

TEMYİZ MAHKEMESİNİN KONTROLÜ BAKIMINDAN:

VAKIA VE HUKUK

Burhan GÜRDOĞAN

Ankara Hukuk Fakültesi Medenî Usul
ve İcra İflâs Hukuku Asistanı

I — MES'ELENİN VAZ'I

Cemiyet hayatında, şahısların haklarla mücehhez veya borçlarla mülzem olması neticesini tevliid eden müteaddit vakıalar vücut bulur. Hukuk kaideleri ise, muayyen vakıaların mevcudiyeti halinde nasıl bir hukukî netice hâsil olacağını tanzim ederler. Bazan da şahıslar, yaptıkları hukukî muameleler'le, bazı vakıalara terettüp edecek hukukî neticeleri, hukuk nizamının disiplini altında olmak üzere, bizzat kendileri tayin ederler.

Vakıalarla hukukî neticeler, her hukukî tezahürün birbirini tamamlayan iki unsurudurlar. Şahıslar arasındaki münasebetlerde bu neticeler tanındığı müddetçe, hayat, hukukla intibak etmiş vaziyette tabii seyrini takip eder.

Bu neticeler inkâr veya ihmal olunduğu takdirde, bizatihî ihkakı hakka müsaade eden pek mahdut kanunî istisnalar dışında, dava hakkı istimal olunarak devletten, ihlâl olunan veya tehlikeye düşürülen hakların himayesi talebinde bulunulur (1).

Bu tarzda hakim önüne getirilen ihtilâfın (2) mevzuu olan hukukî tezahürün müşahhas ve mücerret unsurlarına muvazi olarak, davada da iki ayrı saha göze çarpmaktadır:

Bu sahalardan birisi vakıa sahasıdır. Kendisinden hak çıkarılmak istenen vakıaların mevcudiyetlerinin, hakikî hallerinin tesbiti, hukukî neticeyi beyan için ilk şartı teşkil edecektir. Hukukî himayenin mucib sebebi vakıaların şu veya bu şekilde mevcudiyeti olacaktır. Bu sahada hakim, vakıalardan müteşekkil varlık âleminde faaliyette bulunacak, şuurlu, insafli

(1). Hak ve dava hakkı arasındaki münasebet için Bk. Ansay (Sabri Şakir), Hu.kuk Yargılama Usulleri, Ankara 1954, s 197, No. 98.

(2) Vakıa ve Hukuk meselelerinin tefriki, ceza hukuku sahasında da aynı ehemmiyeti haizdir. Etüdümüz, hususî hukuk ihtilâflarına münhasırdır.

ve tecrübeli bir adam olarak (3) daha ziyade mantık ve psikolojinin vaz'ettiği prensiplerden faydalanacaktır.

Diğer saha hukuk sahasıdır. Mevcudiyeti tesbit edilen vakıalara kabili tatbik hukuk kaidesini araştırmak, bu vakıaların hukuk kaidelerinin veya irada beyanlarının tavsif ettiği karakterleri haiz olup olmadıklarını beyan etmek ve nihayet ihtilâflı olan beşerî hadise hakkında âdil bir hüküm vermek (4) hakimin hukuk sahasındaki faaliyetinin mevzuunu teşkil edecektir. Bu sahada, hakim, kaideler aleminde faaliyette bulunacak, müsbet hukuka, hukukun umumî prensiplerine, jürisprüdans'a riayetkâr bir hukuk adamı olacaktır.

Hakimin değişik rollere sahip olduğu böyle iki ayrı sahanın mevcudiyeti, hukuk usulü sahasında birtakım esaslı meseleler doğurmuştur:

Bu meselelerden birisi dava malzemesinin ihzarında hakimin ve tarafların faaliyet hududunu tayin meselesidir. Vakıaların ve hukukî unsurların davaya ithalinde taraflara ve hakime tahmil olunan mükellefiyetler ve tanınan farklı hak ve selâhiyetler dolayısıyla vakıa ve hukuk sahaslarının kat'i kıstaslarla tefriki zarureti ortaya çıkmaktadır.

Diğer bir mesele, vakıaların ve hukukî unsurların isbatı keyfiyetinden çıkmaktadır. Bunların tesbitinde de hakimin ve tarafların rollerinin ayrı oluşu, keza iki sahanın farik vasıflarını bilmeği icabettirmektedir.

Asıl mevzuumuzu teşkil eden, mafevk mahkemenin kontrol selâhiyetinin bu iki sahadaki hudutlarını tayin meselesine gelince; vakıa sahasında hakimin vakıalarla ve onların iddia ve isabatında hasıl olan fiilî vaziyetlerle doğrudan doğruya karşılaşması ve binnetice dava dosyası muhteviyatından istihracı mümkün olmıyan birtakım intibalar elde etmesi, buna mukabil, mafevk mahkemenin kanunun tatbikini kontrol vazifesiyle mükellef olması keyfiyeti, mahkemelerden verilen hükümlerin vakıayı tesbite taallük eden kısımlarıyla hukukun tatbikiyle alâkalı kısımlarının yekdiğerinden farklı olarak mütaleasını intaç etmektedir.

Diğer taraftan, hakimlerin, Usul Hukuku'na taallük eden «delilleri serbestçe takdir hakkı» ve bu hakkın kanunî bazı istisnaları bulunması, maddî hukuk bakımından da bir «takdir hakkı» na sahip olmaları, vakıa ve hukuk sahaslarında bazı tedahüller ihdas etmektedir.

(3). Ansay, HYU. s 327, No. 161.

(4). Bruns, (Ord. Prof. Rudolf), Medenî Usul Hukuku. (Makale-Tercüme: Necmeddin Berkin.) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C XX S 1-4 S 234.

Bu sebeple, etüdümüzde, vakia ve hukuk meseleleri ayrı ayrı kısaca incelenerek, hakimlerin bu sahalardaki faaliyeti izah olunacak, müteakiben temyiz mahkemesinin bu iki sahadaki kontrol selâhiyetinin tetkikine çalışılacaktır.

II — VAKIA MES'ELESİ

A — Vakia, Mefhumu

1). Umumî olarak:

Vakia (Olgu, Fait, Tatsache), lûgat manasıyle, vâki olan (5), meydana gelen her şeydir. Şu halde, vakia, bir hadise (Olay, événement)-meselâ bir kavga - olabileceği gibi bir hal (durum, état) - meselâ hastalık-de olabillir.

Bir davanın vakıaları dendiği zaman, haricî âleme veya insanın fikrî ve ruhî sahasına dair, geçmiş veya halen mevcut, müsbet veya menfi, yargılama sırasında veya yargılama dışında hasıl olan, zaman ve mekânda muayyen hal ve şart (circonstance) lar hatıra gelir (6).

2). Vakia nev'ileri:

Hayat münasebetlerinin tenevvüü, vakıaların kendi aralarında birtasnife tâbi tutulmasını imkânsız kılmaktadır. Ancak, yukardaki tariften hareketle, bütün vakıaları bazı cephelerden, gruplar halinde tedkik mümkündür:

a). Haricî vakıalar-Batınî vakıalar:

Haricî vakıalar, insan varlığına yabancı vakıalar olabileceği gibi insanın dıştan görünen, zahir olan halleri de olabilir. Bunlar, hasseler vasıtasıyla müşahedesi kabil olan vakıalardır.

İnsan varlığına yabancı olan tabiî âleme ait vakıalar, yalnız başlarına hukuku ilgilendirmezler. Hukukun kökleri insanda olduğu için (7) bu vakıalar, ancak insanla alâkalı diğer vakıaların inzimamıyla hukukça bir ehemmiyeti haiz olurlar. Meselâ, insanlarla meskûn olmıyan bir yerde bir

(5). Vâki: Vuku bulan, tesadüf eden, bir hal ve surette bulunan, olağan, kâin, mevcut, tesadüfen bulunan, geçen, cereyan eden (Şemseddin Sami, Kamusu Türkî)

(6). Stein'den naklen: Dunand (William), Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, Genève 1940. s 30.

(7). Ansay (Sabri Şakir), Hukuk Bilimine Başlangıç, Ankara 1955 s 35.

kaynağın mevcut oluşu, ancak burasının bir mülkiyete mevzu teşkil etmesi halinde, hukukça nazara alınan bir vakıa karakterini ihraz edecektir. (MK. m. 679). Bunun gibi, dünyamızın dışındaki kâinat hadiseleri de insanı alâ-kadar ettiği nisbette, hukukî nizamda yer alacaklardır (Meselâ güneşin doğuşu ve batışı - HUMK. m. 81).

Bizatihî insana ait haricî vakıalar, insanların fiilleri (sözleri, jestleri, tavırları) veya beşerî faaliyetin mahsulleri (yazılar, imal edilen şeyler) dir (8).

Batınî vakıalara gelince, bunlar ya hasselerimize ait intibalar (görme hatası gibi) yahut hissî veya fikrî sahamıza ait olan vakıalardır (vukuf, ittilâ, kasıt, niyet, rıza gibi) (9).

Vakıa tabirinin ancak hasselerimizde intiba uyandıran «mevcudiyet» ler demek olduğu mütalesıyla batınî vakıaların gerçek manada birer vakıa gibi telâkki edilemeyeceği ileri sürülmüş ise de, bu vakıalar da bazı haricî vakıalar vasıtasıyla tezahür ettikleri cihetle, tesbit bakımında arada bir fark bahis mevzuu değildir (10).

b). Geçmişe ait vakıalar - Hale ait vakıalar:

Geçmişteki vakıalar, umumiyetle hadiseler ve mevcudiyeti ortadan kalkmış hallerdir. Bunların tekrarı kabil değildir. Bu sebeple, hakimin doğrudan doğruya müşahedesinin mevzuu olamazlar. Halen mevcut vakıalar ise, hakimin her zaman müşahede edebileceği vakıalardır. Bilfarz, her iki tip vakıalar bir keşfin mevzuunu teşkil edebilirlerse de, birinciler hakkında ancak temsilî bir keşif yapmak mümkün olabilir.

Vakıaların zaman itibariyle sınıflandırılmasında, acaba müstakbel bir vakıadan da bahsetmek mümkün müdür suali hatıra gelebilir. Filhalka, kanun hükümleri tedkik edilecek olursa, hakimin, sadece tamamlanmış, mevcudiyet bulmuş vakıalarla değil, ileride tahakkuku mümkün vakıalarla da meşgul olacağı görülür. Meselâ, Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinde yazılı, cismanî bir zarara duçar olan kimsenin «ileride

(8) Deshenaux (Henri). La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal fédéral Fribourg 1948, s. 18.

(9) Ansay, HYU, s 247, No. 121.

(10) Batınî vakıalar, vakıa ile hukukun en ziyade karıştırıldığı bir mevzu'dur. Bir şahsın iradesiyle irade beyanı arasında bir fark bulunduğu bir vakıa olarak tesbit edilebilir. Fakat bu farkın, meselâ bir «esaslî hatâ» olup olmadığını beyan, bir hukuk meselesidir (Deshenaux, a.g.e, s 21).

iktisaden maruz kalacağı mahrumiyet» böyle farazî bir vakia (fait hypothétique) dir. Bu vakıaları, eğer vakia demek caizse, bir mevcudiyeti değil, bir ihtimali gösterdikleri cihetle, tesbit bakımından, vakia mefhumundan ihraç etmek lâzımdır. Zira, bunlar batınî vakıalar gibi, bazı haricî vakıalarla da tesbite salih değildirler. Bunlar ancak, hakimce, kanunun maksadı dahilinde tahmin edilebilirler. Mevcut olmayan bir şeyin tesbitinden bahsedilemez (11).

c). Müsbet vakıalar - Menfi vakıalar:

Vakıaların bu tarzda tefriki, bilhassa beyyine külfetinin tevziinde ehemmiyet kazanır. Bir vakianın müsbet veya menfi olduğuna, sözün kelime ve kalıbına bakılarak değil, muhtevası bakımından hükmedilebilir. (12). Menfi bir vakia da, çok defa müsbet vakıalarla tezahür eder. Meselâ bir şahsın borcu bulunmadığı yolunda iddia ettiği menfi vakia, borcunu ödediğine dair iddia edeceği müsbet vakia ile ortaya konabilir (13).

d). Yargılama dışı vakıalar - Yargılamadan hasıl olan vakıalar:

Birinciler, yargılama safahatı haricinde, dava açılmadan evvel veya sonra hasıl olan vakıalardır. Dava açılmadan evvel olanlar, umumiyetle dava sebebini teşkil ederler. Dava açıldıktan sonrakiler ise, davanın haline yardım ederler (mahkeme dışı ikrar gibi). İkinciler ise, yargılama sırasında ve yargılama vesilesiyle hasıl olan vakıalardır. Tarafların talepleri, beyanları (ikrar ve inkârları), şahitlerin beyanları, mahkeme muameleleri gibi.

B — Vakıaların tesbiti

1 — Tesbitin mahiyeti:

Hakim, davanın vakıalarını hukuk bakımından kıymetlendirebilmek yani bu vakıaların hukukî tavsif ve takdirini yaparak hukukî neticeyi

(11) Deshenaux, a.g.e., s 18.

(12) Ansay, HYU, s 267, No. 121.

(13) Medenî Kanunun beyyine külfetine ait maddesini hüsnüniyet prensibiyle birlikte tatbik etmek lâzımdır. Menfi bir vakianın isbatı imkânsız olduğu hallerde, karşı tarafı mukabil isbata davet, Medenî Kanunun 6. ncı maddesine aykırı olmaz. Hattâ bu mukabil isbattaki muvaffakiyetsizlik birinci tarafın iddiası lehine bir emare olarak kabul edilebilir (Brosset, G. Preuves, FJS No. 627 s 2.).

beyan edebilmek için evvelemirde bu vakıaların mevcudiyetine müteal-lik kat'i kanaatlere sahip olmak zorundadır. Bu sebeple, vakıaların tes-biti, hukukun tatbikine takaddüm eder.

Mes'ele, psikoloji zaviyesinden tedkik edilirse, bir vakıanın varlığı, yokluğu, şöyle veya böyle olduğu iddia veya inkâr edildiği zaman, bir şe'niyet hükmü (gerçeklik yargısı - jugement de réalité) verildiği görü-lür. Buna mukabil, herhangi bir vakıanın, herhangi bir ölçüye nisbet e-dilerek mütalea ve takdiri halinde ise, bir kıymet hükmü (değer yargısı - jugement de valeur) verilmesi mevzuubahis olur (14). Şu halde, haki-min vakıayı tesbit sadedinde vereceği hüküm bir şe'niyet hükmü, vakı-aları hukukî kaidelere nisbet ederek vereceği hüküm ise bir kıymet hük-mü olacaktır.

Farz edelim ki, bir boşanma davasında taraflardan birinin diğerine muayyen bazı kelimelerle hakarete bulunduğu iddia edilmektedir. Bu-rada yapılacak ilk iş, bu hakaret etme vakıasının bütün maddî unsur-larıyla müşahhas bir hakikat olarak tesbitidir. Böyle bir hadise cereyan etmiş midir, etmemiş midir, nerede, ne vakit ve nasıl cereyan etmiştir? Bütün bu hakikatleri aramak ve «fanilere nasip olmıyan mutlak bir ha-kikat derecesinde olmasa bile içinden gelen şüpheyi vicdanının sustura-bileceği kadar» kat'î bir kanaate vasıl olmak hakimin ilk vazifesidir (15). Bu muameleden sonradır ki, tesbit edilen tarzda bir hakaretin, bir tara-fın diğer tarafa «pek fena muamelede bulunması - MK m 130» yahut «şiddetli bir geçimsizlik - MK m 134» tevlid eden bir vakıa olarak tavsif ve takdiri mümkün olabilecektir.

Görülüyor ki, vakıaların tesbitinde, hukuk kaidelerinin bir rolü bu-lunmamakta, sadece varlık âlemindeki müşahhas vaziyetlerin hakimin zihninde tecessümü mevzuubahis olmaktadır.

Ancak, insan beyni, aldığı intibalara, kendisinden hiçbirşey katmak-sızın karşısındaki manzaranın aslına mutabık bir kopyasını veren bir fotoğraf plâkası değildir (16). Kaldı ki, yukarda tedkik ettiğimiz üzere, birçok vakıalar hakimin bizzat müşahedesine salih olmadıkları gibi, bazıları da ancak haricî bir takım emare (indice) ler vasıtasıyla tesbit edilebilirler.

Bu sebeple, hakimin, kendisini şe'niyet hükmüne götürecektir bir zihnî faaliyette bulunmasına ihtiyaç vardır. Bu zihnî çalışmayı, mantık ilmi tanzim eder.

(14) Hirsch, Ernest. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, Ankara 1940, s 37.

(15) Ansay, HYU, s 330, No. 161.

(16) Deshenaux, a.g.e. s 19, Dunand a.g.e. s 27

Psikolojideki hükümler, mantıkta önermelere tekabül ederler. Vakıayı beyan edecek önerme (kaziye - proposition) bidayette hakimce meçhul bir önerme olduğu cihetle, hakimin birtakım malûm önermeler vaz' ederek bu meçhulü keşfe çalışması lâzım gelecektir. Bu faaliyetin, yani birtakım malûm önermeler vasıtasıyla meçhul önermeye intikali temin eden zihnî çalışmanın mantık dilinde adı, muhakeme (usavurma - raisonnement) dir. Burada hakim önüne getirilen hususî bir halin halledilmesi, yani birtakım küllî hükümlerin cüz'î hükümlere tatbik edilmesi mevzuubahis olduğundan bu muhakeme, kıyas (tasım-syllogisme) tarzında olacaktır (17).

İşte, vakıayı tesbite matuf olarak hakimin ve tarafların bütün faaliyetinin hedefi, bu kıyasın büyük önermesiyle (majeur) küçük önermesini (mineur) teşkile yarıyacak mûta (donné) lar temin etmektir. Bu önermeler vaz'edildikten sonra vakıa hakkında müsbet bir hükmü ifade edecek olan sonuç (netice-conclusion), mantikî bir zaruret icabı beyan edilecektir.

2 — Tesbit muamelesi:

a — Büyük önermenin teşkili:

Büyük önermeler, birtakım umumî ve mücerret (soyut-abstrait) hükümlerdir. Bunların, hukukî bir karakteri yoktur.

Bu hükümlerin en basiti lisan bilgilerdir. Söylenilen bir kelimededen onun ifade ettiği vakıaya intikal için, lisana vakıf olmak şart ve bazan da kâfidir (18).

İnsanın aklî faaliyetlerine istikamet veren ve mantık ilminin vücut sebebi olan bazı prensipler de büyük önermelerin teşkiline hizmet ederler. Bunlar, ayniyet (eşitlik-identité) ve tenakuzsuzluk (çelişmezlik-non contradiction) prensiplerine irca' olunan kaidelerdir. Mütearife (axiome) ve mevzua (postulat) ları da bu grupta zikretmek icabeder. Herhangi bir şey, bu kaidelere uymazsa, «muhal» telâkki olunarak reddolunur. Bir şeyin hem var hem yok olamayacağı, bir şahsın aynı anda iki mahalde bulunamayacağı, küllün cüzden büyük olduğu, bir kemiyete müsavi olan iki kemiyetin yekdiğerine müsavi olacağı gibi..

(17) Deshenaux, a.g.e. s 19.

(18) Stein, bir müstemleke sergisi münasebetiyle Berlinde bulunan ve hayatında ilk defa kar yağdığını müşahede eden bir Afrikalının, bu vakıayı ifade edemediğini, zira lisanında kar yağmasını ifade eden bir kelime mevcut olmadığını, misal olarak veriyor (Dunand, a.g.e. s 27).

Bunlar dışında bir de Alman hukukçuları tarafından ortaya atılan ve tecrübe kaide veya kıstasları (régles ou critères d'expérience) adı verilen umumî hükümler de gene büyük önermeler teşkiline yararlar.

Bunlar, rüyet edilmekte olan hadiseden tamamiyle müstakil ve mukaddem olmak üzere insanların ve eşyanın çok sayıda müşahedesinden çıkan, veya ilimden, san'atten, teknikten gelen umumî takdirler, tarifler hangi şartlarda muayyen neticeler doğacağını ifade eden prensiplerdir (19). Beyyine yükünün tevziinde bu kaideler aynı zamanda fiilî karine (présomption de fait) teşkil ederler. Esasen, kanunî karinelere de bu kaidelerin en umumî olanlarının taknin edilmiş olmasından başka bir şey değildir (20).

Bir insanın çok uzun seneler evvel cereyan etmiş karışık bir vâkıayı bütün teferrüatıyla hatırlıyamıyacağı, hiç kimsenin maddî ve manevî bir zaruret olmadıkça kendi zararına hareket etmek istemeyeceği, günlük alışverişlerimizi umumiyetle peşin para ile yaptığımız ve ödediğimiz para mukabilinde bir makbuz almadığımız (21), kadınların yaşama müddetinin erkeklerden biraz daha uzun olduğu, şahadet delilinin umumiyetle emniyetsiz bir isbat vasıtası olduğu (22), bir ziraatçının sun'î gübre olarak kimyaca saf bir madde satın almak istemeyeceği (23), kıymetli şeyler satan bir kimsenin alışverişinde daha dikkatli olacağı gibi.

Tecrübe kaideleri, hususî bir malûmat istemiyen ve normal seviyede bulunan bir insanın vakıf olabileceği bilgilerdir. Olabilir ki, bunlardan bazısı hakimce bilinmiyebilir veya vakıayı tesbite tahsis edilecek büyük önermenin teşkili daha hususî mahiyette, ancak muayyen bir sahada ihtisas sahibi olmuş kimselerin vakıf olabilecekleri bilgileri icabet-tirebilir. Bu takdirde, hakim, bu gibi mücerret hükümleri elde etmek için, bilirkişiden rey ve mütalaa isteyebilir (24).

(19) Deshenaux, a.g.e. s 27, Dunand, a.g.e. s 28, Ansay, HYU s 258 No. 125

(20) Dunand, a.g.e. s 29.

(21) Ansay, HYU, s 260 No. 126.

(22) " " s 258 No. 125.

(23) Deshenaux, a.g.e. s 20.

(24) Bilirkişinin rey ve mütaleası, kendisinin ilim ve ihtisas alanına giren soyut kuralların beyanına münhasır kalabilir. Bu kuralların ihtilâflı meseleye uygulanması, yargıcın kendisine ait bir iştir. Bilirkişinin yargıca bilinmiyen hukukî ve çok kerre tecrübî kurallar, meselâ ticarî örfler, borsa teamülleri, bir mahalde kullanılan sözlerin, diyalek ve tabirlerin manası, muayyen bir zamanda veya bir yerdeki fiat miktarı, şu veya bu miktarda veya cinsde gübre konulması halinde toprağın hasılatında olacak fazlalık hakkında, babalık davalarında kan münasebetlerine dair ve antropojik tedkikler üzerine vereceği bilgilerde olduğu gibi (Ansay, HYU, s 269 No. 136).

b — Küçük önermenin teşkili:**aa — Hakimin vakıaları bizzat müşahedesini.**

Vakıa mefhumunu incelerken, bazı vakıaların ortada mevcut ve hakimin bilfiil müşahedesine salih olduklarını görmüştük. Bu vakıaları, lüzum gördüğü takdirde hakim, doğrudan doğruya müşahede ederek, haseleri vasıtasıyla aldığı intibalardan, kuracağı muhakemenin küçük önermesini teşkil eder. Keşifte ve kanunumuzun «hususî esbabı hüküm» dediği, hakimin hisleri vasıtasıyla doğrudan doğruya muayenesi, yoklaması suretiyle bilgi aldığı hallerde keyfiyet böyledir. Burada araya hiçbir mutavassıt girmeksizin, hakim, hükmüne medar olacak mütaları bizzat elde etmektedir. (25).

bb — Hakimin delilleri takdiri:

Çok defa vakıalar, böyle bizzat hakimin müşahedesine mevzu teşkil edemezler. Birçok vakıaları, taraflar iddia ve defilerinde hakime tasvir ederler. Bu halde bu vakıaların, hakimin zihninde hakikate uygun şekilde tecessümü için, tarafların sübjektif beyanları kâfi gelmez. Bu beyanları teyid edecek ve hakimde kanaat tevliğine hizmet edecek isbat vasıtalarına ihtiyaç hasıl olacaktır. Bazı vakıalar da, bir yaranın durumu, müddeabih arazinin yüz ölçümü gibi, hakimin mücerret müşahedesinin aydınlatamayacağı ve ancak ihtisas erbabı kimselerin tesbit edebileceği vakılardır.

İşte, hakimin, davanın halline tesir edecek münazalı vakıaların isbatı için getirilen bu vasıtaları, vakıayı tesbite matuf olarak değerlendirmesi ne, delil'erin takdiri (*appréciation des preuves*) diyoruz.

Bu takdir, iki safhada cereyan edecektir (26):

Birinci safhada hakim, getirilen deliller arasında bir tercih yapacaktır. Mütenakız şahadetlerden hangisinin kabule şayan olduğu, bilirkişi raporuna istinad etmek lâzım gelip gelmediği gibi hususlarda yukarıda zikrettiğimiz umumî kaideler yardımıyla bir hüküm verecektir.

İkinci safhada ise, nazara alınan kabule şayan görülen delil üzerinde teemmülde bulunacak ve bu suretle vakıa hakkında hükmünü verecektir.

(25) Hakikatte keşif ve hususî hüküm sebeplerinin ikisinde de hakimin haseleri vasıtasıyla yapacağı tedkikat bahis mevzuudur; Kanunumuz, keşif tabirini daha ziyade gayrimenkûller için kullanmıştır (Ansay, HYU, s 306, No. 153)

(26) Desbenaux, a.g.e. s 21

Farz edelim ki, 40 liralık bir alacak davasında üç şahit dinlenmiş, bu şahitlerden ikisi alacağın mevcudiyeti yolunda, birisi de bu hususun aksine şahadet etmişlerdir. Hakim, evvelâ, şahitlerin taraflarla ve dava mevzuuyla ilgileri, ifade verirken takındıkları tavırlar ve «anlattıkları vakıaları eşyanın zarurî cereyanına uydurarak ve kendi tecrübesine göre ifadeler arasındaki münasebetleri mürakabesinin süzgecinden geçirerek elde edeceği müsbet veya menfi kanaatler» (27) vasıtasıyla bu şahitlerden hangisinin samimî olduğu hususunda bir hüküm verecek, ondan sonra samimiyetini kabul ettiği şahidin veya şahitlerin ifadesini vakıayı tesbitte kullanarak, alacağın mevcudiyetine veya ademi mevcudiyetine karar verecektir.

c) Tesbit hükmü:

Bütün bu muameleler sonunda, hakim vakıa hükmünü (jugement de fait) verecektir. Vakıanın mevcut olup olmadığını, tarihini, sebebini, madî vasfını müsbet olarak beyan edecektir. Bu suretle, hukuku tatbik edeceği malzemeyi elle tutulur bir hale getirmiş olacaktır.

Netice olarak söyleyebiliriz ki, vakıayı tesbit eden hükme, ne hakim tarafından ve ne de hakimin kanaatinin teşekkülüne yardım eden bilirkişiler tarafında hukukî bir unsur idhal edilmemektedir. Vakıa tesbitinde, kıymet hükümlerinden tamamen âzâde olarak, bir hakikat ve mevcudiyetin beyan edilmesi mevzuubahistir.

III — HUKUK MES'ELESİ

A — Hukuk kaidelerinin mahiyeti

Hakimin, bir şe'niyet hükmü halinde vakıayı tesbit etmesinden sonra, bu vakıaları muayyen bazı ölçülere nisbetle kıymet hükümleri vermesine sıra gelecektir. Bu ölçüler, kanun maddeleri, umumî hukuk prensipleri, örf ve âdet hukuku ve hukukî muameleleri içine alan hukuk kaideleridir.

Mezkûr kaidelerin muhtevası tedkik olunduğu zaman, daima iki unsur göze çarpar (28):

(27) Karafakih, (İ. Hakkı). Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952, s. 209 No. 183

(28) Deshenaux, a.g.e. s 10, Pasquier, Claud du, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchâtel 1937 s 81 No. 112

Bu unsurlardan birincisi, bir faraziyeyi ifade eden mücerret bazı vakıâlardır (le fait initial, le fait soumis au droit, le fait juridique, Tatbestand) Bu vakıalar, yukarda incelediğimiz vakıalar gibi müşahhas ve mevcut değil, kaidenin vazıı tarafından olacağı farz edilen ve kaidenin tatbiki için lâzım gelen şartı gösteren mücerret mefhumlardır.

İkinci unsur ise, faraziyenin tahakkuku halinde meydana gelecek hukukî netice (conséquence juridique, Rechtsfolge) dir.

Rüşt onsekiz yaşın ikmaliyle başlar, ananın gebe kaldığı zaman iffetsizlikle me'luf olduğu sabit olursa babalık davası reddolunur, mukaveleye riayetsizlik eden taraf diğer tarafa 500 lira cezaî şart ödiyecektir misallerinde görüldüğü üzere, bir şahsın 18 yaşında olması, ananın iffetsizlikle me'lûf bulunması, bir tarafın mukaveleye riayetsizlik etmesi gibi unsurlar, mücerret bazı vakıalardır. Bu vakıalar, A adındaki şahsın 18 sene evvel doğmuş olması, B adındaki annenin gebelik ânında çocuğun babasının kim olduğunun tesbitine imkân bırakmayacak derecede muhtelif kimselele düşüp kalkmış olması, âkid C nin mukaveleye göre teslim etmesi gereken malı teslim etmemiş olması şeklinde müşahhas olarak tahakkuk ettikleri takdirde, rüşt hali, babalık davasının reddi, cezaî şart ödenmesi gibi neticeler doğacaktır.

Kaidelerin muhtevastındaki bu unsurlar, her zaman açık bir şekilde isimlendirilmiş değildirler. Meselâ BK. nun 43. üncü maddesindeki «Hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatarın hususî ağırlığına göre tazminatın suretini tayin eder» kaidesinde, gerek farazî vakıa (müşahhas vakıanın arz ettiği hususiyetler, kusurun hususî ağırlığı) ve gerekse hukukî netice (toptan bir meblâğ ödetme, irad şeklinde bir tazminata hükmetmek vs.) unsurlarında, kanun vazıı tarafından kasden yapılmış ve tavzihi, hakimin maddî hukuk bakımından takdir hakkına terk edilmiş bir müphemiyet mevcuttur.

B — Hukuk kaidesinin tatbik mekanizması

1 — Hadiseye kabîî tatbik hukuk kaidesinin bulunması:

Hukuk kaidesinin tatbiki, gene bazı umumî mahiyetteki hükümlerin hususî hallere teşmil olunmasını tazammun ettiğinden, bu tatbik de bir kıyas yapmağı icabettirecektir. Şu halde evvelemirde bu kıyasın büyük önermesi olan hukuk kaidesinin bulunması lâzım gelmektedir.

Hakim, bu kaideleri, tarafların iddialarından müstakil ve hattâ bu iddialara muhalif olarak kendisi bulacaktır. Tarafların hukukî unsurlara müteallik iddia ve defileri, nihayet hakimi tenvir edici bazı temenniler-

den başka bir mahiyet taşımamaktadır. Tesbit edilen vakıya, bir kanun hükmünün mü, yoksa mevcudiyeti bir vakıa halinde tesbit edilmiş bulunan mukavele hükmünün mü veya örf ve âdet kaidelerinin mi tatbik edileceğini hakim tayin edecektir.

Ancak, mahkemece bilinmiyen bir örf ve âdet kaidelerini taraflar isbatla mükelleftir. Diğer taraftan hadiseye bir yabancı kanunun tatbik edilip edilmeyeceğinin tayin de, iddia halinde, hakime aittir. Zira Devletler Hususî Hukuku dahilî hukuktandır (29). Hakim, yabancı kanun hükmünün tatbik edilebileceğini kabul ettikten sonra, buna istinad eden taraf, bu yabancı kanun hükmünü isbatla mükelleftir (HUMK m 76). Şu kadar ki, bir hukuk kaidelerinin isbatı mevzu bahis olduğundan, vakıaların isbatındaki dar manasıyla isbat yükü burada tatbik edilmez (30).

2) Hukuk kaidelerinin tefsiri:

Hukuku, vakıaya tatbik edebilmek için, hukuku ve vakıayı iyice tanımak lâzımdır (31). Vakıanın tesbitinde, hakimin, vakıayı her türlü tereddütten âzade olarak tanımak için, yaptığı faaliyeti incelemiştir. Hukuk unsurunu iyice tanımak için de, hakimin bulduğu kaideyi tefsir etmesi, tavzih etmesi lâzım gelmektedir.

Hukukî lisan, teknik bir lisandır. Hukuk kaidelerinin muhtevasında bulunan ve ilk bakışta carî bir mefhum gibi görünen kelimeler dahî, hukukî nizam içinde kendilerine has manalar alırlar. Meselâ Medenî Kanunun 129. uncu maddesinde «karı kocadan her biri diğerinin zina etmesi sebebiyle boşanma davasında bulunabilir. Af Halinde dava mesmu olmaz» deniliyor, «af» tabiri, günlük hayatta da kullanılan bir tabirdir. Fakat kanunen bir eşin af etmiş sayılması için ne gibi şartlar lâzımdır, bunu ne şarâaten ve ne de zimnen kanunda bulmak mümkün değildir. Ancak, kanunun maksadına göre bu mefhumdan ne kastedilmiş olduğunu, hâkim burada tafsilâtına girmeyeceğimiz tefsir metodlarına başvurarak arıyacak, buradaki af sarîh mi olmalıdır, zimnî de olabilir mi, yahut bir af kanunuyla zina suçunu işleyenler affedilmiş olurlarsa, bu af, mezkûr maddedeki af mefhumuna tekabül eder mi, bütün bunları tavzih edecektir.

(29) Dunand, a.g.e. s 32.

(30) Alman Usul Kanunu'nun 293. üncü maddesinde, yabancı hukukun, ancak hakimce bilinmediği hallerde isbata muhtaç olduğu ve hakimin bu isbatta tarafların temin ettiği isbat vasıtalarıyla bağlı olmadığı sarahatle hükme bağlanmıştır (Dunand, a.g.e. s 33).

(31) L'Huillier, Laurent. *Appréciation juridique des faits* (Makale) Publication de la faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Genève.

Hukuk kaidelerinin muhtevasında bazan da ilmî ve teknik terimlere tesadüf edilir. Bu terimlerin de, ait oldukları branştaki manaları ile hukuk nizamı içindeki manaları aynı değildir. Meselâ, MK. un 133 üncü maddesinde boşanma sebebi olarak zikredilen akıl hastalığının tıbbî bakımdan şifası kabil olmadığı doktor raporunda beyan edilse dahi, hâkim, müşterek hayatın devamının çekilmez hale gelmesi bakımından, sosyal bir şifanın mümkün olabileceğini takdir edebilir (32).

Bazı hukukî mefhumlar, kanunda tarif edilmiş olsalar dahi, bu tarifteki mefhumların da gene tefsir ve tavsih icabeder. Diğer taraftan, hukukşinasların ve jürisprüdansın, kanunda tarif edilmemiş mefhumlara müteallik tarifleri de kanunun tatbikat seyri içinde, hayat şartlarının tahavvüllerine göre, hakime kanunun tefsirinde rehber olurlar(33).

Hakim, bir vakıa olarak tesbit ettiği akit hükümlerini de aynı şekilde tarafların hakikî iradelerine göre tefsir edecektir. Bu tefsir de tamamen bir hukuk meselesidir. Bir akdin şekil ve şartlarını tayinde tarafların gerek sehven ve gerekse akiddeki hakikî maksadlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakmıyarak, hakimin, onların hakikî ve müşterek maksadlarını araması lâzım geldiği hususundaki kanun hükmü (BK. m 18), bu tefsirin tamamen bir hukuk işi olduğunu göstermektedir. Zira hâkim, bu tefsirde yanılmış, yani akdi tarafların hakikî maksadlarına göre tefsir edememişse, bu kanun hükmünü ihlâl etmiş olur.

3 — Mücerret vakıa ile müşahhas vakıanın mukayesesi:

Bu safhada hakim, tesbit etmiş olduğu müşahhas vakıa ile, hukuk kaidelerinin muhtevasında bulunan ve tavsih ve tefsir ettiği mücerret vakıayı mukayese edecektir (Subsumtion). Bu safha, vakıaların tavsifi safhasıdır.

İleride daha tafsilâtlı olarak tedkik edeceğimiz üzere, bu safha, vakıa ve hukuk meselelerinin en ziyade karıştırıldığı bir safhadır. Buna sebep, bazan kanunda basit mefhumlar kullanılmış olması ve vakıanın tesbiti ile, tavsifinin bu hallerde birbirine intibak etmesidir. Meselâ, intifa hakkı, sahibinin ölümüyle sona erer kaidelerinin tatbikinde, X adlı şahsın ölümünün tesbiti, aynı zamanda kaidenin muhtevasındaki mücerret vakıa olan «ölüm» keyfiyetinin de tahakkuk etmesi demektir. Zira, bugünkü mevzuatta, medenî ölüm mevzuubahis olmayıp yalnız fizikî ölüm

(32) Wuarin, Albert. Causes de divorces. FJS No. 514

(33) Geçimsizlik demek, karı kocanın yekdiğerine saygı göstermiyerek aralarında münaferet hasıl olmasıdır (Tem. 2 HD. 27/I/951, 383/ 456 Kâmil Tepeci, Notlu ve izahlı Kanunu Medenî Ankara 1955 s. 161).

vardır ve yukardaki kaidenin muhtevasında da bu fizikî ölüm tanzim edilmiştir (34).

Diğer hallerde ise, bu tavsif kayfiyeti tamamen bir hukuk işidir. Esasen, hakimin, hukuk kaidesini doğru tefsir edip etmediği, ancak vakıaların tavsifinde tezahür edecektir.

4 — Hukukî neticenin beyanı:

Yukardaki mekanizma, doğru olarak kurulduktan sonra, hukukî netice, mantıkî bir zaruret icabı beyan edilebilecektir. Hukukî netice, müsbet (borcun sebebini ihtiva etmemiş olmasa bile borç ikrarı muteberdir) veya menfi (evlenme halinde evlatlık hükmü kalmaz) olabileceği gibi, hakimin takdirine bağlı olmak üzere alternatif (boşanma sebeplerinden biri sabit olursa, hakim ya boşanmağa veya ayrılığa hüküm ile mükelleftir) de olabilir. Bu son halde, hakim, maddî hukuk bakımından takdir hakkına ait kanunî hükümlere riayet ederek, neticelerden birine hükmedecektir.

5 — Hukukun tathikine misaller:

Hukuk kaidesinin muhtevasındaki vakıayı A, hukukî neticeyi O, tesbit edilen müşahhas vakıayı C harfiyle gösterirsek, yukardaki muhakeme zincirini şu şekilde formüle edebiliriz:

A = B Hukuk kaidesi.

C = A Mücerret vakıa ile müşahhas vakıanın mukayesesi.

C = B Hukukî neticenin beyanı.

Bir davada borçlu olan şahıs, dava mevzuu mukaveleyi alacaklının kendisini tabancayla tehdit etmesi neticesinde imzaladığını beyan etmektedir. Hakim, evvelâ iddia edilen bu vakıayı tesbit edecektir. Bu vakıayı bütün maddî unsurlarıyla tesbit ettikten sonra, hediseye uyan hukuk kaidesini araştıracaktır. Borçlar Kanunu'nun «iki taraftan biri, diğer tarafın ikrahiyle bir akit yapmış olursa, kendi hakkında lüzum ifade etmez» şeklindeki 29. uncu maddesini bulduktan sonra, bu kaidenin muhtevasındaki ikrahın şartlarını sayan ve «ikrah olunan taraf, hal ve mevkiine nazaran kendisinin yahut yakın akrabasından birisinin hayat veya şahıs veya malları ağır ve derhal vukubulacak bir tehlikeye maruz olduğuna kanaat getirdiği takdirde ikrah muteber addolunur» şeklinde olan 30. uncu madde delâletiyle ikrah mefhumunu tanzih edecektir. Neticede, bu mefhumun,

(34) Deshenaux, a. g. e. s. 38.

âkitte husule gelen samimî bir korkudan ibaret olduğunu teemmül ettikten sonra, bir şahsın tabanca tehdidi altında akdi imza etmesinin ikrahın şartlarına uyduğunu söyleyecek ve bundan sonra da «borçlu akitle mülzem değildir» şeklinde hukukî neticeyi beyan edecektir. Bîlfarz hakim, daha evvel, tehditte kullanılan tabancanın boş olduğunu ve borçlunun da bu keyfiyete vakıf bulunduğunu tesbit etmişse, bu takdirde, borçluda «samimî korku» nun husule gelmediğini, binanenaleyh akitle mülzem olduğunu karar altına alacaktır (35).

IV - TEMYİZ MAHKEMESİNİN KONTROLÜ

A - Vakıa, tesbitinde temyiz mahkemesinin rolü

1 — Hakimlerin, vakıa tesbitinde son selâhiyetli olmaları prensibi:

Hakimlerin, vakıaları tesbit ederken, hukukî karakteri olmıyan bazı normları, duruşma sırasında gerek bizzat vakıaları müşahede ve gerekse ikame olunan delilleri gene birtakım fiilî müşahedeler yardımıyla takdir etmek suretiyle temin ettikleri mütalara tatbik ve bu yolda bir şe'niyet hükmü tesis eyledikleri arz etmiştik.

Ayrıca bir istinaf derecesi olmıyan bizim adlî teşkilâtımıza nazaran, mahkemelerden verilen hükümlerin kontrol mercii Temyiz Mahkemesidir. Bu mahkeme, bir derece mahkemesi, bir vakıa mahkemesi değildir (36). Davayı esas itibariyle evrak üzerinde tedkik ve rüyet eder (HUMK. m. 438). Bu sebeple, şahit dinlemez, keşif ve bilirkişi tedkikatı yaptırmaz. Mahkemede iddia olunmamış bir vakıayı veya ikame olunmamış bir delili temyizen nazara alamaz (37).

Usul Kanunumuzda, mikdar ve kıymeti 2000 lirayı aşan davalarla ahkâmı şahsiyeye müteallik davalarda, temyizde mürafaa icrasının kabul edilmiş olması, kanaatimizce Temyiz Mahkemesinin bu karakterine bir istisna teşkil etmez (38). Zira bu mürafaalarda, taraflar yeni vakıâlar ve

(35) L'Huillier, Laurent, a. g. m.

(36) Ansay, HYU, s. 335 No. 164. Garsonnet et César Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*. Tome VI Paris 1915 s. 658. No. 375. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*. Tome III Paris 1929 s. 493 No. 960. Morel, René. *Traité de procédure civile*, Paris 1949 s. 104 No. 100, s. 514 No. 667.

(37) Tem. HGK 4/5/951 3-143-56/K. 97 TİK C. 5 s. 398.

(38) Sayın Prof. Karafakih, bizim kanunumuzun mürafaa usulünü kabul etmiş olmakla, tarafların yeniden muhakeme olmıyacıkları ve maddî hataların temyizde tedkik edilemeyeceği kaidesinden ayrıldığı kanaatindedir (a. g. e. 297, No. 219).

yeni deliller ileri süremezler. Bir duruşma zabtı dahi tanzim olunmaz. Temyiz mahkemesi, tarafları isticvap hakkına malik değildir (39). HUMK nun 438/2 nci maddesi gereğince Temyiz mahkemesi izahat almak için iki tarafı kendiliğinden davet etmiş olsa dahi, gene tarafların bu mürafaalardaki durumu isticvaba benzetilemez. Zira, HUMK nun 234. üncü maddesi gereğince, isticvap için yeniden yapılacak davete icabet etmiyen taraf, isticvap mevzuu olan vakiayı ikrar etmiş sayılacağı halde, temyiz mürafaalarına gelmemenin tek müeyyidesi, HUMK m 438/1 gereğince tedkikatın evrak üzerinde yapılmasıdır. Bu mürafaalarda, taraflardan birisi, duruşma sırasında inkâr etmiş olduğu bir vakiayı ikrar etse, Temyiz Mahkemesinin, tarafın bu beyanını tavzih ettirmesi ve eğer bu ikrar bir kabule mahmul ise, keyfiyeti bir zabıtla tevsik ederek o cihetten temyiz tedkikatına mahal olmadığına karar vermesi, aksi halde dosya muhteviyatıyla amel etmesi icabeder (40).

Temyiz mürafaalarının faydası, nihayet, Temyiz dairelerinin evrak üzerinde yaptıkları tedkiklerde bu tedkiklerin heyetçe değil, ekseriya raporörler delâletiyle yapılmakta olması yüzünden bazı inceliklerin gözden kaçması ihtimali her zaman hatıra geleceği sebebiyle, tarafların bu incelikleri şifahen istedikleri gibi heyete arz eylemelerini ve lâyihalar dışında bir beyanda bulunmalarına imkân olmamakla beraber, lâyihalardaki iddia ve müdafaaları tebarüz ettirmelerini sağlamaktır (42).

Bütün bu sebeplerle, Temyiz mahkemesinin ilk mahkemenin duruşma esnasında edindiği intibaları elde etmesine maddeten imkân olmayacağı âşikârdır. Gerçi dosyada şahitlerin ifadeleri, tarafların beyanları, bilirkişi raporları vs. yazılı olarak mevcuttur. Ancak, bütün bunlar hakkında salim bir takdir yapabilmek için davanın cereyanı sırasında hazır bulunmuş, bilfarz şahitlerin ve tarafların beyanlarının ne tarzda ne surette yapıldığını, bu beyanların mütereddit, emniyetsiz yahut kat'i sözler mi olduğunu, şahidin ifade verirken müteheyyiç mi yoksa sakın mi idüğünü müşahede etmiş bulunmak lâzımdır. Bütün bunların, şüphesiz tahriri olarak kâğıt üzerinde tesbit edilmesi de imkânsızdır (42).

Temyiz mahkemesi, bu intibaları elde edemeyeceğine nazaran hakimlerin vakıaları tesbite müteallik hükümlerinin psikolojideki şe'niyet hü-

(39) Garsonnet et César Bru, a. g. e. C. I, No, 124

(40) Sayın Hocam Ansay'ın şifahi izahatı.

(41) Bilgen, Avukat Samim, Temyiz mürafaalarından neler beklemekteyiz? (Makale) Ankara Barosu Dergisi C. 5 s. 425-427 yıl 1954

(42) Ansay, (Ord. Prof. Sabri Şakir) Mahkemelerde sesli film ve gramofon (Makale) Adliye Ceridesi yıl 1938 s. 782.

kümlerinde olduğu gibi, kat'i olması, Temyiz mahkemesinin bu tesbitlere dokunmaması evveleminde bir zaruretin ifadesidir. Hattâ, bu zaruretin bir neticesi olarak, HUMK m. 427/2 ci maddesi gereğince Başmüddeiumumî tarafından kanun nef'ine yapılan temyizde de bu prensibin cari olması icabeder (43).

Diğer taraftan, Temyiz mahkemesi bir kanun mahkemesidir. Vazifesi, kanunun müşahhas hadiseler tatbikinde bir vahdet temin etmektir. Böyle bir yüksek mürakabe organına duyulan ihtiyaç, mahkemelere karşı duyulan emniyetsizlikten ziyade, kazaî bir vahdet temini gayesinden doğmuştur. Binaenaleyh, esasen Millet adına hüküm veren mahkemelerin, nihayet tecrübeli ve mantık, iz'an sahibi bir insanın müşahadelere neticesi varabileceği bazı şey'niyet hükümlerinde yanılmıyacaklarını ve bu sebeple bu hükümlerinin kat'i olması iktiza edeceğini kabul etmek icabeder.

Kanunumuzda bu prensibi sarih olarak ifade eden bir hükme tesadüf etmiyoruz. Ancak, Usul Kanunumuzun 240. inci maddesinde hakimin delilleri serbestçe takdir edeceğinin hükme bağlanması ve Temyiz sebeplerinden bahseden 428 inci maddede vakıa tesbitindeki hataların bir temyiz sebebi olarak zikredilmemiş olması, bu prensibin kanunumuz tarafından teyid edildiğine bir delildir. Esasen yukarıda izah olunduğu veçhiyle, bu prensibin aksi kanunda kabul edilmiş olsaydı, böyle bir mürakabe fiilen gene mümkün olmayacak, nihayet Temyiz mahkemesinin delilleri tamamen keyfî bir şekilde takdir etmesine yol açılmış olacaktı.

2 — Prensibin istisnaları:

Temyiz mahkemesi, hakimlerin vakıa tesbitleriyle bağlı olmakla beraber, vakıa sahasından büsbütün tecrid edilmiş değildir (44). Zira hakimin, vakıayı tesbit ederken kanunu ihlâl etmiş olması, yaptığı tesbitin sarahatle dosyadaki vesaikle mütenakız bulunması yahut aklen mümkün olmıyan bir hususa taallük etmesi de mümkündür. Bu hallerde, davanın gayesi olan hukukî himaye tahakkuk etmemiş olacağından, Temyiz mahkemesinin bu tesbitlere müdahale edebileceğini kabul etmek icabeder (45).

(43) Garsonnet et César Bru, a. g. e. C VII s. 658 No. 375,

(44) Tissier, a. g. e. s. 494, No, 960,

(45) İsviçre Federal Mahkeme teşkilâtı kanunu', 81 inci maddesinde, Federal Mahkemenin, kanton mahkemelerinin vakıa tesbitleriyle, bu tesbitler dava evrakıyla mütenakız bulunmamak ve federal kanun hükümlerine muhalif delil takdirlerine istinad etmiş olmamak şartıyla, bağlı olduğunu tasrih etmektedir (Wuarin, FJS No. 514 s. 3).

Şu halde, Temyiz mahkemesinin, vakıa tesbitine dokunabileceği hal-leri üç grupta tedkik etmek mümkündür:

a) Hakimın vakıayı tesbit ederken kanunu ihlâl etmiş olması:

Bu hali, aslında bir istisna olarak kabul etmemek iktiza eder. Temyiz mahkemesi, kanunun tatbikini mürakabeye selâhiyetli olduğuna göre, bu selâhiyet işbu hale de tabiatıyla şamil olacaktır. Hakim, vakıayı tesbit ederken üç halde kanunu ihlâl etmiş olur: 1) İddia yüküne, 2) İsbat yüküne 3) Delillerin takdiri serbestliğine konan istisnalara dair kanun hükümlerini ihlâl.

Bu üç hali sırasıyla tedkik edelim:

aa) İddia yüküne ait kaideleri ihlâl:

Medenî Kanununun 6. ncı maddesi gereğince herkes, müddeasını isbatla mükellef olduğundan, evveleminde kendisinden hak çıkarılmak istenen vakıaların iddia edilmesi lâzımgelir. Usul Kanunumuzun 179/1 inci maddesi de bu prensibi teyid eder.

Usul Hukukumuzda, vakıâların re'sen hakim tarafından davaya ithal edilmesi (Maxime de l'allégation d'office-Prufung von Amtswegen) kabul edilmemiştir. Bu prensip, ancak, hakim, dava şartları gibi, tarafların iddialarıyla bağlı olmayarak nazara almağa mecbur olduğu hususlarda cari-
dir (46). Bunun haricinde hakim, tarafların söylemediği hiçbir vakıayı re-
sen davaya ithal edemez ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi buluna-
maz (HUMK m 75). Bu sebeple, hakim tarafların iddiasının ortaya çıkara-
bileceği şekli bir hakikate istinad etmeğe mecburdur. Bu hakikat, objek-
tif hakikate uymıyabilir (47).

İşte hakim, bu prensibe muhalif olarak, tarafların iddia etmediği bir vakıayı davaya resen ithal etmişse veya kanuna muhalif olarak taraflardan

(46) Alman Usul Kanununun 139. uncu maddesi, hakim bu gibi resen nazara almağa mecbur olduğu vakıalar hakkında tarafların dikkatini çekebileceğini hükme bağlamaktadır (Dunand, a. g. e. s. 22).

Dava ehliyetini haiz olmayan devalı hakkında açılan davanın reddi lâzım gelmeyip, Usulün 39 ve müt. maddeleri uyarınca veli veya vasisi davet olunarak onlardan birinin huzuruyla duruşma yapmak iktiza eder (Tem. HGK 14/2/951 E. 3-103-34/K. 49 TİK C. 3, s. 425).

(47) Karafakih, a. g. e. s. 173, No, 154,

birine bazı hatırlatmalarda bulunmuşsa, bu yolda vereceği tesbit hükmünü Temyiz mahkemesinin bozması icabeder (48).

bb) İsbat yüküne ait kaideleri ihlâl:

İsbat, bir taraftan taraflara tahmil olunmuş bir mükellefiyet, diğer taraftan tarafların haiz olduğu bir haktır:

Medenî Kanununun 6. ncı maddesine göre, herkes müddeasını isbatla mükelleftir. Ancak bu umumî kaide, her hadisede isbatın kime ait olduğunu halletmeğe kâfi değildir. Bu sebeple, kanun, birçok maddelerinde, ayrıca isbatın kime terettüp edeceğini hükme bağlamaktadır (Meselâ BK nun' 42. nci maddesinde, zararı isbat müddeiye düşer demiştir). Bütün bunların dışında ve kanunda sarahat bulunmayan hallerde, hakim, takdir hakkına, hüsnüniyet kaidelerine, MK m I deki selâhiyetlerine dayanarak beyyine yükünü tevzi edecektir (49).

Görülüyor ki, beyyine yükünün tevzii meselesi, tamamen maddî hukuka ve bu hukukun tatbikine ait bir keyfiyettir. Bu sebeple, hakim bu tevzii yaparken yanılmışsa, bu yolda yapacağı vakia tesbiti de Temyiz mahkemesini bağlamıyacaktır (50).

Diğer taraftan arzettiğimiz gibi, isbat etmek aynı zamanda taraflara ta-

(48) Davacı tarafından ileri sürülmiyen ve davalının da müdafaasıyla alâkası bulunmayan bir hususun mücerret şahitler tarafından beyan edilmesi, tarafların iddia ve müdafaalarına müessir hukukî bir netice tevliid etmez (Tem HGK. 20/9/950, E. 3-144-50/K 52 TİK C, 3, s. 444).

Tazminat davasında ehli-vukuf zararın talep edilenden fazla olduğunu beyan etse dahi, hakim ancak bidayette talep ve dava edilen mikdarla mukayyettir (Tem 4 HD 15/12/949, 7348/6609 TİK 7/372).

Dava, davalının arsasına iyi niyetle bina yapmaktan dolayı, MK nun 650. nci maddesine tevfiikan arsanın muhik tazminat karşılığında davacıya temliki isteminden ve savunma ise bunun davalı tarafından yapılmış olduğu ve davacının bina ile bir ilgisi bulunmadığını beyandan ibaret olmasına . . . ve olayda ne davacı tarafından ve ne de davalı tarafından bağışlamaya ve zaman aşımına yöneltilmiş bir iddia ve savunma ileri sürülmemiş olmasına göre bağışlamadan ve rücu şartı bulunmadığından bahsile davanın reddi yolsuzdur (Tem. 5 HD 11/4/950 E. 4092/K 541 TİK C, I, s. 635).

(49) Ansay, HYU, s. 250 No. 122.

(50) İpotekli borcuna mahsuben 100 lira tediye ettiği hakkında davacıdan beyyine talep olunmak ve ibraz edemediği takdirde talebiyle davalı alacaklı tahlif olunarak halli mesele edilmek iktiza ederken, beyyinenin davalıdan istenmesi ve isbat edemediği beyaniyle davacıya yemin teklif edilmesi yolsuzdur (Tem. HGK 3/1/954 4-37-3/3 TİK C, 3. s. 439).

Mk. nun 6 ncı maddesi hilâfına, davalının ikrah hakkındaki def'inin davacıya tahmili yolsuzdur (Tem. 3 HD 7/1/952 5/1547 TİK C, 7 s. 74).

nınmış bir haktır. Binaenaleyh, taraflardan birisinin ileri sürdüğü bir vakıaya ve bu vakıanın isbatı talebini hakim nazara almamış ve tarafın ikame ettiği delili dinlememişse, hakim bu şekilde tesbit ettiği vakıa da keza kanuna muhalif olarak tesbit edilmiş olacaktır. Esasen, HUMK nun 428/6 ıncı maddesinde «iki taraftan birinin davasını isbat için serdettiği delillerin sebebi kanuniyeye müstenid olmıyarak kabul edilmemesi» müstakillen bozma sebebi sayılmıştır (51).

Ancak burada üzerinde durulmağa değer diğer bir mesele karşımıza çıkmaktadır: Delil, davanın halline müessir münazaalı vakıaların isbatı için getirilir (HUMK m 238). Şu halde, davanın halline müessir olmıyan bir vakıayı ve bu vakıanın isbatı talebini hakim nazara almamışsa, tarafın «ispat hakkı» ihlâl edilmiş olmaz. Bir vakıanın davanın halline tesiri olup olmıyacağını ve gösterilen delillerden hangisinin kabule şayan olduğunu esbabı mucibi beyaniyle tayin hakime aittir (52). Ancak, hakim, bu esbabı mucibeyi vakıa tesbitindeki faaliyetine istinad ettirmekte ise, Temyiz mahkemesinin buna dokunmaması, buna mukabil teklif olunan vakıayı ve bu vakıanın isbatı talebini hukukî meselenin vafına müsteniden reddetmişse, Temyiz mahkemesinin bu red keyfiyetini mürakabe etmesi icabeder (53).

cc — Delillerin takdiri serbestliğine konan kanunî istisnalara muhalefet:

Bu istisnaları iki grupta inceliyebiliriz:

a) Kanun bazı vakıaların muayyen delillerle isbatını emretmiştir. Meselâ, mikdar ve kıymeti 5000 kuruşu mütecaviz iddiaların senetle isbatı (HUMK m 288), boşanma sebebi olacak akıl hastalığının doktor raporuyla tesbiti (MK, m 133) icabeder. Diğer taraftan, HUMK. nun 287. inci maddesi gereğince iki taraf arasında, bazı hususların ancak muayyen delillerle isbat edileceği hususunda yazılı ve kanunen muteber bir beyyine mukavelesi mevcut olabilir.

(51) Tarafların akdın esaslı noktalarında ittifak edip teferrüatında ihtilâf etmiş olmalarına göre hadisede şahit dinlenmesi caiz olduğundan davacıların şahitlerinin dinlenmesiyle tebeyyün edecek hale göre bir karar verilmesi lâzımdır (Tem. 4. HD. 3/4/1942, 1552. 1036. Kâmil Tepeci, Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu s. 21).

(52) Karafakih, a. g. e. s. 175, No. 155.

(53) Solus (M. Henri). Rôle du juge dans l'administration de la preuve. (Konferans) Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris 1950 s 131..

Bu takdirde, hakim, kanaatini, ancak bu delillerle tesis etmeğe mecbur olup, bunun aksine hareket etmişse, yaptığı tesbit hükümsüz olur (54).

b) Bazı delillerin isbat kuvvetini bizzat kanun tayin etmiştir. İkrar yemin, kesin hüküm, resmî senet ve siciller, imzası ikrar ve kabul edilen senetler gibi şartlarını kanunun tayin ettiği ve mahkemenin kanaatini celp için yine kanunun kâfi addettiği deliller muvacehesinde hakim delilleri serbestçe takdir hakından bahsedilemez (55). Bu sebeple, hakim, bu delillerin isbat kuvvetini tanımamışsa, yapacağı tesbiti gene Temyiz mahkemesi bozar (56)

b) Tesbitin dosya muhteviyatıyla mütenakız olması:

Hakimin vakıayı tesbit sadedinde vereceği hükmün, dosyada mevcut evrakla tezdad halinde bulunmaması lâzımdır. Aksi halde, yargılama yapmanın ve delil istimanının sebep ve manası kalmaz. Bu halde de, hakim dosyada mevcut bir vesaike ihmal etmiş, yahut hiçbir mucib sebep olmaksızın bu vesaike muhalif bir tesbit yapmış olmasa halinde ve münazaanın hukukî mahiyeti için ehemmiyetli tesbitlere münhasır olmak üzere, Temyiz mahkemesinin müdahalesi kabul olunabilir (57).

c). Tesbitin maddeten mümkün olmıyan bir hususa t̄allûk etmesi:

Yukarda, hakim vakıayı tesbit mekanizmasını tedkik ederken, birtakım mantık kanunlarının da bu tesbit hükümlerinin tesisinde rol oynama-

(54) Davanın konusu 50 lirayı mütecaviz bulunmasına ve davacının nezaret altında bulunması veya mevkuf olması Usulün 293. üncü maddesinde yazılı istisnaî hallerden olmadığı gibi bir mevkufun durumu her zaman senet tanzimine müsait olmasına göre, olayda şahit istimaina cevaz yokken aksi iltizam olunarak dinlenen şahitlerin ihbarlarına müsteniden tahsile karar verilmesi yolsuzdur (Tem. 3 HD. 16/11/951 15414/11623 TİK C. 6 s. 1313).

(55) Onar, S. S. ve Belgesay, M. R. Adliye Hukukunun Umumî esasları s. 104.

(56) Davacıların murisleri tarafından, davacıların telakkii mülk etmiş oldukları şahısların fariği aleyhine açılmış olan dava, davalının fariğleri aleyhine neticelenmiş ve muhkem kaziye halini infaz edilmiş olmasına ve davalılar tarafından âhiren vaki tecavüzün men'i hakkında davacıların ikame etmiş oldukları davanın da sebep ve mevzuu aynı mahiyette olması hasebiyle evvelki hükmün, davalılar aleyhine delil teşkil edebileceğine binaen, usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına... (Tem. I. HD. 5/7/952 E. 9310 K. 3341 TİK C. 6. s. 1310).

(57) Bourgnecht, Jean. Le recours au tribunal fédéral en matière pénale (rapport) Zeitschrift für Schweizeres Reht, Neue Folge, Band 60 Heft 3 Basel 1941.

Dinlenen şahitler, bu yerlerin kadimdenberi köyün mer'ası olduğunu bilmediklerini, ancak köye ait yer olduğunu söylemiş olmalarına göre, davacı köyün kadim mer'a iddiası isbat edilmemiş iken, kadim mer'a iddiasının sübutundan bahsedilmesi yolsuzdur (Tem. I HD 3/1/952 2264/26 TİK C. 7 s. 98).

dığını arz etmiştik. Mantık kanunları insandan insana değişmiyeceğine nazaran, hakimin bu kanunlara muhalif olarak bir tesbit yapmış olması halinde temyiz mahkemesini bu tesbitle bağlı saymak, hukuk mantığına aykırı düşer. Bu sebeple, Temyiz mahkemesine bu şekilde yapılmış tesbitlere dokunmak selâhiyetini tanımak icabeder. Hakim, eski hukukumuzdaki tabir ile «mahsûsun hilâfı» bir tesbit yapmışsa, yaptığı tesbit aklen mümkün olmayan bir hususa dairse, temyiz mahkemesi bu tesbiti bözmelidir (58).

3 — Kesin hüküm bakımından vakıa tesbiti (59)

Bu bahsî bitirirken, hakimlerin vakıayı tesbite müteallik hükümlerinin kesin hüküm zaviyesinden, durumunu kısaca tedkik etmek de faideden hali değildir.

Kanunumuz, vakıalara istinad nazariyesini benimsediğinden, kesin hüküm, davanın sebebi olarak ileri sürülen iddianın mesnedini teşkil eden vakıalara göre tayin edilir. Şu halde, muayyen bir vakıaya istinadla bir dava açan kimse, bu davası, bu vakıanın mevcut olmadığının tesbiti sebebiyle reddedilirse, aynı vakıaya istinadla tekrar dava açamaz. Meselâ bir malın kendisine hibe edilmiş olduğu vakıasına istinadla mülkiyet davası açan kimsenin davası, hibe vakıasının ademi mevcudiyetinin tesbiti dolayısıyla reddedilmiş ise bu kimse, artık bir daha hibeye müsteniden dava açamaz. Buna mukabil, bir karzın faizini dava eden bir kimsenin bu davası, karzın ademi mevcudiyetinden dolayı reddedebilirse, bu kimse,

(58) Davacının 30/11/932 tarihinde nüfus siciline 1/1/931 doğumlu olarak kaydedildiği anlaşılmasına ve doğumdan evvel bir kimsenin nüfus siciline kaydedilmesi mümkün olmayacağından, davacının doğum tarihinin 935 olarak tashih edilmesine kayden engel bulunduğu tezahür eylesine ve şu suretle dinlenen şahitlerin ihbaratı maddeten imkân dahilinde olmayan bir hususa taallük ettiğinden kabule değer mahiyette bulunmamasına binaen, bu hususlar gözönünde tutulmuyarak yazılı şekilde tashihe karar verilmesi yolsuzdur. (Tem. 3 HD, 22/10/951, 13885/10626 TİK C. 4, s. 1036).

Hernekadar taraflar arasında gebeliği tevliid ve babalığa karine teşkil edebilecek bazı münasebetlerin mevcudiyeti sabit olmuş ise de, mahkemece gerek Nümune hastanesinde gerek askerî Tıp akedemisinde yaptırılan kan grubu muayenesinde davacı ananın kan grubunun A, ve babalığı iddia olunan davalının O, çocuğunki ise AB olduğunun tesbit edilmesi sebebiyle, davalının bu çocuğun babası olamayacağı kat'i surette belirtilmiş olmasına ve davalının babalığı hakkında ciddî şüphe uyandıran bu hal karşısında MK. 301' in son fıkrası gereğince aynı maddenin 1. ci fıkrasındaki karineye itibar edilemeyeceğine... ve kan tahlili menfi netice verdiği cihetle davalının babalığı hakkında ciddî şüphe değil, baba olmasına fennen imkân bulunmadığını kabul zarurî olduğuna göre. (Tem. HUH. 24/10/1951, 115-117, Tepeci, Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenîsi, S. 321).

(59) Ansay, HYU, s. 358, No. 173.

karzın iadesi hususunda dava açabilir. Çünkü birinci davada, iddiasının mesnedi, yani dava sebebi olarak zikrettiği vakia, karzın mevcudiyeti değil, mevcut bir karz için faiz şart edilmiş olduğu idi.

Şu halde, bir davada dava sebebi olarak zikredilen vakıalar hakkında verilen tesbit hükmü ancak aynı taraflar için ve aynı dava sebebine istinaden açılan davalarda, kesin hüküm teşkil eder (60).

B — Hukuk sahasında Temyiz Mahkemesinin rolü:

I — Temyiz mahkemesinin hukukî sahada mutlak selâhiyeti prensibi:

Yukardanberi tafsilen arz edegeldiğimiz üzere, Temyiz mahkemesinin asıl vazifesi, hukukun memleket dahilinde seyyanen tatbikini temin etmektir. Bu sebeple, mahkemelerin hukukun tatbikine müteallik hükümlerini kontrol selâhiyetini, aşağıda inceleyeceğimiz pratik bazı tahditler mahfuz kalmak üzere, Temyiz mahkemesine tanımak, bu müessesenin vücut sebebini teşkil eder.

Yukarda, hukukun tatbikinin dört safhada cereyan ettiğini görmüştük. Şimdi, Temyiz mahkemesinin, kontrol selâhiyetini bu dört safhada nasıl kullanacağını sırasıyla tedkik edelim:

a — Hadiseye kabili tatbik hukuk kaidesinin bulunması safhası:

Hakim hadiseye kabili tatbik hukuk kaidesinin bulunmasında yanlış ise buna istinaden vereceği hüküm de tabiatıyla hukukî bakımdan yanlış olacaktır. Bilfarz, hakim, mülga bir kanunu hadiseye tatbik etmişse, mer'iyette bulunan bir kanunu mülga olduğu zanniyle tatbik etmemişse, taraflar arasında mukavele varken kanunu tatbik etmişse, mukavele ahlâk ve adaba mugayir ve binnetice batıl olduğu halde mukavele hükmünü tatbik etmişse, yabancı hukukun tatbikini kanuna muhalif olarak reddetmiş veya yabancı hukuk kabili tatbik olmadığı halde tatbik etmişse, kanunda sarîh hüküm varken, örf ve âdet kaidesini tatbik etmiş veya boşluğu doldurma yoluyla yeni bir kaide vazetmişse, vazı kanun selâhiyetiyle kaide vaz'ına mezun olduğu hallerde vaz'ettiği kaide hukukun umumî prensiblerine ve kanunun ruhuna uygun değilse, kanunun hadiseye kabili

(60) Bir hadisede, A. nin evi önünde bulunan kerestelerin Orman İdaresine aidiyeti, Ceza mahkemesinde tesbit olunarak, A ya kaçakçılıktan dolayı ceza tertip olunmuş ve üçüncü şahıs B ise, sonradan Orman İdaresi aleyhine Hukuk mahkemesinde istihkak davası açmıştı. B. nin bu davası, reddolunmuş ve Temyiz mahkemesince bu karar «Bir ceza davasında maddî vakıaları tesbit eden hüküm, üçüncü şahısları da ilzam eder» gerekçesiyle tasdik olunmuştur (Tem. 3 HD 20/12/952 E. 16801/K 12627 TİK C. 7 s. 379). Bu karar, bize adil görünmedi.

tatbik hükmünü değil de başka hükmün tatbik etmişse ilâh.. vereceği kararı Temyiz mahkemesi bozacaktır.

b — Kanunun tefsiri safhası:

Kanunun yanlış tefsir edilmesi, kanunun ihlâl edilmiş olması demektir. Eğer hakim, kanundaki mefhumlara, kanunun veya jürisprüdansın tarifinden başka türlü bir mana vermişse, tabiatıyla yapacağı tatbik de hukuka aykırı olacaktır. Aynı şekilde, taraflar arasındaki mukavele, yanlış tefsiri de, bu mukavele taraflar arasındaki hukûkî münasebette bir hukuk kaidesi teşkil ettiği cihetle, bir hukukî hatâ ve binnetice nakız sebebi teşkil edecektir (HUMK. 428/1).

c) Vakıaların tavsifi safhası:

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, vakıanın tavsifi safhası, vakıa ile hukuk unsurlarının en ziyade karıştığı ve karıştırıldığı bir safhadır.

Hukuk Usulü'nün 428/5 inci maddesi «meselesi maddiyenin takdirinde hata edilmesi» ni temyiz ve bozma sebebi saymaktadır. Bu hüküm, tedkik etmekte olduğumuz vakıaların tavsifine müetallik olup, gerek delillerin takdiriyle ve gerekse vakıaların tesbitiyle bir alâkası yoktur. Binaenaleyh, bu hükmü, Temyiz mahkemesinin, mahkemelerin tesbit hükümlerine müdahalesinin kanunî bir msnedi saymak kanaatimizce yanlıştır (61). Bu fıkradaki takdir kelimesi hakimin, maddî hukuk bakımından takdir hakkına aittir. Hakim, tesbit ettiği vakıaların hukukî karakterini takdir ve tavsif edecektir. Bu takdir ve tavsif ise, Temyiz Mahkemesinin selâhiyet sahasına giren bir hukuk işidir.

Bilfarz, hakim şu veya bu vakıayı müşahede ve tesbit ettikten sonra, meselâ bunların bir hatâ teşkil ettiğini söylerse, hakikatte hata mefhumunun da bir tarifini vermiş olur. Bu tarif umumî ve mücerret değil, belki mümasil hallerde carî hususî bir tariftir. Ancak, hukukî mefhumlar, esasen yavaş yavaş bu kazuistikle teşekkül ederler ve yazılı kanunların inkişafı bu şekilde olur (62). Binaenaleyh, hakimin yaptığı tavsif, hem kanunun tatbikine müteallik bir faaliyet olması bakımından, hem de Temyiz mahkemesinin asıl fonksiyonunun mevzuu olan hukukî vahdet bakımından ehemmiyeti haizdir.

(61) Aksi fikir için Bk. Karafakih, a. g. e. s. 258, No. 224 ve, Belgesay, İsbat ve Hüküm teorileri, Üçüncü bası, İstanbul 1951.

(62) Marty, (Prof. Gabriel). Kazaî içtihadların en yüksek mahkeme vasıtasıyla tevhidî (Konferans - ter. Hıfzı Veldet) İst. Üni. Hukuk Fak. Mec. Yıl 1938, s. 458.

İsviçrede, Federal mahkeme teşkilâtı kanunu'nun revizyonu sırasında, kanton mahkemelerince tesbit edilen vakıaların hukukî takdirini müzakere etmek selâhiyetinin Federal Mahkemeye tanınmasının muvafık olup olmayacağı uzun uzadıya münakaşa edilmiştir. Kanunun halen mevcut olan 43/4 üncü maddesi gereğince «bir vakıayı takdirde hata, kanunî ihlâlden maduttur». Bazı İsviçre hukukçuları, Federal mahkeme usulünde bu prensibin bedihî olduğunu ve ayrıca bu şekilde hüküm vaz'ına dahil olmak üzere lüzum olmadığını illeri sürmüşlerdir. Fakat tatbikatın aldığı şekil, bu maddenin vaz'ının yerinde olduğunu teyid etmiştir (63).

Hulâsa, davanın mevzuunu teşkil eden maddî hadisenin takdirinde, hukukî vassıfında hatâ edilmesi de bir hukukî hatâ (64) ve kanunun yanlış tatbik edilmesi (65) demektir ve binnetice bir nakız sebebidir.

Tesbit edilen müşahhas vakıaların kanunî adlarıyla tesmiye edilmeleri haricinde, hakimlerin, hukukî unsurlara taallük eden takdir haklarının da bu meyanda tedkiki icabeder. Filhakika, kanunda, gabnin tahakkuku için muvazalar arasında açık nisbetsizlik, cezaî şartın indirilmesi için fahiş miktar, boşanma için müşterek hayatın çekilmez hale gelmesi, bir akdin feshi için zamanın münasipliği, manevî tazminat için kusurun ağırlığı gibi, hakim her hadisenin hususiyetlerine göre istimal edeceği takdirine bağlı bazı mefhumlar kullanılmıştır (66). Hakim, bu takdirinde de yanlış olmuşsa, kanunu yanlış ve maksadına muhalif olarak tatbik etmiş olacağından, temyiz mahkemesinin bu takdire dokunması icabeder.

Bazı Fransız müellifleri, tesbit edilen vakıaların ahlâkî takdiri ile, hukukî takdiri arasında bir tefrik yapmakta ve Temyiz Mahkemesinin birincilere dokunmaması lâzımgeldiğini ileri sürmektedirler (67). Bu müelliflere göre, hüsnüniyet, suiniyet gibi ahlâkî mefhumlar, Temyiz mahkemesinin mürakabesi dışında kalmalıdır.

Bu mütaleanın yersiz olduğu âşikârdır. Zira bu gibi mefhumlar, ahlâkî mefhumları olmakla beraber, kanuna idhal edilmiş olmakla, hukuk nizamı içinde ve bu nizama has ayrı manalar almışlardır. Hakim, herhangi bir hadisede, bir tarafı, mevcut vakıalara göre hüsnüniyetli veya suiniyetli kabul etmişse, bu nevi hadiselerde hüsnüniyet veya suiniyet mevcut olması için gerekli kanunî şartları da tesbit etmiş olur ki, bu tesbit gene hukukun

(63) L'Huiller, Laurent, a. g. m.

(64) Onar ve Belgesay, a. g. e. s. 131, No. 174.

(65) Ansay, HYU, s. 343 No. 165.

(66) Ansay, HYU, s. 326, No. 160.

(67) Morel, a. g. e. s. 514, No. 667, Tissier, s. 494, No. 960

tatbiki demektir ve elbette ki Temyiz Mahkemesinin mürakabesine tabi olacaktır (68).

Şu halde ,ister hukukî ister ahlâkî mefhumlar olsun, tesbit edilen vakı-
aların, kaidelerin muhtevastındaki mücerret vakıalarla mukayesesi, Tem-
yiz mahkemesinin mutlak mürakabesine tabidir (69).

Temyiz mahkemesinin, bu tavsifî lâyıki veçhiyle kontrol edebil-
mesi için, tesbit edilen vakıaların kararda ciddî ve rabitalı bir surette tas-
vir edilmiş olması da lâzımdır. Aksi halde, hakimin yaptığı tavsifin doğ-
ru olup olmadığını tesbite imkân kalmaz. Bu sebeple, hakim bu ciheti de
ihmal etmişse, Temyiz mahkemesinin bu bakımdan dosyayı geri çevir-
mesi lâzım gelir (70).

d) Hukukî neticenin tayini safhası:

Yukarda da incelediğimiz gibi; hukukun tatbikinde ilk üç safha doğ-
ru olarak cereyan ettiği takdirde, hukukî netice kendiliğinden meydana
çıkmaktadır. Hakim bu neticede de yanılmışsa, bilfarz, talep edilenden faz-
lasına veya başka bir şeye hükmetmişse, hadiseye kanunun tertip ettiğın-
den başka bir netice tertip etmise, meselâ MK'nun 310 uncu maddesi hi-
lâfına evli müddeaaaleyhin babalığına hükmetmişse, bu yolda verdiği ka-
rar bozulacaktır.

Bir de hakimin, maddî hukuk bakımından, hukukî neticeye taalûk
eden takdir hakkı vardır (71). Boşanma ve ayrılıktan hangisine hükme-

(68) Temyiz mahkemesinin, bu keyfiyete müteallik kararlarında bir istikrar yok-
tur. Bazan, hüsnüniyetin ve suiniyetin takdiri hakime ait olduğu şekilde kararlar ver-
mekte, bazan da bu mefhumlar için kanunun aradığı şartları göstererek, bu takdirlere
müdahale etmektedir. Buna dair iki misali aşağıya alıyoruz:

Delillerin takdiri yargıca ait olup, yargıç tarafından yapılan takdirde davalının za-
bıtta huzurundaki ikrarına ve mesbuk şahadete ve davalının suiniyeti kabul edilmesine
göre kararın tasdikine (Tem. 3 HD, 18/12/950, 4460/8657 TİK C. 3 s. 444).

Levazım sahibinin hüsnüniyet sahibi telâki edilmesi için, inşaat yaptığı arsayı ken-
di malı zannederek inşaatı bu zannına müsteniden yapmış veya arsa mülkiyetini, arsa
sahibinin levazım sahibine devri taahhüt ve inşaatı da bu taahhüt sebebiyle muvafa-
kat etmiş olduğunun sübutuna bağlıdır (Tem. HGK. 5/11/952, E-1-169/K. 140 TİK
C. 7 s. 77).

(69) Murisini kasden öldürmekten mahkûm olan ve cezasını kısmen çektikten son-
ra Af kanununa göre tahliye edilen mirasçının mirastan mahrumiyeti, bu sebebe binaen
kalkmaz; MK. m. 520 gereğince, af muristen sadır olmalıdır (Tem. 7. HD. 29/11/1952,
4173/4447, TİK. c. 7, s. 43).

(70) Marty, a. g. m., Bourgnecht, a. g. m.

(71) Ansay, HYU, s. 326, No. 160.

dileceği, boşanma neticesinde çocukların hakkı velâyetinin anaya mı, babaya mı verileceği, BK nun 43 üncü maddesine göre, hükmedilecek tazminatın ne surette tayin edileceği, çocuk için tayin edilecek nafakanın miktarı gibi hususlarda hakime verilmiş bir takdir hakkı mevzuu bahistir. Ancak, MK nun 4 üncü maddesine göre, kanunun hakime takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda, hakim hak ve nısfetle hükmetmek mecburiyetinde olduğundan, bu takdir hakkının kullanılması da hukukî bir meseledir ve Temyiz Mahkemesinin bu takdire dokunabilmesi icabeder (72).

2) Temyiz mahkemesinin kontrol selâhiyetinin pratik tahditleri:

Temyiz mahkemesinin, hukukun tatbikine taallûk eden kontrol selâhiyeti esas itibariyle mutlaktır. Ancak, Temyiz mahkemesi, hukukî vahdeti temin edeceğim diye, mahkemelerin hukukun tatbikine mütallik her hükmünü hodbehod bozmaya kalkarsa, tesis edilmek istenen vahdeti bizzat kendisi bozmuş olur. Bu sebeple, Temyiz mahkemesinin kararlarında da bir istikrar temin etmek maksadiyle, Tevhidi İçtihat müessesesi meydana getirilmiş ve böylece, Temyiz dairelerinin de bağlı oldukları Tevhidi içtihad kararlarıyla, içtihad ve noktai nazar dağınıklığının önüne geçilmek istenirmiştir.

Temyiz Mahkemesi Teşkilât Kanunu'nun, 6082 sayılı kanunla muadil 8 inci maddesinin altıncı fıkrası gereğince «içtihadların birleştirilmesi suretiyle verilen kararlar, emsali hadiselerde mahkemeleri bağlar». Bu sebeple mahkemelerin, hükümlerini daima bu içtihadlara uygun şekilde vermeleri kanunî bir mecburiyet halini almış olmaktadır. Aynı madde, bu içtihadların, ancak Temyiz Dairelerinin vereceği kararlar vasıtasıyla tadili imkânını derpiş ettiğinden, mahkemelerin, bu içtihadların tadiline müessir olmasına da kanunî imkân kalmamış demektir. Temyiz Mahkemesi içtihadlarının müstakar olması nekadar şayanı arzu ise, bu içtihadların hayatın seyrini takip etmiyerek donup kalması ve mahkemelerin bir kanun hükmüyle bu içtihadlara ittibaa mecbur tutulması o kadar hatâlı ve hukukun tekâmülüne mani bir keyfiyettir.

(72) 11 yaşında ve tahsil çağında bulunan bir çocuğa, ayda 5 lira nafaka takdiriyile, yeme, içme ve giyme gibi masrafların temin edilemeyeceği zahir iken, kendisine ayda bu mikdar nafaka takdirinde isabet yoktur (Hukuk ve İçtihatlar Dergisi Sayı 1-2 s. 59 - Ansay, HYU, s. 332).

Ana bakım ve şefkatine muhtaç olan ve fenalığı idrâk etmiyecek pek küçük bir yaşta bulunan çocuğun velâyetinin babasına tevdiinde isabet yoktur (Tem. 2 HD, 3/4/950, 1709/1770 TİK C. 4 s. 1044).

V — NETİCE

Temyiz mahkemesinin birçok kararlarında, vakıa ve hukuk sahalarının tefrikine ehemmiyet verilmediği açıkça müşahede edilmektedir. Bilhassa, hakimlerin delilleri takdir haklarına müdahale edildiği, hattâ müdahale edilmediği zaman dahi «delilleri takdirde bir isabetsizlik bulunmadığı» esbabı mucibesinin serdedilerek, müdahale hakkının mahfuz tutulduğu, diğer taraftan maddî hukuk bakımından takdir hakkına ise dokunulmadığı ve «takdire dokunan itirazların red» edildiği çok defa vaki olmaktadır. Bu hatâlı teamül, Temyiz mahkemesine arz edilen lâyihaların, şahidlerin ifadeleri arasındaki tenakuzlar, bilirkişi mütalealarının tahlili vesaire gibi hakikatte kabili temyiz olmıyan hususlarla dolmasına sebep olmaktadır. Bu suretle, mahkemelerden verilen hüküm her hüküm, tahminimize nazaran feragat, sulh ve kabul şeklinde neticelenen davalar haricinde, Temyize gelmekte ve taraflar, mutlaka kendilerini ikna eden bazı temyiz sebepleri bulmaktadırlar. Kanaatimizce, iki saha arasındaki tefrike ne kadar ehemmiyet verilirse, Temyiz mahkemesine akan dosya adedinin azalması da o kadar temin edilmiş olacaktır.

Diğer taraftan, mahkemelerimizde de, bu tefrik lâyıki vechiyle yapılmakta değildir. Bilhassa hukukî unsurların çok defa bilirkişilere tesbiti cihetine gidilmekte, bilirkişi raporlarını serbestçe takdir hakkı ise pek nadir olarak kullanılmaktadır. Bu suretle, hakimlere ait vazifeler, birçok davalarda, kazaî fonksiyonu olmıyan kimselerce ifa edilmiş olmaktadır.

Bu sebeple, vakıa ve hukuk sahaları arasındaki hudutların, gerek Temyizce ve gerekse mahkemelerce ihmal olunmaması, adaletin lâyıki vechiyle tecellisi bakımından da temenniye şayandır.