi ile de anlaşılan; kanunun doğmuş veya doğacak, yaratılmış veya ileride yaratılacak her türlü hukukî ilişkiyi düzenleyebilecek bir mükemmellikte olamayacağı düşünce ve gerçeğinin bir sonucudur.

¹ Egger/Çernis, m. 4, No. 1; Akipek, s. 135; Arık, K. F., Yeni hukukumuz ve hâkimin faal rolü, Ad. Der. 1942, Sayı 3, s. 271; Saymen, s. 165; Köprülü, s. 95, 97; İmre, Medenî hukuk giriş, s. 208 vd; Özsunay, s. 236; Belgesay, Türk Kanunu Medenîsi şerhi, m. 4, No. 1, s. 81; Oğuzoğlu, s. 152.

² Deschenaux, s. 122.

Yargıca takdir hakkı tanınması, kanunun koyacağı ana ve genel esasların zamanın isterlerine, yeni durumlara ve hayat şartlarına göre gelişen ve oluşan ilişkilere kuralları uygulamak imkânının sağlanması demektir. Bu da, hayatın gidişine ve akışına hukukun ayak uydurmasına ve âdaletin gereği gibi tecelli etmesine yarar. Şüphesiz, takdir yetkisinin tanınması, yargıçlara olan güvenin açık bir ifadesidir³. Onların derin bilgi, yetenek ve becerileri bu yetkinin verilmesinin boşuna ve gereksiz olmadığını gösterir; göstermelidir...

II — TAKDİR YETKİSİNİN DÜZENLENİŞİ.

Medenî hukukta, türlü alanlarda öngörülen maddelerin çoğunda, yargıca takdir yetkisinin tanındığı açıkça belirtilmiştir. Böyle açıkça takdir yetkisinin saklı tutulduğu hallerin dışında da «durumun gereği» (İcabı hal) ne göre yahut «haklı sebepler» (muhih sebepler)e dayanarak doldurulacak boşlukların yaratılmış olduğu da⁴ gözlenmektedir. Böyle kurallara, «takdire yer veren kurallar» (normes habilitantes, Ermessensnormen) denir⁵.

Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde yalnız böyle münferit maddelerde yapılmış yollamalarla yetinilmemiştir. Ayrıca, MK. m. 4'de takdir yetkisinin n a s ı l kullanılacağına ilişkin olmak üzere temel bir ilke de öngörülmüştür. Buna göre, «kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale göre yahut muhih sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hallerde hâkim hak ve nisfete hükmeder».

Medenî Hukukta, pek çok yerde, münferit maddelerle yargıca tanınmış takdir yetkisinin a ş k ı n veya d e ğ i ş i k ölçüler ile kullanımından doğacak sakıncaların önlenmesi amacı ile böyle genel bir ilkenin öngörülmesi başka ülkeler kanun koyucuları tarafından pek benimsenmiş ve uygulanmış değildir⁶. Bu ne-

³ Oğuzoğlu, s. 157.

⁴ MK. m. 4'de takdire yer veren bazı kurallarda takdir yetkisine «muhih sebep» veya «haklı sebep» terimiyle de işaret edilmektedir. Bundan maksat, İMK. nun Almanca metninde kullanılan deyimle, bir hususu haklı kılan «önemli sebepler» (wichtige Gründe) dir. Bak. Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve gerekçesi, Ankara 1971, m. 4, No. 1, s. 20.

⁶ Nitekim Alman Hukukunda (AIMK. § 828, 920, 971, 1301, 1246) ve Fransız hukukunda (FrMK. 565, 1135) münferit maddelerde takdir yetkisine değinilmiştir. Buna karşılık, Anglo-sakson hukukunda «Case Law» alanında «hak ve nisfet» (equity) geniş bir uygulama alanı bulmakta olup çok önemli ve etkin bir role sahiptir.

denle MK. m. 4'de öngörülen kural, bir bakıma, Türk-İsviçre hukuk sistemlerinin başta gelen önemli özelliklerinden birini teşkil etmektedir.

III — TAKDİR YETKİSİNE SAHİP OLANLAR.

MK. m. 4'de, ilk bakışta, yalnız «y a r g ı ç»a takdir yetkisi tanınmış olduğu anlamına gelebilecek bir deyişe yer verilmiştir. Ancak, metninde, her ne kadar, «...hâkim hak ve nısfetle hükmeder» denilmiş ise de, MK. m. 4, yalnız yargıçlara hitap etmez. Aynı zamanda, uygulamakla yükümlü oldukları ölçüde, medenî hukuk kuralları karşısında «i d a r î m e r c i»lere de takdir yetkisi tanınmıştır. İdarî merciler dahi, uyguladıkları ve takdire yer veren medenî hukuk kurallarındaki kural-ıçî (intra legem) boşlukları takdir yetkisine dayanarak doldurmakla yükümlüdürler⁷. Örnek olarak: ölümüne muhakkak nazarı ile bakılmayı icap eden ahval içinde bir kimsenin kaybolması halinde, ölüsü bulunmamış olsa bile, mahallin en büyük mülkiye memuruna tanınmış bir takdir yetkisinden söz edilebilir. Bu halde, içinde kaybolduğu ahvalin, o kimsenin ölümüne muhakkak nazarı ile bakılmayı gerektirip gerektirmediği hususunun takdiri idarî bir merci işgal eden en büyük mülkiye memuruna verilmiştir⁸.

Bazı yazarlara göre⁹. Takdir yetkisi tanındığı ölçüde idarî yargı görevini yerine getirenler için de MK. m. 4'ü uygulamak söz konusudur. Bu halde, idarî yargı görevini yerine getiren kimse de hakkaniyete göre karar vermelidir. Kanaatımızca, maddî ve manevî tazminat hükmedilmesi gereken yerlerde olduğu gibi takdir söz konusu olan alanlarda, hukukun uygulanmasında birlik ve hukukî güvenliğin sağlanması bakımından MK. m. 4'deki hakkaniyet ölçüsüne göre karar verilmesinde sayılamıyacak kadar yarar vardır.

⁷ Egger/Çernis, m. 4, No. 3.

⁸ Bununla birlikte, verilen örnekte idarî merciin takdiri **bitirici** değildir. Mahkemeye başvurarak bir kimsenin ölümüne muhakkak nazarı ile bakılacak bir ahval içinde kaybolduğunun ve künyesine «ölmüş» kaydının düşürülmesi gerektiğinin —idarî merciin takdiri başka tecelli etse de— tesbit ettirilmesi mümkündür.

⁹ Örnek olarak Bak. Özsunay, s. 237; Belgesay, m. 4, No. 4, s. 82.

IV — TAKDİR YETKİSİNİN ALANI.

MK. m. 4'deki takdir yetkisi, yalnız Medenî Kanun ile onun bir devamı olduğu belirtilen Borçlar Kanunu (BK. m. 544) bakımından geçerli olmayıp, medenî hukukun tümünde olduğu kadar, medenî hukuku ilgilendiren yan düzenlemelerin uygulanması bakımından da bu yetkinin kullanılması zorunludur¹⁰. Bundan başka, Ticaret Hukuku, Devletler Özel hukuku, Fikrî haklar ve İş Hukuku gibi alanlarda da MK. m. 4 uygulanma gücüne sahiptir. Buna göre, denebilir ki, özel hukuka giren her türlü düzenlemede MK. m. 4 uygulanmaya elverişlidir.

V — TAKDİR YETKİSİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.

Bu söylenenlerin ışığı altında takdir yetkisi şu şekilde tanımlanabilir :

Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural-ıçi (intra legem) boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlâkî düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar gözönünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir.

Hukukî niteliği bakımından, MK. m. 4'de tanınmış olan bu yetki, kural-ıçi boşluğu doldurup doldurmamak bakımından yargıca bir «s e r b e s t i» (ihtiyar) vermemiş; tersine, bir **ödev** yüklemiştir. Gerçekten, MK. m. 4'e göre, «hâkim ... hükmeder». Bu ibareden ödev niteliği kolaylıkla anlaşılmaktadır. Şu halde, yargıç, takdirle ilgili şartların gerçekleşmesi halinde, takdir yetkisini kullanmakla yükümlüdür¹¹. Aksi takdirde, hakkın dağıtımından kaçınmış olur (AY. m. 31 f. 2; HUMK. m. 573 b. 6).

§ 2. — Takdir yetkisi ve benzer kavramlar.

Takdir yetkisinin hukuk yaratma, delillerin serbestçe takdiri, yorum, idarî takdir yetkisi, doğruluk ve güven ilkesi, hakkın kö-

¹⁰ Deschenaux, s. 123; Arık, K. F. s. 271.

¹¹ Yarg. 4. HD. 4.11.1969, E. 969-y 48/K. 9119 (ABD. 1970; Sayı 4, s. 688) : «Esas hukukuna ilişkin bulunan (usul hukuku dışındaki) takdir işlemi Medenî Yasanın ... 4 üncü maddeleri ile verilen bir ö d e v dir». Burada «esas hukukuna ilişkin» deyimini «addî hukuka ilişkin» anlamında kullanılmıştır.

tüye kullanımı gibi kavramlarla yakınlık ve ilişkisi vardır. Bu nedenle takdir yetkisinin bu kavramlarla olan yakınlık ve farklarına işaret etmekte yarar vardır.

I — TAKDİR YETKİSİ . HUKUK YARATMA.

MK. m. 1'de yargıca hukuk kuralı yaratarak hukuk boşluklarını doldurma ödevi verilmiştir. Bu ödevin yerine getirilmesi için belli bir olaya uygulanabilecek bir hukuk kuralının bulunmamış olması gerekir. Uygulanabilecek bir hukuk kuralı yok ise, yargıç, k a n u n k o y u c u gibi (moda legislatoris) kendisi hukuk kuralını yaratır. Takdir yetkisinde olduğunun aksine, MK. m. 1 anlamında yargıcın yarattığı hukukta doldurulan boşluklar, kanun koyucunun iradesi dışında ve istenmeye gerek meydana gelmiş (praeter legem) boşluklardır¹².

Buna karşılık, MK. m. 4'de öngörülen takdir yetkisi ise, olaya uygulanabilecek dış sınırları belli bir kuralın varlığına rağmen, o kural içinde —olayın özelliklerine kuralın uygulanabilmesi ve uydurulabilmesi için— i s t e n e r e k bırakılmış; bilinçli olarak yaratılmış eksikliklerin (kural-ıçi boşlukların) tamamlanmasına ilişkindir¹³. Şu halde, MK. m. 4'deki yetkinin kullanılması yeni bir hukuk kuralının yaratılması anlamına gelmez. Yargıç, takdir yetkisini kullanırken, yine o hukuk kuralının içerisinde kalarak ferdeleştirme yoluna gider. Bir başka deyişle, takdir yetkisi tanınan yerlerde, yargıç hukuk kuralının çizdiği sınırlar içerisinde kalmak zorundadır¹⁴. Bu sınır, yalnız takdir yetkisi tanınan alanlar bakımından değil, aynı zamanda hukuk kuralının güttüğü amaç bakımından da söz konusudur. Gerçekten, yargıç, takdir yetkisi tanıyan kuralın güttüğü amaç ile çelişmeyen; aksine onunla b ü t ü n l e ş e n b i r ç ö z ü m bulmak zorundadır. Örnek olarak : Cezaî şart ile ilgili BK. m. 158 ve BK. m. 161 f. 3 gösterilebilir. Nitekim BK. m. 158, borçluyu edimini yerine getirmeye zorlama amacını güder. Öte yandan, BK. m. 161 f. 3 gereğince yargıç f a h i ş

¹² Meier-Hayoz, Application du droit II, FJS, No. 1095, Not 2; Du Pasquier, Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse sur l'art. 1^{er} CCS, Bâle 1951, s. 17 vd.

¹³ Schwarz, s. 68; Deschenaux, s. 122; Oğuzoğlu, s. 153; Akipek, s. 137; Velidedeoğlu, s. 198; İmre, s. 208 vd; Tekinay, s. 64; Ataay, s. 202.

¹⁴ Egger/Çernis, m. 4, No. 9.

bulduğu cezaî şartı indirebilir. Bu maddenin amacı ise borcunu yerine getirmeyen kimsenin durumunun sömürülmemesini sağlamaktır. Şu halde Yargıç, cezaî şartı indirirken borçlunun sömürülmesini önleyecek bir indirim yapmak, buna karşılık borçluyu edimini yerine getirmemeye teşvik edecek derecede bir indirim yapmamakla yükümlüdür. Aksi halde, yargıcın bulduğu çözüm, takdir yetkisi veren kural ile bütünleşmez ve takdir yetkisi o kuralın sınırlarını tecavüz ederek kullanılmış olur.

Kısaca, hukuk yaratmada yargıcın yarattığı hukuk kuralının hukuk sistemi ile bütünleşmesi; takdir yetkisinin kullanılmasında ise bulunan çözümün belli bir hukuk kuralının sınırları içinde kalması ve onunla bütünleşmesi aranır.

Takdir yetkisi ile hukuk yaratma arasında mevcut bu farka rağmen, hukukun uygulanmasına ilişkin normları kapsamaları bakımından her ikisi arasında bir benzerlik ve ilişki olduğu da gözden kaçmamalıdır¹⁵.

II — TAKDİR YETKİSİ - DELİLLERİN SERBESTÇE TAKDİRİ.

«Delilleri serbestçe takdir etme» kavramı (HUMK. m. 240), hakkında hüküm verilecek olayı ilgilendirir. Delillerin takdiri, hukuk kuralının uygulanmasından önceki safhada söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, MK. m. 4'deki takdir yetkisi ise, maddî hukukta uygulanabilecek bir kuralın hakkaniyet ve nısfete göre tamamlanmasını ifade eder¹⁶. Demek oluyor ki, delillerin serbestçe takdiri kavramı, yargılama hukukuna ilişkin olduğu halde; takdir yetkisi bir maddî hukuk meselesidir¹⁷.

Şüphesiz, bir kuralın maddî hukuka giren bir takdir yetkisine veya yargılama hukukuna giren delillerin serbestçe takdiri yetkisine ilişkin olup olmadığı, o kuralın bulunduğu yere bakılarak tes-

¹⁵ Egger/Çernis, m. 4, No. 14.

¹⁶ Deschenaux, s. 124; Akipek, s. 137; Oğuzman, s. 55; Ansay, S. Ş. Hukuk yargılama usulleri, s. 340; Özsunay, s. 237; Ayrıca bak. Yarg. TD. 6.4.1966. E. 503/K. 93 - Orhaner, B. - S. s. 262.

¹⁷ Bak ve Karş. Egger/Çernis, m. 4, No. 4 in fine; Bak. Bilge, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1972, s. 80; Güner, Abdullah, Medenî hukukta hâkimin takdir hakkı, Ad. Der. 1952, s. 672, Sayı 5; Arık, s. 273; Yine Bak. Dip not 11'deki karar.

bit edilemez¹⁸. Nitekim, MK. m. 150'deki kural, bulunduğu yer (Medenî Kanun)e rağmen, maddî hukuka dahil olmayıp «delillerin serbestçe takdiri» kavramına ilişkindir.

III — TAKDİR YETKİSİ - İDARİ TAKDİR YETKİSİ.

İdare hukukunda belli mercilere-kanun sınırları içerisinde-belirli davranışta bulunmak veya bulunmamak; belli bir davranışta bulunacak ise türlü çözümlerden birini seçmek veya nasıl davranışta bulunabileceğine ilişkin olmak üzere bir «**idarî takdir yetkisi**» (Pouvoir discrétionaire) tanınmış bulunmaktadır¹⁹.

İdarî takdir yetkisinin kullanılması İsviçre Hukukunda MK. m. 4 ile yargıca tanınmış bulunan takdir yetkisinde olduğunun tersine, yargı denetiminin konusu değildir. Türk Hukukunda ise durum farklıdır. Gerçekten, Türk hukukunda, idarî takdir yetkisinin kullanılması Anayasa'nın 114'üncü maddesinde sözü edilen «**idarenin her türlü eylem ve işlemi**» kavramının kapsamına girer. Bunun sonucu olarak da, idarî takdir yetkisinin kullanımı, yargı yerleri değişik de olsa, yargı denetimine tabidir. Bu itibarla, yargı denetimine tabi olup olmama yönünden, her iki kavram arasında Türk Hukukunda bir fark yoktur²⁰. Bununla birlikte, her iki kavram arasında şu iki farkın bulunduğunu da belirtmekte yarar vardır :

1) MK. m. 4'deki takdir yetkisinde yargıç, durumun özelliklerini de gözönünde tutarak, **m ü m k ü n, â d i l** ve tek bir çözüm bulmak zorundadır²¹. İdarî takdir yetkisi ise bundan farklı olarak, çok çözümlü (plurivalente) bir durum arzeder. Mümkün çözümlerden hangisi seçilirse seçilsin, o çözüm «gayri âdil» ola-

¹⁸ Gürdoğan, Özel hukuk alanında maddî hukuk ve yargılama usulü yönünden yargıcın takdir hakkının Yargıtay'ca denetlenmesi, deneme, Ankara 1967, s. 7.

¹⁹ İdarî takdir yetkisi kavramı hakkında bak. Balta, İdare Hukuku, I, Genel Konular, Ankara 1970/72, s. 133 vd; Onar, I, s. 418 vd; Derbil, s. 45 vd; Girilti, İdarenin yetkisini saptırması, 1957, s. 69 vd; Yıldızhan, Yayla, idarenin takdir yetkisi, İHFM, XXX, 1964, Sayı 1-2, s. 201 vd; Onar, İdarenin takdir hakkı, SBFM, c. IV, s. 37; Başpınar, Recep : İdarenin takdir yetkisinin yargı denetimine tabi tutulması, Damıtay Dergisi, C. 1, Sayı 3, 1971, s. 59-85.

²⁰ Bak ve Karş. Balta, s. 138.

²¹ Bak. Aşa. Not 65 deki karar.

rak nitelendirilmez; belki «i c a b-ı h a l e u y g u n» olduğundan veya «k a m u y a r a r ı»na aykırı olduğundan söz edilebilir.

2) İkinci olarak, MK. m. 4 ile tanınmış olan takdir yetkisi, a d a l e t i n d a ğ ı l ı m ı n a y ö n e l i k olduğu halde, idareye tanınan takdir yetkisi kamu hizmetlerinin ve devlet işlerinin en iyi bir biçimde yürütülmesini sağlama amacını güder²².

IV — TAKDİR YETKİSİ . YORUM.

Yorumda, yargıç verilmiş belirli bir kural ile bağlı olup belli unsurları dayanak yaparak gerçek anlamı ortaya çıkarma ödevini yerine getirir. Yorum yaparken yargıç, takdir yetkisinde olduğu kadar serbest değildir. Bu itibarla, yorumu, hak ve nısfetle karar vermeyi gerektiren takdir yetkisinden dikkatle ayırt etmek gerekir²³.

V — TAKDİR YETKİSİ . DOĞRULUK VE GÜVEN İLKESİ.

Doğruluk ve güven ilkesi (objektif hüsnüniyet), hakların kullanılmasının ve borçların yerine getirilmesinin biçimini ve nasıl olacağını saptar. Böyle olunca, görevleri bakımından takdir yetkisi ile doğruluk ve güven ilkesi arasında belirli bir ölçüde benzerlik vardır. Bununla birlikte, her iki kavramın birbirinden ayrıldığı noktalar olduğundan bunları aşağıda kısaca belirtmekte yarar vardır²⁴:

1) Doğruluk ve güven kuralları, takdir yetkisine oranla, daha geniş kapsamlıdır. Gerçekten, MK. m. 4'de tanınan takdir yetkisi ile yargıç, b e l l i o l a y l a r d a hakkaniyete ve nısfete uygun olarak karar vermeye davet edilmiştir. Doğruluk ve güven kuralları ise —ister hukukî işlemlerden, ister kanundan doğmuş bulunsun— hakların kullanımına ve borçların yerine getirilmesine ilişkindir. Buna karşılık, MK. m. 4'de ise y a l n ız kanunların uygulanması konusunu düzenlemek üzere takdir yetkisinden söz edilmiş bulunmaktadır.

²² Bilge, (N), Hukuk Başlangıcı.. s. 80; Derbil, s. 45.

²³ Deschenaux, s. 126, Not 18.

²⁴ Deschenaux, s. 125.

2) Öte yandan, doğruluk ve güven kuralları, kanunun yorumlanması ve istenmeyerek meydana gelmiş olan hukuk boşluklarının doldurulması meselesini de düzenler. Takdir yetkisi ise yalnız kural-ı (intra legem) boşlukları ilgilendirir.

3) Nihayet, takdir yetkisini kullanan yargıç, hak ve mısfele karar verirken, durumun gereği (halin icabı) kavramının kapsamı içinde yer alan doğruluk ve güven ilkesine göre tarafların davranışta bulunup bulunmadıkları meselesini de inceler.

VI — TAKDİR YETKİSİ . HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI YASAĞI.

MK. m. 2 f. 2 anlamında hakkın kötüye kullanımı yasağı, yerine göre kanunun düzeltilmesi imkânını belirli bir olayda yargıca verebilmektedir²⁵. Oysa takdir yetkisinin kullanılmasında belli bir hukuk kuralının kanun koyucu tarafından çizilmiş sınırları içinde kalmak zorunluluğu vardır. Başka bir deyişle, kanunun takdir yetkisi vermediği yerlerde hakkaniyetten söz ederek kanunu düzeltme veya kanunda öngörülen kuralı uygulamama yoluna gidilemez. Örnek olarak : halen yürürlükten kalkmış bulunan 7467 sayılı yıllık ücretli izin kanununun 18'inci maddesindeki durumu gösterebiliriz. Bu maddeye göre, işveren anılan kanun hükümlerine uygun olarak yıllık ücretli izin hakkını kullandırmadığı takdirde, işçinin yıllık ücretli izin hakkından başka onun iki katı tutarında bir tazminatın ödenmesini isteme hakkına sahip olur. Madde, iki misli tazminat tutarına hükmedilmesi bakımından yargıca bir yetki (takdir yetkisi) tanımamış; aksine bunu işçinin istem ve ihtiyarına bırakmıştır. Bu nedenle, yargıç hakkaniyet mülâhazası ile de olsa, —işçi tarafından kanunen verilmiş hakkın kullanılması halinde—, iki kat tazminatın ödenmesine karar vermezlik edemez²⁶. Meğer ki, olayda, MK. m. 2 f. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanımı yasağının şartları gerçekleşmiş olsun!...

²⁵ İmre, s. 333 vd; Deschenaux, s. 177.

²⁶ Bununla birlikte, bazı yargıtay kararlarında, yerinde olmamakla beraber, bu hususun gözden kaçırıldığı ve bu esasın aksine kararlar verildiği görülmektedir. Örnek olarak bak. Yargıtay 9.HD. 24.5.1971, E. 14148/K.13058 (yayınlanmamış). Ancak unutmamak gerekir ki, bütün mülâhazalar bir yana hakkaniyete göre hükmedilmesi için kanunen takdir hakkının tanınmış olması şarttır. Bak. Aşa. § 3, II.

§ 3. — Takdir yetkisinin kullanılması.

I — TAKDİR YETKİSİNİ KULLANAN YARGICIN DURUMU

1 — Genel açıklama.

Özel hukukta, pek çok yerde, yargıca takdir yetkisi tanınmıştır. Bundan doğabilecek sakıncaları ve aşkın kullanılmasını önlemek düşünce ve amacı ile kanun koyucu MK. m. 4'ü öngörerek yargıca bir «genel direktif» vermek istemiştir. Böylece, yargıcın kişisel sevgi, duygu, tutku veya düşünceleriyle kişisel eğilimlerin etkisi altında keyfi, indî kararlar vermesi yasaklanmıştır²⁷. Bu itibarla, yargıç, takdir yetkisini kullanırken özellikle aşağıda değinilecek hususlara dikkat etmek ve uymak zorundadır. Aksi halde, ileride ayrıntılı olarak belirteceğimiz nedenlerden ötürü²⁸, verilen karar üst yargı yerince bozulabilir.

2 — Uyulması gereken bazı ilkeler.

a) Önyargılardan kurtulmak.

Takdir yetkisini kullanacak olan yargıç, en önemsizine kadar, somut durumu bütün özellikleriyle kavramaya çalışmalıdır. Bu safhada, yargıcın önyargılardan kendini kurtarması şarttır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bunu, «takdirin olabildiği kadar farklılığını sağlama» deyimini ile belirtmektedir²⁹.

Şu halde, yargıç, takdir yetkisini kişisel heveslerinin ve kendine özgü eğilimlerin etkisinden kurtularak, doğrudan doğruya olayın özelliklerinden çıkan gereklere uygun bir biçimde kullanmalıdır. Aksi halde, takdir yetkisi bir düzensizlik ve huzursuzluk kaynağı olur ve hukukun himayesi altında olması gereken kişisel haklar yargıçların eline terk edilmiş (!) ve —bir bakıma— «hukukun üstünlüğü» yerine «yargıçların istibdadı»na yol açılmış olur³⁰.

²⁷ Tuor, s. 39; Oğuzoğlu, s. 156.

²⁸ Bak aşa. § 4.

²⁹ Yarg. HGK. 21.11.1962, E. 6-29/K. 64 (Olgaç, Şerh 1967, s. 22, No. 1; Ad. Der. 1963, Sayı 3-4, s. 454).

³⁰ Birsen, Medenî Kanunu lafzı ile tatbikte hâkimin takdir salâhiyeti ve hukukî mesuliyeti, Medenî Kanununun XV. Yıl Armağanı, s. 91; Saymen, s. 169.

b) *Menfaat uyumsuzluğunda âdil bir denge kurmak.*

Takdir yetkisini kullanırken yargıcın yapacağı ilk iş, taraflar arasındaki «m e n f a a t u y u ş m a z l ı ğ ı»nın ne olduğunu; bu uyumsuzlukta menfaatlardan hangisinin daha çok korunması gerektiğini veya korunmaya değer olduğunu araştırmaktır. Şüphesiz, en uygun çözümü bulmaya çalışırken, yargıç, menfaat uyumsuzluğunun tarafları arasında âdil bir denge gözetmek zorundadır³¹.

Böyle âdil bir dengenin kurulmasında ise «Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve moral yapısı ile tarafların gerçek durumları»³² hareket noktası olarak alınabilir. Aynı şekilde hakkaniyet kavramı ile çok yakından ilgili olan s o s y a l a d a l e t mülâhazaları da âdil dengenin kurulmasında gözönünde tutulabilir³³. Nitekim, BK. m. 44 f. 2'deki kuralın böyle bir düşüncenin eseri olduğu söylenebilir. Buna göre, haksız eylemiyle başkasına zarar vermiş olan kimse tam tazminat ödemediğinde büyük bir sıkıntıya düşecek ise tazminat miktarı indirilir. BK. m. 54'de de temyiz kudretinden yoksun olan kimsenin hakkaniyet gerektirdiği takdirde tazminat ödemeye mahkûm edilebileceği öngörülmüş bulunmaktadır³⁴.

c) *Benzer durumlarda da uygulanabilir bir çözüm bulmak.*

Takdir yetkisini kullanan yargıcın durumu, bir bakıma, hukuk boşluğunu dolduran yargıcın durumuna benzer. Şu anlamda ki, önemli özellik değişimleri söz konusu olmadıkça, benzer olaylarda da benimsenebilecek bir uygulama yapılmalıdır. Öyle ki, o konuda kanun koyucu bir kural öngörmek istediği zaman, takdir yetkisini kullanan yargıcın bulduğu çözümü kendi çözümü olarak da benimseyebilsin!...

Benzer olaylarda da uygulanabilir bir çözüm bulma ilkesini, takdir yetkisinin tanınma nedeni (ratio legis'i) de doğrular. Gerçekten, kanun koyucu, kendi öngördüğü kural içinde, yine kendi-

³¹ Schwarz, s. 68.

³² Yarg. HGK, 8.12.1965, E. 892 - D - T/K 450 (ABD. 1966, Sayı 1, s. 64); Yarg. TD. 27.2.1964, E. 2964/K. 27 (Olgaç, Şerh 1967, s. 22, No. 3); Yarg. TD. 6.4.1964, E. 503/K. 93 (Orhaner, S. B. - s. 261).

³³ Ayrıntılı bilgi için mak. İmre, s. 214; İmre, Sosyal adalet ve hakkaniyet, Sosyal Hukuk Mecmuası, 1948, Sayı 1, s. 2 vd.

³⁴ Bak. ve Karş. Oftinger, Der Soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, SJZ 39 (1943) s. 561-562.

sinin benimseyebileceği bir çözümü sağlaması için yargıca takdir yetkisi tanınmıştır³⁵. Burada, yargıç, bir bakıma, hukukun biçimlendirilmesinde kanun koyucunun «y a r a t ı c ı y a r d ı m c ı s ı»dır; onun eserini bütünler³⁶.

Bu nedenle, nispeten önemli özellikler gözönünde tutularak, benzer olaylarda da görülebilen tipik olan özelliklerin dışında, türü bakımından tek olan özelliklere değer ve önem verilmemelidir³⁷. Bununla birlikte, benzer olaylarda da görülebilen tipik özelliklerden yalnız birinin veya bir kaçının gözönünde tutulması, diğer tipik özelliklerin hiç nazara alınmaması doğru olmaz. Zira, hak ve nısfetle hükmetmek, belirli bir olayın bütün özelliklerine cevap vermeyi ve o olayın tüm isterlerinin gözönünde tutulmasını zorunlu kılar³⁸.

Benzer olaylarda da uygulanabilir bir çözümün bulunması, toplumun ortaklaşa (maşerî) vicdanında bir tepkinin doğmaması bakımından da zorunludur. Yargıç takdir yetkisini kullanırken, toplumun ortaklaşa vicdanını hesaba katmadığı takdirde, bundan adalet adına giderilmesi güç zararlar doğabilir³⁹.

Esasen, hakkaniyet kavramının kapsamı içinde yer alan «h u k u k î g ü v e n l i k i l k e s i» ile «eşitlik ilkesi» de bunu emreder⁴⁰.

Bununla birlikte, takdir yetkisinin kullanılmasında her olayın özellikleri, büsbütün gözden uzak tutulamaz. Bunun sonucu olarak, eşitlik ve hukukî güvenlik ilkelerinin —yorumda ve hukuk

³⁵ Egger/Çernis, m. 4, No. in fine.

³⁶ Egger/Çernis, m. 4, No. 8.

³⁷ 9.HD. 9.4.1968, E. 961/4629 (Orhaner, S. - B. s. 191).

³⁸ Yargıtay Ticaret Dairesinin bir kararında hakkaniyet ve olayın özellikleri şu şekilde bağdaştırılmaktadır (6.4.1966, E. 503/K. 93, - Orhaner, B. - S., s. 262): «Kesin ölçülerin bulunmayışı, ister istemez benzer uyuşmazlıklarda farklı sonuçlar yaratır. Ancak, bu farkı, belirli bir oranda azaltmak, idrak ve vicdanlarda adaletin eşit şekilde dağıtıldığı inancını yaşatmak, kesin olmasa dahi her olayın özelliğine göre değişen esaslar dahilinde hareket etmekle mümkündür. Belli esaslara uygun olarak adaletin dağıtılmamasının sonucu ise, tersine, benzer konularda çok farklı sonuçlara ulaşılması ve hakkın tamamen tesadüflere terk olunması dolayısıyla, vicdan ve idraklerde hak ve adaletin yok edilmesi olacaktır».

³⁹ Berki, (Ş), s. 25; Ayrıca bak. Not 38'deki karar.

⁴⁰ Deschenaux, s. 132; Bak. ve Karş. Arsebük, Hâkimin takdir hakkı ve hüsnüyet, (Eski harf).

boşluğunu doldurmada olduğu kadar —ileri derecede rol oynayacağına da gözden kaçırılmaması gerekir. Bu durumda, hakkaniyetin zorunlu bir sonucu olarak, içtihatların, yeni bir değer biçmeyi gerektiren değişiklikleri gözönünde tutması ve menfaatları yeniden tartıp değerlendirmesi bazı hallerde yararlı ve hattâ zorunlu olabilir⁴¹.

II — TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASININ SINIRLARI.

Yargıca tanınmış bulunan takdir yetkisi, sınırsız değildir. Gerçekten bu yetkinin üç bakımdan sınırlandırılmış olduğu görülmektedir :

- 1 — Kanunun takdir yetkisi tanımış bulunması.
- 2 — Kanunun çizdiği sınırlar içinde kalınması.
- 3 — Hak ve nispet ölçüsüne uygunluk.

Uygulamadaki önemi ve bazı bakımlardan farklı görüşlerin varlığı, bu üç sınır üzerinde ayrıntılı inceleme yapmayı zorunlu kılmaktadır.

1 — Kanunun takdir yetkisi tanımış bulunması.

a) Takdir yetkisine kanunen işaret zorunluluğu.

Yargıç, kendisine kanunen takdir yetkisi tanınan yerlerde ancak hak ve nispetle hükmedebilir. Bir başka deyişle, kanunun metninden ve metinde açıklık bulunmayan hallerde onun yorumundan takdir yetkisinin tanındığı anlaşılmadıkça, yargıç, takdir yetkisinden söz ederek, karar veremez⁴². Zira, daha önce de değindiğimiz üzere, takdir yetkisi, yargıca sırf kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı «kural-ıçi boşluk»ların doldurulması için tanınmıştır. Şu halde, kanunda bilerek ve isteyerek bırakılan boş-

⁴¹ İmre, s. 219.

⁴² Belgesay'a göre «hâkim ancak kanunun takdirine bıraktığı hususlarda adalet ile hükmedebilir. Hâkim kanunun sarahatı ile halledilen meselelerde kanun ile bağlı olup adalet ile hükmedemez» (Belgesay, Türk Kararı Medenî Şerhi, s. 81, m. 4, No. 2); Köprülü, (B.) ye göre ise «bu maddede belirtilmemiş olmasına rağmen takdir yetkisinin kullanılması bir kanun hükmüne, bir norma dayanmaktadır» (Medenî Hukuk, s. 97); Ayrıca bak. Berkî, Ş. s. 24.

lukların dışında, yargıç, hukuk kuralını öngörüldüğü biçimde uygulamakla yükümlüdür. Örnek olarak : takdir yetkisi söz konusu olmıyan MK. m. 11'de öngörülen «*rüşt onsekiz yaşın ikmaliyle başlar*» kuralını yargıç başka biçimde uygulayamaz; rüştün bazı halde onyedi veya ondokuz yaşın ikmaliyle başlayacağını ileri sürmez. Yine, «*nişanlanma evlenme vaadi ile olur*» diyen kuralı, yargıç, takdir hakkına dayandığını söyleyerek evlenme vaadinden başka bir biçimde de nişanlanmanın mümkün olduğunu kabul edemez (MK. m. 82 f. 1).

Bununla birlikte bazı yazarlar⁴³, takdir yetkisine açıkça veya zımnen yollama yapılan durumların dışında, herhangi bir hukukî ilişkinin takdir hakkının kullanılmasını haklı göstereceği yerlerde ve gayri hakiki kanun boşluklarında da takdir yetkisinin kullanılmasını gerektiğini öne sürmektedirler. Bunlara göre MK. m. 4'deki sayma, kesin ve tüketici değildir; yargıcın hakkaniyete göre hüküm vermesi gereken durumları, yalnız kanunla tayin edilen hallerle sınırlamak MK. m. 4'ün amacına ve konuluş nedenine aykırı olur⁴⁵.

Ancak, takdir yetkisinin kapsamını genişletme eğilimindeki bu görüşün bazı bakımlardan paylaşılması, kanaatimizce güçtür. Gerçekten, kanun koyucu, yalnız gerekli gördüğü yerlerde yargıca yetince takdir yetkisi tanımış ve kural-ıçi boşluklar meydana getirmiştir. Böyle kural-ıçi boşlukların yaratılmadığı durumlarda yargıcın MK. m. 4 anlamında, takdir yetkisine sahip olabileceğini söylemek, bir bakıma, çelişmeye düşmek olur. Zira, bu halde, «kural-ıçi» bir boşluk yoktur ki, yargıç takdir yetkisini kullanıp mevcut olmıyan (!) kural-ıçi boşluğu doldursun!..

⁴³ Nitekim Ticaret Dairesi bir kararında bu hususa değinmiştir : «Medeni Kanunun 4 ncü maddesi mucibince hâkim ancak kanunun tayin ettiği ahvalde adalet ve hakkaniyet kaidelerine göre hükmetmek salâhiyetini haizdir» Yarg. TD. 29.3.1954, E. 138/K. 2734 - **Olgaç**, C. I, s. 32, No. 81); Karş. **Birsen**, Medeni hukuk dersleri, İst. 1958, s. 82, 88.

⁴⁴ **Egger/Çernis**, m. 4, No. 5, **Akıpek**, s. 138; **Arık**, (F). s. 272; **Özsunay**, s. 239.

⁴⁵ **Gürdoğan**, (deneme, s. 6) a göre, «yargıcın bir hukuk kuralını somut bir olaya uygularken daima böyle bir takdir hakkı» vardır, ve bu hak «hukuk kuralını tefsir etmesini, somut vakıyı hukuk yönünden nitelendirmesini ve hukukî sonucu bildirmesini» kapsar. Ancak, MK. m. 4'deki takdir yetkisi, Gürdoğan'ın ifade ettiği kadar geniş kapsamlı değildir. Gerçekten, kural-ıçi boşlukların doldurulması ile ilgili takdir yetkisinin kuralların yorumlanmasından ve hukuk kuralının somut olaylara yansıtılarak ferdeleştirilmesi işleminden farklı bir kavram olduğu açıktır.

Kanaatımızca, kanun koyucunun kural-ıçi boşluk öngörmediği yerlerde, ya hukuk kurallarının MK. m. 1 uyarınca yorumlanması, ya da yine MK. m. 1'in yüklediği ödevden ötürü hukukun yaratılması halî söz konusu olur; amma, takdir yetkisinin kullanıldığı söylenemez.

Takdir yetkisinin kanunen işaret edilen yerlerin dışında da kullanılabilceğini ileri süren bu görüş taraflarınca, takdir yetkisinin tanınması ve takdir yetkisinin genişliğinin belirtilmesi işinin bir yasama işi olduğunun gözden kaçırıldığına şüphe yoktur. Kanunen takdir yetkisi tanınmamış olan hallerde yargıçtan, takdir yetkisine dayanarak karar vermesi istenemez⁴⁶.

b) *Takdir yetkisi veren kuralların biçimi.*

MK. m. 4'ün ve kanunda takdir yetkisi tanıdığı belirtilen öteki kuralların dikkatli bir inceleme konusu yapılması halinde, takdir yetkisinin kullanılabilceği üç grup kuralın ayırt edilmesi sonucu ortaya çıkar. Bunlar: aa) Yargıça açıkça takdir yetkisi tanıyan kurallar, bb) Durumun gereği veya benzeri kavramlarla takdir yetkisine yollama yapılan kurallar, cc) Kuralın yazılışından takdir yetkisi tanıdığı anlaşılan kurallar⁴⁷ dır.

aa) Açıkça takdir yetkisi tanıyan kurallar.

Kanun, «yargıcın takdir yetkisine sahip olduğunu» bazan açıkça takdire yollama yapmak suretiyle belirtir. Bu konuda, kanunun bazı yerlerde *t a k d i r* (MK. m. 680), bazı yerlerde *d e s e r b e s t ç e t a k d i r* (MK. m. 580) deyimini kullanmış olması, takdir yetkisinin kullanılış ve genişliği (şumulü) bakımından etkili değildir.

Takdir yetkisine açıkça yollama yapılmasına örnek olarak boşanma veya ayrılıkta ana-babanın haklarını düzenleyen MK. m. 148, ailesine emeğini veya gelirini tahsis eden reşit çocuğun muhik tazminat alacağına ilişkin MK. m. 321 ve MK. m. 610, kesilen kaynaklarda tazminat verilip verilmeyeceğine dair MK. m. 680, bir menkulün hükmen teslim yoluyla başkasını izrar veya teminat hükümlerini ihlâl kasdı ile temlikine ilişkin MK. m. 690, haksız fiilde sorumluların birbirine rücuunu düzenleyen BK. m. 50, sorumluluktan kurtulma (mesuliyetten beraat) şartına ilişkin BK. m. 99, hizmet

⁴⁶ Bak. İmre, s. 209-210.

⁴⁷ Bu konuda bak. Deschenaux, s. 128 vd; Akipek, s. 138.

akdinin zamanından önce feshinde bunun malî sonuçlarının tesbitini düzenleyen BK. m. 345 ... gibi kurallar gösterilebilir.

bb) «**Durumun gereği**» veya benzeri terimlerle takdire yollama yapan kurallar.

Çoğunlukla kanun, takdir yetkisini böyle açıkça saklı tutmamış; ama, **durumun gereği** (icabı hal) veya benzeri terimlerle yargıca takdir yetkisinin tanındığını belirtmiştir. Örnek olarak : MK. m. 3'de **icab-ı hal**; MK. m. 669'da **münsifane**; MK. m. 681'de **maslahatın ıktızası**; MK. m. 670'de **maslahatın icabı**, MK. m. 26, 58, 88, f. 2, 132, 256, 331, 335, 555, BK. m. 202 f. 3, 384 f. 2, ve 517'de **muhik ve muhim sebepler**; MK. m. 696 f. 2, BK. m. 44, f. 2, 54, 336 f. 1, 349, 514'de **hakkaniyet**; BK. m. 8, 42, 314, 320, 389 f. 1'de **işin mahiyeti**; MK. m. 85, 143, 306'da **münasip tazminat**; BK. m. 529, 535 b. 7'de **haklı sebepler**, BK. m. 47'de **muvafık tedbirler** veya **tazminat**; MK. m. 24'de **haksız tecavüz**; MK. m. 85, 148 f. 1, 149'da **münasip veya muktazi tedbirler** gibi terim ve sözcüklerle hep yargıca tanınmış bulunan takdir yetkisine işaret edilmiş bulunmaktadır.

cc) Yazılışından takdire yollama yapıldığı anlaşılan kurallar.

Nihayet, bazı yerlerde ise, kanunun yazılışı, yargıca takdir yetkisinin tanınmış olduğunu gösterir. Kanunun «**hükmedilebilir**», «**kılınabilir**» veya «**yapılabilir**» gibi ibarelerinden takdir yetkisinin varlığı anlaşılabilir. Örnek olarak : boşanan karı ve kocanın birbirleriyle tekrar evlenmek istemeleri halinde cezaî bekleme süresinin (MK. m. 96 f. 2) ve bazı şartlarda iddetin (MK. m. 95 f. 2) yargıç tarafından kısaltılabileceği hakkındaki hükümler ile onbeş yaşını bitiren küçüğün belirli şartlarda asliye mahkemesince m e z u n kılınabilmesi hakkındaki hüküm (MK. m. 12) ve benzerleri yazılış itibariyle yargıca takdir yetkisinin tanındığını gösterir. Takdir yetkisinin kanunun yazılışından çıkarılabileceği hakkında başka örnekler için MK. m. 91, 95, f. 2, 656, 661, 894; BK. m. 44, 47, 49 f. 2, ve 161'e bırakılabilir.

2 — Kanunun çizdiği sınırlar içinde kalınması.

Takdir yetkisinin hangi noktalara ilişkin olduğu bizzat takdire yollama yapan kuralda belirtilir⁴⁸. **Yargıç, takdir yetkisine kanu-**

⁴⁸ Bazı yazarlar bunu takdir yetkisinin «dış sınırları» terimi ile ifade etmektedirler. Bak. Egger/Çernis, m. No. 9; Özsunay, s. 242.

nun bu yetkiyi verdiği yerlerde ve yalnız onun çizdiği sınırlar içinde sahiptir. Değişik bir deyişle, takdir yetkisinin alanı, kanun koyucu tarafından ölçülmüş, işaretlenmiş ve belli sınırlarla çevrilmiştir⁴⁹. Şu halde, yargıç, ilkin, takdir yetkisi tanınan yerlerde takdire yani hakkaniyete göre karar verilmesi gereken «alanı» iyice tesbit etmek zorundadır.

Kanun koyucunun yargıca tanıdığı takdir yetkisine, görünüşte bir sınır koymamış olması da mümkündür. Bu halde, yargıç, kanunî kuralın esas düşüncesine, yani var oluş nedeni (ratio legis) ne dayanarak bu düşünce ve nedenin varsaydığı sınırlar içinde kalarak karar verilmelidir⁵⁰.

Takdir yetkisinin ilişkin olduğu alan ne olabilir?

Bu alan, ya belli bir «olay» veya belli bir olayın «unsurlarını» yahut da «hukukî sonuçlarıdır»^{51a}.

Örnek olarak: MK. m. 275'de ana ve babanın yeniden evlenmesi halinde çocuğa vasi tayin edilebileceği belirtilmiştir. Buna göre yargıç, içtihadı böyle bir tedbir alabilir. Ancak, çocuğa vasi tayin edilmesini gerektirecek olayların neler olduğu MK. m. 275'de gösterilmemiştir. Bu itibarla, bu husus yargıcın takdirine göre çözümlenecektir. Buradaki takdir yetkisi «olayın takdiri»ne ilişkindir⁵¹.

Öte yandan MK. m. 133'de akıl hastalığı bir boşanma sebebi olarak öngörülmüş bulunmaktadır. Ancak boşanmaya karar verilebilmesi için akıl hastalığının diğer eş için çekilmez hale gelmiş olması şartı aranır. İşte birlikte yaşayışın çekilmez duruma gelip gelmediği yargıcın takdirine bırakılmış bulunduğundan önüne gelen olayda, olayın özellikleri, tarafların toplumdaki durumları, kül-

⁴⁹ Egger/Çernis, m. 4, No. 9; Oğuzman, s. 56; Deschenaux, s. 130.

⁵⁰ İmre, s. 220.

⁵¹ Çocuğun okutulmayarak bir matbaada çalıştırılması olayının velâyetin kaldırılmasına sebep olabileceği hakkında bak. Yarg. HGK., 7.2.1970, E. 1968-2.52/K. 71 (ABD. 1970, Sayı 4, s. 634; Kürsü, 1970 Sayı 4, s. 218; İKİD. 1970, Sayı 114, s. 8624-25); Ananın iffetsiz olması olayının ana şefkatine muhtaç ve etrafında olup bitenleri anlayamayacak durumda olan çocuğun velayetinin anaya verilmesine engel olamayacağı hakkında bak. Yarg. 2. HD. 22.10.1968, E. 3678/K. 6080 (İBD. 1970, Sayı 3-4, s. 252; Türk İct. Kül. 1970, C. I, No. 32, s. 22); İvazlar arasındaki açık nispetlilik olayının gizli bağışlama olarak takdir edilmesi hakkında bak. Yarg. HGK. 18.10.1969, E. 1966-2. 1726/K. 767 (RKD. 1970, Sayı 3, s. 46 vd.

^{51a} Egger/Çernis, m. 4, no. 6-7; Deschenaux, s. 130; Meier-Hayoz, m. 1. no. 211.

tür düzeyleri ve karakterleri gözönünde bulundurularak bir çözüme varılabilir. Burada yargıcın yaptığı iş «Olayın unsurunda takdir»dir⁵². Yine, BK. m. 106'da sözü edilen *m ü n a s i p m e h i l* konusundaki takdir dahi «u n s u r»a ilişkin bir takdir yetkisine işaret etmektedir.

Buna karşılık, bazı durumlarda kanun, hukukî ilişkinin unsurlarını açıklamış bulunmakla beraber, bu unsurlar gerçekleşince onlara bağlanacak «h u k u k î s o n u ç l a r» (Rechtsfolgeermessen)ın tesbitini yargıca bırakmıştır. Bu gibi durumlarda takdir, hukukî sonucun *ş u m u l ü n ü n* tesbit edilmesine⁵³, ya da hukukî sonucun *n i t e l i ğ i n e*⁵⁴ ilişkin olabilir^{54a}.

3 — Hak ve nispet ölçüsüne uygunluk.

Takdir yetkisinin kullanımına getirilmiş üçüncü sınır, verilen hükmün «hak ve nispet»e aykırı olmaması yolundaki MK. m. 4 emridir. Kanun böyle bir sınırı, takdir yetkisinin *a ş k ı n k u l l a n ı m*ından veya takdir yetkisinin *s a p t ı r ı l m ı ş k u l l a n ı m*ından doğabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak için öngörmüştür. Nitekim, Yargıtay yargıç tarafından hakkaniyet ve nispet ölçülerinin gözönünde tutulmamasını kanuna aykırı saymaktadır⁵⁵.

Kanun koyucu, takdir yetkisinin yargıç tarafından «hak ve nispet»e göre kullanılması gerektiğini belirtmekle beraber, ne «h a k»kı ve ne de «n i s f e t»i tanımlamıştır. Bunların *a y r ı* veya

⁵² «Unsurda takdir»e örnek olarak şunlar anılabilir : «evliliğin devamının çekilmez hale gelmesi »: Yarg.HGK.16.2.1966, E.470-D-2/K. 36. (ABD. 1966, Sayı 2, s. 301); Kadının gayrimüşru münasebet tesis etmesinin toplumun ahlâkı telakkileri karşısında «haysiyetsiz hayat sürme» şeklinde kabul edilmesi gerektiği ve birlikte yaşayışı çekilmez kılabileceği : Yarg. HGK. 29.6.1966, E. 124/K. 206 (ABD., 1966, Sayı 4, s. 703).

⁵³ Nitekim, BK. m. 42 f. 2 de «Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikane tayin eder» denilmiştir. Burada hukukî sonuç (yani zarar) belli olmakla beraber, onun belli şumulünü yargıç takdir yetkisini kullanıp tespit eder.

⁵⁴ Boşanma sebeplerinden birinin varlığı halinde yargıç *b o ş a n ı m a* ya veya *a y r ı l ı ğ a* karar verir. Bu da, hukukî sonucun niteliğini belirtmedir.

^{54a} Türk hukukunda takdir yetkisinin ilişkin olduğu alan çoğunlukla a) Şartlarda takdir, b) Hükümde takdir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bak. Saymen, s. 167-168; Ataay, s. 200-201.

⁵⁵ Yarg. 9 HD. 17.2.1966, E. 877/K. 1258 (Orhaner, B-S, s. 228).

a y n a anlamda olup olmadığı da kanundan kolaylıkla anlaşıl-
mamaktadır. Bu yüzden bilimsel alanda bu konuda iki farklı görüş
ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, «hak ve nısfet» terimleri ayrı an-
lamlıdır; buna karşılık, hâkim görüş ise bu terimlerin aynı anlam-
da ve tek bir kavramı belirtmek üzere kullanıldığını ileri sürmek-
tedir. Türk Hukuk sistemine uyan görüşün hangisi olduğunu sap-
tamak için bunları kısaca belirtmekte ve eleştirmekte yarar vardır.

a) «Hak» ile «Nısfet»i ayrı anlamlı kabul eden görüş ve tenkidi.

Bazı hukukçular⁵⁶, hak ve nısfet terimlerinin birbirinden fark-
lı iki kavrama işaret ettiği kanısındadırlar. Bunlara göre hak te-
rimi ile kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken yargıcın hukuk
kurallarından ilham alması, vereceği kararın müspet hukukun ana
ilkelerine uygun olmasına dikkat etmesi gerektiğini gösterir. Bu
itibarla, MK. m. 4'de yer alan «nısfet»i adalet düşüncesi veya duy-
gusu olarak anlamak doğru değildir. Aksi halde, bu, maddenin
amacına uygun düşmez.

Bu görüşün dayanak noktaları ele alındığında paylaşılmasının
güç olduğu sonucuna varılabilir. Gerçekten bu görüş lehinde ileri
sürülen gerekceler yeteri kadar inandırıcı değildir. Şimdi sırasıyla
bunlara değinelim.

aa) Akipek'e göre⁵⁷, «Hak ve nısfet kavramları birbirinin eş
anamlı olarak kullanılmış olamaz. Bunlar birbirinden farklı mâ-
naya gelmek üzere kullanılmış iki ayrı kavramdır. «Hak», ile Ka-
nun koyucu hâkimin takdir hakkını kullanırken hukuk kaidelerin-
den mülhem olmasını ve vereceği kararın pozitif hukukun ana pren-
siplerine uygun olmasına dikkat etmesi gerektiğini göstermek is-
ter». Hak kelimesi bu anlamda kullanılmış ise, bir totoloji yapılmış
demektir. Aşağıda yine değinileceği üzere, MK. m. 4'de öngörülen
ihtimallerde, yargıcın hukuk kurallarına uygun karar vermesi is-
tenmekte ise, o konuda, yasal kurallar herhangi bir çözüm kap-
samadığına göre, bu bir anlamda yargıçtan imkânsız bir şey iste-
mek olur.

bb) Akipek'in gerekçesine devam edelim⁵⁸; «Nısfet ise a d a l e t
d ü ş ü n c e s i a d a l e t h i s s i n d e n daha farklı

⁵⁶ Arsebük, S. I, s. 97 İstanbul 1938); Akipek, s. 140; Ayrıca Bak. JdT, I 631-
RO (1934) II 205-211.

⁵⁷ Akipek, s. 140.

⁵⁸ Akipek, s. 140.

bir mânaya gelir. Nitekim, ne Türkçe metinde, ne de Fransızca ve almanca metinlerde adalet (Justice, Gerechtigkeit) den bahsedilmemiş, nısfet (équité, Billigkeit) tabirleri istimal edilmiştir. Zaten MK. m. 4'de ifadesini bulan nısfeti *adalet düşüncesi* suretinde anlamak *bizzat maddenin gayesine muhalif olur*». Yazar bu cümlelerle «adalet» ile «hakkaniyet» arasındaki ince farka işaret etmektedir. Ne var ki, bu, «Hak» terimi ile «nısfet» teriminin farklı anlamda birer kavram olduğunu göstermez. Belki aradaki sıkı bağa rağmen *adalet* ile («Hak» terimiyle değil) «hakkaniyet» arasındaki ilişkiyi açıklayabilir.

cc) Akipek'e göre⁵⁹, «Madde kanunun olduğu gibi tatbikinden doğacak mahzurları bertaraf etmek ve kanunun umumî, elastikî hükümlerini müşahhas hadiselerin hususiyetlerine uydurmak maksadını güder».

Bu gerekçeye ilk önce maddenin «kanunun olduğu gibi tatbik edilmesinden doğacak mahzurları bertaraf etmek» amacını gütmeyeceğini söyleyerek itiraz etmek mümkündür. Gerçekten, takdir yetkisi kullanılan yerlerde «kanunun olduğu gibi tatbiki» söz konusu edilmeyip kanunda bilerek ve istenerek boşluklar bırakıldığından, kanun koyucunun o alanda verdiği yetkiye dayanarak bunlar doldurulur. Esasen, kanun belirli bir konuda, belirli bir çözüm vermişse, şartları gerçekleştiği takdirde yargıç için o çözümü benimsemekten başka yapacak bir şey yoktur. Meğer ki, hakkın kötüye kullanımı söz konusu olsun!... Bu itibarla, MK. m. 4'ün «kanunun olduğu gibi tatbikinden doğacak mahzurları bertaraf etmek» maksadını güttüğünü söylemek, MK. m. 4'ün amacına uygun değil ve fakat aykırı olur.

İkinci olarak, «...Kanunun umumî, elastikî hükümlerini müşahhas hadiselerin hususiyetlerine uydurmak» maksadı ise, «Hak» terimi ile «nısfet» teriminin farklı anlamda iki kavramı ifade ettiğini değil, ancak yargıca niçin takdir yetkisi tanınması gerektiğini gösterebilir. Bu itibarla «hak» ve «nısfet»in ayrı kavramlara işaret ettiği görüşünü açıklayamamaktadır.

çç) Akipek'e göre⁶⁰, «Maddenin gayesi, hâkim tarafından takdir hakkına müsteniden verilecek kararın adalete en uygun dü-

⁵⁹ Akipek, s. 140.

⁶⁰ Akipek, s. 140.

şey bir karar olmasını istemek değildir. Zira nısfet.. (sübjektif adalet telâkkisine) dayanır. Adalet hadisenin hususiyetlerini nazarı itibare almadan objektif bakımdan en doğru olan hal tarzını bulmaya müncer olurken nısfet münferid hadiselerle müteallik hal ve şartların ve menfaat ihtilaflarının da gözönünde tutularak onların en iyi tatmin edecek ve müşahhas hadiselerin hususiyetlerine en uygun gelecek surette kanunun uygulanmasını gerektirir».

Bu cümlelerdeki fikirler de, doğrusunu söylemek gerekirse, «hakkaniyet» ile «adâlet» terimleri arasındaki farkı ifade eder. Buna aşağıda değineceğiz. Ancak ne var ki, bu cümleler, «hak» ile «nısfet»in farklı anlamlı kavramlara işaret ettiğini göstermeye yetmemektedir. Buna karşılık, son cümle, «hakkaniyet» kavramının görevini, takdir yetkisinin niçin tanınması gerektiğini belirtmektedir.

b) «*Hak ve nısfet»in aynı kavramı ifade ettiğini kabul elden görüŧ.*

Hâkim görüşe göre⁶¹, her iki terim eş anlamlı olup, tek bir kavramı belirtir. Bu da h a k k a n i y e t (Aequitas -équité -Equity - Billigkeit) tir. Gerçi Türkçe metin ile İsviçre Medenî Kanununun fransızca ve italyanca metinlerinde ayrı anlamlı imiş gibi kullanılmış ise de almanca metinde her **iki terimin kaynaştırılmış** bulunması, hak ve nısfetin aynı kavrama işaret ettiğini göstermektedir.

Kaldı ki, MK. m. 4'de öngörülen ihtimallerde, yargıcın hukuk kurallarına uygun karar vermesi istenmekte ise, o konuda öngörülmüş bulunan kural herhangi bir çözümü göstermediği için, bu, —bir anlamda— yargıçtan imkânsız bir şey istemek olur. Gerçekten, kanun koyucu takdir yetkisinin kullanılması söz konusu olabilecek yerlerde bilerek ve isteyerek kural-ıçî boşluklar bıraktığından, yargıç, esasen kuralda belli bir çözüm bulamayacaktır.

Öte yandan, MK. m. 4'deki «h a k» sözcüğüne böyle bir anlam verilirse, bir tekrar veya bir totoloji de yapılmış olur⁶². Zira böyle bir direktif verilmemiş olsa bile, yargıç hukuk kurallarına uygun karar vermekle yükümlüdür. Bu onun aslî görevidir. O halde, ayrıca tekrar tekrar hatırlatılmasında ne yarar vardır ve ne de gereklidir.

⁶¹ Oğuzoğlu, s. 156; Saymen, s. 169; Tekinay, s. 67; Velidedeoğlu, s. 199 vd. Schwarz, s. 68; Oğuzman, s. 56; İmre, s. 211; Deschenaux, s. 123, Egger/Cernis, m. 4, No. 11; Meier-Hayoz, m. 4, No. 11; Köprülü, s. 98.

⁶² Deschenaux, s. 123.

Bütün bunlardan çıkan sonuç, kanun koyucunun kendi kendisi ile çelişmeye düşmek istemeyeceği; dolayısıyla «hak» ve «nısfet»i tek ve aynı kavrama işaret etmek üzere kullandığıdır. Bizce, bu konuda en doğru olan görüş, MK. m. 4 ile kastedilen kavramın yazılı olmıyan ve hakkaniyet kuralları dediğimiz kurallardan ibaret olduğu yolundaki görüştür. «Hak» ve «nısfet» MK. m. 4'de bir bütüne işaret eder; o da h a k k a n i y e t'tir.

Hak ve nısfetin aynı kavram olduğunun kabul edilmesi yeterli değildir. Hakkaniyetin adalet kavramı ile olan ilişkisinin de açıklığa kavuşturulmasında konumuz bakımından zorunluluk vardır. Gerçekten, çok defa, hakkaniyet ve adalet kavramları birbiriyle eş anlamlı olarak kullanılır⁶³. Bununla birlikte, her iki kavram arasında, belirsiz de olsa, fark vardır. Nitekim, «adalet», doğrudan doğruya kurallara, ilkelere hakim olması gereken en yüksek temel ve moral düşünceyi ifade eder; herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkânlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler görmesini emreder. Bir başka deyişle, a d â l e t, düzene ilişkin en yüksek düşüncedir. Buna karşılık, hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle saptanmasının doğuracağı düşünülen sakıncalarını ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hallerde etkisini gösteren ve belli s o m u t olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden kurallar bütünüdür. Değişik bir deyişle, hakkaniyet, somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temeldir⁶⁴.

Her iki kavram arasındaki bu karşılaştırmadan anlaşılacağı üzere, adalet kavramı ile hakkaniyet kavramı arasında alan bakımından fark vardır. Bununla birlikte, bu iki kavram birbirinden tamamen bağımsız olmayıp hakkaniyet adalete sıkı sıkıya bağlıdır. Kanun koyucu, takdir yetkisi tanırken, yargıcı —doğrudan doğru-

⁶³ «Hak ve nısfet ayrı ayrı iki mefhum olmayıp, her ikisi bir tek mefhumdur, yani hak ve nısfet demek, hakkaniyet, adalet düşüncesi demektir» Bak. **Vellededeoğlu**, s. 190; «Hak, daha doğrusu hakkaniyet ve nısfet aynı mefhumun müteradifleridir; buna İsviçre Medenî Kanununun 4. maddesi (Equité) diyor. Bu tabir de adalet düşüncesi, hakkaniyet hissi demektir» Bak. **Saymen**, s. 169.

⁶⁴ Bu konuda bak. **Tekinay**, s. 67. Adalet ve hakkaniyet hakkında bak. **A. Panchaud**, Réflexion sur la vocation du juge, JdT 1946 I 584. Hakkaniyet adalete oranla hoşgörülük sınırı daha geniş bir hukuk düşüncesidir (JdT 1945 I 296; **Köprülü**, s. 98). Bu özellik adalet ile hakkaniyet arasındaki bir fark olarak ileri sürülebilir.

ya— adaletle karşı karşıya bırakmak istemiştir. Yargıç, hukuk düzeninin bütününe hâkim genel ilkeleri veya kuralları etkileyen adaleti, kesin bir kural aracılığıyla olmaksızın somut olaylara yansıtır⁶⁵. Bu itibarla, hak ve nisfet düşüncesinin yargıcı, belirli somut bir olayda, tabii hukuk görüşünün getirdiği ideal adalet düşüncesine yönelttiği de söylenebilir⁶⁶.

Yargıç, kararını verirken hakkaniyet kurallarıyla çelişmeyen bir çözümü bulmak zorundadır. Bu bakımdan, hakkaniyet kuralları «hak ve nisfet» terimlerinin matufu olarak, yargıcın takdir yetkisinin kullanılmasını sınırlamaktadır. Yargıcın kararı, objektif ve maddî sebeplere dayanmalıdır. Zira, hakkaniyet alanında özel menfaatların, sırf sübjektif ölçülerin yeri yoktur; hattâ insanlık mülahazaları da gözönünde tutulamaz⁶⁷.

§ 4. — Takdir yetkisi bakımından üst yargı denetimi.

I — KURAL.

Bazı yazarlara göre⁶⁸, takdir yetkisinin kullanılmasına yargıcı iten kişisel gözlemlere Yargıtay'ca itiraz edilemeyeceği; ancak bu kişisel gözlemlere uymayan takdir hakkına müstenit kararın

⁶⁵ Nitekim, Yargıtay 9. HD. (9.4.1968, E. 691/K. 4629 - Orhaner, S. - B. 191). 191). adalet ve hakkaniyet ilişkisi bakımından şu düşünceden hareket etmiştir : «...Hiç şüphesiz, hâkimin dâvayı ferdileştirmesi, ilke olarak doğrudur. Gerçekten, MK. m. 4'de öngörülen temel kurala göre, kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkim, hak ve nisfet çevresinde karar vermekle yükümlüdür. Ne var ki, bu ameliye yapılırken, olayın özelliklerinden sadece bir, ya da ikisinin gözönünde tutulması, diğerlerinin ise hiç nazara alınmaması doğru olmaz. Hak ve nisfetle hükmetmek, belirli bir olayın bütün özelliklerine cevap vermeyi ve olayın tüm icaplarını gözönünde bulundurmaya zorunlu kılar. Hatırlamak gerekir ki, hak ve nisfet düşüncesi, hâkimi, doğal hukuk görüşünün getirdiği ideal adalet düşüncesine yöneltmektir. Bir olayın bütün özellikleri yüksek bir adalet düşüncesi ve Anayasa'da anlatımını bulan temel ilkeler çevresinde gözönünde tutulup değerlendirilmedikçe, var olan çeşitli çözüm biçimleri arasında mümkün en âdillini bulabilmek söz konusu olmaz...». Buna karşılık, «hak ve nisfet» teriminin sosyal adaleet işaret ettiğini ileri sürenler de vardır. Bak. Saymen, s. 169 : «Bugünkü mânasıyla buna sosyal adalet nazariyle bakmak daha muvafık olur».

⁶⁶ Velidedeoğlu, s. 200; Yarg. 9.HD. sinin Not 62'de değinilen kararı.

⁶⁷ Deschenaux, s. 132.

⁶⁸ Berki, Ş. s. 25.

bozulmasının caiz olduğu; bunun dışında yargıcın takdir hakkına karışılmıyacağı kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, kabul etmek gerekir ki, takdir yetkisinin kullanılması, niteliği bakımından, bir **maddi hukuk uygulamasıdır**. Bunun sonucu olarak, maddi hukukun uygulanmasında söz konusu olabilen üst yargı denetiminin (HUMK. m. 428), aynı ölçüde ve yoğunlukta olmak üzere takdir yetkisinin kullanıldığı hallerde de işlenmesi gerekir⁶⁹.

II. — ÜST YARGI DENETİMİNİN İŞLEDİĞİ BAZI DURUMLAR.

Takdir yetkisinin kullanılmasında üst yargı denetimi özellikle şu üç konuda mutlaka işler : a) Takdir yetkisinin aşkın kullanımı, b) Takdir yetkisinin saptırılması, c) Takdirin nedenlerinin gösterilmemesi... Bunlara biraz ayrıntılı olarak değinmekte yarar vardır.

1 — Yetki aşımı.

Yargıç, yalnız kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Kanunun takdir yetkisi vermediği yerlerde, «hakkaniyet»ten veya «nisfet»ten söz ederek hukuk kuralını uygulamaktan yargıç kaçınamaz. Gerçekten, eski hukukumuzda olduğu gibi, artık medenî hukukumuzda, «adâletin delâletiyle mânanı hakîki terk olunur»⁷⁰ kuralı yürümektedir. Takdir yetkisinin sınırlarının aşıldığı yerlerde üst yargı denetimi işleyecektir. Çünkü, kanun tarafından takdir yetkisi verilmeyen yerlerde böyle bir yetkinin kullanıldığının ifade edilmesi, bir yetki aşımı (Excès du pouvoir d'appréciation - Ermessensüberschreitung) olarak adlandırılabilir. Kanun ise buna müsaade etmemiştir.

2 — Yetki saptırması.

Yargıç, takdir yetkisine kuralın çizdiği sınırlar içinde kaldığı hallerde de, yine kuralda öngörülmiş amaç veya değerleri gözö-

⁶⁹ Yargıtay HGK. 8.12.1965, E. 892. D-T/K. 450 (ABD. 1966, Sayıl, s. 64); TD. 6.4.1966, E. 503/95 (Orhaner, S.B., s. 262); Belgesay, m. 4, No. 3, s. 82; Ayrıca bak. Ansay, S. Ş., Hukuk yargılama usulleri, Ankara 1960, s. 330.

⁷⁰ Mecelle, m. 40.

nünde tutmak zorundadır⁷¹. Kanunun takdir yetkisi tanıdığı yerlerde yargıç, bulduğu çözüm ile kanunun öngördüğü kuralı tamamlamaktadır. Bunun sonucu olarak da kural ile bağdaşmayan ve bütünleşmeyen bir çözüme yer verilemez. Bu halde, takdir yetkisinin saptırılarak kullanıldığı söylenebilir. Böyle bir «yetki saptırması» (détournement du pouvoir - Ermessensmissbrauch) hali de üst yargı denetimine tabidir.

3 — Takdirin nedenlerinin gösterilmemesi.

Kaldı ki, yargıç, keyfi ve indî davranıp davranmadığının tesbit edilebilmesi için, olayın özelliklerini gözönünde tutarak kararını verirken dayandığı noktaları göstermek; kararını gerekçelendirmek (AY. m. 135 f. 4); bulduğu çözümün neden hakkaniyete uygun olduğunu belirtmekle yükümlüdür⁷². Şu halde, takdir yetkisinin kullanılmış olduğunun genel bir ifade ile belirtilmesiyle yetinilmeyip kararda takdirin nedenlerinin gösterilmesi de gereklidir⁷³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun deyimi ile «...Hüküm yerinde takdir hakkının o yolda belirişinin nedenleri ve özellikle bu belirişin dayanakları yeterli şekilde gösterilmeli», «Yargıtay, bu kontrol hakkını kullanabilmek için, elbette, takdir hakkının dayanaklarını bilmek zorundadır»⁷⁴.

Kısaca, Türk hukukunda üst yargı denetimi Yargıtay tarafından yapılır. Bu üst mahkeme, takdir yetkisinin kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığını; uygulanan kuralın amacına ve güttüğü değerlere göre bulunmuş çözümle kuralın bütünleşip bütünleşmediğini; objektif ölçülerden ilham alınıp alınmadığını; yerine göre bilimsel içtihatlardan ve yerleşmiş yargı kararlarından yararlanılıp yararlanılmadığını inceleyecektir⁷⁵.

⁷¹ İmre, s. 217.

⁷² Egger/Çernis, m. 4, No. 14; Oğuzman, s. 56; İmre, s. 220.

⁷³ Yarg. TD. 6.4. 1966, E. 503/93 (Orhaner, S.-B. s. 262.

⁷⁴ HGK. 8.12.1965 E. 892. D-I/K. 450 (ABD. 1966, Sayı 1, s. 63-64).

⁷⁵ Üst yargı denetimi için bak. Deschenaux, s. 133-134; Egger/Çernis, m. 4, No. 15; Yarg. TD. 27.2.1964, E. 2964/K. 27 (Olgaç, Şerh 1967, s.

Y A Y I N L A R

- ADAM, Prof. Tahsin : Hâkim ve nasafet, Adalet Dergisi, 1941, Sayı 6, s. 365.
- AKİPEK, Prof. Jale : Türk Medenî Hukuku, C. I. Başlangıç Hükümleri, Şahsın Hukuku, Cüz I, Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 3. Bası (Gözden geçirilmiş ikinci basımın aynıdır), Ankara 1973.
- ANSAY, Prof. Ş. Şakir : Hâkimin Takdiri, Adalet Dergisi, 1937, s. 17 vd.
- ANSAY, Prof. Ş. Şakir : Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- ARAL, Vecdi : Hukuk ve hukuk bilimi üzerine, İstanbul 1971.
- ARIK, F. : Yeni hukukumuz ve hâkimin faal rolü, Adalet Dergisi, 1942, Sayı 3, s. 256 vd.
- ARSEBÜK, A. E. : Medenî Hukuk, C. T, İstanbul 1938.
- ARSEBÜK, A. E. : Hâkimin takdir hakkı ve hüsnüniyet (Eski harf).
- ATAAY, Aytekin : Medenî hukukun genel teorisi, Temel Bilgiler-Genel kavramlar, 2. Basım İstanbul 1971.
- BALTA, Tahsin Bekir : İdare Hukuku, I, Genel Konular, Ankara 1970/72.
- BAŞPINAR, Recep : İdarenin takdir yetkisinin yargı denetimine tabi tutulması, Danıştay Dergisi, C. I, Sayı 3, 1971, s. 59-85.
- BELGESAY, M. Reşit : Türk Kanunu Medenisi şerhi, I. Umumî esaslar, Şahsın Hukuku, İstanbul 1945.
- BERKİ, Şakir : Medenî Hukuk, Umumî esaslar, şahsın ve aile hukuku, Ankara 1969.
- BİLGE, Necip : Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1972.
- BİRSEN, Kemalettin : Medenî Kanunu lafzı ile tatbikte hâkimin takdir salâhiyeti ve hukukî mesuliyeti, Medenî Kanunun XV. yıl armağanı, İstanbul 1944, s. 91 vd.
- BİRSEN, Kemalettin : Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul 1958.
- BRUN : Le rôle et les pouvoirs du juge dans le code civil suisse, Genève 1920.
- BURĞİ, W. : Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» in schweizerischen Zivilrecht, Habilitationsschrift, Bern 1939.
- ÇAĞIL, Orhan Münir : Hukuk ve hukuk ilmine Giriş (Hukuk Başlangıcı Dersleri) 3. Basım İstanbul 1966.
- DERBİL, Süheyy : İdare Hukuku, 5. inci basım Ankara, 1959.
- DESCHENAUX : Le titre préliminaire du code civile, Fribourg 1969.
- DIENER, Emil : Das Ermessen, Zurich 1920.

- Du PASQUIER, C. : Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse sur l'art. 1. er CCS, Bâle 1951.
- EGGER/ÇERNİS : İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947.
- GERMANN, O. : Zur Problematik der Ermessensentscheide, Festgabe für Erwin Ruck, Basel 1952, s. 173 vd.
- GİRİTLİ, İsmet : İdarenin takdir yetkisini saptırması, İstanbul 1957.
- GÖKTÜRK, A. : Türk Medenî Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku.
- GÜNER, Abdullah : Medenî hukukta hâkimin takdir hakkı, Adalet Dergisi, 1952, Sayı 5, s. 656-673.
- GÜRDOĞAN, Burhan : Özel hukuk alanında maddî hukuk ve yargılama usulü yönünden yargıcın takdir hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Deneme, Ankara 1967.
- HAKER, Mustafa : Hâkimin takdir hakkı ve bu hakka dokunan temyiz mahkemesi kararları. İst. Bar. Der. 1965, C. XXXIX, s. 118-124.
- İMRE, Zahit : Medenî Hukuka giriş, İstanbul 1971.
- İMRE, Zahit : Sosyal adalet ve hakkaniyet, Sosyal Hukuk Mecmuası, 1948, Sayı 1, s. 2 vd.
- KÖPRÜLÜ, Bülent : Medenî Hukuk, genel prensipler, Kişinin hukuku, Aile Hukuku (1-3 Kitaplar) İstanbul 1971.
- MEIER - HAYOZ : Application du droit II, FJS No. 1095.
- MEIER - HAYOZ : Schweizerische ZGB, Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 4, Bern, 1962.
- ONAR, Sıddık Sami : İdarenin takdir hakkı, SBFM. Cilt IV, s. 37 vd.
- ONAR, Sıddık Sami : İdare Hukukunun umumî esasları, İstanbul 1966.
- OĞUZOĞLU, H. Cahit : Medenî Hukuk (Şahsın Hukuku - Aile Hukuku) Beşinci Basım 1963.
- OĞUZMAN, Kemal : Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul 1971.
- OFTINGER, Karl : Der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, SJZ 39 (1943), s. 561.
- OFTINGER, Karl : L'évolution récente de la responsabilité sans faute en droit suisse, Journée de droit franco-suisse, 6 Juin 1946, Travaux de l'association Henri Capitant, T. II, s. 273.
- OLGAÇ, S. : Türk Kanunu Medeni Şerhi, 1967, İstanbul.
- ORHANER, B.-S. : Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969.
- ÖZSUNAY, Ergun : Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1970.

- PANCHAUD, A. : Réflexions sur la vocation du juge, JdT 1946 I 584.
- ROGWILLER, H. : Der wichtige Grund und seine Anwendung im ZBG und OR, Zürich 1956.
- SAYMEN, Ferit Hakkı : Türk Medenî Hukuku, C. I. Umumi Prensipler, 3. basım, İstanbul 1960.
- SCHWARZ, A. : Medenî Hukuk dersleri, Medenî Hukuka giriş İstanbul 1935.
- TEKİNAY, S. Sulhi : Medenî Hukuka giriş dersleri, İstanbul 1970.
- TUOR, P. : Le Code civil suisse (Trad. Deschenaux), Zürich 1942, 1950.
- VELİDEDEOĞLU, H. V.: Türk Medenî Hukuku C. I, Cüz 1, Umumi Esaslar, 7. basım, İstanbul 1968.
- WOLFF, H. : Hukuk prensibi olarak «adalet»e dair (Çev. O. M. ÇAĞIL) İHFM. 1954 C. XXX, 1964, Sayı 1-2, s. 201 vd.
- YILDIZHAN, Yayla : İdarenin takdir yetkisi, İHFM, XXX, 1964, Sayı 1-2, s. 201 vd.