

## KITAP İNCELEMESİ

**Dr. Ömer Sivrihisarlı; Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka ilişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İst. 1978, 159 sahife.**

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ**

I — Batı ülkelerinde, bilimsel çalışma türlerinden birisi de, kitap tahlilleri (Buchbesprechungen = kitap incelemeleri) şeklindeki faaliyetlerdir. Gerçekten de, kitap incelemesi yazmak, şimdiye kadar ülkemizde yapılanın aksine büyük bir çabayı gerektirmektedir. Belli bir konuyu işlemiş olan bir eser hakkında, değerlendirme yazısı yazabilmek için, bu çabayı göstermeyi göze almış olan yazarın, en az o eseri yazmış olan kişi kadar konuya hâkim olması gerekir. Aksi halde, yazılacak yazı, böyle bir eserin yayınlanmış bulunduğunu, bunu duyamamış olabileceği kabul edilebilecek olan çevrelere, böyle bir yol ile bildirmekten başka bir anlam taşımıyacaktır. Halbuki, sırf bu amaca ulaşmak için, izlenecek başka yollar vardır.

Bir de, ülkemizde gerçekten kitap incelemesi için izlenmesi gereken bilimsel kuralların bir çoğuna uygun hareket edilmesine rağmen, belli bir eseri ya olduğundan fazla övmek; ya da, hiç bir müsbet yanı yokmuş gibi batırmak (kötülemek) üzere yola çıkan değerlendirme yazılarının varlığı gözden kaçmamaktadır. Duyguların bu denli çalışmalara katılmış olduğu hallerde, yazılan yazının objektivitesi zedelenecek, bilimsellik vasfı da yara almaktadır.

İşte biz, bu inceleme yazımızda, yukarıda eleştirisini yaptığımız yöntemlerden ayrılarak, olması gereken tarzda, bir inceleme yazısı modelini takip için özen gösterdik.

II — Ömer Sivrihisarlı tarafından, doktora tezi olarak, kaleme alınmış ve savunulmuş olan «Hukuk Yargılamasında Maddi hukuka ilişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin kapsamı» başlıklı çalışma, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları arasında, ayrıca da, yayınlanmıştır.

Bizim kanımıza göre, Türk hukukçu kamuoyuna yayın yolu ile duyurulan eserlerden Üniversite kaynaklı olanları daha bir ilgi ile izlenmektedir. Zira, bu eserlerin içerdiği bilgilerin doğruluğu ve sıhhatliliği açısından daha bir güvenilirlik taşıdığı hususunda yaygın bir kanaat mevcut bulunmaktadır. Bunun böyle olması da doğaldır. Durum bu olunca, yazılan her eserin yerleşmiş bu kanaati zedelemeyecek nitelikler taşıması da kaçınılmaz olacaktır. İşte bu nedenle, kaynağı Üniversite olan kitaplar hakkında, inceleme yazıları yolu ile açılacak denetim mekanizması, okuyucu kamuoyundaki bu haklı ve yaygın kanaatin daha da pekişmesine ve devamlılığına hizmet edecektir. İşte, biz de, sırf böyle bir akademik amaç uğruna, bu inceleme yazısını kaleme alarak, eserin muhtevasına dahil olan konular hakkında, eserde yer alan düşüncelerden paylaştığımız ve paylaşmadıklarımızı belirtmeye çalıştık. Bu suretle eserde işlenen konuların farklı şekilde yorumu tabii tutularak işlenebilmesinin de mümkün olabilip olamayacağı, bu inceleme yazısı ile belirgin bir şekilde gösterilmek istenmiştir.

Yazar Sivrihisarlı'nın çalışma konusu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428. maddesinin 1. bendinde yer alan: «Kanunun ve iki taraf beynindeki mukavelenin yanlış tatbik edilmiş olması» hükmüdür.

Yazar, bu konuya hemen girmeden önce, Yargıtayın kuruluş amacı ve temyiz denetiminin *tarihsel gelişmesi* hakkında, haklı olarak, mukayeseli hukuk yöntemi ile bilgi vermek gereğini duymuştur. Zira bu kuruluşun amacı ile, Yargıtayın hükümler üzerindeki denetiminin sınırı arasında yakın bir ilişki vardır. Ancak yazar bunu yaparken, hiç olmazsa Alman Hukuku açısından, tarafımdan yapılmış olan açıklamaları, daha yakından inceleyebil-

mek olanağı varken; bunu yapmamıştır (bkz. Üstündağ, HUMK'un değiştiren 1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu hakkında Sempozyum, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, (İst. 1976), s. 136-138) (1).

Halbuki, bu incelemem yakından tetkik edilse idi, bugün, Yargıtay denilen yüksek Mahkemeye çizilen kuruluş amacının, dünden oldukça farklı olduğu saptanabilecek ve böylece de, bu amaca uygun düşebilecek yorumlar yapılabileceği gibi; önerilerde de bulunulabilecekti. Bu bakımdan, bu monografik çalışmanın çağımızın istemlerine cevap verebilecek bir Yargıtay örgütüne uygun düşmediği, kuşku duymaksızın söylenebilecektir. Nitekim, bu kaziyeyi kanıtlayacak açıklamaları, aşağıdaki izahlarımız, açıkça gösterecektir. Yazar, ayrıca bu konuda İsviçre ve Alman Hukuku hakkında bilgiler verirken (s. 14-15), bu konuda Prof. Dr. Karayalçın tarafından yazılmış olan «İsviçre Federal Mahkemesi ve Federal Kaza Mercileri» adını taşıyan eser ile; Dr. K. Reisoğlu tarafından yazılmış olan, «Federal Almanya Cumhuriyeti Adalet Cihazı» (Ankara 1954) isimli eseri incelememiştir. Bu bir eksiklik olduğu gibi; adayın ilgili bibliyografya açısından göstermesi gereken titizliği göstermediğinin de bir delilidir. Yalnız belirtmeliyim ki, yukarıdaki kaydı ihtiraziler dışında, temyiz mahkemelerinin tarihsel gelişimi hakkında verilen bilgiler doyurucudur.

III — Yazar, ayrıca, mahkeme kararlarının üst mahkemece, ancak hukukî yönünün denetlenebileceği ve olgu bölümünün denetim dışı kalacağı esasından hareket ederek, bir hükmün bu iki bölümünü ayırmak amacına yönelik yoğun teorik çalışmalara da değinmekle beraber, *bu vadede yaptığı açıklamalar*, fazla aydınlık olamamıştır. Halbuki, denetimin sınırını ve haklılığını teslim ve tayin için, bu alanda berrak bilgilere ihtiyaç vardı. Nitekim, yazar, bu konunun önemini teslim etmekle beraber, «denetim açısından neyin «olgu» olduğu ve dolayısı ile denetim dışı kalması gerektiğinden çok, *neyin, ihlâli denetime yol açan «Hukuk» soru-*

(1) Bundan başka, eserin yazarı, bu çıkış noktasına kitabının sonuna kadar sadık kalmamıştır. Nitekim, ileride göreceğimiz üzere yazar, sonraki izahlarında, Yargıtay adı verilen yüksek mahkemenin kuruluş amacı ile, mahkemelerin hüküm'eri üzerindeki denetim sınırı arasında bulunacak ve gözetilecek olan bu yakın bağı ihmal edebilmiştir.

nu olduğu hususu çıkış noktası yapılacaktır» (s. 24-25) demektedir. Halbuki, bu konuda verilen ölçüleri (ne olgu ve ne hukuk'tur konusunda) bilmeden, ihlâli denetime yol açan hukuk sorununu ve hele hele, sınır çizgide bulunan ve çok çekişme doğuracak olan, sorunların mahiyetini aydınlatılabilmek mümkün olamayacaktır. Bu tutumu ile yazar, zaten sınırlı olan, çalışma konusunu biraz daha sınırlamak gibi bir yola girmiş görünmektedir.

Bu yöntemle hareket eden yazar, Yargıtay önünde, bir husus olgu mudur, değil midir tartışmasını bir yana bırakarak, denetime tabi olup olunmayacağına acaba bir hukuk kuralına aykırılık var mıdır, yok mudur açısından yapılacağını belirtmekte ise de (s. 25), bu sonuncu noktanın, *ayırım ölçüleri* bilinmeden nasıl tesbit edilebileceğinin güçlüğüne farketmemiş görünmektedir.

Bundan sonra yazar, HUMK, 428/bent 1'de yeralan kuralın, maddi hukuka ilişkin temyiz denetimi açısından genel bir hüküm olduğundan hareketle (hukuk kuralına aykırılık temyiz nedeni, diyor), incelemelerini sürdüreceğini belirtiyor. (s. 25).

IV — HUMK'nun 428. maddesinde yeralan «kanun» sözünün teknik anlamda ele alınmaması gerektiğine değinen yazar, haklı olarak bu sözün her hukuk normunu kapsadığını teoriye de uygun olarak belirtmiş ise de (s. 26), bu alanda teknik anlamda kanun ile ilgili olmak üzere yazılmış bulunulan bir monografik esere hiç bakmamış olması, eksiklikler (Doç. Dr. E. Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasasına göre kanun kavramı, İst. 1972).

Yazar, HUMK'nun 428. maddesinin 1. bendinde geçen «Kanunun ... yanlış tatbiki» sözünün içine neler girebileceğini ise başarılı bir şekilde ifade edememiştir. Gerçekten de yazar, s. 27, not, 3'de andığı Alman Usul Kanununun 550. maddesine ilişkin açıklamaları, bir yabancı kitaptan veya bizden (Üstündağ, Kanun-yolları ve Tahkim, İst. 1971, s. 31-32) okumuş olsa idi, bu sözün içine nelerin ve ne ölçüde girebileceğini tayin edebilecekti. Ve böylece de, bizim hukukumuz açısından da yorum yolu ile bu sözün içine sokmaya çalıştığı bir takım faraziyelerin denetimi için başka yasal mesnetlerin varlığını tesbit edebilecekti ve bu da çok güç olmayacaktı (Bkz. Üstündağ, Temyizin Nakzından sonraki hukukî durum, İHFM, 1962, Cilt XXVIII, sayı 1, s. 136 vd.). Ni-

tekim yazar, maddi meselelerin hukukî tavsifi, Alman hukukunda ancak yorum yolu ile ve zorlayarak ZPO. § 550'de anılan (Gesetzesverletzung) kanun ihlâli kapsamı içine sokulmak istendiğini bile bile, bizde de hukukî tavsifi m. 428/b. 1 içine sokmaya çalışarak, bundan böyle m. 428/b. 5 *hükmünü, yargıtayın, denetim sınırını genişletmek için kullanmaya yönelmiş bulunmaktadır.* Ancak, m. 428/b. 1'in, hukukî tavsifi de kapsadığını beyan ederken yazar, haksız olarak, beni de, bu teze taraftar göstermektedir. (s. 84, Not 80). Halbuki, atıf yapılan bu kitaptaki kısımlar ve «Temyizin Nakzından sonraki Hukukî Durum» adlı maka'emde de aynen şöyle demektedirim: «Alman Hukukunda bu müşahhas safhadaki hataların da, hukukun tatbikinde bir hata, eksiklik olduğu mülâhazası ile, temyiz mahkemesinin kontrolüne tabi olduğu kabul edilmesine rağmen (5), Usul Kanunumuz açık bir hükmü ile (HUMK. m. 428, b, 5), maddi vakaların hukukî takdirinde hata edilmesini (Subsumtion) hükmün nakzı sebebi saymıştır» (s. 136). Görülüyor ki biz, m. 428/b. 1 hükmüne, maddî meselelerin hukukî takdirinin denetimi olanağının giremeyeceği düşüncesini temsil ediyoruz.

Bu konuda ayrıca yazar, bir davada uygulanması düşünülen kanunun anayasaya aykırı olduğunun def'i olarak dermeyanı üzerine, mahallî mahkemenin bu def'i varit görmemesi sonucu esas hakkında hüküm verilen hallerde bu defin varit olup olmadığının *Yargıtayda denetime tâbi tutulabilip tutulamıyacağı sorununa da değinmemiştir.* Halbuki bu sorun, Yargıtay kararlarına kadar yansımış olup, örneğin, son bir kararında da Yargıtay, mahalli mahkemenin, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmayan kararının temyiz denetimine tabi olduğunu belirtmiştir (11. HD. 7.2.1974, YKD. 1978/1 s. 57-58).

Ayrıca şunu da belirtelim ki, yazarın m. 428, bent 5 hükmüne ithal etmeye çalıştığı diğer denetim unsurlarının da, yabancı hukuk çevrelerinde, denetime yine (mevcut yasal düzenlemelere rağmen) *sokulabilmiş olması gerçeği karşısında, bu hükmü, kendi mantığı icabı gereksiz bir bent sayması icap ederken, bu yola da gitmemiştir* (bkz. s. 83/84). Aslında yazarın böyle düşünmesi ve hareket etmesinin âmili, maddi hukuka ilişkin temyiz sebeplerini düzenleyen farklı hukuk çevrelerine ilişkin kaidelerin, hemen hemen, aynı ifadeler ile açıklanmış bulduklarını varsay-

masıdır. Halbuki, yazar, bu konuda diğer hukuk çevrelerindeki yasal mesnetler ile, Türk hukukundaki yasal mesnetleri karşılaştırıp farklılıkları tesbit ederek, bunlardan bir sonuç çıkarabilirdi. Nitekim, yazar, tüm tezinde Türk pozitif hukuku kurallarını takip ederek, onlara göre, bugünün ihtiyaçlarına uygun düşebilecek açıklamalar yapmak ve konuyu aydınlatmak yöntemini izlememiştir. Bunun *diğer örneklerini, yeri geldiğinde, göstereceğiz.*

Hukuka aykırılığın Temyiz Mahkemesi tarafından denetleneceğini ifade eden yazar, Anayasa kurallarına aykırılığın da denetime tabi olduğunu belirtmesine rağmen, *anayasa ile kanun çatışması halinde*, denetimin neye göre yapılacağına değinmediği gibi; Anayasaya uygun bir kanun henüz çıkarılmayan hallerde, meri fakat Anayasa değişikliğinden önce mevcut olan kanun hükmünün mü, yoksa Anayasanın hükmünün mü denetimde esas alınması gerekeceği konusunda bir bilgi getirmemiş bulunmaktadır. Halbuki bu sorular hem Danıştay ve hem de Yargıtay kararlarına konu teşkil etmişlerdir (Bkz. Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I, Yargılama Safhası, 2. Bası, İst. 1977, s. 63, not 29 ve s. 89, not 54).

Bundan başka, yasaya aykırı tüzükler ve yönetmelikler bulunan hallerde, denetimin neye göre yapılacağı sorununa da, yazar, hiçbir şekilde değinmemiş bulunmaktadır. Halbuki bu konu, Türk doktrin ve uygulamasında, etraflı bir şekilde, tartışılmıştır. Nitekim, yazar, en azından R. Seçkin'in kaleme almış olduğu, «Anayasa Mahkemesinden başka mahkemelerin Anayasayı uygulamaları ve o mahkemelerce hukuk kurallarının Anayasaya uygun yorumu» (Yargıtay 100. Yıldönümü Armağanı, İst. 1968, s. 121 vd.) başlıklı makaleyi, gözden kaçırmıyarak, incelemiş olsaydı, tezinin tamamıyeti için gerekli bir çok bilgileri orada bulabilecekti.

Yazar, yasa değişikliği ve Yargıtay denetimi konusunu incelediğinde de, yine Dr. E. Teziç'in yukarıda andığımız eserinden, bazı sorunlar açısından yararlanabilirdi (s. 153 vd. dan) Bu da yapılmamıştır. Ayrıca derdest davalara yeni yasanın uygulanması gerekeceği fikri de, hemen öyle kolaylıkla kabul edilebilecek bir düşünce olamamak gerekir (s. 28 ve özellikle, s. 29-30). Ayrıca bu *fikre destek olarak*, 9.5.1960 tarihli içtihadı birleştirme kararının

gösterilmesi de, isabetsizdir. Zira, bu içtihadı birleştirme kararı yasanın içtihadı birleştirme kurulunca yapılan yorumunun mümkün olan her davada uygulanmasına ilişkin olup, yasa yine eski yasa olduğuna göre, bu sorunun burada tartışılan sorun ile bir yakınlığı da mevcut değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 12.6.1969 tarihli kararında (Resmî Gazete, sayı 13412) içtihatları Birleştirme faaliyetinin bu özelliği açıkça ortaya konmuştur. (Bu kısım tezden, jürinin müsaadesi ile çıkarıldığı için, tarafımızdan daha fazla irdelenmemiştir).

V — Hukuka aykırılık kavramı içine, içtihatlara aykırılığın ve örf ve âdetin girip girmediğini de inceleyen yazar (s. 31-42); daha sonra Yabancı hukuk'un denetimi sorununa geçmiştir (s. 42 vd). Bu konuda, HUMK. nun 76. maddesinin açık hükmünden hareket eden yazar, *yabancı hukuk kuralını arayıp bulma konusunda hâkimi aktif hale getiren düşüncelere itibar etmek yolunda, haklı olarak, tereddüt duymakla beraber* (s. 46/47) sonunda, kendisi de başka bir açıdan da olsa, deliller açısından, hakimi aktif hale getirmiştir (s. 47/48). Halbuki böyle bir aktivite, Alman ZPO. § 293'de açıkça ve ölçüsü de belirtilmek suretiyle düzenlendiği halde, bizim hukukumuzda böyle bir hüküm yoktur. Bu bakımdan hâkime, kaydı ihtirazili de olsa, getirilmek istenen aktivite, pozitif hükme ve muhakemeye hâkim olan genel kurallara aykırı düşecektir (1a). Bu açıdan, HUMK. 76 hükmü tam olarak gözönünde tutulabilmiş değildir. Ayrıca da, yazar, s. 156'da, Yargıtay'ın işlerinin fazlalığı nedeni ile, bu konuda «bu tür kuralların araştırılmasında, kendisine, esas mahkemelerinden daha ağır bir sorumluluk yüklemek söz konusu olamaz» diyerek, gereksiz bir beyanda bulunmuş olmaktadır. Zira, yabancı hukuku araştırma konusun-

---

(1a) Bununla beraber, yazarın bu konuda, «Yabancı Hukuk hakkında bilgi edinilmesine dair» ve Türkiyenin de taraf olduğu Avrupa Sözleşmesine bir nebze değinerek iç hukukumuzdaki uygulama ve pozitif hükümler ile bu sözleşmenin hükümleri arasındaki ilişkinin ne olduğu veya olması gerekeceği hakkında açıklamalar da getirmesi gerekirdi. Bu da yapılmamıştır. Bu Avrupa Sözleşmesinin metni için bkz. Nomer/Eskiyurt, Avrupa Sözleşmeleri, İst. 1975, s. 463 vd. Nitekim, andığımız bu sözleşme, örneğin Alman hukukunda yabancı hukukun, usul hukuku açısından araştırılıp ortaya çıkarılması sonucunun esaslı bir şekilde yeniden incelenmesi zorunluğunu doğurmuştur (W. Geisler, Zur Ermittlung ausländischen Recht durch «Beweis» im Prozess, ZZP. 91, Heft 2, s. 177).

da mahalli mahkeme hangi araçlara sahipse, Yargıtay da tabii ki bu araçlara baş vurulup vurulmadığını denetliyecektir. Yoksa, *Yabancı hukuku bu araçlar dışında, başka araçlarla da arayabilecek değildir*. Bu bakımdan yükü azaltmak amacı ile getirilmeye çalışılan pratik zorunluluklar ile, bu söylenenlerin hiç bir ilgisi yoktur. Eğer, HUMK'nun 76. maddesi hükmü doğru anlaşılabilse idi, bu alanda bir sınırlandırma olanağı aranmasına da gerek kalmıyacaktı.

Bu konuda ayrıca, *Meier Isaak* tarafından yazılmış olan «Jura Novit Curia» = «hukuku hâkim uygular» başlıklı çalışma incelenmiş olsa idi, belki de zengin bilgilere raslanabilecekti. Bu da ihmal edilmiştir. Sözünü ettiğim kitap, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Bd. 16, Zürich 1975 (Schulthess Polygraphischer Verlag) yılında yayınlanmıştır.

Ayrıca, Türk Hukukunda zaten fazlası ile işlenmiş olan bu konuya tez içinde çok fazla yer ayrılmıştır (s. 49-59). Esas ayrılması gereken yerlerde ise, bu esirgenmiştir.

VI — Daha sonra nitelendirme, belirsiz yasa kavramları (yazar böyle diyor; aslında belirsiz hukuk kavramları = gayrimuayyen hukuk kavramları denilmek gerekirdi) üzerinde yargıtay denetimini incelemeye geçen yazar (s. 61), bu konularda yani «unbestimmte Rechtsbegriffe» alanında, temyiz denetiminin sınırını bulmaya çalışmıştır. Bu alan için denilebilir ki, tavsif keyfiyeti esas itibariyle bir hukukî faaliyettir ve bu nedenle denetime tabidir. Zira, haksız bir tavsif veya hiç tavsif yapılmama halinde hukuk kavramına çok geniş veya çok dar bir uygulama alanı tanınmış olmakta ve böylece hukukun ihlâli durumu ortaya çıkmaktadır (Zöller, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (Kommentar), 11. Auflage (München 1974), § 550, 2, s. 701). Ancak bazı tavsif ameliyelerinde, vaka mahkemesi hâkimine bir değerlendirme alanı bırakılması kabul edilmektedir.

İşte bu ikisi arasındaki sınır acaba nasıl çizilecektir? Ayrıca, sınırı belirtmek gerekir ki, kural olarak, belirsiz hukuk kavramlarını dolduran vakıaların tesbiti denetime tabi olmayacaktır.

Bu konularda işe, yabancı hukuklardaki çözümleri aktarmakla girişen yazar, (s. 62-79), s. 79'dan itibaren verdiği bilgilerle de



*Türk Hukukunu işlemiştir.* Ancak yazar bu konuda doktrini belirtirken, bu konunun daha etraflı işlendiği makale niteliği taşıyan yazılarını incelemekten kaçınmıştır (örneğin, Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum başlıklı yazı ile (s. 136 - 138), HUMK. nun Tadili Tasarısı Hakkında Düşünceler, adlı yazılarda yer alan açıklamalar, İHFM. 1967/1-2, (s. 174-175).

Yazar daha sonra, bu konuda, Yargıtayın tutumunun ne olduğunu tesbite girişmiştir. (s. 79 vd.) *Ve yazara göre, Yargıtay, belirsiz hukuk kavramları konusunda geniş bir biçimde denetim yapmaktadır.* Bu vadide yazar, «Delil değerlendirilmesi ile belirsiz kavrama yapılan atlamaların bir arada görünmesi, bilhassa boşanma konusundaki kararlarda ortaya çıkmaktadır» (s. 81) diyerek, delil takdiri ile hukukî tavsif arasında bir yakın ilginin varlığını iddia ediyor ise de; bu beyanları şüphe ile karşılamak, mümkündür. Olsa olsa, delil takdiri ile, tecrübe kuralları arasında bir ilişki bulunabilir.

Halbuki yazar, bu düşüncesinden hareketle, belirsiz kavramlar alanındaki Yargıtay denetiminin aydınlığa kavuşturulması için, m. 428/V hükmünün yakından incelenmesine *geçmektedir.* (s. 83). Yazara göre, hukukî tavsif, yabancı hukuklarda, hukuka aykırılık temyiz sebebi içinde mütalâa edilerek denetlenebildiğine göre, bizde de m. 428/b. 1 içine girer (ancak, bazı yerlerde bu düşüncesinden tereddüt duyduğu da görülmektedir, s. 103-104 gibi). O halde, m. 428/V hükmü zait olmadığına göre, bir anlamı vardır. İşte bu bend hükmü, aslında denetime tabi tutulmak gereken alanlarda, bu denetim olanağının yasal dayanağını teşkil etmek açısından, yabancı hukuk sistemlerinde eksikliği duyulan bir hükümdür (s. 83/84). Ancak yazar, sonraki izahlarında da göreceğimiz gibi, (bu bende yüklediği fonksiyonlar ile denetimin sınırını genişletmekle), çağdaş Yargıtay biçiminin gereklerine uygun düşmeyen bir yol izlemiş olmaktadır (Bunların ne olduğunu 1975 tarihli Alman ZPO. sunda yapılan değişiklik de belirgin şekilde gösterir) (2).

VII. — Bu açıklamaları takiben yazar, tecrübe kurallarına (Erfahrungssätze) aykırılığı incelemeye geçmektedir (s. 85 vd.).

(2) Bu değişiklikler için bkz. HUMK'nu değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu hakkında Sempozyum, İstanbul Üniversitesi, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İst. 1976, s. 129 vd, özellikle 141 vd.

Haklı olarak bunların ne bir olgu ve ne de bir hukuk sorunu olduğuna değinen yazar (s. 86) bunların neler olduğuna ilişkin bilgiler vermekte (s. 86 vd.) ve ayrıca, bu konuda bir denetimin mevcut olup olmadığı açısından mukayeseli Hukuk yöntemi ile araştırmaya girişmektedir (s. 89 vd.). Örneğin *Almanya'da, bu kuralların niteliği ile bir denetlemeye tâbi tutulabilip, tutulamıyacağı ve tutulacaksa ne ölçüde tutulması gerekeceği konusunda bir birliğe raslanmadığı sonucuna götürecek açıklamalarda bulunan yazar* (s. 90-93) bu hukuk çevresinde ilke olarak denetimin kabul edildiğine de doğru şekilde değinmiştir (s. 93).

Sonunda bu konuda genel değerlendirmeye ve Türk Hukukuna geçen yazar (s. 96), tecrübe kurallarına aykırılığın denetlenmesi yolunda yabancı hukuklardaki eğilimin Türk doktrinine yansımamış olduğuna değinmektedir. Ancak yazar, özellikle *birlikişilik ile ilgili izahlarımızda bu kuralların niteliği, kapsamı ve delil takdirindeki fonksiyonları ile ilgili olmak üzere verdiğimiz bilgileri hiç incelememiştiği gibi* (3), ayrıca bu kuralların hangi alanda işe yarıyacağına ilişkin olarak da *Stein'in fikrini Durand'dan naklen açıklarken* (s. 90 ve oradaki not 101), *Stein'in, bu kuralların, «olguların hukukî nitelendirilmelerinde delillerin ve olguların değerlendirilmesinde işe yaradığını» belirttiğini ifade etmiş ise de; Stein, o eserinde, bu kuralların, genel olarak olguların (vakıaların) takdirinde kullanılmasından değil bilâkis, emarelerin (İndizien) takdirinde geçerli olacağına değinmiştir* (Bkz. ZZP. 84/1, s. 8). Nitekim, *Stein, eserinde (Das Private Wissen des Richters, 1893) aynen şöyle demektedir. «An drei Stellen bedarf der Richter der Erfahrungssätze und somit des Gutachtens eines Sachverständigen: bei der Würdigung der Beweismittel, bei der der İndizien und bei der Subsumtion der Thatsachen unter den Rechtssatz»* (sahife 61). Yazarın tezinde, ayrıca bu konularda daha derinlemesine incelemelere girişmemiş olması da (nitekim arayacağı bilgileri *Stein'in bu eserinin 16 vd. eden sahifelerinde bulabilirdi. Bu hukukçu eserinin bu sahifelerinde tecrübe kurallarının nitelik ve çeşitlerine ayrıntılı bir biçimde değinmiştir, s. 16-31), tezde, gereksiz mukayeseli hukuk incelemelerine yer ver-*

(3) Ayrıca, *Kunter* tarafından bu konuda verilen bilgilere de bakılmamıştır. Bkz. *Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası. İst. 1974, s. 395 - 398.*

diği de gözönünde tutulursa, hem bir eksiklik teşkil etmekte ve hem de tezdeki fikirlerin kavranabilmesi için mutlaka temel kaynaklara inilmesi zaruretini doğurmaktadır.

Yazar, Türk Hukuk uygulamasında, bu açıdan yapılan denetim Yargıtay kararları ile örnekler vermekte (s. 98-99) ise de, bu örneklerden bazıları «Denkgesetze» denilen ve tecrübe kuralları yanında zikredilen kurallara ilişkindir. Yazar, bu ikincileri ise bu ad ile tezinin hiç bir yerinde anmamıştır. Yazar daha sonra belirsiz kavramlar ve tecrübe kuralları ilişkisine geçmektedir (s. 100).

Yazar, tecrübe kurallarının, hukukî tavsif için yardımcı olarak kullanıldığı hallerde, bunun denetlenmesinin m. 428 bent 1 içine girdiğini belirtmektedir (s. 100). Ancak, hukukî tavsifin, tecrübe kurallarının yardımı olmaksızın da gerçekleşebilip, gerçekleşemeyeceği sorunu üzerinde ise daha yakından durularak örnekler verilmiş değildir. Ashında kitapta, s. 79-83 arasında verilen örnek Yargıtay kararları, tecrübe kurallarının yukarıda değindiğimiz her üç fonksiyonuna da değinen kararlar, niteliğindedir. Halbuki, yazardan beklenen, tezinde belirttiği bu Yargıtay kararlarının, tecrübe kurallarının hangi fonksiyonundan yararlandığını açık ve seçik olarak göstermesi idi. Bu yapılmamıştır. Ve böylece, yazarın, tecrübe kurallarının bu her üç kullanılma şeklinin denetimine cevaz vermekte olup olmadığı da anlaşılamamıştır.

Bundan sonra yazar, Yargıcın takdir hakkı ile tecrübe kuralları arasındaki ilişkiyi de belirtecek şekilde, takdir hakkının denetimi sorununa geçmektedir (s. 103 vd.) Hâkimin takdir hakkı ve tadilen onama ilişkisine de değinen yazar, soruna batı hukuk çevrelerindeki çözümler açısından bakarak derinliğine bir araştırmaya da girişmiş değildir (özellikle s. 111).

VIII — İncelemenin 112. sahifesinde delillerin takdirinin denetimi sorununa geçen yazar, sorunu mukayeseli hukuk açısından ortaya koymaya çalışmış (s. 114 vd.) bu konuda vakıa mahkemesinin tamamen bağımsız olamayacağını tesbit eden yazar, bu konudaki faaliyetin asgari metodik kurallar açısından denetlenmesi gereğini belirten görüşlere de yer vermiş ve sonunda Yargıtayın bu konulardaki müdahalesini bir istinaf yargıcı olacak kadar ileriye götürmediği savını, bu konuda Yargıtayın açık beyanı bulunan kararlarına (s. 121'de zikredilen) ve teorideki bu konuya ilişkin

eleştirilere rağmen kabul etmemektedir. Ancak sonunda yazar, ölçü olarak *Yargıtayın keyfiliğine yol açacak* (başka yerde bir başka vesile ile buna yazar da değiniyor, s. 109) bir sonucu kabul edebilmiştir. O da, «olgu tesbitlerine ilişkin hukukî sonuçların ne olduğu ve kapsamlarının tayini, Yargıtayın politikasına bağlı kalacaktır» sözü ile ifade edilmiştir (s. 124).

Yazar, varmış olduğu bu sonucu destekleyici bir delil olarak da, Almanyada 15.9.1975 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun ile getirilmiş olan yeniliklere atıf yapmış ise de (s. 124, dipnotu 217), bu benzetme hiç bir şekilde isabetli olamamıştır. Zira, Alman Hukukunda bu yasa hükümleri ile bir yandan istinaf ve diğer yandan da yüksek mahkemenin takdirine bırakılan husus, mahalli mahkemelerin hükümleri üzerindeki denetimin kapsamı değil; bilâkis, aslında denetim dışı kalabilecek olan (kanunun açık hükmü gereği olarak) hükümler bakımından denetim olanağının yaratılması veya aslında kanunun koyduğu ölçüler gereği olarak denetime tâbi tutulması gereken bir mahkeme hükmünün denetim dışı bırakılabilmesi hususudur. Bir mahkeme hükmü hakkında bu şekilde temyiz denetimi açılan hallerde dahi, Temyiz mahkemesi, denetimini, yine sınırları kanun ile çizilmiş olan ölçüler içinde kullanabilecektir (yapabilecektir). Yoksa, yazarın dediği gibi, bu hallerde denetimin kapsamını yüksek mahkeme kendi takdirine göre saptayabilecek değildir.

Daha sonra yazar, sözleşmeye aykırılıkta (s. 125 vd.) denetimin sınırını çizmeye çalışmış; bundan sonra da genel işlem koşulları ve Tip sözleşmelerde denetimin hangi amaçla ve hangi çerçeve içinde yapılması gerekeceği sorununu işlemiştir (s. 143 vd.).

IX — Sonunda genel değerlendirmeler bölümüne geçen yazar (s. 147 vd.), batı ülkelerinde denetimi sınırlandırma yönünde bir eğilimin varlığını tesbit etmiş (s. 149) ise de, Almanya'da bu vadi- de atılan *radikal adımı incelememiş* olduğu gibi (özellikle, ZPO § 554, b. 1) bizce, «istinafın varlığına rağmen genişleyen temyiz denetimine sınır çizmekle, tek dereceli bir yargı sisteminde denetime sınır çizme arasında esas itibariyle bir fark gözetmemek gerekir» tarzında bir sonuca da (s. 151) ulaşması, açıkca isabetsiz olmuştur.

Yazarın yine, temyiz denetiminin sınırları ile, Yargıtayın iş-yükü arasında bulunması ve gözetilmesi gereken ilişkiyi de, bu araştırmasında bir hareket noktası olarak hiç dikkate almaması da isabetli sonuçlara varmasını engellemiştir. Yazarın tezinden çıkaracağımız sonuç, bu çalışmada Yargıtayın, daha çok (belki de sadece) taraf çıkarlarına hizmet eden bir kuruluş gibi ele alındığıdır.